

ISSN 1984-7858 - Digital
ISSN 1516-8964 - Impresso

UNIVEM

Centro Universitário Eurípides de Marília
Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”

EM TEMPO

Revista da área de Direito do UNIVEM

EM TEMPO	Marília	v.18	P. 1- 452	2019
----------	---------	------	-----------	------

EM TEMPO

Revista da área de Direito do
UNIVEM

Conselho Editorial

Prof. Dr. Adauto de Almeida Tomaszewki
(UEL-PR)

Prof. Dr. Alexandre Walmott Borges
(UFU)

Prof. Dr. Antonio Marchionni (PUC-SP)

Prof. Dr. Baldomero Oliver León
(Universidad de Granada – Espanha)

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado
(UNIVEM-SP)

Prof. Dr. Fernando Borges Correia de
Araújo (FDUL-Lisboa)

Prof. Dr. Gilberto Giacóia (UENP-PR)

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim
(UCAM)

Prof. Dr. Miguel Teixeira de Souza
(FDUL-Lisboa)

Prof.ª Dr.ª Norma Sueli Padilha
(UFSC)

Prof. Dr. Oscar Vilhena Vieira (FGV-SP)

Prof. Dr. Oswaldo Giacóia Junior
(UNIVEM / UNICAMP-SP)

Prof. Dr. Pedro Romano Martinez
(FDUL-Lisboa)

Prof. Dr. Pietro de Jesús Lora Alarcón
(ITE / PUC-SP)

Prof. Dr. Renato Bernardi (UENP-PR)

Prof. Dr. Ricardo Sanin Restrepo (Universidad Javeriana Bogota – Colombia)

Prof. Dr. Roberto Bueno Pinto (UFU)

Coordenação Geral:

Prof. Dr. Lafayette Pozzoli

Vice-Coordenação Geral:

Prof.ª Dr.ª Raquel Cristina Ferraroni Sanches

Coordenação Editorial:

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado

Supervisão Editorial:

Prof. Dr. Luis Henrique Barbante Franzé

Editoria Científica:

Prof.ª Dr.ª Vivianne Rigoldi

Editoria Técnica: NAPEX

Esp. Lívia Mariana Camargo Sad

Bárbara Cheder Brene

Indexação: Júlio César

Laurenço do Carmo

Revisão Bibliográfica

Aline Correa Maldonado (CRB. 8ºR/6365)

Capa e Projeto Gráfico:

Bahiji Hajé

Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM

Mantenedora: Fundação de “Ensino Eurípides Soares da Rocha”
(Entidade espírita sem fins lucrativos)

Luiz Carlos de Macedo Soares
Reitor

Luiz Fernando Cardoso
Vice-Reitor

Prof.ª. Dr.ª. Raquel C. Ferraroni Sanches
Pró-Reitora Acadêmica

Prof.ª. Dr.ª. Marlene de Fátima Campos Souza
Pró-Reitora Administrativa e Coordenadora do
Curso de Ciências Contábeis

Prof. Dr. Elvis Fusco
Pró-Reitor de Inovação e Desenvolvimento
Institucional

Prof. Dr. Lafayette Pozzoli
Coordenador do Mestrado em Direito e
do Núcleo de Apoio à Pesquisa do Univem

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado
Coordenador do Curso de Direito

Prof.ª. Dr.ª. Vânia Érica Herrera
Coordenadora do Curso
de Engenharia de Produção

Prof. Esp. Leandro Machado Tenório
Coordenador do Curso de Administração e do
Instituto Superior de Tecnologia (IST)

Prof. Dr. Fábio Dacêncio Pereira
Coordenador dos Cursos de Ciência da
Computação e de Sistemas de Informação

Joviro Gati Magnani
Secretário Geral

Aline Correa Maldonado
Bibliotecária

CONSELHO DE PARECERISTAS

Professores Doutores Antonio Celso Baeta Minhoto, Assis Brandão, César Mortari Barreira, Christiano Jorge Santos, Claudio José Amaral Bahia, Cristina de Souza Agostini, Elói Martins Senhoras, Emerson Afonso da Costa Moura, Erica Salatini Maffia, Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho, Fábio Metzger, Gesualdo Maffia, Giovane Henrique Bressan Schiavon, Giuseppe Tosi, Heloisa Pait, Ilton Garcia da Costa, Ivanaldo Oliveira dos Santos Filho, Janaína Rigo Santin, José Antonio Remedio, José Francisco de Assis Dias, José Geraldo Alberto Bertoncini Poker, Josilene Hernandes Ortolan Di Pietro, Lauro Erickson Cavalcanti de Oliveira, Marco Antônio dos Anjos, Michelle Carlesso Mariano, Mônica Montana Martínez Ribas, Rafael Salatini de Almeida, Ricardo da Costa, Tiago Cappi Janini.

Citação da fonte: Permite-se a reprodução total ou parcial dos textos com citação expressa da fonte.

Responsabilidade: Os trabalhos expressam conceitos da responsabilidade de seus autores, coincidentes ou não com os pontos de vista da Revista EM TEMPO.
Revista impressa em Novembro/2019.

Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha

DIRETORIA EXECUTIVA
(Triênio 2016/2017/2018)

Presidente: Luiz Carlos de
Macedo Soares

Vice-Presidente: Arnaldo Mas Rosa

1º Secretário: Luiz Florisval Rosa

2º Secretário: Terêncio Bertolini

1º Tesoureiro: Hildebrando
Tenório Gomes

2º Tesoureiro: João Roberto

1º Procurador: Amauri Rosa

2º Procurador: Massateru Arashiro

CONSELHO DE CURADORES Titulares

Antônio Braojos Dantas

Aldo Hélio Carmelo

Arlindo Ferreira Júnior

Suplentes

Sérgio Gomide

Cesar Donizeti Pillon

Luiz Carlos Laraya

CONSELHO FISCAL Titulares

Willian Eleazar Nemer

Nelson Cezário Motta

Antonio Beiro

Suplentes

Kenji Shimbo

Vicente Armentano Júnior

João Paulo Baptista Mattos

ENDEREÇO:

Av. Hygino Muzzi Filho, 529 .
Cx. Postal 2041, CEP 17.525-901.
Tel: (14) 2105-0800. Marília – SP

E-mail: emtempo@univem.edu.br
Disponível em www.univem.edu.br
Todos os direitos são reservados,
©UNIVEM. (copyright Univem)

Permuta:

Aceita-se permuta com revistas
congêneres do Brasil e do exterior
(biblioteca@univem.edu.br).

REVISTA EM TEMPO / Centro Universitário Eurípides de Marília
- UNIVEM. Revista da área de Direito do UNIVEM
Marília: Letras Jurídicas, v.18, 2019, 452 p.

Annual

ISSN 1984-7858 - Digital

ISSN 1516-8964 - Impresso

1. Construção do Saber Jurídico. 2. Crítica aos Fundamentos da
Dogmática Jurídica. 3. Dignidade da Pessoa Humana. 4. Fraternidade
I. Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM

Sumário

Summary

9 APRESENTAÇÃO

ARTIGOS

PARTE 1 - RELAÇÃO DO DIREITO COM A INOVAÇÃO E A TECNOLOGIA

15 INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E DIREITO: Estabelecendo diálogos no universo jurisdicional tecnológico

ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND LAW: Establishing dialogues in the technological jurisdictional universe

Josilene Hernandes Ortolan Di Pietro
Edinilson Donizete Machado
Fernando de Brito Alves

33 O DIREITO LIGADO À INOVAÇÃO TECNOLÓGICA EM BENEFÍCIO E RESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA SOB O OLHAR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

THE RIGHT LINKED TO TECHNOLOGICAL INNOVATION FOR THE BENEFIT AND RESPECT FOR THE DIGNITY OF THE HUMAN PERSON UNDER THE GAZE OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Marco Aurelio Ranieri
Lúcia Zabotto Pulino
José Eduardo Lourenço dos Santos

50 MEDIAÇÃO E O SISTEMA DIGITAL DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NA CONJUNTURA DAS RELAÇÕES EMPRESARIAIS

MEDIATION AND THE DIGITAL DISPUTE SETTLEMENT SYSTEM IN THE BUSINESS RELATIONS SETTING

Fernanda Bragança
Laurinda Fátima da F. P. G. Bragança

67 ESTRATÉGIAS AUTORREGULATÓRIAS DO DIREITO NO CENÁRIO DE RISCOS DOS RESÍDUOS NANOTECNOLÓGICOS A PARTIR DA SUSTENTABILIDADE EMPRESARIAL E ECONOMIA CIRCULAR

AUTORREGULATORY STRATEGIES OF LAW IN THE SCENARIO OF NANOTECHNOLOGICAL WASTE RISKS FROM BUSINESS SUSTAINABILITY AND CIRCULAR ECONOMY

Daniele Weber S. Leal
Wilson Engelmann

- 96 NOVOS PANORAMAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL E AS TECNOLOGIAS:
DANO GENÉTICO**
**NEW OVERVIEW OF CIVIL RESPONSIBILITY AND TECHNOLOGIES:
GENETIC DAMAGE**
Juliana Carvalho Pavão
Rita de Cássia Resqueti Tarifa Espolador
- 116 INQUÉRITO POLICIAL ELETRÔNICO NO ESTADO DE SÃO PAULO: DIREITO DE ACESSO
DO ADVOGADO E DEFENSOR PÚBLICO**
**ELECTRONIC POLICE INQUIRY IN THE STATE OF SÃO PAULO: RIGHT OF ACCESS OF
THE ADVOCATE AND PUBLIC DEFENDER**
Mário Furlaneto Neto
Luiz Fernando Zambrana Ortiz
- 133 A INSERÇÃO DOS DRONES (RPAs) NA SEGURANÇA PÚBLICA BRASILEIRA: UMA
ANÁLISE SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA**
**THE INSERTION OF DRONES (RPAs) IN THE BRAZILIAN PUBLIC SECURITY: AN
ANALYSIS BENEATH THE PERSPECTIVE OF THE PRINCIPLE OF EFFICIENCY**
Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de Souza
Alex Torres Santos
- 156 A TECNOLOGIA *BLOCKCHAIN* APLICADA AOS CONTRATOS INTELIGENTES**
BLOCKCHAIN TECHNOLOGY APPLIED TO SMART CONTRACTS
Carla Arigony de Carvalho
Lucas Veiga Ávila
- 177 DEMOCRACIA DIGITAL: O papel da tecnologia no restabelecimento
dos vínculos sociedade-estado**
**DIGITAL DEMOCRACY: The role of technology in reestablishing the
society-state bonds**
Rodrigo Goldschmidt
Beatriz de Felipe Reis
- PARTE II - O PENSAMENTO DO LIBERALISMO E DEMOCRACIA
DE NORBERTO BOBBIO**
- 203 LINHAS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO CHINESA**
FUNDAMENTALS OF THE CHINESE CONSTITUTION
Norberto Bobbio

- 219 **OS DIREITOS HUMANOS NO PENSAMENTO DE NORBERTO BOBBIO:
UMA ANÁLISE DA SUA ABORDAGEM ANTIFUNDACIONALISTA**
HUMAN RIGHTS IN NORBERTO BOBBIO'S THOUGHT:
AN ANALYSIS OF HIS ANTI-FOUNDATIONALIST APPROACH
Michele Beniamino Zezza
- 234 **A PRIVATIZAÇÃO DO DIREITO E A DEMOCRACIA LIBERAL**
THE PRIVATIZATION OF LAW AND THE LIBERAL DEMOCRACY
Oswaldo Akamine Jr.
- 251 **SERENIDADE, PLURALISMO E DEMOCRACIA:
A virtude ética-democrática em Norberto Bobbio**
MEEKNESS, PLURALISM AND DEMOCRACY:
The ethical-democratic virtue according to Norberto Bobbio
Dilson Cavalcanti Batista Neto
José Antonio Remedio
Davi Pereira Remedio
- 272 **LIBERDADE, IGUALDADE E DEMOCRACIA: O TRABALHO HUMANO
COMO LIBERDADE E SUAS IMPLICAÇÕES PARA A DEMOCRACIA**
FREEDOM, EQUALITY AND DEMOCRACY: HUMAN LABOR AS FREEDOM
AND ITS IMPLICATIONS FOR DEMOCRACY
Ilton Garcia Costa
Rita de Cássia Rezende
- 300 **APORTES BOBBIANOS À ANÁLISE DA RELAÇÃO LIBERALISMO / DEMOCRACIA**
THE BOBBIO CONTRIBUTIONS TO THE RELATION BETWEEN
LIBERALISM AND DEMOCRACY
Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori
Sergio Cademartori
- 329 **DEMOCRACIA: REFLEXÕES EM TORNO DO PENSAMENTO DE NORBERTO BOBBIO**
DEMOCRACY: REFLECTIONS ABOUT NORBERTO BOBBIO'S THINKING
Zulmar Fachin
Deise Marcelino da Silva
Jéssica Fachin
- 343 **DO GOVERNO DEMOCRÁTICO À GOVERNANÇA PELOS NÚMEROS**
Apontamentos para uma discussão a partir de Alain Supiot
FROM DEMOCRATIC GOVERNMENT TO GOVERNANCE BY NUMBERS
Remarks for a discussion based on Alain Supiot
Celso Kashiura Jr.

**364 A TEORIA DAS FORMAS DE GOVERNO DE NORBERTO BOBBIO, SEGUNDO
ARISTÓTELES E POLÍBIO**

**THE THEORY OF NORBERTO BOBBIO'S GOVERNMENT FORMS,
SECOND ARISTOTHESES AND POLIBIO**

Márcia Aparecida de Freitas

Miriam Canegusuco

Olney Queiroz Assis

ARTIGOS INTERNACIONAIS

393 BOBBIO E IL GIUSNATURALISMO. TRA TEORIA E IDEOLOGIA

di Michelangelo Bovero

408 LOS DERECHOS, ENTRE LOS ANTIGUOS Y LOS MODERNOS

Valentina Pazé

Apresentação

A **Revista Em Tempo**, do Centro Universitário Eurípides de Marília - Univem - completa 20 anos de existência, tem um Qualis B1 e já consta em quatro indexadores: o Periódico Capes, Repositório Univem Aberto, Diadorim e o Latindex. Várias solicitações já foram feitas para outras bases de dados. É a **Revista Em Tempo** se preparando para a nova avaliação que será implantada e que levarão em consideração o fator de impacto, que nada mais é do que um método bibliométrico que avalia a importância de periódicos científicos em suas respectivas áreas. Hoje a **Revista Em Tempo** está presente em várias áreas de conhecimento com indicativo Qualis diferenciado em cada uma delas. Pela nova sistemática, proposta pela Capes, terá uma “área mãe”, no presente caso a do direito, e um único indicativo Qualis, que servirá para todas as áreas.

A sociedade passa por profundas mudanças e o Univem segue o mesmo caminho, para se adequar à realidade. A **Revista Em Tempo** está também na mesma trilha de mudanças. É com este espírito que a presente edição começa a prestar seus tributos ao Univem, publicando artigos científicos que traduzem o momento histórico. Neste sentido, a chamada para artigos para a presente edição foi:

A **Revista Em Tempo** é um periódico do Curso de graduação em Direito e dos Programas de Pós-Graduação *Stricto e Lato Sensu* em Direito do UNIVEM, com período aberto à submissão de artigos à área de conhecimento do Direito e afins, considerando um dos dois enfoques:

- a)- relação do direito com a inovação e a tecnologia.
- b)- ter como base o pensamento do liberalismo e democracia de Norberto Bobbio.

Os artigos devem seguir as orientações das linhas de pesquisa do Programa de Mestrado em Direito do Univem: Construção do Saber Jurídico e Crítica aos Fundamentos da Dogmática Jurídica.

Discutir a inovação e a tecnologia é importante, mas não esquecer que pensadores como Norberto Bobbio muito contribuíram para uma melhor forma do direito poder servir a sociedade. Para reforçar, neste momento que temos diante da universidade uma solicitação explícita da sociedade para que a mesma possa lhe ajudar no crescimento econômico, social, cultural e político. Daí o estudo de Bobbio que poderá ajudar numa melhor compreensão de como fazer para que o Direito possa dar corajosa e forte sustentação nas novas relações sociais.

Vale salientar que em cada número da revista busca-se aperfeiçoar ainda mais as regras de avaliação estabelecidas pela área *qualis* periódicos do direito. Uma preocupação quanto aos artigos e respectivo manuseio operacional com os mesmos é o fato de que, recebendo artigos escritos por autores notadamente de outras instituições, adota como prática a obtenção de pareceres científicos via o processo de avaliação pelo sistema *Blind Peer Review* para que possam ser os mesmos publicados.

Com a trajetória da **Revista Em Tempo** – com duas décadas de vida – muito já se divulgou a ciência jurídica. O momento em que o Univem passa é propício para se ter mais matéria científica para divulgação, notadamente pelo fato da inovação e da tecnologia ser metas dentro da instituição. Um trabalho acadêmico que está criando vínculos concretos de relacionamentos com a sociedade regional e externa. É por isto que muitos dos artigos presentes neste número tratam da questão da inovação e da tecnologia na relação com o Direito e o processo interpretativo.

Por fim, não posso esquecer de salientar que o Univem está montando um ambiente para a construção de um Parque Tecnológico em Marília. O Univem inaugurou recentemente um ambiente de empreendedorismo e inovação, o *InnovaSpace Coworking* (<http://www.innovaspace.com.br/>) no Centro de Inovação Tecnológica de Marília – CITec-Marília, no seu *campus*. O CITec-Marília conta, também, com o Centro Incubador de Empresas de Marília – Ciem (<http://ciem.univem.edu.br/>). Ambos mantêm mais de 50 empresas de base tecnológica residentes nos modelos de incubação, pós-incubação e centros privados de inovação. É a ciência ajudando a sociedade no desenvolvimento e a **Revista Em Tempo** oportuniza a produção científica de

artigos para que o Direito possa dar a devida segurança nas novas relações advindas de uma sociedade que vive uma revolução chamada de 4.0.

Parabenizo os autores dos artigos pela excelência dos mesmos.

Que possa a presente edição trazer bons frutos a sua pesquisa, caro leitor pesquisador.

Luiz Carlos de Macedo Soares

Reitor do UNIVEM

Foi Promotor de Justiça Estadual no Estado de São Paulo

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E DIREITO: Estabelecendo diálogos no universo jurisdicional tecnológico¹

ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND LAW: Establishing dialogues in the technological jurisdictional universe

*Josilene Hernandes Ortolan Di Pietro²
Edinilson Donizete Machado³
Fernando de Brito Alves⁴*

¹ Artigo Convidado pelo Conselho Editorial da Revista Em Tempo.

² Pós-doutoranda em Ciência Jurídica na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP- bolsista PNPd-CAPES/ Fundação Araucária). Possui Doutorado em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2016) e Mestrado em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília (2009). É graduada em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília (2005). Atualmente é professora adjunta da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Político e Econômico, atuando principalmente nos seguintes temas: meio ambiente do trabalho, direitos fundamentais, desenvolvimento sustentável, direitos difusos e coletivos.

³ Possui graduação em Direito pela Fundação de Ensino Eurípedes Soares da Rocha (1987), Mestrado em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (2000) e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2006). Atualmente é professor titular do Centro Universitário Eurípedes de Marília-UNIVEM e da Universidade Estadual Norte do Paraná, na graduação e na pós- graduação. No UNIVEM é Coordenador do curso de graduação em Direito e Coordenador dos Programas Lato Sensu em Direito. Foi Procurador Seccional da União em Marília e Diretor da Faculdade de Direito, da Fundação de Ensino Eurípedes Soares da Rocha . Tem experiência na gestão acadêmica e na docência superior na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, atuando, principalmente, nos seguintes temas: Direitos Fundamentais, Jurisdição, Hermenêutica Constitucional e em Direito Administrativo.

⁴ Advogado. Doutor em Direito pela Instituição Toledo de Ensino - ITE / Bauru-SP. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Graduado em Filosofia pela Universidade do Sagrado Coração e graduado em Direito pela Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, é especialista em “História e historiografia: sociedade e cultura” pela Faculdade Estadual de Filosofia, Ciências e Letras de Jacarezinho. Atualmente é Assessor Jurídico da UENP, Editor da Revista Argumenta, Coordenador do Programa de Pós-graduação (Mestrado e Doutorado) em Ciência Jurídica (2014-2022). Realizou estágio de pós-doutorado no Lus Gentium Conimbrigae da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2013-2014). Tem experiência na área de Filosofia Política e Direito. fernandobrito@uenp.edu.br

RESUMO

O presente artigo visa indicar algumas variáveis para o estabelecimento de diálogos entre o uso de novas tecnologias com o universo jurídico, principalmente pelo uso da inteligência artificial, como mecanismo para otimizar a celeridade processual e efetivar a garantia constitucional do acesso à justiça, elevando a eficiência do Poder Judiciário. Para concretização dessa trabalho, utilizou-se da pesquisa bibliográfica e documental, apresentando-se inicialmente uma revisão sobre o acesso à justiça e os números atuais da crise do Poder Judiciário, para então analisar a regulação jurídica das inovações tecnológicas no direito, em especial o uso da inteligência artificial e seu impacto nos processos e nas decisões judiciais, apresentando algumas dificuldades, riscos e resistências encontradas neste caminho. Em conclusão, tem-se que a utilização da inteligência artificial no processo decisório deve avançar, porém com cautela, sempre priorizando e respeitando os direitos e garantias fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE

Acesso à justiça; Inteligência artificial; Inovação tecnológica; Processo decisório.

ABSTRACT

The present paper aims to indicate some variables for the establishment of dialogues between the use of new technologies and the legal universe, mainly by the use of artificial intelligence, as a mechanism to optimize procedural speed and to secure the justice's access, increasing Judiciary's efficiency. In order to carry out this work, we used bibliographical and documentary research, initially presenting a review on justice's and the current numbers of the Judiciary's crisis, to analyze the legal regulation of technological innovations in law, especially the use of artificial intelligence and its impact on judicial processes and decisions, presenting some difficulties, risks and resistances found in this way. In conclusion, the artificial intelligence's use in the decision-making process must advance, but with caution, always prioritizing and respecting the fundamental rights and guarantees.

KEYWORDS

Justice's access; Artificial intelligence; Technological Innovation; Decision-making process.

INTRODUÇÃO

O universo jurisdiccional vive uma onda de transformação digital, na qual a justiça clama por inovação. São tendências como inteligência artificial, *big data*, robótica/automoção, que se expandem em velocidade e intensidade de desenvolvimento.

Uma revolução que não impacta uma localização geográfica específica, ou uma empresa “x” ou “y”, ou ainda a área das ciências sociais, saúde ou exatas. Ass novas tecnologias impactam e substituem funções cognitivas.

Também as funções preservadas são desafiadas a interagirem com as novas tecnologias no desempenho de suas atividades cotidianas. Compreender e moldar-se às tais mudanças é o grande desafio do profissional da área jurídica hodierno.

Importante desvendar como esta nova infraestrutura tecnológica impacta o universo jurídico, transformando, por exemplo, o método tradicional de decidir, fazendo aqui um recorte metodológico no campo da inteligência artificial (IA). Assim, o objetivo que nos move neste ensaio é verificar como a inteligência artificial pode ser utilizada na técnica decisória, como uma ferramenta de apoio para identificar padrões de decisão e previsão do resultado de julgamentos, elevando a eficiência do Poder Judiciário.

Trata-se de uma nova era, movida a dados, e necessário se faz analisar como o processamento e tratamento destes dados podem melhorar o sistema jurídico, contribuindo para a efetivação do acesso à justiça e concretização do direito fundamental à duração razoável do processo, essenciais à (re)construção da cidadania.

Assim, será feita uma revisão sobre o acesso à justiça e os números atuais da crise do Poder Judiciário, para então analisar a regulação jurídica das inovações tecnológicas no direito, em especial o uso da inteligência artificial e seu impacto nos processos e nas decisões judiciais.

1 ACESSO À JUSTIÇA E TECNOLOGIA: é preciso acelerar a prestação jurisdicional

Como direito fundamental, com previsão expressa no art. 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988 (CF/88), pelo qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, o acesso à justiça é essencial na promoção da cidadania.

