

# ABDConst

Academia Brasileira de Direito Constitucional

# CONSTITUIÇÃO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO

Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional

Volume **15** | Número **29** | jul./dez. 2023

**ABDConst.****Academia Brasileira de Direito Constitucional**

Publicação Oficial da Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDConst Rua XV de novembro, 964, 2º andar, Centro, CEP: 80.060-000, Curitiba /PR  
Telefone: +55 (41) 3024-1167 / Fax: +55 (41) 3027-1167  
E-mail: abdconst@abdconst.com.br

*Solicita-se permuta.  
We ask for exchange.  
Se pide canje.  
On demande l'échange.  
Wir bitten um austausch.  
Oni petas intersangam.  
Si richiede lo scambio.*

Constituição, Economia e Desenvolvimento

Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional.

Programa de Pós-graduação em Direito.

Vol. 15, n. 29 (jul./dez. 2023) - Curitiba: 2023

Publicação semestral

ISSN 2177-8256

1. Direito 2. Academia Brasileira de Direito Constitucional

Endereço para correspondência:

CONSTITUIÇÃO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO: REVISTA ELETRÔNICA DA  
ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO  
CONSTITUCIONAL

Editores Responsáveis: Ilton Norberto Robl Filho, Luís Henrique Braga Madalena e Rene Sampar

Editor Adjunto: Vinícius Quarelli

E-mail: ilton@abdconst.com.br; revista@abdconst.com.br

Editoração: Vinícius Quarelli

**Publicação semestral.** Todos os direitos reservados. A reprodução ou tradução de qualquer parte desta publicação somente será permitida após a prévia permissão escrita do autor. Os conceitos em artigos assinados são de responsabilidade de seus autores. As matérias desta revista podem ser livremente transcritas, desde que citada a fonte.

**Linha Editorial:** o periódico científico Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional publica artigos, resenhas e ensaios inéditos nos âmbitos da teoria e da dogmática jurídica, privilegiando a perspectiva transdisciplinar e comparada, assim como de outros saberes, sobre Constituição, Economia e Desenvolvimento.

## CONSELHO EDITORIAL

### Editores Responsáveis

#### **Ilton Norberto Robl Filho**

Coordenador de Pesquisa e dos Grupos de Estudos Nacionais da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Professor Adjunto da UFPR e permanente do Mestrado em Direito do IDP. Secretário Geral da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/PR. Visiting Scholar na Universidade de Toronto - Canadá. Pesquisador Visitante no Max Plank Institut em Heidelberg - Alemanha. Pós-Doutor pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC-RS. Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela UFPR.

#### **Luis Henrique Braga Madalena**

Doutor em Teoria e Filosofia do Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Especialista em Direito Constitucional e Teoria Geral do Direito pela ABDConst. Coordenador da Especialização em Teoria do Direito, Dogmática Crítica e Hermenêutica da ABDConst.

#### **Rene Sampar**

Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal de Santa Catarina. Coordenador acadêmico da Academia Brasileira de Direito Constitucional.

### Editor Adjunto

#### **Vinícius Quarelli**

é bolsista Capes/Proex, doutorando e mestre em Direito Público pela Unisinos (Universidade do Vale do Rio dos Sinos). Especialista em Teoria do Direito, Dogmática Crítica e Hermenêutica pela ABDConst (Academia Brasileira de Direito Constitucional), bem como em Direito Constitucional pela mesma instituição. Pesquisador e membro do Dasein (Núcleo de Estudos Hermenêuticos) .

### Membros do Conselho Editorial

#### **Alexandre Walmott Borges**

Professor de mestrado em Direito e Gestão Organizacional da UFU - Universidade Federal de Uberlândia. Professor visitante do mestrado em Direito pela UNESP - Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita F. Doutor em Direito pela UFSC - Universidade Federal de Santa Catarina. Doutor em História pela UFU - Universidade Federal de Uberlândia.

#### **Antonio Carlos Wolkmer**

Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu UNESC.

**António José Avelãs Nunes**

Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra, Doutor Honoris Causa da UFPR e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito de Coimbra.

**Cristiano Celone**

Professor associado de Direito Administrativo do Departamento de Direito da Universidade de Palermo e sócio fundador da Associação ítalo-brasileira dos Professores de Direito Administrativo e Constitucional (AIBDAC).

**Eroulths Cortiano Junior**

Professor do Programa de Pós-Graduação e da Graduação em Direito da UFPR e Doutor em Direito pela UFPR.

**Ingo Wolfgang Sarlet**

Professor da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul PUC/RS. Doutor em Direito pela Ludwig-Maximilians-Universität, LMU, Alemanha.

**Luís Fernando Sgarbossa**

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR.

**Lenio Luiz Streck**

Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da UNISINOS e da UNESA. Pós-Doutor pela Universidade de Lisboa e Doutor pela UFSC.

**Marco Aurélio Marrafon**

Professor da Faculdade de Direito da UERJ e Doutor em Direito pela UFPR.

**Marcus Firmino Santiago da Silva**

Professor do Curso de Direito da UDF - Brasília e Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho.

**Mario Antonio Roque Midón**

Ex-Presidente da Associação Argentina de Direito Constitucional. Prof. Titular de Direito Constitucional da UNNE – Argentina.



**Mariana Mota Prado**

Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Toronto e Doutora em Direito pela Universidade de Yale.

**Milena Petters Melo**

Professora da Universidade de Blumenau – FURB e Doutora em Direito pela Università degli Studi di Lecce, UNISALENTO.

**Nicola Gullo**

Professor Associado de Direito Administrativo da Universidade de Palermo, Itália.

**Priscila Machado Martins**

Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Valparaíso. Professora de Direito Processual Constitucional, Universidade de los Andes, Chile.

**Roberto Gargarella**

Professor da Universidade Torcuato Di Tella e da Universidade de Buenos Aires, Argentina.

**Sabina Grabowska**

Professora de Direito na Universidade de Rzeszow, Polônia. Doutora pela universidade de Rzeszow e Pós-doutora pela Universidade de Dublin.

**Flávio Pansieri**

Professor Adjunto da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pós-doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo

**CONSELHO DE PARECERISTAS DA REVISTA DA ABDCONST**

Abraão Soares Dias dos Santos Gracco  
Aldo Muro Júnior  
Alexandre Coutinho Pagliarini  
Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia  
Alexandre Hamilton Oliveira Santos  
Alexandre Morais da Rosa  
Alexandre Walmott Borges  
Alfredo Copetti  
Álvaro Borges de Oliveira  
Álvaro de Oliveira Azevedo Neto  
Ana Claudia Pompeu Torezan Andreucci  
Ana Paula de Barcellos  
André Luiz Costa-Corrêa  
Andrea Boari Caraciola  
Ângela Issa Haonat  
Ângela Maria  
Antonio Baptista Gonçalves  
Antonio Celso Baeta Minhoto  
Antonio Gomes Moreira Maués  
Antonio Veloso Peleja Junior  
Balmant Emerique  
Bárbara Dayana Brasil  
Beclaute Oliveira Silva  
Brandão Soares  
Bráulio de Magalhães Santos  
Caio Augusto Souza Lara  
Carla Izolda Fiuza Costa Marshall  
Carlos Bolonha  
Carlos Victor Nascimento dos Santos  
Carolina Alves Vestena  
Cátia Rejane Liczbinski Sarreta  
Cavalcanti Ramalho  
Célia Barbosa Abreu  
Christiane De Holanda Camilo  
Cláudia Luiz Lourenço  
Claudio Gonçalves Munhoz  
Claudio Smirne Diniz Clodoaldo Moreira  
Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira  
Cristiane Helena de Paula Lima Cabral  
Daniel Francisco Nagao Menezes  
Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos Reis  
Daniela Rezende Oliveira  
Delmo Mattos da Silva  
Demetrius Nichele Macei  
Diana Carolina dos Santos Júnior  
Eduardo Antônio Klausner  
Eduardo Biacchi Gomes  
Eduardo Molan Gaban  
Eleonora Mesquita Ceia  
Eliana Franco Neme  
Eloi Martins Senhoras  
Emerson Gabardo  
Emilio Peluso Neder Meyer

Eneas De Oliveira Matos  
Érico Hack  
Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho  
Eroulths Cortiano Júnior  
Everton das Neves Gonçalves  
Ezilda Claudia de Melo F. M. Maciel  
Fábio Lima Quintas  
Fabrício de Assis Campos Vieir  
Fabrício Ricardo de Limas Tomio  
Fausto Santos de Moraes  
Fauzi Hassan Choukr  
Felipe Chiarello  
Fernando Hoffmam  
Fernando Nagib  
Flávia Danielle Santiago Lima  
Flávio Pansieri  
Francisco de Assis do Rego M. Rocha Jr.  
Germano André Doederlein Schwartz  
Geziela lensue  
Gilberto Morbach  
Giovani da Silva Corralo  
Gisele Mascarelli Salgado  
Guilherme Camargos Quintela  
Gustavo Almeida Paolinelli de Castro  
Gustavo Silveira Siqueira  
Hamilton da Cunha Iribure Júnior  
Heder Carlos de Oliveira  
Heitor de Carvalho Pagliaro  
Henrique Napoleão Alves  
Henry Atique  
Ingo Wolfgang Sarlet  
Isaac Newton Belota Sabbá Guimarães  
Jackeline Fraga Pessanha  
Jacqueline de Souza Gomes  
Janaína Machado Sturza  
Jean Carlos Dias  
Jéssica Fachin  
João Paulo Bachur  
João Paulo Capelotti  
Jorge Jose Lawand  
José Carlos Buzanello  
José de Magalhães Campos Abrósio  
Jose Everton da Silva  
José Francisco de Assis Dias  
José Luiz Ragazzi  
José Renato Martins

Josemar Sidinei Soares  
Josias Jacintho Bittencourt  
Juliana Cordeiro Schneider  
Julio Pinheiro Faro  
Jussara Maria Leal de Meirelles  
Katiucia Boina  
Leilah Luahnda Gomes De Almeida  
Leonam Liziero  
Leonardo Vieira Wandelli  
Lilian Márcia Balmant  
Livia Gagher Bósio Campello  
Luã Nogueira Jung  
Luana de Carvalho Silva Gusso  
Lucas Abreu Barroso  
Lucas Catib de Laurentiis  
Lucas Gonçalves da Silva  
Luciana Costa Poli  
Luciana Fernandes Berlini  
Luciana Souza de Araujo  
Luciene Dal Ri  
Luís Fernando Sgarbossa  
Luis Gustavo G. Castanho de Carvalho  
Luis Henrique Braga Madalena  
Luis Renato Vedovato  
Luiz Claudio Araújo Coelho  
Luiz Eduardo Anesclar  
Luiz Henrique Cademartori  
Luiz Ricardo Guimaraes  
Maraluce Maria Custodio  
Marcelo Henrique Nogueira Diana  
Marcelo Labanca C. de Araújo  
Marcelo Lamy  
Marcelo Sant'Anna Vieira Gomes  
Márcia Jucá Teixeira Diniz  
Márcio Pugliesi  
Marco Antônio César Villatore  
Marco Antônio Ribeiro Tura  
Marco Aurélio Marrafon  
Marco Felix Jobim  
Marcos Alves da Silva  
Marcos Augusto Maliska  
Marcos Catalan  
Marcos Coelho  
Marcus Firmino Santiago  
Margareth Anne Leister  
Margareth Vetis Zaganelli

Maria da Graça de Moraes Bittencourt Campagnolo  
Mário Ferreira Neto  
Martinho Martins Botelho  
Mateus de Oliveira Fornasier  
Micheli Pereira  
Miguel Calmon Teixeira de Carvalho Dantas  
Milena Petters Melo Monica Bonetti Couto  
Mônica Helena Harrich Silva Goulart  
Murilo Melo Vale  
Nelci Lurdes Gayeski Meneguzzi  
Newton de Oliveira Lima  
Nina Tricia Disconzi Rodrigues  
Pablo Malheiros da Cunha Frota  
Paula Pessoa Pereira  
Paulo Ricardo Schier  
Paulo Sérgio da Silva  
Phillip Gil França  
Rafael de Oliveira Costa  
Rafael Silveira e Silva  
Rafael Tomaz De Oliveira  
Raphael Boldt de Carvalho  
Rene Sampar  
Ribeiro Guedes  
Ricardo Aronne  
Ricardo Carneiro Neves Júnior  
Ricardo Serrano Osorio  
Rodrigo da Costa Vasconcellos  
Rodrigo Fortunato Goulart  
Ronaldo Lindimar José Marton  
Samantha Ribeiro Meyer Pflug  
Sandra Sereide Ferreira da Silva  
Sandro Luís Tomás Ballande Romanelli  
Sandro Marcelo Kozikoski  
Sandro Rogério Monteiro de Oliveira  
Saulo Bichara Mendonça  
Sebastião Neto  
Sérgio Cabral dos Reis  
Simone Tassinari Cardoso  
Sonia Barroso  
Sulamita Crespo Carrilho Machado  
Sylvio Alarcon  
Tiago Resende Botelho  
Túlio Lima Vianna  
Valencia Tello  
Valéria Cristina Pereira Furlan  
Valéria Silva Galdino Cardin

Vanessa Oliveira Batista Berner  
Vânia Beatriz Rey Paz  
Wagner Silveira Feloniuk  
Wagner Wilson Deiró Gundim  
Walter Guandalini Junior  
William Soares Pugliese

**PARECERISTAS QUE PARTICIPARAM DESTA EDIÇÃO**

Emilio Peluso Neder Meyer (UFMG - MG / Brasil)

Alexandre Morais da Rosa (UNIVALI - SC / Brasil)

Giancarlo Copelli (FDV - ES / Brasil)

Gustavo Silveira Siqueira (UERJ - RJ / Brasil)

José Everton (UNIVALI - SC / Brasil)

Luís Fernando Sgarbossa (UFMS - MS / Brasil)

Luiz Henrique Urquhart Cademartori (UFSC - SC / Brasil)

Marcelo Nunes Apolinário (UFPEL - RS / Brasil)

Rafael Santos Pinto (UP - PR / Brasil)

Ziel Ferreira Lopes (UNIVASF - PE / Brasil)

## INDEXAÇÃO



latindex



Google Acadêmico



## EDITORIAL

Com grande honra apresentamos o número 29 (2023, v. 15, n. 29, jul./dez.) da Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Essa nova edição publica pesquisas e ensaios de excelência, relevância e atualidade, encontrando-se também atenta à internalização contando com a veiculação de textos de pesquisadores e professores de diversas instituições.

A seguir, apresentamos um resumo dos artigos que compõem esta edição, destacando os autores e os temas abordados.

No primeiro artigo, “A Constitucionalização do Direito Privado e Atuação dos Registradores em Prol da Sociedade no Combate à Lavagem de Dinheiro” Jorge Renato dos Reis e Thiago de Castro Brandão Vargas analisam a integração de valores e princípios constitucionais no direito privado e o papel dos registradores na prevenção de crimes como a lavagem de dinheiro e o financiamento ao terrorismo. Este estudo aborda a importância das medidas implementadas pelos registradores para promover uma sociedade mais justa e colaborativa.

Gilberto Morbach Junior e Victor Bianchini Rebelo, em “Entre Antipositivismo Retórico e Positivismo Inconsciente: Uma Breve Análise da Teoria Constitucional no Brasil Pós-1988 e Suas Influências” discutem a evolução da teoria constitucional brasileira após a Constituição de 1988. Os autores destacam como movimentos neoconstitucionalistas influenciaram a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que adota uma retórica antipositivista enquanto revela uma adesão inconsciente a aspectos do positivismo jurídico.

Beclate Oliveira Silva, Gabriel Ivo e Gustavo Henrique Brocardo Körner, no artigo “A Possibilidade da Ponderação na Colisão de Normas: Uma Análise Sistemática Sobre a Inconstitucionalidade do Art. 489, § 2º, do Código de Processo Civil (CPC)” exploram a técnica da ponderação em casos de colisão de normas e sua compatibilidade com o sistema constitucional brasileiro. O estudo critica a legalidade do dispositivo do

CPC e sua eficácia na promoção da segurança jurídica e fundamentação das decisões judiciais.

Flávio Pansieri e Rene Sampar, em “Uma Breve História do Constitucionalismo Democrático” traçam um panorama histórico do constitucionalismo democrático, com foco nos desafios enfrentados pela democracia brasileira. Os autores utilizam um método hipotético-dedutivo para avaliar a capacidade do constitucionalismo democrático de superar as idiossincrasias políticas do Brasil.

Chiara Pizi, no artigo “Assembleias Cidadãs e Mudança Climática: A Experiência Francesa como Paradigma de uma Investigação Comparada” analisa a eficácia das assembleias cidadãs na mitigação das mudanças climáticas, tomando a experiência francesa como referência. O estudo propõe a adoção de práticas semelhantes em outros contextos nacionais para fortalecer a governança ambiental e a participação cidadã.

Em “Uma Análise Foucaultiana das Relações de Poder e do Imperativo de Predição na Obra ‘Era do Capitalismo de Vigilância’ de Shoshana Zuboff” Marco Aurélio Marrafon e Luiz Fernando Fontoura Lira utilizam conceitos foucaultianos para examinar as análises de Zuboff sobre o capitalismo de vigilância. O artigo investiga as ameaças dessa nova forma de totalitarismo digital para o Estado Democrático de Direito e propõe alternativas para seu enfrentamento.

Bjarne Melkevik, em “O Efeito da Pandemia Covid-19 na Filosofia Acadêmica” explora o impacto da pandemia na comunidade filosófica, destacando as reações dos filósofos ao isolamento e às crises de saúde. O estudo aborda as mudanças na filosofia acadêmica resultantes da pandemia.

Enrico Buono, no artigo “Pluralismo Jurídico em Ação: Um Estudo de Caso Sobre a América Latina” reconstrói o pluralismo jurídico como uma língua franca para o Sul Global, com foco na Constituição da Bolívia. O autor analisa as contradições e desafios na implementação do pluralismo jurídico, destacando as lições aprendidas para outras regiões.

Jorge Baquerizo Minuche, em “La Delimitación Entre el Poder de Reforma y el



Poder Constituyente: Controversias Conceptuales” examina as fronteiras entre os poderes de reforma constitucional e constituição, propondo um enfoque integrador que considera aspectos formais e materiais. O estudo contribui para a compreensão teórica e prática dessas distinções.

Por fim, Giulia Fontanella, no artigo “O Meio Ambiente nos Andares Superiores do Edifício Constitucional: Os Preâmbulos das Constituições do Equador e da Bolívia” analisa a centralidade da proteção ambiental nos preâmbulos constitucionais desses países. O estudo destaca a função simbólica e normativa dos preâmbulos e sugere a necessidade de uma interpretação constitucional robusta para promover a proteção ambiental.

Esperamos que esta edição inspire reflexões e debates frutíferos sobre os temas abordados e contribua para o avanço do conhecimento no campo do direito constitucional. Boa leitura!

**Ilton Norberto Robl Filho, Luis Henrique Braga Madalena e Rene Sampar:** Editores Responsáveis da Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional

**Vinícius Quarelli:** Editor Adjunto da Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional

---

**SUMÁRIO**

---

---

**1) A Constitucionalização do Direito Privado e Atuação dos Registradores em Prol da Sociedade no Combate à Lavagem de Dinheiro**

**Paginação:** 16-35

**Autoria:** *Jorge Renato dos Reis e Thiago de Castro Brandão Vargas*

---

**2) Entre Antipositivismo Retórico e Positivismo Inconsciente: Uma Breve Análise da Teoria Constitucional no Brasil Pós-1988 e Suas Influências**

**Paginação:** 36-65

**Autoria:** *Gilberto Morbach Junior e Victor Bianchini Rebelo*

---

**3) A Possibilidade da Ponderação na Colisão de Normas: Uma Análise Sistemática Sobre a Inconstitucionalidade do Art. 489, § 2º, do Código de Processo Civil (CPC)**

**Paginação:** 66-96

**Autoria:** *Beclaute Oliveira Silva, Gabriel Ivo e Gustavo Henrique Brocardo Körner*

---

**4) Uma Breve História do Constitucionalismo Democrático**

**Paginação:** 97-116

**Autoria:** *Flávio Pansieri e Rene Sampar*

---

**5) Assembleias Cidadãs e Mudança Climática: A Experiência Francesa como Paradigma de uma Investigação Comparada**

**Paginação:** 117-129

**Autoria:** *Chiara Pizi*

---

---

**6) Uma Análise Foucaultiana das Relações de Poder e do Imperativo de Predição na Obra 'Era do Capitalismo de Vigilância' de Shoshana Zuboff**

**Paginação:** 130-153

**Autoria:** *Marco Aurélio Marrafon e Luiz Fernando Fontoura Lira*

---

**7) O Efeito da Pandemia Covid-19 na Filosofia Acadêmica**

**Paginação:** 154-166

**Autoria:** *Bjarne Melkevik*

---

**8) Pluralismo Jurídico em Ação: Um Estudo de Caso Sobre a América Latina**

**Paginação:** 167-184

**Autoria:** *Enrico Buono*

---

**9) La Delimitación Entre el Poder de Reforma y el Poder Constituyente: Controversias Conceptuales**

**Paginação:** 185-212

**Autoria:** *Jorge Baquerizo Minuche*

---

**10) O Meio Ambiente nos Andares Superiores do Edifício Constitucional: Os Preâmbulos das Constituições do Equador e da Bolívia**

**Paginação:** 213-225

**Autoria:** *Giulia Fontanella*

---

## A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E ATUAÇÃO DOS REGISTRADORES EM PROL DA SOCIEDADE NO COMBATE À LAVAGEM DE DINHEIRO

*THE CONSTITUTIONALIZATION OF PRIVATE LAW AND THE PERFORMANCE OF REGISTRANTS FOR SOCIETY IN THE FIGHT AGAINST MONEY LAUNDERING*

**Jorge Renato dos Reis<sup>1</sup>**

**Thiago de Castro Brandão Vargas<sup>2</sup>**

**RESUMO:** Este artigo analisa o fenômeno da constitucionalização do direito privado, através da releitura das relações jurídicas, com incorporação de valores e princípios constitucionais e seus impactos sobre a atividade registral. De tal sorte, será analisada a importância do papel desempenhado pelos registradores no combate à lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo, enquanto agentes colaboradores para a pacificação social, a fim de se estabelecer quais medidas deverão ser implementadas por esses profissionais do direito, bem como se tais medidas são efetivas para concretização de uma sociedade harmônica e colaborativa? Este é o problema de pesquisa que o texto enfrenta. A escolha desse caso se justifica, sobretudo, pela elevada incidência de subvalorização ou supervalorização dos valores declarados pelas partes na aquisição imobiliária, como forma de subterfúgio para dar a impressão de licitude ao ganho de capital.

**Palavras-chave:** Constitucionalização do Direito Privado; Registradores; Combate à lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo

**ABSTRACT:** This article analyzes the phenomenon of the constitutionalization of private

---

<sup>1</sup> **Qualificação:** Pós-Doutor pela Università Degli Studi di Salerno-Itália com bolsa CAPES. Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos-UNISINOS. Mestre em Desenvolvimento Regional pela Universidade de Santa Cruz do Sul-UNISC. Especialista em Direito Privado pela Universidade de Santa Cruz do Sul-UNISC. Graduado em Direito pelas Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul-FISC. Professor e pesquisador do Programa de Pós-Graduação Stricto-Sensu-Mestrado e Doutorado em Direito da UNISC, onde foi coordenador de 2004 a 2011. Professor na graduação da UNISC. Professor de cursos de Pós-Graduação Lato-Sensu em diversas universidades do país. Advogado; **e-mail:** jreis@unisc.br; **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/0220228579189656>; **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0003-0925-5328>; **vinculação:** UNISC (SC)

<sup>2</sup> **Qualificação:** Mestre em Constitucionalismo Contemporâneo pela Universidade de Santa Cruz do Sul-UNISC. Pós-graduado em Direito Notarial e Registral pela Universidade Anhangera - Uniderp e Direito de Família e Sucessões pela Faculdade Integradas de Jacarepaguá. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora, MG (UFJF). Registrador e Tabelião Titular do Ofício de Registros Públicos de Encruzilhada do Sul/RS, autor do livro Transsexualismo sob a ótica dos Registros Públicos: Descoberta superveniente ao casamento. Integrante do Grupo de Pesquisas “Intersecções Jurídicas entre o Público e o Privado - Constitucionalização do Direito Privado”, coordenado pelo Prof. Pós Dr. Jorge Renato dos Reis, vinculado ao PPGD da UNISC; **e-mail:** thiago\_vargasjf@yahoo.com.br; **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/8083663237931395>; **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-7370-4787>; **vinculação:** UNISC (SC)

law, through the reinterpretation of legal relations, with the incorporation of constitutional values and principles and their impacts on the registry activity. In this way, the importance of the role played by registrars in the fight against money laundering and terrorist financing will be analyzed, as collaborating agents for social pacification, in order to establish which measures should be implemented by these legal professionals, as well as whether such measures are effective in achieving a harmonious and collaborative society? This is the search problem the text faces. The choice of this case is justified, above all, by the high incidence of undervaluation or overvaluation of the values declared by the parties in the real estate acquisition, as a form of subterfuge to give the impression of legality to the capital gain.

**Key-words:** Constitutionalization of Private Law; Registers; Combating money laundering and terrorist financing.

**Sumário:** 1. INTRODUÇÃO; 2. DA EVOLUÇÃO DO ESTADO LIBERAL-INDIVIDUALISTA E A MUDANÇA DE PARADIGMA; 3. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E O PAPEL DOS REGISTRADORES; 4. ATUAÇÃO DOS REGISTRADORES EM PROL DA SOCIEDADE NO COMBATE À LAVAGEM DE DINHEIRO; 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS; 6. REFERÊNCIAS

## 1. INTRODUÇÃO

Busca-se, por meio do presente artigo, tecer considerações sobre o processo de constitucionalização do direito privado, através de uma releitura das relações jurídicas, sob uma perspectiva constitucional, demonstrando a superação da clássica dicotomia existente entre direito público e privado.

A dignidade da pessoa humana passa a ser considerada como princípio norteador do ordenamento jurídico brasileiro, sendo a base de todos os direitos constitucionais, e ainda, orientador estatal, visto que todas as atuações dos aplicadores do direito devem resguardar àquilo que é mais precioso, a pessoa humana.

Portanto, diante da desafiadora tarefa de acomodação desses elementos tão caros e indispensáveis ao Estado Democrático, questiona-se qual o papel do desempenhado pelo registrador para garantir a concretização de uma sociedade harmônica e colaborativa, mormente no que tange ao combate à corrupção.

A pesquisa em tela subdivide-se em três momentos, sendo no primeiro apresentado apontamentos acerca do Estado Liberal, trazendo relevantes aportes e contribuições

referentes à sua origem, evolução e declínio até a efetiva mudança de paradigma, transformação das relações jurídicas, com a chegada do Estado do Bem-Estar Social.

No segundo momento, estudar-se-á a constitucionalização do direito privado, marcado pelo efetivo protagonismo e centralização dos textos constitucionais, que passaram a constituir núcleo essencial do ordenamento jurídico brasileiro, em detrimento de comportamentos absolutamente individualistas.

Em um terceiro momento será realizado um estudo jurídico sobre o relevante papel desempenhado pelos registradores, enquanto guardiães da paz social, dotados de fé-pública, principalmente no que tange às obrigações acessórias, voltadas para uma política de prevenção à corrupção, lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo.

Pretende-se, desta forma, responder a seguinte problemática: a atuação proativa dos registradores, através de mecanismos de interação positiva, é capaz de auxiliar na superação dos problemas sociais, principalmente no combate à lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo?

Reforça-se, aliás, que a atividade registral deve ser desempenhada sob a ótica solidária, pautada na responsabilidade social e voltada para a concretização do bem comum. Atribui-se, desta forma, nova tarefa ao registrador, que consiste exatamente em se comprometer, na maior medida do possível, em garantir a efetividade do texto constitucional, através da construção de espaços e mecanismos de interação positiva.

## **2. DA EVOLUÇÃO DO ESTADO LIBERAL-INDIVIDUALISTA E A MUDANÇA DE PARADIGMA**

Como assevera Edelman (1999, p. 25) qualquer conceito, inclusive o jurídico, possui uma história, que necessita ser retomada e reconstruída, a fim de que se possa rastrear a evolução da simples palavra para o conceito e assim compreender o seu sentido e alcance.

Esta observação apresenta máxima relevância, tendo em vista que é condição *sine qua non* para a compreensão do movimento de repersonalização do direito privado. É sabido que o Estado de direito passou por importantes transformações, de forma a refletir encontros

e desencontros de diferentes concepções, visões de mundo e tendências, que variam de acordo com as conquistas ao longo da história decorrentes da evolução do indivíduo e da sociedade.

Com efeito os direitos fundamentais nascem e se desenvolvem com as Constituições nas quais foram assegurados, passando por várias transformações, desde o seu reconhecimento, seja no que diz respeito ao seu conteúdo, seja em relação à sua titularidade, eficácia e alcance, até finalmente chegar à interpretação constitucional contemporânea e é sob este ângulo que serão elucidados ao longo deste capítulo.

Numa perspectiva histórica, verifica-se que o Estado Liberal foi inaugurado como produto do pensamento burguês do século XVIII, de cunho individualista, que combatia o absolutismo monárquico e seus abusos, surgindo e afirmando-se como direitos de defesa do indivíduo frente ao Estado, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder (SARLET, 2018, p. 24).

Tem-se, portanto, como pano de fundo a ideia de que o Estado está a serviço do homem e não o contrário, movido pelo interesse da burguesia, segundo princípios iluministas, permitindo assim, que sejam impostos limites às suas atividades e ao seu poder (LEAL, 2007, p. 8). Neste ínterim, assume relevo as lições de Reis (2009, p. 130), *in verbis*:

Essas constituições liberais-individualistas asseguravam uma obrigação negativa do Estado, ou seja, obrigação de não intervir nas relações privadas. Diferentemente das constituições sociais que determinam uma obrigação positiva do Estado, ou seja, obrigação do Estado intervir a fim de reduzir as desigualdades, estabelecendo o equilíbrio nas relações privadas. A codificação em geral, mas especialmente os códigos civis, que se seguiram ao Estado Liberal, influenciados pelo individualismo jurídico, característica maior do liberalismo, como o do Brasil, tiveram como paradigma o cidadão proprietário, dotado de patrimônio, ou seja, este era o homem comum tutelado pela norma civil, deixando, em consequência, a grande maioria das pessoas fora de sua tutela.

Em que pese o Código Civil de 1916 ter entrado em vigor em 01.01.1917 foi elaborado ainda no final do século XIX, fruto desse período liberal, profundamente influenciado pelos ideais iluministas do racionalismo e do antropocentrismo. Em decorrência disto, fixou-se uma maior liberdade ao indivíduo, exigindo que as intervenções estatais sejam

admitidas somente como exceção, quando previamente previstas em lei.

De tal sorte, não se pode olvidar que o Estado, enquanto criação artificial, um *etrê pensé*, é tido, como um mal necessário, que não pode interferir demasiadamente nas relações privadas, mas tão somente, quando estritamente necessário, adotando-se como regra a liberdade dos cidadãos e como exceção a intervenção estatal (LEAL, 2007, p. 9).

Neste cenário, os cidadãos necessitam de proteção contra agressões, sejam elas quais forem havendo uma necessidade de limitação e controle dos abusos de poder por parte do próprio Estado. Ganha-se relevo os denominados direitos fundamentais de primeira dimensão, de “cunho negativo”, ou seja, relacionados à defesa da pessoa humana e de sua dignidade perante os poderes do Estado, buscando evitar interferências excessivas na esfera individual (CANOTILHO, 2002, p.407).

Não é, portanto, por acaso, que a Constituição não tratava de assuntos concernentes à vida privada, havendo uma clara dissociação entre a esfera pública e esfera privada, eis que não havia qualquer interligação entre si. Enquanto a Constituição servia apenas como referencial político, buscando regulamentar a organização e estruturação do Estado - matéria de direito público, o Código Civil tutelava a relação entre particulares – matéria de direito privado.

Dentro deste contexto, toda e qualquer relação social precisa se encaixar em uma destas duas esferas, e tão-somente em uma delas, pois ambas se encontram estritamente separadas; o poder político (esfera pública), não deve intervir em nenhum âmbito concreto ou particular tido como privado. Em contrapartida, o privado, o particular, se apresenta como apolítico, ou seja, como irrelevante para o âmbito político (CAPELLA, 1997, p. 110).

Oportuno salientar que em consequência deste Estado mínimo, de abstenção no plano econômico e nas relações privadas, movido pelo princípio do *laissez faire, laissez aller, laissez passer, le monde va de lui-même*<sup>3</sup>, acentuou o quadro de exploração do homem pelo

---

<sup>3</sup> Em tradução livre seria algo como “deixe fazer, deixe ir, deixe passar, o mundo vai por si mesmo”. Referido princípio associa-se à lógica liberal burguesa da “mão invisível”, proposta por Adam Smith, segundo o qual o mercado funciona com uma dialética própria, não necessitando de qualquer intervenção Estatal. Cf. SMITH, Adam. An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations. London: Black, 1839.



homem, em razão da hegemonia dos economicamente mais fortes, fenômeno denominado por Paulo Luiz Netto Lôbo como “darwinismo jurídico”.

Portanto, o ideal absenteísta do Estado liberal não respondia, satisfatoriamente as exigências da sociedade dita “pós-moderna”, sendo necessário uma nova compreensão do relacionamento entre o Estado e a sociedade, que levou os Poderes Públicos a assumir o dever de atuar para que a sociedade superasse suas angústias estruturais, exigindo providências do Estado no sentido de prestar uma proteção mais efetiva.

A intervenção estatal na matéria econômica-jurídica, que passa a ocorrer a partir de então, demonstra, assim, a definitiva superação do individualismo do século XIX, e a conseqüente decadência do liberalismo econômico e político pela ingerência do Estado, com princípios autoritários, na economia privada e na vida jurídica em geral (REIS, 2009, p.132).

Deste modo, surge um novo modelo estatal, *que abandona a neutralidade e apoliticidade, visando assumir fins políticos próprios, tomando-se para si a responsabilidade de transformar a estrutura econômica e social, orientado por um novo entendimento do princípio da igualdade, que deixa de ser compreendido meramente sob o aspecto formal para converter-se em elemento material. Sob outra perspectiva, a igualdade não se dá tão-somente perante a lei, mas fundamentalmente por meio dela* (LEAL, 2007, p.31).

Diante deste quadro, o Estado deixa de ocupar a posição de mero espectador, para intervir diretamente nas questões sociais, utilizando-se de políticas públicas destinadas à promoção dos direitos fundamentais de segunda dimensão, através de uma atuação promocional voltada para garantia de condições mínimas para a sociedade, com o desiderato de lhes garantir os direitos sociais constitucionalmente positivados, tais como, o direito à saúde, educação, alimentação, moradia, segurança pública.

Na Europa, instituiu-se o Estado do Bem-Estar Social, Estado Providência ou Welfare State, que abandonou sua condição passiva de não fazer – abstencionista, para assumir uma perspectiva intervencionista e de preocupação social, atuando como modelador, conformador da vida econômica e social, através do estabelecimento de metas, orientação e

controle para uma atuação ativa na efetivação de uma justiça social.

Surge então, na virada para o século XX, o Estado do Bem-Estar Social, e com ele a consagração, constitucional de uma nova constelação de direitos, que demandam prestações estatais destinadas à garantia de condições mínimas de vida para a população (direito à saúde, à previdência, à educação etc.) (SARMENTO, 2010, p. 18).

Como bem aponta Reis (2009, p.133), embora no Brasil o Estado Interventor tenha editado diversas leis esparsas, denominadas de microssistemas jurídicos, numa perspectiva jurídico-conceitual não pode ser classificado como Estado do Bem-Estar Social ou Welfare State, o que não representa nenhum demérito em relação ao Estado de Direito Europeu, pois se trata de uma realidade distinta da daquela vivenciada naquele continente.

Não obstante, neste período foi retirado do Código Civil diversas regulações, em decorrência deste ainda estar fundamentado no sistema individualista liberal, que não reunia condições de regular os interesses sociais, ensejando o processo da publicização do direito privado.

Aliás, em alinhamento à doutrina mais especializada, à esteira dos ensinamentos de Paulo Luiz Netto Lôbo e Jorge Renato dos Reis, a fim de se evitar a heterogeneidade, ambiguidade e ausência de um consenso na esfera conceitual e terminológica, imperioso realizar a distinção entre as expressões “publicização” e “constitucionalização” do direito privado.

Para os referidos autores a publicização é o processo de intervenção estatal, especialmente no âmbito legislativo, o que, diga-se de passagem, bem caracteriza o Estado Social no Brasil do século XX. Através da intervenção estatal, reduz-se a autonomia privada, a fim de proteger juridicamente o hipossuficiente. A título ilustrativo, encontramos a atuação do legislador no campo legislativo infraconstitucional, retirando do Código Civil matérias inteiras, transformando-as em ramos autônomos, denominados pela doutrina como microssistemas jurídicos, como o direito do trabalho, o parcelamento do solo urbano, a incorporação e o condomínio de edifícios, o direito agrário, o direito do inquilinato, entre outros.

O processo de constitucionalização, por sua vez, tem como objetivo submeter o direito positivo privado aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos, isto é, busca realizar uma releitura do direito civil à luz dos princípios e regras constitucionais. É interpretar o direito civil à luz da constituição e não o contrário.

Feitas estas considerações preliminares, a seguir passaremos a analisar a crise do Estado do Bem-Estar Social e a constitucionalização do direito privado, mais precisamente, a influência do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana sobre todo o ordenamento, inclusive nas relações interpessoais.

### **3. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E O PAPEL DOS REGISTRADORES**

A crise do Estado de Bem-Estar é um tema complexo para o qual não há consenso entre os estudiosos, havendo aportes doutrinários, que apontam uma variedade de fatores. Indubitavelmente, há de se reconhecer que um dos fatores que contribuiu sobremaneira para seu declínio foi a expansão desordenada do Estado, tornando-o burocrático e obsoleto, eis que muitas vezes fracassou em garantir a eficácia dos direitos sociais.

Decerto, os primeiros sinais da crise do Welfare State se relacionam à crise financeira ocasionada pela crescente dificuldade de compatibilizar gastos públicos com o crescimento da economia capitalista, ocasionando uma desunião entre capital e trabalho.

Outro fator determinante para a derrocada foi a explosão de demandas reprimidas, gerada pela democratização política, tornando extremamente difícil a obtenção dos recursos financeiros necessários ao seu atendimento. Ademais, o envelhecimento populacional, decorrente dos avanços na medicina e no saneamento básico, engendrou uma perigosa crise de financiamento na saúde e na previdência social – pilares fundamentais sobre os quais se assenta o Estado Social (SARMENTO, 2010, p. 26).

Recolhendo aqui a lição de Reis (2009, p. 133), pode-se afirmar que em decorrência da crise vivenciada por este modelo e, principalmente, diante da necessidade de uma maior eficácia da Carta Magna, passa-se a exigir que todos os atos praticados o sejam realizados

segundo os princípios constitucionais sob pena de inexistência, nulidade, anulabilidade ou ineficácia.

Assim sendo, toda a legislação infraconstitucional torna-se constitucionalizada, com a predominância do o princípio da dignidade humana, dissipando a ideia de um direito civil autônomo em relação ao direito constitucional.

A regulação da vida privada, até então exclusiva do direito civil, passa a se subordinar à Constituição, que assume o seu *status* de lei superior e passa a ser o centro do ordenamento jurídico, irradiando seus princípios normativos à toda a legislação denominada infraconstitucional.

Com efeito, há uma mudança de paradigma do direito privado, fruto de uma série de transformações sociais, sobretudo, após a gênese da nova ordem constitucional. A “repersonalização do direito privado” ocorre como resposta imediata à constitucionalização de temas que eram tratados anteriormente apenas pela legislação ordinária, alterando o enfoque jurídico do patrimônio para o ser humano em si (FACHIN, 2015, p. 162). Desta forma, a noção de patrimônio se vê substituída por princípios que levam em consideração toda a sociedade, em especial a dignidade da pessoa humana.

O valor da dignidade da pessoa humana assume, nesse sentido, uma importância essencial, não apenas como primeira referência simbólica de legitimação de toda a ordem constitucional, mas também enquanto princípio de onde decorrem as consequências práticas próprias da irreduzível inconstitucionalidade de que padecem quaisquer violações do princípio, independentemente da censura política e moral que cai inelutavelmente sobre os responsáveis por essa violação (NOVAIS, 2018, p. 20).

Na mesma esteira Martins (2010, p. 51) leciona que a dignidade da pessoa humana manifesta os anseios a serem alcançados por toda a sociedade civil e por seus componentes, sendo-lhe atribuído uma proeminência axiológica sobre os demais valores acolhidos pela Carta Magna.

Abriu-se, portanto, espaço para um novo modelo de Estado, o Democrático de Direito, onde a Constituição mais do que nunca, assumiu uma função principiológica em face do recrudescimento da ideia dos direitos fundamentais e da noção de Dignidade da

Pessoa Humana, que designa o respeito que merece qualquer pessoa não importando em que condições se encontre, isto é, independe de qualquer merecimento de cunho pessoal ou social.

O Estado Democrático de Direito, portanto, é um Estado comprometido constitucionalmente com a realização efetiva dos direitos fundamentais. Para tanto, deve estar dotado de instrumental jurídico passível de judicialização de uma gama maior de conflitos gerados pela efetivação daqueles direitos, aos quais se passou a reconhecer eficácia vertical e horizontal (FINGER, 2000, p. 93).

Ao ser elencada na Carta Magna assume status de “super princípio”, um princípio supremo na hierarquia das normas a irradiar sua força normativa a todos os demais princípios, direitos fundamentais e demais normas jurídicas, proporcionando assim uma coerência valorativa, não apenas sobre os atos estatais, mas, sobretudo, nas relações entre particulares (REIS, 2007, p. 2037).

Com efeito, os valores não são dirigidos ao desenvolvimento do homem enquanto ser isolado, mas, sobretudo, enquanto integrante do meio coletivo. A concepção da pessoa humana ocorre não apenas *uti singulus*, mas principalmente no aspecto *uti socius* (VERDU, 1984, p.41).

Fato é que o Código Civil de 2002 veio amparado pelo paradigma de conteúdo social, com desapego ao individualismo que marcou o Código Civil anterior, passando as normas refletirem a prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundamental da pessoa humana, priorizando a equidade, função social, probidade e boa-fé.

Fica evidente que as relações jurídicas, numa perspectiva constitucional, passam a ser pautadas na dignidade da pessoa humana, que deve ser preservada em qualquer situação, seja nas relações públicas, quanto nas relações particulares.

Neste íterim, para uma melhor compreensão da importância do papel desempenhado pelo registrador para concretização da dignidade da pessoa humana, novo preceito constitucional orientador de todo ordenamento jurídico, é imprescindível a prévia análise do disposto na Carta Magna sobre a atividade notarial e registral.

Note-se que a previsão constitucional de tais serviços corrobora a importância que ostentam na sociedade, dispondo o art. 236 da Constituição Federal de 1988 que a atividade será exercida em caráter privado, mediante delegação do Poder Público, entre pessoas físicas previamente aprovadas em rigoroso concurso público de provas e títulos.

Muito embora a função notarial e de registro seja própria do Estado, por força de norma constitucional, é delegada a profissionais de direito para melhor cumprir a sua finalidade de consecução do interesse público, transferindo o exercício de competência aos particulares e não propriamente este poder-dever que é seu (LOUREIRO, 2019, p. 73).

A natureza jurídica da atividade desenvolvida pelos notários e registradores e *sui generis*, pois não se equipara a nenhuma outra atividade. A função é pública e exercida pelo particular, que assume a função, após aprovação em um rigoroso concurso público de provas e títulos, que são remunerados pelos emolumentos, sendo o notário e registrador responsáveis pela gestão e administração da serventia, remuneração dos seus prepostos e de todas as despesas decorrentes do exercício da atividade notarial e registral. A fiscalização da atividade notarial e registral é realizada pelo Poder Judiciário (FOLLMER; REIS, 2019, p. 108).

Trata-se, portanto, de uma atividade *sui generis*, pois a despeito dos titulares das serventias extrajudiciais serem particulares, desempenham função de inquestionável natureza pública, eis que tidos como o poder certificante dos órgãos da fé pública, cujo exercício envolve parcela da autoridade estatal.

Desta forma, enquadram-se na categoria de agentes públicos, isto é, servidores públicos em sentido amplo, que agem em colaboração com o Poder Público através do instituto da delegação, já que exercem atividade estatal, entretanto não são titulares de cargo *público* efetivo.

Essa atividade, de relevante valor social, jaz sob a exclusiva fiscalização do Poder Judiciário, e não sob o páreo do Poder Executivo, que sabidamente é a quem se dá a imediata fiscalização das empresas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos.

Outrossim, oportuno salientar que a função notarial e de registro é regulamentada pela Lei Federal nº 8.935/94, sendo, portanto, um verdadeiro regime jurídico estruturante, que define em seu artigo 30, inclusive, os deveres éticos a que ficam submetidos os notários

e registradores após o ingresso na carreira, possuindo a obrigação de atendimento das partes com eficiência, urbanidade e presteza. Importante frisar que não se trata de uma mera faculdade, mas sim um dever funcional de caráter cogente, a que todos os registradores estão subordinados.

Sem embargo e para além da definição de seu conteúdo mínimo definido nas legislações infraconstitucionais, os registradores à luz dos princípios insculpidos na Carta Magna, norteadores da área registral possuem não apenas o compromisso primordial de desempenhar sua função com excelência e presteza, mas sobretudo, a auxiliar a sociedade na promoção dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, precipuamente para construir uma sociedade livre, justa e solidária.

#### **4. ATUAÇÃO DOS REGISTRADORES EM PROL DA SOCIEDADE NO COMBATE À LAVAGEM DE DINHEIRO**

Como bem aponta Moraes (2001, p.2) o texto constitucional, ao imputar ao Estado e a todos cidadãos o encargo de construir uma 'sociedade solidária', através de uma concepção de justiça distributiva, invoca uma atuação promocional voltada para a igualdade substancial, dignidade humana e solidariedade social, tendo como meta prioritária a melhora da qualidade de vida de todos os seus cidadãos.

A eficácia irradiante, nesse sentido, enseja a “humanização” da ordem jurídica, ao exigir que todas as suas normas sejam, no momento de aplicação, reexaminadas pelo operador do direito com novas lentes, que terão as cores da dignidade humana, da igualdade substantiva e da justiça social, impressas no tecido constitucional (SARMENTO, 2003, p. 158).

Ao conceituar a atividade notarial e de registro, diz-se que se trata de uma criação social, nascida no seio da sociedade, a fim de atender às necessidades desta diante do andar do desenvolvimento voluntário das normas jurídicas. O embrião da atividade notarial, ou seja, o embrião do tabelião, nasceu do clamor social, para que, num mundo massivamente iletrado, houvesse um agente confiável que pudesse instrumentalizar, redigir o que fosse

manifestado pelas partes contratantes, a fim de perpetuar o negócio jurídico, tornando menos penosa a sua prova, uma vez que as palavras voam ao vento (BRANDELLI, 2011. p.18).

Hodiernamente, em razão da constitucionalização do direito privado, mister se faz realizar uma filtragem constitucional quando da análise da atividade notarial e registral. De tal sorte, aquele pensamento anacrônico, de que os notários e registradores são os “donos do cartório”, e de que o único propósito destes se restringe a obtenção de emolumentos, não mais deve subsistir atualmente.

Ao contrário, exige-se dos cartórios extrajudiciais toda uma estrutura qualificada para o exercício da atividade notarial e de registro, com observância da técnica e da formalidade intrínseca à espécie. Muito embora a realizem em caráter privado, estão desempenhando uma importante função pública, com exigência do devido acompanhamento da evolução tecnológica e jurídica através da boa gestão, bem como a aplicação dos princípios que norteiam a administração pública, com especial no combate à lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo.

Nesta senda, compete aos delegatários a atuação preventiva a fim de conter essas situações inoportunas, que não coadunam com os preceitos constitucionais insculpidos na Carta Magna. Aliás, a atividade destes profissionais do direito possui substancial importância, visto que na condição de particulares altamente gabaritados, possuem conhecimento teórico e contam com saber prático especializado para auxiliar no propósito específico da norma.

Nessa conjuntura verifica-se que notários e registradores cada vez mais têm recebido novas competências, ampliando, sobremaneira, sua capacidade de atuação para a resolução de conflitos, sendo um dos principais colaboradores no processo de desjudicialização e combate de situações não desejadas pelo Estado.

Por último, saliente-se a regulação dos conflitos sociais através da prevenção dos litígios com recurso a divulgação de informação jurídica através de autoridades administrativas estaduais ou independentes de regulação social ou econômica ou, ainda, de “novas” instâncias de informação jurídica e/ou de resolução de litígios mais ou menos formais e mais ou menos profissionalizadas (do direito ou de outras áreas) (PEDROSO, 2003, p. 74-75).



Com a crescente demanda dos serviços e diante da relevância que ostentam na sociedade, as serventias extrajudiciais foram compelidas a ampliar suas estruturas com intuito de garantir uma boa prestação dos serviços públicos delegados, atingindo a finalidade matriz, que é a de proporcionar segurança jurídica aos usuários do serviço e para toda a sociedade.

Ressalta-se que não se trata de uma faculdade, mas sim de um dever funcional que deve ser exercido pelos notários e registradores no desempenho de suas atividades, para construir uma agenda mínima em torno desse objetivo.

É deste amor próprio jurídico que deriva a disponibilidade de cada um para a luta pela defesa e a atuação dos direitos vitais próprios e de outros, ou ainda pela própria (ou por outra) identidade de pessoa: para as identidades ameaçadas e a defender e para as novas identidades, a afirmar ou reivindicar (FERRAJOLI, 2002, p. 755).

Por isso, percebe-se que os delegatários deverão cooperar cada vez mais, lançando mão do individualismo desmedido (REIS; KONRAD, 2015), devendo ter a percepção de que ao optar pela atuação individualista, poderão eventualmente sofrer sanções civis, administrativas e até penais, em face da inobservância de um preceito constitucional, qual seja, o princípio da solidariedade.

Nesse sentido, os notários e registradores são essenciais na superação dos problemas sociais, construindo espaços e mecanismos de interação positiva, através da sinergia positiva entre democracia, direitos humanos e equidade social, estando sujeitos aos deveres de colaboração impostos pela lei como medidas de prevenção à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo.

Ciente da importância dos notários e registradores para implementação efetiva de política permanente de combate à lavagem de dinheiro e o financiamento ao terrorismo, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, editou o Provimento nº 88/2020, destinado ao aperfeiçoamento das atividades dos serviços extrajudiciais para o cumprimento de tal desiderato, impactando significativamente na rotina administrativa extrajudicial.

Inicialmente, é relevante consignar que o supramencionado provimento se aplica não apenas aos titulares dos serviços notariais e de registros, mas também aos interinos e interventores. Desta forma, todos estes aplicadores do direito devem avaliar a existência de suspeição nas operações praticadas nos atos de seu ofício, através da obtenção de informações sobre o propósito e a natureza da relação de negócios.

Espera-se, ainda, que estes profissionais promovam treinamento dos colaboradores da serventia, bem como elaborem manuais e rotinas internas sobre regras de condutas e sinais de alerta para que possam realizar as comunicações suspeitas ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF.

Antes de mais nada, é preciso esclarecer que o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF é a Unidade de Inteligência Financeira (UIF) do Brasil e possui atribuições de receber, examinar e identificar ocorrências suspeitas de atividade ilícita e, ato contínuo, comunicar às autoridades competentes para instauração de procedimentos.

Havendo indícios da prática de crime de lavagem de dinheiro ou de financiamento do terrorismo, ou de atividades a eles relacionadas, conforme critérios estabelecidos no Provimento 88 do CNJ, será efetuada comunicação à Unidade de Inteligência Financeira – UIF após a prática do ato notarial ou registral. Aliás, imperioso destacar que há situações que devem ser comunicadas, independentemente de análise ou qualquer outra consideração a saber: I - registro de transmissões sucessivas do mesmo bem, em período não superior a 6 (seis) meses, se a diferença entre os valores declarados for superior a 50%; II - registro de título no qual constem diferenças entre o valor da avaliação fiscal do bem e o valor declarado, ou entre o valor patrimonial e o valor declarado (superior ou inferior), superiores a 100%; III - registro de documento ou título em que conste declaração das partes de que foi realizado pagamento em espécie ou título de crédito ao portador de valores igual ou superior a R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), nos termos do art. 25 da supramencionada Resolução.

Observa-se que no Brasil grande parte das suspeições gira em torno de casos relacionados principalmente com a subvalorização ou a supervalorização dos imóveis, tendo em vista que não raras vezes os valores declarados pelas partes na aquisição imobiliária são

utilizados como subterfúgio para dar a impressão de licitude ao ganho de capital, podendo ainda, consistir em pagamento em imóveis de vantagens indevidas.

É de suma importância ter em mente que o contato com os usuários dos serviços extrajudiciais é a pedra de toque para que as comunicações enviadas ao COAF surtam os efeitos necessários e auxiliem as autoridades competentes a combater, principalmente, os crimes de lavagem de dinheiro. Não resta dúvida que as práticas implementaram sensíveis mudanças na rotina dos registradores, pois fizeram com que vários elementos fossem integrados aos atos registrares e criaram obrigações acessórias que auxiliarão no combate aos crimes de lavagem de dinheiro e de financiamento ao terrorismo.

Vê-se, desta forma que o centro de gravidade da ordem jurídica caminhou do individual para o social, deixando a sociedade de ver o ser individualista e patrimonialista e passou a se preocupar com a situação alheia e na tomada de ações para minimizar o sofrimento do próximo.

Para compreensão da relação do direito registral com o direito constitucional, é fundamental a integração do teórico com o operacional, visando a eficácia concreta dos direitos fundamentais. Enfim, concretizar a dignidade da pessoa humana – conhecida no direito alemão como *Die würde des Menschen* – em todo o ser humano, não sendo mera retórica, mas sim um conjunto de ações efetivas no desenvolvimento das atividades delegada ao Registrador Civil das Pessoas Naturais, voltadas ao atendimento do ser humano” (FOLLMER, 2011, p. 90).

O pertencimento, vínculo, amorosidade e empatia transcendem os livros do acervo, pois estes profissionais do direito não devem ficar adstritos apenas à prática dos atos previstos na Lei nº 8.935/94. Os registradores devem assumir posição de protagonismo, verdadeiro compromisso social, conquanto sua atuação será determinante para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho verificou-se a mudança de paradigma vivenciado no ordenamento jurídico brasileiro, com a superação da clássica dicotomia existente entre o direito público e direito privado, eis que este último passou por um processo de

constitucionalização, através de uma releitura das relações jurídicas, sob uma perspectiva constitucional.

Dentro deste contexto, a Carta Magna que servia apenas como referencial político, buscando regulamentar a organização e estruturação do Estado - matéria de direito público, passa a assumir a condição de fundamento constitucional, com força normativa. Torna-se, verdadeiramente, uma bússola, princípio norteador de todo o ordenamento jurídico brasileiro, irradiando seus efeitos também nas relações entre particulares – matéria até então regulada pelo direito privado. A regulação da vida privada, até então exclusiva do direito civil, passa a se subordinar à Constituição.

Decerto, não mais se justifica o enquadramento das relações sociais exclusivamente em uma destas duas esferas, pois atualmente se encontram estritamente relacionadas. Há de se reconhecer, aliás, que no constitucionalismo contemporâneo existe forte valoração dos direitos fundamentais, ampliando-os consideravelmente, no intuito de dar-lhes a sua real importância no contexto jurídico e social, dando prevalência à interpretação teleológica ou finalística, sem, contudo, desprezar a interpretação literal.

Toda a legislação infraconstitucional torna-se constitucionalizada, com a predominância do o princípio da dignidade humana, dissipando a ideia de um direito civil autônomo em relação ao direito constitucional, já que a noção de patrimônio se vê substituída por princípios que levam em consideração o coletivo, buscando construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Em razão da constitucionalização do direito privado, a atividade notarial e registral deve ser compreendida sob esta nova perspectiva, superando aquele pensamento anacrônico, de que os registradores são os “donos do cartório”, cujo propósito se restringe exclusivamente à obtenção de emolumentos. É necessário que se compreenda, que na condição de agentes colaboradores para a pacificação social, altamente gabaritados, possuem conhecimento teórico e prático especializado, para auxiliar a sociedade como um todo, destacando-se neste estudo a importância destes aplicadores do direito no combate aos crimes de lavagem de dinheiro.