Já com trinta anos de promulgação, a CF/88 representa um marco na expansão da busca pela judicialização dos litígios, sobretudo quando direitos fundamentais estão em questão, via acionamento individual ou coletivo. Um ambiente que promoveu a democratização da justiça mas também implicou no congestionamento do sistema, gerando uma crise no Poder Judiciário.

Nesse sentido, assegurar o efetivo acesso à justiça é resguardar a proteção e cumprimento de direito, especialmente dos direitos fundamentais. A delonga espera por respostas aos pleitos, injustificadamente, muitas vezes fruto dos próprios instrumentos processuais disponíveis, representa ameaça e obstáculo ao exercício destes direitos.

Cappelletti e Garth (1988) apresentam o tempo como um dos obstáculos a serem transpostos em busca do acesso efetivo à justiça, sob pena de uma justiça inacessível.

É neste ponto que se suscita a aplicação de novas tecnologias voltadas à modernização técnica do sistema judiciário, visto que no mundo globalizado não basta a mera atualização das leis quando se almeja uma ordem jurídica ágil e eficaz.

O aumento exponencial de demandas judiciais, somado à lentidão do trâmite destas ações, clama por mecanismos que possam aliviar este quadro. Segundo Nalini (2018, p. 30-31), o modelo processual para solução de controvérsias chegou à exaustão e o processo judicial tornou-se “a única resposta que se oferece para todo e qualquer embaraço no relacionamento”, tanto que, “a procura pelo Judiciário foi tão excessiva que o congestionamento dos tribunais inviabiliza o cumprimento de um comando fundamentalmente incluído na Carta Cidadã pela Emenda Constitucional 45/2004” a duração razoável do processo”.

Se tomarmos os números apresentados no Relatório “Justiça em

Números 2018”⁵, estima-se que em 2017 o Poder Judiciário gastou mais de 90 bilhões de reais, finalizando o ano com 80,1 milhões de processos tramitando e aguardando uma solução definitiva. Desse total, 14,5 milhões estavam suspensos/sobrestados, aguardando resolução de situação jurídica ainda não realizada.

No que se refere ao trâmite destes feitos, o relatório mostra que processos de conhecimento levam, em primeira instância, 4 anos e 4 meses em média para terem baixa definitiva. Já os processos de execução podem chegar a 7 anos.

Alguns instrumentos foram introduzidos no direito pátrio pela lei n. 13.105/2015, que introduziu o atual Código de Processo Civil (CPC/15), como o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)⁶, julgamento de recursos repetitivos (RR), além de estimular a implementação do sistema multiportas de resolução de controvérsias⁷, notadamente os meios consensuais de resolução de conflitos, como a realização de audiências de mediação e conciliação.

Os entraves destacados mostram que o acesso à justiça e a corolária razoável duração do processo são atingidos e carecem de efetividade no atual cenário jurídico. Mesmo os novos instrumentos propostos pelo CPC/15 não serão capazes de aliviar este cenário. Sejam os métodos tradicionais de tramita-

⁵ O documento é elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e está em sua 14ª edição e tem como objetivo prestar informações sobre estatísticas judiciárias oficiais e está disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d922df2f25.pdf>.

⁶ De acordo com definição do CNJ, demandas repetitivas são “processos nos quais a mesma questão de direito se reproduz de modo que a solução pelos Tribunais Superiores ou pelos próprios Tribunais locais pode ser replicada para todos de modo garantir que essas causas tenham a mesma solução, ganhando-se, assim, celeridade, isonomia e segurança jurídica no tratamento de questões com grande repercussão social. Por meio da formação de precedentes judiciais obrigatórios, os Tribunais fixam o entendimento acerca de determinada matéria jurídica reduzindo significativamente a quantidade de recursos que chegam às instâncias superiores. As decisões proferidas segundo a técnica de geração de precedentes em demandas repetitivas são de observância obrigatória pelos Tribunais e juízos inferiores de acordo com o artigo 927 do Código de Processo Civil de 2015. (CNJ, 2015).

⁷ O sistema multiportas ou modelo/tribunal multiportas caracteriza-se por propor meios alternativos à solução de conflitos, buscando sempre o mais adequado, distintos dos meios adversariais. No Brasil, ganhou destaque com a Política Pública Judiciária Nacional, instituída pela Resolução CNJ 125/2010.

ção processual, seja o processo decisório, ambos hão de se moldarem às novas tecnologias, com o objetivo de proporcionarem maior qualidade e efetividade à prestação jurisdicional. Afinal,

Os tempos têm demonstrado que o tão falado “juridiquês” não apenas está ultrapassado, como vem sendo paulatinamente substituído pela linguagem da tecnologia, que ocupa espaços jurídicos – dos tribunais aos governos – mediante a capacitação de operadores do direito e, inclusive, a formação de desenvolvedores de tecnologia jurídica, com currículos interdisciplinares e mentes voltadas à resolução de problemas de maneira criativa, engenhosa e profunda. É necessário, porém, construir a infraestrutura para que campos aparentemente tão diversos – como o direito e a tecnologia – possam comunicar-se sem produzir ruídos que ensurdeçam um lado ou outro. (FERNANDES e CARVALHO, 2018, p. 298).

É a tímida exploração das alternativas à judicialização que faz emergir a necessária busca por medidas que assegurem o acesso à justiça, sem deixar que direitos, sobretudo fundamentais, sejam desatendidos.

Nesse contexto, entendemos que a construção de uma justiça célere e eficiente, que otimize o acesso à justiça, deve passar pelo uso da tecnologia, em especial no uso da inteligência artificial.

Ante o avanço tecnológico, a “Revolução 4.0⁸” demanda um “Judiciá-

⁸ A expressão é utilizada na literatura para designar a Quarta Revolução Industrial, caracterizada por uma nova onda de tecnologias fundamentadas basicamente no computador. É a revolução da passagem do século XX para o XXI, marcada pela velocidade, profundidade e amplitude de mudanças de paradigmas tecnológicos em todas as áreas. Porto (2018, p. 126) assim define: “A expressão quarta revolução industrial, que já se encontra incorporada às discussões econômicas e tecnológicas do mundo moderno, foi cunhada por Klaus Schwab – Fórum Econômico Mundial – nos idos de 2016 para tratar da “technological revolution that will fundamentally alter the way we live, work, and relate to one another” e tem sido recorrentemente mencionada e trazida à tona, dada a sua relevância não somente de impacto em nossas vidas, como também pela sua escala, abrangência e complexidade. Iniciou-se no bojo da terceira revolução industrial, então chamada de Revolução Digital, que mudou radicalmente a sociedade, as formas de comunicação e o estado do mundo globalizado”. Nestanova era, dados são coletados da internet, por meio de sistema inteligentes.

rio 4.0⁹”, e não restará espaço para se resistir à implementação de novas técnicas que pairam sobre o universo jurisdiccional tecnológico.

2 INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E DIREITO: estabelecendo diálogos

A busca pela celeridade da Justiça como meio de efetivar o (pleno) acesso à justiça é a mola propulsora em busca de soluções tecnológicas inovadoras. Nesta linha, a “prestação jurisdiccional 4.0” requer, segundo Koetz (2017) um conceito (re)modelado de Justiça, para além da clássica da justiça consistir em “dar a cada um o que é seu”, além de demandar uma preparação estatal neste novo cenário, quando for acionado em busca de uma decisão judicial. São novos tempos, onde a forma de solucionar os litígios está em proporção diversa daquela ditada quando do estabelecimento dos preceitos da justiça e do processo de decisão judicial.

“Hoje, a Transformação Digital é uma necessidade para a continuidade da existência da Justiça”, arremata Koetz (2017). Um importante passo já foi dado: a implantação do processo judicial eletrônico na justiça brasileira é uma realidade que permitiu elevar a produtividade e conter despesas. Em 2017, mais de setenta por cento das novas demandas ajuizadas em primeiro grau são processos eletrônicos. Mas apenas ele não é suficiente. Aliás, oportuna as palavras de Freitas (2019):

Preparar-se para os novos tempos não significa apenas aprimorar o processo eletrônico, pois isto não é novidade alguma e já existe em tribunais de todos os continentes. É muito mais do que isto. É saber manejar o inconformismo da sociedade com a demora, a quebra do formalismo, a exigência cada vez mais de transparência (a Lei nº 12.527, de 2011, trata do acesso às informações) e outras transformações sociais. E, entre outras coisas, adequar a inteligência artificial às Varas e Tribunais.

⁹ O termo “Judiciário 4.0” remete às mudanças processuais e nas práticas jurisdicionais, a partir da inovação e aprimoramento das atividades jurídicas por meio de diversas tecnologias, como o uso da inteligência artificial. Conforme destaca Piccoli (2018, p. 200), “é um Judiciário atento às tecnologias e aberto para tendências que possam apoiar a celeridade”.

Assim, importante buscar respaldo nas inovações tecnológicas para reduzir o tempo necessário para a prática de atos processuais necessários para findar os processos iniciados, dando reposta jurídica adequada, sobretudo quanto aos atos que dependem de decisão judicial.

E esse cenário é favorável, uma vez que se registra atualmente a ascensão de *legaltechs* (internacional e nacionalmente). Uma *legaltech* ou *lawtech* é uma empresa¹⁰ que atua no fornecimento de produtos e serviços considerados inovadores do ponto de vista tecnológico, voltados a proporcionar melhoria e otimizar as atividades que envolvam práticas jurídicas. É uma *startup* da área jurídica. Em outras palavras,

a ascensão das *legaltechs* é, na verdade, indicativa de um processo mais amplo de transformação da prática jurídica, com a introdução de ferramentas tecnológicas que tendem a reduzir ou eliminar determinados custos ou etapas dos processos de produção do direito. Entendemos que esses novos instrumentos trazem duas variáveis especialmente importantes: (i) a tendência de crescente automação de tarefas relacionadas ao direito (e.g. elaboração de documentos, realização de pesquisas de legislação, doutrina e jurisprudência etc.), e (ii) a introdução de inteligências artificiais capazes de aprender pela própria experiência (aprendizado de máquina) e desenvolver algoritmos capazes de organizar melhor a realização de trabalhos repetitivos (FEFERBAUM e SILVA, 2018, p. 203).

E é aqui que destacamos o uso da inteligência artificial como ferramenta para embasar decisões judiciais, que passamos a analisar.

¹⁰No universo tecnológico, essas empresas são denominadas startups, que são empresas novas, caracterizadas por terem baixos índices de recursos financeiros, cujo futuro está no crescimento exponencial para se consolidarem no mercado, o que requer criatividade e empreendedorismo. Em sua maioria, iniciam as atividades na internet ou por meio de aplicativos. O mercado cresceu tanto que em 2017 foi fundada a Associação Brasileira de Lawtechs e Legaltechs - AB2L- que em menos de dois anos já conta com mais de duzentas associadas e tem promovido vários eventos sobre inovação e direito. A entidade visa mudar o mercado jurídico tradicional.

2.1 Apontamentos Iniciais

É possível conceituar inteligência artificial, de um modo simples, como um sistema que permite que computadores e robôs realizem funções que tipicamente requerem inteligência humana, como compreensão, raciocínio, aprendizado e solução de problemas. Trata-se de uma sistemática capaz de “aprender pela própria experiência (aprendizado de máquina) e desenvolver algoritmos capazes de organizar melhor a realização de trabalhos repetitivos” (FEFERBAUM e SILVA, 2018, p.203).

A inteligência artificial demanda conhecimento e interação com o homem. “Por meio de contínua alimentação de dados, o sistema “entende” e “aprende” com os dados, o que lhe permite analisá-los e oferecer ao usuário do sistema soluções e respostas em tempo real” FEFERBAUM e SILVA, 2018, p.203).

Essa sistemática funciona por meio de algoritmos, que são um conjunto de informações e instruções para se solucionar um determinado problema, ou ainda, “são as diretrizes seguidas por uma máquina”, como “uma forma de representar matematicamente um processo estruturado para a realização de uma tarefa” (ELIAS, 2017). Com o tempo o próprio sistema aprimora sua capacidade de autoaprendizagem, podendo corrigir erros sem a intervenção humana, a partir da própria experiência, o que se denomina de *machine learning* (aprendizado de máquina). Ganham destaque principalmente na realização de trabalhos repetitivos.

Sob um primeiro olhar, parece tentador o uso dessas novas tecnologias nos processos judiciais, sobretudo do ponto de vista da celeridade processual. Sem dizer a capacidade destas inovações para absorver as novas informações (jurídicas e não jurídicas) produzidas diuturnamente, muito relevantes quando se está diante do julgamento de uma demanda. Assim, o “Judiciário 4.0” demanda o aprimoramento da capacidade de lidar com os problemas e informações que crescem em passos acelerados.

As necessidades informativas de um magistrado são diversas do cidadão comum. A partir de um “caso” particular em que se espera uma resposta legal, passa-se a um “problema” de um cidadão, também com necessidades específicas. Daí porque a ideia da “Lei como uma prática” (do “caso” para

o “problema”) evidencia a mudança para uma mentalidade muito mais instrumental do que final” (AGUILÓ-REGA, 2005, p. 22)¹¹, na qual se destaca os individuais e suas necessidades informativas, abrindo portas às novas possibilidades no campo da informática jurídica.

A aplicação da inteligência artificial em algumas linhas do processo decisório, em especial ligadas ao direito do consumidor, contratos e outras questões de direito privado, consideradas de baixa complexidade, tende não gerar muita discussão e resistência. Isso porque há no ordenamento jurídico brasileiro instrumentos (recentes) que visam uniformizar as decisões judiciais e realizar o julgamento de demandas em massa, idênticas, de forma mais rápidas. São ferramentas como o IRDR e o RR.

Posto isso, destacamos, conforme Porto (2018, p. 134), quais são algumas das atuações da IA no Judiciário que estariam adequadas para o momento, atendendo aos *easy cases* (casos simples): auxílio ao magistrado para decretar atos de constrição; identificação dos casos de suspensão do processo face às decisões em recursos repetitivos; incidente de resolução de demandas repetitivas; julgamento de recursos repetitivos; degravação de audiências; classificação adequada dos processos, permitindo reunir dados estatísticos mais precisos; identificação de fraudes; identificação de litigante contumaz; identificar demandas de massa; avaliar da jurisprudência aplicada ao caso em concreto; permitir interação e atendimento ao usuário, via sistemas de conversação; identificação de votos divergentes na pauta eletrônica; apoio na elaboração de minutas de despachos, decisões e sentenças.

São situações compatíveis com o atual nível de avanço tecnológico, que podem proporcionar decisões justas e equânimes.

Por outro lado, para os casos complexos, em que se espera que decisão judicial seja minimamente sopesada, para não gerar danos irreversíveis aos litigantes, notadamente quando envolver direitos fundamentais (processos criminais, por exemplo), não se pode precisar quão seguro seja o emprego da técnica, o que representa riscos à garantias constitucionais, como o contra-

¹¹ Tradução do original: “The notion of “Law as a practice” (from the “case” to the “problem”) evidences the shift to a mentality much more instrumental than final”.

ditório e o devido processo legal.

Afinal, qual a capacidade da sistemática inteligente que alimenta uma máquina, que se aperfeiçoa por meio do contato com o homem, decidir de forma justa e equânime?

2.2 Dificuldades e Desafios

Quando se articula o uso da inteligência artificial como instrumento para automação de decisões judiciais, questiona-se até que ponto máquinas decidiriam melhor (ou não) que humanos. É possível “algoritmizar” essa tarefa de forma eficiente? Afinal, qual a qualidade dos dados que nutrirá o sistema?

Para otimizar o funcionamento adequado desta tecnologia é importante assegurar e monitorar a qualidade das informações que serão utilizadas como dados. Isso refletirá nos resultados.

Surge então o problema dos algoritmos como processos complexos e obscuros. Uma falta de transparência típica da atividade, que se refere ao fato de não serem passíveis de auditorias, justamente por representarem uma técnica sigilosa na perspectiva econômica (segredo de negócios). Conseqüentemente, podem ser tendenciosos e conter predisposições inconscientes, incapazes de conter efeitos indesejáveis¹². Assim, deveriam estar sujeitos à critérios de avaliação (SANTOS e CRESPO, 2017)¹³.

¹² Neste sentido, “machine learning (aprendizado de máquina) é uma atividade complexa e que exige cuidado por parte dos programadores. Hoje, já se sabe que não é a quantidade de informações enviadas para alimentar os sistemas de IA que importa, e sim a qualidade destas, pois dados enviesados ensinarão a máquina a desempenhar suas funções também de forma enviesada, perpetuando, de forma automatizada, as desigualdades sociais, erros e outras mazelas de nossa sociedade” (NUNES e MARQUES, 2018, p. 07)

¹³ Uma alternativa apresentada pelas autoras seria “reconhecer e ampliar os estudos acerca dos vieses algorítmicos, para que se possa pensar em mecanismos para contorná-los. O desenvolvimento de programas de aprendizagem de máquina e de transparência algorítmica são exemplos de ferramentas que podem auxiliar nesse objetivo, evitando que ocorra a perpetuação das desigualdades sociais, erros e outras mazelas de nossa sociedade, por meio da ilusão da completa imparcialidade da matemática. Enfim, há de se perceber a necessidade de se analisar e se redefinir o conteúdo do devido processo constitucional como garantidor dessa transparência algorítmica e como pressuposto da análise e interpretação do uso das novas ferramentas que impactarão a racionalidade e a prática de atos processuais por todos os sujeitos do process” (NUNES e MARQUES, 2018, p. 11).

Mas não podemos restringir o problema do modo de acesso às informações aos algoritmos. Afinal, de onde vem as informações dos juizes? Ou seja, lidar com o grande fluxo de informações e também gerir a fonte de onde ela vem não é uma questão apenas dos sistemas de inteligência artificial.

Na verdade, parece-nos que uma das grandes dificuldades seria mesmo o tempo que o Poder Judiciário precisa dispor para alimentar as máquinas! E o tempo é sempre caro ao sistema, sob pena de não se atender, dentro dos padrões necessários e metas, às demandas apresentadas.

No campo social, um ponto que leva à sociedade a não ver com bons olhos a utilização das novas tecnologias, como a IA, é o receio da substituição das funções e trabalhos humanos pelas máquinas, mormente quanto à rapidez e precisão que esses instrumentos são capazes de realizar as tarefas inerentes à atividade jurídica, o que deve ser visto como grande atrativo. Pois bem: atenuando estes receios, reportamo-nos aos dizeres do economista Sussekind (2018), quando entrevistado sobre o desaparecimento das profissões e substituição por máquinas:

a tecnologia não destrói profissões inteiras de uma vez. Advogados, contadores ou médicos não vão chegar no trabalho e encontrar um robô sentado na cadeira deles. O que ela faz é mudar as tarefas e atividades que as pessoas realizam. E, em médio prazo, não achamos que haverá desemprego em massa, e sim redistribuição. É uma história na qual as tarefas e atividades que precisam ser realizadas para resolver os problemas que tradicionalmente só um médico, um advogado ou um contador resolveria serão bem diferentes e provavelmente serão feitas por pessoas diferentes.

No mesmo sentido os dizeres do Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), enquanto presidente:

O investimento tecnológico não dispensa o investimento no capital humano. Pelo contrário, a informatização das rotinas de trabalho exige a requalificação dos servidores, os quais

não mais precisarão desperdiçar tempo e energia com tarefas rotineiras e burocráticas, podendo focar nas atividades intelectuais necessárias para acélere e eficiente prestação jurisdicional. (TOFFOLI, 2018, p. 18).

Nesse sentido, a exploração das inovações tecnológicas no Judiciário brasileiro representa oportunidade para aprimorar a eficiência na prestação jurisdicional. Todavia, no geral, ainda há carência na compreensão da inteligência artificial enquanto instrumento transformador e ativo estratégico para aperfeiçoar serviços e políticas públicas. Uma das razões está na “ausência de articulação governamental para discutir e fomentar o uso e desenvolvimento da IA no país”, abrindo espaço para “criação de iniciativas segmentadas e desvinculadas de direcionamento estratégico claro, além de não otimizar recursos materiais, financeiros e humanos”, o que requer a “inserção desse tema na agenda governamental brasileira, trazendo para o debate as empresas privadas e startups, o ecossistema acadêmico e o terceiro setor” (FELISDÓRIO e SILVA, 2018, p. 96).

3 INICIANDO OS TRABALHOS: exemplo de algumas técnicas já adotadas

Em maio de 2018, o STF anunciou a adoção do primeiro projeto de inteligência artificial da corte: VICTOR¹⁴. Desenvolvido como um projeto de pesquisa e desenvolvimento por uma equipe multidisciplinar de colaboradores da Universidade de Brasília (UnB), o sistema, sustentado na técnica do aprendizado da máquina (*machine learning*), desenvolve-se por meio de um software que faz uma leitura de todos os recursos extraordinários protocolados junto à Corte, com a tarefa de identificar os temas objetos recursais e sua vinculação às matérias abordadas em repercussão geral em decisões proferidas pelo STF.

Conforme divulgado à época pela então presidente do STF, Ministra

¹⁴ O nome foi escolhido para homenagear Victor Nunes Leal (in memoriam), que foi ministro do STF entre 1960 a 1969 e foi o responsável por sistematizar a jurisprudência do STF em súmula, facilitando a aplicação dos precedentes ao julgamento dos recursos.

Carmém Lúcia, quatro tarefas inicialmente estão programadas: “conversão de imagens em textos no processo digital, separação do começo e do fim de um documento (peça processual, decisão, etc) em todo o acervo do Tribunal” além da “separação e classificação das peças processuais mais utilizadas nas atividades do STF e a identificação dos temas de repercussão geral de maior incidência” (STF, 2018).

Estima-se que dentre essas atividades, aquela de conversão de imagens em texto demanda em média três horas para ser realizada por um servidor, o que é feito em apenas cinco segundos pela ferramenta de IA. Ou seja, não há o que ser questionado no quesito da otimização temporal. O projeto está em fase inicial e já demonstra bons resultados, com assertividade acima de 93 % (SILVA, 2018).

O projeto devolverá automaticamente a sua origem os recursos extraordinários que forem enquadrados dentre os 27 temas de repercussão geral que já foram alimentados no sistema, tendo Victor aprendido a identificá-los. “A devolução se dá tanto para aplicar uma tese já aprovada pelo STF, quanto para sobrestar um processo e aguardar uma definição dos ministros para o caso” (TEIXEIRA, 2018).

Seguindo a tendência, o CNJ instituiu (Portaria n. 25/2019) o “Laboratório de Inovação para o Processo Judicial em meio Eletrônico – Inova PJe” e o “Centro de Inteligência Artificial aplicada ao PJe”, justificando o ato no princípio da razoável duração do processo e do ônus atribuído ao Poder Judiciário de assegurar os meios para a celeridade processual, além de dar uma resposta adequada àqueles que se socorrem da prestação jurisdiccional.

Nos termos, o art. 1º da Portaria descreve que o Laboratório funcionará em meio 100% digital e tem como principal objetivo pesquisar, produzir e atuar na incorporação de inovações tecnológicas na plataforma PJe. Já o Centro de Inteligência Artificial tem o objetivo de pesquisa, de desenvolvimento e de produção dos modelos de inteligência artificial para utilização na plataforma PJe.

São projetos e ferramentas novas, dos quais ainda não podemos tecer conclusões pelos resultados, visto que só com o tempo e a prática será possível gerar números e avaliar os pontos positivos e/ou negativos. Mas de todo modo revelam-se excelentes iniciativas do protagonismo do Poder Judiciário na área.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A “revolução 4.0” pede mudanças e no âmbito do Poder Judiciário revela uma oportunidade de otimizar a garantia constitucional do acesso à justiça. O uso de ferramentas de inteligência artificial permite que atividades jurídicas consideradas de baixa complexidade, como aquelas repetitivas, possam ser executadas por máquinas, deixando atividades mais relevantes para o homem.

O aumento exponencial de demandas, justificado inclusive a partir da consolidação do Estado Social de Direito, sinaliza que o uso da tecnologia no universo jurisdiccional representa ganho em eficiência e contribui significativamente para elevar os níveis de produtividade, promovendo celeridade, à luz da transparência e moralidade.

Diante das dificuldades e resistências apresentadas, conclui-se que a utilização da inteligência artificial no processo decisório deve avançar, porém com cautela, sempre priorizando e respeitando os direitos e garantias fundamentais.

As tecnologias revelam estes resultados, desde que respeitados limites éticos, podendo contribuir significativamente, beneficiando o Poder Judiciário e toda a sociedade. É disso que o Brasil está a necessitar.

REFERÊNCIAS

AGUILÓ-REGA, Josep. Introduction: Legal Informatics and the Conceptions of the Law In: *Lecture Notes in Artificial Intelligence* 3369, p. 18-24, 2005. p. 22 © Springer-Verlag. Berlin Heidelberg 2005.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/demandas-repetitivas>. Acesso em: 22.04.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ministra Cármen Lúcia anuncia início de funcionamento do Projeto Victor, de inteligência artificial. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=388443>. Acesso em 24.04.2019.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Brian. Acesso à Justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CRUZ, Frank Ned Santa. Inteligência artificial no Judiciário. 2017. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI257996,51045-Inteligencia+artificial+-no+Judiciario>. Acesso em: 25.04.2019.

ELIAS, Paulo Sá. Algoritmos, Inteligência artificial e o direito. 2017. Disponível em <http://www.direitodainformatica.com.br/?p=1969>. Acesso em 24.04.2019.

FEFERBAUM, Marina; SILVA, Alexandre Pacheco da. Direito e mudanças tecnológicas: automação, inteligência artificial e os novos desafios do ensino jurídico. Revista de Direito e as Novas Tecnologias. Ano1. vol.1. out-dez/2018., Revista dos Tribunais. p.199-216.

FELISDÓRIO, Rodrigo César Santos; SILVA, Luís André Dutra e. Inteligência artificial como ativo estratégico para a Administração Pública. In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). Tecnologia jurídica & direito digital: II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia – 2018. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

FREITAS, Vladimir Passos de. Os desafios da inteligência artificial no Poder Judiciário. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-31/segunda-leitura-desafios-inteligencia-artificial-poder-judiciario>. Acesso em 23.04.2019.

KOETZ, Eduardo. Transformação Digital e a Justiça. Disponível em: Acesso em: 03 ago. 2018.

NALINI, José Renato. É urgente construir alternativas à Justiça. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coords.). Justiça Multiportas: mediação,

conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. Inteligência artificial e direito processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas. *Revista de Processo* | vol. 285/2018 | p. 421 - 447 | Nov / 2018 DTR\2018\20746.

PICCOLI, Ademir Milton. Judiciário exponencial: premissas para acelerar o processo de inovação. In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). *Tecnologia jurídica & direito digital: II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia – 2018*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

PINTO, Lucas Baffi Ferreira; SANTOS, Fernando Rangel Alvarez dos. Avanço tecnológico e o processo judicial eletrônico à luz do acesso à justiça. Acesso à justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFPR Coordenadores: Luciana Costa Poli; Sérgio Henriques Zandona Freitas; Joana Stelzer –Florianópolis: CONPEDI, 2017.

PORTO, Fábio Ribeiro. O impacto da utilização da inteligência artificial no executivo fiscal. Estudo de caso do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). *Tecnologia jurídica & direito digital: II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia – 2018*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SANTOS, Coroliano Aurélio de Almeida Camargo; CRESPO, Marcelo. Inteligência artificial, algoritmos e decisões injustas: é hora de revermos criticamente nosso papel em face da tecnologia. 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/DireitoDigital/105,MI268283,81042-Inteligencia+artificial+algoritmos+e+decisoes+injustas+e+hora+de>. Acesso em 25.04.2019.

SILVA, Nilton Correia da. Notas iniciais sobre a evolução dos algoritmos do Victor: o primeiro projeto de inteligência artificial em supremas cortes do mundo. In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). *Tecnologia jurídica & direito digital: II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia – 2018*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SUSSEKIND, Daniel. A tecnologia não destrói profissões inteiras, o que ela faz é mudar tarefas. 2018. Disponível em: <https://www.ab2l.org.br/a-tecnologia-nao-destrui-profissoes-inteiras-o-que-ela-faz-e-mudar-tarefas/>. Acesso em 26.04.2019.

TEIXEIRA, Matheus. STF investe em inteligência artificial para dar celeridade a processos. Disponível em: <https://www.ab2l.org.br/stf-investe-em-inteligencia-artificial-para-dar-celeridade-a-processos/>. Acesso em 20.04.2019.

TOFFOLI, José Dias. Preálio. In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). Tecnologia jurídica & direito digital: II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia – 2018. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

VALENTINI, Rômulo Soares. Julgamento por computadores? As novas possibilidades da juscibernética no século XXI e suas implicações para o futuro do direito e do trabalho dos juristas. Tese de Doutorado. Programa de Pós-graduação em Direito. Universidade Federal de Minas Gerais. 2017. 152p.

O DIREITO LIGADO À INOVAÇÃO TECNOLÓGICA EM BENEFÍCIO E RESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA SOB O OLHAR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

THE RIGHT LINKED TO TECHNOLOGICAL INNOVATION FOR
THE BENEFIT AND RESPECT FOR THE DIGNITY OF THE
HUMAN PERSON UNDER THE GAZE OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Marco Aurelio Ranieri¹

Lúcia Zabotto Pulino²

José Eduardo Lourenço dos Santos³

¹ Mestrando no Programa de Mestrado do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNVEM. Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília(2009). Tem experiência na área de Direito. Bolsista PROSUP/CAPE.

² Professora Associada I da Universidade de Brasília. Possui graduação em Psicologia pela FFCL de Ribeirão Preto - Universidade de São Paulo (USP), especialização em Psicodrama (Inst. Psicodrama Rib. Preto), especialização em Filosofia da Psicologia e da Psicanálise - Unicamp, Mestrado em Lógica e Filosofia da Ciência pela Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP), e Doutorado em Filosofia pela Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP). Pós- doutorado na Université Paris 8 e na UERJ/Proped. Atualmente é professora Associada I do Inst. de Psicologia da Universidade de Brasília. Tem experiência nas áreas de Psicologia do Desenvolvimento e Escolar, e de Filosofia, com ênfase em Ética e Epistemologia. Na graduação, ministra disciplinas e desenvolve estudos em: psicologia do desenvolvimento e psicologia escolar, formação de professores, criança e infância, educação infantil, ensino de filosofia; filosofia, educação e psicologia; filosofia e epistemologia da psicologia e psicologia política. No Programa de pós-graduação, Processos de Desenvolvimento Humano e Saúde (PG-PDS), ministra a disciplina Psicologia, Epistemologia e Filosofia e Materialismo Dialético e Desenvolvimento Humano. Orienta nos Programas de Mestrado e Doutorado do PG-PDS. Compõe o quadro permanente de docentes e orientadores do PPGDH - Programa de Pós-Graduação em Direitos humanos e Cidadania, do Centro de Estudos Multidisciplinares - CEAM/UnB. Atua na Universidade Aberta do Brasil (UAB/UnB). Coordena o projeto de Extensão 'Espaço de reflexão, prática e divulgação em Filosofia, Artes e Humanidades: Espaço AION', relacionado a novas práticas filosóficas. Na Universidade de Brasília, coordenou (2008-2013) o projeto PROCAD 137/2007, 'Biopolíticas, escola e resistência: infâncias para a formação de professores'. Integrou o grupo de pesquisa: 'Educação, pensamento e filosofia: forças políticas do ensinar e do aprender', grupo de pesquisa, ensino e extensão, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Educação (PROPED) da UERJ. Realizou estágio pósdoctoral na Universidad La Serena - Chile (maio/2016). e estudos de capacitação na Universidade de Barcelona, Departamento de

RESUMO

Este artigo versa sobre os benefícios e vantagens advindos da tecnologia e inovação jurídica, que, com o passar dos tempos, contribuíram substancialmente para o ordenamento jurídico de forma interdisciplinar, englobando todos os ramos do direito. A utilização da tecnologia fez com que o ser humano trabalhasse de forma mais rápida e, dessa maneira, a eficiência e a celeridade se fizeram presentes por todos os ramos jurídicos, abrangendo principalmente a burocracia que se formava na administração pública com pilhas de papéis que, com o tempo, perdiam-se e até mesmo se deterioravam. Dessa forma, a introdução de sistemas informatizados criou novas relações sociais e novos aspectos jurídicos dentro da administração pública, permitindo que o respeito à dignidade da pessoa humana e, principalmente, a observância dos direitos fundamentais, se ganhassem mais relevância e ênfase ao longo do tempo. Além disso, o que a inovação nos revela é a simplicidade e a segurança de atos praticados com criptografia e assinatura digital, que constituem, ao mesmo tempo, instrumentos de rapidez, quando um direito fundamental está em iminente perigo de ser ofendido, atribuindo idoneidade para a segurança jurídica dos atos.

PALAVRAS-CHAVE

Inovação, Direito, Tecnologia, Direitos Fundamentais.

Teorias e Fundamentos da Educação, em maio de 2019. Desenvolve o projeto de pesquisa: 'Psicologia e Filosofia: possíveis encontros'. Criou o 'Laboratório de Psicologia no espaço público e suas interdisciplinaridades (LABPEP) - Ágora Psyché', que coordenou de 2007 a 2018. Foi diretora e Presidente do Conselho Editorial da Editora Universidade de Brasília (EDU/UnB), de 15 de outubro de 2010 a 08 de abril de 2013. Foi Editora Associada da Revista Psicologia: Teoria e Pesquisa, do IP/UnB (2013-2015).

Coordenou o curso de Especialização em 'Educação em e para os Direitos Humanos, no contexto da Diversidade Cultural' - SECADI/MEC, oferecido no âmbito do Instituto de Psicologia - UnB (2014-2015/16). Coordenou o Programa de Pós Graduação(2018/2) o Programa de Pós Graduação em Processos de Desenvolvimento Humano e Saúde - PGPDS (julho a novembro de 2018). Desde outubro/2018, é membro do Conselho Superior da FINATEC.

³ Possui Graduação em Direito pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha (1988), Mestrado em Direito pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha (2002), Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR - 2013) e Pós-Doutorado na Universidade de Coimbra (área de Democracia e Direitos Humanos - 2016). Atualmente é professor do Centro Universitário Eurípides de Marília, Graduação e Mestrado, e Delegado de Polícia no Estado de São Paulo. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Penal, Criminologia, Direito e Internet, Direito Processual Penal, Direitos Fundamentais, Derrotabilidade Normativa e Novos Direitos.

ABSTRACT

This article deals with the benefits and advantages of technology and legal innovation, which, over time, have contributed substantially to the legal order in an interdisciplinary way, encompassing all branches of law. The use of technology made the human being work more quickly and, in this way, efficiency and speed were present in all branches of law, covering mainly the bureaucracy that was formed in the public administration with piles of paper, with time, were lost and even deteriorated. In this way, the introduction of computerized systems created new social relations and new legal aspects within the public administration, allowing respect for the dignity of the human person and, especially, respect for fundamental rights, to gain more relevance and emphasis over time. In addition, what innovation reveals to us is the simplicity and security of acts performed with encryption and digital signature, which are at the same time instruments of speed when a fundamental right is in imminent danger of being offended, attributing suitability to the legal certainty of acts.

KEYWORDS

Innovation, Law, Technology, Fundamental Rights.

INTRODUÇÃO

Esse trabalho visa demonstrar que a tecnologia vem evoluindo constantemente e, o direito caminha no mesmo sentido, e, na medida em que utiliza essa tecnologia, a inovação tem se refletido na seara jurídica por meio de celeridade e eficiência. A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais ganharam muito com esta inovação, pois atos processuais que em tempos remotos, prolongavam-se por anos, nos dias de atuais são mais eficazes. Protocolo de intimações, citações, prova eletrônica, perícias e até depoimentos por vídeo conferência, na atualidade, fazem parte da inovação que a tecnologia implantou para beneficiar a administração pública, assim como o judiciário e as pessoas que reivindicavam por justiça e rapidez do Estado.

A globalização propiciou o nascimento de novas tecnologias, as quais, sem sombra de dúvidas, diminuíram a distância entre as pessoas do mundo inteiro por meio de computadores e da internet, iniciando-se as denominadas relações virtuais. Dessa forma, a tendência é a substituição à burocracia do aspecto físico de documentos pelo meio eletrônico ou virtual.

O que se viu foi o avanço do processamento e troca de informações de uma maneira rápida e eficiente, ocorrendo a virtualização das relações entre indivíduos.

A tecnologia trouxe grandes benefícios na seara jurídica, possibilitando a rapidez em despachos e informações entre magistrados e defensores, assim como a segurança a membros do judiciário e Ministério público, podendo o magistrado apresentar motivos concretos para justificar a realização excepcional de uma videoconferência, caso em que o juiz pode agir de ofício ou a requerimento das partes.

Pode ser utilizado o sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico semelhante, desde que haja uma correta previsão legal porque são incontáveis os avanços tecnológicos. Todas as tecnologias futuras, semelhantes à videoconferência poderão ser utilizadas em benefício da justiça.

É de se destacar que, em qualquer modalidade de interrogatório, o juiz garantirá ao réu o direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor, assim como mandam os direitos fundamentais regrados pela Constitui-

ção Federal e, se realizado por videoconferência, fica também garantido o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do Fórum, e entre este e o preso.

Nesse sentido, mesmo com o avanço da tecnologia, o respeito à dignidade da pessoa humana e a seus respectivos direitos, devem permanecer em constante prevalência.

Não obstante, a Economia Digital inaugurou novas formas de contratar, produzir, comercializar e consumir, inovando também no produto final, que não se resume a bens corpóreos – de existência material, mas também a bens digitais – como a transferência eletrônica de dados streaming. Nesse sentido, a análise do Direito é conveniente à adaptação dessas novas estruturas negociais.

Como forma de absorver as novas demandas tecnológicas, se tornou cada vez mais recorrente a contratação digital, permitindo a rápida negociação e transação comercial. Se por um lado houve maior eficiência e produtividade nas operações, por outro, expôs-se o à maior aceitação de contratos de adesão e de imediata anuência aos termos de uso e o fornecimento de dados pessoais.

Sem afastar as questões cotidianas do direito do consumidor, tais como os deveres e a ampla responsabilidade do fornecedor em consumir o negócio firmado, é necessário também se atentar a outros aspectos jurídicos da relação que são essenciais em tempos de Economia Digital.

O cuidado no uso e armazenamento dos dados coletados no ambiente virtual, a obtenção de expressa anuência do consumidor para uso dos referidos dados, bem como a observância de uma robusta política interna para proteção desses dados, tudo isso é fundamental à transparência e confiabilidade das transações comerciais, sendo inclusive um diferencial competitivo do fornecedor.

Há de se convir que com a popularidade da internet e o uso cada vez mais frequente das redes sociais e aplicativos, inúmeras questões jurídicas envolvendo o uso da tecnologia começaram a surgir.

Nessa seara, furto de dados, sites falsos com o objetivo de fraudar o consumidor, uso indevido de imagem e desrespeito aos direitos autorais são

apenas alguns dos exemplos de situações que demandam regulamentação e soluções por parte dos operadores do Direito. Embora o Direito Digital já conte com algumas leis específicas, como o Marco Civil da Internet ou a chamada Lei Carolina Dieckmann, trata-se de um ramo novo com pouca autonomia e que dialoga diretamente com outros ramos do Direito como o Civil, do Consumidor, Tributário e Penal.

Alguns profissionais que pretendem se especializar e trilhar uma carreira na área deve considerar uma visão holística do ordenamento jurídico, bem como bons conhecimentos gerais do Direito. O advogado de Direito Digital deve ser um profissional dinâmico, com grande capacidade de interpretação e raciocínio jurídico. Afinal, é preciso criatividade, conhecimento e perspicácia para oferecer boas soluções aos clientes.

Com relação ao método, utiliza-se o método dedutivo, para que a partir da análise de premissas gerais, uma maior e outra menor, ambas verdadeiras, possa-se chegar a conclusões específicas, valendo-se, para isto, de pesquisas documentais e bibliográficas como procedimentos metodológicos.

1. INVASÃO DE DISPOSITIVO INFORMÁTICO (LEI CAROLINA DICKMAN)

A Lei n.º12.737/2012, chamada pela imprensa de “Lei Carolina Dieckmann”, com certeza foi um marco histórico entre a inovação tecnológica e o direito, pois a invasão de computadores e dispositivos similares, com finalidades ilícitas, até então não tinha abrangência na seara penal, visto que faltava a representação legislativa para coerção deste tipo de delito, na qual causava sérios prejuízos aos direitos individuais e profissionais.

A invasão em si, independentemente do que se siga após ela, já representa um perigo concreto à privacidade e ao segredo juridicamente protegido. Dessa forma, a prova da invasão já serve para promover a ação contra o agente.

Com a finalidade de proteger o direito ao sigilo de dado e informação pessoal ou profissional, o art. 154-A do Código Penal, veio tipificar duas condutas: a principal é invadir dispositivo informático e a acessória é instalar vulnerabilidade. Podem ocorrer na forma simples (com a aplicação da pena

básica) ou qualificada (com o agravamento da pena).

O Juiz Federal Substituto, do TRF da 1 Região, Cavalcante, ensina a respeito:

O art. 154-A do CP é crime de menor potencial ofensivo, sujeito à competência do Juizado Especial Criminal (art. 61 da Lei n.º 9.099/95). Em regra, nos delitos sujeitos ao Juizado Especial Criminal o instrumento de apuração do fato utilizado pela autoridade policial é o termo circunstanciado (art. 69 da Lei n.º 9.099/95). Entretanto, nos casos do art. 154-A do CP muito provavelmente o termo circunstanciado não será suficiente para apurar a autoria e materialidade do delito, sendo quase que imprescindível à instauração de inquérito policial, considerando que, na grande maioria dos casos, será necessária a realização de busca e apreensão na residência do investigado, perícia e oitiva de testemunhas etc.

Vale ressaltar que a Lei n.º 12.735/2012, publicada na mesma data desta Lei, determinou que os órgãos da polícia judiciária (Polícia Civil e Polícia Federal) deverão estruturar setores e equipes especializadas no combate à ação delituosa em rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado (art. 4º).

Em suma, as polícias deverão criar delegacias ou núcleos especializados em crimes cibernéticos, como, aliás, já existem em São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Goiás, entre outros.

Como se percebe, a tecnologia contribui de forma interdisciplinar nos ramos do direito, assim como ajuda as autoridades a aplicar sanções, que há algum tempo remoto, seria incompatível na legislação pátria (CAVALCANTE. 2012).

2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

TÍTULO II

Dos Direitos e Garantias Fundamentais

CAPÍTULO I

DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes;

Item I - XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

Item II - LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

Para compreendermos melhor os artigos acima citados com ênfase da contribuição da inovação tecnológica, a de se debruçar um pouco mais sobre os dois itens em relevância, considerando o que a inovação trouxe de melhor aos direitos fundamentais em questão.

- No item I, na qual o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor, o que viabiliza a tecnologia frente ao direito é o contrato entre as partes. O conceito surgiu para abranger os casos em que a vontade humana pode criar, modificar ou extinguir direitos, pretensões, ações ou exceções, tendo como pressuposto esse acontecimento no mundo jurídico. Para analisar o contrato eletrônico e a proteção do consumidor é necessário apontar as características da internet e do comércio eletrônico para enfim examinar os contratos, assim como a formação dos respectivos no meio eletrônico e o desenvolvimento da criptografia e da assinatura digital, as quais dão segurança ao meio eletrônico.

As principais características da internet são o custo baixo e a rapidez da informação, nesse sentido segundo Santos, a informática é a ciência do tratamento racional, sendo as informações consideradas técnicas e/ou científicas. Por meio de uma página na internet, as empresas podem captar clientes 24 horas por dia, deixando o consumidor vulnerável em virtude de controlar a oferta de bens e serviços. Dessa forma o comércio eletrônico, é o termo utilizado para expressar toda e qualquer transação comercial em que as partes interagem eletronicamente.

No comércio eletrônico, a oferta, aceitação, pagamento e a combina-

ção para entrega do produto é realizada online. Marques afirma que a internet é um espaço novo de comércio com consumidores, chamado de comércio eletrônico.

A internet atende à necessidade da redução de custos de produção, derivados dos estabelecimentos empresariais fixos ou permanentes e serve neste sentido para a aceleração do ritmo dos negócios.

Nas contratações eletrônicas a comunicação se estabelece por meio de sistemas aplicativos previamente programados, não havendo comunicação humana propriamente dita, não existe fase preliminar de negociações.

A criptografia que é uma ferramenta que oferece segurança na negociação é fundamental para este tipo de comércio virtual, por meio de chaves, cifras ou código o conteúdo da negociação fica ilegível para qualquer pessoa, com exceção de quem tem uma chave de acesso.

Nas negociações por internet as informações também devem ser claras quanto às características essenciais do produto ou do serviço, incluindo as relativas aos riscos à saúde e à segurança dos consumidores. Deve, ainda, ter informações suficientes para discriminar no preço todos os valores adicionais de encargos acessórios e despesas de remessa e, por fim, informar corretamente quais são as condições integrais da oferta, as modalidades de pagamento, disponibilidade, forma e prazo da execução do serviço ou da entrega do produto.

Mediante a facilidade de compra e a vulnerabilidade entre o fornecedor e o consumidor final, o art. 49 do Código de Defesa do Consumidor dispõe que, quando o contrato de consumo for concluído fora do estabelecimento comercial (internet, telefone, domicílio), o consumidor tem o direito de desistir do negócio em sete (7) dias, contados a partir do recebimento do produto ou da assinatura do contrato, o que é chamado de “período de reflexão”. Para tanto, não há necessidade de justificar o arrependimento.

Depois de exercido o direito de arrependimento, realizado mediante a formalização do pedido de cancelamento e solicitação da devolução de qualquer quantia eventualmente paga, o parágrafo único do art. 49 do CDC especifica que o consumidor terá de volta, imediatamente e monetariamente atualizados, todos os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, entendendo-se incluídos nestes valores todas as despesas

com o serviço postal para a devolução do produto (STJ - REsp: 1340604 RJ).

Se o consumidor final decidir cancelar a compra, entretanto não conseguir entrar em contato com o fornecedor do produto ou serviço, poderá solicitar diretamente à administradora do cartão o seu cancelamento, assim como o estorno do valor pago. Além do mais, o fornecedor não poderá cobrar qualquer quantia a título de frete de devolução do produto, bem como é vedado ao fornecedor exigir, como condição para aceitar o pedido de devolução, que a embalagem não esteja intacta. A forma e os meios utilizados pelo fornecedor para levar ao mercado de consumo os seus produtos e serviços, ou seja, para levar ao conhecimento do consumidor aquilo que quer vender, são tidos como ofertas. Assim, tudo aquilo que foi ofertado ao consumidor pelos meios de divulgação, incluindo o virtual, deve ser cumprido.

Caso contrário, é direito do consumidor a opção de exigir o cumprimento da oferta, escolher outro produto ou prestação de serviço equivalente e ainda, pedir o cancelamento do contrato e a devolução daquilo que pagou, com a devida correção.

Entretanto, independentemente da inteligência de buscadores e logaritmos, a Constituição Federal garante o direito à privacidade, impedindo que dados e informações seus sejam vasculhados sem a devida permissão.

- No item II, no qual o direito dá ênfase que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos, tem-se o conceito que prova neste sentido é a demonstração de veracidade dos fatos e de alguns direitos, decorrentes da atividade realizada pelas partes, através do uso dos meios colocados à disposição pelo ordenamento jurídico, com a finalidade de convencer o julgador. Dessa forma, vige no ordenamento jurídico pátrio, o princípio da liberdade da prova, com previsão de que uma prova deve ser admitida no processo sempre que necessária à determinação da verdade dos fatos e a formação da convicção do juiz. Entretanto, a moderna tecnologia, evitando defasagem que ocorre entre a rapidez tecnológica e as demoradas disposições judiciais disponibiliza o fenômeno social da popularização do uso das ferramentas informacionais e do acesso à internet pela seara jurídica.