Portanto, na concepção contemporânea, a atividade deve ser desempenhada sob a ótica solidária, atribuindo nova tarefa ao registrador, que consiste exatamente em fornecer mecanismos de interação positiva para auxiliar na superação dos problemas sociais.

Em última análise, ser registrador não se limita apenas a carimbar. Ser registrador, vai muito além, é estar atento aos anseios sociais, buscando uma atuação alicerçada na responsabilidade social, através da construção de um ambiente propício para desenvolvimento de um mundo pautado na concretização da dignidade da pessoa humana.

## 6. REFERÊNCIAS

BRANDELLI, Leonardo. **Teoria Geral do Direito Notarial**. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

CAPELLA, Juan Ramón. **Fruta prohibida: una aproximacion histórico-teorética al estudio del derecho y del estado**. Madrid: Trotta, 1997.

EDELMAN, Bernard, **La dignité de la personne humaine, um concept nouveau**, in: PAVIA, Marie-Luce; REVETT, Thierry (Dir.), *La dignité de personne humaine*, Paris: Economica, 1999.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Fauzi Hassan Choukr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 (Livro eletrônico).

FINGER, Julio Cesar. *Constituição e Direito Privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil*. In: SARLET, I. W. (Org.) *A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

FOLLMER, Juliana Bortolin Lisboa. A força normativa da Constituição como paradigma do atual direito notarial e registral brasileiro na busca da segurança jurídica. **Revista de Direito Notarial**, São Paulo: Quartier Latin, ano 3, n. 3, 2011.

FOLLMER, Juliana Bortolin Lisboa; REIS, Jorge Renato dos. O direito registral imobiliário

e o princípio da solidariedade. In: Reis, Jorge Renato dos; Freitas, Priscila de Freitas (Org.) **Interseções jurídicas entre o público e o privado**: a solidariedade como paradigma. Curitiba: Editora Íthala, 2019, p. 101-116.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição Constitucional Aberta**: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática – uma Abordagem a partir das Teorias Constitucionais Alemã e Norte-Americana. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

LOBO. Paulo Luiz Netto. **Do Contrato no Estado Social**. Maceió: EDUFAL. 1983

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros Públicos**: teoria e prática. 10 ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

MARTINS, Vlademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana**: Princípio constitucional fundamental. 5ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana – vol. 01**: Dignidade e direitos fundamentais. Coimbra: Almedina, 2018.

PEDROSO, João. Percurso(s) da(s) Reforma(s) da Administração da Justiça - uma nova relação entre o judicial e o não judicial. In: **Direito e Democracia**, Vol. 4, nº. 1, p. 47-89, Canoas, 1º sem. 2003.

REIS, Jorge Renato dos. A constitucionalização do Direito Privado: algumas considerações para análise. **Revista Atos & Fatos (Curso de Direito da Celer Faculdades)**, v. 1, p. 126-139, 2009.

REIS, Jorge Renato dos. Os direitos fundamentais de tutela da pessoa humana nas relações entre particulares. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. (Org.). **Direitos Sociais e Políticas Públicas - Desafios contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007, tomo.7, p. 2033-2064.

REIS, Jorge Renato dos; KONRAD, L.R. O direito fundamental à solidariedade: a aplicação do instituto no direito civil. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Eletrônica, v. 20, n. 1, jan.abr. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**, tese de Doutorado em Direito Público, defendida na UERJ em junho de 2003, editada pela Lumen Juris: 2004.

SMITH, Adam. **An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations**. London: Black, 1839.

VERDU, Pablo Lucas. **Estimativa y política constitucionales**. Madrid: Universidad de Madrid, 1984.

Data da submissão: 13/09/2021

Data da primeira avaliação: 13/12/2021

Data da segunda avaliação: 17/01/2022

Data da aprovação: 09/06/2024

**ENTRE ANTIPOSITIVISMO RETÓRICO E POSITIVISMO INCONSCIENTE:  
UMA BREVE ANÁLISE DA TEORIA CONSTITUCIONAL NO BRASIL PÓS-1988  
E SUAS INFLUÊNCIAS**

*BETWEEN RHETORICAL ANTIPOSITIVISM AND UNCONSCIOUS POSITIVISM: A  
BRIEF ANALYSIS OF BRAZILIAN POST-1988 CONSTITUTIONAL THEORY AND ITS  
INFLUENCIES*

**Gilberto Morbach Junior<sup>1</sup>**  
**Victor Bianchini Rebelo<sup>2</sup>**

**RESUMO:** O artigo faz uma crítica a partir da teoria do direito ao processo de reformulação da teoria constitucional brasileira pós-1988, tendo como foco movimentos que influenciaram o direito constitucional do País desde então — especialmente o neoconstitucionalismo. Sustenta-se que o antiformalismo desses movimentos determinou a baixa recepção que o positivismo jurídico analítico-descritivo teve no Brasil, o que veio a influenciar a reformulação do constitucionalismo brasileiro no campo teórico e jurisdicional, com destaque para o Supremo Tribunal Federal, que adotou essa retórica antipositivista em sua jurisprudência, mas que, contudo, revela adesão inconsciente a uma das teses inevitáveis da vertente exclusivista do positivismo analítico-descritivo: a discricionariedade judicial.

**Palavras-chave:** Neoconstitucionalismo; Teoria Constitucional; Teoria do Direito; Positivismo Jurídico; Jurisdição constitucional.

**ABSTRACT:** This paper presents a critique from the legal theory perspective of the process of reformulation of post-1988 Brazilian constitutional theory, focusing on the movements which have influenced the country's constitutional law since then—specially the new constitutionalism. It is suggested that the anti-formalism in these movements determined the lukewarm reception of analytic legal positivism in Brazil, which came to influence the reformulation of Brazilian constitutionalism on both academic and jurisdictional fields. Its biggest impact was on the Federal Supreme Court, who adopted this rhetorical anti-positivistic discourse, but, nevertheless, reveals itself an unconscious bond to one of hard facts positivism's inevitable theses: judicial discretion.

---

<sup>1</sup> **Qualificação:** Pesquisador de pós-doutorado, como bolsista da FAPESP, na Faculdade de Direito da USP. Doutor e mestre em Direito pela Unisinos, summa cum laude, como bolsista do CNPq. Pesquisador visitante no Cambridge Forum for Legal and Political Philosophy, na Universidade de Cambridge, como bolsista da CAPES; **e-mail:** gmorbach@usp.br; **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/7136420209962979>; **ORCID:** 0000-0003-3765-6532; **Vinculação:** FDUSP (SP)

<sup>2</sup> **Qualificação:** Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio Sinos – UNISINOS como bolsista do Programa de Excelência Acadêmica (Proex) da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), membro do Dasein – Núcleo de Estudos Hermenêuticos. Advogado, inscrito na seccional de Santa Catarina da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/SC), sob o n.º. 60.806; **e-mail:** vbrebelo@hotmail.com; **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/6217981718200190>; **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0003-1455-8307>; **Vinculação:** UNISINOS (RS)



**Key-words:** New constitutionalism; Constitutional theory; Legal theory; Legal positivism; Judicial review.

**Sumário:** INTRODUÇÃO; 2. CONTEXTO E TENDÊNCIAS DA TEORIA CONSTITUCIONAL NO BRASIL PÓS-1988; 3. O(S) NEOCONSTITUCIONALISMO(S): ORIGENS, CAPILARIDADE E INFLUÊNCIA NA TEORIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA PÓS-1988; 3.1 A ORIGEM EUROPEIA DO TERMO “NEOCONSTITUCIONALISMO”, SUA EVOLUÇÃO E CAPILARIDADE TEÓRICA; 3.2 O NEOCONSTITUCIONALISMO E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA; 3.3 INCOMPATIBILIDADES DO INTERPRETATIVISMO JURÍDICO DE DWORKIN COM O NEOCONSTITUCIONALISMO E SUAS CONSEQUÊNCIAS; 4. CRÍTICA À RECEPÇÃO DOUTRINÁRIA DO POSITIVISMO ANALÍTICO-DESCRIPTIVO NO BRASIL; 4.1 QUAL POSITIVISMO OS PÓS-POSITIVISTAS QUEREM SUPERAR? 4.2 ENTRE ANTIPOSITIVISMO RETÓRICO E POSITIVISMO INCONSCIENTE; 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS; 6. REFERÊNCIAS

## 1. INTRODUÇÃO

Não é novidade que o constitucionalismo brasileiro pós-1988 se desenvolveu com um caráter profundamente antiformalista, tido como antipositivista. A CRFB/88 trouxe ao Brasil uma discussão sobre a possibilidade de um constitucionalismo compromissório e normativo diversa da que era praticada no País em outros períodos. O discurso antiformalista introduzido na Carta Magna se mostrou em sintonia com as correntes que pretendemos estudar mais a fundo neste artigo. Desde movimentos como o Direito Alternativo até a recepção de doutrinas como o neoconstitucionalismo, pretendemos analisar criticamente esse viés antipositivista dentro da teoria constitucional brasileira pós-1988, identificar o contexto e tendências que proporcionaram a consagração dessas teses, bem como verificar as influências desses movimentos sob a jurisdição constitucional.

Teceremos aqui algumas críticas a esse processo que se deu no Brasil pós-1988 a que atribuímos uma baixa densidade na recepção ao positivismo jurídico no País, especialmente à sua versão analítico-descritiva, que se mostra fundamental para a compreensão de importantes debates na história recente da teoria do direito, como foi o debate Hart-Dworkin, requisito essencial para a discussão da discricionariedade judicial e a jurisdição constitucional. Vejamos, então, como o estudo está esquematizado.

No primeiro tópico apresentaremos o contexto e as tendências do constitucionalismo brasileiro pós-1988 em sua origem, buscando compreender melhor o caráter antiformalista da época por conta do trauma do Regime Militar e o quanto da geração de juristas desta época foi influenciada por movimentos jurídicos disruptivos importados da Europa e de forte caráter sociológico, que no País se traduziram de forma mais evidente no Direito Alternativo.

Na segunda seção, apresentaremos o movimento que deu “continuidade” a essa tendência anterior, o neoconstitucionalismo, demonstrando seu caráter plural como movimento epistemológico, desde sua origem europeia até sua importação por países situados fora do eixo Norte Global, o que acarretou um processo de ascensão política das cortes constitucionais, com fins de concretizar direitos fundamentais. Também nesta seção apresentaremos evidências de que a influência do neoconstitucionalismo pode ser claramente notada na jurisprudência do próprio STF, mas que essa tendência na corte tem um caráter retórico que esconde uma tradição personalista e dogmática. Por fim, apontaremos para o primeiro dos equívocos atribuídos à doutrina majoritária brasileira neste artigo: associar o jurista Ronald Dworkin ao movimento neoconstitucionalista.

Dentro da terceira e derradeira seção, questionaremos se o neoconstitucionalismo adotado pela doutrina brasileira pós-1988 pode superar o positivismo jurídico, indagando qual positivismo dentre tantos se pretende superar? A partir desse questionamento, buscaremos introduzir como o debate Hart-Dworkin — especialmente a resposta de Hart ao desafio teórico proposto por Dworkin — definiu o positivismo descritivo desde então, e como esse debate nunca foi devidamente enfrentado pela corrente majoritária da doutrina, o que contribuiu para o desenvolvimento de um “positivismo inconsciente” na jurisdição e na teoria constitucional predominante no Brasil.

## **2. CONTEXTO E TENDÊNCIAS DA TEORIA CONSTITUCIONAL NO BRASIL PÓS-1988**

Luís Roberto Barroso diz na introdução de uma de suas obras que o direito constitucional era tratado com desdém no período que antecedeu a promulgação da CRFB/88. Quando alguém queria minimizar uma questão jurídica, dizia-se que “isso era matéria constitucional” (BARROSO, 2015a). Para mudar esse cenário, constitucionalistas brasileiros precisaram importar teorias estrangeiras à doutrina brasileira, de forma a adequar-se à nova realidade representada pelo Estado Democrático de Direito, e deixar para trás o formalismo extremo presente na pedagogia jurídica do período militar.

A crescente liberdade acadêmica ocasionada pela abertura democrática facilitou, a partir da década de 1990, um intercâmbio cultural pouco visto anteriormente e muitos juristas voltaram a ter seus estudos e pesquisas financiados pelo Estado, possibilitando um acesso maior a cursos de pós-graduação no exterior e parcerias entre universidades brasileiras e estrangeiras.

A consequência direta dessa abertura foi a importação de teorias estrangeiras de vanguarda, cuja missão principal fosse romper com o formalismo que “assombrava” o constitucionalismo brasileiro. Tais teorias foram encontradas predominantemente nos países da Europa continental. Dentre os países mais visitados estavam Portugal, Espanha, Alemanha e Itália. Teses ali pesquisadas e debatidas deram o pontapé inicial na reformulação da teoria constitucional brasileira. Esses países, apesar de trabalharem marcos teóricos próprios partindo de diferentes origens históricas e filosóficas, tinham uma característica em comum: eram lar de doutrinas críticas que advogavam pela ruptura com o formalismo jurídico associado a um paradigma “liberal-individualista”. Essa oposição foi desenvolvida por diversas propostas teóricas em cada país, mas coincidiram na oposição à teoria das fontes jurídicas, negando o Direito como um mero “fato social” e apostando na função “criativa” da hermenêutica jurisdicional de descoberta do direito para além da norma escrita. Dentre as teorias mencionadas, talvez uma das mais notórias tenha sido o movimento crítico (inspirado na Escola de Frankfurt) do Uso alternativo do Direito, que inspirou no Brasil o Movimento do Direito Alternativo (WOLKMER, 1991).

No final da década de 1980 e início de 1990, esses movimentos começaram a repercutir com mais força no solo nacional — não só no âmbito acadêmico como também no jurisdicional. Isso foi uma consequência do que defendiam os alternativistas da época. Liderado por magistrados, o Direito Alternativo caracterizou-se pelo cunho sociológico e crítico, advogando por uma interpretação social e teleológica das leis, buscando favorecer as classes menos privilegiadas através de uma jurisdição atenta às desigualdades (ANDRADE, 2008).

A resposta para esse anseio concretizador se deu de forma a tolerar (e por vezes incentivar) o protagonismo judicial como estratégia de reforma do Direito brasileiro através do Poder Judiciário. Assim, os alternativistas legitimaram a possibilidade de o juiz, por meio de sua decisão, corrigir desigualdades e injustiças presentes nas relações jurídicas, a partir de uma hermenêutica teleológica, de forte caráter utilitarista. Isso tornou os juízes vinculados ao movimento alvos de críticas que serão importantes para nosso argumento neste artigo.

Como veremos adiante, há muitas semelhanças entre o Direito Alternativo e o neoconstitucionalismo. Há evidências de que o primeiro influenciou o segundo justamente porque autores que se associaram aos neoconstitucionalismos estavam presentes em eventos promovidos pelos alternativistas, como foi o caso de Barroso (1999), que registrou em obra a necessidade de uma síntese entre saber jurídico tradicional, teoria crítica e direito alternativo.

A contextualização é determinante para compreender o caráter antiformalista desses movimentos. A influência de teorias críticas já em sua importação da Europa para o Brasil não poderia ter resultado diverso, sobretudo em um país que saía de uma ditadura e entrava em um período de efervescência democrática, onde se vinculou de maneira equivocada o positivismo jurídico ao formalismo jurídico que predominava nas relações jurídico-políticas do Regime Militar. Tal vinculação já podia ser observada na redução feita pela doutrina majoritária do positivismo jurídico, que no País era divulgado apenas pelo prisma exegetico

(representado pela alegoria francesa do juiz “boca-da-lei”) ou através do juspositivismo normativista kelseniano.<sup>3</sup>

Autores associados ao positivismo, como Norberto Bobbio, Luigi Ferrajoli e o próprio Kelsen, foram invariavelmente estudados neste período, porém uma lacuna ficou clara desde então: o positivismo jurídico analítico-descritivo que, mesmo estando em alta na década de 1990, pouco repercutia em nossa doutrina. A baixa densidade na recepção do positivismo jurídico no Brasil, portanto, dificultou a compreensão de que autores denominados neoconstitucionalistas ou alternativistas podem ser considerados positivistas (SARMENTO, 2009), o que pode pôr em xeque o argumento de parte da doutrina brasileira que afirma o neoconstitucionalismo como um marco de superação do positivismo jurídico.

### **3. O(S) NEOCONSTITUCIONALISMO(S): ORIGENS, CAPILARIDADE E INFLUÊNCIA NA TEORIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA PÓS-1988**

O fenômeno dos movimentos neoconstitucionalistas, surgidos em países da Europa continental, com especial relevância na Itália e na Espanha, está associado ao constitucionalismo pós-guerra, que trouxe ao cenário jurídico europeu um contingente muito similar ao vivido no Brasil décadas depois, no fim do regime militar, com o advento de uma nova fundamentação teórica que pudesse consagrar um constitucionalismo compromissório, rompendo com a herança autoritária e restritiva de direitos e dando, enfim, a normatização devida à cartas magnas que coincidiam no seu conteúdo em amplos direitos individuais e sociais, o que se seguiu na CRFB/88. Não por acaso, a influência dos movimentos teóricos e judiciais nesses países foi sentida fortemente no Brasil (STRECK, 2020, p. 249–252).

#### **3.1. A ORIGEM EUROPEIA DO TERMO “NEOCONSTITUCIONALISMO”, SUA EVOLUÇÃO E CAPILARIDADE TEÓRICA**

---

<sup>3</sup> No Brasil a própria compreensão da doutrina de Kelsen é motivo de críticas porque alguns ainda insistem em defini-lo como “legalista” ou exegeta.

A professora italiana Susanna Pozzolo é reconhecida por ter sido uma das primeiras pensadoras a cunhar o termo “neoconstitucionalismo”, ainda dentro do contexto europeu e previamente à sua recepção brasileira. Contudo, podemos afirmar que o termo foi usado já nos anos 1990, sendo contextualizado e desenvolvido na Itália e Espanha, embora não tenha sido reconhecido como movimento ou teoria em países influentes no constitucionalismo ocidental, como Estados Unidos e Alemanha (SARMENTO, 2009, p. 11). Além de Pozzolo, outros teóricos precursores da sistematização teórica do neoconstitucionalismo em sua origem europeia são os jusfilósofos espanhóis Prieto Sanchís e Sastre Ariza e os juristas italianos Ricardo Guastini e Paolo Comanducci (STRECK, 2020, p. 249).

Ainda antes de sua importação para países do Sul Global, já havia uma espécie de consenso entre os teóricos de que o neoconstitucionalismo encontrava partidários das mais diversas disciplinas, tornando-se difícil sua definição no campo teórico. Nessa tentativa por parte da doutrina europeia de se construir uma frente favorável a uma nova leitura constitucional, não se mediram esforços para encontrar pontos em comum entre autores que poderiam se encaixar nos moldes descritos. No decorrer da década de 1990, foram elaborados inúmeros ensaios trabalhando as características principais do neoconstitucionalismo. Susana Pozzolo elaborou quatro propriedades que poderiam ser encontradas em autores que defendiam o movimento: (i) defesa da normatividade dos princípios constitucionais (principiologia); (ii) defesa do método de ponderação em detrimento do método de subsunção; (iii) supremacia constitucional estando acima da supremacia legislativa; e (iv) supremacia judicial em detrimento da liberdade legislativa (POZZOLO, 1998, p. 339–341).

A sugestão afirma a tese de que autores heterogêneos entre si — como Robert Alexy, Ronald Dworkin e Gustavo Zagrebelsky — buscavam indiretamente o mesmo propósito, que poderia ser condensado no que a autora propunha como “neoconstitucionalismo” (POZZOLO, 1998, p. 339–341). Some-se a isso a natural exposição que o neoconstitucionalismo teve em países alheios à realidade europeia, como foi o caso da

América Latina, em especial, que agregou às propostas ítalo-ibéricas do movimento projetos próprios de seus específicos contextos jurídico-políticos (HIRSCHL, 2013).

Com a evolução da temática já na virada do novo milênio, outros estudiosos buscaram compreender o neoconstitucionalismo de maneira mais sofisticada, já incluindo aí as novas facetas condensadas pela experiência latino-americana. Um estudo de destaque foi o do jurista mexicano Miguel Carbonell, que já antecipou no título da obra de sua organização, *Neoconstitucionalismo(s)* (2003), sua conclusão de que o movimento — agora já internacional — havia tomado múltiplas facetas. A virtude dos trabalhos de Carbonell foi demonstrar que dentro da proposta neoconstitucionalista não havia uma unidade jusfilosófica, nem mesmo um objetivo político comum. Daniel Sarmento pontua essas diferenças ao afirmar que se associam ao movimento pensadores positivistas, em seus diversos matizes; pensadores não-positivistas; pensadores que defendem o uso do método na aplicação do Direito, mas também opositores do emprego de qualquer metodologia hermenêutico-jurídica; adeptos do liberalismo político, comunitaristas, como também procedimentalistas (SARMENTO, 2009). Em suma, Carbonell (2007) conseguiu sistematizar um ponto em comum entre todos os defensores da doutrina neoconstitucionalista em três elementos ou propostas principais: a) defesa de novos textos constitucionais; b) defesa de uma nova teoria da constituição; e c) fomento de novas posturas jurisprudenciais, reconhecendo a pluralidade por vezes contraditória dos (agora) plurais neoconstitucionalismos.

Por isso, junto a Ran Hirschl (2013), que trabalha o fenômeno sob lentes anglo-saxãs denominando-o *new constitutionalism*, pode-se concluir que, em países periféricos (subdesenvolvidos e emergentes), o advento de uma ruptura constitucional e a consequente democratização favorece(ra)m o protagonismo judicial. Outra não foi a experiência brasileira em relação à sua versão do neoconstitucionalismo.

### **3.2. O NEOCONSTITUCIONALISMO E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA**

A influência do Direito Alternativo e mais recentemente do neoconstitucionalismo no Brasil não ficaram restritas à academia. O discurso neoconstitucionalista no Brasil foi angariando apoio de inúmeros partidários dentre os doutrinadores brasileiros, tendo sido difundido em território nacional como uma espécie de estágio jurídico mais avançado do direito constitucional (STRECK, 2017).

Após o período de efervescência dos anos 1990, inaugurou-se na década de 2000 um período com inúmeras decisões do Supremo Tribunal Federal em favor de teses progressistas que em alguma medida se associavam às doutrinas defendidas pelo neoconstitucionalismo. Via-se nos argumentos de alguns ministros termos como “principiologia” e a defesa de uma “nova interpretação constitucional”. A tempestade perfeita se formou através de uma conjuntura que uniu indicações de ministros com perfis e faixas etárias que indicavam ter sido influenciados pelas correntes mencionadas, quando não eram eles próprios arautos desses movimentos, como foi o caso de Luís Roberto Barroso, conhecido no País como o autor que difundiu o neoconstitucionalismo a partir de sua Doutrina da Efetividade.<sup>4</sup>

Raineri Ramalho (2019, p. 157–165) explica como o neoconstitucionalismo influenciou a jurisprudência do Supremo. Casos como a ADPF nº 132 e ADI nº 4.277 (união homoafetiva); do mandado de segurança nº 26.603 (criação jurisprudencial do instituto da “fidelidade partidária”),<sup>5</sup> entre muitos outros citados pelo pesquisador, revelam com mais clareza como o direito constitucional foi se moldando pela jurisprudência do Supremo a partir da influência doutrinária do neoconstitucionalismo.

Outra prova da influência apontada pelo constitucionalista é a da menção em alguns precedentes da corte de que “se vive em uma época de pós-positivismo” (ADPF nº 132; ADC nº 19; e ADI nº 3510),<sup>6</sup> fala proferida em voto pelo ministro Luiz Fux em um desses julgados,

---

<sup>4</sup> Em relação à *Doutrina da Efetividade*, ver Barroso (2009).

<sup>5</sup> ADI nº 4277, Relator: Min. Ayres Britto, julgamento em 05/05/2011, publicação: DJe-198, de 14/10/2011; MS nº 26.603, Relator: Min. Celso de Mello, julgamento em: 04/10/2007, publicação: DJe-152, de 30/11/2007.

<sup>6</sup> ADPF nº 132, Relator: Min. Ayres Britto, julgamento em 05/05/2011, publicação: DJe-145, de 06/08/2010; ADC nº 19, Relator: Min. Marco Aurélio, julgamento em 09/02/2012, publicação: DJe-080, de 29/04/2014; ADI nº 3510, Relator: Min. Ayres Britto, julgamento em 29/05/2008, publicação: DJe-096, de 28/05/2010.



cujo teor afirma que “o neoconstitucionalismo influenciou a Constituição de 1988 nos âmbitos teórico, ideológico e metodológico”. Concordamos com Ramalho quando o autor aponta para as inconsistências do argumento: sendo o neoconstitucionalismo um fenômeno teórico difuso e fragmentado, importado ao Brasil como doutrina, como já foi visto, por volta da segunda metade da década de 1990, fica evidente que a constituição brasileira, elaborada no fim dos anos 1980, não foi devidamente influenciada pelo neoconstitucionalismo, mas pela doutrina do Uso Alternativo do Direito e demais movimentos progressistas e antiformalistas, como aconteceu no Brasil com o Direito Alternativo. O ministro, portanto, provavelmente confundiu os movimentos dadas a semelhança e influência que um teve sob o outro.<sup>7</sup>

Ramalho (2019) também faz uma crítica à principiologia que, da forma como vem sendo aplicada pela corte, para o autor, privilegiou direitos de forma desigual, em detrimento de pleitos sociais e da defesa de garantias processuais. Nosso posicionamento é que nesses casos a via adotada pelo neoconstitucionalismo esconde não só uma forte tendência judicial subjetivista, mas também consequencialista na corte, com os ministros utilizando desse tipo de argumentação especialmente em julgamentos de casos que envolvam controvérsias políticas ou moralmente sensíveis à opinião pública.

Um exemplo disso foi o modo como a corte tratou o polêmico tema da presunção de inocência em face da possibilidade de prisão após condenação penal em segunda instância, enfrentado mais recentemente nos julgamentos do habeas corpus nº 126.292 e das ações declaratórias de constitucionalidade nº 43, 44 e 54.<sup>8</sup> Não nos cabe discorrer sobre o mérito dos casos neste trabalho, embora possamos desde já ponderar que se trataram de julgamentos com claros contornos moralmente sensíveis à opinião pública, onde foi possível

---

<sup>7</sup> O autor deixa claro também que é equivocado assumir que o *neoconstitucionalismo* não pode gerar influências teóricas ou mesmo metodológicas, porque trata-se de um *movimento* difuso e plural, não tendo assumido em momento algum uma metodologia ou teoria do Estado claros (RAMALHO, 2019, p. 174).

<sup>8</sup> HC nº 126.292/SP, Relator: Min. Teori Zavascki, julgamento em 17/02/2016, publicação: DJe 100, de 17/05/2016; ADCs nº 43, 44 e 54, Relator: Min. Marco Aurélio, julgamento em 07/11/2019, publicação: DJe 270, de 12/11/2020.

observar como o neoconstitucionalismo nem sempre é usado na argumentação jurídica dos ministros como um trunfo em favor das liberdades individuais.

Independentemente da análise do mérito da decisão plenária, os julgamentos em questão contaram com uma clara demonstração do personalismo que gira em torno da corte e seus ministros, que expuseram em seus votos opiniões pessoais que não tinham relação com os autos. Isso vale tanto para ministros que se filiaram à corrente minoritária quanto a majoritária. Percebe-se claramente que os ministros fundamentaram seus votos por razões morais e políticas, pensando nos resultados que aquela decisão teria para a sociedade, em vínculo claro à ética consequencialista, verve teleológica que é identificada entre alternativistas e neoconstitucionalistas. Mesmo que ao final a tese em favor da presunção de inocência tenha prevalecido (acertadamente, ao nosso ver),<sup>9</sup> é inegável a fragilidade decisória promovida por argumentos subjetivistas e casuísticos, independentemente do posicionamento tomado pelos ministros.<sup>10</sup>

Os precedentes citados são apenas alguns dos inúmeros exemplos que fundamentam o alerta que Ramalho faz para o fato de que a argumentação judicial baseada em aportes teóricos do neoconstitucionalismo (ou autores cooptados pelo movimento) serviu muitas vezes como forma de legitimar a subjetividade dos julgadores. Isso se dá, segundo o autor, porque a corte não tem um perfil institucional — e, acrescentamos, uma tradição doutrinária — definido (RAMALHO, 2019).

Mesmo com a perceptível influência neoconstitucionalista no âmbito da jurisdição constitucional brasileira, a importação de marcos teóricos associados ao neoconstitucionalismo não significou uma mudança operacional no legal reasoning

---

<sup>9</sup> O STF decidiu pela possibilidade da prisão após segunda instância no HC nº 126.292, por maioria de sete votos a quatro, mas reverteu seu entendimento ao julgar conjuntamente as ADCs nº 43, 44 e 54, dessa vez com uma apertada maioria de seis votos a cinco, declarando constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal e, consequentemente, impossibilitando a prisão-pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

<sup>10</sup> Ao nosso juízo, o debate que figurou nas entrelinhas do julgamento em tela estava na proposta neoconstitucionalista da *Doutrina da Efetividade*, de autoria do ministro Barroso, se posicionando contra o provimento das ações; e a *Crítica Hermenêutica do Direito*, de Lenio Luiz Streck, como sendo a proposta teórica que inclusive fundamentou uma das três ações que pedia a declaração de constitucionalidade do art. 283 do CPP.

brasileiro. É o que sustenta José Rodrigo Rodriguez (2013), para quem os juízes brasileiros se relacionam com a esfera pública de forma independente, sem preocupação com uma construção argumentativa dos seus julgados, muito por conta de nosso sistema ser baseado em uma jurisprudência construída por acórdãos, que refletem a opinião individual de cada julgador até formarem uma maioria, diferente de outros sistemas, caso do common law, onde há uma reconstrução argumentativa de casos paradigmáticos. É a partir desse argumento acima que as críticas ao neoconstitucionalismo podem ser mais bem compreendidas dentro da realidade nacional, porque

o Brasil parece possuir um direito que se legitima simbolicamente através de uma argumentação não sistemática, fundada na autoridade dos juízes e dos tribunais; mais preocupada com o resultado do julgamento do que com a reconstrução argumentativa dos seus fundamentos e dos fundamentos dos casos anteriores (RODRIGUEZ, 2013, p. 15, grifo do autor).

Desse modo, pode-se inferir que o neoconstitucionalismo se consagrou no Brasil como um meio de formar um véu retórico e argumentativo em favor do modo de decidir preexistente na jurisdição brasileira, o qual se mostrava carente de uma legitimação teórica inovadora no pós-1988, gerando a tempestade perfeita para a recepção do neoconstitucionalismo. Os estudos anteriormente mencionados demonstram que a tradição operacional do direito brasileiro ainda é impermeável o bastante para manter as incorporações de doutrinas cooptadas pelo neoconstitucionalismo — caso de autores como Alexy, Habermas, ou mesmo Dworkin — apenas no campo retórico, sem se deixar influenciar de fato por elas, enquanto os ministros ainda se baseiam em posicionamentos subjetivistas e no dogmatismo corrente (RODRIGUEZ, 2013).

A análise mais recente e cuidadosa da jurisprudência do Supremo feita por Ramalho (2019) leva a uma conclusão diferente da de Rodriguez (2013, p. 15) quando este afirma que a recepção desses autores cooptados pelos neoconstitucionalistas geraram um “impacto nulo sobre a nossa jurisprudência”, mas se mostra perfeitamente compatível com a afirmação de que a recepção desses autores não alterou a operacionalidade do direito nacional. Ramalho demonstra inclusive como as decisões dos ministros do STF, por mais que defendam “uma

nova leitura constitucional” ainda são em sua maioria fundamentadas por citações a doutrinadores considerados pelo autor como sendo “dogmáticos” ou “clássicos”, ou seja, fora do espectro neoconstitucionalista defendido na corte.<sup>11</sup>

Os limites impostos a este trabalho não permitirão debater item por item as críticas que merecem estas “incorporações” de autores que nunca se identificaram com o movimento neoconstitucionalista em suas diversas versões. Por isso, no próximo tópico nos restringiremos a discutir a polêmica relativa à recepção da obra de Dworkin no Brasil e sua incompatibilidade com os diversos neoconstitucionalismos, visto que esse debate dialoga de forma crucial com nosso argumento de que a teoria constitucional brasileira pós-1988 não recepcionou adequadamente os debates oriundos do positivismo jurídico em sua vertente analítico-descritiva.

### **3.3. INCOMPATIBILIDADES DO INTERPRETATIVISMO JURÍDICO DE DWORKIN COM O NEOCONSTITUCIONALISMO E SUAS CONSEQUÊNCIAS**

A proposta teórica de Ronald Dworkin, conhecida de maneira geral como Interpretativismo Jurídico (legal interpretivism), é objeto de acirrados debates ocorridos em torno de suas ideias e pela própria interpretação da obra dworkiniana.

O ponto controverso que trataremos aqui é o próprio rótulo imposto a Dworkin de “neoconstitucionalista”, defendido por alguns nomes de peso.<sup>12</sup> Sustenta-se que, como o jusfilósofo propõe uma concepção de direito que supere o positivismo, naturalmente seu lugar na teoria do direito seria análogo ao do neoconstitucionalismo. Dessa forma, autores como Barroso (2015b) utilizam-se da doutrina dworkiniana como aporte em suas intervenções teóricas.

---

<sup>11</sup> Pesquisa nacional recentemente conduzida pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), intitulada *Quem somos: a magistratura que queremos*, revelou um reflexo do observado no STF: os dois autores mais citados pelos magistrados entre todas as instâncias foram o tradicional autor Francisco de Cavalcanti Pontes de Miranda, autor anterior à Constituição, em primeiro lugar e, em segundo lugar, aparece o expoente do *neoconstitucionalismo* no Brasil, Luís Roberto Barroso, como o autor mais citado entre magistrados de primeiro e segundo grau (VIANNA; CARVALHO; BURGOS, 2018).

<sup>12</sup> Susana Pozzolo (1998), *e.g.*, classifica o autor como neoconstitucionalista.

Por outro lado, Rubens Glezer (2017) argumenta que a teoria integrativa de Dworkin (Law as integrity) seria incompatível com a doutrina neoconstitucionalista. Sustenta o professor, no caso específico da proposição de Barroso no seu afamado artigo *A razão sem voto*, que a discricionariedade extrema relegada ao juiz no momento de “esgotamento da norma” ou invocando a “constitucionalização de toda interpretação” seria totalmente incompatível com a teoria integrativa, distanciando-se de Dworkin e aproximando o neoconstitucionalismo nacional ao positivismo jurídico exclusivo (hard facts positivism) de Joseph Raz (1994), que enxerga a discricionariedade como um produto natural dos diversos objetivos e crenças presentes em instituições que produzem o direito, caso que se aplica, na visão do filósofo, ao judiciário.

Em *A razão sem voto*, aponta Glezer, Barroso sustenta a integridade como pilar da interpretação, enquanto rejeita a tese da única resposta correta — o que para ele é criticável, pois Dworkin concebe sua teoria de maneira unitária e universal. Em sentido contrário, o ministro maneja teorias incompatíveis entre si, como o positivismo, o antipositivismo, a teoria da argumentação alexyana e a nova sofística, no campo do discurso, mas é impedido, segundo o jurista, de obter uma resposta judicial coerente utilizando teorias antagônicas:

Se isso é possível no campo do discurso, esse sincretismo é impossível no campo prático, especialmente na interpretação e resolução de casos concretos: quando os pressupostos entram em tensão, apenas um deles irá sobreviver para responder à demanda judicial. Saber a concepção “vencedora” para Barroso é que dará os contornos concretos para seu argumento. Como encontrá-la em meio a esse discurso sincrético? Creio que a resposta repousa no modo como Barroso elabora a questão da discricionariedade judicial. Ao rejeitar a tese dworkiniana da “resposta correta”, deixa transparecer com mais clareza a predominância de convicções e raciocínios positivistas em seu pensamento [...]. (GLEZER, 2017, p. 171, grifo do autor).

Nesse sentido, essa crítica de Glezer encontra eco na obra de Streck, para quem as teses dworkinianas também servem de aporte teórico à sua *Crítica Hermenêutica do Direito*. Entretanto, Streck faz uma leitura particular do pensamento do mestre norte-americano, com enfoque especial para fundamentar a teoria da decisão que fundamenta sua *Crítica Hermenêutica do Direito*. O jurista gaúcho busca aproximar o pensamento de Dworkin a seus demais aportes teóricos, especialmente no que tange a hermenêutica filosófica. Com

efeito, Streck se utiliza das teses metafóricas de Dworkin para combater a discricionariedade, e não a admitir como algo inerente à atividade judicial — muito menos para defendê-la, como faz Barroso, em *A razão sem voto*. O pré-acordo dworkiniano, para Streck, iria ao encontro dos pré-juízos da hermenêutica filosófica gadameriana, em uma busca antirrelativista e antissubjetivista pela resposta adequada à constituição (correta), separando pré-juízos falsos dos pré-juízos verdadeiros, dado que a compreensão sempre viria depois da interpretação. Em outras palavras, o juiz nunca estaria livre para criar direito, pois a própria noção de integridade (aqui representada pela tradição pretérita da comunidade) o impede de agir dessa forma (STRECK, 2017, p. 436).

Assim demonstra-se que a controvérsia cercada pelo neoconstitucionalismo e o interpretativismo de Dworkin, às voltas com o positivismo jurídico analítico-descritivo, gira em torno da querela da discricionariedade judicial, um tema nunca exatamente resolvido pela teoria do direito.<sup>13</sup>

O positivismo jurídico exclusivo (*hard facts positivism*), como veremos com mais detalhes adiante, tem como uma de suas principais teses os limites do direito, os quais levariam os jusfilósofos positivistas a defender a discricionariedade como algo inevitável (COLEMAN; HIMMA; SHAPIRO, 2004).<sup>14</sup> Nesse sentido, o neoconstitucionalismo também se aproxima do positivismo, quando Barroso (2015b, p. 25) defende a

---

<sup>13</sup> Ponderamos, todavia, que Streck (2017) propõe superar a discricionariedade judicial (para os positivistas, algo inerente às decisões judiciais nos chamados *hard cases*) apresentando o que para o autor é a principal carência dos variados positivismos: uma teoria da decisão. Sua proposta, entretanto, não é unânime, sendo questionada por autores como Bruno Torrano Amorim de Almeida (2013).

<sup>14</sup> O que nos parece, aqui, é que a discricionariedade é uma decorrência do modelo positivista de direito. Dito isso, é importante mencionar a perspectiva de Kenneth Himma sobre a tese da separabilidade, a tese do pedigree e, enfim, a tese da discricionariedade — todas as três tidas como teses positivistas: “A tese da separabilidade nega a existência necessária de restrições morais sobre o conteúdo do direito. A tese do pedigree dispõe que as condições suficientes e necessárias à validade jurídica têm a ver com como ou por quem a[s] lei[s] é[is] produzidas. A tese da discricionariedade estabelece que os juízes, ao decidirem casos difíceis, produzem direito novo. Enquanto é geralmente presumido que essas teses formam um corpo teórico coerente como um todo, esse pressuposto é falso. Tomada como uma tese sobre todos os sistemas jurídicos possíveis, a tese da discricionariedade é incompatível com a tese do pedigree. Tomada como uma tese verdadeira para alguns, mas não todos, [os] sistemas jurídicos, a tese acaba por trazer um argumento de um tipo fundamentalmente diferente daquele que subjaz às teses do pedigree e da separabilidade, e, portanto, não deve ser considerada como parte da teoria positivista do direito” (HIMMA, 1999, p. 71-82).

discrecionalidade judicial em decorrência da indeterminabilidade do direito. Há, então, um problema semântico quando autores vinculados ao neoconstitucionalismo o proclamam “pós-positivista”. Enquanto teorias pós-positivistas — como é o caso em Dworkin — trabalham o problema interpretativo do direito, o neoconstitucionalismo chega a uma conclusão bastante positivista: tratar a interpretação judicial como razão prática e admiti-la como inevitavelmente discricionária (STRECK, 2013).

Com efeito, pode-se assegurar que as críticas de Glezer e Streck conseguem demonstrar com propriedade a incompatibilidade da recepção brasileira do neoconstitucionalismo com a doutrina dworkiniana, em oposição ao que prescreve Pozzolo, além de argumentar pela impossibilidade de vincular a proposta do jurista americano a qualquer grau de discricionariedade.

Pode-se notar que a recepção equivocada e instrumental que o neoconstitucionalismo à brasileira fez da obra de Dworkin é sintomática, porque revela uma carência por parte da doutrina brasileira na compreensão dos principais debates em teoria do direito que ocorreram contemporaneamente, entre eles, o debate Hart-Dworkin. Enquanto o estudo da obra de Hans Kelsen foi difundido e até hoje amadurece com críticas de como sua teoria foi mal compreendida pela nossa doutrina,<sup>15</sup> o estudo do “outro” positivismo, o analítico-descritivo anglo-saxão, revolucionado por H. L. A. Hart, teve pouca repercussão doutrinária do Direito Alternativo ao neoconstitucionalismo.<sup>16</sup>

A sanha antiformalista presente no período fez com que os movimentos derivados do Uso Alternativo do Direito e demais pensamentos e teorias críticas do direito evoluíssem no Brasil com uma formação deficiente em relação ao positivismo jurídico, que foi caudatária dos supostos pós-positivismos associados tanto ao Direito Alternativo quanto ao

---

<sup>15</sup> Entre os estudos recentes mais relevantes, citamos o trabalho organizado por Júlio Aguiar de Oliveira e Alexandre Travessoni Gomes Trivissano (2013) pelo rigor filosófico com que o autor trata as diferenças entre o positivismo *kelseniano* (normativista) e os demais positivismos analítico-descritivos.

<sup>16</sup> Com o avanço do pensamento constitucional brasileiro, contudo, inúmeros autores passaram a criticar e suprir essa carência na doutrina nacional. Entre eles se destacam Thomas da Rosa Bustamante, André Coelho, Bruno Torrano de Almeida, Ronaldo Porto Macedo Junior, Oscar Vilhena Vieira, Rubens Glezer, Dimitri Dimoulis, Lenio Luiz Streck, entre muitos outros.

neoconstitucionalismo. No afã de superar o positivismo — descartando-o como um conjunto de teorias antiquadas e carentes de legitimidade democrática, pouco afeitas às transformações sociais das quais o Brasil precisava —, os movimentos acabaram por estigmatizar um dos fenômenos teóricos mais paradigmáticos para o Direito, o positivismo analítico-descritivo.

#### **4. CRÍTICA À RECEPÇÃO DOUTRINÁRIA DO POSITIVISMO ANALÍTICO-DESCRITIVO NO BRASIL**

Como vimos anteriormente, o STF firmou entendimento no acórdão da ADC nº 19 que vivíamos em um período “pós-positivista”. Ora, é no mínimo problemático fazer tão categórica afirmação. De fato, o constitucionalismo pós-guerra vivenciou uma pujança teórica em favor de teorias antiformalistas, visando um constitucionalismo normativo e compromissório com direitos fundamentais e sociais assegurados. Agora dizer — a partir desse fato e dele apenas — que o positivismo foi superado em sua integralidade a partir de então, apenas demonstra a baixa densidade da recepção do positivismo jurídico analítico-descritivo no País.

É possível afirmar a partir de pesquisas como a de Ramalho (2019) que, mesmo indiretamente, o inconsciente do senso comum teórico<sup>17</sup> dos ministros está inserido nesse pensamento que denominamos aqui de pós-positivista. Havemos de nos perguntar, então, duas questões: (i) se é possível falar em “pós-positivismo” em teoria do direito; e (ii) se os movimentos constitucionais do Brasil pós-1988, a partir de seu caráter antipositivista, de fato se enquadram neste pretense parâmetro pós-positivista. Resolvendo essas questões, teremos uma dimensão melhor da parca compreensão brasileira do positivismo jurídico contemporâneo em seu matiz analítico-descritivo.

##### **4.1. QUAL POSITIVISMO OS PÓS-POSITIVISTAS QUEREM SUPERAR?**

---

<sup>17</sup> O termo senso comum teórico dos juristas é de Luís Alberto Warat.



Autores como Dworkin e Streck são considerados pós-positivistas — e de fato o são, em certo sentido —, pois combatem o problema mais sério do positivismo jurídico: a discricionariedade judicial. Pode-se até argumentar que nenhum deles ofereceu uma resposta definitiva ao positivismo, mas se não soubermos qual o positivismo esses autores combatem, pouco saberemos do que estão falando. Precisamos compreender o que é a tradição analítico-descritiva para entender porque ela não é superada pelas propostas neoconstitucionalistas.

Em linhas gerais, o positivismo jurídico analítico se confunde com a própria tradição da filosofia e da jurisprudence (estudo e teoria do direito) anglo-saxã. Por se tratar de um modo de encarar o Direito (e a filosofia) diverso do qual estamos acostumados em países de tradição continental, sua baixa adesão nos currículos jurídicos brasileiros poderia ser compreensível em algum grau, caso não houvesse ocorrido em seu âmbito um dos debates mais importantes da teoria do direito contemporânea: o debate Hart-Dworkin.

O jusfilósofo H. L. A. Hart revolucionou a teoria do direito analítica, assim como Kelsen revolucionou por sua vez o positivismo na teoria jurídica continental. Sua obra *O conceito de direito* (1961) se tornou paradigmática para o estudo jurídico e até hoje é possível afirmar que os debates jusfilosóficos na tradição analítica giram em torno de respostas, críticas ou apologias à sua obra.

Em síntese, Hart defendia um conceito de direito descritivo e vinculado a fatos sociais, em especial à aceitação interna (*internal point of view*) pela comunidade a determinada prática jurídica, que resultaria na elaboração de regras primárias (*primary rules*) que definem o que é permitido ou proibido; e secundárias (*secondary rules*) que definem os parâmetros formais pelos quais as próprias regras primárias serão produzidas, (dando também às autoridades da comunidade o poder para produzi-las) — todas elas regidas pela regra de reconhecimento (*rule of recognition*), a qual seria uma “regra que define o critério que especifica as características que, uma vez presentes em determinada regra, indicam de forma conclusiva que essa regra em questão é uma regra jurídica” (HART, 2012, p. 100–101) — uma “regra sobre regras”, isto é, uma meta-regra a partir da qual as demais regras

do sistema jurídico são derivadas.<sup>18</sup> Em suma, uma definição hartiana de direito poderia ser a de “uma união de regras primárias com essas regras secundárias”, regidas por uma fonte social, a regra de reconhecimento. Assim surge uma das principais teses positivistas, a tese das fontes (sociais); a outra sendo a conhecida separabilidade entre direito e moral e a (polêmica) terceira tese da discricionariedade judicial, que foi denunciada primeiramente pelo próprio Dworkin.<sup>19</sup>

O primeiro dos questionamentos dworkinianos ao mestre foi a questão dos princípios: o jusfilósofo assegurou sua existência como uma “distinção lógica” em relação às regras, pois para o autor, enquanto as regras são interpretadas de forma binária (all or nothing fashion), princípios têm na sua hermenêutica a característica de orientar a interpretação judicial a partir de determinada razão, sem necessariamente apontar para uma decisão particular — podendo diferentes princípios, em um mesmo caso, apontar para decisões divergentes. Essa orientação principiológica é chamada pelo autor de “dimensão de peso” (dimension of weight) (DWORKIN, 1978, p. 24–28).

É deduzindo a diferença entre princípios e regras que Dworkin afirma a tese de que o juspositivismo implica a discricionariedade judicial. Para o autor, a partir da tese das fontes sociais adotada pelos positivistas, princípios não poderiam ser enquadrados como direito válido. Logo, com a impossibilidade lógica de as regras cobrirem todas as hipóteses de incidência, quando se esgotassem as normas aplicáveis a determinado caso, o julgador necessitaria, discricionariamente, criar direito novo. Essa afirmação encontraria razão pela

---

<sup>18</sup> Joseph Raz (2002, p. 146) elenca seis considerações sobre a regra de reconhecimento tal como desenvolvida por Hart: (i) A regra de reconhecimento é uma regra que exige que aqueles que compõem o sistema jurídico, enquanto membros oficiais, apliquem as regras identificáveis a partir do critério de validade por ela exposto. (ii) Todo sistema jurídico tem ao menos uma regra de reconhecimento. (iii) Nenhum sistema jurídico tem mais de uma regra de reconhecimento. (iv) Toda regra de reconhecimento é aceita e praticada pelos *officials* do sistema jurídico de que faz parte. (v) Os *officials*, ainda que a observem — e devem observá-la, aplicando as regras que dela são derivadas — não precisam, necessariamente, *aprova-la como uma regra intrinsecamente boa ou moralmente justificável*. (vi) Um sistema jurídico é constituído por sua regra de reconhecimento e todas as demais regras identificáveis a partir dela.

<sup>19</sup> A discricionariedade judicial como terceira tese do positivismo jurídico é controvertida. Por mais que seja reconhecida como uma “consequência” ou “fatalidade” pelo positivismo exclusivo (*hard facts positivism*), autores como Himma (1999) defendem que a tese das fontes sociais e a discricionariedade judicial são incompatíveis (*cf.* a nota 12, *supra*).

própria tese hartiana da “regra de reconhecimento” ser uma regra, e não um princípio. Nesse caso, para Dworkin, ou o positivismo afirma os princípios como extrajurídicos, ou a tese é derrotada, pois a regra de reconhecimento é incompatível com a criação de normas extrajurídicas, como o próprio positivismo hartiano afirma serem os princípios (DWORKIN, 1978).

É do argumento dos princípios, portanto, que Dworkin deriva (e sustenta) a discricionariedade como uma das grandes teses do positivismo jurídico. Isso porque, na medida em que (i) os positivistas afirmam que os sistemas jurídicos têm, cada um à sua maneira, um teste criteriológico capaz de determinar o que configura direito válido (“tese do pedigree”), eles devem também afirmar — segundo Dworkin — (ii) que os princípios não são direito válido. Se os princípios não são direito válido, e o direito é constituído apenas pelas regras (que assim o são de acordo com seu “pedigree”); e se a impossibilidade de as regras cobrirem todos os casos possíveis é uma questão lógica, assim como as decisões judiciais para além do conteúdo fixado por essas regras são uma realidade em qualquer sistema, segue-se disso que toda atividade judicial que está para além da esfera das regras jurídicas dá-se com base no poder discricionário do juiz: discricionário porque livre de qualquer padrão jurídico que o vincule em uma ou outra direção.

Em obra posterior, *Law’s Empire*, Dworkin continuou seu questionamento a Hart, afirmando que o positivismo jurídico, para sustentar-se, necessitaria que todos os atores envolvidos nas relações jurídicas partissem do mesmo pressuposto do que seria o direito, o que Dworkin nega ser possível, por entender o direito como um fenômeno interpretativo. Por isso ele sustenta as teorias positivistas como “teorias jurídicas semânticas” (*semantic theories of law*), pois elas têm no seu cerne a exigência de pré-acordos semânticos do que o Direito é, sendo portanto teorias descritivas e não prescritivas ou normativas (DWORKIN, 1986).<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> O positivismo analítico, segundo a nova tese *dworkiniana* em *Law’s Empire*, parte do pressuposto de que todos os conceitos — incluindo, pois, o conceito de direito — são conceitos *criteriais*: conceitos que são compartilháveis somente quando as pessoas que os compartilham concordam em uma definição da qual se derivem os critérios para a aplicação correta do termo ou frase associada. Aqui, é importante que se diga que, embora sejam relacionados, e embora sejam muitas vezes confundidos um com o outro, o (1) argumento dos

Apesar de a tese de Dworkin ser bastante difundida em solo nacional — mesmo que mal compreendida e instrumentalmente utilizada como um álibi retórico para diversos decisionismos — ela foi ao menos estudada no pós-1988. Quanto às teses de Hart e sua famosa resposta à Dworkin, publicada após seu falecimento em pós-escrito editado por seus pares Penelope A. Bulloch e Joseph Raz à segunda edição britânica de *O conceito de direito* (1994), esta foi por muito tempo ignorada pela maioria de nossos constitucionalistas, especialmente à época de seu lançamento.<sup>21</sup> Contudo, o elemento mais importante para nossa discussão neste trabalho, entre as várias respostas que Hart deu à Dworkin no pós-escrito, se refere ao ponto trazido ao debate que se tornou determinante para delimitar uma linha que até hoje divide dois tipos de positivismos, o exclusivo/excludente e o inclusivo/includente.

Em sua diferenciação entre princípios e regras, Dworkin descreve que, para o positivismo jurídico, os sistemas têm, à sua maneira, um critério para verificar a validade de uma norma, chamado por ele de “tese do pedigree”, o que seria uma maneira alternativa de denominar a tese das fontes. Se os princípios, por outro lado, não são direito válido pois não se enquadram no teste, conclui-se que, para os positivistas, o que vale como direito é a regra, deixando-se os princípios no campo extrajurídico, e, assim, sob a égide da discricionariedade

---

desacordos teóricos e o (2) argumento do agulhão semântico não são exatamente a mesma coisa. O (1) argumento dos desacordos gira em torno da própria ideia do desacordo teórico enquanto obstáculo; trata-se de um argumento sobre como qualquer teoria aceitável do direito não pode ser meramente *descritiva* (se há desacordos que recaem sobre os fundamentos próprios do direito enquanto direito, nenhuma teoria que pretenda tão somente descrevê-lo poderá explicar esses desacordos, assim como — ou precisamente em razão disso — nenhuma teoria que pressupusesse que todos compartilhamos as mesmas *crenças* sobre esses fundamentos poderia dar certo). Nesse sentido, o argumento dos desacordos é um argumento sobre como o direito é necessariamente *prática argumentativa*. O (2) argumento do agulhão semântico, por sua vez, tem ainda a especificidade de atacar já em si uma tentativa de resposta positivista à possibilidade de desacordos em um sistema jurídico; uma resposta que, buscando dar conta dos tipos de casos tais como aqueles exemplificados por Dworkin, só consegue oferecer alternativas comprometidas com uma semântica criterial: isto é, alternativas segundo as quais o uso da palavra ‘direito’ pressupõe uma regra compartilhada que dispõe os critérios que determinam seu significado. O agulhão semântico, assim, é a *justificativa*, a explicação de por que há teóricos que negam a possibilidade mesma de desacordos teóricos em um sistema jurídico nos termos colocados por Dworkin. O argumento dos desacordos, porque mais amplo, é mais poderoso — o positivismo não será vítima do agulhão semântico se demonstrar não estar comprometido com a semântica criterial.

<sup>21</sup> Um fato anedótico — mas bastante significativo — que pode servir como prova para nosso argumento é que a primeira tradução de *O conceito de direito* foi editada no Brasil apenas em 2009, pela editora WMF Martins Fontes, ou seja, quinze anos após a publicação da segunda edição original da obra. Por que até então não houve interesse editorial no Brasil em publicar um dos maiores clássicos da teoria do direito?

judicial, pois dentro da regra de reconhecimento não há como tirar qualquer fórmula que sirva de teste para verificar se um princípio é jurídico ou não. Qualquer “versão” da regra de reconhecimento que se submetesse a princípios (jurídicos ou não) estaria fadada ao fracasso (DWORKIN, 1978).

Hart discorda da diferenciação entre regras e princípios feita por Dworkin. Segundo o mestre, o critério máximo de validade jurídica de alguns sistemas admite a incorporação de princípios morais e de justiça substantivos. Estaríamos então dentro de um exemplo em que a regra (jurídica) de reconhecimento admite certos padrões morais (extrajurídicos). Essa constatação definiu aquilo que Hart chama de soft positivism, posteriormente denominado de positivismo inclusivo ou includente, pois admite a inclusão de certos padrões de moralidade dentro da regra de reconhecimento — que é o último grau de juridicidade em determinada comunidade (HART, 2012).

Discípulos de Hart como Joseph Raz (1994) e outros autores como Scott J. Shapiro (2011), por sua vez, elaboraram uma corrente positivista mais radical em relação à teoria das fontes e aos limites do Direito enquanto norma. Denominada de positivismo exclusivo/excludente ou hard facts positivism, essa corrente defende que o direito é direito válido porque foi promulgado por uma legislatura, decidida por meio de um precedente judicial ou mesmo inaugurado por uma decisão administrativa. Portanto, o Direito é, para os exclusivistas, determinado apenas por fatos sociais — e quando esses se esgotam, o juiz tem discricionariedade para decidir conforme os melhores padrões morais disponíveis; enquanto os inclusivistas pós-Hart admitem que certos padrões de moralidade (fatos morais) possam ser incorporados pela regra de reconhecimento, a qual, em última instância, é determinada por um fato social (SHAPIRO, 2011).<sup>22</sup>

Como se não bastasse a dificuldade em diferenciar a tradição positivista analítica da continental e os dois positivismos pós-Hart, temos ainda uma corrente atual que busca transcender o descritivismo sem admitir em sua totalidade o interpretativismo de Dworkin. É como se filiam autores como o filósofo do direito Jeremy Waldron (2001), que com seu

---

<sup>22</sup> Para uma exposição muito mais completa do debate Hart-Dworkin, ver Shapiro (2007).

positivismo normativo (ou ético) rejeita uma análise meramente conceitual ou descritiva do Direito, mas busca, sob uma perspectiva de defesa da legitimidade democrática e do rule of law, prescrever uma teoria jurídica adequada ao Estado de Direito atual, se afastando parcialmente da tradição analítico-descritiva pós-Hart para se aproximar novamente de autores positivistas mais clássicos como Jeremy Bentham (BUSTAMANTE, 2015).<sup>23</sup>

Depois de expor (evidentemente que de forma sintética) algumas variações do positivismo de tradição analítico-descritiva, podemos concluir o quão difícil é posicionar uma teoria jurídica como “pós-positivista”. Descrever que “vivemos um período de pós-positivismo” em meio a um debate tão rico soa leviano e revela um profundo desconhecimento sobre a atual conjuntura da teoria do direito. Conhecendo os pormenores do debate analítico, restam hoje no Brasil poucos juristas que de fato apresentaram uma teoria pós-positivista, i.e., que trataram com afinco a discricionariedade judicial. Os que o fizeram, contudo, se filiam total ou parcialmente, ao interpretativismo de Dworkin.<sup>24</sup> E, mesmo em Dworkin, não há que se falar em superação do positivismo, mas sim em amplo e franco debate, que continua vivo especialmente quando se trata da discricionariedade judicial. Como as propostas neoconstitucionalistas (contraditoriamente) admitem a discricionariedade ao mesmo tempo que rejeitam o positivismo (igualando-o ao legalismo) não é possível classificar tal movimento multifacetado como o neoconstitucionalismo — e muito menos o “período em que vivemos” — de “pós-positivista”.

#### **4.2. ENTRE ANTIPOSITIVISMO RETÓRICO E POSITIVISMO INCONSCIENTE**

Como vimos, a discricionariedade (ou a ausência de uma teoria da decisão) judicial se apresenta como a raiz do problema do positivismo jurídico contemporâneo, visto que a razão prática de que falam os analíticos não está(ria) dentro do escopo descritivo. O debate Hart-

---

<sup>23</sup> Morbach (2020) analisa a obra de Waldron em sua íntegra como uma “terceira via” entre interpretativismo e positivismo.

<sup>24</sup> Há muitos autores filiados a outras jurisprudências normativas (não-analíticas) que rejeitam tanto o interpretativismo *dworkiniano* quanto os diversos positivismos. Entre esses juristas, por mais diferentes que sejam as teorias que defendam, é possível observar tendências pragmáticas, sociológicas, pluralistas ou mesmo a defesa do jusnaturalismo.

Dworkin, marco da teoria do direito contemporânea, trouxe à tona essa questão sem repercutir com a ênfase devida na doutrina constitucional brasileira nos anos 1990. A doutrina brasileira, eventualmente, se debruçou sobre o problema, mas apenas de maneira mais enfática quando o discurso neoconstitucionalista já era predominante.<sup>25</sup>

Com as críticas devidamente expostas e o debate entre positivistas e interpretativistas invadindo de vez a doutrina constitucional brasileira, o caminho estava aberto para autores mais especializados em positivismo, a exemplo de Rubens Glezer (2017), identificarem um interesse inconscientemente positivista no judiciário brasileiro, que adota retoricamente um discurso antipositivista enquanto sua intenção real sempre foi a de aumentar seus poderes decisórios e assumir de vez o protagonismo deliberativo. Apesar de Glezer argumentar por um positivismo inconsciente especificamente na obra de Barroso, pensamos que, dada a influência de sua doutrina, pode-se inferir que há um positivismo inconsciente em boa parte do pensamento jurídico vinculado ao neoconstitucionalismo, bem como nos demais movimentos jurídicos que advogaram pelo protagonismo judicial sem freios para promoção de justiça social, caso do Direito Alternativo. O detalhe dessa “inconsciência” se dá na parca recepção do positivismo analítico-descritivo pelos autores que a elas estavam vinculados.

De todo modo, ao nosso juízo, a questão da discricionariedade judicial toma uma nova dimensão na realidade brasileira por conta do histórico institucional de nosso poder judiciário. A importação do neoconstitucionalismo evidenciou uma tendência internacional (HIRSCHL, 2013) de maior protagonismo da jurisdição constitucional que em terras nacionais vem tomando dimensões políticas inéditas (ARGUELHES, 2009). Nesse contexto, conhecer o positivismo jurídico com mais propriedade — filiando-se ou opondo-se a ele — seria um passo importante para discutirmos como melhorar a racionalidade judicial no País.

Ter uma teoria constitucional que paira entre antipositivismo retórico e positivismo inconsciente — e poucos saberem disso — serve indiretamente para que o judiciário acumule

---

<sup>25</sup> Lenio Streck, nesse sentido, se mostra como um pioneiro no Brasil dentro dessas críticas aos decisionismos do judiciário e suas relações com teorias que advogam ou admitem a discricionariedade judicial.



mais poder sem por isso sofrer uma crítica adequada e dentro dos limites democráticos e teóricos ao longo deste processo, tendo como consequência a continuidade do disfuncional personalismo judicial e consagrando a postura política das cortes brasileiras de poder moderador, como já afirmou Christian Lynch (2012).

A urgente questão que se faz presente hoje no constitucionalismo não se resume apenas a aceitar ou rejeitar a discricionariedade judicial, mas sim em como promover a racionalização das decisões judiciais dentro do contexto das novas relações entre poderes, alertada por autores como Frank Vibert (2007). Urge, portanto, uma teoria que prescreva novas formas para que juízes assumam sua responsabilidade política e, dentro das regras do jogo e através do respeito às instituições, reivindicuem a autonomia do direito. A instrumentalização da lei, à maneira consequencialista, em nome de qualquer propósito — por mais virtuoso que seja —, não garante accountability ao processo decisório. Alcançar tal racionalização, admitindo ou não a discricionariedade, sem que a mesma incorra em disfuncional ativismo judicial, é um debate que não parece ter fim próximo no horizonte epistêmico.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Com esse trabalho esperamos haver concluído duas questões que foram discutidas ao longo do texto. A primeira é que a influência de autores estrangeiros associados ao neoconstitucionalismo perante o STF — apesar de muito debatida — não chegou a alterar de fato a operacionalidade da corte, o que revela uma tradição personalista e formalista bastante consolidada do judiciário nacional. A exceção que pode ser feita é sobre a influência que o movimento neoconstitucionalista teve sob a jurisprudência do STF que promoveu uma guinada em favor de uma agenda protetiva dos “direitos de liberdade”, i.e., direitos individuais, embora não tenha ocorrido o mesmo em favor dos direitos sociais e garantias processuais penais. Com efeito, a lógica neoconstitucionalista, dessa forma admitida pela corte, não alterou o modo de decidir do STF, mas trouxe novas pautas a corte, as quais, por sua relevância política, inclinaram o tribunal a assumir um protagonismo ainda maior,



seguindo a tendência mundial. Podemos afirmar que o neoconstitucionalismo, desde sua importação ao País, evoluiu de maneira peculiar em território nacional, angariando apoio acadêmico e institucional, mas nunca podendo ser definido em linhas claras, apenas em influências difusas. Dessa forma, como foi institucionalizado especialmente no âmbito da jurisdição, pode ser compreendido como uma ideologia judicial, que esconde um papel de garantir uma máscara erudita a uma tradição subjetivista antiga que perpassa as mais profundas raízes da linhagem histórica do judiciário brasileiro.

A segunda se refere a como a doutrina brasileira, mesmo em seus matizes críticos, exemplificados no trabalho por meio do Direito Alternativo, não resolveu a questão da ascensão do judiciário e suas relações com a legitimidade democrática, mas foi além disso, e influenciou a recepção do neoconstitucionalismo no País, chegando ao solo nacional como doutrina que encontrou uma geração de constitucionalistas pronta para aceitar esse tendência mundial de ascensão do judiciário sem uma reflexão mais aprofundada. Utilizamos como exemplo dessa baixa reflexão a parca densidade da recepção que as doutrinas positivistas tiveram no País, especialmente o debate Hart-Dworkin, que revelou à teoria do direito contemporânea os primeiros sinais de que a discricionariedade judicial merecia uma atenção devida por parte dos filósofos do direito. Demonstramos, assim, que o positivismo analítico-descritivo de H. L. A. Hart e seus derivados perante o debate com Ronald Dworkin demoraram a chamar a atenção da academia jurídica brasileira, que por sua vez insistiu em assumir Dworkin como um neoconstitucionalista, sem compreender sua obra em seu cerne — a rejeição à discricionariedade como condição de possibilidade para um judiciário democrático.

Espera-se que com essas linhas possamos ao menos ter tido êxito em demonstrar alguns argumentos de como a teoria constitucional e a prática judicial no Brasil pós-1988, não obstante terem intencionado um constitucionalismo concretizador de direitos, não apresentaram uma solução para adequar as promessas da CRFB/88 com a questão do crescente protagonismo judicial. Se não estivermos tão errados, o leitor haverá de concordar que o parco conhecimento dos debates entre interpretativistas e positivistas e suas propostas

teóricas — seja ele um projeto ou meramente uma consequência da consolidação do neoconstitucionalismo e do histórico do judiciário brasileiro de personalismo institucional e baixa permeabilidade à teoria do direito (dogmatismo) — são alguns dos fatores do desenvolvimento de uma prática jurídica que proclama uma retórica antipositivista, mas revela um positivismo inconsciente.

## 6. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Bruno Torrano Amorim de. Discricionariedade judicial e Teoria do Direito, **Revista CEJ**, Brasília, Ano XVII, n. 60, p. 55-64, maio/ago. 2013.

ANDRADE, Lédio Rosa de. **O que é Direito Alternativo?** 3. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

ARGUELHES, Daniel Werneck. O Supremo na política: A construção da supremacia judicial no Brasil. **Revista de Direito Administrativo — RDA**, Rio de Janeiro, v. 250, p. 5-12, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Rev. Bras. de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, n. 2, p. 23-50, 2015b.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015a.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e possibilidades da constituição brasileira**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. A breve história do positivismo descritivo: O que resta do positivismo jurídico depois de H. L. A. Hart? **Novos Estudos Jurídicos — NEJ**, Itajaí, vol. 20, n. 1, p. 307-327, jan./abr. 2015.

CARBONELL, Miguel. (ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

CARBONELL, Miguel. **Presentación: el neoconstitucionalismo em su labirinto**.

COLEMAN, Jules L; HIMMA, Kenneth E; SHAPIRO, Scott J. (ed.) **The Oxford handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

GLEZER, Rubens. O voto sem razão (jurídica): O positivismo inconsciente de Barroso. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (org.). **A razão e o voto: Diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Tradução: Antônio Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

HIMMA, Kenneth E. Judicial discretion and the concept of law. **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford, v. 19, n. 1, p. 71-82, 1999.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. Tradução: Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano. **Revista de Direito Administrativo — RDA**, Rio de Janeiro, v. 251, p. 139-178, 2013.

LYNCH, Christian Edward Cyril. O caminho para Washington passa por Buenos Aires: A recepção do conceito argentino do estado de sítio e seu papel na construção da República brasileira (1890-1898). **Rev. Bras. de Ciências Sociais — RBCS**, v. 27, n. 78, p. 149-196, fev. 2012.

MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

OLIVEIRA, Júlio Aguiar de; TRIVISSONO, Alexandre Travessoni Gomes. (org.). **Hans Kelsen: Teoria jurídica e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, v. 2, n. 21, p. 339-353, 1998.

RAMALHO, Raineri. **STF e o neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

RAZ, Joseph. **Ethics in the public domain**: Essays in the morality of law and politics. Oxford: Clarendon Press, 1994.

RAZ, Joseph. **Practical reason and norms**. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 146.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes**: Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV Editora, 2013.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão.; SARLET, Ingo Wolfgang. (coord.). **Direitos fundamentais e estado constitucional**: Estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 09-49.

SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

SHAPIRO, Scott J. The “Hart-Dworkin” debate: a short guide for the perplexed. **University of Michigan Law School Public Law and Legal Theory Working Paper Series**, 2007. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=968657](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=968657). Acesso em: 17 jun. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: Cinquenta verbetes fundamentais de teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2 ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. O constitucionalismo no Brasil e a necessidade insurgência do novo: de como o neoconstitucionalismo não supera o positivismo. **Rev. do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional**, Florianópolis, v. 1, n. 1, p. 11-28, dez. 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; BURGOS, Marcelo Baumann. **Quem somos: A magistratura que queremos**, Associação dos Magistrados Brasileiros, 2018. Disponível em: [https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Pesquisa\\_completa.pdf](https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Pesquisa_completa.pdf). Acesso em 17 jun. 2021.

VIBERT, Frank. **The rise of the unelected**: Democracy and the new separation of powers. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

WALDRON, Jeremy. Normative (or ethical) positivism. In: COLEMAN, Jules L. (ed.). **Hart's postscript: Essays on the postscript to the Concept of Law**. Nova York: Oxford University Press, 2001. p. 410-435.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. São Paulo: Acadêmica, 1991.

Data da submissão: 06/04/2023

Data da primeira avaliação: 22/12/2023

Data da segunda avaliação: 27/01/2024

Data da aprovação: 29/01/2024

**A POSSIBILIDADE DA PONDERAÇÃO NA COLISÃO DE NORMAS: UMA ANÁLISE SISTEMÁTICA SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 489, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (CPC)**

*THE POSSIBILITY OF WEIGHTING IN THE COLLISION OF RULES: A SYSTEMATIC ANALYSIS OF THE UNCONSTITUTIONALITY OF ART. 489, § 2º, OF THE CODE OF CIVIL PROCEDURE*

**Beclaute Oliveira Silva<sup>1</sup>**

**Gabriel Ivo<sup>2</sup>**

**Gustavo Henrique Brocardo Körner<sup>3</sup>**

**RESUMO:** A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88) tem a legalidade como expressão de várias garantias, como, por exemplo, a igualdade e a segurança jurídica. A aplicação do direito pelo Poder Judiciário deve refletir estas garantias. Para tanto, o Código de Processo Civil (CPC) estipulou regras para regular o modo de aplicação do direito no caso concreto. Um desses dispositivos é o art. 489, § 2º – que estipula como o magistrado deve se portar diante de uma situação que envolva a colisão de normas e traz a ponderação como técnica de aplicação. Esta opção legal é posta sob análise no presente artigo, de modo que se pretende verificar se a solução veiculada pelo Código de Processo Civil (CPC) é compatível com o sistema constitucional pátrio. Assim, valer-se-á do método dedutivo e da pesquisa bibliográfica complementar com o intuito de, depois de um breve histórico acerca do processualismo, retratar as diversas fases da ciência processual e focar no ciclo contemporâneo, denominado por alguns de neoprocessualismo. Posteriormente, no capítulo 3, far-se-á a exposição das diferenças entre as regras e os princípios. Por fim, no capítulo 4, será verificado que, dado o compromisso dirigente da Constituição Federal, tal como a existência dos direitos

---

<sup>1</sup> **Qualificação:** Doutor em Teoria do Geral do Direito e Decisão Jurídica pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Pós-graduado em Direito Processual pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Professor Associado da Faculdade de Direito de Alagoas (UFAL); **e-mail:** beclaute@uol.com.br; **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/2567266014708590>; **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0002-6394-5891>; **vinculação:** UFAL (AL)

<sup>2</sup> **Qualificação:** Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (Ufal). Professor Associado da Faculdade de Direito de Alagoas (UFAL); **e-mail:** gabriel.ivo@uol.com.br; **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/7942367062255400>; **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0002-9619-1811>; **vinculação:** UFAL (AL)

<sup>3</sup> **Qualificação:** Pós-graduado em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Pós-graduado em Direito e Processo Penal pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Graduado em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc). Servidor Público da Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina (DPE/SC); **e-mail:** [gustavohbkorner@gmail.com](mailto:gustavohbkorner@gmail.com); **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/8781335415142699>; **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0002-2396-9223>; **vinculação:** ABDConst. (PR)

fundamentais, o dispositivo legal supramencionado fere gravemente o princípio da segurança jurídica e o dever de fundamentação das decisões judiciais.

**Palavras-chave:** Fases processuais; Ponderação; Normas; Fundamentação da decisão judicial; Inconstitucionalidade.

**ABSTRACT:** The Constitution of the Federative Republic of Brazil (CRFB/88) has legality as an expression of various guarantees, such as equality and legal certainty. The application of the law by the Judiciary must reflect these guarantees. To this end, the Code of Civil Procedure (CPC) has stipulated rules to regulate how the law is applied in a specific case. One of these provisions is art. 489, § 2 – which stipulates how the magistrate should behave in a situation involving a collision of norms and brings in weighting as an application technique. This legal option will be analyzed in this article, with the aim of verifying whether the solution provided by the Code of Civil Procedure (CPC) is compatible with the country's constitutional system. Thus, the deductive method and complementary bibliographical research will be used in order to, after a brief history of proceduralism, portray the various phases of procedural science and focus on the contemporary cycle referred to by some as neo-processualism. Later, in chapter 3, the differences between rules and principles will be explained and, finally, in chapter 4, it will be verified that, in view of the Federal Constitution's guiding commitment, such as the existence of fundamental rights, the aforementioned legal provision seriously violates the principle of legal certainty and the duty to give reasons for judicial decisions.

**Key-words:** Procedural phases; Weighting; Standards; Justification of judicial decisions; Unconstitutionality.

**Sumário:** 1. INTRODUÇÃO; 2. BREVES CONSIDERAÇÕES E HISTÓRICO DO PROCESSUALISMO; 3. CONSIDERAÇÕES SOBRE A DIFERENÇA ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS; 4. (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 489, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (CPC); 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS; 6. REFERÊNCIAS

## 1. INTRODUÇÃO

Uma das finalidades da lei, no Estado Democrático de Direito, é a garantia da igualdade. Como consequência deste compromisso, surgiram imposições de metas e deveres para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, conforme dispõe o art. 3º, inc. I da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88).

A promoção dos direitos fundamentais também corroborou tal objetivo e consolidou, não apenas a função de garantia das posições jurídicas oponíveis ao Poder Público, como também a efetiva proteção a tais direitos.

Exemplo cristalino disso foi o princípio da segurança jurídica – que mesmo contido

na implicitude dos textos, perpassa todo o sistema normativo imprimindo fortemente sua carga semântica e se efetivando “pela atuação de outros princípios, como o da legalidade, da anterioridade, da igualdade, da irretroatividade, da universalidade da jurisdição [...]” (CARVALHO, 2018, p. 286).

Com efeito, trata-se de um dos pilares do Estado Democrático de Direito e meio de garantia para a estabilidade nas relações, especialmente no momento da aplicação/incidência das normas jurídicas, pelos órgãos do Poder Judiciário, na solução dos casos concretos.

Outro exemplo foi o dever de fundamentação das decisões judiciais e administrativas, que caracteriza a necessidade de expor de modo transparente e racional as razões dos atos decisórios veiculados pelo aparato estatal, compondo a sua estrutura “ora no antecedente, ora no consequente, como se dará com a fundamentação da decisão (sentença) judicial” (SILVA, 2007, p. 85).

No entanto, ao se analisar o disposto no art. 489, § 2º, do Código de Processo Civil (CPC) – que estabelece, entre outros pontos, o dever de o juiz justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação em caso de colisão entre “normas” – é possível perceber alguma tensão entre o aludido dispositivo e a garantia fundamental da segurança jurídica e do devido processo legal.

Para analisar esta possível tensão, o presente estudo pretende lançar mão de pesquisa de caráter bibliográfica que enfrente as diferenças entre as regras e os princípios, no intuito de verificar a (in)constitucionalidade do mencionado dispositivo.

No problema de pesquisa, questiona-se: sob uma ótica sistemática, pode-se dizer que a possibilidade de ponderar normas pelo juiz é compatível com a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88)?

Assim, no Capítulo 2 serão feitas breves considerações e um histórico acerca do processualismo, de modo a retratar as características da primeira fase até o que se convencionou denominar, por parte da doutrina, de neoprocessualismo – corrente muito presente em várias abordagens do vigente Código de Processo Civil (CPC) e que enfatiza uma releitura constitucional deste ramo do direito, buscando outorgar-lhe uma ideia de



agilidade, eficiência e efetividade na prestação jurisdicional.

Em seguida, no Capítulo 3, serão expostas as diferenças entre as regras e os princípios, com o enfoque na técnica da ponderação de Robert Alexy.

Ao final, no Capítulo 4, far-se-á uma análise da eventual incompatibilidade entre as garantias constitucionais do processo e o disposto no art. 489, § 2º, do Código de Processo Civil (CPC).

Sem a pretensão de abarcar todas as possibilidades de análise, neste artigo foi inserida a estrutura de raciocínio dedutivo e o método da pesquisa bibliográfica complementar ao tema central, como a análise de obras, doutrinas e artigos jurídicos para a confecção da presente pesquisa, de modo a permitir uma resposta coerente à pergunta acima formulada.

## **2. BREVES CONSIDERAÇÕES E HISTÓRICO DO PROCESSUALISMO**

Inicialmente, faz-se necessário enfatizar que o Direito Processual Civil regulamenta diversos aspectos de uma das três funções tradicionais do Estado, *i.e.*, a jurisdicional. Esta função, com efeito, é a expressão da própria soberania, tem como um dos sujeitos da relação jurídica o Estado (enquanto órgão jurisdicional imparcial e que, em sua atuação, detém o poder de subordinar os jurisdicionados às suas decisões) e é exercida em nome da coletividade para a pacificação dos conflitos, resguardo da ordem jurídica e segurança das relações sociais (DIDIER JÚNIOR, 2022, p. 46).

De acordo com a lição de Vilanova (2015, p. 151): “[...] o sujeito de direito reveste-se do direito de capacidade processual, que advém como efeito da incidência de norma processual e; do mesmo modo, o passivo investe-se de capacidade processual para se opor”. Dessa maneira, como um e outro se dirigem ao Estado-juiz, as relações lineares perfazem a angularidade da relação jurídico-processual reunidas em um ponto (constituindo a relação) – para que aquele realize a prestação da tutela jurisdicional e faça valer as suas decisões (VILANOVA, 2015, p. 151).

No tocante à própria definição de Direito Processual Civil, a doutrina não possui um consenso geral. Greco Filho (2009, p. 66) expõe que consiste no “conjunto sistemático de

regras e princípios que regula a atividade da jurisdição, o exercício da ação e o processo, em face de uma pretensão civil”.

Alvim (2019, RB-1.1), por sua vez, entende que versa sobre um “sistema que regula o funcionamento da jurisdição civil, tendo em vista o exercício do direito de ação e o direito de defesa”. Já Bueno (2016, p. 40) alega que o Poder Judiciário (Estado-juiz) atua com o fim de “exercer a sua atividade-fim, ou seja, prestar a tutela jurisdicional a partir do conflito de interesse (potencial ou já existente) que exista entre duas ou mais pessoas”.

Entre todas as formulações, pode-se inferir que as definições se correlacionam diretamente com o modo de exercer a função jurisdicional.

Ultrapassados tais pontos, é importante efetuar um breve histórico acerca do Direito Processual Civil.

Longe de haver unanimidade, parcela da doutrina classifica a evolução histórica do Direito Processual em quatro fases, quais sejam: 1- Sincretismo/Civilismo/Imanentismo/Praxismo; 2- Processualismo/Autonomismo/Fase Científica; 3- Instrumentalismo/Fase do Acesso à Justiça e; 4- Neoprocessualismo.

A primeira fase vigorou desde o Direito Romano até o século XIX. Durante todos esses séculos, não se concebeu a autonomia didático-científica do Direito Processual Civil, de modo que este era visto de uma forma entrelaçada, imanente e inerente ao direito material, bem como o estudo do processo era realizado pela prática forense (daí a designação praxismo) (LAMY; RODRIGUES, 2010, p. 54).

As maiores críticas para esta fase dirigiam-se à ausência de autonomia do Direito Processual Civil, até porque existiam sucessões de atos decorrentes da emanção do próprio direito material (MITIDIÉRO, 2019, p. 32). Era comum, ainda, o processo ser visto como um mero procedimento, do qual se estudavam apenas os seus aspectos práticos, sem muitas preocupações científicas (MITIDIÉRO, 2019, p. 32).

Como marco inicial da segunda fase, considera-se a publicação da obra “Teoria das Exceções Processuais e Pressupostos Processuais” (*Die Lehre von den Processereden und die Processvoraussetzungen*), em 1868, por Oskar Von Bülow. Foi por intermédio desta obra

que se vislumbrou o processo como uma relação jurídica autônoma – precisamente, uma relação jurídica triangular (formada pelas partes e pelo Estado-Juiz) (BUENO, 2008, p. 41).

Conforme ensina Nery Júnior (2013, p. 203), desenvolveu-se a percepção de que o processo não era simplesmente um meio de solucionar conflitos, mas uma relação jurídica autônoma e complexa, “composta por uma tríplice relação entre as partes e o Estado-Juiz, que se desenvolveu em etapas, com a presença de pressupostos processuais e exceções processuais”. Por intermédio desta fase, os direitos material e processual passaram a ser estudados como ciências e institutos autônomos (com o método e objeto próprios).

No entanto, ao tempo que ocorreu o aludido aprimoramento, a disciplina tornou-se extremamente formalista: se na primeira fase metodológica o problema era não ver o processo de forma autônoma do direito material, o processualismo acabou isolando demasiadamente o processo dos seus fins (MITIDIÉRO, 2019, p. 34).

Posteriormente, na terceira fase – consagrada após a 2ª Guerra Mundial – não se buscou negar a fase anterior, mas sim promover uma reaproximação do direito material com o direito processual. À vista disso, mantendo a autonomia didático-científica (ainda vista como uma relação jurídica triangular), o último foi concebido como um instrumento para a realização do primeiro, trazendo uma relação circular e complementar para os objetivos eleitos (DINAMARCO, 2003, p. 182).

Como representativo dessa fase, tem-se a obra “Acesso à justiça: o movimento mundial para tornar os direitos efetivos” (*Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective*) (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2006, p. 49), de Mauro Cappelletti e Bryant Garth – obra em que os autores analisaram as deficiências de alguns sistemas jurídicos do Ocidente e propuseram uma reformulação do processo a fim de garantir a universalização da tutela jurisdicional por meio da adoção de três ondas renovadoras: *a)* Luta pela assistência judiciária (justiça aos pobres); *b)* Representação dos interesses difusos (coletivização do processo) e; *c)* Novo enfoque de acesso à justiça (efetividade do processo) (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

Sobre esta primeira onda, com a finalidade de afastar as limitações econômica, educacional e cultural ao acesso à justiça, foram desenvolvidas as hipóteses de gratuidade de justiça, bem como os incentivos à assistência jurídica às pessoas pobres (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 31-49).

Exemplos no Brasil que se concretizaram e demonstraram a preocupação com o acesso à justiça foi a criação da Lei nº 1.060/1950 (BRASIL, 1950) (que estabeleceu normas para gratuidade de justiça aos necessitados) e o reforço paulatino da Defensoria Pública (instituição destinada a prestar assistência jurídica aos necessitados), mormente pelas Emendas Constitucionais nº 45 (BRASIL, 2004), 69 (BRASIL, 2012), nº 74 (BRASIL, 2013) e nº 80 (BRASIL, 2014).

Acerca da segunda onda, com o intuito de evitar que os riscos sociais, políticos, econômicos e industriais se tornassem massificados e abrangentes, constatou-se que os critérios de legitimidade do processo civil clássico e as regras da coisa julgada eram insuficientes (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 49-67), dada a incompatibilidade com os conflitos de massa e a tutela dos direitos de titularidade indeterminada voltados somente ao processo de partes individualizadas (DIDIER JÚNIOR, 2012, p. 36).

Para sanar tais entraves, foram elaborados ao longo do tempo os conceitos de legitimidade extraordinária (art. 18 do Código de Processo Civil) (BRASIL, 2015), as regras diferenciadas de coisa julgada (art. 103 do Código de Defesa do Consumidor) (BRASIL, 1990), a sistemática de provimento vinculante e as hipóteses de ampliação dos efeitos das decisões judiciais (recursos repetitivos, Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas, entre outros).

Outro exemplo também concretizado no Brasil dá-se com o microsistema da tutela coletiva formada, em seu núcleo duro, pela Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) (BRASIL, 1985) e pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.072/90) (BRASIL, 1990), além de diversas outras leis, como: Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65) (BRASIL, 1965); Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81) (BRASIL, 1981); Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/15) (BRASIL, 2015); Estatuto da Criança

e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) (BRASIL, 1990); Lei da Improbidade Administrativa (Lei nº 8.492/92) (BRASIL, 1992); Estatuto da Pessoa Idosa (Lei nº 10.741/03) (BRASIL, 2003); Lei do Mandado de Segurança (Lei nº 12.016/2009) (BRASIL, 2009)<sup>4</sup>; Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/13) (BRASIL, 2013) e Lei do Mandado de Injunção (Lei nº 13.300/16) (BRASIL, 2016).

Como afirma Camacho e Costa (2013, p. 279): esta segunda onda se relacionou com a compreensão do direito processual sob as lentes de uma tutela de interesses transindividuais (ou difusos, coletivos e transindividuais homogêneos, como o Código de Defesa do Consumidor determina) e tentou superar o organograma individualista e formalista anteriormente formado (que enfrentava a dificuldade de conciliar os anseios constitucionais da celeridade e efetividade em oposição aos inúmeros processos que surgiam anualmente no Judiciário).

Com relação à terceira onda, foi buscado o alcance de mecanismos procedimentais tornados exequíveis (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 67-73).

Alguns exemplos de sua concretização no Brasil foram a adaptação do procedimento ao tipo de litígio (Juizados Especiais) e a tentativa de se evitar o litígio e/ou facilitar a sua solução com mecanismos privados ou informais (mediação, conciliação e arbitragem).

Por fim, no tocante à quarta fase, teve-se por objetivo, além de manter a noção alcançada pela fase anterior (concepção de que o processo é um instrumento para se efetivar o Direito Material), acrescentar em seu estudo todos os avanços operados pelo neoconstitucionalismo no tecido processual (MITIDIERO, 2005, p. 19).

Sucintamente, explica-se este último.

---

<sup>4</sup> Por oportuno, registra-se que o Mandado de Segurança possui previsão no Brasil desde 1934, de modo que a Lei 12.016/2009 é a terceira lei que regulamentou o instituto no ordenamento jurídico. A primeira previsão surgiu no art. 113, nº 33, da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil/1934 (com a regulamentação do instituto pela Lei nº 191/1936); a segunda previsão surgiu no art. 141, § 24, da Constituição dos Estados Unidos do Brasil/1946 (com a regulamentação pela Lei nº 1.533/1951 e alterações posteriores pela Lei nº 4.348/1964); a terceira previsão surgiu com o art. 150, § 21, da Constituição da República Federativa do Brasil/1967; a quarta previsão surgiu com art. 5º, inc. LXIX, da Constituição da República Federativa do Brasil/1988 (com a regulamentação pela Lei nº 12.016/2009).

No plano teórico do final do século XX, duas grandes transformações alteraram o conhecimento convencional relativo à aplicação do direito constitucional: *a)* Expansão da jurisdição constitucional com a promoção de um rol exemplificativo de direitos na Constituição e; *b)* Desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Como consequência dessas transformações, foi possível evidenciar que, além de vários institutos (que anteriormente não eram previstos) que passaram a arrolar a Constituição da República Federativa do Brasil – constitucionalização de inclusão (SARMENTO; SOUZA NETO, 2014, p. 44) – ocorreu uma reinterpretação de todos os ramos do Direito pelas regras e princípios constitucionais – constitucionalização de releitura (SARMENTO; SOUZA NETO, 2014, p. 44).

Silva (2016, p. 42-43), a propósito, observa que essa “nova concepção da Constituição” trouxe uma mudança significativa na forma como o Direito era entendido e aplicado, porquanto “todas as normas jurídicas, inclusive aquelas dos ramos do Direito Civil, Penal e Trabalhista, passaram a ser interpretadas a partir dos princípios constitucionais”.

Didier Júnior (2016, p. 36-57) elenca nove mudanças essenciais para a compreensão da matéria, sendo seis mudanças relacionadas com a Teoria Geral do Direito (três relacionadas à teoria das fontes e três referentes à teoria da hermenêutica) e três focadas na relação entre o Direito Processual Civil e o Direito Constitucional.

Na fase do neoprocessualismo, o processo recebeu os avanços do denominado neoconstitucionalismo, que não foi mais visto como uma mera técnica, mas como um fenômeno cultural, com a finalidade principal de se voltar à concretização da justiça material (e não mais à mera realização do direito material).

Por oportuno, é também de se registrar neste momento a existência de autores que defendem que a (atual) fase do neoprocessualismo é uma extensão da terceira fase.

Como Oliveira (2019, p. 19-47) pontua: para se superar um paradigma ou se estabelecer um novo “estado da arte” na ciência, não basta o festejo de novas fórmulas ou a afirmação da “derrocada” do padrão vigente; é preciso superá-lo, demarcar-se com clareza

a ruptura e se rejeitar a essência dos valores. E segundo este autor, os neoprocessualistas seguem fielmente as pegadas da trilha há muito aberta pelos autores anteriores.

Madureira e Zaneti Júnior (2017, p. 85-125), por outro lado, argumentam que a terminologia adequada à atual fase deveria ser a de Formalismo-Valorativo – construção teórica concebida no seio da escola processual gaúcha, sob a liderança de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Isso porque a afirmação de neoprocessualismo traz uma expressão inadequada para designar uma fase metodológica que, semanticamente, é incapaz de defini-la.

Em linhas gerais, o Código de Processo Civil (CPC) vigente estabelece a ideia da agilidade e eficiência, tudo com o propósito de tornar efetivo o acesso à justiça aos jurisdicionados e evitar a separação das atividades processuais em fases estanques, buscando o modelo de procedimento único e sem a ordinarização (excesso de burocracia e formalismo nos atos processuais, entre outros aspectos típicos do processo civil clássico).

Os direitos fundamentais ganharam especial enfoque no processo civil a fim de possibilitar o diálogo das partes e a busca da melhor solução para o conflito (CAMBI; NEVES, 2015, p. 253).

Logo, partindo-se da ideia de estar se valendo de um modelo mais atual e condizente com as necessidades do mundo contemporâneo, a técnica da ponderação passou a ser vista como um dos principais instrumentos ao ordenamento jurídico – em especial para permitir ao juiz a adaptação aos desafios cada vez mais complexos e que envolvem valores e princípios conflitantes (ASSIS, 2017, p. 414).

Ávila (2009, p. 2) ensina que:

[...] É certo que não há apenas um conceito de “neoconstitucionalismo”. A diversidade de autores, concepções, elementos e perspectivas é tanta, que torna inviável esboçar uma teoria única do “neoconstitucionalismo”. Não por outro motivo, costuma-se utilizar, no seu lugar, a expressão plural “neoconstitucionalismo(s)”. Mesmo assim, podem ser apontadas algumas supostas mudanças fundamentais – ocorridas ou meramente desejadas, em maior ou em menor intensidade – desse movimento de teorização e aplicação do Direito Constitucional denominado de “neoconstitucionalismo”: princípios em vez de

regras (ou mais princípios do que regras); ponderação no lugar de subsunção (ou mais ponderação do que subsunção); justiça particular em vez de justiça geral (ou mais análise individual e concreta do que geral e abstrata); Poder Judiciário em vez dos Poderes Legislativo ou Executivo (ou mais Poder Judiciário e menos Poderes Legislativo e Executivo); Constituição em substituição à lei [...].

Em que pese a influência do neoprocessualismo (e, por consequente, da ponderação), o art. 489 do Código de Processo Civil (CPC), a despeito de trazer a observância da fundamentação pelos magistrados nas decisões judiciais (§ 1º), impôs o dever de justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação no caso de colisão entre “normas” (§ 2º).

Por óbvio, embora prevaleça o entendimento de que as normas são um gênero do qual são espécies regras e princípios, tal enunciado é amplo porque diz respeito à ponderação no caso de colisão de (repita-se) “normas”.

A esta primeira aceção passa-se a dar atenção daqui em diante.

### **3. CONSIDERAÇÕES SOBRE A DIFERENÇA ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS**

Conforme mencionado, sob a influência do neoconstitucionalismo ocorreu uma expansão da jurisdição constitucional (com a promoção de um rol exemplificativo de direitos na Constituição) e deu-se o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Como consequência, foi possível evidenciar a presença de vários institutos (que anteriormente não eram previstos) na Constituição da República Federativa do Brasil (constitucionalização de inclusão), bem como reinterpretar todos os ramos do Direito pelas regras e princípios constitucionais (constitucionalização de releitura).

Barroso e Barcellos (2003, p. 336) explicam que esta última consiste numa designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre os valores, os princípios, as regras e a teoria dos direitos fundamentais – aspectos edificados com base no fundamento da dignidade humana.

Desse modo, com a finalidade de complementar a compreensão da nova dogmática da interpretação e os seus reflexos para os ramos do Direito Processual Civil, impõe-se registrar a diferença entre regras e princípios:



Barcellos e Barroso (2003, p. 33-34) reafirmam que são espécies de normas e que as regras, normalmente, são “relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações”, ao passo que os princípios “não especificam a conduta a ser seguida, pois se aplicam a um conjunto amplo (por muitas vezes, indeterminado) de situações”.

Para Ávila (2021, p. 166), são espécies normativas, nas quais as regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com a pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência. Os princípios, entretanto, são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com a pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se requer uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Ainda na esteira de diferenciação, este autor apresenta os postulados. Estes seriam uma terceira espécie normativa, que orientam a aplicação de outras e que podem se subdividir em hermenêuticos e normativos. Os hermenêuticos são definidos como meios destinados à compreensão em geral do direito – como o postulado da unidade do ordenamento jurídico e o seu subelemento: postulado da coerência. Já os normativos são imediatamente metódicos e estruturam a interpretação e a aplicação de princípios e regras mediante a exigência, mais ou menos específica, de relações entre elementos com base em critérios (ÁVILA, 2014, p. 163-164).

Para Canotilho (2003, p. 1.160), as regras e os princípios são normas jurídicas. No entanto, ao mesmo tempo, vários critérios sugerem o *discrîmen*, entre eles:

- 1) Grau de Abstração: Os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida.
- 2) Grau de Determinabilidade na Aplicação do Caso Concreto: Os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta.
- 3) Caráter de Fundamentalidade no Sistema das Fontes de Direito: Os princípios são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.:

princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito).

4) Proximidade da Ideia do Direito: os princípios são standards juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça (Dworkin) ou na ideia do direito (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.

5) Natureza Normogenética: os princípios são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.

Das lições de Espíndola (2002, p. 53) extrai-se a ideia de que os dois são normas jurídicas, porém um princípio designa a “estruturação de um sistema de ideias, pensamentos ou normas por uma ideia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais ideias derivam”.

Outras concepções que possuem grande influência na doutrina contemporânea são as de Ronald Dworkin e de Robert Alexy.

Sem adentrar em todos os meandros do complexo debate que envolve suas teorias e polêmicas, Dworkin, na obra **Levando os Direitos a Sério** (*Taking Rights Seriously*), conceituou as regras como proposições que, uma vez estabelecidas seus pressupostos e suas condições, teriam um resultado: ou a regra é válida (e se deveria seguir todas as suas consequências) ou ela seria inválida (e não teria aplicação para o caso) (DWORKIN, 2002, p. 39).

Assim, não sobraria ao aplicador da regra uma oportunidade para negociar ou ponderar com o caso concreto, porquanto já estariam dispostos todos os seus pressupostos e as suas condições de aplicação, bem como todas as exceções já estariam enumeradas. Seguiriam o “modelo do tudo ou nada” e só existiria aquela norma definitiva para aquele caso (GUIMARÃES, 2015, s. p.).

Bastaria, então, somente perguntar se a regra é válida ou não e, sendo válida, aplicá-la à sua consequência. Daí se dizer que Dworkin situa as regras na dimensão de validade.

Os princípios, por sua vez, foram concebidos como “proposições que descrevem direitos”, muito embora sejam derivados do campo da moral como *standards* ou padrões de valores socialmente consagrados numa comunidade (DWORKIN, 2002, p. 82-90). Neste

caso, não existe uma inserção no âmbito da dimensão de validade, mas de peso. Como apresentam razões não condicionais e se trata de proposições que afirmam direitos, a aplicação do aludido princípio deve ocorrer de acordo com o caso concreto (DWORKIN, 2002, p. 36-46 e 82-90).

Portanto, como tais, ainda que no caso de conflito, os princípios podem conviver com outros, de modo a apenas resultar numa situação de preferência de um a outro – diferentemente das regras que, conforme supramencionado, não toleram a existência de outra que se lhes contraponha (DWORKIN, 2002, p. 42-43).

Alexy, por seu turno, ao desenvolver a obra **Teoria dos Direitos Fundamentais** (*Theorie der Grundrechte*), orientou a diferença entre regras e princípios por intermédio do reconhecimento de elementos axiológicos no texto constitucional alemão. Isso porque, ao assumir a tese (professada no Tribunal Constitucional Alemão) de que a Constituição seria uma ordem concreta de valores, entende que a ponderação realizada por este Tribunal era irracional, porém passível de racionalidade pela Teoria que ele propôs (ALEXY, 2008, p. 158).

Com o objetivo de descobrir as estruturas dogmáticas e revelar os princípios e valores que se escondiam atrás das codificações e da jurisprudência alemã, defendeu que muitos direitos possuem caráter de princípios e, nessa condição, eventualmente colidem, sendo necessária uma ponderação (chamada também de sopesamento ou de relação de precedência com base nas circunstâncias do caso concreto) em favor de um deles (ALEXY, 2008, p. 117).

Alexy afirma que a diferença entre as regras e princípios é categorial e estrutural, de maneira que a estrutura de uma norma a distinguirá qualitativamente como regra ou como princípio, pouco importando a sua generalidade ou abstração (ALEXY, 2008, p. 87-116).

Segundo a sua teoria, as regras são mandamentos definitivos formulados para exigir um cumprimento pleno (satisfeitas ou não satisfeitas), já que oferecem ao aplicador apenas uma possibilidade (todas as demais foram devidamente excluídas pelo Direito). Já os princípios são classificados como mandamentos de otimização e ordenam a realização de

algo na maior medida possível e dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes (caráter *prima facie*) (ALEXY, 2008, p. 103-104).

Dito isso, para a aplicação (subsunção) de uma regra, ainda que sempre seja necessário interpretar os enunciados legais, supõe-se que as propriedades já estão definidas *ex ante* (por exemplo, uma regra que proíbe a entrada de animais no parque não pode ser cumprida de modo otimizado: ou é cumprida totalmente ou não é) (ALEXY, 2008, p. 103-104).

Para a aplicação dos princípios, porém, entende que, nos casos de colisão entre eles, um terá de ceder (não ocorrendo a sua invalidez) e ocorrerá uma ponderação sob determinadas condições. A resposta obtida dessa ponderação resultará na obtenção de uma norma do tipo regra (*zugeordnete Grundrechtsnorm*), que subsuntivamente será aplicada ao caso concreto (e que servirá para resolver também outros casos) (ALEXY, 2008, p. 86-91).

Para realizar a ponderação na colisão de princípios, este autor utiliza a máxima da proporcionalidade (subdividida nas máximas da adequação e necessidade) (ALEXY, 2008, p. 94-96) e a proporcionalidade em sentido estrito (ALEXY, 2008, p. 602-603).

Portanto, respeitando o posicionamento conceitual de todos os autores supramencionados, vislumbra-se uma consistente convergência nas diferenciações entre regras e princípios: enquanto as primeiras possuem uma especificidade e relação de subsunção, aos segundos se confere uma amplitude e possibilidade de discussão da incidência no caso concreto.

Utilizando este raciocínio, observa-se que, apesar da grande influência das concepções neoprocessualistas no atual Código de Processo Civil (CPC) – em especial, com a incorporação (ainda que involuntariamente) dos elementos presentes na Teoria de Alexy (TRINDADE; DUARTE NETO, 2017, p. 1.059) – estranhamente o art. 489, § 2º, do Código de Processo Civil (CPC) estabeleceu o dever de o juiz justificar a ponderação no caso de colisão de “normas”.

Assim, devido a tal amplitude conceitual, cinge-se a dúvida quanto à constitucionalidade do dispositivo porquanto, como será visto adiante, analisando-se

sistematicamente, fere-se o princípio da segurança jurídica e o dever de fundamentação das decisões judiciais (este consistindo em uma garantia fundamental).

#### **4. (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 489, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (CPC)**

Reputa-se relevante assentar, de início, que ao adotar o Estado Democrático de Direito, a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88) se preocupou com os indivíduos, de modo a trazer a finalidade da igualdade material à lei (MAGALHÃES, 2016, p. 106).

Bonavides (2001, p. 89) vai ao encontro desse pensamento e afirma que, com os objetivos esculpidos no art. 3º da Carta Magna, o Estado de Direito foi estabelecido sob a égide dos valores da liberdade, igualdade, desenvolvimento e democracia.

Ademais, no âmbito do constitucionalismo, a adoção nacional do fenômeno da Constituição Dirigente<sup>5</sup> determinou os importantes caminhos para os quais o Estado deve seguir: sempre voltado à melhor expressão da democracia (STRECK; MORAIS, 2012, p. 106-107).

Assim, todos os pressupostos que fortaleçam a igualdade, como a liberdade (STRECK, 2020, p. 44-45) e os demais direitos fundamentais, deverão ser ferramentas indispensáveis não só para o controle e efetivação do modelo constitucional de Estado, como também para elevar e guiar o nível de legitimidade das decisões afetas ao público.

Sarlet *et al.* (2022, p. 31) observam que:

A pessoa humana possui um valor em si mesma, independente das características essenciais que formam sua identidade ou de eventuais fatos acidentais que interfiram no seu desenvolvimento físico, intelectual e volitivo, do nascimento à morte (e.g., deficiência, incapacidade, invalidez). Essa dimensão - que é

---

<sup>5</sup> Observa-se que, apesar de o termo ter sido cunhado pelo jurista português José Joaquim Gomes Canotilho e de este ter reconhecido a limitação perante as atuais realidades políticas, sociais e econômicas, vários juristas brasileiros (Dalmo de Abreu Dallari, Luiz Alberto David Araújo, Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Bonavides, por exemplo) entendem que o modelo de Constituição Dirigente ainda está presente no Brasil, bem como que é preciso buscar novas formas de efetivar os objetivos e valores defendidos, como a participação popular, a descentralização política e a ampliação do papel dos movimentos sociais na construção de uma sociedade mais justa e igualitária.

simultaneamente ontológica, ética e antropológica é reconhecida pela Constituição ao assegurar-se à pessoa os direitos básicos à vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade. Não obstante sejam direitos com âmbitos de proteção tão distintos (da vida à propriedade), do ponto de vista constitucional, a pessoa é uma unidade existencial dotada de valor intrínseco e assim deve ser respeitada e protegida em sua integralidade.

Pode-se inferir especificamente que o dever de fundamentação nas decisões judiciais e administrativas – apresentação clara, precisa e racional das bases fáticas e jurídicas da decisão (MEDINA, 2016, p. 747)<sup>6</sup> – representa um instrumento não somente essencial para se atingir a igualdade almejada pela Constituição, como também para controlar a atividade jurisdicional e corresponder às imposições do modelo dirigente.

Nesse contexto, para que uma decisão seja fundamentada, a sua motivação não pode limitar-se à escolha dos princípios e das regras jurídicas ou de máximas da experiência aplicáveis ao caso concreto; devem estar intimamente conectadas aos bons argumentos, sem olvidar que o juízo de fato deve encontrar seu substrato em elementos de prova e em inferências logicamente válidas e controláveis (CAMBI, 2019, RB-33.6).

A propósito, é a prova que permite que o direito retorne ao passado: o passado é irremissível, porém, por meio da prova, é possível (re)constitui-lo, saturando-se os acontecimentos por intermédio de uma linguagem competente tecida pelo próprio Direito.

Partindo-se dessa premissa, o dever de fundamentação nas decisões recebeu previsão constitucional (art. 93, inc. IX, da Constituição da República Federativa do Brasil) (BRASIL, 1988) e o seu desrespeito tem previsão expressa de nulidade. O Código de Processo Civil (CPC), em seu art. 489 (BRASIL, 2015), reforça isso. Da mesma forma, o Código de Processo Penal (CPP) (BRASIL, 1941), em seu art. 315, § 2º e art. 381, inc. III.

Visando a pormenorizar o que se considera “decisão não fundamentada”, o art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil (CPC) (BRASIL, 2015) tornou explícita a abordagem desse tema e impôs o dever dos magistrados de fazê-la de maneira precisa, sem permitir dubiedades, contradições e confusões no ordenamento jurídico.

---

<sup>6</sup> Salienta-se que a exigência de fundamentação da decisão judicial encontra exceção no Tribunal do Júri, no que se refere ao veredito dos jurados.

Infere-se também que a segurança jurídica – previsibilidade e coerência na aplicação das leis (NACARINI, 2000, p. 222) – é um instrumento que corresponde às imposições do modelo dirigente, notadamente porque, sem ela, não é possível garantir um cenário previsível para as relações jurídicas e sociais, bem como assegurar às pessoas o acesso a posições jurídicas oponíveis ao Poder Público.

A segurança jurídica também recebeu previsão constitucional (art. 5º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil) (BRASIL, 1988). Ao expor a sua importância e os seus desdobramentos, Mendes e Branco (2015, p. 270) alegam que este princípio é fundamental para a estabilidade das relações jurídicas e a manutenção da confiança na ordem jurídica, porquanto, sem a sua observância, “as decisões do Poder Público e a aplicação das normas jurídicas seriam imprevisíveis e instáveis, gerando incerteza e insegurança para os cidadãos e para as atividades econômicas”.

No entanto, apesar de todo o alegado, o art. 489 do Código de Processo Civil (CPC) trouxe em seu § 2º a disposição acerca do uso da ponderação nos casos de colisão entre “normas”. Esta previsão acabou por ofender diretamente as previsões constitucionais do dever de fundamentação das decisões e do princípio da segurança jurídica.

Explica-se. Da leitura do referido dispositivo percebe-se, de plano, a opção neoprocessualista de enfatizar o uso da técnica da ponderação, notadamente para permitir ao juiz a consideração das particularidades nos casos concretos. Além disso, valeu-se do termo norma – gênero que inclui em seu espectro as regras e os princípios (e, na conceituação de Humberto Ávila, também os postulados) (ÁVILA, 2021, p. 163-164).

Ocorre que, na técnica da ponderação, especificamente nos moldes propostos por Alexy, não se admite a ponderação de regras (mas tão somente de princípios) e tampouco a colisão entre regras e princípios (notadamente porque às regras cabe a subsunção) (ALEXY, 2008, p. 91-94)<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Alexy (2008, p. 91-94), a propósito, explica que, em que pese a técnica da ponderação seja uma ferramenta importante da hermenêutica constitucional, não pode receber a aplicação às regras, porquanto tais normas não admitem exceções (devem ser aplicadas de forma direta e objetiva, sem espaço para subjetividade ou interpretação valorativa) e não podem ser ponderadas em casos concretos.

Torna-se evidente que a terminologia colisão de normas (sem a distinção entre regras e princípios) no art. 489, § 2º, acabou por fragilizar o princípio da segurança jurídica ao possibilitar ao magistrado realizar uma ponderação de regras, senão uma ponderação entre princípio e regra – afastando um em relação ao outro.

Tais possibilidades, além de dificultar o controle da atividade jurisdicional ao promover um cenário no qual a subsunção da regra não é aplicada aos conflitos, contribuem para que os indivíduos desconheçam as consequências de suas condutas e seus direitos e obrigações.

Barroso (2012, p. 301) considera que uma ponderação de regras poderia também possibilitar decisões arbitrárias<sup>8</sup> e perda da legitimidade democrática, pois, ao não se distinguir regras e princípios, “permitiria que o juiz, baseado em sua própria subjetividade, ignorasse uma norma legal e decidisse com base em seus valores e preferências pessoais”.

Para além disso, o art. 489, § 2º, também pode ofender o dever de fundamentação das decisões. Isso porque, enquanto o art. 489, § 1º – como mencionado – impôs o dever de o magistrado prolatar decisões de maneira precisa, a fim de não permitir dubiedades, contradições e confusões, a redação do § 2º possibilita interpretar que o magistrado pode somente informar a existência de um conflito de normas e argumentar de maneira não direta nem objetiva, bem como não justificar as bases fáticas (fatos comprovados e elementos concretos do caso) e jurídicas (normas jurídicas aplicáveis ao caso) (BRINGEL; MACEDO, 2015, p. 162-163).

E sobre este ponto é preciso frisar: mesmo diante de uma suposta colisão de princípios ou conflito de regras, a análise sobre qual será utilizado deve se dar no plano fático, porque é o fato analisado no caso concreto que irá indicar qual norma deve regular a situação deduzida em juízo, sob pena de arbitrariedade.

---

<sup>8</sup> Ivo (2020, p. 233): “a norma jurídica não é algo pronto dado pelo ordenamento jurídico, mas o resultado de um labor ingente de criação, no sentido já exposto, promovido pelo intérprete. Um aspecto é fundamental: a atividade constitutiva da norma não significa a desconstrução do texto. Embora haja espaço para a construção do sentido em qualquer interpretação, ela não corre autonomamente, solta, ao acaso, como se o intérprete recebesse um texto nu, com zero grau de sentido. O intérprete produz a norma, mas é preciso que fique evidente que não é uma criação *ex nihilo*, a partir do nada”.



Dito de outra maneira: se se toma como exemplo uma suposta colisão de princípios em que, de um lado, há a livre-iniciativa e, do outro, a sanidade pública; a discussão sobre a (in)validade de um decreto municipal que proíbe a atividade presencial dos restaurantes no período da pandemia só poderá ser vista no caso concreto, ou seja, no plano fático. Considerado o arcabouço do direito brasileiro, a aplicação de regras e de princípios deve seguir, sob pena de arbitrariedade, em última análise, o modelo de subsunção, já que é a situação fática, devidamente demonstrada nos autos, que apontará qual a norma a ser aplicada ao caso.

Logo, não cabe ao magistrado, salvo na hipótese de inconstitucionalidade (que é um problema de validade), afastar a aplicação de uma norma, sob pena de macular o Estado Democrático de Direito, bem como a cláusula da separação dos poderes.

Bringel e Macedo (2015, p. 165-166) convergem neste raciocínio e aduzem que a redação atual permite ao magistrado não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo e não densificar o que se está utilizando naquele caso, notadamente porque a ponderação exposta no dispositivo não possui disciplina de como deve ser aplicada.

Trindade e Duarte Neto (2017, p. 1.044-1.067) afirmam que, em que pese haja ocorrido a institucionalização da Teoria de Alexy no Código de Processo Civil, a positivação da ponderação no caso de colisão de normas (de modo a ignorar a distinção entre regras e princípios) e a ausência de disciplina para a sua aplicação contribuem para o descontrole sobre a subjetividade das decisões – o que, além de enfraquecer a normatividade dos direitos fundamentais, endossa uma prestação jurisdicional cujo resultado é a “justiça lotérica” (TRINDADE, 2013, s.p.).

Por oportuno, é de se registrar que uma fundamentação e/ou ponderação, nos moldes disciplinados nas obras de Alexy, para muitos serve de padrão para o respeito ao princípio da segurança jurídica e correspondência ao dever constitucional de fundamentação.