Alguns documentos eletrônicos tem eficácia e podem contribuir de for-

ma positiva no ordenamento jurídico.

É necessário identificar que documentos eletrônicos, e documentos informáticos, são considerados sinônimos por alguns autores. Assim como o documento físico, o documento eletrônico tem igual valor de forma idônea, sendo moralmente legítimo e duradouro, apesar de não ter um suporte físico ou palpável, apresenta um arquivo digital, com código de sequência binário, que passa somente a ser legível quando traduzido por programas de computador específico, tornando-o independente do programa em que foi gravado. Assim, tanto os documentos físicos como os eletrônicos não se resumem aos escritos, podendo expressar as mais variadas formas, de acordo com o meio digital em que seja gerada, como e-mail, planilha de textos, conteúdo de portais da internet (websites), fotografias digitais, desenhos ou gráficos criados em computador, arquivos armazenados em HD externo, pen drives, palm-tops entre outros.

Em uma concepção de direito fundamental no quesito prova, é possível observar que a prova na seara jurídica, tem significado variado quanto aos meios e formatos, com abrangência das atividades desenvolvidas pelas partes com a finalidade de demonstrar em juízo a veracidade dos fatos alegados, assim como os instrumentos que o ordenamento jurídico coloca a sua disposição e, o que se quer, o resultado de convencimento que é realizado no órgão julgador.

A prova por meio eletrônico, como toda prova, somente será admitida em juízo caso os fatos sejam controversos, relevantes e determinados, sendo desnecessária a prova para fins de protelação. Embora a prova eletrônica ainda não seja tema de enfrentamento no âmbito Legislativo, doutrinário ou jurisprudencial, a burocracia jurídica que se apresenta aos profissionais que lidam com provas, ganha com a evolução com que a rapidez e a confiança apresentam sobre a forma eletrônica em forma de documento para uma atividade probatória.

Ainda sobre a prova digital, ensina Santo (data), que na seara Penal, quando se pensa em prova e até mesmo investigação, relacionada a um crime informático ou por meio de internet, leva-se em conta a prova física e os rastros deixados no ciberespaço, nesse sentido o computador suspeito em ser utilizado como crime deve permanecer sem alteração, pois será ponto de partida para tentar rastrear e identificar a origem das respectivas condutas.

A imaterialidade do documento eletrônico é a única diferença do documento físico, pelo fato de que suas informações podem ser amplamente reproduzidas sem que isto implique com sua originalidade, sendo o entendimento doutrinário no sentido de que o documento eletrônico seja uma espécie do gênero de prova documental, devendo ser adotado um novo critério de classificação referente à divisão do seu elemento material e imaterial, com a finalidade de permitir aos operadores jurídicos que se confrontem com tal sorte de prova, podendo dessa forma aproveitar do arcabouço jurídico já existente, ainda que ele não seja claro e específico em seus respectivos termos, quando se depararem com provas digitais.

3. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana se faz presente com a tutela constitucional, na qual a manifestação não somente se deve ao conteúdo negativo de abstenção, da interferência positiva nas esferas individuais pelo Estado. Os chamados direitos de personalidade negativos, retratados em doutrina, alcançam não somente o direito de discordar de atos que atentem contra a nossa privacidade, mas também de abster-se à devassa da privacidade alheia (BARROSO. 2013).

A ampliação dos direitos da personalidade requer que existam condições positivas que permitam a cada pessoa viva em condições de dignidade. Não se espera, embora, uma tutela paternalista no sentido de proteção do indivíduo de si próprio.

O nascimento da individualidade se contrapõe a qualquer poder externo que se destine a fabricar o modelo ideal de homem necessário ao funcionamento “normal” da sociedade. Entretanto a dignidade não pode ser apenas reconhecida, precisa ser também tutelada. Isso significa que os poderes públicos não tem somente um dever negativo de abstenção, de não interferência nas esferas individuais. Devem também agir para que existam condições positivas que permitam a cada um viver em condições de dignidade. É preciso que estejam presentes as possibilidades objetivas de decisão e escolha, o que traz para o domínio da liberdade, o direito à igualdade.

Decerto que a inovação tecnológica contribuiu de forma gradativa nesta seara, pois a tecnologia permite o desembaraço de situações antes vistas como protelatórias e nos tempos atuais com a influencia do direito digital, tem-se uma forma rápida e confiável aos operadores do direito em viabilizar a liberdade e acima de tudo, o poder estatal exercido arbitrariamente em descompasso com a dignidade humana.

É de se observar a evolução consubstanciada trazida aos poucos em relação à privacidade, enquanto direito de personalidade, pode vir a sofrer violações resultando em lesões; em danos, pessoais, materiais e morais.

Neste sentido, o princípio da derrotabilidade ganha ênfase, pois o respectivo é aplicado quando uma norma jurídica deixa de ser aplicada, mesmo que presentes todas as condições para sua aplicabilidade, de modo a prevalecer à justiça material em um caso concreto, permanecendo para regular outras relações jurídicas.

O autor (SANTOS. 2017), em sua obra entende que determinado princípio pode perfeitamente afastar a aplicação de uma lei penal, como forma de maior justiça e preservação de direitos fundamentais, mostrando-se como uma teoria perfeita para a correta aplicação do direito penal.

Na mesma linha de raciocínio e com brilhantismo, o autor (SANTOS. 2017) cita que a derrotabilidade de uma regra exige uma argumentação racional, sendo possível somente neste caso, uma fundamentação sólida. Implicando dessa forma na manutenção da segurança jurídica, assim como na vigência da regra nos demais casos.

No momento em que ocorrem lesões, verifica-se uma repercussão no conteúdo patrimonial do lesado, ou seja, existe a diminuição do seu patrimônio, passando o direito indenizatório a ser um elemento ativo do seu patrimônio.

Os direitos de personalidade não são suscetíveis à apreciação econômica, mas uma ofensa a esses direitos tem reflexos econômicos e, com a evolução jurídica ao longo do tempo, a rapidez em lidar com determinados conflitos em contrapartida, visto o auxílio da tecnologia, tem ajudado muito a fluir de forma positiva, pois a reparação de um dano envolve, inevitavelmente, o aspecto econômico.

Respectivamente, quando vem á tona, direitos de personalidade, tem-

se a entender que os mesmos estão cercados pelas relações de caráter patrimonial, o que leva ao surgimento de uma zona de transição, visto que a forma de tutela encontra uma maior proteção em virtude da troca de informação virtual, o que se gera entre a esfera patrimonial e existencial, na qual se encontram algumas situações subjetivas.

Nessas, os direitos de personalidade são fronteiriços e, por isso, incidem com maior ou menor rigor dependendo da análise do contexto específico, e ofensa a esses direitos tem reflexos econômicos, pois a reparação de um dano envolve, inevitavelmente, o aspecto econômico. Em foco a lei 9.099, preza pelo menor potencial ofensivo e, sua celeridade está praticamente ligada à solução de litígios de maneira rápida e eficaz, o que é uma novidade em relação ao arcabouço jurídico de tempos atrás.

Visto que a rapidez é a alma do procedimento especial na realização da prestação jurisdicional, a qual passa a ocorrer de maneira dinâmica, de onde advém sua celeridade. Tudo, enfim, foi elaborado com o objetivo de proporcionar maior celeridade ao processo, de modo a promover, a minimização e desburocratização dos atos e termos, a irrecorribilidade das decisões interlocutórias e a concentração dos atos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a explanação sobre o tema em questão, fica evidente que a seara jurídica evoluiu muito com a inovação tecnológica, pois a vertente da rapidez, eficácia e segurança, é o marco inicial da mudança no direito. Alias, por todo o exposto, fica claro que o judiciário ganhou com tamanha inovação, pois o arcabouço vindo dos primórdios resta cada vez mais superado em vista do que a tecnologia tem a oferecer.

Tal diferença se faz gritante quando a celeridade jurídica é colocada em cheque, pois de forma pratica e segura, a tendência com a respectiva evolução é desburocratizar as mazelas do estado, deixando um processo lento e moroso como se via e, com uma nova ótica de realidade enxergar as vantagens oriundas da modernização e, principalmente, como os direitos fundamentais tem se beneficiado de tais evoluções.

Uma vez tecidos comentários sobre a forma de a tecnologia ser um fenômeno cultural, com abrangência de paradigmas que até então somente envolviam as relações interpessoais, tem-se que toda essa obviedade passou a ter implicações, também nas searas jurídicas e administrativas, que passaram a lidar com um novo universo de documentos, contratos, depoimentos, entre outros, tudo realizado por vias informáticas ou telemáticas.

A contribuição com o respeito à dignidade da pessoa humana te, garantindo a ampliação e o resguardo eficaz de direitos, dentre outras melhorias, apresenta-se como forma de evolução no campo do direito, em que a realidade virtual vem sendo utilizada como meio de combate a equívocos e injustiças e busca de clareza frente ao sistema burocrático enfrentado historicamente pela administração pública.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. **Resumo de Direito Administrativo Descomplicado**. 9 Ed. Rio de Janeiro: forense, 2016.

BARRETTO, Rafael. **Direitos Humanos**. 6 Ed, ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 4ªed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28ªed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa**, de 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, 1988 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em fev. de 2019.

BRASIL, Jus. **Superior Tribunal de Justiça STJ - RECURSO ESPECIAL : REsp 1340604 RJ 2012/0141690-8**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24052756/recurso-especial-resp-1340604-rj-2012-0141690-8-stj>. Acesso em fev. 2019.

CAMPOS, Amália Rosa. **A eliminação do uso do papel na administração pública: uma visão geral**. Porto Alegre. Livraria do advogado. 2014.

CAMPOS, Amália Rosa. **A Prova Digital. Porto Alegre**. Livraria do advogado. 2014.

CONSUMIDOR, **Código de Defesa**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em fev. de 2019.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Primeiros comentários à Lei n.º 12.737/2012, que tipifica a invasão de dispositivo informático**. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2012/12/primeiros-comentarios-lei-127372012-que.html>. Acesso em: Fev. de 2019.

ELER, Kalline Carvalho Gonçalves. SAMPAIO, Kelly Cristine Baião. **A Garantia da Privacidade na Sociedade Tecnológica - Um imperativo à concretização do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=bdfc7973c9f8f88>. Acesso em fev. de 2019.

FRANÇOSO, Thaís Folgosi. PUCINELLI, Tatiana Maschietto. **Quando o Direito e a tecnologia se conectam**. 07/2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI283880,91041-Quando+o+Direito+e+a+tecnologia+se+conectam>. Acesso em fev. de 2019.

KLEE, Antonia Espindola Longoni. **Comercio eletrônico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: O novo Regime de relações contratuais**. 6. Ed, atual e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

SANTOS, Jose Eduardo Lourenço. **A Discriminação Racial Na Internet E O Direito Penal: O Preconceito sobre a Ótica Criminal e a Legitimidade da Incriminação**. Curitiba: Jurua, 2014.

SANTOS, Jose Eduardo Lourenço. **A Derrotabilidade como mecanismo para um Direito Penal Mínimo**. Rio de Janeiro: Ed Lumen Juris, 2017.

SANTOS, Maria Cecília de Andrade. **Contratos Informáticos: Breve Estudo**. RT, 1988.

SILVA, Jose Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2014.

VIEIRA, Bruno Gonçalves. **Lei 9099/95: juizados especiais cíveis e seus princípios**. 05/2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/39150/lei-9099-95-juizados-especiais-civeis-e-seus-principios>. Acesso em fev. de 2019.

VILLELA, João Batista. **Direitos de personalidade negativos: por que não?** In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz e Fora, v.1, nº1, Juiz de Fora: Ed.UFJF, 2004, p.9-12.

MEDIAÇÃO E O SISTEMA DIGITAL DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NA CONJUNTURA DAS RELAÇÕES EMPRESARIAIS

MEDIATION AND THE DIGITAL DISPUTE SETTLEMENT SYSTEM IN THE BUSINESS RELATIONS SETTING

Fernanda Bragança¹

Laurinda Fátima da F. P. G. Bragança²

RESUMO

O interesse pelo estudo e pelo uso de métodos adequados de solução de conflitos via plataformas online, também conhecidas como online dispute resolution - ODR, vem crescendo sobremaneira nos últimos anos. O setor empresarial, em especial, está apostando nesses sistemas digitais para diminuir o gasto com o contencioso de massa e melhorarem as relações com os clientes. Este assunto foi tema de um seminário organizado pela fundação Getúlio Vargas que reuniu representantes do governo, da Câmara de Comércio e do setor corporativo chinês e brasileiro e que motivou a elaboração deste artigo. A pesquisa tem por objetivo estudar a mediação enquanto um importante instrumento para a atração de investimento externo no Brasil e aprofundar

¹ Doutoranda no Programa de Pós Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense – PPGSD/UFF. Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ/FND. Graduada em Administração de Empresas pela Universidade Cândido Mendes /UCAM. Pesquisadora do Laboratório Fluminense de Estudos Processuais - LAFEP. Professora. Advogada.

Mediadora. Academia.edu <<https://uff.academia.edu/FernandaBragança>>

² Professora da Universidade Federal Fluminense - UFF. Doutora pela PUC-Rio. Mestre pela Coppe/UFRJ.

como a ODR pode favorecer as negociações e a gestão desses contratos transnacionais (que mobilizam uma grande estrutura de pessoas e de recursos. A metodologia consistiu em uma revisão bibliográfica sobre esses tópicos.

PALAVRAS-CHAVE

ODR; mediação; métodos adequados de solução de conflitos

ABSTRACT

The interest for studying and using appropriate methods for conflict resolution via online platforms, also known as online dispute resolution - ODR, has grown dramatically in the recent years. The business sector, is special, is betting in such systems in order to decrease spending with litigation and improve the customer relationship. Such topic was subject of a seminar organized by Fundação Getúlio Vargas gathering representatives from the government, Chamber of Commerce and both Chinese and Brazilian corporate sectors, which motivated the elaboration of this article.

The present research has as objective the study of mediation as an important dispositive for attracting foreign investment to Brazil and deepen the understanding of how ODR can favour the negotiation and management of transnational contracts, which mobilize a large structure of people and resources. The methodology consisted in a bibliographic review on these topics.

KEYWORDS

ODR; mediation; alternative dispute resolution

INTRODUÇÃO

O sistema digital de solução de controvérsias ganha destaque no âmbito jurídico brasileiro como consequência do movimento de incentivo aos métodos adequados de resolução de conflitos. Sobretudo nos últimos dois anos, o novo Código de Processo Civil contribuiu para que isso fosse percebido mais nitidamente ao prever como política pública de Estado a solução consensual por meio da mediação e da conciliação, bem como a possibilidade de realização dessas audiências por meio eletrônico.

Ocorre que mais recentemente, o interesse por plataformas online³ de solução de controvérsias que antes ficava restrito aos profissionais do Direito expande-se para outras áreas e desperta a atenção de economistas, engenheiros e principalmente, de executivos gestores de empresas. O entusiasmo crescente pelo assunto se dá em razão da percepção positiva das organizações que já se utilizam dessa ferramenta tecnológica. Dentre as principais vantagens do uso desses sistemas estão: a desnecessidade de deslocamento de um representante da organização para participar das negociações, a rapidez na identificação de eventuais falhas no serviço, a possibilidade de uma reconstrução efetiva da relação com um cliente insatisfeito e a redução nos custos com ações judiciais.

Atenta a este cenário, a Fundação Getúlio Vargas - FGV em maio de 2018, promoveu seminário para tratar sobre os investimentos chineses no Brasil e o papel da arbitragem, mediação e dos meios online de solução de conflitos. O evento expôs a grande preocupação de investidores da China com a complexa ordem jurídica brasileira marcada por um extenso rol normativo, decisões contraditórias e um Judiciário excessivamente moroso. Nesta oportunidade, o representante-chefe do *China Development bank Corporation* no Rio de Janeiro, Song Lei, afirmou que recomenda aos empresários de seu país que manifestam interesse em investir aqui, que façam constar nos contratos cláusulas compromissórias escalonadas de mediação e arbitragem (conhecidas também

³ Neste trabalho, os termos “sistemas digitais” e “plataformas online” serão usados como sinônimos. Eles correspondem à tradução da expressão em inglês *online dispute resolution*, representada pela sigla ODR.

como med/arb). Essa disposição garante que antes de ajuizar uma ação judicial, os contratantes terão que recorrer primeiramente à mediação, e caso esta não tenha sucesso, à arbitragem (HADERSPOCK, 2015, pp. 35-42).

Esse quadro de grave insegurança jurídica é sem dúvida um dos grandes obstáculos ao investimento estrangeiro no país. Durante o seminário, essa dificuldade foi especialmente ressaltada pelo Presidente da Câmara de Comércio e Indústria Brasil-China (CCIBC), Sr. Charles Andrew Tang, que ainda destacou que no seu entender, a área trabalhista é o ponto de maior complicação para os empreendedores, tendo em vista que as leis mudam constantemente e a jurisprudência tem uma tendência muito mais favorável ao pleito do empregado. Por isso, afirmou também a importância das empresas estrangeiras contarem com profissionais e escritórios de advocacia competentes para auxiliarem nas contratações dos colaboradores que atuarão no Brasil.

No mesmo fórum, a vice-cônsul geral da China no RJ, Sra. Chen Xiaoling expressou com entusiasmo uma perspectiva de contínuo investimento chinês em território brasileiro sobretudo no setor de infraestrutura (que faz parte do projeto *one belt one road*), totalizando um montante de aproximadamente vinte bilhões de dólares. Ela expressou ainda sua preocupação com o fato das obras correspondentes à essas altas cifras ficarem sobrestadas aguardando uma decisão judicial. Por isso, segundo a representante da diplomacia chinesa, no Brasil, deve existir um grande incentivo pela opção aos métodos alternativos, em particular a arbitragem e a mediação. Considerando a distância geográfica Brasil-China, é de grande relevo pensar em possibilidades para que essas negociações ocorram via internet.

Com base nesses relatos, este artigo tem por objetivo analisar a importância da mediação empresarial para estimular investimentos externos no mercado nacional e como o sistema digital de solução de controvérsia pode facilitar as negociações e favorecer a gestão dos contratos empresariais. Para isso, a pesquisa foi dividida em duas partes: a primeira revela a importância da mediação para a solução de conflitos com empresas internacionais que investem no Brasil; enquanto a segunda investiga em que consiste a plataforma online de solução de controvérsias e as principais vantagens do seu uso para as empresas.

No primeiro momento, o escopo é aprofundar sobre a recomendação

feita por consultores aos investidores internacionais que desejam apostar no Brasil de que façam constar em seus contratos cláusulas que submetam eventual conflito à formas alternativas ao Judiciário, com destaque à mediação. Essa sugestão vem sendo seguida pelas companhias chinesas que a entendem como uma garantia para maior segurança de seus investimentos. A metodologia empregada consistiu na transcrição das contribuições que os representantes da China apresentaram durante as suas exposições no evento da FGV.

A etapa seguinte foi elaborada a partir de uma revisão bibliográfica acerca da evolução das plataformas online de resolução de disputas ao longo do tempo. Este tópico visa mostrar como a tecnologia nesse campo se sofisticou, a ponto de na atualidade, ser possível que a empresa interessada colete dados com o intuito de prevenir que os mesmos comportamentos que originaram um conflito se repitam futuramente e com isso consiga aperfeiçoar a gestão e a prestação de seu serviço. Além disso, este estudo distingue como a utilização dessas ferramentas tecnológicas pode variar conforme o tipo de negócio preponderante da companhia. O marco teórico deste trabalho é a obra *Digital justice: reshaping boundaries in an online dispute resolution environment*.

I. A IMPORTÂNCIA DA MEDIAÇÃO PARA A SOLUÇÃO DE CONFLITOS DE EMPRESAS INTERNACIONAIS QUE INVESTEM NO BRASIL

O uso da mediação para solução de conflitos na área empresarial já é uma realidade e há inclusive um corpo técnico especializado para atuar nesses casos. Não obstante, cabe analisar com mais ênfase a importância da previsão contratual do procedimento de mediação para eventuais disputas com empresas internacionais que decidem investir no Brasil. De uma maneira geral, essas controvérsias envolvem quantias volumosas, sistemas legais bastante distintos e exigem deslocamento de pessoal; o que em certas ocasiões pode ser demorado.

O nosso país passa por dificuldades na captação do investimento estrangeiro. A despeito de um quadro que inspira apreensão dos empresários externos, o Governo vem realizando constantes tentativas visando a captação de recursos. Atualmente, sobressaem-se como parceiros que demonstram in-

teresse em realizar aplicações financeiras no país a China, os Estados Unidos, Alemanha e Canadá. Dentre eles, o maior destaque sem dúvida vai para os orientais, que movimentaram só no ano passado, em torno de trinta e seis bilhões de dólares, destinados sobretudo aos setores de produção e transmissão de energia elétrica, logística de transportes e agronegócio⁴.

Ocorre que na hipótese de uma futura discordância ser judicializada e um empreendimento vir a ser suspenso, os prejuízos podem ser elevados e até comprometerem a relação comercial e política entre os países. A opção por métodos alternativos ao Judiciário para a solução de disputas em especial a mediação ganha relevo justamente para evitar esse tipo de risco.

No evento produzido pela FGV, Charles Andrew Tang, presidente da CCIBC destacou na sua palestra que é preciso se utilizar de formas de composição de conflitos que assegurem a participação de representantes que conheçam tanto a maneira de pensar chinesa⁵, quanto a brasileira. Esse aspecto coloca em evidência a mediação, tendo em vista o seu propósito de alcançar uma solução justa que contemple os interesses de ambos os lados. Ainda segundo ele, o perigo do recurso à via judicial consiste na determinação do direito por um juiz brasileiro que poderia ser tendencioso a atender aos anseios de seu país. No seu entender, a alternativa mais segura seria então a previsão de cláusulas compromissórias⁶ nos contratos.

⁴ O Ministério do Planejamento divulgou recente boletim sobre os Investimentos Chineses no Brasil: <<http://www.economia.gov.br/central-de-conteudos/publicacoes/boletim-de-investimentos-estrangeiros>> acesso em 19 de setembro de 2019.

⁵ Na República Popular da China, a mediação é usada com bastante frequência porque está perfeitamente ancorada ao ideal confucionista: “o objetivo básico da filosofia social chinesa é alcançar harmonia e mediação” (KATZ, 1986, p. 246).

⁶ Via de regra, essas cláusulas compromissórias são escalonadas, ou seja, preveem que na hipótese da mediação não chegar a um acordo parte-se em seguida para a arbitragem. Segundo Janet Yates (2010, p. 136), essas cláusulas abrangem um composto de técnicas de mediação padrão e arbitragem. O mais comum é que esses pactos estipulem que um mediador será nomeado antes das disputas e que o mediador se tornará o árbitro se as partes litigantes não forem capazes de chegar a um acordo através da mediação. A vantagem desse método é que o mediador já se encontra familiarizado com as questões que envolvem as disputas no momento em que assumir a função de árbitro. Se alguém além do mediador fosse contratado para arbitrar as disputas, todas as documentações porventura apresentadas durante o procedimento de mediação teriam de ser novamente fornecidas ao novo árbitro. Por outro lado, a desvantagem é ter a previsão de alguém com autoridade para tomar decisões vinculantes. Isso tende a fazer com que os disputantes retenham informações que poderiam ajudar a alcançar um acordo durante a mediação até a arbitragem.

O representante da CCIBC também citou uma situação na qual o Brasil enfrentou sérias dificuldades na posição de investidor, que foi o caso das refinarias adquiridas pela Petrobrás na Bolívia e que em 2006⁷, o presidente Evo Morales decidiu nacionalizar por meio de um decreto embasado pela Constituição. A partir daquele momento todas as empresas estrangeiras foram obrigadas a entregar suas propriedades para a estatal boliviana, que assumiu o controle da produção de petróleo e gás do país. Isso resultou numa significativa perda de sessenta e oito milhões de dólares⁸ para a estatal brasileira.

Este evento não passou despercebido às multinacionais que empregam seu capital na América Latina. Para evitar passar por experiências semelhantes, elas resguardam-se com instrumentos jurídicos que permitem resolver os entraves fora da esfera política-judiciária da região. Por isso, exigem constar nos seus pactos cláusulas escalonadas de mediação e arbitragem (med/arb) com foro em outro país⁹ considerado confiável para abrigar as negociações para a solução do problema.

Além da questão da segurança ao investidor, especialistas em mediação na área de engenharia (setor que movimenta boa parte dos recursos estrangeiros que transitam no Brasil) chamam atenção para o potencial de sucesso do procedimento; o que corrobora para que as relações contratuais

⁷ A Notícia foi veiculada pela Folha de São Paulo: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ul-t94u95508.shtml>> acesso em 28 de maio de 2018.

⁸ Esses valores foram apurados pelo Jornal O Globo na seguinte reportagem: <<https://oglobo.globo.com/economia/brasil-bolivia-fecham-acordo-por-us-112-milhoes-4190499>> acesso em 19 de setembro de 2019.

⁹ No caso das refinarias da Petrobrás na Bolívia, é preciso ressaltar que havia previsão de cláusula de arbitragem mas que por questões políticas não foi acionada. Em entrevista ao *broadcast* do Estadão, o ex ministro da Fazenda Rubens Ricupero afirmou na época que o contrato da Petrobras com a YPF, que contava com quase 90 páginas, previa uma cláusula - a de número 17 – que no caso de divergência, os dois países primeiro tentariam resolver amigavelmente por negociação, por discussão, e se isso não for possível, o assunto deveria ser submetido à arbitragem da Associação de Arbitragem de Nova York, utilizando as leis do Estado de Nova York, para evitar conflitos de legislação. O contrato estabelecia especificamente a constituição de um tribunal arbitral que julgaria de uma maneira praticamente inapelável e poderia também aplicar multas em dólares sobre o violador, o qual ficaria também responsável por todas as despesas do processo. Caberia à Petrobrás acionar essa cláusula, tendo em vista que o contrato foi firmado entre ela e a empresa boliviana YPF.

Esta entrevista foi veiculada no portal do Jornal Estadão e encontra-se disponível em <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,para-ricupero-bolivia-fez-expropriacao-da-petrobras,20060505p35078>> acesso em 19 de setembro de 2019.

não se encerrem com a disputa. Mas para isso, o recrutamento de profissionais qualificados e que sejam familiarizados com o assunto objeto da controvérsia são de extrema importância. Nesse sentido, a pesquisadora da *Western Carolina University*, Janet Yates (ob. cit., p. 138), com apoio nas diretrizes do *American Council of Engineers and Contractors Guidelines to Practice*, elenca algumas habilidades fundamentais que devem servir de parâmetro a identificar o bom facilitador de uma negociação: preparação e planejamento, domínio da matéria, capacidade de compreender os verdadeiros interesses das empresas, pensar de forma clara e rápida sob pressão, escuta, paciência, persuasão, controle das suas emoções e flexibilidade.

Além de se destinar a resolver conflitos decorrentes de contratos empresariais, alguns gerentes de empresas de engenharia estão adotando a mediação como um método para resolver os problemas interpessoais que ocorrem nas organizações. A abordagem utilizada nestes casos é diferente da que costuma ser empregada para resolver controvérsias relacionadas à atividade empresarial ou relativas às questões trabalhistas, por exemplo, tendo em vista que em geral, não envolve valores monetários e está mais ligada à aspectos emocionais e relacionais entre os indivíduos (Idem).

O procedimento autocompositivo também pode ser aplicado para por fim a eventuais movimentos grevistas e *lockouts* por parte dos empresários. Os investidores externos exigem negociações rápidas e a pronta retomada das atividades dos seus fornecedores e não costumam ser favoráveis à ideia de condução dessa articulação pelo Judiciário¹⁰. Nesse sentido, essas empresas brasileiras que pretendem fazer negócios com corporações estrangeiras precisam desenvolver com urgência na sua cultura organizacional a capacidade de lidar com suas disputas internas por meio de tratativas eficazes que podem ser facilitadas por um mediador ou pelo próprio gestor. O objetivo dessa mudança de abordagem consiste fundamentalmente em evitar chegar ao ponto em que seja necessário acionar o órgão judicial.

¹⁰ A área trabalhista desperta, em especial, o receio por parte dos investidores internacionais, em decorrência da fama patronal e tendenciosa da Justiça do Trabalho brasileira; fato que é alertado inclusive por alguns juristas especialistas no assunto: <https://www.conjur.com.br/2006-abr-09/trabalho_negociacao_vale_clt> acesso em 28 de maio de 2018.

II. O SISTEMA DIGITAL DE SOLUÇÕES DE CONTROVÉRSIAS E SUA IMPORTÂNCIA PARA AS RELAÇÕES EMPRESARIAS

A *online dispute resolution* é uma área muito nova e o trabalho conceitual, particularmente de natureza acadêmica, se desenvolve de maneira gradativa. Em uma perspectiva abrangente pode ser entendida como um canal para solucionar disputas que agrega tecnologias de informação e comunicação de modo a promover a interação entre as partes e o facilitador. As ferramentas tecnológicas são incorporadas aos meios adequados de tratamento de controvérsias como a mediação, a conciliação, a negociação e a arbitragem de maneira a permitir que se desenvolvam no espaço virtual e, juntamente com o auxílio de determinados recursos, consigam conferir uma maior agilidade e facilidade às demandas submetidas.

A discussão em torno desta definição se divide basicamente em duas vertentes: a primeira defende que a resolução de conflitos online constitui uma abordagem que visa a implementação de formas existentes de ADR via *internet*, portanto, o emprego de inovações como videoconferência e troca de mensagens instantâneas nas práticas compositivas já são suficientes para enquadrá-las como ODR. A outra perspectiva com viés restritivo exige mais do que uma atualização tecnológica dos procedimentos de ADR. Neste sentido, a tecnologia deve ser capaz de efetivamente modificar os ambientes e o próprio método de dirimir os problemas (ARBIX, ob. cit, pp. 61-62).

A tecnologia está transformando o panorama das disputas. A resolução alternativa de controvérsias (em inglês, *alternative dispute resolution* – ADR) não foi simplesmente uma abordagem mais eficiente de tratar os conflitos se comparada aos tribunais; assim como ao longo tempo, ficará claro que o sistemas digital (*online dispute resolution* – ODR) não é tão somente um meio mais eficaz que a ADR. Esta implementou uma nova mentalidade e o mesmo poderá ser observado mais claramente no futuro em relação à ODR. Atualmente, a lógica da solução de litígios permanece em grande parte a mesma do século passado. Mas isso inevitavelmente mudará à medida que as barreiras de acesso à justiça forem sendo reduzidas, as máquinas mais inteligentes e os softwares mais aprimorados (RA-

BINOVICH-EINY; KATSH, 2014, p. 5).

O sistema digital, em seu momento inicial, pretendeu ser equivalente à resolução de disputas *offline* face-a-face, ou seja, se limitou a imitar os procedimentos tradicionais, mas à distância. As primeiras abordagens usaram mediadores humanos que interagiam com os participantes através da *internet*, ao invés de marcarem um encontro presencial. Em geral, portanto, as ferramentas, apesar de novas, mantiveram o modelo antigo de comunicação e processamento de informações. Dessa maneira, para a comunidade tradicional de especialistas em ADR¹¹, a via online de equacionar litígios era vista apenas como um complemento quando reuniões presenciais não eram possíveis. Sob essa perspectiva, não se apresentava como um potencial agente de mudanças (Ibid, p. 6).

Conforme o uso de plataformas digitais se expande, cresce o interesse por compreender o que as diferencia dos métodos alternativos que não usam a rede e o impacto que ocasionarão sobre eles. Os recursos próprios de ODR são basicamente dois: (1) comunicação à distância; (2) a inteligência da máquina. Ambos são atraentes porque agregam flexibilidade, eficiência, capacidade e conhecimento. Essas funcionalidades permitem novas possibilidades de gerenciamento de interações e execução de tarefas como *brainstorming*, identificação de opções e esclarecimento de interesses. Dentre as principais vantagens que são apontadas estão: acessibilidade, baixo custo e maior velocidade na interlocução (Ibid, p. 23).

Atualmente, já estão disponíveis ferramentas para conduzir uma negociação automatizada (que permitem até o oferecimento de “lances cegos”), mediação online e arbitragem assistida por tecnologia. Esses novos aparatos tecnológicos estão começando a distanciar na devida proporção, os sistemas

¹¹ Apesar do crescimento dos sistemas digitais ou ODRs, ainda é possível verificar resistência por parte desse setor mais tradicional. Isso se explica em parte pela preocupação dos mediadores individuais com a urgência de aprender e usar novas ferramentas e tecnologias. Além disso, há apreensão quanto à dimensão que as ODRs podem alcançar, pois segundo eles, poderiam ameaçar alguns valores dos métodos consensuais. De certa maneira, há cabimento nessas alegações se considerarmos que os limites que moldam as atividades online e offline são diferentes: os relacionamentos, os conceitos e os valores estão se moldando à uma realidade mais célere e impessoal (Ibid, p. 7).

digitais das formas “analógicas”. Não obstante, o instrumental da ODR vem sendo utilizado em um ambiente com um número ainda limitado de usuários¹².

É plausível apostar que a opção pelo sistema digital prospere ainda mais em razão sobretudo de três fatores: (1) evolução da visão sobre meios online; (2) desenvolvimento de *softwares* mais potentes e seguros; (3) insatisfação contínua com o funcionamento dos tribunais e dos métodos alternativos tradicionais. O primeiro está associado à crescente dependência da sociedade moderna na comunicação digital. Se inicialmente essas formas eram mais aplicadas para aproximar pessoas com pouco contato ou totalmente estranhas, hoje, é usada para fazer interagir indivíduos com laços mais próximos para tratar desde questões corriqueiras até temas mais sensíveis e complexos (KATSH; RIFKIN, 2001, p. 7).

No que concerne aos *softwares*, espera-se um avanço no que diz respeito à coleta e ao exame de dados. Se antes os mesmos eram totalmente descartados após o problema ser resolvido, agora eles são armazenados e servem de parâmetro para lidar com questões semelhantes no futuro de modo a prevenir que as situações se repitam. Neste sentido, é possível caracterizar os processos de ODR como estando mais envolvidos com o gerenciamento de conflitos; ao passo em que os sistemas de ADR estão focados na solução de casos

¹² Um exemplo paradigmático de um sistema de ODR é o mecanismo de resolução de disputas do eBay, que é bem conhecido por seu alto uso e taxas de sucesso impressionantes. O eBay estuda padrões de disputas e desenvolve um sistema capaz de lidar com um grande número de repetições. Assim, conseguiu resolver tais disputas a um baixo custo. Não menos importante, no entanto, tem sido a contribuição do sistema de ODR do eBay para o campo da prevenção de disputas. Ao estudar os dados descobertos nos processos de resolução de disputas, o eBay conseguiu identificar fontes comuns de problemas e estruturar informações e serviços em seu site para que esses problemas não se repitam. Outro sistema elaborado de ODR que emergiu no contexto online é aquele estabelecido na Wikipedia. Este oferece aos seus usuários uma variedade de paralelos online aos processos tradicionais de ADR (por exemplo, negociação, mediação e arbitragem), bem como algumas novas variantes (como a pesquisa online). Curiosamente, alguns dos elementos desse sistema foram criados de baixo para cima, gerados por usuários sem experiência em resolução de disputas. Consequentemente, as características de tais processos eram atípicas do cenário tradicional (mas refletiam a cultura online em geral e da Wikipedia em particular), proporcionando um processo de mediação aberto no qual os procedimentos estavam amplamente disponíveis para visualização pública. Juntamente com seus esforços de resolução de disputas, a Wikipedia também tem se concentrado na sua prevenção, utilizando ferramentas tecnológicas não apenas para estudar padrões de conflitos e estratégias eficazes de solução, mas também para detectar automaticamente problemas como ilegítimos. Uma situação bastante recorrente é da edição de conteúdo em seu site. Atualmente já é possível excluir um conteúdo imediatamente, mesmo antes que o abuso tenha sido relatado pelos usuários.

individuais. A separação entre a prevenção e o equacionamento da disputa, que parecia natural em um mundo que não enfatizava o compartilhamento de informações, começa a se mostrar incompatível com um ambiente que gira em torno do processamento de dados.

Quanto ao terceiro fator, apesar da esperança de que a justiça informal e as Cortes multiportas pudessem proporcionar resultados mais satisfatórios, a institucionalização da ADR¹³ foi acompanhada por severas críticas que vão desde da vulnerabilidade dos grupos menos favorecidos (o que dificulta uma negociação paritária) até a redução dos efeitos dos precedentes judiciais. Nas últimas décadas, tornou-se evidente que a tecnologia poderia aumentar sobremaneira a eficiência através da automação e acesso aos arquivos remotamente. Com o passar do tempo, características da ODR que foram inicialmente apontadas como deficiências, como por exemplo, a questão da documentação, tornaram-se potencialmente vantajosas, permitindo melhor monitoramento, controle de qualidade, consistência e maior grau de transparência (RABINOVICH-EINY; KATSH, ob. cit, p. 27).

Feitas essas considerações, fica mais fácil avaliar os benefícios do acesso à uma plataforma de solução de conflitos via rede para as empresas e para a gestão dos seus contratos. O custo e o desgaste com a locomoção de profissionais ou equipes pode inviabilizar que a desavença seja sanada e comprometer todo o investimento até então realizado. Sem dúvida, a viabilidade de reunir ao mesmo tempo todos os envolvidos com a causa para debaterem sobre as propostas e os planos de ação que podem ser adotados sem que percam tempo com o deslocamento é um cenário fascinante. Mas a importância do sistema digital para as relações empresariais não se encerra por aqui.

Nos procedimentos consensuais é comum que participem os gestores com poderes de decisão e também os funcionários que trabalham no setor ou na área que desencadeou o litígio. Através desse novo canal digital para *dispute resolution* é permitida uma interação entre um maior número de colaboradores das respectivas organizações em conflito. Com isso, as chances de ampliar o

¹³ Para mais sobre as etapas de institucionalização da mediação no Brasil: <<http://www.indexlaw.org/index.php/revistasolucoesconflitos/article/view/1946>> acesso em 29 de maio de 2018.

leque de propostas e saídas para o problema ficam mais elevadas. Na mesma medida, o aumento das vias de diálogo amplia a probabilidade de manutenção das relações negociais.

Para as empresas estrangeiras, o fato de conseguirem se blindar à lentidão dos Tribunais e à insegurança jurídica de suas decisões é um benefício atrativo. Em que pese esta prerrogativa não ser exclusiva dos métodos compositivos digitais, por meio deles chega-se mais facilmente à estruturas internacionais¹⁴. Conforme já relatado na primeira parte deste artigo, há um grande temor no que diz respeito à prolação de sentenças tendenciosas aos interesses do país que está recebendo os investimentos. Os investidores se percebem desprotegidos se o Judiciário nacional é instado a se pronunciar. Na realidade brasileira, isso ganha ainda maior relevância se considerado o cenário de crise econômica que assola o Brasil.

É preciso diferenciar as relações empresariais que repercutem em negócios especializados, como os de infraestrutura, de duas outras categorias: as que originam contratos em que o vínculo entre as partes traduz um certo padrão de gestão, como por exemplo, nas transações entre matriz e franquias; e as empresas familiares. Os negócios especializados demandam uma dinâmica de solução de conflitos própria e que é voltada a resolver questão(ões) específica(s) de um determinado pacto. Nesses casos, não há interesse em procedimentos automatizados que auxiliem na prevenção do problema ou no diagnóstico de alguma falha na prestação do serviço, tendo em vista que o objeto do ajuste é singular e tende a não se repetir da mesma maneira. A plataforma digital, nessas situações, se limita a aproximar os representantes das organizações pela internet e o mediador (neutro e de confiança) facilita o diálogo e a interação desses profissionais. É assim que os investidores chineses no Brasil estão procurando resolver suas disputas no Brasil.

¹⁴ Em geral, os sistemas digitais de solução de controvérsias estão associados à grandes e respeitadas Instituições como Câmaras de Comércio Internacional, Organizações internacionais como a OMC, dentre outras. Essas estruturas internacionais dão maior credibilidade e confiança quanto à imparcialidade dos mediadores e segurança dos trabalhos de negociação. Além disso, o fato das conversas se darem no âmbito, ainda que virtual, dessas entidades ajudam no comprometimento das partes envolvidas em proporem soluções de mútuo benefício para chegarem à uma composição.

Os sistemas digitais costumam estar associados à câmaras privadas de gestão de conflitos. É importante pontuar que esses empresários de grande porte tendem a atrelar seus contratos à câmaras de comércio¹⁵, federações de indústria e outras associações desse tipo, em razão da sua projeção e respeito que possuem da comunidade internacional para tratar de negócios. No mesmo evento da FGV o papel da *China International Economic and Trade Arbitration Commission* - CIETAC¹⁶, que inclusive, promove a arbitragem *online* foi bastante destacado.

Um sistema digital que investigue tipos de comportamentos ou erros que geraram reclamações por parte de seus clientes interessa àquelas empresas em que há constância ou repetição do tipo de serviço prestado. Essa ferramenta é extremamente útil ao aprimoramento da atividade empresarial que sofre pequena ou nenhuma variação. É o que ocorre, por exemplo, com o fornecimento de produtos para os franqueados e nas relações de consumo¹⁷.

As empresas familiares, por sua vez, costumam se inclinar a procurar por Câmaras com atendimento especializado na seara de família. Aqui, a questão do contato direto entre as pessoas é bastante valorizado, sobretudo devido à importância que se atribui ao aspecto emocional e afetivo que permeia o relacionamento entre os integrantes da firma. Nesses casos, o ambiente virtual para a realização das sessões só são utilizados naquelas ocasiões em que o deslocamento seja muito complicado ou oneroso às partes. Além disso, há forte rejeição a que a mediação seja realizada por mediadores “robóticos”, pois o contato humano e o diálogo “olho no olho” são tidos como determinantes para que o problema possa ser bem compreendido pelo facilitador.

¹⁵ Em 28 de maio de 2018, foi inaugurada a primeira câmara de mediação e arbitragem ligada à uma câmara de comércio no Rio de Janeiro. Em evento fechado para convidados, a federação das câmaras de comércio exterior fundou a CIMAEX: câmara de mediação e arbitragem em comércio exterior. < <https://www.conjur.com.br/2018-mai-25/rj-camara-mediacao-arbitragem-comercio-exterior>> acesso em 31 de maio de 2018.

¹⁶ Para mais informações sobre esta instituição: < <http://www.cietac.org/?l=en>> acesso em 31 de maio de 2018.

¹⁷ Em sites de varejo como Mercado Livre, as queixas, na sua maior parte, se repetem. Para tentar minimizar o desgaste e melhorar a satisfação dos clientes, a plataforma já disponibiliza uma opção de reclamação e que desperta comentários positivos por parte dos usuários que já a acionaram.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A previsão contratual de cláusulas que determinem a busca por métodos alternativos de solução de conflitos, com destaque para a mediação, é apontada como fundamental para a entrada de investimentos estrangeiros no país. Isso porque o capital externo não quer ficar suscetível às constantes intempéries que assolam a política, a economia e a segurança jurídica das decisões prolatadas pelos Tribunais do Brasil. O complexo cenário de instabilidade do país dificulta a atração de investidores internacionais, não obstante as tentativas incessantes do Governo. Os chineses, que vêm na nossa crise uma oportunidade para mútuo crescimento, querem fazer negócios desde que resguardados da intervenção do Judiciário brasileiro.

Um seminário realizado pela FGV-Rio em parceria com algumas entidades chinesas tornou essa preocupação ainda mais evidente. Especialistas com grande experiência nas áreas de consultoria e comércio internacional daquele país alertaram para a possibilidade de decisões judiciais suscetíveis de mudanças a todo tempo e sobre como o órgão judicial pode ser chamado a intervir frequentemente nas relações jurídicas que se desenvolvem em âmbito nacional. O receio desses profissionais é que as Cortes brasileiras profiram julgamentos tendenciosos aos interesses do Brasil; o que tem precedente, com a devida correspondência, na vizinha Venezuela.

A sugestão desses especialistas de mercado para a preservação dos investimentos chineses seria a prévia adesão à cláusulas escalonadas no formato med/arb, ou seja, que pactuam que na hipótese de um conflito, não sendo a mediação suficiente, recorre-se então à arbitragem e vice-versa. Como por vezes o deslocamento dos representantes das companhias estrangeiras pode ser bastante complicado e demorado, a opção mais atraente é que esses meios de resolução de disputas sejam acionados pelo sistema digital. Eles favorecem a participação de um número maior de envolvidos no problema (que podem representar vários departamentos da sociedade empresária), agilizam as negociações e geram custos menores, na medida em que o tempo gasto com a mobilização de pessoal e para por fim ao litígio é menor. Esse mecanismo tem boa aceitação por parte dos investidores e representantes do governo chinês.

O sistema digital de solução de controvérsias não se limita à realização de sessões online para facilitar o diálogo e a interação entre os gestores das empresas. Hoje, há um enorme leque de ferramentas, que englobam desde procedimentos totalmente automatizados até o armazenamento de dados que permitem a análise de erros na prestação do serviço. Ou seja, atualmente a ODR pode ser útil inclusive para a prevenção de problemas futuros.

A categoria de negócio predominante na companhia vai influenciar em que medida ela vai se utilizar desses aparatos tecnológicos que estão à disposição. Um objeto altamente especializado repercute em uma tendência de utilização da plataforma online para promover sessões virtuais que congreguem todos os profissionais dos setores impactados pela discórdia; ao passo em que nas que celebram pactos padronizados, a identificação dos pontos que geram reclamações recorrentes dos clientes é muito eficaz à gestão empresarial. Já nas organizações que envolvem relações familiares, a inclinação é pela procura de câmaras privadas com experiência nesse ramo que favoreçam o diálogo, em razão da forte carga emocional que permeia os relacionamentos entre os gestores dessas entidades.

REFERÊNCIAS

ARBIX, Daniel do Amaral. **Resolução Online de controvérsias**. São Paulo: editora intelecto, 2017.

BRAGANÇA, Fernanda. SOUZA, Carla Faria de. A crise da capacidade institucional do Poder Judiciário Brasileiro, a dificuldade de acesso à justiça e o fortalecimento dos métodos consensuais de solução de conflitos. In: MORAES, Daniela Marques de; BRANDÃO, Fernanda Holanda de Vasconcelos. **Acesso à Justiça**, Florianópolis: Conpedi, 2017. Disponível em < <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/roj0xn13/v5z5kqti/A5Q8llzmpjp7scd.pdf> > acesso em 23 de maio de 2018.

BRAGANÇA, Fernanda. SOUZA, Carla Faria de. As etapas de Institucionalização da Mediação no Brasil. *Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos*, Brasília, v.3, n.1, pp. 1-15, jan-jun 2017.

HADERSPOCK, Brian. Reflexiones en torno a las clausulas escalonadas. *Revista ADR News (acuerdo justo)*, v.1, n.1, pp. 35-42, 2015.

RELATÓRIO ICJ BRASIL 1º SEMESTRE DE 2017. Disponível em <http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/relatorio_icj_1sem2017.pdf> acesso em 23 de maio de 2018.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO. Boletim de Investimentos chineses no Brasil. Disponível em <<http://www.planejamento.gov.br/noticias/planejamento-divulga-boletim-de-investimentos-chineses-no-brasil>> acesso em 23 de maio de 2018.

KATZ, A. N. **Legal traditions and systems: An international handbook**, Greenwood Press, New York, 1986.

KATSH, Ethan; RIFKIN. **Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace**, Jossey-Bass, 2001.

RABINOVICH-EINY, Orna; KATSH, Ethan. Digital Justice: reshaping boundaries in an online dispute resolution environment. *International Journal of Online Dispute Resolution*, 2014, vol. 1, pp. 5-36.

YATES, Janet. **Engineering and construction law and contracts**, Prentice Hall/Pearson Publishing, Saddle River, New Jersey, 2010.