Na obra **Teoria da Argumentação Jurídica** (*Theorie der Juristischen Argumentation*) foi oferecida uma série de regras de argumentação para conduzir uma fundamentação racional e respeito às regras de um debate dialógico (ALEXY, 2001, p. 219-

223):

(J.2.1) Ao menos uma norma universal precisa ser aduzida na justificação de um julgamento jurídico;

(J.2.2) Um julgamento jurídico precisa seguir logicamente de, ao menos, uma norma universal juntamente com outras afirmações;

(J.2.3) Sempre que houver dúvida se *a* é um T ou um M', uma regra tem de ser apresentada para determinar essa questão;

(J.2.4) O número de passos de desenvolvimento requerido é o número que torna possível o uso de expressões cuja aplicação em dado caso não admita posterior disputa;

(J.2.5) Tantos passos de desenvolvimento quanto possíveis devem ser articulados.

Já na obra **Teoria dos Direitos Fundamentais** (*Theorie der Grundrechte*) foi ofertada para a ponderação de princípios a distinção entre regras e princípios, a máxima da proporcionalidade (subdividida nas máximas da adequação e necessidade) e a proporcionalidade em sentido estrito.

Ainda se consigna que, embora existam doutrinadores que entendam de maneira divergente de Alexy<sup>9</sup>, ao mesmo tempo reconhecem que a positivação da técnica, nos específicos moldes do Código de Processo Civil (CPC) vigente, é inaplicável numa democracia.

Abboud e Rossi (2017, p. 4), por exemplo, reconhecem que o dispositivo em questão promove uma decisão subjetiva do aplicador, uma vez que escolheria, de forma *ad hoc* e diante de um caso, qual das regras seria afastada em face do sopesamento. Assim, tornar-se-ia possível ao julgador afastar determinada prescrição legislativa sem realizar o controle de constitucionalidade da lei.

Streck (2015, s. p.), também crítico da Teoria de Alexy, afirma que:

O malsinado dispositivo servirá para que o juiz ou tribunal escolha, de antemão, quem tem razão, ideológica-subjetivamente. Por exemplo, em caso de a amante buscar metade da herança, poderá dizer (lembramos do TJ-MA): há um conflito entre normas (entre o Código Civil e o princípio da afetividade) e poderá decidir,

---

<sup>9</sup> Jürgen Habermas entende que a ideia de ponderação valorativa destrói a estrutura deontológica dos direitos fundamentais. Isso porque, ao pressupor um mais e um menos como graus de otimização dos princípios, afasta-se a estrutura binária (lícito/ilícito), que é constitutiva da validade das normas, e retira-se dos direitos fundamentais a sua estrutura deontológica (dever-ser), conferindo-lhes um sentido teleológico (finalidade valorativa). (HABERMAS, 1997, p. 316-323).

ponderando, contra a lei e a Constituição; ou, como denuncia Sergio Barroso de Mello, em ações de seguro, “juízes ignoram códigos”, porque escolhem “a questão social” (ou seja, basta ao juiz dizer que há um conflito entre normas e, bingo!, estará ponderando e decidindo conforme o novo CPC). Será que isso que queremos?

Ou seja: de um lado, ganhamos excluindo o livre convencimento do novo CPC; de outro, poderemos perder, dando poderes ao juiz de dizer: aqui há uma colisão entre normas (quando todos sabemos que regras e princípios são normas); logo, se o juiz alegar que “há uma colisão entre normas” (sic), escolhe a regra X ou o princípio Y. Bingo: e ali estará a decisão. E tudo começará de novo. Teremos perdido 20 anos de teoria do direito.

Amado (2017, s. p.), com um entendimento semelhante, também apresenta críticas à redação do art. 489, § 2º, do Código de Processo Civil (CPC):

*[...] estaríamos diciendo que las colisiones o antinomias entre normas ya no se solucionan aplicando aquellas tres pautas normativas llamadas lex superior, lex posterior y lex specialis, sino ponderando con total independencia de la jerarquía y el tiempo de cada norma y hasta de la referencia más o menos amplia de cada una en cuanto a los hechos. Tal entendimiento es revolucionario, abismal..., y catastrófico. Nos habríamos cargado, de una y a calzón quitado, el principio de jerarquía normativa y la regla de que la norma posterior igual o superior deroga a la norma anterior inferior o igual; y, si me apuran, hasta habríamos acabado con el principio de competencia, sea por razón de órgano, de materia o de territorio, porque entre en un caso de, por ejemplo, pugna entre la competencia territorial de dos normas (o de dos órganos normativos territorialmente acotados), no habría que ver cuál de esas normas puede regular esa materia en ese territorio, sino cuál pesa más.*

Há autores que entendem pela possibilidade de se ponderar regras, de modo a conferir a interpretação do termo conforme “normas-princípios” e prevalência das regras. Exemplificando: Jevaux e Zaneti Júnior (2017, p. 331) entendem que, para as eventuais críticas à escrita incorreta no art. 489, § 2º, do Código de Processo Civil (CPC), bastaria: *a)* Interpretar o termo norma como apenas normas-princípio, conferindo interpretação conforme; *b)* Na colisão entre um princípio e uma regra contraposta, aplicar também as noções de caráter *prima facie* das regras (observância de sua prevalência em face do princípio democrático) e de ponderação de regras a partir de seus princípios fundantes.

Nery Junior e Nery (2022, RL-1.98) assim se posicionam:

A nosso ver, existe uma impropriedade na menção à técnica de ponderação neste dispositivo, que dá margem à interpretação de que toda e qualquer antinomia pode ser resolvida por esse meio. Tal técnica foi desenvolvida e sustentada para a

solução dos conflitos entre direitos fundamentais e entre princípios constitucionais, que não se resolvem pelas regras da hermenêutica jurídica clássica – as quais ainda são aplicáveis às normas em geral. O dispositivo deve, portanto, ser interpretado no sentido de que se refere às normas relacionadas a direitos fundamentais e princípios constitucionais.

Contudo, apesar de talvez sanar a inconstitucionalidade ora discutida, não se exclui que o legislador quis inovar, porém descaracterizou (e desvirtuou) a técnica da ponderação para além dos princípios.

Reitera-se que, mesmo diante de uma suposta colisão dos princípios ou conflito de regras, a análise de um caso concreto deve se dar – ao contrário do positivado no art. 489, § 2º, do Código de Processo Civil (CPC) – no plano fático (pois é somente o fato analisado no caso concreto que irá indicar qual norma deve regular a situação deduzida em juízo).

Desta feita, a técnica de ponderação, nos moldes positivados no Código de Processo Civil (CPC), não pode ser um meio válido de aplicação do direito no desenho constitucional estabelecido na Constituição vigente.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Enquanto continuamente se consolida a proteção dos preceitos constitucionais, ainda é possível observar na legislação exemplos de contraposição aos direitos fundamentais. É o caso do disposto no art. 489, § 2º, do Código de Processo Civil (CPC), que estabelece, entre outros pontos, o dever de o juiz justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação em caso de colisão entre “normas”.

A título de conclusão, o presente artigo culminou na exposição de que este dispositivo não encontra respaldo constitucional material, haja vista que gravemente submerge o princípio da segurança jurídica (art. 5º, *caput*, da Constituição Federal) e o dever de fundamentação das decisões judiciais (art. 93, inc. IX, da Constituição Federal).

Ao se ilustrar brevemente o histórico do processualismo, bem como a conceituação das diferenças entre as regras e os princípios, constatou-se que a literalidade do art. 489, § 2º, do Código de Processo Civil (CPC), apesar de ter seguido o propósito do arcabouço neoprocessualista, possibilitou a ponderação de regras (estas não admitem exceções nem

podem ser ponderadas em casos concretos).

Esta última promove um cenário no qual a subsunção da regra não é aplicada aos conflitos (o que contribui para o descontrole da atividade jurisdicional), além de possibilitar ao magistrado apenas informar a existência de um conflito de normas e tecer uma fundamentação de maneira não direta e não objetiva, tal como não justificar as bases fáticas e jurídicas.

Sem exaurir as discussões e respeitando o posicionamento de todos os autores mencionados, foi exposto também que, apesar de existirem doutrinadores que entendem pela possibilidade de se ponderar regras – de modo a conferir a interpretação do termo conforme “normas-princípios” e prevalência das regras – tal possibilidade não é compatível com a Constituição pátria.

Raciocínio igual deve se aplicar, inclusive com relação a princípios. Os princípios devem ser aplicados ao modo das regras, seguindo o critério da subsunção após a análise da questão fática. É ela que irá apontar a solução para o caso. Por isso, a questão da ponderação, nos moldes positivados no Código de Processo Civil (CPC), não deve ser critério para aplicação, sob pena de cair na arbitrariedade – que a exigência da fundamentação quer evitar.

Assim, considerado o arcabouço do direito brasileiro, a aplicação de regras e de princípios deve seguir, sob pena de arbitrariedade, o modelo de subsunção, já que a situação fática devidamente demonstrada nos autos apontará qual norma deve ser aplicada ao caso. Não pode o magistrado, salvo na hipótese de inconstitucionalidade (que é problema de validade), afastar a aplicação de norma.

## 6. REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; ROSSI, Júlio César. **Riscos da Ponderação à Brasileira**. São Paulo: Revista de Processo, vol. 269/2017, p. 109-138, 2017.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação**. Traduzido por Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2001.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 3. ed. [livro eletrônico] – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

AMADO, Juan Antonio Garcia. **Sobre el parágrafo 2º del artículo 489 del nuevo Código Procesal Civil Brasileño. O de la ponderación como panacea o como placebo**. Almacén de Derecho, n. 25, 2017. Disponível em: <https://almacenederecho.org/paragrafo-2º-del-articulo-489-del-nuevo-codigo-procesal-civil-brasileño-acabar-derecho-base-ponderar-calzon-quitado> Acesso em: 25ago. 2023.

ASSIS, Araken de. **Manual do processo de conhecimento**. São Paulo: RT, v. 1, 2017.

ÁVILA, Humberto. “**Neoconstitucionalismo**”: Entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. Revista Eletrônica do Direito do Estado: Salvador/Bahia. n. 17, janeiro/fevereiro/março/2009. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/836> Acesso em: 25 ago. 2023.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 20 ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2021.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. **O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revista da EMERJ, v. 6, n. 23, 2003. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista23/revista23\\_25.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf). Acesso em: 25ago. 2023.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115,

125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: 31 dez. 2004. Disponível em:

[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm) Acesso em: 25ago. 2023.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 69, de 29 de março de 2012. Altera os arts. 21, 22 e 48 da Constituição Federal, para transferir da União para o Distrito Federal as atribuições de organizar e manter a Defensoria Pública do Distrito Federal. **Diário Oficial da União**: 30 mar. 2012. Disponível em:

[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc69.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc69.htm) Acesso em: 25ago. 2023.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 74, de 6 de agosto de 2013. Altera o art. 134 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**: 7 ago. 2013. Disponível em:

[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc74.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc74.htm) Acesso em: 25ago. 2023.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 80, de 4 de junho de 2014. Altera o Capítulo IV - Das Funções Essenciais à Justiça, do Título IV - Da Organização dos Poderes, e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**: 5 jun. 2014. Disponível em:

[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc80.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc80.htm) Acesso em: 25ago. 2023.

BRASIL. Lei n. 1.060, de 5 de fevereiro de 1950. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. **Diário Oficial da União**: 13 fev. 1950. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/11060.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/11060.htm) Acesso em: 25ago. 2023.

BRASIL. Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. **Diário Oficial da União**: 5 jul. 1965. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/14717.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14717.htm) Acesso em: 25ago. 2023.

BRASIL. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.

**Diário Oficial da União**: 2 set. 1981. Disponível em:

[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/16938.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16938.htm) Acesso em: 25ago. 2023.

BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: 26 jul. 1990. Disponível em:



[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8072.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm) Acesso em: 25ago. 2023.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: 16 jul. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm) Acesso em: 25ago. 2023.

BRASIL. Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diário Oficial da União**: 25 jul. 1985. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7347orig.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm) Acesso em: 25ago. 2023.

BRASIL. Lei n. 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). **Diário Oficial da União**: 3 jun. 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm) Acesso em: 25ago. 2023.

BRASIL. Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto da Pessoa Idosa e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: 3 out. 2003. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/l10.741.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm) Acesso em: 25ago. 2023.

BRASIL. Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: 10 ago. 2009. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm) Acesso em: 25ago. 2023.

BRASIL. Lei n. 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. **Diário Oficial da União**: 2 ago. 2013. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm) Acesso em: 25ago. 2023.

BRASIL. Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Diário Oficial da União**: 7 de jul. 2015. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm) Acesso em: 25ago. 2023.

BRASIL. Lei n. 13.300, de 23 de junho de 2016. Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: 24 jun. 2016. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/l13300.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13300.htm) Acesso em: 25ago. 2023.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26** – Distrito Federal. Relator: Min. Celso de Mello. 13 jun. 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240> Acesso em: 25ago. 2023.

BRINGEL, Lara Livia Cardoso Costa; MACEDO, João Paulo Landin. **Inviabilidade jurídica do artigo 489, § 2º, da Lei nº 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil)**. Factum – Periódico Jurídico da Católica do Tocantins, vol. 1, 2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, vol. 1, 2008.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

CAMACHO, Henrique; COSTA, Yvete Flávio da. **A evolução das gerações dos Direitos Fundamentais e das fases metodológicas do Direito Processual Civil na compreensão da tutela coletiva**. Revista Eletrônica de Direito Processual REDP. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. v. 12, n. 12, 2013. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/8681/6571> Acesso em: 25ago. 2023.

CAMBI, Eduardo et al. **Código de Processo Civil Completo**. 19 ed. [livro eletrônico] – Parte III, Processo de Conhecimento – Procedimento Comum, Sentença e Coisa Julgada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. **Flexibilização procedimental no novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista de Direito Privado, v. 64, out-dez. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH Bryant. **Acesso à Justiça**. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, Linguagem e Método**. 7 ed. São Paulo: Noeses, 2018.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 24. ed. Salvador: JusPodivm, 2022.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, Salvador: Juspodivm, vol. 1, 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**, 7. ed. Salvador: Juspodivm, vol. 4, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do Processo**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Traduzido por Nelson Boeira. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 19. ed. Saraiva: São Paulo, vol.1, 2009.

GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas. **Princípio da proporcionalidade no direito do trabalho** [livro eletrônico].1. ed. 2015.São Paulo: Revista dos Tribunais Thomson Reuters, 2015.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia** – entre facticidade e validade. vols. 1 e 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1997.

IVO, Gabriel. A linguagem do direito e a decisão jurídica voluntarista (anotações ao direito e à sua linguagem). **Revista Antígona** (publicação do Toro – Escola de Psicanálise), v. 13, p. 215-257, Maceió: Editora da Universidade Federal de Alagoas, 2020.

JEVEAUX, Geovany Cardoso; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Controle Difuso no Novo CPC**. São Paulo: Revista de Direito Brasileira, v. 16, n. 7, jan./abr. p. 324-345, 2017.

LAMY, Eduardo de Abelar; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Curso de processo civil: Teoria Geral do Processo**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

MADUREIRA, Claudio; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Formalismo-Valorativo e o Novo Processo Civil** [livro eletrônico] – Revista de Processo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, vol. 272/2017, p. 85-125. Out. 2017.

MAGALHÃES, Julio Cesar Reccanello. **Estado de Direito e o Estado Democrático de Direito**. Revista Eletrônica da FEAT, v. 1, n. 12, jan.-jul. 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil** – do Modelo ao Princípio. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MITIDIERO, Daniel. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MORAIS, Fausto Santos. **Ponderação e Arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF**. Salvador, Juspodivm, 2016.

NACARINI, Rosa Maria dos Santos. **Segurança Jurídica**. São Paulo: Revista Jurídica “9 de Julho”, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Maria Rosa de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado** [livro eletrônico]. ed. 2022. São Paulo: Revista dos Tribunais Thomson Reuters, 2022.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Bruno Silveira de. **A instrumentalidade do processo e o formalismo-valorativo (a roupagem do imperador na ciência processual civil brasileira)** [livro eletrônico] – Revista de Processo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, vol. 293/2019, p. 19-47, Jul. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang et al. **Direitos Fundamentais: Comentários ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988**. Londrina: Thoth Editora, 2022.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional. Teoria, História e Métodos de Trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2014.

SILVA, Beclaute Oliveira. **A Garantia Fundamental à Motivação da Decisão Judicial**. Salvador: Podivm, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. Do Advogado: São Paulo, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta!** 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta> Acesso em: 25ago. 2023.

TRINDADE, André Karam. **Robert Alexy e a vulgata da ponderação de princípios**. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-nov-16/diario-classe-robert-alexey-vulgata-ponderacao-principios> Acesso em: 25 ago. 2023.

TRINDADE, André Karam; DUARTE NETO, João Carneiro. **Os (des)acertos do legislador na “positivação” das teorias de Robert Alexy no Direito Processual Brasileiro**. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, RS, v. 12, n. 3, p. 1044-1067, dez. 2017. ISSN 1981-3694. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/29603> Acesso em: 25ago. 2023.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e Relação no Direito**. 5 ed. São Paulo, 2015.

Data da submissão: 23/09/2023  
Data da primeira avaliação: 09/06/2024  
Data da segunda avaliação: 09/06/2024  
Data da aprovação: 09/06/2024

## UMA BREVE HISTÓRIA DO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

### *A BRIEF HISTORY OF THE DEMOCRATIC CONSTITUTIONALISM*

**Flávio Pansieri<sup>1</sup>**  
**Rene Sampar<sup>2</sup>**

**RESUMO:** Uma das questões mais desafiadoras que podem ser feitas aos juristas em geral é descrever a constituição histórica da democracia e nisto consiste o problema deste trabalho. Diante desse contexto, o objetivo deste artigo consiste em enunciar algumas bases do constitucionalismo democrático de modo a descrever algumas das suas nuances. Ademais, segue-se com um detalhamento da história brasileira de forma a demonstrar os inúmeros desafios da nossa contingência política. Com efeito, a hipótese é a de que o constitucionalismo democrático tem se provado capaz de superar algumas das idiosincrasias do contexto brasileiro. Por fim, este estudo se apoia no método hipotético-dedutivo como forma de testar a hipótese apresentada e que, para tanto, foi conduzido a partir de pesquisa bibliográfica.

**Palavras-chave:** constitucionalismo democrático; sala de máquinas da Constituição; liberdade e igualdade.

**ABSTRACT:** One of the most challenging questions that can be asked to jurists in general is to describe the historical constitution of democracy and this is the problem of this research. Given this context, the objective of this text is to state some bases of democratic constitutionalism to describe some of its nuances. Furthermore, it follows with a detail of Brazilian history to demonstrate the countless challenges of our political contingency. In effect, the hypothesis is that democratic constitutionalism has proven capable of overcoming some of the idiosyncrasies of the Brazilian context. Finally, this study relies on the hypothetical-deductive method as a way of testing the hypothesis presented and, for this purpose, it was conducted based on bibliographical research.

---

<sup>1</sup> **Qualificação:** Pós-doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Professor Adjunto da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Diretor da Escola Judiciária Eleitoral do Tribunal Superior Eleitoral (2018/2020). Vice-Presidente da Comissão de Estudos Constitucionais do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (2016-2022). Conselheiro Estadual e Federal Eleito da Ordem dos Advogados do Brasil (2007-2022). Presidente Executivo da Academia Brasileira de Direito Constitucional (2000-2012). Advogado e Sócio Fundador do Pansieri Advogados. Líder do Publius (CNPq); **e-mail:** pansieri@pansieriadogados.com.br; **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/0746109917958819>; **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0003-4025-4534>. **Vinculação:** PUC (PR)

<sup>2</sup> **Qualificação:** Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Filosofia Contemporânea pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Coordenador acadêmico na Academia Brasileira de Direito Constitucional. Vice-líder do Publius (CNPq); **e-mail:** renesampar@gmail.com; **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/4586313251943570>; **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0003-2734-5415>. **Vinculação:** ABDConst. (PR)

**Keywords:** democratic constitutionalism; The Constitution's engine room; freedom and equality.

**Sumário:** 1. INTRODUÇÃO; 2. SOBRE OS FUNDAMENTOS DO CONSTITUCIONALISMO OCIDENTAL; 3. SOBRE O DESENVOLVIMENTO DA DEMOCRACIA NO SÉCULO XX; 4. SOBRE O DESENVOLVIMENTO DA REPÚBLICA NO BRASIL; 5. SOBRE O CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO; 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS; 7. REFERÊNCIAS

## 1. INTRODUÇÃO

Uma das questões mais desafiadoras que podem ser feitas aos juristas em geral é descrever a constituição histórica da democracia e nisto consiste o **problema** deste trabalho. Por mais que tenha sido gestada há quase dois milênios e meio, existem inúmeras divergências semânticas e até mesmo conteudísticas quanto ao significado da democracia. Todavia, é certo que o fenômeno democrático se tornou o maior fato político do século XX e prova disso é que a democracia se mostrou capaz de superar muitos adversários. Mas especificamente, no sentido de ter deitado raízes até mesmo em solos que pareceriam inférteis em razão do autoritarismo que até então reinava mais ou menos soberano.

Por outro lado, veja-se que o conteúdo moderno do constitucionalismo possui lastro numa determinada tradição constitucional que, por sua vez, é materializada ou num determinado documento normativo (*civil law*) ou num conjunto de costumes (*common law*) que organizam deveres, direitos e garantias do cidadão, bem como (de)limita a atuação dos governantes. Sob essa perspectiva, o texto que segue procura desenvolver a ideia de que, como veremos, três são os vetores gerais e fundamentais do conceito de Constituição que possibilitou a democracia em sua acepção mais contemporânea: **(i)** ordenação de questões jurídicas-políticas; **(ii)** reconhecimento de Direitos Fundamentais e das suas condições de possibilidade; e **(iii)** organização do poder político.

Diante desse contexto, o **objetivo** deste artigo consiste em enunciar algumas bases do constitucionalismo democrático de modo a descrever parte de suas nuances. Ademais, segue-se com um detalhamento da história brasileira de forma a demonstrar os inúmeros desafios da nossa contingência política. Com efeito, a **hipótese** é a de que o

constitucionalismo democrático tem se provado capaz de superar diversas idiossincrasias do contexto brasileiro. Por fim, este estudo se apoia no **método** hipotético-dedutivo como forma de testar a hipótese apresentada e que, para tanto, foi conduzido a partir de pesquisa bibliográfica.

## **2. SOBRE OS FUNDAMENTOS DO CONSTITUCIONALISMO OCIDENTAL**

Tido como um movimento em que se busca estabelecer condições mínimas de convivência coletiva, o ideal constitucional é um traço observado em quaisquer sociedades humanas desde a antiguidade. Por esta razão, a ideia de Constituição como uma lei fundamental que estabelece a base do ordenamento jurídico é parte da construção histórica, social e política de um povo no decorrer de sua própria história. Assim, trata-se de um processo conceitual que caminha *pari passu* com a construção das diferentes sociedades que habitaram o planeta em todos os tempos e em todos os espaços geográficos.

Diante deste olhar abrangente, resta claro que preexistiam tanto na *Callipolis* de PLATÃO quanto no governo misto de ARISTÓTELES alguns aspectos de constitucionalismo. Certamente, porém, a noção constitucional da antiguidade é distinta daquela que foi edificada a partir do período moderno e iluminista dos séculos XVII-XVIII. Por esta razão, JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO classifica o constitucionalismo em antigo e moderno (CANOTILHO, 2003, p. 51). Outrossim, denota-se que a análise dos antigos demanda o reconhecimento de um conceito histórico de Constituição e que, bem por isso, nos leva a reconhecer os fundamentos das debilidades atuais no sentido de (re)pensar as estruturas institucionais que constituem a sociedade.

Em uma vertente político-moderna, CANOTILHO também aduz que o constitucionalismo pode ser expresso como uma “teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado como indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”. Na visão do jurista, o ponto central deste movimento se traduz pela busca do governo limitado de modo a garantir direitos aos indivíduos tanto em sua singularidade quanto perante a coletividade. Em termos objetivos, é



uma “teoria normativa da política”, cuja faceta de limitação do poder adquiriu grande força após a queda do Império Romano do Oriente e do posterior declínio das monarquias europeias.

Tradicionalmente, três são os momentos históricos mais apontados como essenciais para a consecução do constitucionalismo ocidental: revolução inglesa (1688-1689), revolução americana (1776) e revolução francesa (1789).

Embora muitos outros movimentos tenham logrado êxito no sentido de estabelecer novas institucionalidades, a doutrina e a história tendem a apontar estas três revoluções como os marcos fundamentais à compreensão do constitucionalismo. Sob a perspectiva da historiadora GERTRUDE HIMMELFARB (2011, p. 15-16):

“Essas ideias transbordaram do domínio dos filósofos e homens letrados para o dos políticos e dos homens de negócio, penetrando no que os recentes historiadores chamam de mentalités do povo, e o que Alexis Tocqueville chama de moeurs: os ‘hábitos do intelecto’ e os ‘hábitos do coração’ que perfazem ‘a totalidade do estado moral e intelectual de um povo’. Em certo momento crítico na história, esses três Iluminismos<sup>3</sup> representam diferentes aproximações à modernidade, hábitos intelectuais e emocionais alternativos de consciência e sensibilidade”

Especificamente sobre a revolução inglesa, cumpre assinalar que o Parlamento limitou de maneira sistemática a atuação real a partir de importantes documentos normativos como a *Magna Carta* (1215), a *Petition of Rights* (1628), *Habeas Corpus Act* (1679) e a *Bill of Rights* (1689). Com isto, impôs uma monarquia moderada que trouxe centralidade no Legislativo para a condução política-jurídica de um país que até hoje não teve a necessidade de promulgar uma Constituição escrita no sentido estrito do termo — embora tenham adotado o *Human Rights Act* (1998) e o *Constitutional Reform Act* (2005).

---

<sup>3</sup> Nota explicativa sobre a razão pela qual a historiadora Gertrude Himmelfarb se vale do termo “Iluminismo” para designar cada faceta revolucionária da modernidade: conforme nos explica Luiz Felipe Ponde no prefácio à edição brasileira da obra de Himmelfarb, “a autora usa três termos básicos, bastante ilustrativos, para definir sinteticamente cada uma das formas de Iluminismo: o britânico teria sido uma sociologia da moral ou dos afetos sociais (virtudes e vícios), o francês (...) uma ideologia da razão, e o americano, uma política da liberdade. Na soma dos três, fica claro o olhar da historiadora: o Iluminismo foi uma tentativa de examinar três formas básicas da experiência humana a partir do exercício livre do pensamento, a saber, a moral, o conhecimento e a política” (HIMMELFARB, 2011, p. 9).



Ademais, vale descartar que a experiência inglesa serviu de modelo para a organização política dos Estados Unidos da América. Com a sua independência, estabeleceu-se um pacto confederativo, manifesto no *Articles of Confederation* (1777). Ao vislumbrar a fraqueza desta união, foi convocada a *Constitutional Convention* que deu origem à Constituição de 1787, em vigor há mais de dois séculos e que até hoje mantém a sua estrutura normativa. Em seus sete artigos, divididos em seções, traça as linhas mestras para a formação da União federal: formação do Congresso Nacional bicameral; atribuições do Poder Executivo; funções do Judiciário, da Suprema Corte e de seus juízes; fé nos atos públicos praticados pelos Estados-membros; processo legislativo; supremacia da Constituição sobre as demais normas; e a determinação de sua ratificação mediante o voto de nove colônias, a despeito de atestar a unanimidade em sua aprovação.

A Revolução Francesa, por outro lado, teve o condão de derrubar o *Ancien Régime*, incendiando o mundo e alterando a face do Estado e da sociedade (BARROSO, 2001, p. 25). Os eventos deflagrados em 1789 revelam o anseio de um povo cansado de não ter as suas pretensões mais básicas atendidas pelo poder público. Isto se encontra expresso na *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão*: não se trata de um documento que busca tão somente reestruturar o Estado do ponto de vista jurídico, mas, também, afirmar a liberdade, a igualdade e outros direitos fundamentais.

Nesse contexto, importa acrescentar que a tentativa de moderar o Poder Executivo encontrou respaldo apenas dois anos após a revolução. Mais especificamente, com a Constituição francesa de 1791 que, por sua vez, estabeleceu a soberania popular como apanágio da ordem social e que, visando cultivar princípios liberais, aniquilou o *Ancien Régime*. Ao contrário dos Estados Unidos, todavia, a França ainda teria de atravessar uma grande instabilidade institucional e essa compreensão advém do fato de que o país teve quinze constituições entre 1791 e 1958.

O Direito só é no seu tempo, afinal; e o desenrolar de cada um destes eventos tomou seu rumo próprio. (i) Enquanto a preocupação dos ingleses foi a demarcação dos limites do poder político; (ii) a dos estadunidenses foi estabelecer regras para respaldar a sua liberdade

em termos políticos; de forma diversa, (iii) os franceses tinham como ideal a garantia de Direitos Fundamentais ao mesmo tempo em que buscavam aniquilar o *Ancien Régime*. Com efeito, o enredo da tragédia francesa é conhecido: rei decapitado, terror jacobino e, quinze anos após a revolução, instalou-se o domínio napoleônico seguido da restauração da dinastia dos Bourbon. Antevendo essas e outras mazelas, EDMUND BURKE publicou suas *Reflexões sobre a Revolução na França* apenas um ano após os acontecimentos de 1789 no sentido de afirmar que:

“A ciência da construção de uma comunidade, ou da renovação, ou da reforma, não deve, como qualquer outra ciência experimental, ser ensinada *a priori*. Também não é uma curta experiência que pode nos instruir numa ciência prática, porque os efeitos reais de causas morais nem sempre são imediatos; mas o que em primeira instância é prejudicial pode ser excelente em longo prazo, e sua experiência pode surgir até mesmo dos efeitos nocivos que produz no início. O contrário também acontece: e esquemas muito plausíveis, com começos agradáveis, têm muitas vezes conclusões vergonhosas e lamentáveis” (BURKE, 2017, p. 105)

Diante desse contraponto de BURKE e de tudo que veio antes, percebe-se que se a ideia mais primitiva de constituição pode ser expressa em regras de organização social mínimas, o ideário moderno do constitucionalismo foi consolidado apenas a partir do século XVIII. Neste, assentou-se uma tradição constitucional que ordena as regras de uma dada sociedade ao mesmo tempo em que também fixa limites para o exercício do poder político. Sob uma perspectiva moderna, portanto, frise-se que, de modo geral, três são os vetores fundamentais do conceito de Constituição: (i) ordenação de questões jurídicas-políticas; (ii) reconhecimento de Direitos Fundamentais e das suas condições de possibilidade; e (iii) organização do poder político.

Por conseguinte, este movimento encontra as condições para perdurar à partir de uma fusão entre a (de)limitação do poder e o reconhecimento dos Direitos Fundamentais no sentido de que a Constituição passou a ser reconhecida como o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico e que, bem por isso, sua interpretação tornou-se condicionada em seus próprios termos. Nessa senda, o Direito passou a ter o papel de ordenar a sociedade ao mesmo tempo em que também assumiu o encargo de transformá-la (STRECK, 2013, p.

38). Transformação essa que, por sua vez, ocorre a partir da combinação entre os ideais constitucionais e democráticos.

### **3. SOBRE O DESENVOLVIMENTO DA DEMOCRACIA NO SÉCULO XX**

Acerca do regime democrático, existem duas dificuldades significativas: **(i)** não há um protótipo exemplar para esta forma de governo e **(ii)** também não existe consenso sobre o que é a democracia. De toda forma, pode-se afirmar que a Grécia é seu local de nascimento e que a sua etimologia deste é oriunda de *demos kratos* — o que designa o poder do povo, em oposição à concentração de poderes nas mãos de poucos ou de apenas um indivíduo. De toda forma, veja-se que mesmo atualmente ainda é notável a categorização legada por ARISTÓTELES acerca das distintas formas de governo: monárquico, aristocrático e republicano (ARISTÓTELES, 2006, pp. 105-106).

Nesse mesmo sentido, é curiosa a incompreensão deste regime político de quase dois milênios e meio. Não obstante, talvez essa incompreensão seja produto da contingência histórica de cada povo e da forma pela qual cada um incorporou os princípios democráticos às suas próprias realidades: nos Estados Unidos, após a independência; na Europa, após a queda da monarquia ou como forma de transpor os governos fascistas; na América Latina, da mesma forma, após a queda de regimes autoritários. A isto, DOMINIQUE ROUSSEAU (2019, p. 16) acrescenta que “sé é possível admitir a dificuldade de defini-la [a democracia], é fácil identificar um espaço no qual essa ideia estará ausente. O que falta neste espaço é sempre a prática dos direitos fundamentais”.

É certo, portanto, que a gênese da moderna democracia ocidental teve no Estado liberal a sua genealogia. No combate ao legado medieval, os pensadores político-liberais dos séculos XVII e XVIII buscaram razões para a legitimação de um novo poder soberano. Nas palavras de CELSO LAFER (1980, pp. 81-83), a tradição liberal resgatou a democracia da antiguidade para a modernidade no sentido de defender a legalidade, o consentimento dos governados e a representação política. A despeito disso, o problema de fundo passou a ser o

risco de uma tirania das maiorias, tema sempre trazido à baila por autores como JOHN STUART MILL (em *Sobre a Liberdade*)<sup>4</sup>.

Neste ambiente, a democracia liberal tornou-se adstrita a um sistema de tomada de decisões coletivas. Para LUIGI FERRAJOLI (2009, p. 05-06), passou a ser compreendida tanto sob um aspecto formal quanto por um aspecto substancial. Ademais, o que também representou a ascensão do princípio republicano, que proclama a necessidade de se controlar o exercício do poder político e a imperiosidade de que toda autoridade política tenha a sua legitimidade conferida pelo povo. A cidadania, a partir de então, vincula-se à participação no processo eleitoral: quanto mais grupos da sociedade tiverem direito ao voto, maior será a legitimidade do governo.<sup>5</sup>

Diante de toda essa conjuntura, soma-se o fato de que a partir da segunda metade do século XIX que a democracia teve uma verdadeira reviravolta-liberal no sentido de também incorporar a proteção aos Direitos Fundamentais sob um prisma paradigmático — haja vista que a garantia das liberdades pode ser inócua se não houver justiça social. A isto, FERRAJOLI (2009, p. 10) denomina de democracia substancial, voltada para a compreensão da necessidade de intervenção estatal na garantia de alguns direitos. Nesse sentido, pontua que este segundo momento demandou uma bifurcação no tradicional conceito de soberania, derivando duas noções: uma negativa (liberal, na qual a soberania não pertence a ninguém, mas ao povo em geral) e outra positiva (soberania afeita à satisfação dos dispositivos sociais da Constituição, isto é, pensada no povo em sentido concreto).

---

<sup>4</sup> Nota explicativa: “No que se refere ao poder popular, Mill comenta que não se concebia a necessidade de limitação do poder popular quando a democracia ainda era apenas almejada nos corações e mentes dos revolucionários como uma remota possibilidade ante o poderio autoritário emanado das Cortes e chancelado pela religião. Arrefecida a autoridade e materializado seu desejo, a sociedade, agora administrada por si, percebeu que não há correspondência direta entre a parcela do povo que se encontra no comando do governo e a maioria do povo sobre o qual o poder é exercido. Em outras palavras, ‘a vontade do povo significa praticamente a vontade da mais numerosa e ativa parte do povo’. Mill está apontando para a possibilidade de uma minoria locupletar o poder tirânico dentro do Estado democrático oprimindo determinados grupos da população: ‘a tirania do maior número se inclui hoje, geralmente, entre os males contra os quais a sociedade se deve resguardar’” (PANSIERI, 2018, p. 21)

<sup>5</sup> A este respeito, Norberto Bobbio vai ainda além, ao apontar que o nível de desenvolvimento democrático em determinado Estado não é mensurado pelo aumento no número de votantes em uma eleição, mas também pela capacidade de discordar da opinião predominante (Bobbio, 2006, p. 40).

Por certo, e muito embora de complexa conceituação, a democracia no século XX definitivamente deixa de ser apenas um instrumento decisório para tratar da distribuição do poder (faceta procedimental) e abarcar o reconhecimento e salvaguarda dos Direitos Fundamentais (faceta substancial).

Tal processo, porém, não se constituiu de modo uniforme. A título de explicação, e à partir daquilo que denomina “ondas de democratização”, SAMUEL HUNTINGTON estabelece uma análise histórica dos avanços e retrocessos do regime democrático ao longo dos últimos dois séculos.

(i) A primeira onda de democratização compreende os anos de 1828 a 1926. No século XIX, dois eram os critérios que definiam as instituições democráticas: ser metade da população masculina votante e a existência de eleições periódicas para os cargos eletivos. HUNTINGTON estima que até 1926, trinta países preenchiam tais fatores. Entretanto, de 1922 a 1942 se verificou uma onda reversa, na qual algumas democracias consideradas frágeis sofreram um intenso processo de erosão e foram depostas por governos autoritários (Alemanha, Argentina, Áustria, Grécia, Espanha, Itália, Lituânia, Letônia, Polônia, Portugal e Tchecoslováquia, *p. ex.*)

(ii) Entre os anos de 1943-62, verificou-se a segunda onda. Fomentada pelo fim da 2ª Guerra, surgiram instituições democráticas em diversos países como Alemanha Ocidental, Argentina, Brasil, Colômbia, Coréia, Itália, Peru e Venezuela. Novamente, entretanto, observou-se a segunda onda democrática reversa (décadas de 1960-70) que atingiu em cheio a América Latina, a África, alguns países da Ásia (Filipinas e Indonésia, *p. ex.*) e a Europa (Grécia).

(iii) Por fim, HUNTINGTON reconhece uma terceira onda de democratização que teve início em 1974. Nesse sentido, aponta-se especialmente o caso da América Latina, cujas ditaduras militares foram substituídas por governos democráticos até meados dos anos 2000 (HUNTINGTON, 1994, p. 26-29).

Do assentamento dessas questões, resta (re)pensar outras. Afinal, como é que regimes autoritários foram qualificados como superiores até início do século XX? O que mudou tal percepção?

Para responder essas questões, nada mais oportuno do que lembrar que o século XX foi marcado por acontecimentos paradigmáticos. A começar pelo fato de que este se iniciou com uma Europa ainda dividida em impérios; que testemunhou duas guerras mundiais; o processo de descolonização na África; a posterior divisão do mundo em duas ideologias distintas; a deflagração de governos militares na América Latina; e a vitória do capitalismo na última década do século.

Diante deste quadro político tão intenso, o regime democrático se consolidou *darwinianamente*, mas também por força da política estadunidense do pós-guerra, como aquele que melhor atendeu às exigências jurídicas de uma nova realidade que demandava maior proteção do Direitos Fundamentais e uma melhor (de)limitação do exercício do poder político — além de se adequar ao regime econômico que se sagrou vitorioso: o capitalismo.

Nesse sentido, a história política brasileira também segue este itinerário descrito por HUNTINGTON: uma sucessão constante de governos democráticos e autoritários. No entanto, também podendo ser compreendida pelo viés de FERRAJOLI que, por sua vez, aponta-nos para um momento procedimental e para outro mais substancial (em especial nos períodos democráticos de 1945-64 e de 1988 até então). Como resultado, não é desarrazoado concluir que o processo de expansão de nossa democracia coincide com o fortalecimento da ordem constitucional reabilitada na década de 1980 e que, desde então, vivemos um incomparável período democrático em nosso país.

#### **4. SOBRE O DESENVOLVIMENTO DA REPÚBLICA NO BRASIL**

A título de uma breve contextualização, vale destacar que a crise do absolutismo na Europa coincidiu com a crise colonial na América. Nesse sentido, que a independência do Brasil (1822) foi facilitada pela presença de DOM PEDRO, bem como pelas elites da época

cujo lastro era a economia de importação-exportação e cujo maior interesse era a manutenção da grande propriedade e da escravidão.

Diante disso, a situação do Brasil colônia era demasiadamente ambivalente. Por um lado, Portugal foi capaz de consolidar uma colônia com grande extensão territorial e com unidade cultural, linguística e religiosa. Por outro, restou disso o subproduto de uma colonização que nos legou um Estado politicamente absoluto-obsoleto e economicamente latifundiário.

No que concerne à sociedade, escravidão e o analfabetismo foram as principais heranças malditas dessa colonização. Para além do absoluto erro histórico da primeira, JOSÉ MURILO DE CARVALHO (2006, pp. 22-23) nos aponta um dado interessante sobre a segunda e sobre o contexto brasileiro de 1872. À época, 84% da população era analfabeta e só houve permissão para a criação de universidades no Brasil em 1808, quando a Corte se instalou na colônia — a título de contraste: a América espanhola já contava com 23 universidades nesse mesmo período, a primeira que data de 1538.

Nesse diapasão, poucas foram as transformações sociais da independência à proclamação da República (1889). Conforme relata EMÍLIA VIOTTI, o sistema vigente à época procurou minimizar as tensões de raça e de classe. Embora não fosse mais colônia, mantiveram-se no Brasil as estruturas de (des)mando sociais que relegaram a maioria da população às mãos dos proprietários rurais num país desprovido de indústrias nacionais (VIOTTI, 1999, p. 12-14). Com efeito, longe disto causar alguma revolta popular, perpetuaram-se valores antidemocráticos e autoritários. No mesmo sentido, o Judiciário tinha seus cargos preenchidos mediante o critério da clientela e este era controlado pelos latifundiários. Por esta razão, JOSÉ MURILO DE CARVALHO afirma que “o poder do governo terminava na porteira das grandes fazendas” (CARVALHO, 2006, p. 31).

Embora em 1889 os republicanos tenham se aliado aos abolicionistas e a política tenha deixado o âmbito dos conchavos para se tornar minimamente pública, a semelhança entre a independência e a proclamação é manifesta no sentido de não ter havido qualquer participação popular. Descrevendo os acontecimentos de 15 de novembro de 1889,

ARISTIDES LOBO (um membro do Governo Provisório) nos relata que o povo pensava se tratar de uma parada militar e não de um golpe contra a monarquia em favor da proclamação da república (MELLO, 2007, p. 13).

Durante toda a Primeira República (1889-1930) não houve alterações neste padrão. A organização político-administrativa adotada na Constituição de 1891 descentralizou o poder outrora concentrado nas mãos de DOM PEDRO II e isto deu azo ao fortalecimento das oligarquias locais. Por esta razão, estas quatro décadas ficaram conhecidas como *A República dos Coronéis*. Na conhecida política do *Café com Leite*, São Paulo e Minas Gerais substituíam-se na manutenção da Presidência da República.

De mais a mais, cumpre salientar que uma República não deve(ria) se bastar num simulacro e que o verdadeiro corolário do governo republicano é a cidadania que advém do exercício dos direitos políticos. Muito embora a república tenha sido proclamada em 1889, observe-se que ela se restringia a uma participação popular muitíssimo mitigada. Para tanto, basta pensar na aprovação da reforma eleitoral de 1881 (Decreto 3.029) que teve o condão de limitar o direito de voto dos analfabetos. Não menos importante, que a Constituição republicana de 1891 manteve este mecanismo, restringindo o voto a mais de 80% da população. Consoante MICHELE DE LEÃO, o objetivo da reforma foi aumentar o voto censitário no sentido de limitar a participação dos “incapazes”, “ignorantes”, “marginais” e “perigosos” (LEÃO, 2012, p. 605).

Nestes termos, o discurso da incapacidade eleitoral dos analfabetos foi construído à revelia do que uma república deve(ria) ser. Na contramão da tendência democrática europeia, optou-se pela restrição: 13% do eleitorado votou nas eleições parlamentares de 1872 e tão-somente 0,8% em 1886 (CARVALHO, 2006, p. 39).

## **5. SOBRE O CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO**

Ao longo do século XX, o Brasil viveu momentos de refluxo constitucional e democrático ante a instauração de governos autoritários. Os efeitos práticos destes



acontecimentos foram a conversão dos textos constitucionais em meras folhas de papel<sup>6</sup>, à mercê da realidade política. Especialmente sobre o contexto da década de 1980, quando da promulgação da Constituição de 1988, veja-se que este período sucede uma história forjada em dificuldades e que, bem por isso, o povo estava ávido por mudanças.

A transição teve seu momento definitivo com a promulgação do novo texto constitucional. Em 05 de outubro de 1988, alterou-se o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico nacional. Se por um lado a Constituição criou um novo tipo de Estado (re)fundado na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana e do trabalho, do estímulo à livre iniciativa e no pluralismo político, por outro, ela se estabeleceu como um autêntico núcleo irradiador de legitimidade para todo o ordenamento jurídico no sentido de que a Constituição passou a ser a condição de possibilidade de quaisquer direitos.

Reconhece-se, mais de três décadas de sua promulgação, que há muito a se fazer rumo à democratização de nosso país — seja no âmbito público ou no âmbito privado. Nesta dinâmica, ao traçar um panorama sobre a América Latina, ROBERTO GARGARELLA observa que houve um movimento de intensa constitucionalização dos direitos fundamentais em toda a região, ao longo de todo o século XX. Este movimento é feito importante quando se considera a grande desigualdade social que reina em muitos destes países. Dito isto, importa salientar que o reconhecimento dos Direitos Fundamentais em nível constitucional é uma prática sempre bem-vinda, embora importante e complexa também seja a discussão das modalidades e impactos de seu custeio.

Especificamente sobre essa discussão relativa à factibilidade dos direitos fundamentais, duas são as questões que se impõe. A primeira, que não basta estabelecer um extenso rol de direitos no plano formal sem proporcionar mecanismos para a sua fruição. A segunda, que embora a democracia tenha sido capaz de ampliar os direitos, ela (ainda) não foi capaz de alterar a estrutura do poder que impede verdadeiras transformações. É preciso, desta forma, realizar um ajuste entre as duas partes da Constituição — a orgânica

---

<sup>6</sup> Faz-se referência à clássica discussão de Ferdinand Lassale e Konrad Hesse sobre a força normativa da Constituição.

(organização do poder) e a dogmática (direitos) — até porque não são raras as vezes em que a ampliação de direitos sociais culminou na supressão de direitos políticos como, por exemplo, ocorreu nas Constituições de 1934 e de 1937, durante os governos de GETÚLIO VARGAS. Portanto, nosso maior desafio continua sendo assegurar Direitos Fundamentais sem deixar de também formas de os assegurar.

Nessa senda, GARGARELLA identifica um padrão no constitucionalismo latino-americano das últimas décadas. Por um lado, reconhecem-se direitos e instrumentos de participação direta. Por outro, conserva-se um presidencialismo com muitas atribuições em seu poder. Para ele, o presidencialismo excessivo pode não favorecer a democracia por meio de seus instrumentos, haja vista ter a capacidade de bloquear mudanças com enfoque social e que venham a contrariar o interesse de grandes elites. Em suas palavras:

*“resulta claro que los presidentes con poderes fuertes o reforzados, racionalmente, no tienden a aceptar recortes sobre su próprio poder, como los que puede sugerir una ciudadanía autonomizada y/o con mayores poderes de decisión y control”* (GARGARELLA, 2015, p. 327-333).

Nesse contexto, GARGARELLA denomina *sala de máquinas da Constituição* os instrumentos democráticos que possibilitam o acesso, a participação e o controle do poder por parte da população<sup>7</sup>. No caso do Brasil, todavia, o plebiscito e o referendo dependem de autorização e convocação do Congresso Nacional (artigo Art. 49, inciso XV), sendo somente a iniciativa popular um mecanismo de acesso facilitado à população (artigo Art. 61, § 2º). Por conseguinte, denota-se que não há um amplo aparato de controle sobre o exercício dos mandatos representativos.

Valendo-nos de GARGARELLA, e repassando nosso legado histórico, a despeito de nosso regime democrático ter sido efetivo em ampliar e garantir diversos direitos sociais, a *sala de máquinas da Constituição* se encontra selada ou tem seu acesso dificultado ao

---

<sup>7</sup> A indicação de Roberto Gargarella no contexto deste artigo é justificada em virtude de sua motivação em escrever *La Sala De Máquinas de la Constitución*, qual seja, a extrema desigualdade (econômica, social e política) que assola os países da América Latina. Este talvez seja o maior desafio regional que temos para este século: promover uma mudança na estrutura orgânica de governos para que a administração vise o cidadão

escrutínio do povo, vez que a participação cívica da população nos assuntos governamentais ainda é dificultado ou até mesmo impossibilitada.

Com efeito, manteve-se uma ingerência dos poderes representativos (Legislativo e Executivo) no sentido de serem incapazes de serem efetivamente controlados e isto se soma aos fenômenos internacionais de apatia eleitoral e de baixa confiança na representação política. Assim, esse processo tem um duplo efeito à democracia: **(i)** o de reduzir os cidadãos a massas eleitorais, cujo ato de votar é indiferente, **(ii)** e o de se concluir que os representantes políticos são prescindíveis — comportamento este que abala o *modus operandi* democrático-liberal e a estrutura do Estado de Direito moderno. Nas precisas palavras de PAUL HIRST:

A política democrática representativa significa eleições pouco frequentes e restritas para um eleitorado de massa. Isso é inevitável; mesmo quando a grande maioria dos cidadãos individuais se interesse pelo processo político, vota sempre que solicitado e adquire um modesto conhecimento de política. Quando a indiferença ou a alienação leva o cidadão a negligenciar até as tarefas limitadas da política democrática de massa, a eleição se torna uma legitimação ainda mais formal daqueles que chegam ao poder (HIRST, 1992, p. 28).

Ao longo destes dois séculos de constitucionalismo latino-americano, GARGARELLA apresenta algumas conclusões interessantes que perpassam debilidades vivenciadas no Brasil – e que coincidem com aspectos de nossa história política, jurídica e institucional. Além disso tudo, o autor revela que persiste no Brasil uma inocência pueril na crença de que é possível obter grandes mudanças a partir de meras alterações legislativas e chama atenção para a dinâmica da arquitetura constitucional, na qual uma alteração pequena gera impacto em todo o ordenamento.

Em oposição a isso, GARGARELLA (pp. 352-361) nos pontua que ao mesmo tempo que é preciso que os juristas compreendam a imperiosidade dos Direitos Fundamentais, também é preciso que todo e qualquer direito tenha procedimentalização no sentido de não constituir uma mera promessa. Em outras palavras, tudo tem um custo (econômico, político, social) que de, algum modo, precisa ser financiado<sup>8</sup>. Assim, não é difícil entender que este é

---

<sup>8</sup> No aspecto financeiro, não é nova a discussão doutrinária acerca da atual influência do Judiciário no orçamento dos municípios e Estados brasileiros, em especial no que tange ao direito à saúde. Tendo o legislador consignado no texto constitucional diversos direitos em que se utilizou expressões abertas, como “direito de

um processo fundamental para sedimentar a legitimidade do Estado Democrático de Direito como efetivo aparato político capaz de resolver conflitos.

É preciso lembrar ainda que a elaboração de uma Constituição que pretende enunciar princípios democráticos é apenas uma das etapas do processo de transformação da sociedade. A adoção destes princípios é um processo complexo e bastante duradouro: o texto constitucional necessariamente deve dialogar com as práticas sociais e a sociedade deve respeitar a ordem jurídica por ele instituída. Nas clássicas palavras de KONRAD HESSE, ao lado da “vontade de poder” deve vicejar a “vontade de Constituição” na consciência geral de modo a transformar as estruturas pré-modernas baseadas em poderes arbitrários (HESSE, 1991, p. 19).

Em outras palavras, não basta enunciar, de maneira irrefletida, um amplo rol de direitos sem que existam as condições para o seu exercício. Resumindo a questão, BOBBIO nos afirma que "o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas jurídico, e num sentido mais amplo, político" (BOBBIO, 1992, pp. 24-25).

Diante dessas declaradas dificuldades, a (re)afirmação de um constitucionalismo democrático parte da presunção de que há objetivos públicos e privados mínimos a serem consagrados para o estabelecimento da ordem jurídica. Dentre eles, a afirmação e garantia de direitos, em especial a liberdade, para que se possa estruturar uma sociedade livre e justa. Mais do que isto, o *constitucionalismo democrático* caminhou no sentido de impor determinadas metas aos agentes políticos e administradores no sentido (i) de vincular o legislador aos princípios que regem a sociedade; (ii) de servir como paradigma aos legisladores e juristas; e (iii) de respaldar os anseios sociais.

---

todos e dever do Estado” (expressão utilizada para a saúde e a educação nos artigos 196 e 205), muitos têm ingressado com ações judiciais na busca por financiamento público de determinadas questões privadas, como acesso a medicamentos ou procedimentos cirúrgicos. Isto tem gerado consequências danosas às administrações que têm seus orçamentos fragmentados para dar cumprimento a decisões judiciais. Assim, diante de recursos escassos e anseios infinitos, é preciso delimitar a extensão destes direitos e, em especial, a extensão do próprio Estado.

Assim, o constitucionalismo democrático tem, em seu bojo, a tensão ambivalente de estabelecer um *locus* de liberdade, mas também garantir um grau de igualdade entre os cidadãos.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O constitucionalismo democrático, ao salvaguardar direitos e estabelecer procedimentos de decisão coletiva à luz da publicidade, tem a tensão como um fator constante por confrontar nichos antidemocráticos. Com efeito, a busca de um modelo de isonomia social precisa passar pela aquisição de maior liberdade por parte da população e, bem por isso, o modelo que congrega o constitucionalismo-democracia se apresenta como melhor meio para a consecução deste propósito. Tal opção tem sido regra nos países ocidentais e nada justifica deixar este regime em busca de governos centrais ou autoritários. Se durante séculos somente alguns conseguiam ser livres, o Estado Democrático de Direito é o vértice da conquista da liberdade, possibilitando o usufruto de direitos a progressivas parcelas populacionais. Para além do fato de que ele não garante um desenvolvimento plenamente equânime, este sistema tem se mostrado como o meio mais oportuno ao cumprimento deste desiderato quando comparado a qualquer outro sistema. Neste exato sentido, Winston Churchill em um discurso na Câmara dos Comuns, em 1947: *a democracia é a pior forma de governo, à exceção de todas as demais formas que têm sido experimentadas ao longo da história.*

O século XXI tem sido um período ambivalente de adequação e renovação das estruturas democrático-liberais. Mais do que uma opção, as constituições democráticas são agora uma realidade intangível que pertence aos Estados e às sociedades. Seu propósito é o estabelecimento constante e progressivo de uma ordem jurídica mais justa de modo a romper com as maiores debilidades que impedem o avanço social e humano. Este é o desafio brasileiro e da América Latina para este século: diminuir a desigualdade e repensar a *sala de máquinas da Constituição*, trazendo os cidadãos à tona, seja no reconhecimento de seus direitos, seja na participação de cada um como agente de transformação de sua realidade.

Embora ainda reconheçamos as diversas mazelas com as quais a sociedade convive, estamos vivendo o período de maior longevidade constitucional de nossa história e essa estabilidade tende a se reafirmar com o tempo. Em outras palavras, a ordem constitucional proporciona a própria (re)afirmação de nosso regime político e o fortalecimento da democracia tende a ampliar a força normativa constitucional, conferindo-lhe maior legitimidade.

Não obstante, os desafios são numerosos. Por mais que os direitos políticos e sociais estejam inscritos no texto constitucional, nós, como sociedade, devemos discutir e refletir sobre os meios para que possam ser garantidos, desde a base até o vértice da pirâmide social. Desse modo, a conquista de novos direitos e, em especial, do seu asseguramento, dependem da participação popular. A isto, soma-se o fato de que a construção da ordem jurídica em nosso país ainda demanda um certo preenchimento dos espaços públicos e muito embora os desafios sejam inúmeros, a democracia parece ser o caminho mais seguro para o desenvolvimento em todos os seus níveis, pois reúne em si a capacidade de salvaguardar liberdades e direitos, de tornar lúcida as ações governamentais e de dar voz ao povo.

## 7. REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2016

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. 10 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

BURKE, Edmund. **Reflexões sobre a revolução na França**. Tradução de Marcelo Gonzaga de Oliveira e Giovanna Louise Libralon. Campinas: Vide Editorial, 2017.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. 8. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e vinculação do legislador:** contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

COSTA, Emília Viotti da. **Da Monarquia à República:** momentos decisivos. 6 ed. São Paulo: UNESP, 1999.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (organizador). **Canotilho e a Constituição dirigente.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FACHIN, Zulmar; SAMPAR, Rene. **Teoria do Estado.** 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia Iuris: teoria del diritto e della democrazia.** Roma: Laterza, 2009. (Volume 02: Teoria Della Democrazia).