YATES, Janet. Art of Mediation in the Engineering and Construction Industry. *Journal of legal affairs and dispute resolution in engineering*, 2010, v.2, pp. 136-138.

ESTRATÉGIAS AUTORREGULATÓRIAS DO DIREITO NO CENÁRIO DE RISCOS DOS RESÍDUOS NANOTECNOLÓGICOS A PARTIR DA SUSTENTABILIDADE EMPRESARIAL E ECONOMIA CIRCULAR¹

AUTORREGULATORY STRATEGIES OF LAW IN THE SCENARIO OF NANOTECHNOLOGICAL WASTE RISKS FROM BUSINESS SUSTAINABILITY AND CIRCULAR ECONOMY

Daniele Weber S. Lea²
Wilson Engelmann³

RESUMO

As nanotecnologias são um novo e revolucionário conjunto de tecnologias, que trabalham na bilionésima parte do metro, elaborando produtos novos, com características físico-químicas desconhecidas, submetendo o consumidor a riscos incalculáveis. Estes produtos são lançados no mercado todos

¹ Este artigo é resultado parcial de Projeto de pesquisa, edital FAPERGS/CAPES 06/2018 - Programa de Internacionalização da Pós-Graduação no RS, intitulado: “Sistema do Direito, novas tecnologias, globalização e o constitucionalismo contemporâneo: desafios e perspectivas”.

² Doutoranda (bolsista CAPES/PROEX) e Mestra em Direito Público pelo PPG em Direito (Mestrado e Doutorado) da UNISINOS/RS/Brasil, vinculada à Linha de Pesquisa “Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização”; Integrante do Grupo de Pesquisa JUSNANO(CNPq); Especialista em Direito Público pelo Instituto de Educação RS (LFG). Professora da FACCAT -Faculdades Integradas de Taquara-RS e UNIFTEC. Advogada. Email: weber.daniele@yahoo.com.br

³ Pós-doutor pela Universidade de Santiago de Compostela (Espanha). Doutor e Mestre em Direito Público pelo PPG em Direito (Mestrado e Doutorado) da UNISINOS/RS/Brasil; Professor deste mesmo Programa, Mestrado e Doutorado; Coordenador Executivo do Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios da Unisinos; Líder do Grupo de Pesquisa JUSNANO (CNPq); Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq. E-mail: wengelmann@unisinos.br

os dias e atualmente nenhum protocolo ou política é adotada para gestão dos resíduos nano. Observa-se a inserção no cenário de risco, e conseqüentemente tem-se a necessidade de adoção de desenvolvimento sustentável e destino final mais seguro. Pretende-se assim identificar a necessidade do desenvolvimento sustentável e responsável das empresas, inserindo-se a chamada Economia Circular. Ademais, busca-se construir a necessária (auto)regulação com fundamentos de Teubner, através da adoção de medidas precaucionais impostas neste cenário de “riscos nanotecnológicos”, apresentando como alternativa possível projeto para “rastreadibilidade de resíduos nanotecnológicos” -fundado nos próprios princípios basilares da Economia Circular - efetivando paralelo com o Projeto de Lei que tramita na Câmara de Deputados n.º 7.088, de 2017, de Rômulo Gouveia, o qual altera a Lei nº 12.305, de 2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, para dispor sobre o rastreamento de resíduos perigosos. Portanto, de que maneira se faz viável a promoção de uma economia circular, com fundamento na sustentabilidade ambiental, para realizar a gestão e controle dos riscos dos nanoresíduos?

PALAVRAS-CHAVE

Nanotecnologias; autorregulação; risco; sustentabilidade ambiental; economia circular.

ABSTRACT

Nanotechnologies are a revolutionary new set of technologies that work on the billionth of the meter, making new products with unknown physico-chemical characteristics, putting the consumer at untold risk. These products are launched on the market every day and currently no protocol or policy is adopted for nano waste management. The insertion in the risk scenario is observed, and consequently there is a need to adopt sustainable development and a safer final destination. The aim is to identify the need for sustainable and responsible business development, with the so-called Circular Economy. In addition, it seeks to build the necessary (self) regulation with Teubner's fundamentals, through the adoption of precautionary measures imposed in this scenario of “nanotechnological risks”, presenting as a possible alternative project

for “traceability of nanotechnological wastes” - based on the basic principles themselves of the Circular Economy - taking effect in parallel with the Bill that is passed in the Chamber of Deputies No. 7.088, of 2017, by Rômulo Gouveia, which amends Law No. 12,305, of 2010, which establishes the National Policy on Solid Residues, to hazardous waste. Therefore, in what way is it possible to promote a circular economy, based on environmental sustainability, to manage and control the risks of nanowaste?

KEYWORDS

Nanotechnology; self-regulation; risk; environmental sustainability; circular economy.

INTRODUÇÃO

As nanotecnologias representam a utilização da escala nanométrica – que equivale à bilionésima parte do metro – em variados setores e segmentos da indústria, gerando produtos com características totalmente novas, se equiparadas àquelas que seus similares em escala macro apresentam. O século XXI se caracteriza pela emergência de uma revolução tecnocientífica sem precedentes, impulsionada pelos avanços de novos produtos, dispositivos e processos com nanotecnologias. Vale dizer: é a possibilidade humana de acessar a escala nanométrica, que equivale à bilionésima parte de um metro.

Os investigadores abrem o caminho, fazendo as descobertas; as indústrias promovem a criação de produtos, a partir deste primeiro estágio; o comércio vibra com as possibilidades de vendas que os consumidores levam para as suas casas, usam nos seus corpos e povoam o meio ambiente com lixo que tem características inusitadas. Aqui se tem alguns degraus do ciclo de vida dos nanomateriais e nanopartículas. Permeando estes e outros degraus, se verifica a emergência de riscos, que, igualmente, poderão apresentar contornos novos e desafiadores a partir do presente, em direção ao futuro (ENGELMANN, 2018).

Desta maneira, as nanotecnologias estão inseridas no cotidiano humano implementando e produzindo uma gama de novos produtos, os quais são utilizados na sua grande maioria pelas pessoas sem qualquer noção do que tal tecnologia representa. Observa-se que as nanotecnologias podem apresentar benefícios extremamente relevantes para a sociedade, como na medicina, engenharia, medicina veterinária, remediação ambiental, dentre outras áreas. Entretanto, de encontro aos potenciais benefícios encontra-se o risco, com a grande possibilidade de danos ao meio ambiente e saúde humana, conforme apresentado em larga escala na comunidade científica.

Por esta razão, quanto maior a produção de nanotecnologia e inserção na vida humana, maior o descarte e geração do chamado “nanowaste”, ou nanoresíduo. Tomando-se em consideração este cenário de descarte do resíduos nanotecnológicos no meio ambiente, o problema deste artigo versa sobre a ausência regulatória específica para os resíduos nanotecnológicos, e de que forma a adoção da Economia circular pelas empresas, fundadas na sustenta-

bilidade empresarial, poderá efetivar a implementação da rastreabilidade dos resíduos nanotecnológicos, que consequentemente, efetuará gestão do risco e autorregulação para o nanowaste, num espaço iluminado pelos princípios da precaução e da sustentabilidade exigida neste cenário permeado por incertezas e riscos nanotecnológicos.

A hipótese provisória do problema é a possibilidade de utilização e fomento do desenvolvimento sustentável e responsável das empresas, inserindo-se a chamada Economia Circular. A partir destes fundamentos que corroboram com os Princípios ambientais da Precaução e da sustentabilidade, será possível a construção da necessária (auto)regulação com fundamentos de Teubner através da adoção de medidas precaucionais impostas neste cenário de “riscos nanotecnológicos”, tendo como alternativa possível projeto para “rastreabilidade de resíduos nanotecnológicos” -fundado nos próprios princípios basilares da Economia Circular - efetivando paralelo com o Projeto de Lei que tramita na Câmara de Deputados n.º 7.088, de 2017, de Rômulo Gouveia, o qual altera a Lei n.º 12.305, de 2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos.

Se utilizará a perspectiva metodológica sistêmico-constructivista, para observar como as bases jurídicas poderão ser desenvolvidas e comunicadas independente da sua conexão com o Poder Legislativo, fomentando a comunicação inter-sistêmica com os Sistemas da Ciência, da Política e da Economia. Sobre a perspectiva metodológica constructivista, utilizada para o encadeamento das ideias deste projeto, Luhmann, Niklas (2007, p. 22). Portanto, necessário entender sobre o contexto do novo mundo nano e seus reflexos na sociedade, em especial na atenção aos resíduos, e a alternativa jurídica (auto)regulatória com implementação de rastreabilidade, num cenário de sustentabilidade, precaução e adoção pelas bases da economia circular.

1 O NOVO MUNDO DAS NANOTECNOLOGIAS E O RISCO: COMO ELABORAR A GESTÃO DO NANOWASTE A FIM DE PRESERVAR O ECOSISTEMA

As nanotecnologias representam um conjunto de ações de pesquisa, desenvolvimento e inovação, obtidas graças ao desenvolvimento de equipa-

mentos especiais, que conseguem acessar as propriedades especiais da matéria organizada a partir de estruturas de dimensões nanométricas, isto é, um nanômetro corresponde à bilionésima parte de um metro ou à notação científica de 10^{-9} . A expressão *nanotecnologia* deriva do prefixo grego *nános*, que significa anão, *techne* que equivale a ofício, e *logos* que expressa conhecimento. Atualmente, as variadas tecnologias que viabilizam a operação em escala nano trazem consigo muitas incertezas, especialmente concernentes à possibilidade de riscos altamente nocivos à saúde e ao meio ambiente (DURÁN; MATTOSO; MORAIS, 2006).

Observando-se as características da Quarta Revolução Industrial, percebe-se que seus impactos terão reflexos nas inter-relações entre o homem e a tecnologia (os impactos em relação ao indivíduo, ao poder, a política e a economia e os reflexos sobre a cultura, sociedade e o meio ambiente). (ENGELMANN, 2017, p.248).

Estas novas tecnologias estão em quase todos os setores produtivos, que se encontram disponíveis na atualidade. O que está contido nesta palavra? A manipulação e a produção na escala atômica, ou seja, na bilionésima parte do metro, que equivale à notação científica 10^{-9} . De acordo com o Comitê Técnico 229 da ISO (*International Organization for Standardization*), a utilização da escala nanométrica pode ser encontrada nos seguintes setores, aqui exemplificativamente apresentados: têxteis, plásticos, embalagens para alimentos, agricultura (SUPAN, 2015) material de construção, medicamentos, diagnóstico de doença, protetores solares, medicamentos, equipamentos médicos (ABBONDANZA, 2015, p.6) e odontológicos, energia, equipamentos esportivos, equipamentos bélicos e equipamentos eletrônicos (ISO TC 229,2019).

Pode ainda ser definida como a ciência da manipulação de matéria na escala nanométrica, a fim de descobrir novas propriedades e assim produzir novos produtos. Nos últimos 30 anos, uma quantidade considerável de interesse científico e financiamento de pesquisa e desenvolvimento dedicado à nanotecnologia levou a desenvolvimentos rápidos em todas as áreas de ciência e engenharia, incluindo química, materiais, energia, medicina, biotecnologia, agricultura, alimentos, dispositivos eletrônicos e produtos de consumo. Somente nos EUA, o governo federal gastou mais de US \$ 22 bilhões em pesquisa

em nanotecnologia desde 2001 (CHENG et al, 2016).

Os avanços nas áreas de nanociência e nanotecnologia resultaram em inúmeras possibilidades para aplicações de produtos de consumo, muitas dos quais já migraram de bancos de laboratório para prateleiras de lojas e sites de comércio eletrônico. Os nanomateriais foram cada vez mais incorporados aos produtos de consumo, embora a pesquisa ainda esteja em andamento sobre seus potenciais efeitos no meio ambiente e na saúde humana (VANCE et al, 2015).

Para demonstrar a gama de produtos existentes em nível global, é possível apresentar os números gerais registrados pela *Nanotechnology Products Database* (NPD) - Base de Dados de Produtos de Nanotecnologia (tradução nossa) -, criada em janeiro de 2016. Com a finalidade de se tornar uma fonte de informação confiável, acreditada e atualizada para a análise e caracterização de produtos nanotecnológicos (ou seja, nanoprodutos) introduzidos nos mercados globais, cataloga-se e registra-se toda capacidade de produção de nanotecnologia desenvolvida no mundo.

Com base então na NPD, pode-se afirmar que atualmente existem 8674 produtos com nanotecnologias, produzidos por 2181 companhias, oriundos de 60 países. Desta forma, a nanotecnologia aparece diariamente na vida em sociedade, desde produtos cosméticos (protetor solar, creme antirrugas), shampoos, até mesmo produtos domésticos (bebedouro d'água) e medicamentos, indústria bélica, dentre outras várias áreas (INTRODUCTION, 2019).

Insera-se ainda na chamada Quarta Revolução industrial, cunhada por Schwab, e mais recentemente nos desafios trazidos na sua última obra, intitulada "Aplicando a Quarta Revolução" Industrial, quais sejam: a) a justa distribuição dos benefícios das disrupções tecnológicas; b) a contenção das inevitáveis externalidades; c) Garantia de que as tecnologias emergentes nos empoderem como seres humanos, em vez de nos governar (SCHWAB, 2018, p. 30).

Estas tecnologias, já não mais tão novas no cenário tecnológico, estão situadas como parte integrante da Quarta Revolução Industrial, diagnosticando a realidade desta nova tecnologia, dados sobre seu surgimento, usos e aplicações nas mais diferentes áreas do conhecimento humano. Segundo Schwab:

[...] Imagine as possibilidades ilimitadas de bilhões de pessoas conectadas por dispositivos móveis, dando origem a um poder de processamento, recursos de armazenamento e acesso ao conhecimento sem precedentes. Ou imagine a assombrosa profusão de novidades tecnológicas que abrangem numerosas áreas: inteligência artificial, robótica, internet das coisas, veículos autônomos, impressão 3D, nanotecnologia, biotecnologia, ciência dos materiais, armazenamento de energia e computação quântica, para citar apenas algumas (SCHWAB, 2016, p.11).

Entretanto, mesmo observando-se promessa de evolução benéfica à humanidade, as nanotecnologias vêm acompanhada de incertezas científicas quanto seus efeitos e (possíveis?) danos futuros ao meio ambiente e vida humana. No estado atual da arte, não se sabe ao certo quais os danos os nanomateriais podem acarretar ao ecossistema. Por esta razão, diversas pesquisas estão sendo desenvolvidas no intuito de verificar qual os (possíveis ou não) impactos das nanos na vida humana e meio ambiente.

Cada vez mais necessita-se de uma comunicação, entre Estados e sistemas diversos, com a finalidade de buscar instrumentos regulatórios aptos a resolver a complexidade das nanotecnologias. Este tema envolve não só o estado brasileiro, mas abarca a preocupação com o tema da regulação das nanos, que tem reflexo no cenário internacional (LEAL, ENGELMANN, 2018, p.279).

Muitos estudos sobre as nanotecnologias estão em desenvolvimento em nível mundial, como nos Estados Unidos (NHI, 2019), Europa em geral (UNIÃO EUROPEIA, 2014) (OECD, 2016), Ásia e até mesmo América Latina. E face a publicação de pesquisas sobre os efeitos e (possíveis) danos (futuros?) à vida humana, o alerta entre os cientistas foi apresentado sobre o potencial risco, o que deslocou a discussão também ao mundo jurídico. Neste contexto, de que maneira poderão as empresas, por meio da sustentabilidade empresarial, adotando e fomentando a economia circular, e posteriormente instituindo a rastreabilidade dos resíduos nanotecnológicos, efetivarão a gestão do risco?

Tal questionamento desperta uma enorme incógnita e clama por uma necessária implementação de regras, tendo em vista o atual desconhecimento,

especialmente a respeito de seu descarte e depósito, em face da possibilidade dos danos. Portanto, ante a possibilidade de dano (futuro) ao meio ambiente e vida humana, é necessária a discussão sobre a regulação das nanotecnologias, e seu urgente desenvolvimento com o fito de preservar as presentes e futuras gerações de danos futuros.

Observa-se que as novas tecnologias estão no topo do ranking do risco (no 7.º lugar), e as nanotecnologias se inserem neste contexto, o que demonstra a importância do debate em nível global. Vejamos os dados (ALLIANZ, 2018):



Fonte: ALIANZ, 2018, p.03

A possibilidade de risco é iminente. (XIA et al, 2017) (MOUNEYRAC et al, 2017) Todos estes materiais estão intensamente presentes no cotidiano humano, o que trará, em consequência, um maior descarte no meio ambiente. Com a proposta de economia circular, fundada na sustentabilidade empresarial, aliado à proposta de rastreabilidade de resíduos nanotecnológicos, este nanowaste obteria uma destinação controlada, segura, evitando a contaminação desmedida no meio ambiente.

Desta forma, a contribuição e importância deste artigo é buscar uma al-

ternativa dada a omissão legislativa, apropriando-se de adoção de política ambiental, com sustentabilidade e economia circular, instituindo ainda protocolo autorregulatório de rastreabilidade do nanowaste, a fim de proteger minimamente os (possíveis) danos ao meio ambiente e vida humana, fundamentando-se para tal propósito Gunther Teubner e suas lições.

2 DA ECONOMIA CIRCULAR E SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL PARA OS RESÍDUOS NANOTECNOLÓGICOS, UMA ALTERNATIVA DA RASTREABILIDADE?

A gestão dos resíduos nanotecnológicos vem ganhando maior destaque na literatura internacional, face o risco do *nanowaste* no meio ambiente ser maior do que de materiais em escala macro, conforme observa a OECD:

Um ponto em branco relativo no entendimento científico reside área de gerenciamento de resíduos. Os resíduos que contêm esses materiais são atualmente gerenciados juntamente com o desperdício convencional sem conhecimento suficiente dos riscos associados e Impactos no meio ambiente. (tradução nossa) (OECD, 2016, p. 05).

Cabe ao Direito, assim, como ciência, possibilitar a criação de instrumentos jurídicos com objetivo de efetivar medidas de gerenciamento preventivo do risco, baseado nos princípios da precaução e sustentabilidade, para elaborar gestão dos resíduos, preservando as atuais e futuras gerações. Diante deste contexto, são importantes os aportes da sustentabilidade e economia circular na busca das alternativas autorregulatórias.

Um dos aspectos mais importantes para o futuro das gerações no que tange às novas tecnologias, na qual as nanos se inserem, é a sustentabilidade. Inclusive existe um novo movimento relacionando nano e sustentabilidade. Existe uma organização internacional que vem estudando o desenvolvimento das nanotecnologias aliadas à sustentabilidade, de maneira a pesquisar a interação entre os nanomateriais e ecossistema, promovendo a evolução da

nanotecnologia com uma pegada ambiental e sustentável (THE CENTER FOR SUSTAINABLE NANOTECHNOLOGY, 2019). Trata-se do Centro para Nanotecnologia Sustentável:

O objetivo do Centro para Nanotecnologia Sustentável é desenvolver e utilizar uma compreensão do nível molecular das interações nanomateriais-biológicas para permitir o desenvolvimento de nanotecnologias sustentáveis e socialmente benéficas. Com efeito, pretendemos compreender os princípios químicos e físicos de nível molecular que regem o modo como as nanopartículas interagem com os sistemas vivos, a fim de fornecer os fundamentos científicos necessários para garantir que a evolução contínua da nanotecnologia possa ocorrer com a pegada ambiental mínima e benefício máximo para a sociedade. O CSN não é um centro físico, mas é um ponto focalizado para a colaboração que liga a experiência complementar de pesquisadores em 12 instituições diferentes para alcançar o que nenhum de nós poderia fazer individualmente. (tradução nossa) (THE CENTER FOR SUSTAINABLE NANOTECHNOLOGY, 2019).

Conforme defende Schwab, não se deve considerar as tecnologias emergentes como ‘meras ferramentas’, que estão completamente sob nosso controle, mas deve-se entender ‘como’ e ‘onde’ os valores humanos estão incorporados às novas tecnologias e como elas podem ser moldadas para melhorar o bem comum, a gestão ambiental e a dignidade humana. Assim, todas as partes interessadas deverão participar da discussão global sobre as maneiras como as tecnologias estão impactando na vida de todos no planeta (SCHWAB, 2018).

Este é o ponto nevrálgico para o desenvolvimento sustentável, a participação de todos, de modo que as empresas desenvolvedoras das nanos deverão ter papel mais importante ainda, por terem maiores recursos e acessos aos meios científicos e autorregulatórios, adotando mecanismos sustentáveis, principalmente na questão dos resíduos gerados.

De outro modo, presencia-se uma necessidade muito maior de mu-

dança. É necessária alteração substancial no modo de desenvolvimento das nanotecnologias, onde o início dá-se pelas empresas. Mudança desde sua idealização, até sua industrialização, distribuição, e principalmente dos resíduos por eles gerados. Uma consciência ambiental concreta, que busque, de fato, proteger a presente e futuras gerações, calcadas na sustentabilidade.

Tal movimento vai ao encontro das ideias de Ulrich Beck, que em sua última obra, “A metamorfose do mundo”, defende uma chamada metamorfose. Ao invés de mudança, pois se desestabilizam as certezas da sociedade moderna, os eventos e processos que provocam um choque fundamental [...] *A metamorfose significa que o que foi impensável ontem é real e possível hoje* (BECK, 2018, p.11-12) [...] *A metamorfose implica uma transformação muito mais radical, em que as velhas certezas da sociedade moderna estão desaparecendo e algo inteiramente novo emerge* (BECK, 2018, p.15).

A questão da segurança deve ser tomada numa perspectiva mais ampla, vinculada à sustentabilidade. O maior financiador público do Reino Unido da pesquisa de inovação básica, o “Conselho de engenharia e Ciência Física e de Pesquisa” pediu aos candidatos que relatassem as maiores implicações e riscos potenciais (ambientais, de saúde, sociais e éticos) associados à pesquisa proposta na área de nanociências; relacionando à sustentabilidade, que contribui para o objetivo do desenvolvimento sustentável da União Europeia.

A União Europeia segue a *definição* de desenvolvimento sustentável de 1997, que consiste em dimensões econômicas, sociais e ambientais em dependência mútua; e socialmente desejável: *socialmente desejável* captura os pontos âncora normativos relevantes e mais específicos do Tratado sobre a União Europeia, como *qualidade de vida, igualdade entre homens e mulheres*. Os pontos no desenvolvimento e avaliação de produtos irão claramente além da simples rentabilidade do mercado, embora este último possa ser uma condição prévia para a viabilidade dos produtos nas economias competitivas do mercado. (VON SCHOMBERG, 2013)

A sustentabilidade é foco nas Nações Unidas. Está disposta nos 17 Objetivos do Desenvolvimento Sustentável da ONU, onde o 12.º objetivo versa especificamente sobre o consumo e produções responsáveis (ONU, 2019). Esta Agenda é um plano de ação para as pessoas, para o planeta e para a prosperi-

dade. Ela também busca fortalecer a paz universal com mais liberdade. Reconhecemos que a erradicação da pobreza em todas as suas formas e dimensões, incluindo a pobreza extrema, é o maior desafio global e um requisito indispensável para o desenvolvimento sustentável. Todos os países e todas as partes interessadas, atuando em parceria colaborativa, implementarão este plano.

Mostra-se determinação em tomar as medidas ousadas e transformadoras que são urgentemente necessárias para direcionar o mundo para um caminho sustentável e resiliente. Os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável são 169 metas que demonstram a escala e a ambição desta nova Agenda universal. Eles se constroem sobre o legado dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio e concluirão o que estes não conseguiram alcançar. Eles são integrais e indivisíveis, e equilibram as três dimensões do desenvolvimento sustentável: a econômica, a social e a ambiental(ONU, 2019).

Os Objetivos e metas estimularão a ação para os próximos 15 anos em áreas de importância crucial para a humanidade e para o planeta (ONU, 2019a). Desta maneira, fundada na sustentabilidade, encontra-se a Política de Economia Circular bases e propostas atreladas aos mesmos objetivos, que poderiam servir de instrumentos para a adoção de autorregulação, como implementação da rastreabilidade dos resíduos nanotecnológicos, fazendo alusão ao Projeto de lei dos resíduos perigosos, da Política nacional de resíduos, que se verá no próximo tópico.

Idealmente, convém que o sistema de produto seja modelado de tal maneira que as entradas e saídas em sua fronteira sejam fluxos elementares e de produtos. A identificação das entradas e saídas que deveriam ser rastreadas ao meio ambiente, isto é, a identificação de quais processos elementares que produzem as entradas (ou processos elementares que recebem as saídas) deveriam ser incluídos no sistema de produto em estudo, é um processo iterativo. E neste ponto que se insere a **Economia circular**: crescimento com foco em benefícios sociais. O modelo econômico de extrair, transformar, descartar da atualidade está atingindo seus limites físicos.

A *economia circular* é uma alternativa atraente que busca redefinir a noção de crescimento, com foco em benefícios para toda a sociedade. Isso envolve dissociar a atividade econômica do consumo de recursos finitos, e eliminar

resíduos do sistema por princípio. Apoiada por uma transição para fontes de energia renovável, o modelo circular constrói capital econômico, natural e social. Baseia-se em três princípios: eliminar resíduos e poluição por princípio, manter os produtos e os materiais em ciclos de uso e regenerar os sistemas naturais. Segundo a Ellen MacArthur Foundation, em uma economia circular, a atividade econômica contribui para a saúde geral do sistema. O conceito reconhece a importância de que a economia funcione em qualquer escala – para grandes e pequenos negócios, para organizações e indivíduos, globalmente e localmente (PRADO FILHO, 2018).

A economia circular mostra-se uma alternativa atraente à economia linear de extração, transformação e descarte, oferecendo para a sociedade a oportunidade de reduzir a sua dependência de fontes de energia e materiais esgotáveis, ao passo que possibilita o seu contínuo desenvolvimento. Por princípio, a economia circular é regenerativa e restaurativa e tem por objetivo potencializar a utilidade e valor de produtos, componentes e materiais. Estudos preliminares da Ellen MacArthur Foundation (2017) mostraram que seria possível gerar mais oportunidades de inovação e criação de valor no Brasil através da transição para economia circular, visto que o país possui características mercadológicas e sociais únicas, além do capital natural.

Esta possui dois princípios importantes que se encaixam nas demandas dos resíduos nanotecnológicos, que são a maximização do rendimento de recursos, levando à redução dos desperdícios e à circularidade dos recursos; e ainda a estimulação da efetividade do sistema, gerando impactos positivos para todas as partes interessadas (CNI, 2018). Fundado na sustentabilidade, desenvolvendo a chamada economia circular, possibilitar-se-ia a proposta de “rastreadibilidade de resíduos nanotecnológicos”, fazendo correlação com o Projeto de Lei n.º 7088 de 2017 (que altera a Lei n.º 12.305, de 2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, para dispor sobre o rastreamento de resíduos perigosos) (BRASIL, 2019).

A Economia Circular também é entendida como o oposto da Economia Linear. Na economia linear, modelo este utilizado no Brasil e em muitos outros países atualmente, a matéria-prima é extraída, processada, vendida, utilizada e descartada como resíduo, gerando assim, o rápido esgotamento de recursos

naturais, além da destruição do meio ambiente. Por isso, as discussões relacionadas aos resíduos sólidos atualmente devem ser desenvolvidas muito além de assuntos como apenas poluição, desmatamento, efeito estufa, espaço, saúde. Embora todos esses assuntos sejam grande relevância, é necessário que estes debates envolvam também os temas relacionados à otimização dos recursos, estratégia, marketing, economia, logística, emprego, renda e cidadania. (LAURINDO, 2016).

Este é o modelo da Economia Circular: um processo onde os resíduos são minimizados, através da manutenção do valor econômico dos produtos e dos materiais e recursos neles contidos, pelo maior tempo possível. Para que seja possível a transição para um sistema mais circular faz-se necessária uma abordagem envolvendo governos, empresas e ciência, bem como consumidores e maior cooperação na cadeia de valor. O que condiciona a circularidade é o reconhecimento de diferenças setoriais, incluindo seus interesses e envolvimento em toda a cadeia de valor devido a limites técnicos e físicos, bem como a impactos diferentes em termos de custos e benefícios (BUSINESS EUROPE, 2015).

De outro modo, na Economia Circular os resíduos em geral são tratados como um recurso valioso; a coleta, a triagem e a reciclagem de produtos e materiais descartados são consideradas atividades cotidianas; os produtos e materiais devem ser pensados visando sua reutilização sempre que possível; e a transformação dos produtos em novas matérias-primas ou em produtos com maior valor agregado é uma atividade que deve ser amplamente aplicada. Para que isto ocorra, diversos tipos de conceitos, tecnologias e inovações podem ser aplicados, favorecendo assim a criação de sistemas que sejam mais eficientes, impedindo o desperdício de recursos e gerando novos negócios e empregos também nas áreas menos favorecidas da cidade(LUZ, 2017).

Desta maneira, uma vez que demonstrada a importância da adoção de medidas sustentáveis no manejo dos resíduos nanotecnológicos, possível que esta sustentabilidade esteja ligada aos princípios da Economia Circular. A fim de consolidar a segurança deste manejo, de maneira mais concreta, viável que seja proposta uma espécie de rastreabilidade dos resíduos nanotecnológicos, como analogia do projeto de lei 7.088, que altera a política de resíduos sólidos, que será no próximo tópico explorado, aliado aos fundamentos de Teubner.

3 DA AUTORREGULAÇÃO À TEUBNER: INSTITUINDO A RASTREABILIDADE A PARTIR DE PROJETO DE LEI DOS RESÍDUOS SÓLIDOS PERIGOSOS

O maior aspecto deste projeto, e que tem gerado preocupação na comunidade científica é o destino final destes materiais com nanotecnologia quando do fim de seu ciclo. Estes materiais podem não ser biodegradáveis e assim, permaneceriam no ambiente, interagindo com outros materiais. Este risco em potencial já está causando preocupação dos países em desenvolvimento para onde os resíduos contendo nanomateriais podem ser exportados (FAO, 2012).

A *Life Cycle Analysis* (LCA) - análise do ciclo de vida - está diretamente vinculada, e vice-versa, com a avaliação do risco das nanopartículas. O conceito de ciclo de vida do produto, está incluso na Lei que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei nº 12.305/10), no Art. 3º, IV (BRASIL, 2010): “IV - Ciclo da vida do produto: série de etapas que envolvem o desenvolvimento do produto, a obtenção de matérias-primas e insumos, o processo produtivo, o consumo e a disposição final;”. Assim, pode-se dizer que o ciclo de vida do produto não se extingue com o consumo *stricto sensu*, que é apenas a penúltima etapa do ciclo de vida do produto, que se finaliza somente com a disposição final ambientalmente adequada, que envolve também as embalagens (MORAES, 2013).

É salutar deixar mencionado aqui a questão do resíduo e a responsabilidade civil dos diversos integrantes da cadeia consumerista, já consagrados nos princípios da Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei nº 12.305/10), no Art. 3º, XVII que menciona a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos, ou seja, o conjunto de atribuições individualizadas e encadeadas dos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes, dos consumidores e dos titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos, para minimizar o volume de resíduos sólidos e rejeitos gerados, bem como para reduzir os impactos causados à saúde humana e à qualidade ambiental decorrentes do ciclo de vida dos produtos, nos termos da referida lei. Importante pensar que com a reciclagem pode-se estar perpetuando o ciclo de vida de um nanomaterial, que entrará novamente em um novo ciclo, do berço ao túmulo.

Em 13 de abril de 2016 o Centro de Direito Ambiental Internacional

(CIEL), a Organização de Cidadãos Europeus pelo Meio Ambiente, a Organização para Standarts, e o Instituto Oeko efetuaram a Publicação de uma Declaração das Organizações Europeias sobre resíduos que contenham nanomateriais. Entre os principais aspectos abordados estão: a) A implementação de plena responsabilidade do produtor para garantir uma gestão segura de resíduos contendo nanomateriais manufaturados; b) A restrição dos movimentos transfronteiriços de resíduos que contenham certos nanomateriais manufaturados; c) A possibilidade de quantificação transparente e caracterização dos fluxos de resíduos que contêm nanomateriais fabricados através de registro público dos produtos nanos na UE; d) O estímulo a inovação em matéria de prevenção de resíduos; e) A promoção do desenvolvimento de tecnologias de reciclagem e descarte seguras e eficazes para os produtos que contêm nanomateriais manufaturados; f) O desenvolvimento e estabelecimento de critérios verificáveis de fim de resíduos para materiais recicláveis que contêm nanomateriais manufaturados; e ainda g) Os inovadores devem explorar como as propriedades avançadas de nanomateriais fabricados podem ser utilizados em apoio da economia sem a introdução de novos riscos ambientais ou agravar os já existentes (BERGESON, HUTTON, 2016).

Pelo exposto, a partir desta proposta de operacionalização ou gestão europeia quanto ao nanowaste, verifica-se a necessidade de implementação de medidas de manejo e acompanhamento do ciclo de vida dos nanomateriais, que, a partir da proposta deste projeto, dar-se-ia com a implementação de uma “rastreadibilidade de resíduos nanotecnológicos”, com aplicação pelas empresas (a contar da produção), fazendo o cotejo com o projeto de lei n.º 7.088 de 2017 (BRASIL, 2017), o qual pretende alterar a ventilada lei de resíduos sólidos, justamente adotando a rastreadibilidade dos resíduos perigosos.

Tal proposta de rastreadibilidade tem base na sustentabilidade e na precaução exigida neste contexto, e que ainda vai ao encontro dos princípios da Economia Circular (MASSULO, 2017), apresentada anteriormente. Nesta seara, a geração de resíduos sólidos perigosos é considerada uma realidade da sociedade moderna, o qual se faz o cotejo com os nanoresíduos. Hoje a questão dos resíduos sólidos, principalmente, o resíduo sólido perigoso é um dos graves problemas ambientais a serem enfrentados pelas autoridades e que ainda

necessita de uma série de providências para que a própria Política Nacional de Resíduos Sólidos seja cumprida a contento, para evitar ou minimizar os danos ambientais causados pela gestão e gerenciamento inadequados destes resíduos. Assim, procuram os pesquisadores e cientistas minimizar ou evitar os danos causados por estes resíduos, através da necessária gestão e o gerenciamento destes de forma adequada.

A rastreabilidade dos resíduos sólidos perigosos, portanto, é um meio de tentar efetuar esse monitoramento e controle da gestão dos resíduos. E diante da similaridade com os resíduos nanotecnológicos, poderia ser implementado também a eles, como forma de autorregulação.

Os resíduos perigosos demandam uma gestão própria e com maior cuidado quanto a sua destinação. Se a própria política de resíduos sólidos já estabelece os procedimentos mínimos necessários para sua gestão, em virtude da periculosidade, imagine-se o paralelo com os resíduos nanotecnológicos, os quais possuem potencial imenso de dano (futuro), estando presente a capacidade de risco e toxicologia apresentada em diversas pesquisas postas ao longo deste projeto. Tais resíduos possuem capacidade de dano inimaginável, nunca antes pensado pela comunidade científica, dada sua particularidade.

Portanto, se já nos resíduos perigosos é necessário todo procedimento especial quanto seu manejo e destinação final, maior cautela e cuidado deverá ter o nanowaste. Contudo a Política Nacional de Resíduos Sólidos não faz nenhuma referência a nenhum a rastreabilidade dos resíduos sólidos perigosos, alteração esta proposta em Projeto de lei n.º 7.088 de 2017 (BRASIL, 2017). Olsen (2009) explica que a rastreabilidade pode ser entendida como capacidade de traçar a história, aplicação ou localização de um determinado produto ou produtos através de identificação. Assim, pode-se identificar a origem dos materiais ou componentes, a história de produção do produto, ou ainda, a distribuição e a localização do produto depois de pronto.

Dessa forma, entende-se como rastreabilidade de resíduo a capacidade de se verificar a quantidade e qualidade do resíduo desde o gerador até a destinação ou disposição final ambientalmente adequada. Assim, identificar quanto saiu, de onde saiu, por onde passou, quem transportou, para onde foi e quanto tempo levou o resíduo sólido perigoso, desde o gerador até a

disposição final. A rastreabilidade dos resíduos sólidos perigosos tem o intuito de tentar minimizar o grande número de problemas decorrentes da gestão e gerenciamento inadequados destes resíduos, comumente noticiados pela mídia brasileira. Uma vez que tais resíduos são altamente danosos à saúde humana e ao ambiente devido às suas características (MATOS, SILVA, 2017).

Para tentar minimizar o problema da falta de previsão na legislação brasileira de mecanismos capazes de efetuar a rastreabilidade dos resíduos sólidos perigosos existe um Projeto de lei na Câmara dos Deputados apresentado em 14/03/2017, cuja a ementa é Altera a Lei nº 12.305, de 2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, para dispor sobre o rastreamento de resíduos perigosos.

O Projeto de lei é o Projeto nº 7088/2017 que estabelece no art. 1º que seja acrescentado na Política Nacional de Resíduos sólidos o art. 37-A com a seguinte redação: “Art. 37-A. É obrigatória a implantação, pelo operador de resíduos perigosos, de dispositivo móvel e remoto de rastreamento dos veículos e embarcações usados para o transporte desses resíduos” (BRASIL, 2017). E, o art. 2º estabelece o acréscimo no art. 38, da Política Nacional de Resíduos Sólidos, um § 4º, com a seguinte redação:

§ 4º O Cadastro Nacional de Operadores de Resíduos Perigosos deve incluir sistema de rastreamento desses resíduos, nas fases de geração, recolhimento, transporte, armazenamento temporário e disposição final ambientalmente adequada.

Portanto, com tal alteração, adequada à implantação da rastreabilidade dos resíduos sólidos perigosos, que seria capaz de traçar toda a história, localização, monitorando e identificando o tipo e quantidade de resíduo desde o gerador, operador e até a disposição final ambientalmente adequada. Esta proposta legislativa vai ao encontro das urgentes e necessárias propostas de regulação para as nanotecnologias, principalmente quando se foca no nanowaste, este que vem sendo descartado no meio ambiente sem qualquer cuidado ou protocolo. Contudo, dando conta da rápida dinâmica dos nanos, num primeiro momento poderia ser instituído por forma de autorregulação tal

proposta de rastreabilidade.

A partir da implementação de instrumento autorregulatório, como neste projeto, de rastreabilidade do nanowaste, a gestão do risco seria efetiva, uma vez que os nanomateriais e produtos seriam controlados, monitorados, e receberiam as cautelas que o risco impõe, de maneira a viabilizar uma logística adequada para o descarte do nanowaste.

E a fim de dar fundamento à autorregulação, utiliza-se o arcabouço teórico dos Fragmentos Constitucionais de Teubner (2016), o qual apresenta novas categorias de compatibilização da atuação local e transnacional, a fim de adaptar nas organizações de base nanotecnológica. Teubner (1989, p. 125), desde sua primeira obra conhecida no Brasil, entende que a convergência de expectativas pode ser estimulada com a “[...] introdução voluntária de mecanismos de regulação [...]” que permitem adentrar “No domínio de uma regulação da coevolução, onde sistemas de negociação intersistêmicos são desenhados com o objetivo precípua de compatibilizar mundividências e expectativas convergentes”. Percebe-se uma nova visão de compatibilizar o Direito às novas complexidades e demandas.

Ademais, possível a ligação da autorregulação dos resíduos no segundo momento de sua doutrina, ressaltando quando Teubner (2003, p.11) diz que “[...] o direito global só pode ser interpretado adequadamente por meio de uma teoria do pluralismo jurídico e de uma teoria das fontes do direito, correspondentemente concebida em termos pluralistas”.

Menciona ainda o autor (2003) o surgimento de direitos em decorrência do atual estado e desenvolvimento social em nível mundial, com o advento da globalização, enfatizando que uma teoria do pluralismo jurídico deve passar a vislumbrar possibilidades de ajustar o foco de direito de grupos para direito dos discursos, razão pela qual, entende que uma teoria de fontes do direito, na atualidade, deve então passar a

[...] concentrar a sua atenção em processos ‘espontâneos’ de formação do direito que compõem uma nova espécie e se desenvolveram - independentemente de um direito instituído pelos Estados individuais ou no plano interestatal - em diversas áreas da sociedade mundial (TEUBNER, 2003, p.11).

Percebe-se em Teubner o profundo comprometimento na aproximação do Direito com os desafios intrínsecos ao desenvolvimento de uma sociedade moderna (TEUBNER, 2016, prefácio), que no contexto das nanotecnologias, é a visão adequada para tentar dirimir esta lacuna de regulação, buscando a efetiva gestão do risco nanotecnológico. Pelo entendimento do autor, observa-se que nas últimas décadas surgiram formas globais de coordenação e decisão jurídica para além do Direito internacional público, com tendência para a transnacionalização, de maneira que o Direito deve se compatibilizar com “novos espaços jurídicos” da sociedade global, e de que maneira o arcabouço jurídico-conceitual deverá ser aprimorado para compreensão desta evolução social. A fundamentação seria baseada na observação das constituições não estatais no âmbito transnacional a partir da perspectiva jurídica, inovando no sentido de constituições setoriais transnacionais parciais, sistematicamente ligando às teorias sociológicas da globalização e do constitucionalismo social (TEUBNER, 2016).

Traz ainda o questionamento sobre a coordenação entre um pluralismo constitucional. Outro aspecto importante é que anteriormente tratava-se de liberação de energias do poder político do Estado Nacional e suas limitações. Entretanto, atualmente trata-se de liberar energias sociais diferentes, especialmente perceptíveis na economia, na ciência, na tecnologia, medicina etc. Tais energias são, hoje, liberadas em espaços sociais além do Estado Nacional. Observa-se problemas em espaços transnacionais e fora do sistema político institucionalizado, nos setores privados da sociedade mundial (TEUBNER, 2016). Nas palavras de Teubner:

Atualmente seus fundamentos sofreriam com a erosão causada, por um lado, pela unificação europeia e pelo surgimento de regimes transnacionais; e, por outro, pelo deslocamento dos processos políticos de poder para as mãos de atores coletivos privados (TEUBNER, 2016, p.25).

Na esteira deste entendimento é possível inserir as atuais dificuldades pertinentes às nanotecnologias, pois não se trata de possíveis danos (futuros)

ao meio ambiente ou vida humana à setores regionalizados do ecossistema. Qualquer impacto será causado num espaço transfronteiriço, ultrapassando a ideia de demarcação geográfica ou regional. Defende Teubner que a sociologia constitucional também afeta e modifica outros sistemas parciais autônomos da sociedade mundial, sobretudo na economia global ciência e tecnologia, sistema educacional, novos meios de comunicação em massa e serviços de saúde.

Por outro lado, questiona o problema do constitucionalismo fragmentado na nova sociedade globalizada, que de certa forma vai ao encontro da complexidade da ausência regulatória das nanos, pois nesta seara a autorregulação já vem sendo aplicada, bem como seguidas regulações transnacionais:

As atividades econômicas, científicas, pedagógicas e médicas, dentre outras atividades sociais, devem se submeter à proposições normativas da constituição estatal? Ou devem as instituições sociais desenvolver, de forma autônoma, suas constituições próprias?[...]Paralelamente, à luz das análises empíricas e programas normativos, levanta-se a seguinte questão: a que são direcionadas as constituições sociais parciais?à regulação estatal de âmbitos sociais parciais, à proteção de sua autonomia, à equiparação de processos decisórios sociais com os da política, ou ainda, à politização autônoma de instituições sociais?(TEUBNER, 2016, p.32)

Ademais, discorre o autor que na sociedade globalizada, no cenário transnacional, os atores sociais não apenas participam de processos políticos de poder de *global governance*, mas também estabelecem por conta própria regimes globais autônomos fora do âmbito da política institucionalizada, que podem converter facilmente em atores políticos, passando a influenciar na tomada de decisões políticas(TEUBNER, 2016).

Observando o *nanomundo*, percebe-se que os atores privados, por meio de organizações internacionais privadas, ao instituírem protocolos ou instrumentos com potencial regulatório, acabam se enquadrando neste mesmo movimento constitucional, no setor transnacional, pois uma vez que se tornam

regimes autônomos, facilmente acabam tomando lugares dentro das instituições estatais, influenciando na tomada de decisão no que tange à políticas ambientais e regulatórias. Por fim, deixa-se a inquietação elaborada na doutrina, promovendo a interface com a governança global das nanos (que não possui segurança na estrutura jurídica), ligada à globalização e fragmentação da sociedade global, onde Teubner refere:

Quais sujeitos constitucionais conseguirão lidar com a nova problemática na globalização – a fragmentação da sociedade global, a perda de formalidade de suas estruturas jurídicas, assim como novas formas globais de controle e a questionável legitimidade da novideira global governance? [...] Surgirão outros modelos transnacionais em seu lugar – regimes, organizações formais, redes, acumulações, configurações, constelações ou conjuntos?(TEUBNER, 2016, p.95)

Portanto, a obra de Teubner pode servir de fundamento teórico para o objeto de estudo deste projeto, pois a adoção da Economia Circular, a partir da sustentabilidade empresarial, com posterior implementação de rastreabilidade dos resíduos nanotecnológicos, acompanha o movimento transnacional apresentado pelo autor, onde normas privadas instituídas por atores privados (organizações privadas) são expandidas e adotadas ao redor do mundo, na confluência da globalização.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A recente quebra de paradigma do poder das novas tecnologias vem despertando uma preocupação iminente no que tange à proteção, saúde e bem-estar humano. O aprofundamento do debate sobre os riscos mostra-se indispensável no atual contexto nanotecnológico. A produção de nanoprodutos encontra-se em amplo crescimento, o que conseqüentemente gera o aumento do risco na utilização desavisada destes produtos, que conseqüentemente traz o aumento dos resíduos nanotecnológicos.

Não há certeza sobre os (possíveis) danos ou efeitos que as nanos po-

derão acarretar na saúde humana, em especial quanto à toxicidade e a ausência de biocompatibilidade dos materiais utilizados. Isso é ainda mais gravoso pelo contato direto que os consumidores têm com esses produtos amplamente lançados ao mercado.

Os instrumentos com potencial regulatório podem ser inseridos dentro das próprias organizações estatais, que vêm se apropriando destas regulações na falta de instrumentos jurídicos clássicos, tendo em vista a ausência de estrutura dentro dos Estados. Assim, os códigos privados acabam se lançando em nível global, recebendo a devida validação. Neste sentido, a proposta de economia circular, fundada na sustentabilidade empresarial, que visa instituir a rastreabilidade dos resíduos nanoparticulados vai ao encontro da validação de Teubner, onde seria viável a adaptação da utilização local de autorregulação, pois os sistemas próprios de regulação estão fazendo as vezes das instituições estatais, dando eficácia e valor aos seus próprios protocolos ou instrumentos regulatórios, que assim possível relacionar ao *code* por Teuber citados. Assim, mostra-se a necessidade e viabilidade do Desenvolvimento Sustentável e responsável, inserindo-se a chamada Economia Circular para o resíduos nanotecnológicos, buscando construir a necessária (auto)regulação com fundamentos de Teubner, através da adoção de medidas precaucionais impostas neste cenário de “riscos nanotecnológicos”, apresentando como alternativa possível projeto para “*rastreabilidade de resíduos nanotecnológicos*” - fundado nos próprios princípios basilares da Economia Circular - efetivando paralelo com o Projeto de Lei que tramita na Câmara de Deputados n.º 7.088, de 2017.

REFERÊNCIAS

ABBONDANZA, Sébastien. Les Enjeux de l'robotique. IN: Destination Science Les Thématiques, Naintré, França, n. 1, novembre 2015.

ALLIANZ. Allianz risk barometer. Top business risks for 2018. 2018. Disponível em: < https://www.agcs.allianz.com/assets/PDFs/Reports/Allianz_Risk_Barometer_2018_EN.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2019.