GARGARELLA, Roberto. **La Sala De Máquinas de la Constitución:** dos siglos de constitucionalismo em América Latina (1810-2010). Madrid: Katz, 2015.

HIMMELFARB, Gertrude. **Os caminhos para a modernidade:** o iluminismo britânico, francês e americano. Tradução de Gabriel Ferreira da Silva. São Paulo: É Realizações, 2011.

GOMES, Ana Cláudia Nascimento Gomes; ALBERGARIA, Bruno; CANOTILHO, Mariana Rodrigues (coordenadores). **Direito constitucional:** diálogos em homenagem ao 80º aniversário de J. J. Gomes Canotilho. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição.** Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991.

HIRST, Paul. **A Democracia Representativa e Seus Limites.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992.

HUNTINGTON, Samuel. **A Terceira Onda:** Democratização no Final do Século XX. Editora Ática, 1994.

LAFER, Celso. **O Moderno e o Antigo Conceito de Liberdade.** São Paulo: Perspectiva, 1980.

LEÃO, Michele de. Lei Saraiva (1881): Se o Analfabetismo é um Problema, Exclui-se o Problema. **Aedós** n. 11 vol. 4, p. 602-615, set. 2012.

LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio Luiz; NERY JR, Nelson. **Crise dos poderes da República**: judiciário, legislativo e executivo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MELLO, Maria Tereza Chaves de. **A República Consentida**: cultura democrática e científica no final do Império. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. São Paulo: Ibrasa, 1963.

PANSIERI, Flávio. **A Liberdade no pensamento Ocidental**. Tomo III. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ROUSSEAU, Dominique. **Radicalizar a democracia**: proposições para uma refundação. Tradução de Anderson Vichinkeski Teixeira. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2019.

STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

Data da submissão: 10/01/2024

Data da primeira avaliação: 10/01/2024

Data da segunda avaliação: 19/03/2024

Data da aprovação: 20/03/2024



**ASSEMBLEIAS CIDADÃS E MUDANÇA CLIMÁTICA: A EXPERIÊNCIA FRANCESA COMO PARADIGMA DE UMA INVESTIGAÇÃO COMPARADA***CITIZEN ASSEMBLIES AND CLIMATE CHANGE: THE FRENCH EXPERIENCE AS A PARADIGM FOR COMPARATIVE INQUIRY***Chiara Pizi<sup>1</sup>**

**RESUMO:** Este artigo analisa as assembleias cidadãs como mecanismos de democracia deliberativa para a mitigação da mudança climática, com um foco particular na experiência francesa e suas implicações para a legislação ambiental italiana. As assembleias cidadãs são avaliadas como plataformas potencialmente eficazes para envolver diretamente os cidadãos na formulação de políticas ambientais através de argumentação e debate construtivo. O estudo destaca como a França utilizou essas assembleias para integrar preocupações ambientais de longo prazo nas decisões políticas, especialmente em resposta aos desafios imediatos e complexos impostos pela mudança climática. A inclusão dos interesses das futuras gerações na Constituição Italiana abre caminho para a adoção de abordagens semelhantes em outros contextos nacionais, promovendo uma governança ambiental mais inclusiva e prospectiva. Este trabalho sugere que as democracias contemporâneas, ao enfrentarem as limitações de seus sistemas políticos tradicionais, podem se beneficiar significativamente da implementação de assembleias cidadãs. Estas não apenas potencializam a participação pública direta, mas também ajudam a superar a "miopia do legislador" frequentemente vinculada a ciclos eleitorais de curto prazo. Além disso, a experiência francesa com a Convenção Cidadã para o Clima (CCC) de 2019 é discutida como um exemplo paradigmático, onde cidadãos selecionados aleatoriamente contribuíram com propostas concretas para reduzir as emissões de gases de efeito estufa, culminando na adoção de políticas efetivas que foram posteriormente integradas na legislação nacional através da Lei do Clima e Resiliência de 2021. O estudo também aborda as críticas relativas à legitimidade e representatividade das decisões tomadas por tais assembleias, questionando se os mini-públicos podem efetivamente representar a diversidade da população e se suas deliberações são justas e imparciais. Apesar desses desafios, as assembleias cidadãs são vistas como um meio promissor para aumentar a conscientização e a capacidade de ação entre os cidadãos em relação a questões ambientais urgentes, promovendo um direito ambiental mais compreensível e acessível. Este artigo propõe que a adoção de práticas semelhantes em outros sistemas jurídicos poderia fortalecer a democracia ambiental, argumentando que tais iniciativas são essenciais para enfrentar eficazmente os desafios ambientais globais de maneira democrática e inclusiva.

**Palavras-chave:** assembleias cidadãs; democracia deliberativa; mudança climática; legislação ambiental; governança participativa.

---

<sup>1</sup> Dottoranda di ricerca in Diritto Comparato e Processi di Integrazione presso l'Università degli studi della Campania "Luigi Vanvitelli" (Itália); e-mail: chiara.pizi@gmail.com

**ABSTRACT:** This article examines citizen assemblies as mechanisms of deliberative democracy for mitigating climate change, with a particular focus on the French experience and its implications for Italian environmental legislation. Citizen assemblies are assessed as potentially effective platforms for directly involving citizens in shaping environmental policies through argumentation and constructive debate. The study highlights how France has utilized these assemblies to integrate long-term environmental concerns into political decisions, especially in response to the immediate and complex challenges posed by climate change. The inclusion of the interests of future generations in the Italian Constitution paves the way for the adoption of similar approaches in other national contexts, promoting more inclusive and forward-looking environmental governance. This work suggests that contemporary democracies, faced with the limitations of their traditional political systems, can significantly benefit from the implementation of citizen assemblies. These not only enhance direct public participation but also help overcome the "legislator's myopia" often associated with short-term electoral cycles. Additionally, the French experience with the 2019 Citizens' Convention for Climate (CCC) is discussed as a paradigmatic example, where randomly selected citizens contributed concrete proposals to reduce greenhouse gas emissions, culminating in the adoption of effective policies that were subsequently integrated into national legislation through the Climate and Resilience Law of 2021. The study also addresses criticisms regarding the legitimacy and representativeness of decisions made by such assemblies, questioning whether mini-publics can effectively represent the diversity of the population and whether their deliberations are fair and impartial. Despite these challenges, citizen assemblies are seen as a promising means to increase awareness and action capacity among citizens regarding urgent environmental issues, promoting a more understandable and accessible environmental right. This article proposes that the adoption of similar practices in other legal systems could strengthen environmental democracy, arguing that such initiatives are essential for effectively addressing global environmental challenges in a democratic and inclusive manner.

**Key-words:** Citizen assemblies; deliberative democracy; climate change; environmental legislation; participatory governance.

**Sumário:** 1. INTRODUÇÃO; 2. A ASSEMBLEIA CIDADÃ COMO POTENCIAL INSTRUMENTO DE DEMOCRACIA CLIMÁTICA: O CASO DA CONVENÇÃO CIDADÃ PARA O CLIMA; 2.1 PROBLEMAS DE LEGITIMAÇÃO E REPRESENTATIVIDADE; 3. AS ASSEMBLEIAS CIDADÃS NO ORDENAMENTO JURÍDICO ITALIANO: O ESTADO DA ARTE; 4. CONCLUSÃO; 5. REFERÊNCIAS

## 1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste contributo é revisitar as características distintivas das assembleias cidadãs, bem como as perspectivas de proteção ambiental e de possível implementação dentro do ordenamento jurídico italiano, que representam sofisticados instrumentos de

democracia deliberativa estruturalmente adequados para um envolvimento direto dos cidadãos na formulação de regras em matéria ambiental, por meio de argumentação e debate. Esse mecanismo, no estudo comparativo da experiência francesa, mostra-se bastante coerente com uma fase fisiológico-preventiva e, portanto, de mitigação da mudança climática.

A incorporação da proteção dos interesses das gerações futuras entre os princípios fundamentais da Constituição Italiana (Art. 9, 3º co., Cost.) exige uma reconsideração crítica do tradicional circuito democrático-representativo, com o objetivo de explorar e definir instrumentos mais eficazes para a implementação das demandas relacionadas à salvaguarda ambiental emergentes do tecido da sociedade civil.

Atualmente, as democracias parecem parcialmente inadequadas para enfrentar a imediatidade e a complexidade dos desafios impostos pela mudança climática. A introdução de uma perspectiva intertemporal através da reforma constitui tanto um convite quanto uma tarefa para superar a “miopia do legislador”, vinculada a prazos eleitorais que frequentemente inclinam a ação política em direção a interesses de curto prazo.

A introdução em fevereiro de 2022 dos “interesses das futuras gerações” entre os princípios fundamentais da Constituição Italiana inaugura, em outras palavras, uma dimensão de intertemporalidade que parece impor a identificação de mecanismos que facilitem a realização do objetivo da aceitabilidade social da decisão política em matéria ambiental, que se realiza por meio de uma escolha consciente dos eleitores e através da comparação de diferentes opções técnicas.

Pelo menos em uma fase que pode ser definida como fisiológico-preventiva, a participação pode ser relacionada às formas de democracia assemblear, surgidas como resposta potencial às lacunas em representatividade nos últimos anos, com base no que foi definido pela doutrina como uma crise da democracia representativa em muitos países europeus.

A escolha de incluir os interesses das gerações futuras no texto do renovado artigo 9 não parece casual, mas, ao contrário, manifesta uma projeção temporal dos valores

ambientais, como condição básica para o exercício de todos os outros direitos fundamentais. A mudança climática, portanto, apresenta-se como um desafio para as democracias contemporâneas, que se mostram conscientes da falta de preparação de instrumentos adequados para tornar vinculativas as regras internacionais de redução de emissões, mas também de todos os riscos subjacentes à falta de previsão de padrões uniformes em nível global<sup>2</sup>.

Este estudo visa investigar o uso, no panorama comparativo, de mecanismos de democracia participativa que garantam o envolvimento direto dos associados na elaboração de decisões sobre mudança climática.

A pandemia de Covid-19 agravou as aporias do direito ambiental, caracterizado por uma crescente inflação normativa como consequência da emergência das questões ambientais individuais. A gestão eficaz das questões ambientais exige, em contrapartida, a observância de regras de conduta precisas por muitos associados (pense-se, por exemplo, nas normas sobre limites ao consumo de energia, água, comida ou emissões). A linguagem técnico-científica do legislador torna-se ainda mais um obstáculo à inteligibilidade – e, conseqüentemente, à eficácia – do direito ambiental. Diante das urgentes demandas dos movimentos ambientalistas, especialmente os jovens – que com muita dificuldade conseguem encontrar reconhecimento dentro de um corpo tão desarticulado –, torna-se necessário um passo adiante que internalize uma cultura ambiental baseada em um senso de responsabilidade para com as gerações futuras, desvinculado da noção de reciprocidade e de contrapartida à qual estamos juridicamente acostumados. Os instrumentos de democracia participativa, empregados em matéria ambiental – mais precisamente, na mitigação da mudança climática – parecem inaugurar perspectivas encorajadoras sobre uma nova

---

<sup>2</sup> Nota explicativa: embora intuitivamente o constitucionalismo global pareça estar limitado à dimensão internacional (ou supranacional), na realidade apresenta estreitas interligações com o nível nacional e oferece um espaço de investigação para o direito constitucional comparado, uma vez que as relações transconstitucionais desenvolveriam formas dialógicas de constitucionalismo. Mas o que acontece ao nível das interligações e relações entre os sistemas constitucionais nacionais pode aparecer como a criação de uma ordem comum numa perspectiva monista e global e expõe-a ao risco de um pensamento dominante que se baseia precisamente na desdiferenciação do características constitucionais dos sistemas.

possibilidade para os cidadãos de reassumirem a proteção do bem comum. Com base na abordagem fisiológico-preventiva, será examinado especificamente o instrumento da assembleia cidadã, que encontra seu exemplo paradigmático na experiência francesa da Convenção Cidadã para o Clima de 2019.

## **2. A ASSEMBLEIA CIDADÃ COMO POTENCIAL INSTRUMENTO DE DEMOCRACIA CLIMÁTICA: O CASO DA CONVENÇÃO CIDADÃ PARA O CLIMA**

Na fase fisiológico-preventiva, a participação pode ser equiparada a formas de democracia deliberativa, que implicam um envolvimento ativo dos cidadãos na definição de soluções e normativas por meio de processos de deliberação baseados no confronto e na lógica argumentativa. Um arquétipo dessa abordagem pode ser identificado, como já mencionado, na Convenção Cidadã para o Clima (CCC) de 2019, que representa, provavelmente, o primeiro caso mundial de uma assembleia cívica dedicada especificamente à questão climática. Nos últimos anos, a adoção de ferramentas inovadoras foi direcionada para superar as lacunas em termos de representatividade política (AMIRANTE, 2022), através do uso de tecnologias cívicas e da instituição de mini-público selecionados aleatoriamente. Desde o início dos anos setenta, houve um aumento nos experimentos democráticos que incorporam a seleção aleatória, incluindo pesquisas deliberativas e assembleias de cidadãos. O uso de assembleias populares teve uma expansão significativa desde 2004, com iniciativas pioneiras no Canadá e posteriormente nos Países Baixos, todas voltadas para a revisão dos procedimentos eleitorais. Esse movimento também se espalhou em contextos como Islândia, Bélgica, Austrália, Irlanda e Estados Unidos, refletindo um crescente interesse por formas de participação direta na governança (neste último caso, porém, as revisões de iniciativas cidadãs (CIR) combinam os dois modelos de democracia deliberativa e direta, permitindo que os cidadãos, antes de um referendo, acessem informações neutras transmitidas por um júri selecionado aleatoriamente).

A CCC francesa surgiu como resposta do executivo às dificuldades enfrentadas, de

um lado, pelos protestos dos Gilets Jaunes, e de outro, pela renúncia do ministro da Ecologia, Desenvolvimento Sustentável e Energia, Nicolas Hulot, resultando na perda de centralidade anteriormente concedida às questões ecológicas dentro das políticas governamentais. Para responder às demandas cada vez mais urgentes por ferramentas de democracia direta dos manifestantes, o Executivo propôs mecanismos de democracia participativa, como o Grande Debate Nacional, e um de democracia deliberativa (com base no modelo do mini-público), a CCC, definida como uma iniciativa especificamente executiva.

A CCC, reconhecida na doutrina como um “exercício de democracia deliberativa sem precedentes”, envolveu 150 cidadãos sorteados para discutir a elaboração de medidas destinadas a reduzir as emissões nacionais de gases de efeito estufa em pelo menos 40% até 2030. A seleção começou em agosto de 2019, usando critérios de idade, sexo, nível de educação, profissão, origem geográfica e residência urbana ou rural. Para garantir a participação de pelo menos 150 cidadãos por sessão, ao final do processo foi selecionado um grupo de 190 voluntários. A gestão de todo o procedimento foi confiada ao chamado Comitê de Governança, com o objetivo principal de supervisionar a qualidade da deliberação dos cidadãos, composto por 15 membros (representantes de sindicatos, empresas, funcionários governamentais, especialistas em clima, práticas democráticas e políticas públicas), aos quais mais tarde foram adicionados 2 cidadãos sorteados, a fim de estabelecer a agenda e as regras para as deliberações; em seguida, foi nomeado um grupo de 3 garantidores, para assegurar a independência e o bom funcionamento da CCC, além de um comitê de 19 técnicos que forneceram um contexto sobre as tecnologias e políticas de redução das emissões de gases de efeito estufa e um grupo adicional de 6 especialistas em direito, para auxiliar os cidadãos a formular suas propostas em termos técnicos; finalmente, foi formado um comitê que dirigiu e facilitou o debate. Graças à participação de economistas, juristas, climatologistas e cientistas, bem como representantes do mundo sindical, empresarial e da sociedade civil, o cento e cinquenta cidadãos foram capazes de adquirir maior competência e consciência ambiental. Ao final de seus trabalhos, a CCC produziu 149 propostas, apresentadas ao governo em 21 de junho de 2020; de fato, o Presidente da

República comprometeu-se a implementar 146 delas através de regulamentação e legislação. Finalmente, em 4 de maio de 2021, foi adotada em primeira leitura a Lei do Clima e Resiliência, promulgada em 22 de agosto do mesmo ano, visando, entre vários objetivos, impregnar o tecido sócio-cultural francês com valores ambientais, começando pela educação infantil até chegar a intervenções em urbanismo, serviços públicos e reformas, fortalecendo também o sistema de sanções (embora, segundo alguns na doutrina, seus prazos estabeleçam metas de longo prazo excessivamente longas).

## **2.1. PROBLEMAS DE LEGITIMAÇÃO E REPRESENTATIVIDADE**

O resultado das atividades desenvolvidas pela Assembleia concretizou-se na promulgação da Lei Climat et Résilience, uma lei que tem origem primordialmente em um processo participativo originado "de baixo para cima". Essa norma introduz uma série de disposições que, devido à sua origem a partir de um experimento de mecanismo participativo, poderiam ser acolhidas e aplicadas em uma escala mais ampla, justamente porque foi garantido aos membros da comunidade um papel ativo em sua formulação. O documento legislativo, resultado desse procedimento, representou então a síntese e implementação das várias propostas avançadas pela cidadania. Apesar do notável valor simbólico atribuído a tal procedimento, persistem questionamentos na literatura sobre os potenciais riscos que essa prática impõe ao tradicional processo de elaboração de políticas públicas, especialmente quando se confiam a um mini-público decisões que afetam um vasto número de indivíduos. Surgem, portanto, dúvidas sobre a representatividade do grupo de cidadãos, bem como sobre sua legitimidade para decidir. Quanto aos supostos problemas de representatividade levantados pela doutrina francesa, eles derivariam do corte entre as modalidades de funcionamento do mini-público e as formas tradicionais de legitimação do poder democrático, fundamentado na Constituição francesa no princípio da soberania popular. De fato, o procedimento dos mini-públicos é facilmente distinguível de um referendo, mas também se afasta do mecanismo representativo em sentido estrito: a representação pertence à relação que a lei estabelece entre representantes e representados, e



decorre da atribuição, a uma pessoa ou a um grupo, do poder de adotar atos jurídicos em nome de outros. Diferentemente, a razão de ser do uso do instrumento do mini-público é selecionar pessoas que proponham soluções sobre um tema controverso, a partir de pontos de vista diversificados e imparciais; um objetivo, este último, que o sorteio é capaz de assegurar. Não tendo sido investido pela lei de nenhuma função de representação em termos jurídicos, o mini-público da CCC obtém, portanto, sua força legitimadora de dois elementos em estreita correlação: o sorteio como modo de seleção de seus membros e o processo deliberativo. A legitimidade das decisões derivaria, portanto, da maior razoabilidade das deliberações em comparação com aquelas que poderiam ser expressas pela massa por meio do instrumento referendário, bem como da mais plausível imparcialidade em relação àquela que derivaria das escolhas estritamente políticas.

Quanto aos problemas de legitimidade, alguns estudiosos criticaram a ausência de especialistas em ciências exatas entre os 107 palestrantes encarregados de fornecer informações sobre as questões climáticas, em face de uma supervalorização dos juristas e dos representantes da sociedade civil. Isso provavelmente decorre do fato de que o processo seletivo favoreceu as demandas progressistas em relação às conservadoras; portanto, aqueles que foram considerados como defensores do status quo foram desfavorecidos na seleção em relação àqueles que, por outro lado, avançaram propostas resolutivas e inovadoras.

É na sua abordagem imparcial e precaucionaria em sentido amplo que o instrumento do mini-público justifica sua ascensão no campo das questões ambientais. A mudança climática é um fenômeno que diz respeito principalmente às futuras gerações, que não participam da nomeação de seus representantes; portanto, a objetividade intrínseca dos mecanismos participativos é bem adequada ao longo prazo e à transgeracionalidade. As deliberações das assembleias cidadãs são, portanto, potencialmente capazes de gerar soluções ainda mais eficazes em comparação com outros instrumentos democráticos, muitas vezes influenciados por uma inclinação de curto prazo, de caráter estritamente político.

O instrumento em análise faz parte de um dos dois grupos de práticas participativas francesas, ou seja, aquelas das práticas deliberativas específicas, baseadas na seleção



aleatória dos cidadãos; outra família é a dos órgãos adicionais à representação local, que inclui conselhos de bairro, de desenvolvimento, cidadãos e comitês de usuários de serviços públicos, bem como práticas de orçamento participativo. Há mais de 25 anos, a experiência francesa do debate público constitui um modelo paradigmático para os procedimentos de participação pública, e está prestes a se consolidar também como um pilar da democracia ambiental, com o objetivo de disponibilizar informações acessíveis a todos por sua inteligibilidade e usabilidade, permitindo aos cidadãos se expressarem sobre o mérito com base em um conhecimento de fundo o mais completo possível, na plena garantia do princípio do contraditório. O debate também visa garantir a eficácia na participação popular, assegurando o princípio da transparência por meio do registro e da verbalização de cada reunião, incluindo os cidadãos mais "distantes da coisa pública" por meio de dispositivos de participação à distância. O último objetivo que se propõe é informar exhaustivamente sobre os resultados da discussão, mas sem que a Comissão Nacional do Debate Público (CNDP) - o único órgão competente para autorizar o recurso ao debate - se pronuncie sobre o mérito; a CNDP deve, de fato, relatar detalhadamente sobre todas as contribuições e argumentos propostos, incluindo aqueles que minimizam o escopo da questão climática ou que sequer favorecem a defesa do ambiente. Por essa razão, uma certa doutrina se posicionou criticamente em relação ao instrumento do debate público quanto à sua adequação concreta para atender às urgentes demandas de proteção ambiental. A mencionada CNDP é, de fato, indiretamente obrigada a considerar todas as contribuições surgidas no debate, incluindo aquelas que minimizam a questão climática ou que sequer são favoráveis à defesa do ambiente. Alguns, portanto, observam que, nessas condições, o debate público em questões ambientais pode assumir a forma de uma mera prática democrática, desvinculada de qualquer efeito concreto de proteção ambiental. A bem ver, ele mostra pelo menos o potencial de expandir o "quadro de conhecimento da função pública", representando de qualquer forma uma inspiração, para os ordenamentos interessados em seu uso, para fortalecer o processo decisório (através do envolvimento direto dos associados) e para implementar os direitos individuais de informação e participação em questões ambientais.

### **3. AS ASSEMBLEIAS CIDADÃS NO ORDENAMENTO JURÍDICO ITALIANO: O ESTADO DA ARTE**

O uso de instrumentos de democracia participativa no contexto italiano é objeto de debate. Doutrina autorizada observa que, já há duas décadas, existem múltiplas referências na Constituição Republicana que apontam positivamente para a dimensão participativa. Por exemplo, no artigo 3, parágrafo 2º, da Constituição, pode-se encontrar a participação nos campos político, econômico e social como um objetivo geral do ordenamento republicano, ligado ao desenvolvimento da pessoa humana e ao seu completo engajamento nas formações sociais mencionadas no artigo 2. Coerente com essa interpretação, aparecem o princípio da soberania popular e os direitos fundamentais constitucionalizados na primeira parte; mas, principalmente, os princípios constitucionais da administração. Questiona-se, de fato, se o germe da democracia participativa também não pode ser encontrado na imparcialidade e na boa condução da Administração Pública. Finalmente, outra referência à participação pode ser encontrada na subsidiariedade horizontal e na relação entre os poderes públicos e os cidadãos, expressa pelo artigo 118, parágrafo 4º, da Constituição como um princípio que rege cada nível do poder público.

Com base nessas considerações, pode-se certamente inferir na Constituição uma estrutura preparatória para um sistema participativo, mas não se percebe uma consciência explícita. Uma releitura sob o signo da participação dos princípios constitucionais mencionados torna-se necessária não só à luz de uma consciência social mais consolidada em questões ambientais, mas também diante do surgimento de demandas e urgências inéditas, como as derivadas da questão climática.

Uma postura de abertura de nossa ordem jurídica para os mecanismos participativos também emerge no nível das fontes primárias. Implementada corretamente pelo Decreto Legislativo 152/2006, a avaliação de impacto ambiental (AIA) está entre os instrumentos que garantem ao público participar do processo decisório em questões ambientais. O mencionado decreto também valoriza o princípio consultivo, reconhecendo o direito de

acesso às informações ambientais; seu artigo 24bis (introduzido pelo Decreto Legislativo 104/2017) estabelece que a autoridade competente deve realizar a consulta dos associados por meio de inquérito público. Um quadro legislativo semelhante, ultrapassando os limites da legitimação subjetiva identificados pela Lei 241/90 e estendendo a qualquer cidadão o reconhecimento de capacidades participativas, serve como terreno para o desenvolvimento e ação de formas inovadoras de consulta cívica, à luz da comparação com a experiência francesa recentemente examinada.

Por fim, vale lembrar que, em maio de 2023, no Município de Bolonha, começaram os trabalhos de uma Assembleia Cidadã, ainda que por iniciativa exclusiva do município. Já mencionada em 2021 no Estatuto Municipal, ela contou com a participação de 100 membros, dos quais 80 eram cidadãos maiores de 16 anos residentes no Município de Bolonha, selecionados aleatoriamente por amostragem que refletia as características sociodemográficas da cidade. Os trabalhos da Assembleia foram direcionados à resolução de três questões: a primeira sobre a promoção de uma transição energética que garanta o princípio da equidade; a segunda sobre os meios disponíveis para os cidadãos e as instituições conterem e enfrentarem os principais riscos climáticos da cidade; e a terceira sobre os possíveis obstáculos encontrados na aplicação das normas, serviços e regulamentos municipais para alcançar esses objetivos. As propostas formuladas pela Assembleia, que concluiu seus trabalhos em novembro de 2023, foram finalmente avaliadas pelo Conselho Municipal, que foi chamado a se pronunciar sobre elas.

#### **4. CONCLUSÃO**

Do estudo realizado, emerge que os instrumentos de democracia participativa se mostrariam potencialmente úteis para atender à necessidade de uma proximidade maior com a política e o poder; uma continuidade que, segundo críticas populistas, as instituições da democracia representativa não seriam capazes de garantir. Levando a discussão para o âmbito das questões ambientais, e também no contexto da sólida estrutura fornecida pela inclusão dos interesses das futuras gerações entre os princípios fundamentais da Constituição

Italiana, pode-se concluir que o envolvimento dos cidadãos na fase preliminar e, portanto, na elaboração das propostas, produziria efeitos potencialmente positivos em relação à adesão em larga escala às regras de combate às mudanças climáticas, eficazes, por sua natureza e estrutura, apenas se observadas pela quase totalidade dos indivíduos.

Portanto, deseja-se imaginar que o uso de instrumentos fisiológicos e estruturais na experiência jurídica italiana seria capaz de gerar nos associados um sentimento espontâneo de justiça no respeito às regras ambientais, criando um direito não mais apenas positivo, mas, ousa-se dizer, um direito proposto, que integre as demandas da sociedade civil no âmbito da sustentabilidade ambiental.

## 5. REFERÊNCIAS

ALLEGRETTI, U. **Basi giuridiche della democrazia partecipativa** in Italia: alcuni orientamenti. *Democrazia e diritto*, n. 3, 2006.

AMIRANTE, D. **Costituzionalismo ambientale**. Atlante giuridico per l'Antropocene. Bologna: [s.n.], 2022.

AMIRANTE, D. L'ambiente «preso sul serio». Il percorso accidentato del costituzionalismo ambientale. **Diritto pubblico comparato ed europeo**, número speciale, 2019.

BÄCHTIGER, A. et al. (eds). **The Oxford Handbook of Deliberative Democracy**. Oxford Handbooks, 2018.

BIFULCO, R. Perché la storica sentenza tedesca impone una riflessione sulla responsabilità intergenerazionale. **Luiss Open**, 28 maio 2021.

BUONO, E.; PIZI, C. La democrazia climatica tra climate change mitigation e climate change litigation. Spunti comparati per l'elaborazione di strumenti partecipativi. **DPCE online**, v. 2, p. 1943-1956, 2023.

CASILLO, Il débat public francese: difesa dell'ambiente o difesa della democrazia? Una lettura critica dell'offerta istituzionale di democrazia partecipativa in Francia in occasione dei venticinque anni del débat public. **Istituzioni del Federalismo**, n. 3, 2020.

COLELLA, L. **La “transizione ecologica” nella Loi climat et résilience** in Francia. Brevi note introduttive. Amministrazione e contabilità dello Stato e degli enti pubblici, 2021.

COURANT, D. Des mini-publics délibératifs pour sauver le clima? Analyses empiriques de l’Assemblée citoyenne irlandaise et de la Convention citoyenne française. **Archives de philosophie du droit**, v. 1, p. 485-507, 2020.

COURANT, D.; SINTOMER, Y. Le tirage au sort au XXIe siècle. Actualité de l’expérimentation démocratique. **Participations**, v. 1, 2019.

DUFFY-MEUNIER, A.; PARIS, M.-L. **Quelles règles de fonctionnement pour les Assemblées citoyennes? Regards croisés franco-irlandais**. In: FATIN-ROUGE STEFANINI, M.; MAGON, X. (dir.). Les Assemblées citoyennes: nouvelles utopie démocratique? Aix-en-Provence: [s.n.], 2022. p. 133-162.

FLEURY, M. Des citoyens pour relever le défi du changement climatique, est-ce vraiment sérieux? Cahiers Droit, **Sciences & Technologies**, n. 14, 2022.

FLEURY, M. Entretien – Retour sur l’expérience de la Convention citoyenne pour le climat. **Confluence des droits\_La revue**, n. 1, 2022.

GIRAUDET, L.-G. et al. Deliberating on Climate Action: Insights from the French Citizens’ Convention for Climate. **Archives ouvertes**, 20 out. 2020.

KERVASDOUÉ, J. Convention citoyenne pour le climat: une brillante manipulation. **Paysans & société**, n. 5, 2020.

PEPE, G. **La democrazia partecipativa ambientale tra ordinamenti sovranazionali ed ordinamento italiano**. federalismi.it, 22 jan. 2020.

ROMI, R. Radiographie de la loi Climat et résilience. Droit de l’environnement. **La Revue du développement durable**, n. 303, 2021.

SINTOMER, Y.; BOURG, D.; WHITESIDE, K. **Vers une démocratie écologique**. Paris: [s.n.], 2010.

Data da submissão: 04/06/2024

Data da primeira avaliação: 09/06/2024

Data da segunda avaliação: 17/06/2024

Data da aprovação: 28/06/2024

**UMA ANÁLISE FOUCAULTIANA DAS RELAÇÕES DE PODER E DO IMPERATIVO DE PREDIÇÃO NA OBRA “ERA DO CAPITALISMO DE VIGILÂNCIA” DE SHOSHANA ZUBOFF**

*A FOUCAULTIAN ANALYSIS OF POWER RELATIONS AND THE PREDICTION IMPERATIVE IN THE WORK “AGE OF SURVEILLANCE CAPITALISM” BY SHOSHANA ZUBOFF*

**Marco Aurélio Marrafon<sup>1</sup>**  
**Luiz Fernando Fontoura Lira<sup>2</sup>**

**RESUMO:** O presente artigo tem por objeto as análises apresentadas na obra *A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder*, da autora norte-americana Shoshana Zuboff. O objetivo é analisar como os estudos de Michel Foucault sobre as relações de poder contribuem para as análises de Zuboff acerca da assim chamada “era do capitalismo de vigilância”. Tomando como base conceitos foucaultianos, neste trabalho problematiza-se as definições e argumentos centrais apresentados por Zuboff acerca das relações de poder e de imperativo de predição baseadas na lógica das atividades de vigilância das empresas de tecnologia. Apresenta-se o que essa autora entende por “capitalismo de vigilância” e, na sequência, as categorias de “divisão de aprendizagem”, “poder instrumentário” e “direito ao santuário”, analisando-os criticamente à luz dos conceitos foucaultianos de “poder-saber”, “governamentalidade” e “tecnologias de si”. A finalidade é compreender a ameaça que o capitalismo de vigilância representa para o Estado de Democrático de Direito e refletir sobre alternativas para seu enfrentamento, sem descuidar da importância do diagnóstico da autora ao promover o desvelamento dessa nova forma de totalitarismo digital assentado no controle e manipulação da autonomia individual.

**Palavras-chave:** Zuboff; Foucault; controle digital; poder-saber; tecnologias de si; vigilância; redes sociais

---

<sup>1</sup> **Qualificação:** Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná – UFPR com estudos doutorais na Università degli Studi di Roma Tre – Italia. Presidente (2012-2018) e Membro da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Coordenador do LabDIA – Laboratório de Direito e Inteligência Artificial do PPGD/UERJ. Membro da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais do Conselho Federal da OAB. Advogado; **e-mail:** marco\_marrafon@yahoo.com.br; **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/1641645608013458>; **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0002-6891-6221>; **Vinculação:** Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – PPGD/UERJ

<sup>2</sup> **Qualificação:** Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro na de linha Teoria e Filosofia do Direito (PPGD/UERJ); **e-mail:** fontouralira@hotmail.com. **Lattes:** <https://lattes.cnpq.br/0999295207528333>; **ORCID:** <https://orcid.org/0009-0008-6686-9696> **Vinculação:** Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ (RJ)

\* Artigo produzido no âmbito do Grupo de Pesquisas Institucional “Novas Tecnologias, Inteligência Artificial, Direito e Democracia”, vinculado ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, sob coordenação e orientação do Prof. Dr. Marco Aurélio Marrafon.

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to analyze the work *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, by north american author Shoshana Zuboff. The objective is to analyze how Michel Foucault's studies on power relations contribute to Zuboff's analyzes of the so-called "age of surveillance capitalism". Taking Foucauldian concepts as a basis, this work problematizes the central definitions and arguments presented by Zuboff regarding power relations and the imperative of prediction based on the logic of the surveillance activities of technology companies. What this author understands as "surveillance capitalism" is presented and, subsequently, the categories "division of learning", "instrumentarian power" and "right to sanctuary", analyzing them critically in light of Foucault's concepts of "power-knowledge", "governmentality" and "technologies of the self". The purpose is to understand the threat that surveillance capitalism poses to the Democratic Rule of Law and reflect on alternatives for confronting it, without neglecting the importance of the author's diagnosis in promoting the unveiling of this new form of digital totalitarianism based on control and manipulation. of individual autonomy.

**Key-words:** Zuboff; Foucault; digital control; power-knowledge; technologies of the self; surveillance; social media

**Sumário:** 1. INTRODUÇÃO; 2. O ASSIM CHAMADO "CAPITALISMO DE VIGILÂNCIA"; 3. OS CONCEITOS DE "DIVISÃO DA APRENDIZAGEM" E "PODER-SABER"; 4. DO "DIREITO AO TEMPO FUTURO": "PODER INSTRUMENTALISTA" OU "GOVERNAMENTALIDADE"; 5. "A MÃO E A LUVÁ": "O DIREITO AO SANTUÁRIO" E AS "TECNOLOGIAS DE SI"; 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS; 7. REFERÊNCIAS

## 1. INTRODUÇÃO

Em *A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder*, Shoshana Zuboff propõe que o mundo ocidental assiste à ascensão do domínio das grandes corporações tecnológicas (*Big Techs*) sobre as relações humanas e de poder, a ponto de promover um novo modo-de-ser do capitalismo, agora chamado de capitalismo de vigilância, compreendido como um modelo econômico e social que se baseia na coleta, análise e mercantilização de dados pessoais, com o objetivo de maximizar os lucros das corporações tecnológicas e promover controle e manipulação social e política em prol de seus interesses (ZUBOFF, 2021).

A autora norte-americana fornece uma visão detalhada sobre as operações de vigilância implementadas por grandes empresas de tecnologia, como o Facebook e o Google. Com a publicação dessa obra, Zuboff se tornou uma das maiores referências para aqueles



pesquisadores que buscam compreender o uso das atividades de vigilância por parte dessas grandes corporações. Contudo, apesar da importância e da riqueza dos dados apresentados pela autora em sua obra, neste artigo é apresentado o resultado de uma análise crítica sobre categorias centrais propostas na obra, especialmente acerca das relações de poder e do imperativo de predição.

A fim de ilustrar melhor as razões que motivaram este estudo, cabe mencionar um fato interessante que chamou atenção e se destacou na leitura do livro de Zuboff, qual seja: apesar de a autora colocar no centro de suas análises a questão da vigilância e das relações de poder no contexto de uma sociedade capitalista, em sua obra não se encontra qualquer menção aos trabalhos de Michel Foucault, filósofo proeminente no estudo desse tipo de questão<sup>3</sup>.

Dessa forma, tomando como ponto de partida essa lacuna, o presente artigo tem por objetivo analisar de que maneira os estudos de Foucault sobre as relações de poder poderiam se adequar, e até que ponto entram em tensão, com as análises feitas por Zuboff sobre a assim chamada “era do capitalismo de vigilância”.

Para problematizar as definições e análises de Zuboff sobre as relações de poder baseadas pela lógica das atividades de vigilância das empresas de tecnologia, utilizou-se conceitos foucaultianos reputados úteis para o estudo desse tipo de questão. São eles: os conceitos de “poder-saber”, “governamentalidade” e “tecnologias de si”.

Visando cumprir a empreitada proposta, na primeira seção foi resumida de forma breve a definição de capitalismo de vigilância proposta por Zuboff. Nas seções subsequentes foram apresentados os conceitos foucaultianos acima mencionados em conjunto com o cotejo de categorias importantes manejadas pela autora norte-americana – “divisão de aprendizagem”, “poder instrumentário” e “direito ao santuário”. Com esse movimento buscou-se apresentar uma leitura prospectiva para a compreensão dos perigos representados

---

<sup>3</sup> Pesquisando pelo nome “Foucault” na versão digital da obra *A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder*, foi encontrando apenas um resultado localizado na nota de rodapé de nº 19 do livro. Contudo, cabe esclarecer que tal resultado diz respeito ao nome de um artigo escrito por Terry Flew, cujo título é: *Michel Foucault's The Birth of Biopolitics and Contemporary Neo-Liberalism Debates*.



pelo capitalismo de vigilância, bem como refletir sobre alternativas teóricas para o enfrentamento das questões propostas por Zuboff.

## **2. O ASSIM CHAMADO “CAPITALISMO DE VIGILÂNCIA”**

Zuboff foi uma das grandes responsáveis por levantar debates em relação às práticas de vigilância adotadas por empresas como a Google e o Facebook. Em sua obra intitulada *A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder*, a autora norte-americana argumenta que, mais do que um modelo de negócio, o “capitalismo de vigilância” deve ser compreendido como “uma nova ordem econômica”; ordem esta que, em suas próprias palavras: “[...] reivindica de maneira unilateral a experiência humana como matéria-prima gratuita para a tradução em dados comportamentais.” (ZUBOFF, 2021, p. 18).

Isso porque o capitalismo de vigilância adota a mercantilização dos dados pessoais e a exploração dos comportamentos e preferências individuais por grandes corporações tecnológicas como um modelo altamente lucrativo baseado na captação de um grande volume de informações comportamentais extraídas não apenas da inserção intencional, livre e direta do usuário, mas especialmente pelos rastros digitais não voluntários (excedentes e residuais) que a vida conectada suscita, tais como o uso de redes sociais, internet das coisas e automóveis inteligentes, pesquisas em buscadores na web e download de aplicativos. Assim, para a autora, essa nova espécie de capitalismo se baseia na extração e controle da informação e no domínio comportamental (ZUBOFF, 2021).

O funcionamento do capitalismo de vigilância se dá por meio de sofisticados algoritmos e sistemas de inteligência artificial que processam e interpretam esse superávit de dados comportamentais em tempo real, tornando possível a identificação de padrões e tendências de comportamento, a antecipação das escolhas dos usuários e o oferecimento de conteúdos e ofertas personalizadas, aumentando assim a probabilidade de interação e compra.

Esses algoritmos e sistemas de vigilância permitem também a exploração das relações sociais e das dinâmicas de grupo, por meio da coleta de dados sobre as interações e

as relações entre as pessoas em diferentes plataformas digitais. Nessas operações, torna-se possível que as empresas identifiquem os líderes de opinião, os influenciadores e as comunidades ativas, visando então alcançar e influenciar um público mais amplo e diversificado.

Além do aspecto econômico, esses mecanismos automatizados são programados para conhecerem e moldarem o comportamento humano em benefício e no interesse das corporações tecnológicas e dos compradores desses dados, de modo a induzir condutas e decisões na esfera social e política, à medida que fomentam um forte plano de dominação, manipulação da vontade e das decisões dos indivíduos, inclusive na hora de votar e escolher os representantes (ZUBOFF, 2021, pp. 92-93). Nessa perspectiva, o novel capitalismo de vigilância supera o aspecto exclusivamente mercadológico e se torna uma ameaça à democracia.

Em consequência, esse modelo revela uma nova forma de totalitarismo, agora digital e baseado em sistemas de inteligência artificial e algoritmos, uma vez que potencializa os mecanismos de dominação e controle e promove o esvaziamento prático dos ideais do constitucionalismo moderno e dos direitos fundamentais, em especial os relacionados à privacidade, à autonomia da vontade e à liberdade, estruturantes para a configuração do Estado Democrático de Direito.

Ao mesmo tempo, revela preocupações quanto ao incremento da desigualdade social, pois as empresas que controlam os sistemas e os dados têm cada vez maior poder e influência sobre as pessoas e a vida social. Assim, sem olvidar do importante diagnóstico e da relevante análise crítica da ascensão do totalitarismo digital no mundo ocidental elaborada pela professora americana, cumpre problematizar e contribuir para o aprofundamento das questões sobre as relações de poder e de predição no pensamento da autora.

De acordo com Zuboff, dois imperativos são os responsáveis por impulsionarem essa nova ordem econômica, são eles: o “imperativo da extração” e o “imperativo da predição”. Enquanto o primeiro imperativo – o da extração– é o responsável por levar as empresas a buscarem mais informações sobre seus usuários, o segundo imperativo – o de predição – é o

que conduz essas empresas a usarem os dados que foram acumulados através com o objetivo de prever e manipular/determinar o comportamento futuro dos usuários.

As capacidades extrativas e preditivas adquiridas pelas grandes corporações capitalistas de vigilância permitiram a geração de uma enorme receita, de modo que empresas como o Google e o Facebook, que são baseadas quase que inteiramente em práticas de vigilância, estão entre as mais valiosas do mundo (ZUBOFF, 2021, pp. 124-125). As receitas obtidas por essas grandes corporações se devem, principalmente, à publicidade direcionada e aos serviços de vigilância prestados por elas.

Apesar dessa ampla disseminação do capitalismo de vigilância ser bastante debatida no meio acadêmico, como bem pontua David Lyon, ainda não há um vocabulário ético adequado que possibilite problematizar as práticas da vigilância contemporânea. (LYON, 2013, p. 16). Para enfrentar esse tipo de questionamento, Zuboff esboça três importantes campos de atuação em sua obra.

Em primeiro lugar, a autora argumenta que o capitalismo de vigilância resultou em uma “divisão de aprendizagem” patológica na sociedade que deve ser reajustada. Em segundo lugar, lembra que o “direito elementar ao tempo futuro” foi apreendido pelos capitalistas da vigilância e deve ser retomado pelos indivíduos e pela sociedade. Em terceiro lugar, menciona que o “direito de santuário” é cada vez mais negado aos jovens no interesse dos capitalistas de vigilância, e deve ser concedido mais uma vez (ZUBOFF, 2021, pp. 31-33).

Nas próximas seções são apresentados os argumentos de Zuboff sobre cada uma dessas três questões. Após isso, tomando como base conceitos desenvolvidos por Foucault que dialogam com essas problemáticas, serão trazidas ao debate algumas críticas possíveis à linha de raciocínio desenvolvida pela autora em sua obra, bem como alternativas que, *a priori*, possam se tornarem mais eficazes para o enfrentamento da assim chamada “era do capitalismo de vigilância”.

### **3. OS CONCEITOS DE “DIVISÃO DA APRENDIZAGEM” E “PODER-SABER”**

A “divisão da aprendizagem” é a primeira das categorias apresentada por Zuboff para tentar capturar as patologias do capitalismo de vigilância. A autora apresenta esse conceito fazendo três questionamentos: “*Quem sabe? Quem decide? Quem decide quem decide?*” (ZUBOFF, 2021, p. 206, grifo da autora). O primeiro questionamento – “*Quem sabe?*” – tem por finalidade a compreensão do mecanismo de distribuição do conhecimento, ou seja, devemos questionar quem tem a oportunidade de aprender. Quanto ao segundo questionamento – *Quem decide?* – a intenção de Zuboff está voltada à autoridade que decide quem aprende, o que pode ser aprendido e como o conhecimento pode ser utilizado. Por último temos o terceiro questionamento – “*Quem decide quem decide?*” – que diz respeito ao poder. Isto é: “Qual é a fonte de poder que reforça a autoridade para compartilhar ou reter conhecimento?” (ZUBOFF, 2021, p. 213).

Zuboff descobre que as respostas para essas perguntas indicam que há uma “patologia” na divisão de aprendizagem no capitalismo de vigilância. Isso porque, enquanto através da extração e da análise de dados comportamentais os capitalistas de vigilância sabem muito sobre seus usuários, a recíproca não é verdadeira. Isto é, os usuários sabem muito pouco sobre os capitalistas de vigilância, pois estes mantêm suas operações o mais secretas possível.

Através do “ciclo da despossessão” os capitalistas de vigilância decidem o que aprendem e ignoram o debate público sobre a forma como são obtidos os dados de seus usuários (ZUBOFF, 2021, pp. 165-183). Além disso, os capitalistas de vigilância também decidem que tudo o que seus usuários aprendem deve ser convertido em lucro. Por último, a competição entre os capitalistas de vigilância é o que deve decidir qual deles terá o poder de ditar quais dados serão extraídos e a maneira pela qual esses dados serão utilizados (ZUBOFF, 2021, p. 225).

De acordo com Zuboff, a dominação do capital de vigilância sobre a divisão contemporânea do aprendizado culminou no acúmulo e na concentração de conhecimento sem precedentes pelas grandes corporações tecnológicas. Considerando o conhecimento como a base para as capacidades de predição e modificação comportamental utilizadas por

essas empresas, Zuboff destaca que a divisão da aprendizagem também “[...] produz uma concentração de poder em igual medida sem precedentes” (ZUBOFF, 2021, p. 225).

A problematização que Zuboff faz sobre a captura da divisão pelo capitalismo de vigilância leva à uma remissão categorial com a noção foucaultiana de “poder-saber”. As inter-relações entre poder e saber são descritas por Foucault através do que ele chama de “regra da imanência” (FOUCAULT, 1999a, pp. 93-94).

Nessa perspectiva foucaultiana, poder e conhecimento existem em uma relação de reforço e apoio mútuos. Por um lado, táticas de poder e interesses ideológicos orientam a direção da “vontade de saber”. Por outro lado, as técnicas de conhecimento são necessárias para que o poder possa direcionar e exercer controle sobre certos aspectos do mundo (FOUCAULT, 1999a, pp. 93-94). A exemplo da noção foucaultiana de “poder-saber”, a noção de “divisão da aprendizagem” de Zuboff explica como a autoridade e o poder determinam o que é aprendido, por quem é aprendido e no interesse de quem é aprendido.

Apesar da ênfase dada à interdependência entre poder e conhecimento no capitalismo de vigilância seguir no mesmo sentido da abordagem de Foucault, a compreensão de Zuboff sobre essas questões difere de uma concepção pós-estruturalista. Isso fica mais claro quando a autora discute a natureza do conhecimento do capital de vigilância, como na passagem em que a autora argumenta que os dados comportamentais analisados “[...] diz mais sobre nós do que podemos saber acerca de nós mesmos” (ZUBOFF, 2021, p. 218). Ou no receio que Zuboff tem de vivermos em um mundo onde “[...] nossa liberdade é perdida em nome de um conhecimento perfeito administrado para o lucro de outrem.” (ZUBOFF, 2021, p. 499).

Se considerado que o atual “conhecimento” do capitalismo de vigilância não se aproxima da perfeição, a problematização de Zuboff sobre a divisão da aprendizagem no capitalismo de vigilância enfrenta um obstáculo significativo.

Isso porque a concepção de Zuboff sobre o poder no capitalismo de vigilância depende dessas corporações terem um conhecimento preciso de seus usuários para, posteriormente, poderem usar todo esse conhecimento para influenciar e prever o comportamento futuro desses usuários. Dentro do quadro teórico da autora, então, se

colocada em questão a precisão do conhecimento dos capitalistas de vigilância, também deve-se questionar até que ponto os capitalistas de vigilância podem exercer poder real. Por esse motivo pode-se inferir que a definição da autora sobre a divisão do aprendizado acaba não fornecendo ferramentas adequadas para problematizarmos de forma convincente o “poder-saber” do capitalista de vigilância.

Nesse sentido, uma concepção foucaultiana de conhecimento e verdade pode servir para problematizar a concentração do “poder-saber” do capitalismo de vigilância, sem a necessidade de se aproximar de um “conhecimento perfeito” para ser considerado ameaçador.

Uma compreensão foucaultiana de poder, verdade e conhecimento é mais complexa do que a concepção de verdade de Zuboff, segundo a qual os capitalistas de vigilância podem saber mais sobre seus usuários do que estes sabem sobre si mesmos. Na conceituação de Foucault, verdade e conhecimento estão relacionados ao poder mais profundamente do que na estrutura de Zuboff, uma vez que, em uma perspectiva foucaultiana, os “sistemas de poder” produzem e apoiam a verdade, enquanto que os “efeitos de poder” a induzem e a reproduzem (FOUCAULT, 1998, p. 14).

Em outras palavras, se a verdade é produzida por sistemas de poder e se essa verdade também induz efeitos de poder, então a exatidão de uma determinada afirmação verdadeira acaba perdendo a importância. Assim, se dentro de um sistema de relações de poder um agente afirmar que uma determinada afirmação é verdadeira e ter sucesso com essa afirmação, ele já está imbuído de um certo poder capaz de influenciar o sujeito que a aceitou, independentemente de a afirmação corresponder exatamente ao seu sujeito ou não.

Além disso, o poder implica também na capacidade de “estender a verdade”, de fazer com que as entidades do mundo cumpram uma conceituação particular delas. As noções foucaultianas sobre “produção da verdade”, “indução do poder”, e “extensão da verdade” podem contribuir para a problematização do “poder-saber” do capitalista de vigilância de maneira mais abrangente e completa.

A afirmação de Foucault de que a verdade, uma vez “produzida” como tal, “induz”

“efeitos de poder” (FOUCAULT, 1998, p. 14), é tão válida para as sociedades de vigilância contemporâneas quanto para os sistemas de verdade e poder que foram estudados por ele. Nesse sentido, desafiar o “poder-saber” do capitalismo de vigilância não depende, portanto, simplesmente da exigência de que os capitalistas de vigilância saibam menos, como sugere Zuboff. Muito pelo contrário. Envolve disputar e problematizar os discursos segundo os quais o conhecimento do capitalista de vigilância é considerado como sendo verdadeiro de forma inquestionável.

Assim como a “produção da verdade” e a “indução do poder”, a explicação de Foucault sobre as interdependências do “poder-saber” também se refere à capacidade de “estender” a verdade – que se refere ao poder de fazer corresponder a realidade a uma concepção particular do mundo. As duas próximas seções deste artigo se concentrarão em como os capitalistas de vigilância procuram alinhar as concepções das pessoas sobre as empresas, outras pessoas e elas mesmas, com um entendimento que beneficia os capitalistas de vigilância.

Será mostrado como as técnicas de “tradução” e “inscrição” são vitais para induzir os indivíduos a conceberem o mundo cada vez mais de uma forma consumista, o que os leva a agirem de uma forma que contribui aos lucros dos capitalistas. Nesse momento cabe enfatizar que, ao problematizar o “poder-saber” do capitalismo de vigilância, sua concentração de conhecimento apurado não deve ser a única área de preocupação. As maneiras pelas quais certas verdades vêm a ser “estendidas” também devem ser examinadas.

Nesta seção, a problematização de Zuboff em relação à concentração da divisão do aprendizado nas mãos dos capitalistas de vigilância. O argumento é que uma perspectiva foucaultiana poderia fornecer uma problematização mais profunda desse “poder-saber”. Ao contrário da conceituação de Zuboff, uma crítica do “poder-saber” dos capitalistas de vigilâncias não depende apenas da suposição, altamente questionável, de que eles podem descobrir e usar com exatidão o conhecimento que possuem sobre seus usuários.

Em vez disso, a partir de uma compreensão foucaultiana de conhecimento e de poder, problematizou-se como a produção de determinado conhecimento como “verdadeiro” induz

“efeitos de poder”, mesmo que esse conhecimento seja “impreciso” da perspectiva do sujeito do conhecimento. Assim, para desafiar o “poder-saber” dos capitalistas de vigilância, o melhor caminho é questionamento da construção discursiva de que o “conhecimento” deles é verdadeiro e científico, o que demanda a revelação do funcionamento desse modelo a fim de propiciar a crítica racional das influências, sugestões e tentativas de manipulação criadas artificialmente para inibir a autonomia da vontade individual. Em outras palavras, o uso público da razão crítica é a chave para desnudar, expor e inibir esses processos tecnológicos de controle e dominação.

#### **4. DO “DIREITO AO TEMPO FUTURO”: “PODER INSTRUMENTALISTA” OU “GOVERNAMENTALIDADE”**

Em uma tentativa de compreender como o capitalismo de vigilância nega a liberdade, Zuboff discorre acerca de como esse mecanismo tem usurpado o “direito ao tempo futuro” dos indivíduos. Em sua leitura, o direito ao futuro expressa que um dos aspectos centrais da liberdade humana é a capacidade das pessoas determinarem seus próprios futuros sem constrangimentos e sem sofrer manipulações em sua autonomia da vontade.

De acordo com Zuboff, o simples ato de fazer e cumprir uma promessa ajuda a ilustrar essa autodeterminação: “Apesar de ter certeza dessa incerteza, não tenho dúvida de que sou livre. Posso prometer criar um futuro e posso cumprir minha promessa” (ZUBOFF, 2021, p. 377). Embora Zuboff enfatize que o direito ao futuro não implique em uma “autoridade total sobre o futuro”, uma vez que eventos aleatórios podem ocorrer, a autora reivindica o direito de o indivíduo determinar pelo menos a parte do futuro que o compete (ZUBOFF, 2021, p. 379).

Se o direito de determinar o próprio futuro é uma das condições para a vida plena do indivíduo, Zuboff compreende que o capitalismo de vigilância apresenta uma ameaça sem precedentes a esse direito (ZUBOFF, 2021, pp. 379-380).

A autora afirma que a concentração dos meios de predição e a possibilidade de modificação comportamental conferem aos capitalistas de vigilância o poder de direcionar



os futuros das pessoas ao ponto de usurparem seu direito ao tempo futuro (ZUBOFF, 2021, pp. 385-386). Ela acredita que a capacidade cada vez maior dos capitalistas de vigilância de prever e modificar as ações dos indivíduos possa permitir que o futuro desses seja influenciado e mesmo determinado de acordo com os interesses de grandes corporações.

Apesar da ênfase que Zuboff confere à capacidade do capitalismo de vigilância de intervir no futuro dos usuários nos remeter à noção de biopoder de Foucault (FOUCAULT, 1999a, pp. 129-130), as diferenças entre a perspectiva dessa autora e uma perspectiva foucaultiana são significativas. Os mecanismos pelos quais ela interpreta o capitalismo de vigilância como privando os humanos do “direito ao tempo futuro” – de acordo com a lógica do “poder instrumentário” e da “indiferença radical” – não são compatíveis com as concepções foucaultianas acerca do funcionamento do poder.

Zuboff enfatiza que os métodos utilizados pelo capitalismo de vigilância para atingir o poder são distintos dos que eram utilizados anteriormente. Por isso, para tentar capturar essa singularidade, a autora propõe o conceito de “poder instrumentário”<sup>4</sup>.

A autora está particularmente interessada em diferenciar o poder instrumentário dos capitalistas de vigilância do poder totalitário para, assim, esclarecer a lógica do que ela chama de “instrumentarianismo”. Na sua perspectiva, enquanto o poder totalitário dependia da “engenharia das almas”, através da submissão das massas às normas sociais, o “poder instrumentário” dependeria da “engenharia de comportamento” (ZUBOFF, 2021, p. 427)

De acordo com a professora, os capitalistas de vigilância são “radicalmente indiferentes” no sentido de que “[...] o poder instrumentário reduz a experiência humana a um comportamento observável mensurável e, ao mesmo tempo, mantém resoluta indiferença ao significado de tal experiência.” (ZUBOFF, 2021, p. 428).

Isso implica dizer que, em primeiro lugar, os capitalistas de vigilância são indiferentes aos significados subjetivos como um fim, ou seja, são indiferentes ao que os usuários valorizam, desde que possam continuar lucrando com a previsão e a modificação

---

<sup>4</sup> Zuboff define o “instrumentarianismo” como “[...] a instrumentação e instrumentalização do comportamento para propósitos de modificação, previsão, monetização e controle” (ZUBOFF, 2021, p. 402, grifo da autora).

de seus comportamentos.

A indiferença radical também implica que o exercício do poder pelos capitalistas de vigilância não emprega normas e nem relações intersubjetivas para funcionar, mas requer apenas técnicas comportamentalistas “indiferentes”, como reforço ou engajamento.

Nesse sentido, Zuboff concebe os capitalistas de vigilância como entes “indiferentes” ao futuro de seus usuários, uma vez que, atendendo aos seus próprios interesses, seus meios de análise comportamental e previsão permitem com que eles modifiquem continuamente o que seus usuários vão fazer (ZUBOFF, 2021, p. 429).

O problema central da concepção de Zuboff de “poder instrumental” – dotado de “indiferença radical” – é não deixar claro como a capacidade dos capitalistas de vigilância de modificar o comportamento impede a ação humana. Zuboff parece supor que a própria capacidade dos capitalistas de vigilância de modificar o comportamento implica que os usuários sejam privados da capacidade de fazer promessas e encontrar maneiras de mantê-las. No entanto, esta é uma suposição que não é óbvia. Embora algumas técnicas utilizadas por empresas de tecnologia como Facebook e Google certamente afetem o comportamento de seus usuários, a capacidade dos indivíduos de fazer e cumprir promessas em grande parte se mantém<sup>5</sup>, apesar do uso de tais técnicas.

Se Zuboff não deixa claro por que a autodeterminação individual é tão gravemente ameaçada pelo poder instrumental do capitalismo de vigilância, então há poucas razões para acreditar que o capitalismo de vigilância será refreado significativamente. Este é especialmente o caso em sociedades cujas noções de liberdade destacam os benefícios e minimizam as ameaças do capitalismo de vigilância para a autodeterminação.

Na leitura de Peter Miller e Nikolas Rose, o indivíduo empreendedor, dotado de autonomia, que persegue preferências com a ajuda de cálculos incessantes e está no centro das reivindicações éticas neoliberais, dificilmente é ameaçado pelo poder do capitalismo de vigilância (MILLER; ROSE, 2012, pp. 70-71).

---

<sup>5</sup> Cabe destacar que muitos serviços gratuitos oferecidos por capitalistas de vigilância servem para minimizar eventos que possam atrapalhar a capacidade dos indivíduos de cumprir suas promessas. Como exemplo desse tipo de serviço podemos citar o Google Drive e o Dropbox.

Apesar de concordar com Zuboff quando ela defende que os mecanismos utilizados pelo Google e Facebook influenciam e provocam desejos em seus usuários, interferindo em suas vontades e decisões, sua alegação de que esses mecanismos conferem aos capitalistas de vigilância o poder de criar o futuro desses utentes pode se mostrar um pouco excessiva. A noção foucaultiana de subjetivação, apresentada a seguir, fornece uma abordagem alternativa para uma melhor compreensão e problematização das relações de poder no contexto do capitalismo de vigilância.

Em resposta ao reconhecimento de Foucault de que o modelo “soberano” de poder não era mais útil para compreender as relações de poder contemporâneas, Miller e Rose afirmam o seguinte: “O poder não é tanto uma questão de impor restrições aos cidadãos, quanto de ‘inventar’ cidadãos capazes de suportar um tipo de liberdade controlada” (MILLER; ROSE, 2012, p. 71).

Ao argumentarem nesse sentido, esses autores postulam uma resposta não convencional à questão de como os humanos são transformados em “sujeitos” – colocados em uma relação de “controle e dependência” (FOUCAULT, 1995, p. 235).

Miller e Rose não procuram estabelecer que quase todos os movimentos do “sujeito” podem ser controlados por aqueles que exercem o poder através mecanismos behavioristas. Em vez disso, postulam que o “poder governamental” busca criar entes e indivíduos capazes de operar uma “autonomia regulada” (MILLER; ROSE, 2012, p. 70).

Nessa toada, os autores argumentam que a subjetivação, implicada pela “governamentalidade”, funciona através das “tecnologias de governo”, das quais os “dispositivos de inscrição” e “tradução” têm especial importância. De acordo com eles, a “tradução” é o processo pelo qual um “ator, agente ou instituição” consegue alinhar o entendimento dos outros sobre uma situação particular com o seu próprio entendimento. Necessária para que o poder surja em um “ator-rede”, a tradução se faz pela construção de interesses compartilhados por meio de discursos políticos, negociações e concessões (MILLER; ROSE, 2012, pp. 82-84).

O “dispositivo de inscrição”, por sua vez, refere-se aos meios de produzir

“conhecimento” sobre a realidade. A “inscrição” inevitavelmente revela e constrói posições normativas particulares em relação à realidade e encoraja “intervenções” particulares na realidade (MILLER; ROSE, 2012, p. 84).

Miller e Rose enfatizam que encorajar as pessoas a inscrever o mundo de certas maneiras é um meio importante de fazer com que elas compreendam suas vidas de acordo com normas particulares. Nessa perspectiva, ressaltam que os dispositivos de “inscrição” e “tradução” são ferramentas engenhosas de governança porque permitem que as autoridades exerçam poder sobre os indivíduos na busca de determinados objetivos, mas sem parecer violar seus direitos. Seguindo essa leitura, assim como os governos nacionais, os capitalistas de vigilância empregam “tecnologias de governo” para criar sujeitos que são ensinados a abraçar certas liberdades, de modo que sejam governados por “[...] sua liberdade para escolher” (MILLER; ROSE, 2012, p. 104).

Longe de serem “radicalmente indiferentes” aos significados subjetivos de seus usuários, os capitalistas de vigilância estão profundamente interessados em descobri-los e ajudar as empresas a traduzi-los de forma convincente para atender seus próprios interesses.

Gilles Deleuze já observava que “[...] as empresas têm uma alma, o que é efetivamente a notícia mais terrificante do mundo.” (DELEUZE, 1992, p. 224). Essa observação apresentada em sua obra *Post-Scriptum sobre as Sociedades de Controle* se revela mais atual do que nunca. Na verdade, parece que as corporações tecnológicas já não se contentam em convencer as pessoas de que têm alma. O Google agora tenta convencer todos de que ela, tal qual as demais *Big Techs*, visa apenas proporcionar a melhor experiência possível para seus usuários.

Diante disso, é factível compreender que a pior ameaça apresentada pelas corporações tecnológicas no capitalismo de vigilância não é, necessariamente, como afirma Zuboff, o uso de mecanismos para prever e modificar os comportamentos das pessoas. Mais do que isso, enquanto os indivíduos permanecerem cautelosos de como seus comportamentos são “indiferentemente” empurrados e conduzidos para atender aos fins das empresas, a vigilância nessa era do capitalismo deve ser temida também porque aumenta a

possibilidade de dominação inconsciente com a progressiva capacidade das *Big Techs* em convencer seus usuários de que suas ações apenas os beneficiam.

A resistência ao poder do capitalismo de vigilância passa pelo reconhecimento de como as empresas transformam seus usuários em matéria-prima gratuita em prol de seus interesses financeiros por meio da exploração e da tradução das identidades, das paixões e dos desejos desses utentes.

Uma vez reestabelecido que as corporações tecnológicas possuem interesses que vão muito além de uma mera facilitação da vida de seus usuários, torna-se possível questionar de uma forma mais fundamentada a afirmação de que o consumo oferecido por elas representa o meio que conduz à vida plena e, como consequência, se atenua o potencial de dominação e manipulação do futuro.

## **5. “A MÃO E A LUVA”: O “DIREITO AO SANTUÁRIO” E AS “TECNOLOGIAS DE SI”**

Na terceira parte da obra *A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder*, Zuboff reconhece que a modificação comportamental “radicalmente indiferente” não garante por si só o poder dos capitalistas de vigilância. Dando ênfase ao comportamento dos jovens, a autora observa que a pressão social é um mecanismo necessário para se garantir um uso cada vez maior das mídias sociais.

Nessa parte da obra, Zuboff também explica como o capitalismo de vigilância emprega a pressão social para seu próprio benefício com o modelo que a autora denomina de “mão e luva”. A “mão” representa os atributos psicológicos que inicialmente atraem as pessoas a usarem cada vez mais as mídias sociais; já a luva representa as [...] práticas de design que aumentam a potência para transformar inclinações em uma necessidade insaciável” (ZUBOFF, 2021, p. 509).

De acordo com Zuboff, nesse modelo as mídias sociais controladas pelos capitalistas de vigilância atendem ao desejo das pessoas por reconhecimento e aprovação social. Recursos como o botão que permite “curtir” determinado conteúdo postado no Facebook e

Instagram, além de reforçar a sensação dos indivíduos de que a aprovação social é vital para uma existência legítima, também o induzem a acreditar que um maior engajamento nas redes faz com que eles se sintam melhores (ZUBOFF, 2021, pp. 516-517).

Zuboff enfatiza que a tática “mão e luva” de controle dos indivíduos está na raiz do lucro das empresas capitalistas de vigilância. Na perspectiva da autora, incentivar as pessoas a sentirem uma necessidade insaciável de aprovação social online mantém os usuários cada vez mais “conectados” às plataformas desenvolvidas, o que leva a uma maior extração de dados e anúncios entregues. Além disso, quanto mais os usuários se sentirem reprovados socialmente maior é a probabilidade de sucesso dos anúncios veiculados nas mídias sociais (ZUBOFF, 2021, pp. 522-523).

Ao explicar a importância do “direito ao santuário”, Zuboff fornece uma problematização mais profunda do uso da pressão social pelo capitalismo de vigilância do que em sua descrição do funcionamento do modelo denominado de “mão e luva”. A ansiedade social induzida nos usuários pela “luva” não resulta apenas em usuários passando mais tempo nas mídias sociais. Significa também que os usuários, ao buscarem aprovação postando e compartilhando nas redes sociais, passam mais tempo com a sensação de que estão sendo observados e avaliados por outros usuários.

Com o objetivo de ilustrar porque isso é problemático, Zuboff emprega as noções de “palco” e “bastidores”, desenvolvidas pelo antropólogo canadense Erving Goffman: o “palco” se refere ao lugar em que os indivíduos estão sob observação e, portanto, estão sujeitos às normas sociais com as quais os observadores avaliam seu desempenho; os “bastidores”, por sua vez, remetem aos locais em que o indivíduo não está sob observação e, por isso, pode ser e descobrir o seu “verdadeiro eu” (ZUBOFF, 2021, pp. 530-532).

Como o capitalismo de vigilância procura fazer com que seus usuários removam o máximo possível dos “bastidores” de suas vidas, Zuboff conclui que o capitalismo de vigilância produz condições intoleráveis para a própria existência humana.

Se o capitalismo de vigilância remove o espaço onde os indivíduos possam ser eles mesmos, para o bem-estar da sociedade devem ser tomados esforços coletivos para que esse

espaço seja protegido. Zuboff propõe que o “santuário” não alude apenas a um espaço onde o indivíduo é livre da observação social, mas implica “[...] entrar no lugar onde um pode nascer e ser nutrido” (ZUBOFF, 2021, p. 534).

Nesse sentido, o direito ao santuário faz mais do que reivindicar um espaço livre de observação para o gozo dos indivíduos. O direito ao santuário também implica em tornar os indivíduos conscientes e aceitarem seu verdadeiro eu. Essa consciência e aceitação de si possibilita que as pessoas sejam menos dependentes da aprovação de seus pares online e, por conseguinte, estarão menos sujeitos à manipulação dos capitalistas de vigilância.

De acordo com Zuboff, garantir ao indivíduo o direito ao santuário como lugar imune à observação social online é necessário não apenas para o seu bem-estar imediato, mas também é um passo crucial para reduzir a capacidade dos capitalistas de vigilância de controlar seus usuários.

Uma abordagem foucaultiana certamente é compatível com a proposta de Zuboff quanto à importância de um “bastidor” para a autonomia. De fato, a análise do panóptico de Foucault enfatiza o papel da observação em tornar os humanos sujeitos aos mecanismos de poder. Em sua obra, Foucault argumenta que o desenho panóptico da prisão, em que os presos sempre podem ser observados, induz “[...] no detento um estado consciente e permanente de visibilidade que assegura o funcionamento automático do poder” (FOUCAULT, 1999b, p. 166).

A observação constante e a visibilidade efetivamente negam ao sujeito observado a capacidade de agir diferentemente das normas impostas pelo observador. Nesse sentido, também em uma perspectiva foucaultiana, o santuário imune de uma observação constante é necessário para a liberdade. Contudo, é possível vislumbrar que apenas o “direito ao santuário” não seja suficiente para garantir a autonomia do sujeito em uma sociedade de vigilância.

Embora a existência de um “bastidor” favoreça a liberdade individual, uma perspectiva foucaultiana contesta a proposição central do “direito ao santuário” de Zuboff – a que os humanos devam ter um espaço onde, livres das pressões sociais, possam descobrir

seu “verdadeiro eu”. Nesse sentido, valendo-se de Foucault, Judith Butler lembra em sua obra *Problemas de gênero: feminismo e subversão da realidade*, que o poder “[...] não pode ser retirado, nem recusado, mas somente deslocado.” (BUTLER, 2003, p. 179).

Central para o argumento de Butler é a proposição de que as noções de “eu” e de “identidade” “[...] implicam ideais normativos problemáticos” (BUTLER, 2003, p. 65). De acordo com essa perspectiva, os indivíduos só passam a construir sua experiência por meio das noções de “eu” e de “identidade” como resultado de um sistema de relações de poder que situam o “eu” e a “identidade” como normas. As relações de poder não apenas situam essas noções como normais, mas também asseguram o cumprimento das normas de identidade por meio da regulação dos atributos ao longo do tempo “[...] segundo linhas de coerência culturalmente estabelecidas” (BUTLER, 2003, p. 48).

Se as maneiras pelas quais os indivíduos definem suas experiências são entendidas como sempre imbuídas de relações de poder, então as afirmações da existência de um “eu verdadeiro” muitas vezes servem apenas para reforçar as relações de poder existentes. (BUTLER, 2003, p. 45).

Uma abordagem foucaultiana oferece um meio alternativo para compreender e libertar o “eu” na era do capitalismo de vigilância. Com efeito, a perspectiva pós-estruturalista postula que as pessoas podem reconhecer as maneiras pelas quais os capitalistas de vigilância induzem seus usuários a conceber o mundo e a si mesmos de acordo com seus interesses corporativos. Além disso, em vez de buscar a retirada do poder, os pós-estruturalistas investigam como as maneiras pelas quais os capitalistas de vigilância procuram fazer os usuários conceberem o mundo e a si mesmos podem ser resistidas e subvertidas.

As noções foucaultianas de “inscrição” e “tecnologias de si” esclarecem que a sujeição às normas sociais não funciona apenas pela observação social, como parece sugerir Zuboff. Esses conceitos foram implantados por autores que estudam as novas mídias e a tecnologia da informação para tentar explicar como as plataformas de vigilância influenciam a forma como seus usuários concebem a si mesmos e aos outros.



Conforme mencionado na seção anterior, Miller e Rose explicam que o processo de “inscrever” a realidade convida as pessoas a conceber a realidade e seu lugar dentro dela de acordo com normas particulares (MILLER; ROSE, 2012, p. 84). Isso não é menos verdadeiro para a forma como a realidade é inscrita nas e através das plataformas operadas pelas empresas capitalistas de vigilância.

José Van Dijck, na obra *The Culture of Connectivity: A critical history of social media*, explica como a inscrição de amizades através das mídias sociais influencia a forma como os usuários concebem a sociabilidade. Da inscrição tecnológica da sociabilidade online deduz-se que a conectividade é um valor quantificável, também conhecido como princípio da popularidade. Tal princípio aduz que quanto mais contatos o indivíduo possui ou faz, mais valioso ele se torna, pois mais pessoas pensam que ele é de fato popular (VAN DIJCK, 2013, p. 13).

Uma vez compreendida essa tese, Van Dijck propõe que as mídias sociais não apenas sujeitam os usuários às normas sociais particulares por meio da indução da observação incessante, mas também os submetem às normas quantitativas de sociabilidade, em razão do princípio da popularidade. Por sua vez, ao explicar o modelo “mão e luva”, Zuboff apenas sugere que tais normas tendem a ocasionar um aumento no uso das mídias sociais e da ansiedade, aumentando os lucros dos capitalistas de vigilância (ZUBOFF, 2021, pp. 522-523), sem, no entanto, aprofundar devidamente essa reflexão.

Além de induzir inscrições particulares de sociabilidade, as plataformas criadas pelos capitalistas de vigilância são influentes em governar como os indivíduos concebem e se relacionam consigo. Nesse sentido é possível visualizar a presença da noção de “tecnologias de si” de Foucault, que é definida por ele como sendo tecnologias:

[...] que permitem aos indivíduos efetuar, com seus próprios meios ou com a ajuda de outros, um certo número de operações em seus próprios corpos, almas, pensamentos, conduta e modo de ser, de modo a transformá-los com o objetivo de alcançar um certo estado de felicidade, pureza, sabedoria, perfeição ou imortalidade. (FOUCAULT, 2004, p. 323-324).

Considerando que na perspectiva foucaultiana as relações de poder não podem ser

evitadas, a resistência à forma como os usuários são encorajados a se conceber não pode se concentrar apenas na busca por um refúgio da influência das corporações tecnológicas. Em vez de exigir que as estratégias de poder que influenciam a constituição do indivíduo sejam suprimidas, como faz Zuboff, em uma perspectiva foucaultiana deve-se ir além e apresentar as maneiras pelas quais tais estratégias podem ser efetivamente subvertidas, considerando tanto os mecanismos de dominação oriundos da observação incessante quanto o papel de controle exercido pela quantificação da sociabilidade.

## **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente artigo buscou oferecer uma perspectiva foucaultiana das reflexões feitas por Zuboff em *A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder*. Sem olvidar da importante contribuição da autora ao desvelar os mecanismos de controle e manipulação promovidos pelas corporações tecnológicas, bem como de sua percuciente análise crítica ao diagnosticar o que pode ser compreendido como uma nova perspectiva de totalitarismo digital, o estudo trouxe conceitos centrais do pensamento de Foucault que se mostram úteis na abertura de outras possibilidades para a compreensão das relações de poder e do imperativo de predição no atual e futuro mundo digital, de modo a aprimorar e indicar pontos de atenção na argumentação desenvolvida na obra analisada.

Foram apresentadas três questões trabalhadas por Zuboff que são fundamentais para sua crítica sobre a assim chamada “era do capitalismo de vigilância”. A primeira questão diz respeito ao conhecimento supostamente quase perfeito que os capitalistas de vigilância possuem dos seus usuários. A segunda questão aborda o poder detido pelos capitalistas de vigilância de ditar o futuro de seus usuários através do controle comportamental. E, por último, a terceira questão é relacionada ao “direito ao santuário” como mecanismo apto e satisfatório para que os indivíduos possam resistir ao poder do capitalismo de vigilância.

Em sede conclusiva, verificou-se que, ao problematizar essas questões e construir soluções, Zuboff não fornece uma resposta suficiente que seja capaz de desafiar os

mecanismos de controle inerentes ao modelo de controle e vigilância tecnológica que ela denuncia.

Ante a essa constatação, duas demandas foram distinguidas para contribuir com a crítica da professora americana, de modo a complementar suas lacunas e aprofundar sua análise por meio de uma reorientação de perspectiva. Em primeiro lugar, a construção discursiva do conhecimento dos capitalistas de vigilância como tal deve ser questionada. Essa abordagem, diferentemente da apresentada por Zuboff, possibilita uma melhor crítica do “poder-saber” do capitalismo de vigilância, pois a produção de “verdade” induz efeitos de poder que podem ser contestados por meio do questionamento acerca da produção discursiva dessa verdade, desde sua origem até sua contaminação pelos interesses corporativos envolvidos. Neste quesito, o uso da razão crítica e o debate público são imprescindíveis.

Em segundo lugar, as técnicas behavioristas e a pressão social panóptica não devem ser consideradas as únicas formas de poder exercidas pelos capitalistas de vigilância. Uma mirada foucaultiana destaca que o exercício do poder pelas corporações tecnológicas no capitalismo de vigilância para influenciar a forma como construímos nossas relações e a nós mesmos deve ser compreendida e desafiada em suas principais bases, subvertendo o processo e tornando-o menos influente e menos determinante na autonomia da vontade dos seus usuários.

Nesse sentido, tomando como base as categorias de Foucault estudadas, em especial “poder-saber”, “governamentalidade” e “tecnologias de si”, na análise das relações de poder e do imperativo da predição no capitalismo de vigilância é possível vislumbrar alternativas e meios de superar as ameaças emergentes nesse novo modelo de controle digital não anotadas por Zuboff em sua obra.

Assim, ao enfatizar a importância da crítica à vigilância das corporações tecnológicas e de sua capacidade de solapar a liberdade e a autonomia da vontade, influenciando decisivamente no modo de pensar das pessoas sobre o mundo e sobre suas escolhas econômicas, sociais e políticas, uma perspectiva foucaultiana é crucial para ajudar as

sociedades e os cidadãos a se entenderem melhor e encontrarem saídas ao lidarem com essa nova força capitalista e vigilante.

## 7. REFERÊNCIAS

BUTLER, J. **Problemas de gênero**: feminismo e subversão da identidade. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

DELEUZE, Gilles. Post-Scriptum sobre as Sociedades de Controle. In: Deleuze, Gilles. **Conversações**: 1972-1990. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1992, p. 219-226.

FOUCAULT, Michel. O Sujeito e o Poder. In: RABINOV, Paul; DREYFUS, Hubert. **Michel Foucault**: uma trajetória filosófica - para além do estruturalismo e da hermenêutica. Trad. Vera Porto Carrero. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 229-249.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Trad. Roberto Machado. 13ª ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1998.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade 1**: a vontade de saber. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 13ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 1999a.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento das prisões. Trad. Raquel Ramalhete. 20ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999b.

FOUCAULT, Michel. Tecnologias de si (1982). **Verve**, São Paulo, n. 6, p. 321-360, 2004.

LYON, David. Introdução. In: Zygmunt Bauman. **Vigilância líquida** - Diálogos com David Lyon. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro, RJ: Zahar, 2013. p. 4-17.

MILLER, Peter e ROSE, Nikolas. Poder político além do Estado: problemáticas de governo. In: Peter Miller e Nikolas Rose. **Governando o presente**: gerenciamento da vida econômica, social e pessoal. São Paulo: Paulus, 2012, p. 70-104.

VAN DIJCK, J. **The culture of connectivity**. A critical history of social media. New York: Oxford University Press, 2013.

ZUBOFF, Shoshana. **A era do Capitalismo de Vigilância**: A luta por um futuro humano na nova fronteira do poder. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2021.

Data da submissão: 11/06/2024

Data da primeira avaliação: 11/06/2024

Data da segunda avaliação: 17/06/2024

Data da aprovação: 27/06/2024

**O EFEITO DA PANDEMIA COVID-19 NA FILOSOFIA ACADÊMICA***THE EFFECT OF THE COVID-19 PANDEMIC ON ACADEMIC PHILOSOPHY***Bjarne Melkevik<sup>1</sup>**

**RESUMO:** O artigo investiga como a pandemia da Covid-19 afetou a filosofia acadêmica. Destaca que filósofos não foram poupados pelo vírus, com vários falecimentos ocorrendo. A questão central é como os filósofos reagiram ao desastre de saúde e ao isolamento profilático causados pela pandemia.

**Palavras-chave:** pandemia; filosofia; saúde; COVID.

**ABSTRACT:** The article investigates how the Covid-19 pandemic has affected academic philosophy. It highlights that philosophers were not spared by the virus, with several deaths occurring. The central question is how philosophers reacted to the health disaster and prophylactic isolation caused by the pandemic.

**Key-words:** pandemic; philosophy; health; COVID.

**Sumário:** 1. INTRODUÇÃO; 2. O QUE PRECISA SER ENTENDIDO É A IMPORTÂNCIA DA SOLIDARIEDADE, DA AJUDA MÚTUA...; 3. O QUE FAZER ENTÃO? FUGIR!; 4. BRUNO LATOUR NÃO É O ÚNICO A SONHAR COM O TOTALITARISMO VERDE; 5. MICHEL HOUELLEBECQ E SCHOPENHAUER; 6. CONCLUSÃO; 7. REFERÊNCIAS

**1. INTRODUÇÃO**

Qual foi o efeito da pandemia da Covid-19 na filosofia acadêmica? Os filósofos não foram poupados pelo vírus Covid-19. Vários deles morreram. Mas como é que os filósofos reagiram ao desastre de saúde e isolamento profilático causado pela Covid-19? A filosofia acadêmica foi influenciada, "afetada" pelo vírus Covid-19, e como? O que nos dizem os filósofos sobre a pandemia e o período pós-Covid-19? Sem qualquer pretensão de completude, um requisito racionalmente impossível, apresentemos algumas reflexões críticas.

Se Jürgen Habermas é hoje o maior filósofo vivo, comecemos pela sua reação, como consta numa entrevista no jornal da elite cultural parisiense, o *Libération*, a 1 de fevereiro de 2021, intitulada "*A pandemia testa o nosso grau de civismo*". É uma mensagem a favor

---

<sup>1</sup> Professor Titular da Université Laval (Canadá); e-mail: bjarne.melkevik@fd.ulaval.ca

da importância do espírito cívico que Habermas envia a todos. Habermas irá atestar que, por muito que não tenha experiência em medicina, epidemiologia, imunologia e afins, os escritores que trabalham nas ciências sociais e culturais fazem melhor para confessar a sua ignorância, para se absterem de fazer previsões imprudentes e envolver-se em fantasias literárias. Nunca houve tanto conhecimento científico sobre a nossa ignorância e sobre agir e viver na incerteza, segundo Jürgen Habermas.

*“La pandémie ne met pas à l’épreuve nos systèmes démocratiques, mais, jour après jour, la rationalité, la capacité d’action de nos gouvernements et le soin qu’ils apportent à respecter les règles de l’État de droit. Mais elle met tout autant à l’épreuve le degré de civisme et de civilité des populations. Car nos bonnes chances de venir à bout de ce défi dépendent dans une grande mesure de la solidarité, du discernement et de la discipline des citoyens — c’est-à-dire de la bonne disposition de chacun à accepter, par considération pour autrui et pour soi-même, un certain nombre de restrictions et, dans nombre de professions, des risques à titre personnel.”*

*“La critique commence par l’autocritique. Pour prendre mon exemple, je suis un homme âgé et j’appartiens, certes, aux groupes dits à risque, mais je fais aussi partie, à un tout autre égard, des privilégiés et de ceux qui sont plutôt épargnés par les difficultés. La pandémie remet en cause nos catalogues de droits fondamentaux, nous confrontant à de l’inconnu, elle suppose nécessairement des processus d’apprentissage. Elle oblige ainsi à les interpréter. La valeur du droit fondamental à la vie est soulignée en relation avec d’autres droits fondamentaux, et cela peut être instructif” (HABERMAS, 2021)*

## **2. O QUE PRECISA SER ENTENDIDO É A IMPORTÂNCIA DA SOLIDARIEDADE, DA AJUDA MÚTUA...**

É a importância da solidariedade, da ajuda mútua, da fraternidade, da irmandade, a importância de cada um de nós entender que o outro conta tanto como nós, que o espaço público ("nós") precisa confiar na ciência médica, na razão e na lógica, na abertura de espírito e nas discussões democráticas. Trata-se de partirmos resolutamente de costas voltadas a todo o pessimismo, ao derrotismo, ao catastrofismo, que não têm qualquer efeito senão congelar as ações racionais.

O nosso mundo e a nossa forma de viver, no entanto, está longe de ser inteiramente resumido na ciência, na lógica e na racionalidade. As nossas vidas referem-se tanto a um mundo complexo, constituído por situações de insegurança existencial, agravadas pela recente pandemia. É uma insegurança existencial que é nutrida, aumentada e diversificada

por uma pluralidade de vetores presentes na nossa era Covid-19. Em primeiro lugar, os vetores ligados aos colapsos económicos, sociais, culturais e inter-individuais, que a qualquer momento correm o risco de piorar, e quebrar, fraturar, destruírem, negativamente a vida de cada um. Daí também o fato de a gestão política dos riscos e perigos da pandemia, pelo seu carácter necessariamente empírico e sujeito à lógica de "tentar e avaliar", arrisca a qualquer momento afundar, naufragar-se em mal-entendidos e cinismo de uma população desiludida. Daí o aviso de Jürgen Habermas, insistindo na necessidade de criar um muro cívico contra as fake news, as notícias falsas, as informações falaciosas, para se manter firme contra os não-cívicos anti-solidariedade, contra todas as formas de anti-socialidade, antipolítica e do antidemocratismo, que condena sem compromisso, colocando-o em perspectiva com certos outros acontecimentos recentes.

*“Ce nouveau type de mouvements protestataires, réunissant des adeptes de l'autoritarisme et des conspirationnistes de tous poils, des hooligans et des gens de la droite radicale prêts à recourir à la violence, est à mes yeux le phénomène véritablement inquiétant. Ce n'est pas la politique sanitaire étatique qui a généré ce potentiel de violence même si celui-ci connaît une pleine visibilité depuis la pandémie. Dès l'année 2017, la mouvance QAnon se faisait déjà entendre, et bruyamment. De façon tout à fait grotesque, ses partisans s'érigent en défenseurs des droits et de la liberté. À première vue, le mélange d'éléments autoritaires et d'éléments libertariens-égocentriques ne cadre en rien avec le schéma classique de l'antagonisme gauche-droite. Le fait que ces personnes à l'évidence avides de provocations et se mettant volontiers en scène aient largement participé le 6 janvier dernier, lors de l'assaut du Capitole, à Washington, doit nous faire réfléchir — bien que le trumpisme, aux États-Unis, ait naturellement de tout autres racines. Je crains que ce type de protestations, et pour lequel à ma connaissance aucune explication convaincante n'a été jusqu'à présent apportée, ne soit pas un phénomène éphémère, mais le signe qu'aux actuelles apories sociales répondent un nouveau profil psychologique — qui n'a pas encore été saisi avec justesse. Ce n'est pas la psychologie sociale du conspirationnisme qui est le problème fondamental, mais la question suivante: quelles sont les causes qui génèrent un tel mélange de phénomènes faisant à ce point contraste?”<sup>2</sup>*

É uma condenação em que Habermas associa a anti-socialidade ao irracionalismo político da nossa contemporaneidade, um irracionalismo político englobado por uma

---

<sup>2</sup> Jürgen Habermas, “La pandémie met à l'épreuve notre degré de civisme” (A pandemia põe à prova o nosso grau de civismo), Paris, Libération, 1 de fevereiro de 2021.



rejeição profundamente autoritária e ilógica da ciência, da democracia e dos desafios da verdadeira intersubjetividade política. Este é um sinal preocupante, mostrando que uma parte da população tem de se livrar de qualquer ligação co-social, um diagnóstico de um câncer no coração da nossa contemporaneidade, um regresso reacionário ao imaginário e alternativismo, a um pós-modernismo onde o indivíduo se demitiu, renunciar *ao outro*, tanto quanto a razão, para melhor apreciar – como Nero fez uma vez – o mundo em chamas e o espetáculo.

O filósofo italiano Giorgio Agamben encarna teatralmente e com uma resignação tão variada como um Nero e especialmente uma resignação estética e psicológica face à pandemia da Covid-19. Para ele, de facto, "a casa" – vamos compreender a ciência, a racionalidade, a política, a democracia e *o tutti quanti* – foi incendiado pela Covid-19. Num artigo de arquitetura pessimista, derrotista, desencorajador e antirracional, "*Quando la casa brucia / Quando a casa está a arder*", de 5 de outubro de 2020, lamenta perante uma catástrofe sem saída e sem esperança, onde é melhor estar noutra lugar para não ver nada.

*“Nada do que faço faz sentido se a casa estiver a arder. No entanto, mesmo quando a casa está em chamas, é necessário continuar como antes, para fazer tudo com cuidado e precisão, talvez até mais do que antes, mesmo que ninguém note. Talvez a própria vida desapareça da superfície da Terra, talvez não haja memória do que foi feito, para o bem e para o mal. Mas continua como antes, é demasiado tarde para mudar, não há mais tempo.”*

*“O que está a acontecer à tua volta já não é da tua conta. Como a geografia de um país que tens de deixar para sempre. Mesmo assim, como é que ainda te afeta? Precisamente agora que já não é da tua conta, agora que tudo parece ter acabado, que tudo e cada lugar aparecem agora na tua verdadeira aparência, todos nos tocam ainda mais intimamente, como são: esplendor e pobreza.”*

*“Qual casa está em chamas? O país onde vives, ou a Europa, ou o mundo inteiro? Talvez casas e cidades já tenham ardido num enorme incêndio - quem sabe há quanto tempo - que fingimos não reparar. Da maioria deles, apenas seções de paredes, um fresco, uma seção de telhado, nomes, tantos nomes já comidos pelas chamas permanecem. No entanto, cobrimo-lo cuidadosamente com lima e palavras falsificadas, para que pareça intacta. Vivemos em casas e cidades cremadas de uma ponta à outra como se ainda estivessem de pé; as pessoas fingem viver lá e andam mascaradas pelas ruínas como se ainda estivessem nos bairros familiares de uma era passada.*

*Hoje, a chama mudou de forma e natureza, tornou-se digital, invisível e fria, mas é precisamente por isso que está ainda mais perto e nos rodeia a cada momento”* (AGAMBEN, 2020)

Não há esperança, nenhuma saída humana e racional da nossa pandemia Covid-19? Se nós não somos nada além de ovelhas pobres olhando para "a casa" em chamas, que decidem que não vale a pena intervir, que não vale a pena ajudar os indivíduos que estão lá, e que a melhor coisa a fazer é, como Nero, cantar em frente ao fogo sem agir, sem reagir, reunidos em um paralisado atordoamento?

Para acreditar em Giorgio Agamben, era melhor abandonar a casa ao fogo, deixar as chamas consumirem o que lá está e como um anestésico pós-moderno contemplar tudo isto como uma nova pintura que fascina, encanta, deslumbra. É acreditar que a verdade está nas chamas, que as cinzas são o nosso destino! Daí a conclusão de Agamben, nomeadamente que é melhor salvar-se, melhor virar as costas, é melhor correr para se esconder, para que o fogo consuma tudo, exceto este "eu" estético que, como Nero, uma vez canta com a sua lira a ver Roma arder em chamas. Ele assume esta posição:

*"Hoje, a humanidade está desaparecendo, como um rosto desenhado na areia e varrido pelas ondas. Mas o que toma o seu lugar não tem mais pessoas; é apenas uma vida nua e silenciosa sem história, à mercê dos cálculos do poder e da ciência. Talvez, no entanto, seja apenas a partir deste naufrágio que algo mais possa aparecer, seja lenta ou abruptamente - certamente não um deus, mas não outro homem também - um novo animal, talvez, uma alma que viva de forma diferente..." (AGAMBEN, 2020)*

### **3. O QUE FAZER ENTÃO? FUGIR!**

O que fazer então? Fugam! Fugindo para se esconder da pandemia! Deixem morrer aqueles que devem morrer, deixem viver o "eu" que deve viver!

Num mimetismo singular, Giorgio Agamben realmente acredita que devemos nos comportar como na Idade Média (durante o tempo da Peste Negra), continuar a viver como se não houvesse perigo, ou fugir, fugir das cidades pestíferas. Parte da população da França já o fez, é referido que um milhão de parisienses (2020 - 2021) aproveitaram a Covid-19 para deixar a sua cidade e juntar-se às suas segundas casas no campo, nas montanhas e junto ao mar. Viver melhor, viver como se nada tivesse acontecido, convencer-se de que estava tudo bem, que tudo é bom que acaba bem! Não adotamos o símbolo do arco-íris como símbolo secular da nossa era Covid-19 e para mostrar a nossa esperança; esquecendo

oportunamente que é o símbolo por excelência, de acordo com a Bíblia, da aliança entre Deus e os homens, a união sagrada do Céu e da Terra?

O que podemos aprender com as exorbitações de Giorgio Agamben? Que não há nada para vencer! Deixe a ignorância se transformar em insignificância aqui! Com a exceção de concordar em morrer em êxtase (no fogo), o pensamento de Giorgio Agamben acaba por ser uma declaração banal de que depois da Covid-19 ter destruído tudo, os sobreviventes se encontrariam com seus amigos, tomariam um café, esperando juntos retomar a vida onde tinha parado antes. É como no romance de Ernst Jünger, onde o lutador que sobreviveu à "tempestade do aço" (da Guerra das Trincheiras durante a 1ª Guerra Mundial) encontra o espectador anestesiado (Giorgio Agamben) sobrevivendo "à tempestade do vírus", para que os dois se retirem juntos sabendo que estão vivos. Quanto à casa queimada, vamos plantar rosas nas cinzas!

O contexto do pessimismo anestésico não agrada aos utópicos, sonhadores de um amanhã encantado e paradisíaco, o idealista que espera pela sua oportunidade de impor "a nova sociedade" ou de fazer progressos (e progressismo). Para este, a épica Covid-19 designa-se como o momento propício para impor "a ideia que nos quer salvar", é o momento em que só tem de propor o "pós-Covid-19" (a angústia psicológica das pessoas joga a seu favor) como um momento mágico pronto para nos servir, se quisermos, para resolver todos os problemas que temos encobertos antes. Bruno Latour com o seu livro "*Où suis-je? Leçons du confinement à l'usage des terrestres*" entraram imediatamente em cena.

Bruno Latour chega com o aviso de que se todos querem voltar à sua antiga "normalidade" antes da Covid-19, nada é mais falso e indesejável, porque segui-lo (o que aconselhamos contra) o tempo é bastante propício para "mudar o mundo". A pandemia Covid-19 é apenas para ele um aviso de que devemos seguir um novo caminho, para nos envolvermos noutra direção, uma direção desconhecida, incerta e inexplorada, como aquela que Moisés já tinha travado. A nossa pandemia Covid-19 tem sido apenas um pequeno teste antes do grande teste, um preâmbulo insignificante para a crise real, a catástrofe, que se

anuncia diante de nós: outros vírus, abalos sísmicos, aquecimento global, calamidades ecológicas, fomes e coisas piores.

Para Bruno Latour, ciência ou tecnologia, ou razão ou lógica, é o Velho Mundo, o mundo que produz problemas e que nunca devemos confiar. No seu cenário, refazer o mundo significa repensar o mundo de forma diferente, fazê-lo com conceitos sociológicos e culturais que ele pensou por nós, e que ele nos dá e que pode (se tudo correr bem) nos salvar. Conceitos que a terra, a natureza, a ecologia prevê numa interconectividade, um interseccionalismo, e onde tudo confirma "a morte do Homem". Dos conceitos que nos obrigam a entender "sem um indivíduo", "sem sociedade", "sem racionalidade humana"; compreender no modo de uma simbiose universal entre os vivos e os não-vivos, como em Aldo Leopold; compreender mergulhando-se no conceito de "psique ecológica", como em Gregory Bateson, e em suma compreender o todo com os olhos de Gaia (a deusa pagã da Terra).

Trata-se de uma questão de compreensão em sociologia e cultura para, finalmente, não compreender nada a nível factual, científico e racional! Infelizmente, Bruno Latour acredita plenamente que a operação de conceitos sociológicos ou culturais lhe permite conhecer a realidade ou, graças a uma nova "mentalidade", ter obtido (por magia!) um efeito sobre a realidade. A verdade é que a realidade factual não se preocupa com conceitos sociológicos e culturais, e nunca dançou ao ritmo de qualquer conceito até hoje. O ardente desejo de Bruno Latour de ser um profeta obviamente prevalece sobre a razão!

Na verdade, Bruno Latour observa que a obsolescência do indivíduo, a depreciação do ser humano, não só leva a um salto na irracionalidade, como também há o caminho livre para um totalitarismo verde, para um fascismo verde. O fim é salvar a Terra de um vírus chamado humano, os meios (que a ação racional agora abomina) cedem antes de um fim que deve dominar tudo, um transcender ou eliminar para alcançar o reinado de Gaia. É uma luta entre o humano e Gaia, onde o ser humano é o mais! É o totalitarismo que está a ser introduzido.

#### **4. BRUNO LATOUR NÃO É O ÚNICO A SONHAR COM O TOTALITARISMO VERDE**

Ele não é o único a sonhar com um totalitarismo verde. Trata-se, de fato, de uma tendência política e cultural muito forte e na moda, como também é evidenciado pelo filósofo sueco Andreas Malm e pelo seu livro "*Corona, Clima, Emergência Crônica: Comunismo de Guerra no Século XXI*". É um defensor de um novo "leninismo ecológico", um leninismo ainda mais cruel e duro do que o antigo. Uma prova de que há pessoas que nunca se deixam ensinar pela história!

Para Andreas Malm, a pandemia Covid-19 não passa de uma crise ecológica disfarçada. Uma crise ecológica que o bem-pensado esconde e disfarça, a teoria da conspiração exige-a, como uma crise sanitária e epidemiológica. Para segui-lo (não recomendado), é uma crise ecológica ligada aos nossos modos de produção e consumo. Uma das principais causas do problema da infecção zoonótica, segundo ele, é o abate constante de florestas tropicais para estabelecer áreas de pastoreio e plantação. Daí as causas climáticas subjacentes às doenças zoonóticas transmitidas por animais selvagens e a própria razão para a existência da Covid-19. É evidente que a pandemia Covid-19 é apenas mais um efeito da nossa crise ecológica generalizada.

Solução! Este é o "leninismo ecológico" mencionado. Como V. I. Lênin já tinha tirado toda a liberdade e autonomia, política e individual, especialmente dos trabalhadores e dos movimentos dos trabalhadores, por nada adicionado à demolição da democracia para todos, o mesmo deve ser feito agora. O movimento ecológico segundo Andreas Malm precisa de um "leninismo ecológico", ou de um "comunismo de guerra" (bastante reforçado por J. Stalin), para trazer ao calcanhar todas as forças antiecológicas que os impedem, ou dificultam, e às suas políticas. "Leninismo ecológico", disse, é apenas uma extensão coerente do que muitos Estados já fizeram nas fases iniciais da pandemia, nomeadamente confinar as pessoas às suas casas, decidir o que é essencial e quais são os empregos essenciais que podia continuar, os quais não eram essenciais e tinham que parar, como se alimentar e com que alimentos, etc.

Segundo Andreas Malm, o controle absoluto do Estado sobre a sociedade deve tornar-se a nova norma em termos de produção, consumo, lazer, vida privada e pública, uma vez que todas estas atividades podem afetar o clima e a ecologia de uma forma ou de outra. É evidente que alguma produção e consumo não são apenas inúteis, devem ser considerados prejudiciais e resolutamente suprimidos. Do mesmo modo, temos de garantir que as cadeias de abastecimento que fluem para os nossos países não envolvam qualquer forma de desflorestação, sobrepesca, desertificação, poluição, "energia fóssil", etc. Segundo Andreas Malm, é necessário alcançar o "leninismo ecológico" mobilizando os novos instrumentos eletrónicos, inteligência artificial, *big data*, para controlar, dirigir e garantir que os indivíduos sempre façam atos adequados e ecológicos, como lhes explicou. Daí o facto da gestão política da crise da Covid-19 ter demonstrado amplamente as capacidades da inteligência artificial dos Estados modernos para gerir as pessoas e isto para além dos meios banais legislação vinculativa e punitiva, brigadas de polícia, funcionários "controladores".

Quem, no entanto, quer realmente viver num regime de fascismo ecológico? O totalitarismo descrito no romance "1984" de George Orwell será liberal em comparação com um estado totalitário que apenas gere o indivíduo como um objeto. Pode ser que Andreas Malm seja apenas um precursor de uma tendência ascendente de autoritarismo, de cesarismo, de bonapartismo, de fascismo, que já está desfigurando – primeiro intelectual, depois realmente? – os movimentos ecológicos de hoje?

Longe de nós especular se esta mensagem "leninista-fascista" inspira, mas pelo acaso, ou pelo vento disseminador, o filósofo pop esloveno Slavoj Žižek chega por sua vez com um apelo a um "comunismo de catástrofe" com uma sonoridade semelhante.

No livro "*Pandemic! COVID-19 Shakes the World*", Polity Press, 2020, ele anuncia que há algo de errado com o nosso sistema e que precisamos mudá-lo. Por quê? Porque não estávamos completamente preparados para a pandemia, a China e os países autoritários geriram melhor os efeitos para a saúde e económica da pandemia, o que prova que, segundo Žižek, é para conduzir a uma mudança radical na nossa ordem social, para estabelecer uma nova forma de "comunismo" focada na solidariedade e na interação global, um "comunismo"

baseado na confiança e na ciência. Em suma, um "comunismo" que nada tem a ver com o comunismo dos trabalhadores históricos e tudo a ver com o estatismo contemporâneo.

O novo "comunismo da catástrofe" de Slavoj Žižek é a valorização de um Estado que não só deve desempenhar um papel muito mais ativo, como deve pôr de lado todos os mecanismos de mercado. O próprio Estado deve organizar a produção de materiais essenciais, como curativos, equipamentos de teste médico e respiradores, tem de criar hotéis de isolamento e outras clínicas, deve garantir um rendimento mínimo a todos os que perderem os seus empregos; em suma, para tomar conta da vida económica e privada de todos sob uma tutela estatista (se você acredita) benevolente.

Lá onde o comunismo da catástrofe se parece terrivelmente com o velho comunismo leninista e estalinista é que, mais uma vez, é uma elite (supostamente) vanguardista e desperta ("woke") que decide a não-liberdade, o confinamento, a não-política, a não-democracia. Vigilância, controlo, para o benefício, supostamente, de todos. É um comunismo de catástrofe que rapidamente corre o risco de se revelar outra catástrofe e, acima de tudo, corre o risco de ali se instalar durante muito tempo. E se não merecíamos nada melhor do que um "catastrofismo-comunista" que rapidamente se tornará um paraíso para os inimigos do povo.

É, de facto, incompreensível observar quantos pensadores supostamente inteligentes e educados hoje em dia apoiam ideias completamente loucas e totalitárias. É como se a pandemia da Covid-19 tivesse derrubado as máscaras e que agora ideias opacas e autoritárias que teriam sido apenas para sugerir habilmente e com palavras pequenas são agora expressas sem restrições. Uma grande parte dos nossos intelectuais obviamente não respeita a democracia, a lógica e a racionalidade nos seus corações, e obviamente só sonha em ver-se no papel de um rei platónico governando sobre o topo de uma pirâmide normativa. As palavras de Jürgen Habermas que abriram o nosso artigo foram e felizmente continuam a ser o contraexemplo.

Felizmente, também não há razão para acreditar que a era pós-Covid-19 deve inevitavelmente revelar-se um pesadelo antidemocrático. Desde que não nos deixemos

seduzir por filosofias totalitárias e autoritárias, há antes a esperança de podermos retomar a vida, respirar livremente, caminhar com a cabeça erguida.

## 5. MICHEL HOUELLEBECQ E SCHOPENHAUER

Outro intelectual, filósofo nos tempos livres (veja o seu magnífico livro "Na presença de Schopenhauer", 2017), Michel Houellebecq, confirma isso numa carta pública "Não acredito em declarações como "nada voltará a ser o mesmo", publicado a 4 de maio de 2020. Contra a afirmação de que "nada volta a acontecer como antes", afirma lucidamente o contrário, nomeadamente que o antes e o depois se juntam, e que o único que mudou será a nossa experiência de ter passado juntos pela épica Covid-19:

*“Tivemos muitas coisas sobre a peste, ao longo dos séculos, a peste tem interessado muito os escritores. Tenho dúvidas. Já não acredito nem meio segundo em declarações como "nada voltará a ser o mesmo". Pelo contrário, tudo permanecerá exatamente igual. O curso desta epidemia é até notavelmente normal. O Ocidente não é para a eternidade, por direito divino, a área mais rica e desenvolvida do mundo; acabou, tudo isto, há algum tempo, não é um primor. Se olharmos para ela, mesmo em pormenor, a França está a fazer um pouco melhor do que a Espanha e a Itália, mas pior do que a Alemanha; mais uma vez, não é uma grande surpresa.*

*O principal resultado do coronavírus, pelo contrário, deve ser acelerar certas mutações em curso. Durante alguns anos, todos os desenvolvimentos tecnológicos, sejam menores (vídeo a pedido, pagamento sem contato) ou grandes (teletrabalhos, compras na Internet, redes sociais) tiveram a principal consequência (como principal objetivo?) de reduzir os contatos materiais, e especialmente humanos. A epidemia de coronavírus oferece uma razão magnífica para esta tendência pesada: uma certa obsolescência que parece atingir as relações humanas. O que me faz pensar numa comparação luminosa que notei num texto anti-PMA escrito por um grupo de ativistas chamado "Os Chimpanzés do Futuro" (descobri estas pessoas na Internet; nunca disse que a Internet só tinha desvantagens). Por isso, cito-os: "Em breve, fazer as crianças, de graça e ao acaso, vai parecer tão incongruente como pedir carona sem uma plataforma web." Carpooling, colegas de quarto, temos as utopias que merecemos, vamos finalmente passar.*

*Seria igualmente errado dizer que redescobrimos o trágico, a morte, a finitude, etc. A tendência há mais de meio século, bem descrita por Philippe Ariès, tem sido ocultar a morte, tanto quanto possível; Bem, nunca a morte foi tão discreta como nestas últimas semanas. As pessoas morrem sozinhas nos seus quartos de hospital ou de EHPAD, são enterradas imediatamente (ou são cremadas? Mortas sem qualquer testemunho, as vítimas resumem-se a uma unidade nas estatísticas das mortes diárias, e a angústia que se espalha entre a população à medida que o aumento total tem algo estranhamente abstrato. (...)*



*Todas estas tendências, como disse, já existiam antes do coronavírus; eles só se manifestaram com novas evidências. Não acordaremos, depois do bloqueio, num mundo novo; será o mesmo, um pouco pior” (HOUELLEBECQ, 2020)*

Sim, pode muito bem acontecer. Pela nossa felicidade, pelo nosso infortúnio também. Pode ser que tenhamos aproveitado o nosso isolamento, distanciamento, independência que o teletrabalho representou. Muitos substituíram o tradicional "metrô, trabalho, sono" ("métro, boulot, dodo") pelo mais atraente "aperitivo, refeição, descanso" ("apéro, repas, repos"). Outros gostaram dos seus casulos de intimidade e vivem-no dia após dia. Outros, mais numerosos, retiraram-se, emocionalmente, dos compromissos a longo prazo que pressupõem um mundo estável, seguro e ordenado. Neste sentido, o Covid-19 arrisca-se a curto e a longo prazo para alimentar o narcisismo pós-moderno e distanciar-nos uns dos outros. Esta será uma tendência negativa, que nos dirá sobre os tempos que ainda não são.

## 6. CONCLUSÃO

Longe de nós para explicar tudo o que os filósofos escrevem durante a épica Covid-19. É impossível para um indivíduo comum ter lido tudo e não nos façamos de conta. Declaremo-nos inteiramente culpados, reprováveis, em relação a tudo o que ignoramos, descartamos, e tudo o que escapa à nossa vigilância intelectual. Quando a próxima pandemia chegar, prometemos fazer melhor.

## 7. REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Quando la casa brucia**. Macerata: Giometti & Antonello, 2020.

AGAMBEN, Giorgio. «**Quando la casa brucia**» (Quando a casa está em chamas). Disponível em: <https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-quando-la-casa-brucia>. Acesso em: 5 out. 2020.

HABERMAS, Jürgen. **La pandémie met à l'épreuve notre degré de civisme** (A pandemia está a testar o nosso nível de boa cidadania). Paris: Libération, 1 fev. 2021.

HOUELLEBECQ, Michel. **En présence de Schopenhauer** (Na presença de

Schopenhauer). Paris: Herne, 2017.

HOUELLEBECQ, Michel. **Não acredito em declarações como 'nada voltará a ser a mesma'** (a nossa tradução). Publicada originalmente a 4 de maio de 2020 em: <https://www.franceinter.fr/emissions/lettres-d-interieur/lettres-d-interieur-04-mai-2020>.

LATOURE, Bruno. **Où suis-je? Leçons du confinement à l'usage des terrestres** (Onde estou? Lições do Confinamento ao Uso da terrestre). Paris: La Découverte, 2021.

LATOURE, Bruno. **Où atterrir? Comment s'orienter en politique** (Onde pousar? Como orientar-se na política). Paris: La Découverte, 2017.

MALM, Andreas. Corona, **Climate. Chronic Emergency**: War Communism in the Twenty-First Century (Corona, Clima. Emergência Crônica: Comunismo de Guerra no Século XXI). Londres: Verso, 2020.

ŽIŽEK, Slavoj. **Pandemic! COVID-19 Shakes the World** (Pandemia! COVID-19 agita o mundo). London: Polity Press, 2020.

**PLURALISMO JURÍDICO EM AÇÃO: UM ESTUDO DE CASO SOBRE A AMÉRICA LATINA***LEGAL PLURALISM IN ACTION: CASE STUDIES FROM LATIN AMERICA***Enrico Buono<sup>1</sup>**

**RESUMO:** O objetivo deste artigo é reconstruir o pluralismo jurídico como uma possível língua franca jurídica para o Sul Global, através da análise de um estudo de caso na sua implementação constitucional. Nos últimos anos, a atenção dos estudos jurídicos comparados têm sido cada vez mais atraída para a região latino-americana, como um laboratório vivo para o desenvolvimento e a promulgação do pluralismo jurídico. Embora no papel a recente Constituição da Bolívia seja indiscutivelmente a constituição multicultural mais progressista alguma vez escrita – reconhecendo expressamente a plurinacionalidade, os direitos colectivos, a personalidade jurídica da Mãe Terra e vários graus de autonomia administrativa para as comunidades indígenas – o discurso eufórico que alguns observadores adoptaram deve ser atenuada pela análise das contradições que têm afligido a implementação deste texto a nível político, através da adopção de uma Lei de Demarcação Jurisdicional extremamente restritiva. A maior parte destes elementos contraditórios afetam os mecanismos do pluralismo jurídico igualitário, minando a articulação plurinacional do Estado arquitetada a nível discursivo no texto constitucional e traindo substancialmente este comando constitucional “não ouvido”. Estes paradoxos merecem ser explorados com mais distanciamento para compreender plenamente como o pluralismo jurídico pode ser eficazmente aplicado dentro de um quadro constitucional no Sul Global.

**Palavras-chave:** pluralismo jurídico; direito em ação; direito constitucional comparado; plurinacionalidade; novo constitucionalismo andino.

**ABSTRACT:** The aim of this article is to reconstruct legal pluralism as a possible legal *lingua franca* for the Global South, by analysing a case study in its constitutional implementation. In recent years the attention of comparative legal scholarship has been increasingly drawn to the Latin American region, as a living laboratory for the development and enactment of legal pluralism. Even though on paper the recent Constitution of Bolivia is arguably the most progressive multicultural constitution ever written – expressly recognizing plurinationality, collective rights, legal personality of Mother Earth and varying degrees of administrative autonomy for indigenous communities – the euphoric discourse that some observers have adopted must be tempered by analyzing the contradictions that have afflicted the implementation of this text on a political level, through the adoption of a most restrictive

---

<sup>1</sup> wissenschaftliche Mitarbeiter (assistente científico) no Centre juridique franco-alemand da Universitat des Saarlandes, Alemanha. Foi pesquisador visitante na Universidad Católica Boliviana San Pablo em La Paz. PhD summa cum laude em Direito Comparado pela Segunda Universidade de Napoles. Mestre em Direito e em Ciência Política pela Universidade Federico II de Napoles, Italia. (Alemanha); e-mail: enricobuono.phd@gmail.com

Law of Jurisdictional Demarcation. Most of these contradictory elements have affected the mechanisms of egalitarian legal pluralism, undermining the plurinational articulation of the State engineered at a discursive level in the constitutional text and substantially betraying this “unheard” constitutional command. These paradoxes deserve to be explored with more detachment to fully understand how legal pluralism can effectively be enforced inside a constitutional framework within the Global South.

**Key-words:** legal pluralismo; law in action; comparative constitutional law; plurinationality; andean nuevo constitucionalismo.

**Sumário:** 1. INTRODUÇÃO; 2. PLURALISMO JURÍDICO IGUALITÁRIO; 2.1. ASPECTOS DEFINITIVOS E PREMISSAS TEÓRICAS; 2.2. QUADRO REGULATÓRIO INTERNACIONAL E INTERNO; 2.3. QUESTÕES CRÍTICAS, DIFICULDADES DE IMPLEMENTAÇÃO E REVISÃO JURISPRUDENCIAL; 2.4. O PROTOCOLO INTERJURISDICIONAL PERUANO; 3. CONCLUSÃO; 4. REFERÊNCIAS

## 1. INTRODUÇÃO

"O pluralismo jurídico é um fato. O centralismo jurídico é um mito, um ideal, uma afirmação, uma ilusão" (GRIFFITHS, 1986). Neste contexto, pretende-se demonstrar que o pluralismo jurídico pode constituir uma língua franca concreta para o Sul Global, abrindo caminho para a comparação entre tradições jurídicas para além do Ocidente.

As vozes do Sul provenientes do arquipélago dos Estados pós-coloniais não podem, de fato, permanecer inouvidas, não apenas para evitar repetir os erros do eurocentrismo e da 'universalização' a partir de uma perspectiva eurocentrista “superior”, mas também porque as tradições jurídicas não ocidentais parecem intrinsecamente mais adequadas do que os sistemas jurídicos e os juristas ocidentais para enfrentar os desafios intelectuais e práticos do direito comparado e do pluralismo jurídico, mostrando-se mais conscientes da natureza mista de todos os direitos e postulando uma doutrina jurídica voltada para a compreensão da dimensão global do direito.

O Sul Global constitui, nesse sentido, um laboratório vivo de implementação de políticas progressistas, remédios de caráter estrutural que dizem respeito à fisiologia geral do Estado contemporâneo. Um exemplo disso são as Constituições do novo constitucionalismo andino - a Constituição da República do Equador de 2008 e a

Constituição Política do Estado Plurinacional da Bolívia de 2009, objeto da presente investigação - entre os documentos constitucionais mais avançados no reconhecimento da plurinacionalidade, dos direitos dos povos indígenas, do pluralismo jurídico igualitário e da personalidade jurídica da natureza.

Os tempos estão maduros para que os comparatistas superem sua tradicional arrogância epistêmica, voltando o olhar além do Ocidente, na necessidade de temperar e superar o paroquialismo do pensamento constitucional ocidental e pluralizar a compreensão do constitucionalismo. É necessário delimitar preliminarmente - com definições necessariamente estipulativas - os "limites" do Sul Global e das concepções concorrentes de pluralismo jurídico.

A adoção de um termo unificante que englobe as experiências constitucionais da África, do Sudeste Asiático e da América Latina está sujeita a críticas, mas como designação simbólica com implicações políticas, o Sul Global é uma "categoria politética" que não assume significado em virtude de seu conteúdo, mas de seu contexto, transcendendo a retórica pós-colonial para traçar novas cartografias contra-hegemônicas. Rebelando-se contra a lógica schmittiana do pensamento global linear e contra a terra plana do constitucionalismo global, o Sul Global está em todo lugar, mas sempre em algum lugar, desenhando - onde quer que se lute pela liberdade decolonial - geografias humanas apesar de geografias profundamente desumanas de desposseamento.

Na ordem mundial pós-global, o Sul Global é ao mesmo tempo uma metáfora de re-resistência à modernização e uma "vasta comunidade imaginada" que une todas as experiências decoloniais: uma rede global contra-hegemônica composta por uma multiplicidade de comunidades - também "imaginadas" - empenhadas em uma jornada de redescoberta de suas cosmovisões ancestrais.

Há um potencial "transgressivo", "desorganizador", "profundamente subversivo" nessa epistemologia do Sul (global), que - na aspiração compartilhada por um "universalismo de outro tipo" - desafia abertamente o paradigma neoliberal dominante: um potencial subversivo que lembra, em vários aspectos, a episteme do direito comparado. A ideia de Sul

Global - como destacado por Hoffmann (2017) - tem sido "empregada como uma marreta para dismantelar os conceitos fundamentais e fundantes do direito comparado [...], sua confortável pertença à modernidade ocidental", levando ainda mais longe a doutrina constitucional-comparatística mais crítica para além do Ocidente. A noção heurística de Sul Global pode efetivamente inverter os paradigmas doutrinários eurocêntricos - como as excluídas Outras concepções da ordem social e do direito de David - reafirmando que a modernidade jurídica vive plenamente apenas no Sul Global, onde o Norte e o Sul se unem naquele híbrido, complexo e contingente mesclagem tradicionalmente associado à (pós)modernidade.

Na tentativa de transcender as lógicas periféricas do provincialismo constitucional, a ideia - aqui apenas delineada - de Sul Global pode concretamente "levar a sério a alteridade", como lugar de confronto inter-identitário e não apenas como mero objeto de análise. Longe de derivas vitimistas, abre-se ao confronto com as "periferias" de uma modernização constitucional - na maioria das vezes forçada e distorcida - reivindicando a necessidade de um pensamento (constitucional) meridional a ser oposto à funcionalização global: contra o universalismo do Norte, os Sul podem opor a pluralidade dos pensamentos, oferecendo complexidade "em lugar de sua redução".

O pluralismo jurídico é geralmente visto como a coexistência de um sistema jurídico do Estado com diferentes sistemas jurídicos que estão em sua jurisdição. A reconstrução orgânica das implicações - operacionais e teóricas - das diferentes conceptualizações do modelo pluralista está além do objetivo do presente trabalho, mas certamente pode-se compartilhar a crítica de Chiba à maioria dos defensores do pluralismo jurídico, por terem reduzido a pluralidade das formas a uma "estrutura dupla" não totalmente escapando ao tradicional monismo do direito estatal e ao universalismo do direito ocidental. Mais recentemente, argumentou-se que o pluralismo jurídico constitui o conceito-chave da concepção pós-moderna do direito, representando as sociedades modernas como "constelações jurídicas".

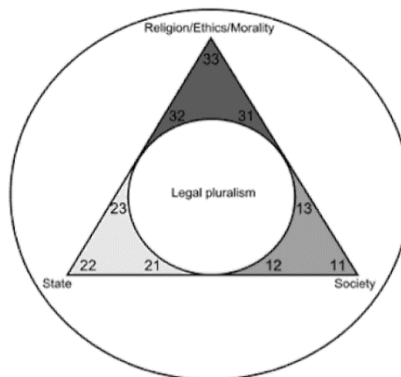
Não por acaso, a Constituição Política do Estado Plurinacional da Bolívia traduz em

disposições constitucionais expressas a teoria da interlegalidade de Santos que - ao superar a criticada estática da estrutura dupla do pluralismo clássico - considera a inter-relação dinâmica entre todas as normas que orientam os comportamentos de múltiplas e heterogêneas origens religiosas, tradicionais, consuetudinárias, estatais, somadas às de origem supraestatal e transnacional.

Uma breve análise do modelo de Menski - em constante evolução - pode ilustrar graficamente essas interações entre direitos naturais (seculares ou religiosos), costumes socioculturais, direito estatal e direito internacional (incluindo os direitos humanos), coexistentes dentro de lógicas pluralmente criativas "nebulosas".

Nesta primeira representação (Figura 1) - baseada nos trabalhos de Chiba - o pluralismo jurídico é ilustrado nas diferentes combinações entre influências sociais (número 1), estatais (número 2) e religiosas/éticas/morais (número 3):

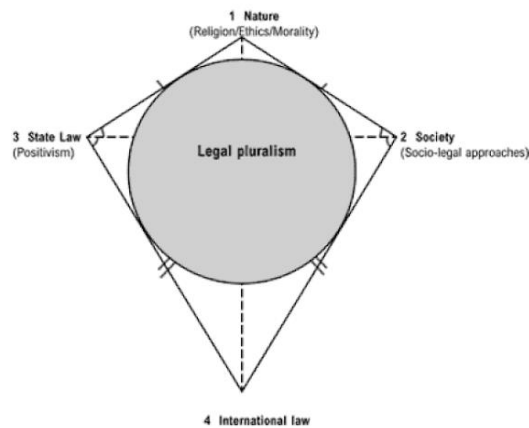
"as combinações numéricas refletem os diferentes graus de equilíbrio entre elementos diferentes [...] O número 23, por exemplo, representa o direito influenciado principalmente pelo Estado, mas também por valores religiosos/éticos/morais, [...] enquanto o 21 denota o direito de produção estatal influenciado pelas normas sociais" (TAS, 2016)



**Figura 1 Triângulo de Menski (2006)**

O triângulo de Menski, com a recente adição de um quarto ângulo - a influência da ordem internacional e dos direitos humanos - evoluiu para uma pipa (Figura 2). Cada ângulo é em si plural, indicando uma "pluralidade de pluralidades" (PoP):

"na realidade, cada um dos quatro ângulos [...] representa uma variedade de formas híbridas deste tipo particular de direito. Claramente, não existe um único direito natural uniforme, nem um único costume ou um único tipo de direito estatal, nem mesmo o direito internacional pode ser reduzido a uma única entidade identificável. Todos os quatro são em si profundamente plurais, com suas tensões e conflitos internos" (MENSKI, 2011)

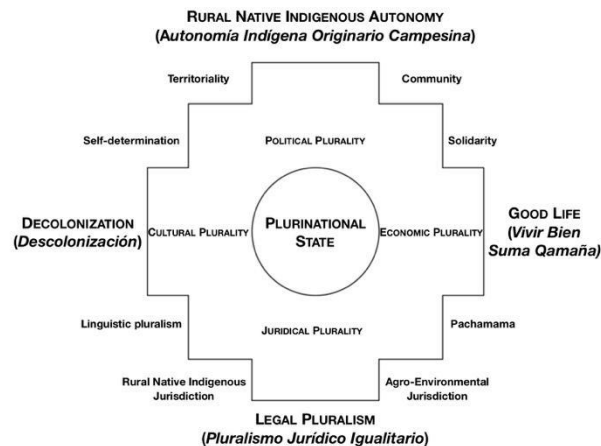


**Figura 2 pipa de Menski (2011)**

Ao combinar o triângulo e a pipa de Menski, pode-se melhor delinear a proposta de uma chakana (Figura 3) para descrever a arquitetura constitucional original traçada pelo artigo 1 da Constituição Política do Estado Plurinacional da Bolívia de 2009 e sua peculiar pluralidade de pluralismos. O pluralismo jurídico representa apenas um aspecto: o pluralismo cultural, econômico e político estão, de fato, todos consagrados no primeiro artigo da nova constituição boliviana, com importantes consequências jurídicas.

Analogamente ao triângulo de Menski, diferentes "gradações" são colocadas nos "degraus" da cruz quadrada (em minúsculas): exemplificam apenas algumas das possíveis interações entre os diferentes níveis de pluralismo. O tratamento pode prosseguir ao longo dos pontos cardeais da chakana, dedicando o próximo parágrafo ao aprofundamento adequado do pluralismo jurídico igualitário.





**Figura 3 Chakana plurinazionale**

## 2. PLURALISMO JURÍDICO IGUALITÁRIO

### 2.1. ASPECTOS DEFINITIVOS E PREMISAS TEÓRICAS

O pluralismo jurídico é um princípio constitucional consagrado pela Constituição Política do Estado Plurinacional da Bolívia de 2009 (CPE), que - no já citado artigo 1 - define a Bolívia como um Estado Plurinacional e intercultural que se baseia na pluralidade e no pluralismo jurídico.

A doutrina e, principalmente, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) referem-se à distinção teórica - realizada por Hoekema - entre duas formas de pluralismo jurídico: pluralismo jurídico social e pluralismo jurídico formal, concebível por sua vez como "unitário" ou "igualitário". O pluralismo jurídico formal do tipo "unitário" prevê a coexistência de dois ou mais sistemas jurídicos reconhecidos pelo Estado, mas a determinação da legitimidade e dos âmbitos de aplicação dos ordenamentos concorrentes é reservada ao (único) direito de produção estatal, gerando um pluralismo jurídico "fraco". O pluralismo jurídico formal do tipo "igualitário", por outro lado, propõe-se a não reservar ao Estado a (hetero)determinação dos sistemas jurídicos reconhecidos: são os próprios povos indígenas que - no exercício do direito à autodeterminação - estabelecem as normas, procedimentos e instituições aplicáveis a eles, sem interferências estatais, em um quadro constitucional que promove a complementaridade de funções e a igualdade

hierárquica entre jurisdições em igualdade de condições.

O modelo delineado pela CPE, embora expressamente consagre o princípio do pluralismo jurídico igualitário, reserva à lei ordinária a identificação das competências territoriais, materiais e pessoais da jurisdição indígena, introduzindo de facto elementos assimiláveis ao tipo "unitário": da *contraditio in adiecto* de um "pluralismo igualitário unitário" emergem perfis de criticidade compartilhados - como se está prestes a demonstrar - tanto pela comunidade internacional quanto pelas principais organizações indígenas.

## **2.2. QUADRO REGULATÓRIO INTERNACIONAL E INTERNO**

A construção e execução da justiça plural – a "verdadeira descolonização da justiça" à qual se refere a jurisprudência do TCP – é uma das principais inovações trazidas pela CPE e postula a recuperação, reavaliação e incorporação de princípios, valores e práticas da justiça indígena.

O direito das comunidades indígenas ao exercício de seus sistemas de justiça foi desenvolvido pelo sistema interamericano (e internacional) de promoção e proteção dos direitos humanos. O artigo 27 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos reconhece a diversidade cultural como um direito humano fundamental. Os artigos 8 a 12 da Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre os direitos dos povos indígenas e tribais garantem a diversidade cultural na administração da justiça, consagrando o direito dos povos indígenas de "manter suas próprias tradições e instituições, desde que não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional e com os direitos humanos reconhecidos internacionalmente" (artigo 8). A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas estabelece garantias reforçadas para o respeito à diversidade cultural (artigo 13) e ao pluralismo jurídico (artigo 35). As regras de Brasília sobre o acesso à justiça para pessoas em condições de vulnerabilidade – adotadas no XIV Cúpula Judicial Ibero-americana – impõem aos Estados o dever de estabelecer medidas positivas para neutralizar as barreiras de acesso à justiça que os povos indígenas enfrentam (regra 9); a possibilidade de exercer seu próprio direito e a

administração de sua própria justiça em harmonia com a justiça do Estado (regra 48); o uso de perícias culturais para a interpretação de seus direitos, assistência de intérpretes e a possibilidade de se dirigirem aos tribunais em sua língua (regra 49); a observância de suas práticas culturais no contexto do respeito à sua cosmovisão (regra 79).

A nova Constituição boliviana amplia os direitos dos povos indígenas consagrados nos instrumentos internacionais citados, contemplando expressamente os princípios da plurinacionalidade, da livre determinação das populações indígenas e da interculturalidade (artigos 1, 30 e 98), com base nos quais: reconhece o pluralismo jurídico igualitário (artigo 179) e protege os sistemas jurídicos das nações indígenas como parte de suas instituições ancestrais (artigos 1, 2, 30.II, 190); indica as diretrizes para a definição da competência pessoal e territorial da jurisdição indígena (definida como *jurisdicción indígena originario campesina* ou JIOC, artigo 191), estabelecendo os limites constitucionais desta última no respeito ao "direito à vida, o direito à defesa e outros direitos e garantias estabelecidos na Constituição" (artigo 190.II); modifica a formação do TCP, promovendo a eleição de magistrados em representação do sistema indígena originário camponês (artigos 197-199), atribuindo à competência do próprio TCP as violações dos direitos perpetradas no exercício da jurisdição indígena (artigos 196 e 202); finalmente, consagra o dever do Estado de fortalecer o exercício da JIOC, reservando a indicação dos mecanismos de coordenação e cooperação entre a jurisdição indígena, a agroambiental e a ordinária a uma Lei de Determinação Jurisdicional (artigo 192).

A função judiciária única (artigo 179.I) e o pluralismo jurídico igualitário (artigo 179.II) representam algumas das questões mais debatidas na Assembleia Constituinte (2006-2007). O debate centrou-se principalmente no alcance efetivo da jurisdição indígena: as controvérsias (competência material), os sujeitos (competência pessoal) e os territórios (competência territorial) concretamente sujeitos a ela, bem como os mecanismos de coordenação e cooperação entre as diferentes jurisdições reconhecidas.

A formulação final do artigo 179 da CPE reflete essas contraposições, deixando a demarcação das fronteiras competenciais interjurisdicionais a uma lei ordinária: a Lei N.º 73

de Deslinde Jurisdiccional – promulgada em 2010 e em vigor desde 2011 – longe de ter respondido aos problemas e desafios colocados pela coexistência de jurisdições no Estado plurinacional, traiu substancialmente o mandato constituinte, comprimindo a amplitude operacional do princípio do pluralismo jurídico igualitário.

### **2.3. QUESTÕES CRÍTICAS, DIFICULDADES DE IMPLEMENTAÇÃO E REVISÃO JURISPRUDENCIAL**

Autores bolivianos como Molina criticam que a Lei de Deslinde não estabelece "mecanismos apropriados para a cooperação e coordenação entre as duas jurisdições no contexto do pluralismo jurídico igualitário consagrado a nível constitucional" (MOLINA, 2009), propondo a criação de tribunais mistos compostos por juízes ordinários e autoridades indígenas para institucionalizar o diálogo intercultural entre operadores de diferentes origens e garantir o acesso à justiça.

Destaca-se ainda a importância fundamental da sistematização da jurisprudência ordinária, agroambiental e indígena no processo de coordenação e cooperação interjurisdiccional. A implementação de um regime efetivamente interlegal exige que todos os operadores, nos vários níveis das diferentes jurisdições, se familiarizem com os sistemas de justiça indígenas, implementando mecanismos de coordenação e cooperação que possam levar à fertilização mútua das decisões das diferentes jurisdições.

Na doutrina italiana, Baldin criticou agudamente a matriz colonial da medida em análise:

"enquanto a constituição estabelece um mínimo jurídico a ser interpretado interculturalmente, na Lei opta-se por uma linguagem marcadamente colonial. O legislador não é propenso a um diálogo transformador que confronte diferentes pontos de vista para buscar fórmulas mais sensíveis e respeitadas à cultura tradicional, aqui apresentada como um veículo de possíveis atos discriminatórios e brutalidades" (BALDIN, 2018)

A comunidade internacional denunciou a inconstitucionalidade da Lei de Deslinde em várias ocasiões. Em 2011, o Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (OHCHR) – embora acolhesse

com satisfação a nova Constituição de 2009, resultado de um processo que abraçou setores da população historicamente excluídos – expressou preocupações sobre a falta de clareza na Lei de Deslinde quanto aos níveis e mecanismos de coordenação e cooperação entre o sistema de justiça indígena e outros sistemas judiciais no Estado, observando que *como as disputas territoriais não estão incluídas no âmbito da jurisdição indígena, tal sistema não está alinhado com a Constituição e não corresponde à real situação de coexistência entre indígenas e não indígenas, recomendando finalmente que o Estado preveja a modificação da Lei de Deslinde.*

A inércia da Assembleia Legislativa Plurinacional levou a um forte ativismo do Tribunal Constitucional Plurinacional que, em 2013, proferiu uma decisão histórica para o ajuste constitucional da Lei de Deslinde (SCP 26/2013): partindo da interpretação do artigo 2 CPE, afirma a "antecedência" da jurisdição indígena sobre a jurisdição ordinária, excluindo qualquer lógica de "paternalismo" na cooperação e coordenação prevista pelo artigo 192.

A interpretação da Lei de Deslinde – continua a decisão – *deve ser realizada de modo que o que é retirado da jurisdição indígena resulte de uma interpretação sistemática do texto constitucional de onde transpareça de modo evidente e claro a proteção de um bem jurídico de entidade nacional ou internacional no caso concreto.*

O Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos elogiou em 2014 a decisão citada porque respeita as recomendações do Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial e porque inicia o processo de ajuste constitucional da Lei de Deslinde através da jurisprudência do TCP.

A subsequente decisão SCP 37/2013 identificou no Tribunal Constitucional Plurinacional, *a instituição encarregada de exercer o controle sobre todas as jurisdições e, em geral, sobre todos os órgãos do poder público, partindo do diálogo intercultural que se estabelece neste órgão, que vê a representação dos dois sistemas de justiça, ordinário e indígena.* Na SCP 363/2014, o TCP reforça ainda mais sua centralidade na resolução de conflitos interjurisdicionais, esclarecendo que *os direitos dos povos indígenas são preexistentes ao Estado e não dependem de nenhuma vontade estatal, razão pela qual o*

*exercício de suas funções de autocomposição se expressa com a mesma intensidade mesmo sem ter formalizado a constituição da entidade local como autonomia indígena originária campesina, não necessária para o exercício da função judicial própria. A despeito do reconhecimento da jurisdição indígena entre as formas de exercício da função judicial única, é necessário garantir-la por meio de mecanismos que impeçam seu desconhecimento ou a superação de seus limites. O constituinte previu os conflitos de competência entre a jurisdição indígena e a jurisdição ordinária e agroambiental como instrumento de proteção do exercício material do direito à autodeterminação com uma evidente transcendência constitucional. O mesmo princípio do devido processo – de acordo com a SCP 486/2014 – não deve ser entendido em termos ocidentais quando se analisa o andamento de um processo da jurisdição indígena. Quando são apresentadas denúncias de lesões em relação às sanções impostas pela jurisdição indígena, a análise deve concentrar-se na efetiva possibilidade do acusado de exercer seu direito à defesa e no efetivo prejuízo causado pela sanção imposta ao seu direito à vida, à dignidade e à integridade física.*

O Centro de Pesquisas Sociais (CIS) formulou recentemente recomendações e diretrizes para assegurar o avanço da implementação do princípio do pluralismo jurídico no país: a aprovação de uma política nacional de fortalecimento da jurisdição indígena; o ajuste constitucional da Lei de Deslinde Jurisdicional; a aprovação de políticas institucionais de coordenação e cooperação entre a jurisdição indígena e a ordinária; o monitoramento do trabalho do Tribunal Constitucional Plurinacional em matéria de jurisdição indígena.

A essas propostas louváveis – às quais se dedicou a análise anteriormente realizada – deve ser somada a contribuição fornecida pela análise comparada de algumas melhores práticas emergentes nas experiências da área ibero-americana.

## **2.4. O PROTOCOLO INTERJURISDICIONAL PERUANO**

A Constituição Política do Peru reconhece a cada pessoa o direito fundamental à identidade étnica e cultural, atribuindo ao Estado o dever de protegê-lo (artigo 2, parágrafo 19). Especificamente para os membros das comunidades camponesas, das comunidades

indígenas e das rondas camponesas, o postulado anterior é complementado pela atribuição de funções jurisdicionais às suas organizações dentro do respectivo âmbito territorial, em conformidade com os costumes e desde que os direitos fundamentais sejam respeitados. Por fim, confia-se a uma lei a responsabilidade de especificar a forma como essa jurisdição especial se coordena com o poder judiciário (artigo 149).

Em obediência a esse mandato constitucional, está em discussão uma Lei de Coordenação Intercultural da Justiça, enquanto está em vigor desde 2013 – como norma regulamentar aprovada pelo Conselho Executivo do Poder Judiciário – o Protocolo de Coordenação entre Sistemas de Justiça.

O Protocolo inclui princípios como coordenação e cooperação, que estabelecem a busca por interação entre as autoridades da jurisdição especial e da jurisdição ordinária, para tentar reduzir conflitos e assegurar uma proteção jurisdicional eficaz para a população; estabelece também as responsabilidades e deveres das autoridades de ambas as jurisdições, garantindo o exercício de suas funções no quadro dos princípios de reciprocidade e flexibilidade. Além de determinar as competências territoriais, pessoais e materiais, o funcionamento da coordenação para a resolução de conflitos, o reconhecimento mútuo das ações e das decisões, os mecanismos de suporte institucional, as ações de cooperação e o coordenação interjurisdicional, o Protocolo fixa os seguintes princípios gerais: complementaridade e reconhecimento das resoluções (o que é decidido por um órgão de uma jurisdição é reconhecido e executado pelos órgãos das outras, adquirindo o valor de coisa julgada); consulta permanente entre as autoridades das diferentes jurisdições; intercâmbio recíproco de experiências e conhecimentos entre os sistemas judiciários que coexistem numa área geográfica específica.

Com os devidos ajustes, um protocolo semelhante seria bem adequado ao contexto boliviano, especialmente para resolver os conflitos de competência que – principalmente em matéria agrária – afetam a interação entre a jurisdição agroambiental e indígena.

### **3. CONCLUSÃO**

Apenas dez anos após sua promulgação, qualquer julgamento sobre a efetiva implementação da nova Constituição boliviana seria precipitado e necessariamente provisório. Parafraçando Pegoraro, a economia (global) é rápida, o direito (constitucional) lento e a cultura (constitucional) muito lenta: com os primeiros entusiasmos já atenuados – manifestados logo após a promulgação dos textos do novo constitucionalismo – a doutrina constitucional-comparativa pode adotar um olhar mais presbítero ao seguir a parábola implementativa da CPE boliviana, com especial atenção ao paradigma plurinacional por ela sacramentado.

Deste último, o pluralismo jurídico igualitário é um corolário ineliminável, atualmente um mandato constitucional "não ouvido" – como brevemente demonstrado neste trabalho – ainda longe de alcançar uma implementação efetiva e satisfatória, exceto naquelas regiões que conduziram com sucesso a transição para a autonomia indígena originária camponesa, por meio da elaboração dos estatutos autônomos permitidos pela Constituição.

Nos espaços intersticiais abertos pela inércia política, registra-se o ativismo, não apenas jurisprudencial, do Tribunal Constitucional Plurinacional – organizador de várias edições do Encontro de Autoridades de Justiça Indígena Originária Camponesa e do Tribunal Constitucional Plurinacional – bem como de atores privados e internacionais.

Conclui-se, portanto, no sentido de convidar a doutrina a considerar com maior atenção – em um momento histórico de rediscussão da plurinacionalidade no debate espanhol – o laboratório boliviano, na construção gradual de sua plurinacionalidade. Da arquitetura constituinte à engenharia constitucional intercultural: de passo curto e olhar largo.

#### 4. REFERÊNCIAS

AMIRANTE, D. Al di là dell'Occidente. Sfide epistemologiche e spunti euristici nella comparazione “verso Oriente”. In: **Diritto pubblico comparato ed europeo**, 1/2015

AMIRANTE, D. **Lo Stato multiculturale**. Bologna, 2015.



ANDERSON, B. **Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism**. London, 2016.

BALDIN, S. **Giustizia indigena e giustizia costituzionale interculturale nell'ordinamento boliviano**. In: D'ALESSANDRO, C. A.; MARCHESE, C. *Ius Dicere in a Globalized World: Volume I*. Roma, 2018.

BALDIN, S. Riflessioni sull'uso consapevole della logica fuzzy nelle classificazioni fra epistemologia del diritto comparato e interdisciplinarietà. In: **Revista General de Derecho Público Comparado**, 10 (2012), p. 1-20.

BALDIN, S.; ZAGO, M. **Le sfide della sostenibilità**. Il buen vivir andino dalla prospettiva europea. Bologna, 2014.

BAGNI, S. **Dallo Stato del bienestar allo Stato del buen vivir**. Bologna, 2013.

BONILLA MALDONADO, D. **Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia**. Cambridge, 2014.

CASSANO, F. **Il pensiero meridiano**. Roma, 1996.

CAZZATO, L. Global South 'in Theory' and Southern Epistemology. In: **Le Simplegadi**, 12 (2014), p. 41-52.

CHIBA, M. Asian Indigenous Law: In **Interaction with Received Law**. London, 2013.

CHIBA, M. Una definizione operativa di cultura giuridica nella prospettiva occidentale e non occidentale. In: FACCHI, A.; MITTICA, M. P. **Concetti e norme. Teorie e ricerche di antropologia giuridica**. Milano, 2000.

COMAROFF, J.; COMAROFF, J. Theory from the South: A Rejoinder. In: **Fieldsights - Cultural Anthropology Online** [revista on-line], 25 feb. 2012. Disponível em: <<https://culanth.org/fieldsights/273-theory-from-the-south-a-rejoinder>>

DANN, P. The Global South in Comparative Constitutional Law. In: **Völkerrechtsblog** [blog da revista Verfassung und Recht in Übersee VRÜ], 14 jul. 2017. Disponível em: <<https://voelkerrechtsblog.org/the-global-south-in-comparative-constitutional-law/>>. Acesso em: 7 maio 2018.

DAVID, R. **Les Grands Systèmes De Droit Contemporains**. Paris, 2016.

FACCHI, A.; MITTICA, M. P. **Concetti e norme. Teorie e ricerche di antropologia giuridica**. Milano, 2000.

GROVOGUI, S. N. A Revolution Nonetheless: The Global South in International Relations. In: **The Global South**, 5 (2011), p. 175-190.

GRIFFITHS, J. What is Legal Pluralism? In: **The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law**, 18 (1986), p. 1-55.

HOEKEMA, A. Legal Pluralism: Conflicting Legal Commitments Without a Neutral Arbitrator. In: **Jura Gentium**, XI 2014, p. 61-103.

HOFFMANN, F. Knowledge Production in Comparative Constitutional Law: Alterity – Contingency – Hybridity. In: **Völkerrechtsblog** [blog da revista Verfassung und Recht in Übersee VRÜ], 31 jul. 2017. Disponível em: <<https://voelkerrechtsblog.org/knowledge-production-in-comparative-constitutional-law/>>

HOOKER, M. B. **Legal Pluralism: An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws**. Oxford, 1975.

IGLESIAS, P. et al. **Repensar la España plurinacional**. Barcelona, 2017.

KUMAR, V. Towards a Constitutionalism of the Wretched. In: **Völkerrechtsblog** [blog da revista Verfassung und Recht in Übersee VRÜ], 27 jul. 2017. Disponível em: <<https://voelkerrechtsblog.org/towards-a-constitutionalism-of-the-wretched/>>

LEVANDER, C.; MIGNOLO, W. Introduction: The Global South and World Dis/Order. In: **The Global South**, 5 (2011), p. 1-11.

LONGO, M. Il Sud e l'etnocentrismo della teoria sociale. Alcune considerazioni. In: **Sociologia Italiana**, 9 (2017), p. 12-25.

MENKI, W. Beyond Europe. In: ÖRÜCÜ, E.; NELKEN, D. **Comparative Law: A Handbook**. Oxford – Portland, 2007, p. 193.

MENKI, W. **Comparative Law in a Global Context**. The Legal Systems of Asia and Africa. Cambridge, 2006.

MENKI, W. Flying kites in a global sky: New models of jurisprudence. In: **Socio-legal Review**, 7 (2011), p. 1-22.

MOLINA RIVERO, R. **La articulación de dos sistemas jurídicos**: propuesta para una Ley de Deslinde Jurisdiccional. La Paz, 2009.

MUIR WATT, H. La fonction subversive du droit comparé. In: **Revue internationale de droit comparé**, 3 (2000), p. 503-527.

OFICINA EN BOLIVIA DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. **Sistema judicial boliviano**: estado de situación, buenas prácticas y recomendaciones para el trabajo en el sector, desde el enfoque de derechos humanos. La Paz: Centro de Investigaciones Sociales (CIS) de la Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, 2017. 215 p.

PEGORARO, L. Introduzione metodologica. In: MORBIDELLI, et al. **Diritto pubblico comparato**. Torino: Giappichelli, 2016.

PEGORARO, L.; RINELLA, A. **Sistemi costituzionali comparati**. Torino: Giappichelli, 2017.

SCHMITT, Carl. **The nomos of the earth**. New York: Telos Press, 2003.

SCIONTI, F. Pluralismo giuridico e pratica giuridica indigena. Il caso dei Guaraní del Chaco Boliviano. In: **EtnoAntropologia**, 4 (2016).

SOUSA SANTOS, B. de. **Epistemologies of the South**: Justice against Epistemicide. London, 2016.

SOUSA SANTOS, B. de. Entre Próspero e Caliban. Colonialismo, Pós-colonialismo e interidentidade. In: **Novos Estudos - CEBRAP**, 66 (2003), p. 24-29.

SPARKE, M. Everywhere but Always Somewhere: Critical Geographies of the Global South. In: **The Global South**, 1 (2007), p. 117-126.

TAS, L. **Legal Pluralism in Action**: Dispute Resolution and the Kurdish Peace Committee. London, 2016.

TÖTÖSY DE ZEPETNEK, S. **Comparative Literature and Comparative Cultural Studies**. West Lafayette, 2003.

TWINING, W. **Human Rights, Southern Voices**: Francis Deng, Abdullahi An-Na'im, Yash Ghai and Upendra Baxi. Cambridge, 2009.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. São Paulo: Saraiva, 2015.

## LA DELIMITACIÓN ENTRE EL PODER DE REFORMA Y EL PODER CONSTITUYENTE: CONTROVERSIAS CONCEPTUALES

*A DELIMITAÇÃO ENTRE O PODER REFORMISTA E O PODER CONSTITUINTE: CONTROVÉRSIAS CONCEITUAIS*

**Jorge Baquerizo Minuche<sup>1</sup>**

**RESUMEN:** El estudio examina las fronteras entre el poder de reforma constitucional y el poder constituyente, abordando las controversias conceptuales que surgen en la teoría y en la práctica jurídica. El análisis se basa en tres conceptos distintos de 'constitución' — extensional, formal y material — y propone un enfoque integrador que considera tanto aspectos formales como de contenido para delimitar los poderes de reforma y constitución.

**Palabras-clave:** Reforma Constitucional; Poder Constituyente; Constitución; Teoría Jurídica; Límites Constitucionales

**RESUMO:** O estudo examina as fronteiras entre o poder de reforma constitucional e o poder constituinte, abordando as controversias conceituais que surgem na teoria e na prática jurídica. A análise se baseia em três conceitos distintos de 'constituição' — extensional, formal e material — e propõe uma abordagem integradora que considera tanto aspectos formais quanto de conteúdo para delimitar os poderes de reforma e constituição.

**Palavras-chave:** Reforma Constitucional; Poder Constituinte; Constituição; Teoria Jurídica; Limites Constitucionais

**Sumário:** 1. INTRODUCCIÓN; 2. TRES CONCEPTOS DE 'CONSTITUCIÓN' Y SU ROL DELIMITADOR; 2.1. EL CONCEPTO EXTENSIONAL DE 'CONSTITUCIÓN'; 2.1.1. LA IMPOSIBILIDAD DE DELIMITACIÓN BAJO EL CONCEPTO EXTENSIONAL; 2.1.2. CRÍTICA; 2.2. EL CONCEPTO FORMAL DE CONSTITUCIÓN; 2.2.1. LA DELIMITACIÓN PURAMENTE FORMAL DEL PODER DE REFORMA; 2.2.2. CRÍTICA DE LA DELIMITACIÓN FORMAL; 2.3. EL CONCEPTO MATERIAL DE CONSTITUCIÓN; 2.3.1. LA DELIMITACIÓN MATERIAL DEL PODER DE REFORMA; 2.3.2. CRÍTICA DE LA DELIMITACIÓN MATERIAL; 3. UNA PROPUESTA INTEGRADORA DE LA DELIMITACIÓN; 3.1. DOS PERSPECTIVAS DE ANÁLISIS RELEVANTES SOBRE LA CONSTITUCIÓN; 3.2. REFORMULANDO LA DISTINCIÓN ENTRE REFORMA CONSTITUCIONAL Y PODER CONSTITUYENTE; 4. CONSIDERACIONES FINALES; 5. REFERENCIAS

---

<sup>1</sup> Investigador postdoctoral “Margarita Salas”, Área de Filosofía del Dret, Universitat de Girona (**Espanha**); e-mail: jorge.baquerizo@udg.edu

## 1. INTRODUCCIÓN

Distintas circunstancias, de las más variadas características, provocan el surgimiento de diversas pretensiones de cambio constitucional. Lo peculiar de muchos de esos intentos de cambio, siempre teniendo en cuenta el contexto de sistemas jurídicos dotados de constituciones rígidas, es que suelen despertar fuertes incógnitas acerca de la posibilidad jurídica de concretarlos: conocer si determinada reforma constitucional es (o no) jurídicamente posible de ejecutar, constituye una cuestión de notable importancia.

Para conocer aquello, evidentemente, se requiere identificar primero cuáles son los límites del poder de reforma constitucional. Estos límites, independientemente de dónde sean trazados, marcan la frontera entre los cambios constitucionales ‘según el derecho’ (provocados por el ejercicio jurídicamente regulado del poder de reforma) y los cambios constitucionales ‘contrarios al derecho’ (que, si son efectivamente logrados, equivalen a una manifestación de *facto* calificable como ‘poder constituyente’). Ello marca una ‘vecindad’ limítrofe entre la reforma constitucional y el poder constituyente que resulta relevante tanto para la teoría como para la práctica jurídica.

Para la teoría jurídica, la identificación de los límites del poder de reforma constitucional es importante porque ello permite distinguir los cambios *a* la constitución (realizados dentro de los límites) y los cambios *de* constitución (realizados fuera de esos límites). Asimismo, lo anterior permite reconstruir las transformaciones jurídicas sufridas dentro de una determinada comunidad, e identificar qué cambios constitucionales implican –según sea el caso– la generación de un nuevo sistema jurídico, de un nuevo orden jurídico o de un nuevo orden estatal.

Para la práctica constitucional, por otro lado, también es relevante identificar los referidos límites al poder de reforma. Desde una perspectiva *ex ante*, conocer dónde están situadas las fronteras entre el ejercicio de una reforma constitucional y la manifestación del poder constituyente es algo que tiene un impacto en distintos niveles, que van desde lo formal (la elección del tipo de iniciativa y del procedimiento que ha de seguirse para

impulsar y lograr el cambio constitucional deseado), hasta lo material (el conocimiento de qué contenidos se pueden –o no– cambiar en la constitución y, por ende, qué pretensiones de cambio son admisibles), pasando por lo estratégico (por ejemplo, cómo debe modularse el discurso político para lograr la adhesión necesaria en el impulso del cambio pretendido). Y desde una perspectiva *ex post*, la relevancia en la identificación de los mencionados límites radica centralmente en que ello permite ejercer el control de constitucionalidad de las reformas efectuadas al texto constitucional, allí donde tal mecanismo haya sido previsto.

Pero la identificación de tales límites no está exenta de problemas. Determinar si un cambio constitucional opera dentro de los límites del poder de reforma –o si los excede– es una actividad que provoca frecuentes desacuerdos (y quizás hasta pseudo-desacuerdos) entre los juristas. Muestra de ello es que ciertos cambios a la constitución que se consideran perfectamente permitidos según un cierto criterio, estarían, en cambio, claramente prohibidos según otros criterios. Aunque en ocasiones estas discrepancias pueden ser interpretativas (sobre el significado de los términos y expresiones que se extraen del texto de una reforma específica), lo que me interesa analizar en este trabajo es la posibilidad de controversias *conceptuales* subyacentes a la labor de identificación de los límites del poder de reforma constitucional.

Estas controversias conceptuales se explican, en buena medida, por los distintos conceptos de ‘constitución’ presupuestos. Como es de sobra conocido, el vocablo ‘constitución’ se emplea en el ámbito jurídico con más de un significado; dicho de otro modo, no hay *uno* sino *varios* conceptos de ‘constitución’. Estos diversos conceptos condicionan, cada uno a su manera, la identificación de los límites que demarcan la frontera entre el cambio constitucional jurídicamente regulado y el cambio constitucional *extra ordinem*. Ello es una consecuencia necesaria: los parámetros para determinar qué se puede cambiar en la constitución –en sentido jurídico– dependen de las propiedades que se entiendan comprendidas en el concepto de ‘constitución’. Por consiguiente, las prácticas que tienen como objeto reformar la constitución son accesorias – y por ello

mismo dependen – del significado de ‘constitución’ presupuesto.

De esos diversos conceptos de ‘constitución’ se siguen, pues, diversos criterios para discernir qué tipo de cambios están permitidos o prohibidos para el poder de reforma constitucional. A su vez, cada uno de esos criterios contiene orientaciones distintas respecto de dónde situar los límites divisorios entre el poder de reforma y el poder constituyente, de manera que, en muchas ocasiones, conducen a conclusiones incompatibles entre sí. Este trabajo versa precisamente sobre esta problemática. En este sentido, este trabajo se encuentra dividido en dos partes.

En la primera parte identificaré tres distintos conceptos de ‘constitución’: un concepto ‘extensional’, un concepto ‘formal’ y un concepto ‘material’. El propósito es mostrar que, tanto del concepto ‘formal’ como del concepto ‘material’ se extraen, respectivamente, diversos criterios para trazar la delimitación entre el poder de reforma constitucional y el poder constituyente; y que del concepto ‘extensional’, en rigor, no se sigue ningún criterio para efectuar tal delimitación. Sin embargo, como se verá luego de la exposición de cada uno de estos criterios, todos ellos presentan algún tipo de problema que convendría evitar.

En la segunda parte, en cambio, propondré un análisis del concepto de ‘constitución’ que en cierto modo se ubica de manera equidistante respecto de las anteriores concepciones. La propuesta –modesta, sin lugar a dudas– consiste en un análisis de la constitución en dos niveles: en el nivel de las *disposiciones* constitucionales y en el nivel de las *normas* constitucionales. Como producto de lo anterior, y sobre la base de algunas ideas provenientes de la tradición del realismo jurídico, formularé un modo alternativo de delimitación entre el poder constituyente y el poder de reforma constitucional que ofrezca la bondad de eludir algunas de las desventajas atribuibles a los criterios mencionados en la primera parte.

## **2. TRES CONCEPTOS DE ‘CONSTITUCIÓN’ Y SU ROL DELIMITADOR**

En el constitucionalismo contemporáneo son tantos los significados que le han



sido adscritos al término ‘constitución’ que sería interminable dar cuenta de todos ellos. La incombustible literatura que se produce sobre este tema usualmente señala la existencia de múltiples *sentidos* de ‘constitución’, *conceptos* de ‘constitución’, *concepciones* de la constitución, *modelos* de constitución, *acepciones* (o *usos*) del término ‘constitución’, etc. Sin embargo, para efectos demostrativos de la relación necesaria que existe entre los límites a la reforma constitucional y el concepto de ‘constitución’, en esta primera parte utilizaré solo 3 conceptos: un concepto ‘extensional’, un concepto ‘formal’ y un concepto ‘material’.

## 2.1. EL CONCEPTO EXTENSIONAL DE ‘CONSTITUCIÓN’

El primer concepto por analizar es el que se desprende de una definición de ‘constitución’ formulada por Eugenio Bulygin. Según esta definición, por ‘constitución’ puede entenderse simplemente “un conjunto de normas”: “el conjunto de los artículos que la integran, desde el primero hasta el último” (BULYGIN, 1982, p. 180). Como es notorio, se trata de una definición extensional –que consiste sencillamente en enumerar todos los elementos de un conjunto – y su utilidad está acotada a objetivos teóricos específicos. Resultante de esta definición es un concepto de ‘constitución’ que sólo puede ser comprendido, trivialmente, a través de la enumeración completa de las disposiciones que la componen; una constitución, entonces, no sería más que un conjunto finito.

Pues bien, si se utiliza este concepto, es claro que “toda eliminación y toda adición de un artículo do lugar al cambio de la constitución; la constitución resultante es *diferente* de la original” (BULYGIN, 1982, p. 180-181). Según Bulygin, el hecho de que cambie tan solo un artículo de ese conjunto es irrelevante para el criterio de identidad adoptado (que, en su opinión, coincide con el criterio que utilizan la mayoría de los juristas): “Dos constituciones que contienen diferentes disposiciones (cualquiera que sea su número) son dos constituciones diferentes; el contenido de una constitución no puede cambiar sin cambiar su identidad” (BULYGIN, 1982, p. 181).

Luego, si es considerada como un simple conjunto de disposiciones, una

constitución –agrega Riccardo Guastini– “se comporta como cualquier otro conjunto”; por tanto, “pierde su identidad y se transforma en un conjunto distinto, cada vez que un nuevo elemento sea introducido”, o cada vez que “un elemento preexistente sea eliminado o sustituido” (GUASTINI, 2011, p. 174.). Ello es así porque, según nociones elementales de la teoría de conjuntos, toda modificación de un conjunto da lugar a un conjunto distinto (porque distintos son los elementos que lo componen). En otras palabras, la constitución –así entendida– se convierte en una constitución distinta de la anterior cada vez que sea objeto de cualquier tipo de reforma constitucional, independientemente de lo marginal o importante que pueda resultar el cambio desde el punto de vista valorativo.

### **2.1.1. LA IMPOSIBILIDAD DE DELIMITACIÓN BAJO EL CONCEPTO EXTENSIONAL**

Lo peculiar de la definición extensional de ‘constitución’ es que, al no especificar ninguna propiedad del concepto, y al implicar que cada mínima modificación del conjunto de disposiciones constitucionales origina un nuevo conjunto, vuelve imposible determinar cuál sea la “identidad originaria” constitucional, esto es, aquella identidad que permite que un texto constitucional pueda ser continuamente reformado sin que por ello se transforme en una ‘nueva’ constitución. Luego, si se adopta una definición extensional de ‘constitución’, no es posible predicar de la constitución ninguna identidad (salvo una identidad ‘textual’, es decir, una identidad sincrónica o pasajera); por tanto, los conceptos de ‘reforma constitucional’ y de ‘instauración constitucional’ (o instauración *extra ordinem* de una constitución) se superponen en su totalidad y se muestran “simplemente, indistinguibles”. En otras palabras, con este concepto de ‘constitución’ no es posible establecer ninguna distinción entre el poder de reforma constitucional y el poder constituyente.

### **2.1.2. CRÍTICA**

Richard Albert, refiriéndose a la aproximación meramente textual de los cambios

constitucionales en la experiencia de los EE.UU., señala que ello impide discernir la diversa importancia que pueden llegar a tener las distintas clases de cambio constitucional; en este sentido, opina que no puede dar lo mismo un mero ajuste a la constitución, un cambio revolucionario o una modificación en un punto intermedio.

En lo principal, la definición extensional de ‘constitución’ –cuya utilidad reside en destacar una perspectiva sincrónica de cambio constitucional –, carece de toda utilidad para los efectos de la delimitación que se intenta analizar en este trabajo. Como reconoce Guastini, sería bastante extraño considerar que toda reforma constitucional (incluso mínima o marginal) implica el establecimiento de una nueva constitución; si así fuere, solo se podrían establecer límites a la reforma constitucional prohibiendo como tal esta operación. Es evidente, pues, que cualquier intento para especificar los límites de la reforma constitucional, así como para delimitar el poder de reforma respecto del poder constituyente, será absolutamente estéril bajo un concepto extensional de ‘constitución’. En consecuencia, para tales efectos, es necesario partir desde otro concepto.

## **2.2. EL CONCEPTO FORMAL DE CONSTITUCIÓN**

El segundo concepto de ‘constitución’ que analizaré es el que se puede inferir de la ‘concepción formal’ del poder constituyente, expuesta y defendida por Riccardo Guastini en algunos de sus trabajos. Aunque por un lado Guastini indica expresamente que el concepto de ‘constitución’ que subyace a esta concepción es el que se extrae de la definición extensional formulada por Bulygin, niega, por otro lado, que los conceptos de ‘poder de reforma’ y de ‘poder constituyente’ sean indistinguibles. Al respecto, Guastini señala que la distinción entre los dos conceptos debe buscarse, con “sano formalismo”, en las formas de ejercicio del poder y no en el contenido de las normas respectivamente producidas; en sus palabras, “no resta más que distinguir reforma e instauración sobre la base de elementos puramente formales” (GUASTINI, 1998, p; 319).

Ahora bien, si Guastini propone una distinción entre reforma e instauración (o manifestación del poder constituyente), es porque considera que *no todo* cambio

constitucional implica el surgimiento de una nueva constitución (como se seguiría, en efecto, de la definición extensional antes analizada). Por ende, cuando Guastini señala el criterio de las ‘formas legales’ para distinguir los cambios provocados por una reforma constitucional o por el poder constituyente, introduce un criterio de identidad de la constitución *distinto* al de la identidad textual o sincrónica. Esto se evidencia cuando Guastini señala que “desde una perspectiva dinámica, parece obvio que un texto constitucional puede ser, incluso repetidamente (y profundamente), enmendado sin que por ello pierda su identidad originaria” (GUASTINI, 2011, p. 279.). Se sigue de lo anterior que Guastini, sosteniendo la existencia de algún tipo de ‘identidad’ constitucional, no podría asumir consistentemente una definición extensional de ‘constitución’. Me parece, en cambio, que detrás de estas ideas está presupuesta una definición diversa.

En mi opinión, el concepto de ‘constitución’ presupuesto en esta concepción formal expuesta por Guastini podría definirse del siguiente modo: un conjunto de disposiciones jurídicas caracterizado por regular su propio cambio a través de la previsión de un mecanismo de reforma. Esta definición puede ser ampliada si se tiene en cuenta que la previsión constitucional del mecanismo de reforma incluye necesariamente, entre otras cosas, el establecimiento expreso del poder de reforma constitucional; la atribución del poder de reforma a un órgano específico; y la determinación de un procedimiento mediante el cual se pueda canalizar el ejercicio de tal poder en formas ‘legales’.

Evidentemente, esta definición no sirve para dar cuenta de todas las propiedades de una constitución; sin embargo, más allá de sus carencias (que serán inmediatamente criticadas) es notorio que con esta definición ya se identifican ciertas propiedades que conformarían la intensión o designación del concepto de ‘constitución’: ya no se trata, pues, de una definición extensional sino *intensional*. Además, el concepto de ‘constitución’ así definido incorpora una identidad que, asimismo, sería puramente formal.

Este criterio de identidad puede ser expresado del siguiente modo: forman parte

de una misma constitución (i) todas las disposiciones originalmente dictadas (bajo la condición de que no sean eliminadas o sustituidas por el ejercicio ‘legal’ del poder de reforma constitucional); y (ii) todas las demás disposiciones que se incorporen posteriormente (bajo la condición de que sean añadidas de igual forma, es decir, como consecuencia de una reforma constitucional ‘legalmente’ ejecutada). Este concepto de ‘constitución’, por tanto, podría ser caracterizado como un concepto *formal*, aunque en un modo diverso al sentido *formalista* que Guastini atribuye a la definición extensional de Bulygin.

### **2.2.1. LA DELIMITACIÓN PURAMENTE FORMAL DEL PODER DE REFORMA**

Del concepto formal de constitución definido anteriormente se deduce que aquello que delimita el poder de reforma y el poder constituyente es, simplemente, el sometimiento a las normas que articulan el procedimiento para la modificación constitucional. De este modo, para que un cambio a la constitución constituya una mera reforma constitucional, basta que sea producido por una autoridad competente y que sea “realizado según un procedimiento de producción jurídica previsto y regulado por la misma constitución” y ello “del todo independiente a su contenido” (GUASTINI, 1996, p. 257).

En este sentido, Guastini formula las dos tesis centrales de la concepción formal:

- 1) Cualquier modificación constitucional, por más que pueda incidir profundamente sobre el texto de la constitución vigente, si se realiza en formas ‘legales’ (las formas previstas y reguladas que la misma constitución prevé), constituye ejercicio del poder de reforma; y, simétricamente,
- 2) Cualquier modificación constitucional llevada a cabo en formas ‘ilegales’ (*extra ordinem*), por muy marginal que pueda ser la modificación –por más que sea políticamente banal– es manifestación del poder constituyente.

En síntesis, para esta concepción formal, la modificación ‘legal’ de la constitución

constituye ejercicio del *poder constituido* de reforma constitucional, mientras que su cambio ‘ilegal’ implica la manifestación del *poder constituyente*. De esto se extraen, según Guastini, dos conclusiones: que no existen límites lógicos o conceptuales a la reforma constitucional (solo existen límites jurídico-positivos); y que la constitución puede ser cambiada incluso profundamente en formas legales, sin que ocurran revoluciones as guerras civiles.

## 2.2.2. CRÍTICA DE LA DELIMITACIÓN FORMAL

Formularé, de manera muy sucinta, tres críticas a la delimitación puramente formal antes expuesta.

- 1) La primera crítica es que el concepto de ‘constitución’ verdaderamente presupuesto en esta concepción formal, incluso si es apreciado contextualmente – es decir, en el contexto de la constitución frente a sus cambios– muestra una carencia importante; y es que una constitución, cualquier constitución, ha de tener un contenido mínimo que la distinga de otros cuerpos jurídicos y que no se reduzca únicamente a la previsión de un mecanismo de reforma. En este sentido, no es inconcebible que dentro de un cierto sistema jurídico existan otros conjuntos de disposiciones jurídicas que también prevean mecanismos para su propio cambio (y que no por ello sean considerados una ‘constitución’). Pero incluso si se afina más la definición antes ofrecida, y se aclara que el mecanismo de reforma constitucional tiene una peculiaridad que no se puede encontrar en otros cuerpos normativos, parece de todos modos insuficiente caracterizar a una constitución únicamente sobre la base de esa cláusula de reforma. De hecho, es evidente que este particular concepto no se identifica con ninguno de los conceptos de ‘constitución’ que usualmente circulan en la teoría constitucional. Se podría aducir que la definición que aquí se ha inferido de la concepción formal expuesta por Guastini no es adecuada. Pero ¿qué otro concepto de ‘constitución’ podría ser el presupuesto por los criterios estrictamente formales de delimitación entre el

poder de reforma y el poder constituyente? A mi modo de ver, ninguno otro. Basta que se agregue una propiedad adicional al concepto formal de ‘constitución’, tal como ha sido definido, para que se modifiquen esos criterios; por ejemplo, si se añade que, dentro de ese conjunto de disposiciones (caracterizadas por una cláusula de reforma constitucional) existen también otras disposiciones acerca de la ‘forma de Estado’, entonces la identidad de la constitución ya no residiría simplemente en que sus disposiciones solo pueden ser cambiadas en formas ‘legales’, sino también en la existencia misma de aquellas disposiciones.

- 2) La segunda crítica es que si este concepto formal de ‘constitución’ no supone una definición extensional, como ya se ha mostrado, entonces el propio concepto analizado está compuesto por propiedades que operan como condiciones necesarias y/o suficientes para poder aplicar el término ‘constitución’. Así, pues, del concepto formal de ‘constitución’ también se siguen ‘límites’ lógicos o conceptuales a la reforma constitucional. Permítaseme una reducción al absurdo como ejemplo: si una improbable reforma constitucional, perfectamente ejecutada desde el punto de vista formal, decidiera eliminar todos los artículos de una constitución y reemplazarlos por ‘Las Metamorfosis’ de Ovidio, el producto resultante no podría contar como ‘constitución’ bajo este mismo concepto formal (pues dicho texto literario, evidentemente, ni contiene disposiciones jurídicas, ni su contenido podría ser sensatamente articulado como un conjunto de disposiciones); la modificación, en este caso, daría lugar a un objeto distinto que no puede formar parte de la extensión del concepto ‘constitución’, tal como ha sido definido. Por lo demás, si bien estos límites conceptuales no están contenidos en normas jurídico-positivas, sí que pueden integrar el razonamiento de los jueces y operar, bajo ciertas circunstancias, como límites *jurídicos* del poder de reforma.
- 3) La tercera y última crítica viene a cuenta de algunos componentes del concepto de ‘poder constituyente’; y es que, para considerar un caso como manifestación del poder constituyente, es necesario no solo que haya existido un cambio normativo

‘ilegal’, sino también que su contenido sea de tal importancia que implique una afectación a la ‘identidad’ del orden jurídico preexistente. En otras palabras, se asume aquí que un cambio normativo ‘ilegal’ con un contenido insignificante no puede considerarse como una manifestación del poder constituyente ni, por tanto, como instancia de cambio de un orden jurídico. Por ejemplo, si una reforma constitucional contraviene el procedimiento establecido y modifica irregularmente el art. 4.1 de la constitución española para disponer que, a partir del 2024, la franja amarilla en la bandera de España tendrá la misma anchura que las franjas rojas, uno no diría razonablemente que ese cambio ha involucrado la manifestación del poder constituyente, o que el orden jurídico español se ha visto interrumpido en su continuidad. Por otro lado, determinar que este es un cambio insignificante no parece ser un juicio “fatalmente controvertible”; se puede admitir que los juicios de valor acerca de la importancia de los cambios constitucionales (desde el punto de vista de su contenido) son susceptibles de ser controvertidos, pero no que *todos* sean controvertibles de manera fatal o inevitable. En conclusión, con esta tercera crítica se quiere decir que no *toda* modificación constitucional realizada en formas ‘ilegales’ puede ser plausiblemente considerada como una manifestación del poder constituyente.

### **2.3. EL CONCEPTO MATERIAL DE CONSTITUCIÓN**

Finalmente, el tercero de los conceptos por revisar corresponde en realidad a una ‘familia’ de conceptos acerca de la constitución. Una de las tradiciones más importantes en este sentido es la que surgió durante la primera mitad del siglo pasado, a partir de los trabajos de destacados estudiosos del derecho público del siglo XX. Así, Carl Schmitt, Rudolf Smend, Hermann Heller y Costantino Mortati – por nombrar unos cuantos autores– construyeron por aquella época una variedad de conceptos de ‘constitución material’ que todavía resuenan en el ámbito de la dogmática constitucional y de la filosofía política.



A pesar de que todos estos conceptos son caracterizados como ‘materiales’, cada uno de ellos tiene sus particularidades distintivas. Pese a ello, todos estos conceptos ‘materiales’ de constitución apuntan a destacar la falta de correspondencia biunívoca entre el documento escrito constitucional y las normas constitucionales ‘fundamentales’. En este sentido, por ejemplo, Heller sostenía que “ningún texto constitucional escrito contiene todas las normas fundamentales”; por otra parte, añadía que “toda Constitución (escrita) incluye algunos preceptos jurídicos que, desde el punto de vista de una sistemática política, no pueden valer como fundamentales” (HELLER, 1934, p. 294-295). De lo anterior se sigue, de acuerdo con Heller, la imposibilidad de identificar a la constitución con el texto constitucional.

Posteriormente, sobre todo después de que finalizara la II Guerra Mundial, y a partir del advenimiento de nuevas cartas constitucionales europeas que exhibieron una gran amplitud en el reconocimiento de derechos y en la incorporación de principios sustantivos, tanto la jurisprudencia como la dogmática constitucional empezaron a redefinir el concepto de ‘constitución’ introduciendo una fuerte carga de elementos valorativos. Uno de los ejemplos más vistosos de este tipo de actividad jurisprudencial y doctrinaria es el que corresponde al concepto de ‘constitución’ como ‘orden objetivo de valores’, que se invoca en Alemania como fundamento de las disposiciones de derechos fundamentales. Ello produjo como resultado otro grupo de conceptos ‘materiales’. A diferencia de los conceptos ‘materiales’ más antiguos (los de la primera mitad del s. XX), que representan la constitución *como orden* –es decir, como “un ordenamiento o una estructura de la sociedad y/o del Estado”–, los conceptos materiales de ‘constitución’ que se elaboraron en la posguerra representan la constitución *como norma*, esto es, como un conjunto de reglas jurídicas fundamentales dotadas de un ‘valor intrínseco’.

Según esta nueva ‘generación’ de conceptos materiales, la constitución es una cohesión integral de valores y principios ‘supremos’, ‘superiores’ o ‘fundamentales’ cuya existencia es anterior e independiente del texto constitucional. Siguiendo esta idea, esto significa que el documento escrito constitucional –la ‘constitución formal’– se encuentra

en una posición axiológicamente subordinada a la ‘constitución material’ o metapositiva. En este sentido, Otto Bachof, uno de los precursores de esta doctrina, sostuvo que “*el concepto material de Constitución exige una consideración del derecho metapositivo*” (BACHOF, 1951, p. 66), esto es, exige la subordinación axiológica de la constitución a un “derecho constitucional material no escrito” (BACHOF, 1951, p. 85). Como resulta notorio, este concepto de ‘constitución’ proviene de un molde claramente inspirado en el derecho natural.

En todas estas construcciones dogmáticas, y al igual que sucedía con la anterior ‘generación’ de conceptos materiales, se afirma que el texto constitucional “no agota el contenido del derecho metapositivo”; es más, según Bachof, que exista un documento escrito llamado ‘constitución’ no prueba que “todas las concretas normas del derecho formalmente constitucional se encuentren en consonancia con el derecho metapositivo” (BACHOF, 1951, p. 85).

La anterior es una corriente de pensamiento que se mantiene hasta la actualidad y que se puede evidenciar en trabajos de autores contemporáneos. Sin embargo, existe una última generación de conceptos materiales de ‘constitución’ que surge desde finales de la década de los años 70 hasta la actualidad. La reflexión jurídica en torno a la antes mencionada ‘materialización’ de las constituciones escritas de posguerra parece haber producido un cierto refinamiento argumentativo sobre el concepto material de ‘constitución’. En este sentido, como señala Luigi Ferrajoli, la defensa de este concepto ya no necesita de “una duplicación del derecho, esto es, de la asunción de un derecho natural supraordenado al derecho positivo” (FERRAJOLI, 2011, XIII); existen ahora otras estrategias tales como atribuir, a la misma constitución escrita, una ‘dimensión valorativa’ (mediante el reconocimiento de fines ‘externos’ y valores ‘anteriores’ al documento constitucional); o atribuirle una ‘identidad axiológica’ (mediante la identificación de las normas constitucionales sustantivas que, obtenidas a través de la interpretación del texto constitucional, se consideran ‘esenciales’ y, por tanto, axiológicamente ‘identitarias’); o atribuirle una composición estructural a partir de reglas

y principios (concebidos, algunos de ellos, como una forma de ‘moral positivizada’).

En definitiva, de todos los conceptos revisados en este apartado se puede predicar, en forma esquemática y resumida, la siguiente síntesis de sus elementos comunes:

- 1) Todos estos conceptos ‘materiales’ suponen que la constitución sea caracterizada por su *contenido* y no por su *forma*;
- 2) Ese contenido puede (o no) estar expresado en un documento escrito denominado ‘constitución’; pero, incluso si así fuera, no existe una relación de correspondencia biunívoca entre el texto constitucional y el contenido de la constitución material;
- 3) Por consiguiente, el texto constitucional *per se* es insuficiente para dar cuenta del contenido de la constitución material (o de la ‘materia constitucional’);
- 4) Para dar cuenta del contenido que define a la constitución ‘material’, hay que acudir a elementos sustantivos externos al texto constitucional, que pueden consistir en:
  - a) Entidades ‘supraordenadas’ al derecho positivo (como el ‘orden objetivo de valores’ o el ‘derecho metapositivo’);
  - b) La ‘moral objetiva’ o crítica, que otorga fundamentación a los principios constitucionales;
  - c) Fines ‘externos’ y/o valores ‘anteriores’, que permiten adscribir a la constitución una ‘dimensión valorativa’; o,
  - d) Normas sustantivas (valores, principios y reglas) que, si bien son extraídas del texto constitucional mediante la interpretación, tienen una ontología propia dentro de la cual están incorporadas las características ‘esenciales’ que conforman la ‘identidad axiológica’ de la constitución.

Finalizada esta reconstrucción, avanzaré ahora hacia las orientaciones que estos conceptos materiales despliegan sobre los límites del poder de reforma constitucional.

### 2.3.1. LA DELIMITACIÓN MATERIAL DEL PODER DE REFORMA

De la exposición antes realizada se puede intuir fácilmente que todo concepto

material de ‘constitución’ determina una comprensión ‘sustancialista’ del poder de reforma constitucional: la propia noción de ‘constitución’ –expresa Ferrajoli– permite trazar “un criterio meta-jurídico, nítido y riguroso, para distinguir aquello que de la constitución es modificable [...] y aquello que, en cambio, no lo es” (FERRAJOLI, 1994, p. 239). En consecuencia, bajo este entendido, la constitución solo puede ser reformada “sectorialmente y marginalmente”; por ‘reforma constitucional’ debe entenderse “algo más bien limitado y referido a elementos ininfluyentes para con la *estructura* de valores” y por ‘pretensiones de reforma’ deben comprenderse únicamente aquellas que son “reducidas y atinentes a un perfeccionamiento de la indiscutida *ratio* del sistema organizativo y axiológico de la constitución” (PALOMBELLA, 1997, p. 23). En palabras de Schmitt, la facultad de reformar la constitución solo puede operar bajo el supuesto de que queden garantizadas “la identidad y continuidad de la Constitución considerada como un todo” (SCHMITT, 1928, p. 119).

Se sigue de lo anterior que, si la constitución fuese alterada hasta el punto de cambiar su ‘identidad’ o ‘esencia’, dicho cambio ya no podría ser atribuido al ejercicio del poder constituido de reforma sino a la manifestación del poder constituyente. En otras palabras, se sostiene bajo esta concepción que el poder de reforma no podría expandirse tanto como para sustituir al poder constituyente que instauró la constitución que se quiere reformar: “el poder de reformar la constitución, un poder constituido, no incluye el poder de producir el tipo de cambios profundos que son propios del ejercicio del poder constituyente” (COLÓN-RÍOS, 2010, p. 224).

En síntesis, de los conceptos materiales de ‘constitución’ se extrae una delimitación entre el poder de reforma y el poder constituyente que ya no radica en el sometimiento a las formas ‘legales’ predeterminadas para producir un cambio constitucional; la demarcación entre los dos poderes se sitúa, respectivamente, en el mantenimiento o en la alteración de la identidad axiológica constitucional. Por tanto, según esta perspectiva:

- 1) Cualquier modificación constitucional marginal que no altere la ‘identidad axiológica’ de la constitución, constituye ejercicio del poder de reforma; y,
- 2) Cualquier modificación a la constitución que altere su identidad material a axiológica (o que pervierta su ‘espíritu’, esto es, sus principios superiores o sus valores ético-políticos), aun cuando sea ejecutada en formas ‘legales’, es manifestación del poder constituyente.

### 2.3.2. CRÍTICA DE LA DELIMITACIÓN MATERIAL

Las críticas a la delimitación material del poder de reforma constitucional son numerosísimas; sin embargo, me concentraré solamente en tres de ellas que me parecen especialmente pertinentes para los efectos de este trabajo.

La primera crítica consiste en que la ‘identidad axiológica’ de la constitución – que, según esta perspectiva sustancialista, es la ‘piedra de toque’ para valorar a un cambio constitucional como genuina reforma (o como otra cosa)– depende en última instancia de juicios de valor y no de propiedades empíricas; así, aunque se sostenga que no todos los juicios de valor acerca de la importancia de las normas constitucionales sean ‘fatalmente controvertibles’, lo cierto es que tal identidad es susceptible de ser controvertida desde diversas perspectivas. Por consiguiente, la ‘identidad axiológica’ de la constitución no proporciona una imagen clara ni definitiva respecto de dónde situar la división entre el poder de reforma constitucional y el poder constituyente.

La segunda crítica, por su lado, es que la imposibilidad de reformar la ‘identidad axiológica’ de la constitución a través de cauces jurídicos conduce a una exagerada inmovilidad del sistema jurídico de que se trate. La idea de que existan límites materiales intrínsecos, absolutamente infranqueables al cambio constitucional regular, equivale a sostener que en la constitución deben pervivir estructuras normativas ‘petrificadas’. Por ello mismo, la única forma de modificar esa ‘identidad axiológica’ protegida sería yendo al extremo de cambiarla solo en formas ilegales o revolucionarias.

Finalmente, la tercera crítica va dirigida contra la idea misma de que la alteración

o el mantenimiento de la ‘identidad axiológica’ de la constitución sea lo que determine la manifestación del poder constituyente o el ejercicio del poder de reforma constitucional. Por un lado, si los componentes de esa ‘identidad axiológica’ constitucional están protegidos por normas constitucionales en vigor, lo que determina que exista uno u otro poder será directamente la conformidad o la disconformidad de un determinado cambio normativo respecto a aquellas normas; por otro lado, si alguno de los componentes de tal ‘identidad’ no está protegido frente a la reforma por ninguna norma constitucional vigente, entonces sencillamente ahí no hay límite alguno para el poder de reforma constitucional: estaríamos ante “la típica metonimia que cambia el derecho (o uno de sus específicos sectores: por ejemplo, el derecho constitucional) con la ciencia del derecho (o con una de sus partes: por ejemplo, la ciencia del derecho constitucional)” (GUASTINI, 2007, p. 1382). Con esto se quiere decir que, desde una perspectiva jurídica que tenga en cuenta los aspectos materiales de la constitución y su impacto en las reformas constitucionales, la delimitación con el poder constituyente no está dada por ninguna ‘identidad axiológica’ de enigmática composición; está marcada por las normas constitucionales vigentes que también pueden establecer límites de contenido al poder de reforma.

Dicho esto, pasaré a la segunda parte del trabajo donde, mediante la integración de aspectos formales y materiales, se formulará un diverso modo de delimitación entre el poder constituyente y el poder de reforma constitucional.

### **3. UNA PROPUESTA INTEGRADORA DE LA DELIMITACIÓN**

Si se parte de la premisa de que no todo cambio a una constitución ‘rígida’ puede estar jurídicamente permitido –pues, caso contrario, no sería una constitución ‘rígida’ sino ‘flexible’–, es innegable que se requiere un criterio delimitador para poder distinguir qué cuenta como reforma constitucional y qué no. En esta segunda parte del trabajo se propondrá un criterio de delimitación que trata de integrar dos aspectos: forma y contenido. Como se puede advertir de las críticas realizadas en la primera parte del

trabajo, tanto a la delimitación puramente formal como a la delimitación material, la escisión tajante de aquellas dos perspectivas es problemática y provoca inconvenientes que pueden ser superados, precisamente, con la integración que propondré a continuación.

### 3.1. DOS PERSPECTIVAS DE ANÁLISIS RELEVANTES SOBRE LA CONSTITUCIÓN

Un presupuesto para formular el criterio de delimitación entre el poder de reforma constitucional y el poder constituyente es la conocida distinción entre los conceptos de ‘disposición’ y ‘norma’, esto es, la distinción entre enunciados y significados normativos. Esta distinción es útil porque permite caracterizar con mayor exactitud las diversas funciones que ocupa una constitución en el contexto de las modificaciones constitucionales: como *conjunto de disposiciones* o como *conjunto de normas*.

Entendida como un *conjunto de disposiciones*, una constitución es el *objeto* de una reforma constitucional: cuando el poder de reforma es ejercido, lo que se modifica siempre es el conjunto de enunciados normativos contenidos en una constitución escrita. Ello es así porque:

- a. Los actos de producción normativa que disponen una reforma constitucional se refieren siempre al texto de la constitución (al modo de: ‘Introdúzcase el siguiente artículo a continuación del art. X’ o ‘Elimínese el art. Y’, o ‘Sustitúyase el art. Z por el siguiente artículo’);
- b. Cuando la constitución regula su propia reforma, afecta a los actos de producción normativa que introducen, eliminan o sustituyen disposiciones en el texto constitucional (y no a las sentencias u otro tipo de actos mediante los que se modifica interpretativamente el conjunto de significados que a aquel texto se le atribuyen); y,
- c. El cambio de las *normas* constitucionales, esto es, la modificación de los significados atribuidos a las disposiciones constitucionales sin que medie ninguna alteración al texto, es un fenómeno distinto a la reforma constitucional para el que

tradicionalmente se ha reservado la expresión ‘mutación constitucional’. Como expresa Guastini, “cuando se habla de reforma constitucional, la mutación de la constitución por vía de interpretación no es relevante, pues una reforma constitucional consiste en enmendar el *texto*” (GUASTINI, 2017, p. 392).

De las anteriores consideraciones se concluye sin dificultad que el documento escrito denominado ‘constitución’, entendido como un conjunto de disposiciones, es el único objeto del poder de reforma constitucional. Esto no se podría negar ni siquiera bajo las concepciones materiales de ‘constitución’ revisadas en la primera parte de este trabajo. Ahora bien, ese mismo conjunto de disposiciones no es suficiente para determinar cuáles son los límites de la reforma constitucional; para esta función, es necesario identificar cuál es el contenido de significado de tales disposiciones constitucionales (específicamente, aquellas que regulan la reforma). Es aquí donde tiene relevancia la segunda perspectiva: la ‘constitución’ como *conjunto de normas*.

La insuficiencia antes anotada se debe al fenómeno de la indeterminación de los textos normativos, que cobra especial notoriedad en el caso de los textos constitucionales porque naturalmente, tales disposiciones están sujetas a interpretaciones conflictivas y cambiantes en el tiempo. Luego, si a las disposiciones de una constitución se les puede atribuir frecuentemente significados diversos, debido a que su peculiar indeterminación produce interpretaciones incompatibles entre sí, entonces claramente el texto constitucional *per se* no alcanza para determinar cuáles son los límites de la reforma constitucional.

Si se tiene en cuenta, pues, que las disposiciones que regulan la reforma constitucional generan, en no pocas ocasiones, diversas e incompatibles interpretaciones, se sigue que la identificación de los límites a la reforma constitucional depende, en último término, de cuál sea la interpretación de aquellas disposiciones constitucionales que formulan la regulación específica de la reforma; depende, en suma, de las *normas constitucionales* vigentes que regulan el cambio de la constitución, inferidas, a su vez, de tales disposiciones.



En consecuencia, para proceder a una delimitación entre reforma constitucional y poder constituyente, existen dos perspectivas de análisis relevantes:

- 1) Un nivel de análisis *superficial*, donde la constitución es entendida como un *conjunto de disposiciones*, y en el que funciona: a) *en abstracto*, como fuente jurídica que formula normativamente las condiciones de su propia reforma; y b) *en concreto*, como objeto a ser alterado por una reforma efectivamente ejecutada; y,
- 2) Un nivel de análisis *profundo*, donde la constitución es entendida como un *conjunto de normas efectivamente vigentes* (esto es, de normas que efectivamente se han aplicado y que previsiblemente se aplicarán para decidir casos) – y en el que funciona: a) *en abstracto*, como cúmulo de significados que determinan cuáles son los límites a la reforma constitucional; y, b) *en concreto*, como parámetro de calificación jurídica de un específico acto normativo de reforma a la constitución.

Bajo la perspectiva de este nivel de análisis *profundo*, la constitución puede ser vista como un *conjunto de normas* inferidas o derivadas a partir del texto constitucional que opera como fuente jurídica, donde el modo de obtención de esas normas es, típicamente, la interpretación jurídica de las disposiciones constitucionales. Lo anterior guarda respectiva congruencia con dos tesis ontológicas del derecho de corte empírico: aquella según la cual no hay derecho sin textos que interpretar; y aquella que afirma que tampoco hay derecho sin interpretación.

Como se puede advertir, introducir esta segunda perspectiva de análisis de la constitución –como conjunto de normas vigentes– permite identificar de manera más precisa cuáles son los límites a la reforma constitucional y cuál es su contenido de significado; y permite hacerlo tanto en abstracto como en concreto, lo que a su vez ofrece la posibilidad de presentar la distinción entre reforma e instauración constitucional de un modo más articulado.

Por otra parte, dado que los límites a la reforma constitucional, de acuerdo con esta perspectiva de análisis, son identificados en sede interpretativa a través de normas

constitucionales, aquellos pueden consistir no solamente en limitaciones formales, sino también en limitaciones materiales o de contenido. Y frente a esta posibilidad, que es bastante frecuente en los estados constitucionales, es necesario formular una delimitación entre reforma e instauración constitucional que abra espacio a ambos tipos de límites.

### **3.2. REFORMULANDO LA DISTINCIÓN ENTRE REFORMA CONSTITUCIONAL Y PODER CONSTITUYENTE**

La reformulación a la que me refiero implica reconsiderar qué cuenta como un límite a la reforma de la constitución. Como se ha anticipado, aquí se considera que dichos límites no se reducen a cuestiones estrictamente formales (como la competencia de la autoridad normativa o el procedimiento para la expedición del acto normativo de reforma), sino que se pueden extender también a cuestiones de contenido (si es que ello es contemplado por las normas constitucionales vigentes). En otras palabras, una reforma constitucional consistiría en una modificación del conjunto de disposiciones constitucionales que ha observado *todas* las condiciones (formales y materiales) previstas para estos efectos por el conjunto de las normas constitucionales en vigor.

Siguiendo lo antes dicho, sostengo que:

- 1) Cualquier modificación constitucional, si se realiza observando todas las condiciones formales y materiales dispuestas por las normas constitucionales vigentes, constituye ejercicio del poder de reforma constitucional;
- 2) Una modificación constitucional ‘legal’ en la forma, pero ‘ilegal’ en el fondo (en el específico sentido de que ha quebrantado un límite material de la reforma constitucional, dispuesto por normas constitucionales en vigor), no constituye ejercicio del poder de reforma constitucional sino:
- 3) Un acto inconstitucional, cuando la modificación no sea efectiva y, por el contrario, sea repelida por los cauces regulares; o,
- 4) Manifestación del poder constituyente, cuando la modificación sea efectiva y suponga, de cualquier modo, la instauración de nuevas normas ‘originarias’.

- 5) La mayor dificultad dentro de esta propuesta de distinción es cómo calificar una modificación constitucional ‘legal’ desde una perspectiva material, en el específico sentido de que no ha quebrantado ningún límite material de la reforma constitucional dispuesto por normas constitucionales en vigor, pero ‘ilegal’ en la forma (por irregularidades observadas en cuestiones competenciales o procedimentales). La solución, si se desea ser consistente sosteniendo la necesidad de que las normas ‘originarias’ sean caracterizadas también por contrariar la identidad del orden jurídico, no podría ser lisa y llanamente la calificación del acto modificatorio como manifestación del poder constituyente; pero tampoco podría calificarse a tal modificación constitucional como ejercicio del poder de reforma, puesto que –según lo dicho anteriormente en el literal (a)– solo pueden contar como reformas constitucionales aquellas modificaciones que hayan observado *todas* las condiciones para su realización, incluyendo las formales. En este punto, y al igual que en el literal (b) de esta propuesta de distinción, utilizaré nuevamente el recurso a la condición de la efectividad. Así, pues:
- 6) Si la modificación no ha sido efectiva y, por el contrario, ha sido repelida por los cauces regulares, es un acto inconstitucional; pero,
- 7) Si la modificación ha sido efectiva, en cambio, se presenta una peculiar situación, dado que la efectividad en este contexto implica que la pretensión de reformar la constitución habría sido lograda. Cabe discernir, en este punto, dos perspectivas de análisis:
- 8) Desde una perspectiva ‘autoritativa’, exclusivamente afincada en las decisiones de los poderes públicos, la modificación cuenta como ejercicio del poder de reforma constitucional, en vista de haber sido efectivamente conseguida bajo ese título; y,
- 9) Desde una perspectiva ‘no autoritativa’, que tenga en cuenta el criterio de no sólo de los órganos decisorios sino también de los ciudadanos, la modificación contará

como manifestación del poder constituyente en la medida en que se considere que el cambio producido afecta también la identidad de la constitución y, por tanto, la identidad del orden jurídico.

#### **4. CONSIDERACIONES FINALES**

Bajo esta propuesta de reformulación, como es obvio, la delimitación entre reforma e instauración constitucional no está basada en elementos puramente formales, pero tampoco implica la suscripción de una concepción ‘sustancialista’ de la constitución y del poder de reforma. Identificar cuáles son las normas constitucionales vigentes que regulan la reforma de la constitución es una actividad que no requiere ningún compromiso con aquellas tesis sustancialistas; se trata simplemente de describir los distintos tipos de normas efectivamente utilizadas en sede de aplicación jurídica, esto es, de describir las interpretaciones vigentes (una labor que puede ser vista en diáfana congruencia con los presupuestos de una ciencia jurídica realista).

Así, pues, identificar eventuales límites de contenido a la reforma constitucional, dispuestos en normas constitucionales vigentes, es una actividad perfectamente compatible con el propio concepto de ‘constitución’ analizado en forma profunda desde una ontología del derecho empirista y realista. Sobre la base de este concepto de ‘constitución’, por tanto, no es necesario acudir exclusivamente a las *formas* para estipular un criterio delimitador entre lo que es (y no es) una modificación producida por una reforma constitucional.

Esta propuesta tiene una pretensión modesta, que es dar cuenta del hecho de que, en el funcionamiento de la mayoría de los sistemas jurídicos actuales dotados de constituciones rígidas y garantizadas, los órganos que detentan el control constitucional (como los tribunales o cortes constitucionales) tienen la última palabra en torno a la juridicidad de las modificaciones constitucionales; lo que significa que, al expedir decisiones de única o última instancia (que no admiten ser revocadas), tales órganos pueden atribuir al texto constitucional cualquier significado que deseen, y eso incluye la

construcción de límites de todo tipo a la reforma constitucional.

## 5. REFERENCIAS

AGUILÓ REGLA, Josep. **Constitución y derecho constitucional**. In: VIOLA, Franco. Introducción a la teoría del derecho constitucional. 2. ed. Madrid: Trotta, 2001. p. 435-448.

AGUILÓ REGLA, Josep. **Los conceptos de Constitución**. In: VIOLA, Franco. Teoría de la Constitución. 2. ed. Madrid: Trotta, 2007. p. 51-58.

ALÁEZ CORRAL, Benito. **La reforma constitucional en el Derecho Comparado**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. **Normative Systems**. New York: Springer, 1976.

ALBERT, Richard. **Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitutions**. Oxford: Oxford University Press, 2019.

ALCHOURRÓN, Carlos E. **On the logic of normative systems**. In: ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. Normative Systems. New York: Springer, 1988. p. 301.

BACHOF, Otto. **Verfassungsrechtliche Probleme**. Berlin: Walter de Gruyter, 1951.

BAQUERIZO MINUCHE, Jorge. Poder Constituyente y Cambio Constitucional. **Revista de Derecho Constitucional**, v. 21, n. 2, p. 119-155, 2021.

BARBERIS, Mauro. **El positivismo jurídico**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2011.

BARBERIS, Mauro. Positivismo jurídico “interno”. Problema y método de una teoría general del derecho. **Diritto & Questioni Pubbliche**, v. 16, n. 1, p. 3-21, 2016.

BAYÓN, Juan Carlos. Sobre la rigidez constitucional y el principio democrático. **Doxa**, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 27, p. 69-92, 2004.

BENTHAM, Jeremy. **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**. London: T. Payne and Son, 1780.

BOBBIO, Norberto. **Teoria della norma giuridica**. Torino: G. Giappichelli, 1962.

- BULYGIN, Eugenio. **Essays in Legal Philosophy**. New York: Springer, 1982.
- BULYGIN, Eugenio. **Sistema jurídico y normas jurídicas**. Madrid: Tecnos, 1963.
- COLÓN-RÍOS, Joel. Carl Schmitt and Constituent Power in Latin American Courts: **The Case of Venezuela**. **Journal of Constitutional Law**, v. 12, n. 2, p. 224-247, 2010.
- COMANDUCCI, Paolo. Interpretación constitucional y argumentación jurídica. **Revista de Derecho Constitucional**, v. 4, n. 8, p. 98-109, 1998.
- CRUZ, André. El concepto de constitución en la dogmática jurídica alemana. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, v. 38, n. 112, p. 9-39, 2005.
- DE VEGA, Esperanza. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Tecnos, 1985.
- DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.
- FERRAJOLI, Luigi. **Principia Juris**. Teoría del Derecho y de la Democracia. Madrid: Trotta, 2011.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1994.
- GUASTINI, Riccardo. **Constituzione e Revisione della Costituzione**. Torino: G. Giappichelli, 1994.
- GUASTINI, Riccardo. **La semantica dei sistemi giuridici**. Milano: G. Giappichelli, 2011a.
- GUASTINI, Riccardo. **Interpretazione e analisi del diritto**. Torino: G. Giappichelli, 2011c.
- GUASTINI, Riccardo. **Le fonti del diritto e l'interpretazione**. Milano: G. Giappichelli, 1993.
- GUASTINI, Riccardo. **Norme e Interpretazioni**. Torino: G. Giappichelli, 2011b.
- GUASTINI, Riccardo. **Ontología del derecho**. Buenos Aires: Marcial Pons, 2015.
- GUASTINI, Riccardo. **Estudios sobre la teoría de la constitución**. Buenos Aires: Marcial Pons, 2017.

GUASTINI, Riccardo. **Constitucionalismo y democracia**. In: CARBONELL, Miguel. *Teoría del Derecho Constitucional*. Madrid: Trotta, 1998. p. 307-321.

GUASTINI, Riccardo. Sobre la identidad textual de la constitución. **Diritto & Questioni Pubbliche**, v. 19, n. 1, p. 153-162, 2019.

HELLER, Hermann. **Staatslehre**. Leiden: A.W. Sijthoff, 1934.

HSÜ, Leo K. **Constitutional interpretation in China**. Beijing: Tsinghua University Press, 1932.

JELLINEK, Georg. **Allgemeine Staatslehre**. Berlin: O. Häring, 1906.

KALYVAS, Andreas. **Constituent Power and the Limits of Constitutionalism**. In: LENOBLE, Jacques. *Democracy, Law and Legal Theory*. London: Routledge, 2005. p. 229-245.

KELSEN, Hans. **General Theory of Law and State**. Cambridge: Harvard University Press, 1945.

KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. Leipzig: F. Deuticke, 1925.

LASSALLE, Ferdinand. **¿Qué es una Constitución?** México: UNAM, 1862.

LOEWENSTEIN, Karl. **Political Power and the Governmental Process**. Chicago: University of Chicago Press, 1957.

MARTÍ, José Luis. La filosofía del derecho de Riccardo Guastini. **Doxa**, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 30, p. 22-30, 2013.

PALOMBELLA, Gianluigi. **La legalità come liceità**. Milano: G. Giappichelli, 1997.

PACE, Alessandro. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Tecnos, 1997.

PINO, Giorgio. **Teoría del derecho y teoría constitucional**. Madrid: Trotta, 2021.

POZZOLO, Susana. **Introducción a la teoría de la constitución**. Madrid: Trotta, 2001.

RECASÉNS SICHES, Luis. Los sistemas normativos y la constitución. **Revista de Derecho Constitucional**, n. 1, p. 62-73, 1931.

ROSS, Alf. **On Law and Justice**. London: Stevens, 1958.

ROZNAI, Yaniv. **Unconstitutional Constitutional Amendments**. Oxford: Oxford University Press, 2017.

SCHMITT, Carl. **Verfassungslehre**. Berlin: Duncker & Humblot, 1928.

TROPER, Michel. **La Théorie du droit de Hans Kelsen**. Paris: PUF, 1999.

VIOLA, Franco. **Teoría de la Constitución**. 2. ed. Madrid: Trotta, 1999.



## O MEIO AMBIENTE NOS ANDARES SUPERIORES DO EDIFÍCIO CONSTITUCIONAL: OS PREÂMBULOS DAS CONSTITUIÇÕES DO EQUADOR E DA BOLÍVIA

*THE ENVIRONMENT ON THE UPPER FLOORS OF THE CONSTITUTIONAL BUILDING: THE PREAMBLES OF THE CONSTITUTIONS OF ECUADOR AND BOLIVIA*

Giulia Fontanella<sup>1</sup>

**RESUMO:** Este artigo examina a centralidade da proteção ambiental nas constituições do Equador e da Bolívia, enfatizando o papel dos preâmbulos constitucionais. O estudo destaca a técnica narrativa utilizada para incluir princípios ambientais nos "andares superiores" do edifício constitucional, evidenciando a função simbólica e normativa desses preâmbulos. Analisando as peculiaridades culturais andinas e a transposição dos princípios ambientais, o artigo sugere que a inclusão desses princípios nos preâmbulos das constituições reflete uma tendência global e possui um potencial transformador significativo. A pesquisa também aponta para a necessidade de uma convergência jurisprudencial que atribua um valor normativo real aos textos preambulares, promovendo uma interpretação constitucional mais robusta em julgamentos de legitimidade.

**Palavras-chave:** constitucionalismo ambiental; preâmbulo constitucional; Equador; Bolívia; princípios ambientais.

**ABSTRACT:** This article examines the centrality of environmental protection in the constitutions of Ecuador and Bolivia, emphasizing the role of constitutional preambles. The study highlights the narrative technique used to include environmental principles in the "upper floors" of the constitutional building, emphasizing the symbolic and normative function of these preambles. Analyzing the Andean cultural peculiarities and the transposition of environmental principles, the article suggests that the inclusion of these principles in constitutional preambles reflects a global trend and has significant transformative potential. The research also points to the need for jurisprudential convergence that assigns real normative value to preamble texts, promoting a more robust constitutional interpretation in legitimacy judgments.

**Keywords:** environmental constitutionalism; constitutional preamble; Ecuador; Bolivia; environmental principles.

**Sumário:** 1. INTRODUÇÃO; 2. DEFINIR OS PREÂMBULOS CONSTITUCIONAIS; 3. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS AMBIENTAIS NO EQUADOR. UMA SISTEMATIZAÇÃO DE PRINCÍPIOS AMBIENTAIS; 4. FORMAÇÃO DO DIREITO AMBIENTAL DE CIMA PARA BAIXO: ELEMENTOS

---

<sup>1</sup> Professora da Università di Padova (Itália); e-mail: giulia.fontanellaa@gmail.com

INTERNACIONALISTAS E CULTURAIS CONVERGEM NO DESENVOLVIMENTO DE PRINCÍPIOS AMBIENTAIS. SUGESTÕES DO SUL GLOBAL; 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS; 6. REFERÊNCIAS

## 1. INTRODUÇÃO

A centralidade do tema da proteção ambiental e da relação entre o homem e a natureza no constitucionalismo latino-americano se reflete na presença de referências ao meio ambiente nos preâmbulos constitucionais.

O Atlas do constitucionalismo ambiental global, segundo o itinerário traçado pelos "marcadores" - *detectores*, que vão dos mais intensos aos menos significativos - permite avaliar o grau de penetração do valor ambiental em cada contexto constitucional e identificar as constituições que respondem a um forte constitucionalismo ambiental (*grosso*) ou fraco (*magro*), em linha com a dicotomia proposta por LJ Kotzé. Nesse sentido, um forte constitucionalismo ambiental através da transposição de princípios ambientais nos preâmbulos das constituições, nos "andares superiores" do edifício constitucional.

Para além das peculiaridades culturais andinas - que servem de terreno fértil para muitos dos elementos mais inovadores do direito ambiental da região - acredita-se que a transposição dos princípios ambientais nos preâmbulos constitucionais é uma técnica narrativa com forte carga simbólica, cuja a circulação num grande número de constituições dos anos 2000, novas ou revistas, é uma *tendência* que aumenta o potencial transformador dos princípios ambientais. Além disso, é desejável uma ampla convergência da jurisprudência constitucional no sentido da atribuição de um valor normativo real aos textos preambulares, a par da função de suporte hermenêutico nos julgamentos de legitimidade.

## 2. DEFINIR OS PREÂMBULOS CONSTITUCIONAIS

Em geral, tomando emprestadas as afirmações de Javier Tajadura Tejada, um Preâmbulo pode ser definido como aquele "texto introdutório que precede o artigo de um documento normativo e que, ao apresentá-lo, expõe as razões pelas quais o autor da norma intervém e os objetivos que ele persegue com suas ações" (TAJADURA TEJADA, 1997, p.

17). Assim descrito, o preâmbulo - seja legislativo ou constitucional - cria uma ligação entre o passado e o futuro, ou entre as razões que levaram à aprovação de um texto legislativo e os objetivos que se pretendem prosseguir com a sua aplicação, ajudando assim a definir os objetivos do estado de forma dinâmica.

Restringindo a definição apenas à do preâmbulo constitucional, nota-se que este contém a apresentação dos traços indenitários de uma comunidade livremente fundada por vontade do poder constituinte: um texto introdutório que precede o artigo constitucional, explicativo dos motivos pelos quais que o poder atua e os objetivos que pretende perseguir com as suas ações (“impressões digitais dos constituintes originais”).

O autor que, mais do que ninguém na doutrina espanhola, se dedicou à investigação sobre o carácter normativo do preâmbulo constitucional é, sem dúvida, o referido Javier Tajadura Tejada, que parte do pressuposto de que o *Preâmbulo* constitui parte integrante do texto normativo que o precede. A maior parte da doutrina espanhola tende a negar valor normativo ao *Preâmbulo*, com base em vários argumentos. Um primeiro argumento parte da observação de que os preâmbulos não contêm obrigações (*mandados*); alguns negam o seu valor jurídico *tout court* enquanto outros reconhecem valor legal, mas não normativo.

A declaração dos objetivos do poder constituinte coincide então com a escolha dos valores fundamentais nos quais basear a ordem constitucional.

Entre as constituições dos cento e noventa e três países que fazem parte da Assembleia da ONU, dezesseis contêm referências ao meio ambiente em seus preâmbulos, dos quais seis estão concentrados na América Central e do Sul: são as constituições de Belize, da República Dominicana República, Guiana, Venezuela, Equador e Bolívia. Entre estes, é oportuno fazer algumas distinções.

Os preâmbulos das constituições de Belize e da República Dominicana fazem breves referências, respectivamente, à proteção do meio ambiente e ao equilíbrio ecológico. A Guiana, por outro lado, no seu preâmbulo, “*garante uma vida saudável ambiente*” e compromete-se a “*demonstrar nosso compromisso de proteger nosso natural meio ambiente e dotação*”. A Constituição da Venezuela de 2009 reconhece no preâmbulo o equilíbrio

ecológico e os recursos naturais como patrimônio comum e inalienável da humanidade, demonstrando assim uma abordagem algo antropocêntrica - posteriormente confirmada pelo artigo constitucional - embora a referência ao equilíbrio ecológico mostre um grau de elevado penetração do valor ambiental no quadro constitucional.

As constituições do Equador e da Bolívia expressam a *revolução ecocêntrica* da região, porque colocam a relação entre o homem e a natureza na base do novo edifício constitucional, em nome da convivência harmoniosa e do pluralismo cultural.

Na Constituição do Equador (2008), o preâmbulo celebra

*“la naturaza , la Pacha Mama, de la que fazemos parte e o que é vital para nós existência ” e proclama “ uma nova forma de convivência cidadão , na diversidade e harmonia com a natureza , para melhorar el bom vivir , el sumak kawsay”<sup>2</sup>*

O da Constituição do Equador é tomado como exemplo de preâmbulo que utiliza uma linguagem ligada ao mundo da vida dos cidadãos comuns e que se refere às concepções locais de sabedoria.

O preâmbulo boliviano (2009) faz uma referência quase poética à Mãe Terra, à convivência pacífica e à diversidade cultural:

*“Ao mesmo tempo memoriais foram erguidos montañas , se desplazaron rios , se formassem lagos . Nossa Amazônia, nossa chaco , nosso O Altiplano e as nossas árvores e vales estão cobertos de vegetação e flores . Vamos ver esta Santa Mãe Tierra com rostros diferente , e entendemos desde expressa a atual pluralidade de todos é o que é nosso diversidade como noites e culturas . Sim vamos nos conformar nosso povo, e jamás nós entendemos el racista até agora que nós suframos desde eles fatal época da colônia”<sup>3</sup>*

Diante de uma indiscutível riqueza semântica contida nos dados normativos dos dispositivos que ocupam os *andares superiores* do edifício constitucional, os tribunais constitucionais latino-americanos utilizam o preâmbulo sobretudo como suporte argumentativo secundário, inserido *ad colorandum* para enfatizar a decisão ou dar-lhe uma caráter indicativo, cujas manifestações não fazem parte da *ratio decidendi*.

---

<sup>2</sup> Fonte: Organização dos Estados Americanos.

<sup>3</sup> Fonte: Organização dos Estados Americanos.

Apenas dois tribunais constitucionais na América Latina abordaram a questão da natureza jurídica do preâmbulo: o Tribunal Colombiano estabeleceu a sua natureza normativa, num caso de inconstitucionalidade face a uma questão social, e o Tribunal Brasileiro a sua natureza declarativa, num caso de inconstitucionalidade face a uma questão social, e o Tribunal Brasileiro a sua natureza declarativa, num caso de caso envolvendo a inconstitucionalidade da *invocatio dei* contida no preâmbulo. No mesmo sentido, Frosini relata que o papel central do preâmbulo no sistema jurídico colombiano foi firmemente estabelecido pelo Tribunal Constitucional criado em 1991, enquanto, antes de este entrar em funcionamento, o Supremo Tribunal de Justiça tinha uma opinião muito mais "tíbia". Com efeito, relegando-o ao papel de base interpretativa a partir de uma "posição" perante o preâmbulo.

### **3. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS AMBIENTAIS NO EQUADOR. UMA SISTEMATIZAÇÃO DE PRINCÍPIOS AMBIENTAIS**

No Equador, onde a Constituição de 1979 já estabelecia o direito de viver em um ambiente livre de contaminação, acrescentando o dever do Estado de garantir esse direito, juntamente com a proteção da natureza (de acordo com a abordagem dualista clássica, que também é encontrada no espanhol Constituição de 1978), a Constituição Política de 1998, ampliou então o catálogo de artigos que se referem ao meio ambiente e seus recursos, tipificando também infrações e sanções administrativas, civis e criminais, por ações ou omissões contra as normas de Proteção Ambiental. Em vez disso, o artigo 90.º proibia a entrada de resíduos nucleares e resíduos tóxicos no território nacional, enquanto o artigo 91.º concedia o direito de ação a qualquer pessoa singular ou coletiva, a fim de implementar a proteção ambiental. O artigo 240 da Constituição de 1998 estabeleceu proteção especial para as províncias da região amazônica em termos de conservação ecológica, com o objetivo de manter a biodiversidade para o seu desenvolvimento sustentável e de defender o patrimônio natural e cultural do país e proteger o meio ambiente.

Como a própria doutrina equatoriana reconhece claramente, a Constituição de 2008

é altamente inovadora para o reconhecimento dos direitos da natureza, por um lado, e para a positivação de um novo paradigma teórico sobre o qual fundar o edifício constitucional, o *sumak kawsay* como *conceito guia de vida*. Portanto, essa Constituição marca um antes e um depois na regulamentação constitucional do meio ambiente em nível global e representa o culminar do processo de constitucionalização do meio ambiente que se desenvolveu nos países latino-americanos: esta Carta, como as da Venezuela e da Bolívia, foi aprovada em contextos sociopolíticos e económicos com amplas semelhanças e novos paradigmas *de governação* no continente.

Em virtude da consciência cada vez mais difundida e profunda de que o modelo de produção e consumo predominante na nossa sociedade está a conduzir ao colapso ambiental, o constitucionalismo ambiental pode ser lido como uma reação a esta consciência.

O Antropoceno - era geológica instável por causas antrópicas, em que os seres humanos se tornaram agentes geológicos, capazes de modificar os processos físicos mais básicos da terra - coloca a espécie humana diante do duplo problema da sua própria sobrevivência e da necessidade de construir uma sociedade melhor, mais justa e mais inclusiva para as gerações presentes e futuras. As narrativas possíveis do Antropoceno são muitas: pode-se considerar que a humanidade como um todo é responsável pelo desequilíbrio ecológico do planeta (que se manifesta nos três grandes problemas ambientais das alterações climáticas, da poluição e da perda de biodiversidade), através de princípio da “responsabilidade comum, mas diferenciada”, até à visão mais extrema que centra a sua crítica nos sistemas económicos capitalistas.

Dada a importância das questões ambientais para a sobrevivência e o desenvolvimento da sociedade pós-moderna, nas últimas constituições latino-americanas há uma forte inspiração de um constitucionalismo consciente da essencial dimensão social da proteção ambiental. No entanto, seria errado reduzir o fenómeno da forte incidência dos valores ambientais no constitucionalismo andino ao carácter recente da introdução dos textos constitucionais relevantes, porque os dados temporais por si só não explicariam a sua colocação num quadro axiológico mais maduro. Dimensão e naturalmente inclinado para a

transposição de valores ambientais do que alguns textos quase contemporâneos, como a *Charte de l'Environnement francesa* ou alguns textos constitucionais africanos que, embora apresentem uma forte conotação ambiental, não têm a força transformadora do Constituições andinas.

Do ponto de vista da constitucionalização dos princípios ambientais, a Constituição do Equador representa o ponto mais maduro de expressão de *tendências inovadoras* no constitucionalismo ambiental e contém uma formulação ecocêntrica do princípio do desenvolvimento sustentável.

Os cânones egocêntricos são levados a cabo pelo parágrafo primeiro do art. 395: O Estado deve garantir um modelo de desenvolvimento sustentável, equilibrado do ponto de vista ambiental e respeitador da diversidade cultural, que preserve a biodiversidade e a capacidade regenerativa natural dos ecossistemas e garanta a satisfação das necessidades das gerações presentes e futuras.

O dispositivo em questão é muito inovador porque expressa semanticamente a orientação do desenvolvimento económico para os objetivos de equilíbrio ambiental e de diversidade cultural, prevendo “a obrigação de restaurar completamente os ecossistemas e de compensar as pessoas e comunidades afetadas”, art. 396, parágrafo primeiro, e que o Estado se compromete a) assegurar a intangibilidade das áreas naturais protegidas, a fim de garantir a conservação da biodiversidade e a manutenção das funções ecológicas dos recursos naturais. A gestão e administração das áreas naturais protegidas serão da responsabilidade do Estado”.

A circunstância que acabamos de expor sugere que a riqueza de disposições ambientais oferecidas pela Constituição do Equador ainda não esgotou a sua capacidade de alimentar a investigação no campo do constitucionalismo ambiental; o elemento provavelmente mais conhecido da Constituição em questão, e mais investigado pela doutrina, é de facto o do reconhecimento dos direitos da natureza mas o quadro axiológico em que se insere esse reconhecimento é o da constitucionalização dos princípios ambientais que, diferentemente da natureza como sujeito de direitos, é um exemplo que pode ser seguido

por muitos outros sistemas porque é compatível com diferentes culturas e tradições jurídicas.

O parágrafo quarto do art. 395 contém uma formulação completa do princípio *in dubio pro natura*: “em caso de dúvida sobre o alcance das disposições legais em matéria ambiental, estas serão aplicadas no sentido mais favorável à proteção da natureza”. O dispositivo em questão atesta a centralidade da natureza em si considerada no ordenamento jurídico de que falamos porque orienta todo o ordenamento jurídico para a sua proteção, impondo a todos os sujeitos - pessoas e órgãos do Estado - que se deparem com a possibilidade de escolher entre diferentes medidas, ações ou possíveis soluções, optar por aquela que tenha menor impacto no meio ambiente, e optar por não operar, nos casos em que o grave impacto seja inevitável.

No que diz respeito à transposição dos princípios da tríade *clássica*, o art. 396, parágrafo primeiro, contém definição exaustiva do princípio da prevenção e da precaução, enquanto o art. 397 incorpora plenamente a lógica reparatória do princípio do *poluidor-pagador*, no seu sentido de responsabilidade pelos danos causais ao meio ambiente.

Esse quadro articulado de princípios ambientais é significativamente fortalecido pelo disposto no parágrafo segundo do art. 397, através do qual o Estado se compromete a estabelecer mecanismos eficazes para a prevenção e controle da poluição ambiental, a recuperação de áreas naturais degradadas e a gestão sustentável dos recursos naturais.

Conclusivamente, pode-se notar que a Constituição do Equador não só constitucionaliza todo o sistema de princípios ambientais, mas tem a capacidade de identificar a sustentabilidade ecológica como o objetivo para o qual este sistema de princípios está orientado.

#### **4. FORMAÇÃO DO DIREITO AMBIENTAL DE CIMA PARA BAIXO: ELEMENTOS INTERNACIONALISTAS E CULTURAIS CONVERGEM NO DESENVOLVIMENTO DE PRINCÍPIOS AMBIENTAIS. SUGESTÕES DO SUL GLOBAL**

A experiência andina mostra que o elemento de constitucionalização de princípios é



resultado de um duplo processo de formação do direito ambiental.

O primeiro processo é o da circulação vertical de princípios, que passam do direito internacional - lugar de positivação das questões ambientais e de formulação e desenvolvimento de alguns *grandes princípios* - aos sistemas constitucionais, passando pelo nível supranacional, especialmente pela jurisprudência da *Corte Interamericana*. Do fenômeno de *fertilização cruzada* que alimenta o constitucionalismo ambiental multinível também através da jurisprudência do órgão mais importante que trata dos direitos humanos na região, e que se baseia fortemente nos cânones de proteção ambiental oferecidos pelo panorama dos princípios ambientais.

O outro processo que contribui para a formação do *corpus* do direito ambiental é o *renascimento* dos direitos das populações indígenas e do direito ctônico, que é um dos *leitmotivs* dos constitucionalismos do *Sul Global* e que desempenha um papel decisivo no processo e da constitucionalização do meio ambiente.

A “tradição jurídica contra hegemônica do *bem viver*” não pode ser compreendida pelas lentes da ideia ocidental de bem viver ou de bem-estar e, nas línguas indígenas do Equador e da Bolívia é entendida, respectivamente, como *suma qamana* e *sumak kawsay*, expressões substancialmente equivalentes que dificilmente se prestam a traduções sem distorções semânticas. As orientações da vontade nas comunidades andinas refletem a visão ancestral que nos convida a cultivar um afeto coletivo pela natureza, pois todas as ações, individuais e comunitárias, têm efeitos significativos no universo, enquanto no Ocidente a natureza está sujeita ao domínio da ciência. A visão de um universo integrado e interdependente, específico da cultura andina, reflete plenamente a ideia de complexidade que é resultado das interconexões entre as ações humanas e os ecossistemas, mencionada na Introdução deste trabalho.

No sistema de pensamento andino, o bem-estar só é possível dentro da comunidade e no respeito à *Pacha Mama*, portanto, o novo constitucionalismo ambiental andino inclina-se naturalmente para a construção de uma nova gramática jurídica, adequada para enfrentar os problemas do Antropoceno.

Dentro da tradição jurídica da região andina, o conceito jurídico de sustentabilidade se destaca de forma inovadora porque está ancorado em uma ideia diferente de desenvolvimento comunitário. Na cosmovisão do *bem viver*, a introdução de valores estranhos à cultura indígena, que levam os indivíduos a buscar bens e recursos para satisfazer aspirações egoístas e a explorar excessivamente o território, provocam a desintegração da comunidade. Neste sentido, os fenômenos de urbanização massiva, com a consequente deterioração ambiental e destruição da biodiversidade, equivalem à destruição dos elementos simbólico-espirituais da cultura nativa e são exemplos de *mal vivir*.

O que acabamos de dizer mostra que os dois conceitos que compõem a *hendiadys* do *desenvolvimento sustentável* – desenvolvimento e sustentabilidade – são conceitos com um significado relativo. Para além dos múltiplos matizes de significado que o termo desenvolvimento (crescimento) pode assumir, baseado em crenças éticas, representações do mundo e objetivos de indivíduos e comunidades, o conceito de sustentabilidade deriva das ciências naturais e é implementado em diferentes contextos culturais com base nos objetivos subjacentes que inspiram a comunidade. Sabe-se que o princípio do desenvolvimento sustentável no mundo ocidental é entendido como a síntese de instâncias de crescimento económico e de desenvolvimento ambiental; na cultura andina, o desenvolvimento não se destina a servir o crescimento material e a sustentabilidade é entendida como a oportunidade para os povos indígenas manterem e cultivarem os seus respectivos métodos tradicionais de produção, respeitando os ciclos da natureza.

Tendo assim recolocado o princípio da sustentabilidade num sistema axiológico geneticamente orientado para a proteção do ambiente natural, compreende-se a sua função como quadro racionalizador do *corpus de princípios ambientais*. Ou seja, entendemos como o sistema de princípios ambientais, *clássico*, *emergente* e *novo*, está teologicamente orientado para a sustentabilidade.

A nova fundamentação do princípio da sustentabilidade pode ser melhor compreendida se considerarmos que o conceito de sustentabilidade que tem origem nas ciências naturais se refere à gestão de um recurso que permite a sua utilização sem afetar a

sua capacidade natural de regeneração. Este é evidentemente um conceito que precede o de desenvolvimento sustentável e que não funcionaliza necessariamente a utilização dos recursos para fins de crescimento económico, mas apenas para a preservação da capacidade de regeneração.

Enquadrado desta forma, o conceito de sustentabilidade parece perfeitamente alinhado com o cânone de resiliência da nova (e ainda inacabada) formulação jurídica: o conceito de resiliência apareceu na cena internacional - pensemos, na Europa, no próprio *Green Deal*, que faz referência, e aos planos nacionais de recuperação e resiliência - como resultado da consciência da condição patológica em que o ambiente se encontra, onde é necessário remediar a capacidade já comprometida de alguns ecossistemas se auto sustentarem e autorregenerarem . O cânone da sustentabilidade, antes da sua justaposição com a necessidade de desenvolvimento, tinha como objeto a preservação dos equilíbrios ecossistémicos.

Portanto, o *nuevo constitucionalismo andino*, em geral, e a Constituição do Equador, em particular, em virtude da sistematização dos princípios ambientais nela contidos, mostram que há um ponto de convergência entre o formante internacionalista e o formante cultural, que é o da constitucionalização dos princípios ambientais. Este ponto de convergência é de vital importância para os desenvolvimentos do constitucionalismo ambiental porque contém uma possível chave para a compreensão de um novo direito ambiental, reorientado no sentido do pluralismo cultural e da comunicação fecunda entre o conhecimento jurídico e o conhecimento científico, e se manifesta através da transposição dos princípios em questão nos preâmbulos.

Através da inclusão do *bem viver* em suas constituições, os estados do Equador e da Bolívia desejam seguir um caminho alternativo em termos de sustentabilidade, mas fazem parte da *tendência global* de constitucionalização dos princípios ambientais que está difundida nos vários continentes, com particular impacto nas constituições do *Sul Global*.

O que acabamos de afirmar é a favor da capacidade afirmada dos princípios ambientais para criar *pontes* entre sistemas jurídicos e culturas - portanto, para a realização

de uma das principais *missões* do direito comparado na era do Antropoceno - e lança luz sobre o fenômeno da constitucionalização dos princípios das questões ambientais como uma tendência em evolução digna de pesquisas futuras.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se a circunstância da inclusão no Preâmbulo é certamente uma das manifestações da centralidade do meio ambiente - ou da relação entre o homem e a natureza - no quadro constitucional, os preâmbulos constitucionais do Equador e da Bolívia - deliberadamente citados na língua original para não enfraquecer a sua carga semântica – confirmam a dimensão inovadora e axiológica do constitucionalismo ambiental na América Latina.

As constituições do Equador e da Bolívia refletem um paradigma ecocêntrico na região, pois posicionam a relação entre o homem e a natureza como o fundamento da nova ordem constitucional, promovendo a coexistência harmoniosa e o pluralismo cultural. Apesar da profunda densidade semântica intrínseca às disposições normativas que ocupam o topo da estrutura constitucional, a maioria dos tribunais constitucionais latino-americanos tende a utilizar o preâmbulo como ferramenta argumentativa secundária. Este último é inserido para sublinhar a decisão ou para lhe conferir um carácter indicativo, cujo impacto não diz diretamente respeito à *ratio decidendi*.

Para além das peculiaridades culturais da área em questão, acredita-se que a transposição de princípios ambientais nos preâmbulos constitucionais é uma técnica narrativa com forte carga simbólica, cuja circulação em grande número de constituições dos anos 2000, novas ou revisadas, é uma *tendência* que aumenta o potencial transformador dos princípios ambientais.

Além disso, é desejável uma ampla convergência da jurisprudência constitucional no sentido da atribuição de um valor normativo real aos textos preambulares, a par da função de suporte hermenêutico nos julgamentos de legitimidade.

## 6. REFERÊNCIAS

BISCARETTI DI RUFFIA, P. **Derecho Constitucional**. Madrid: Tecnos, 1983.

ESPÍN CANOVAS, D. **Manual de Direito Civil Espanhol**. 5. ed. Madrid: s.n., 1975.

FERRAJOLI, L. **Principia iuris**: Teoría del derecho y la democracia. Madrid: Trotta, 2007.

LONGO, F. **Os preâmbulos constitucionais**: Estudo de direito comparado. Torino: Giappichelli, 2018.

TAJADURA TEJADA, J. **El Preámbulo constitucional**. Granada: Comares, 1997.

MARTIN CASALS, M. **Preámbulo y disposiciones directivas**. In: Curso de técnica legislativa. Madrid: GRETEL, Centro de Estudios Constitucionais, 1989, p. 73-102.

PARDO MARTÍNEZ, O. **Político metanarrativas**: a Constituição Latino-Americana Preâmbulos. In: Reflexión Política, vol. 20, n. 39, janeiro de 2018, p. 144-171.