BECK, Ulrich. **A metamorfose do mundo**: novos conceitos para uma nova realidade. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Editora Zahar. 2018. P.11-12

BERGESON, Lynn L.; HUTTON, Carla N. Declaration on waste containing nanomaterials. The National Law Review, Chicago, Apr. 21 2016. Disponível em: <<http://www.natlawreview.com/article/european-organizations-issue-declaration-waste-containing-nanomaterials#sthash.k6eBXpMK.S2cTdme9.dpuf>>. Acesso em: 25 abr. 2019.

BRASIL. Câmara de deputados. **Projeto de lei n.º 7.088 de 2017**. Altera a Lei n.º 12.305, de 2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, para dispor sobre o rastreamento de resíduos perigosos. Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2125270>>. Acesso em: 25 abr. 2019.

BRASIL. **Lei n.º 12.305, de 2 de agosto de 2010**. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm>. Acesso em: 25 abr. 2019.

BUSINESS EUROPE, 2015. **Circular economy: a key pillar of a strategic european resource policy**. Disponível em: <https://www.bussinesseurope.eu/publications/circular-economy-key-pillar-strategic-european-resource-policy-how-companies-europe>. Acesso em: 25 abr. 2019

C. Mouneyrac, Unrine, J. M. , Giamberini, L. , Tsyusko, O. V. , Santaella, C. , DiGiulio, R. T. , and Schwab, F. , “Ecotoxicology principles for manufactured nanomaterials”, in **Environmental Nanotechnology: Applications and Impacts of Nanomaterials**, 2ndnd ed., M. Weisner and Bottero, J. - Y. New York: McGraw Hill Education, 2017, pp. 141-172.

CHENG, Huai. N. et al. Nanotechnology overview: opportunities and challenges. In: CHENG, Huai. N. et al. (Ed.). *Nanotechnology: delivering on the promise*. Washington: American Chemical Society, 2016. v. 1. (ACS Symposium Series, 1220).

DURÁN, N.; MATTOSO, L. H. C.; MORAIS, P. C. de. *Nanotecnologia: introdução, preparação e caracterização de nanomateriais e exemplos de aplicação*. Artliber, São Paulo, 2006.

CNI, Confederação Nacional da Indústria. **Economia circular: oportunidades e desafios para a indústria brasileira**. Brasília: CNI, 2018.

ENGELMANN, Wilson. Nanotecnologias e direitos humanos. *Cadernos de Dereito Actual* N° 9. Núm. Ordinario (2018), pp. 441-487. ISSN 2340-860X. ISSN e 2386-5229. FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS (FAO); WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). **Agenda of the meeting: Joint FAO/WHO Seminar Nanotechnologies in Food and Agriculture** FAO. Rome, Mar. 27 2012. Disponível em: <http://www.fao.org/fileadmin/user_upload/agns/news_events/Nano_Seminar_Agenda_FINAL.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2019.

INTRODUCTION. *Nanotechnology Products Database (NPD)*. [S.l.], 2019. Disponível em: <[http:// product.statnano.com/](http://product.statnano.com/)>. Acesso em: 25 abr. 2019.

LAURINDO, M. **A viabilidade da economia circular à luz da Política Nacional de Resíduos Sólidos: Lei 12.305 de 02 de agosto de 2010**. Monografia apresentada à Universidade Federal de Santa Catarina como pré-requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Econômicas. Florianópolis: 2016.

LEAL, Daniele Weber S. ENGELMANN, Wilson. A autorregulação da destinação final dos resíduos nanotecnológicos (NANOWASTE): o Pluralismo Jurídico entre a gestão dos riscos e os protocolos da OECD. [ebook] São Leopoldo: Karywa, 2018. ISBN: 978-85-68730-31-7

LUZ, B. **Economia circular Holanda**: Brasil: da teoria à prática. 1. ed. Rio de Janeiro: Exchange 4 Change Brasil, 2017.

MASSULO, A. Organic wastes management in a circular economy approach: Rebuilding the link between urban and rural areas. **Ecological Engineering**, Italy, n. 101, p. 84-90, 2017. BERGESON, Lynn L.; HUTTON, Carla N. Declaration on waste containing nanomaterials. **The National Law Review**, Chicago, Apr. 21 2016. Disponível em: <<http://www.natlawreview.com/article/european-organizations-issue-declaration-waste-containing-nanomaterials#sthash.k6eBXpMK.S2cTdme9.dpuf>>. Acesso em: 25 abr. 2019.

MATOS, Erika T. A. R. de; SILVA, Rodrigo Rabelo de Matos. **A atual situação da rastreabilidade dos resíduos sólidos perigosos na legislação brasileira**. Direito ambiental e socioambientalismo II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI. Coordenadores: Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho; Everton Das Neves Gonçalves; Maria Dos Remédios Fontes Silva- Florianópolis: CONPEDI, 2017.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Macrorrelação ambiental de consumo**: responsabilidade pós-consumo ou relação coletiva de consumo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013

NATIONAL INSTITUTES OF HEALTH (NIH). Nanotechnology at the national institutes of health. Maryland, [2007?]. p. 2. Disponível em: <<https://www.nih.gov>>. Acesso em: 25 abr. 2019.

OLSEN, Petter - **Harmonizing methods for food traceability process mapping and cost/benefit calculations related to implementation of electronic traceability systems**. Tromsø, Noroega: Nofima, 2009. Disponível em: <<http://www.nofima.no/filearchive/Rapport%2015-2009.pdf>>. Acesso em: : 25 abr. 2019.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). Nanomaterials in waste streams: current knowledge on risks and impacts. Paris, 2016. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264249752-en>>. Acesso em: 25 abr. 2019

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS a. ONUBR. **Preâmbulo**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>>. Acesso em: 25 abr. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ONUBR. **Objetivo 12**. Assegurar padrões de produção e de consumo. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/ods12/>>. Acesso em: 25 abr. 2019.

PRADO FILHO, Hayrton Rodrigues do. REVISTA AD NORMAS. **A avaliação do ciclo de vida (ACV) e a economia circular**. Setembro 2018. Disponível em: <<https://revistaadnormas.com.br/2018/09/04/a-avaliacao-do-ciclo-de-vida-acv-e-a-economia-circular/>>. Acesso em: 25 abr. 2019.

SCHWAB, Klaus. Aplicando a Quarta revolução industrial. 2018. Edipro.352 p. ISBN-13: 9788552100249. ISBN-10: 855210024X .

SUPPAN, Steve. No Small Task: Generating Robust Nano Data. Posted July 16, 2015. Disponível em: <<http://www.iatp.org/blog/201507/no-small-task-generating-robust-nano-data>>. Acesso em: 25 abr. 2019.

T. Xia, Qi, Y. , Liu, J. , Qi, Z. , Chen, W. , and Wiesner, M. R. , “Cation-Inhibited Transport of Graphene Oxide Nanomaterials in Saturated Porous Media: The Hofmeister Effects”, **Environmental Science & Technology**, vol. 51, no. 2, pp. 828 - 837, 2017.

TEUBNER, Gunter. A Bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. **Impulso**, Piracicaba, v. 14, n. 33, p. 11, 2003. Disponível em: <<http://livrozilla.com/doc/1623775/a-bukowina-global-sobre-a-emerg%C3%Aancia-de-um-pluralismo>>. Acesso em: 25 abr. 2019.

TEUBNER, Gunther. Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização. Marcelo Neves et. al.(Coord). São Paulo: Saraiva, 2016.

TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoiético**. Tradução de José Engracia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

THE CENTER FOR SUSTAINABLE NANOTECHNOLOGY. **About us**. Madison, 2015. Disponível em: <<https://susnano.wisc.edu/about/>>. Acesso em: 25 abr. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. HORIZON 2020: em breves palavras: o programa-quadro de investigação e inovação da EU. Bruxelas, 2014. p. 9-10. Disponível em: <https://ec.europa.eu/programmes/horizon2020/sites/horizon2020/files/H2020_PT_KI0213413PTN.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2019.

VANCE, Marina E. et al. Nanotechnology in the real world: redeveloping the nano-material consumer products inventory. *Beilstein Journal of Nanotechnol*, Frankfurt am Main, n. 6, Aug. 2015. Disponível em: <<http://www.beilstein-journals.org/bjnano/content/pdf/2190-4286-6-181.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2019.

VON SCHOMBERG, René. A vision of responsible innovation. In: OWEN, Richard; BESSANT, John; HEINTZ, Maggy (Ed.). **Responsible innovation: managing the responsible emergence of science and innovation in society**. Nova Jersey: Wiler, 2013a.

NOVOS PANORAMAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL E AS TECNOLOGIAS: DANO GENÉTICO

NEW OVERVIEW OF CIVIL RESPONSIBILITY AND TECHNOLOGIES: GENETIC DAMAGE

Juliana Carvalho Pavão¹

Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador²

RESUMO

As tecnologias avançaram muito ao longo do tempo, ocasionando mudanças tanto no campo genético como no meio ambiente. Isso gerou reflexos na responsabilidade civil, surgindo a possibilidade de um novo dano, o dano genético. Frente a isso, o presente trabalho busca analisar a configuração desse novo tipo de dano, conceituando-o e exemplificando-o. O problema central da pesquisa é analisar a existência do dano genético no campo da responsabilidade civil, logo o objetivo é demonstrar o seu surgimento no contexto internacional e sua configuração em julgados estrangeiros. Assim, a conclusão do trabalho é que com os avanços tecnológicos é possível a configuração do dano genético, devendo haver o ressarcimento quando o ocorre. O método utilizado é o dedutivo, realizando uma análise bibliográfica de autores nacionais e estrangeiros.

¹ Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina. Advogada. E-mail: juliana.pavao@hotmail.com

² Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Professora do Programa de Mestrado em Direito Negocial e da graduação em Direito da Universidade Estadual de Londrina. E-mail: rita.tarifa@gmail.com

PALAVRAS-CHAVE

Dano Genético. Gene. Responsabilidade Civil. Tecnologia.

ABSTRACT

Technologies have advanced over time, causing changes in both the genetic field and the environment. This generated consequences in the civil liability, arising the possibility of a new damage, the genetic damage. Given this, the present work seeks to analyze the configuration of this new type of damage, conceptualizing and exemplifying it. The main problem of the research is to analyze the existence of genetic damage in the field of civil liability, so the objective is to demonstrate its appearance in the international context and its configuration in foreign courts. Thus, the conclusion of the work is that with technological advances it is possible to configure genetic damage, and there should be compensation when it occurs. The method used is deductive, performing a bibliographical analysis of national and foreign authors.

KEYWORDS

Genetic Damage. Gene. Civil Responsibility. Technology.

INTRODUÇÃO

As tecnologias avançaram muito ao longo dos anos, gerando mudanças significativas para a sociedade, como as técnicas de reprodução assistida e o mapeamento do patrimônio genético. Além das biotecnologias, a evolução dos demais campos tecnológicos possibilitaram uma afetação cada vez mais direta na vida da sociedade, podendo citar a título de exemplo a expansão de diversas indústrias.

Naturalmente, essas novas tecnologias acabam afetando a vida humana, tanto de forma positiva como negativa. Frente a isso, a responsabilidade civil passou por transformações, resultando na discussão sobre a existência de novos tipos de danos extrapatrimoniais, dentre eles o dano genético.

O presente trabalho tem como objetivo analisar as discussões em torno do dano genético, a fim de buscar o entendimento se essa lesão quando configurada, resultaria em um novo tipo de dano ou não. Dessa forma, deve-se em um primeiro momento analisar as mudanças da teoria da responsabilidade civil e os avanços tecnológicos, para, por fim, estudar o dano genético.

Destaca-se que a temática é de grande relevância, tendo em vista a existência de uma pequena discussão sobre esse assunto. Contudo, casos de dano ao patrimônio genético constituem uma realidade na sociedade moderna. Dessa forma, deve-se compreender do que se trata essa lesão para concluir como deve ocorrer a reparação do indivíduo.

O método utilizado é o dedutivo, baseado em uma análise bibliográfica de autores nacionais e estrangeiros. Além disso, também é estudado um caso envolvendo dano ao patrimônio genético, porque se trata de um elemento fundamental para essa discussão.

Então, diante dessa breve introdução, deve-se iniciar os estudos a partir da teoria da responsabilidade civil e a evolução biotecnológica.

A EVOLUÇÃO DAS BIOTECNOLÓGIAS E A AFETAÇÃO DA VIDA HUMANA

Com o decorrer do tempo, houve uma evolução tecnológica, científica

e biológica significativa no mundo. As ciências médicas avançaram ao ponto de permitirem uma melhoria na vida das pessoas. Contudo, todo avanço desenfreado pode gerar consequências que não eram previstas pelos pesquisadores, principalmente porque tem como objeto o próprio ser humano.

Diante disso, deve-se destacar a evolução ocorrida no campo do genoma humana. Desde Gregor Mendel sabe-se que existe a transmissão de características hereditárias de uma geração para outra. Posteriormente descobriu-se que o gene continha essas características e que ele era formado por cromossomos, que por sua vez eram compostos por moléculas de DNA (ácido desoxirribonucléio). Todavia, apenas em 1953, quando Francis Crick e James Watson descobriram que o DNA é formado por uma dupla hélice, resultando na compreensão que a molécula apresenta além das informações genéticas, também realiza a sua cópia e transmissão (MACHADO, 2008).

Frente a essas descobertas, a sociedade passou a entender que “os genes são, na verdade, trechos funcionais da molécula de DNA, isto é, as partes dessa molécula que contêm informações necessárias para a produção de proteínas” (MACHADO, 2008, p. 145).

Nesse período surgiu o Projeto Genoma Humano, em 1989, que catalogou e codificou o código genético da espécie humana, assim, fez um mapeamento completo do genoma humano. Esse estudo revolucionou a medicina na medida que permitiu a locação dos genes (DINIZ, 2008). Dessa forma, segundo Maura Roberti:

O Projeto Genoma Humano, que teve como ciência paradigmática a estabelecida por Darwin e Mendel, teve por objetivo a busca do completo entendimento da base genética do *Homo sapiens*, incluindo a base genética das doenças, de forma a saber onde se encontra cada gene. (ROBERTI, 2007, p. 37)

Frente a isso, o projeto realizou o mapeamento de todo o código genético humano, tornando possível a localização de genes de determinadas doenças nos embriões (DINIZ, 2008, p. 422). Assim, passou a entender que o genoma humano (ou patrimônio genético) é o conjunto de genes de um ser vivo, contendo todas as características (DINIZ, 2008).

Como consequência desse grande avanço tecnológico, foi publicada a Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos. Segundo essa declaração, o genoma “é propriedade inalienável da pessoa e patrimônio comum da humanidade”. Dessa forma, o genoma humano não pode ser tratado como uma mercadoria, devendo ser utilizado para pesquisa quando tenha a finalidade de aliviar o sofrimento ou gerar melhoria para a saúde da pessoa e da humanidade (art. 12, b).

Nesse contexto, a descoberta do mapeamento genético impulsionou a área da engenharia genética que possibilita a manipulação dos genes, tanto no embrião humano como na transferência de genes entre espécies - criando os organismos geneticamente modificados (MACHADO, 2008). Por isso, a engenharia genética, produto dos avanços genéticos dos últimos anos, está ligada com a “síntese, análise, transposição e manipulação em geral do DNA” (SANTOS, 1998, p. 161)

A engenharia genética envolve a técnica de terapia genética, que consiste no procedimento de cura de uma doença genética por meio da alteração dos genes. O termo terapêutico indica precisamente a necessidade de utilização para casos de enfermidades. Todavia, deve-se frisar que além da opção terapêutica, existe a possibilidade sem essa finalidade, quando tiver como objetivo o melhoramento da espécie, isso ocorre quando permite que os pais escolhem, determinados genes dos filhos.

Assim, tornou possível a existência de casos como o seguinte:

Em julho de 1990, os médicos ingleses Alan Hayside e Norman Winston, da Royal Postgraduate Medical School de Londres, fertilizaram “in vitro” uma série de óvulos colhidos da mãe, Debbie Edwards, de 29 (vinte e nove) anos. Os óvulos, assim fecundados, se dividiram cada um em oito células. Esse é o menor tamanho para retirar-se uma célula, sem risco para o embrião. Foi o que fizeram os cientistas: removeram uma célula do ovo e a usaram para determinar o sexo do embrião. Os embriões do sexo masculino foram bloqueados, porque poderiam ser condutores de uma anomalia genética fatal para a criança do sexo masculino. Os embriões “femini-

zados” foram reimplantados no útero de Debbie, dando origem a crianças saudáveis. (...) (FERRAZ, 1991, p. 59)

Um primeiro passo da engenharia genética foi a possibilidade de detecção de genes causadores de enfermidades. Primordialmente, houve a possibilidade de diagnóstico pré-conceptivo no qual é analisado um rastreamento genético no casal ou na pessoa que deseja se submeter aos procedimentos de reprodução assistida para compreender os riscos de ter um filho com determinada enfermidade ou má-formação (CASABONA, 1999, p. 138).

Outra forma de diagnóstico genético é o pré-natal. Nesse caso já deve existir uma gravidez, sendo analisado o material genético do feto para compreender se o mesmo é portador de alguma enfermidade (CASABONA, 1999, p. 141). O resultado obtido por meio dessa técnica possibilita em alguns países a realização do aborto.

Após o nascimento da criança também é possível realizar um mapeamento de todo os seus genes para detectar enfermidade. Essa técnica é chamada de diagnóstico pós-natal (CASABONA, 1999, p. 147). A utilização dessa técnica permite com que os médicos, caso haja o diagnóstico de alguma doença, possam conduzir um tratamento ou acompanhamento de forma preventiva, e assim, diminuir os efeitos ou melhorar a qualidade de vida da criança.

Além dessas técnicas, existe um diagnóstico mais moderno que é muito utilizado para a seleção embrionária, denominado como diagnóstico genético pré-implantacional. Por meio desse diagnóstico são analisados os embriões obtidos pela fertilização *in vitro*, realizando seu mapeamento genético. Por meio desse mapeamento, os médicos selecionam quais embriões serão implantados (CASABONA, 1999, p. 139).

Diante disso, pode-se observar que:

Estas técnicas que mencionaremos permite al médico evaluar el crecimiento y desarrollo del feto, y em forma individual o mediante la combinación de exámenes, también se puede detectar em aquél (o aun em el preembrión, para el caso del diagnóstico pre-implantatorio) la presencia actual de patologías- malformaciones o defectos del desarrollo- o

hacer la detección de anomalías genéticas. (LOYARTE; ROTONDA,1995, p. 141)

O projeto Genoma Humano trouxe reflexos na forma como o ser humano é estudado e gerado, na medida em que permitiu o conhecimento sobre os genes e a sua seleção. A seleção embrionária é a escolha dos “melhores” embriões para implantação no útero. Assim, a utilização conjunta da fertilização *in vitro* com o diagnóstico genético pré-implantacional permite com que os embriões entendidos como “saudáveis” sejam implantados (NOGUEIRA FILHO, 2009).

Naturalmente essa manipulação genética encontra opositores no campo ético. O grande problema dos avanços biotecnológicos é que eles ocorrem sem o devido diálogo com a sociedade e sem a devida ponderação sobre os efeitos futuros que possam por ventura ocorrer. Então, atualmente discute-se muito o aspecto ético desses procedimentos, questionando sobre quais seriam os limites para seu uso.

Além disso, as tecnologias, ao possibilitarem o conhecimento sobre o DNA, fizeram com que se conhecesse a origem de determinadas doenças; ademais tornou possível saber que as mutações que o material genético de uma pessoa pode sofrer em decorrência dos componentes químicos e até condutas danosas dos agentes.

Nesse contexto a responsabilidade civil adquire uma nova categoria de dano, um dano extrapatrimonial, o dano genético. Tal dano será melhor tratado no próximo tópico.

RESPONSABILIDADE CIVIL E O DANO GENÉTICO

No campo jurídico, mais especificamente da responsabilidade civil, discute-se se poderia existir um novo tipo de dano extrapatrimonial, em decorrência da violação da integridade genética, denominado como dano genético. Contudo, primeiramente deve-se entender a diferenciação entre dano moral, dano extrapatrimonial e dano patrimonial.

O dano patrimonial refere-se à diminuição do patrimônio, mais co-

nhecido como dano emergente, e/ou os lucros que deixaram de ser usufruídos (lucro cessante). Nesse dano há a configuração da afetação do patrimônio da vítima.

Já o dano moral apresenta uma grande divergência na doutrina nacional. Maria Celina Bodin de Moraes (2003) compreende que dano extrapatrimonial e dano moral são sinônimos, uma vez que há a configuração do ato injusto quando houver a lesão a um direito da personalidade. Dessa forma, na visão da autora o dano moral apresenta uma conceituação muito ampla, capaz de envolver diversas lesões.

Data vênia o pensamento da jurista, não deve ser adotado o entendimento que esses danos sejam sinônimos. A não aceitação dessa teoria decorre da constatação da complexidade das relações sociais. Atualmente, as tecnologias evoluíram tanto e as relações sociais se desenvolveram rapidamente, o que acarretou a existência de condutas que lesavam mais de um aspecto da vida da vítima. Frente a isso, a responsabilidade civil, como instituto promotor da manutenção do equilíbrio entre os indivíduos, deve-se adequar a essa nova realidade e passar a indenizar novos tipos de danos.

Nesta esteira, Anderson Shreiber (2015) propõe em sua obra novas espécies de danos, como ambiental, sexual, e por *bullying*. Ele entende que a responsabilidade civil deve ser dividida em duas grandes categorias de danos, patrimoniais e extrapatrimoniais, havendo neste último várias espécies de novos danos.

Dessa forma, Sérgio Severo entende que “danos extrapatrimoniais não se resumem às lesões de direitos inerentes à personalidade” (1996, p. 41). Segundo Sérgio Severo “o dano extrapatrimonial pode ser objetivo, quando atinja interesses não econômicos que não repercutem na sua esfera interna, ou subjetivo, quando importe em sofrimento psíquico ou físico” (1996, p. 45).

Outro autor que trata da separação entre dano moral e dano extrapatrimonial é Nelson Dirceu Fenstersefer:

o termo dano extrapatrimonial não mais pode ser confundido ou entendido como sendo dano moral uma vez que, esta espécie de dano não estará ligada diretamente ao patrimônio

do ofendido, isto é, estará fora dele enquanto que o dano moral, constitui dano ao qual a lesão (prejuízo) afeta diretamente o patrimônio do ofendido. (2008, p. 96)

Diante disso, deve-se entender que o dano moral e dano extrapatrimonial não correspondem ao mesmo dano. No primeiro, o interesse juridicamente relevante afetado é a moral do indivíduo, sendo uma espécie de dano extrapatrimonial. Já no segundo, a esfera afetada não é especificamente o patrimônio da vítima, e sim aspectos da sua personalidade e vida, logo, possibilita a existência de várias espécies de danos dependendo do interesse juridicamente relevante lesado.

Nesse contexto existe o dano genético. Tal dano é relevante nos dias de hoje, uma vez que as tecnologias têm avançado muito. Isso possibilitou uma melhor compreensão do ser humano na sua completude. Então, o primeiro ponto é separar conceitualmente o dano genético do dano moral.

Sobre a diferenciação do dano genético com o dano moral, deve-se observar as palavras de Enrique Varsi Rospigliosi: “Aquí es importante indicar la transcendencia del daño moral o a la persona frente a la aplicación de las técnicas biogenéticas, lo que há generado la aparición de la denominada teoria del daño genético³” (2001, p. 148).

A Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos apresenta em seu artigo 8º a necessidade de reparação do dano ao genoma: “Cada indivíduo terá direito, conforme a legislação nacional ou internacional, à justa indenização por qualquer dano sofrido resultante, direta ou indiretamente, de intervenção sobre o genoma”. Assim, nota-se que no âmbito internacional apresenta-se a necessidade de ressarcimento se houver um dano ao gene. Isso decorre da constatação que os genes compõem a integridade genética da pessoa, assim, não podem ser violados, tanto no seu aspecto físico como íntimo, podendo citar por exemplo o caso de uma pessoa que não deseje

³ Tradução livre: “aqui é importante indicar a transcendência do dano moral ou a pessoa frente a aplicação das técnicas de biogenética, o que tem gerado a aparição da denominada teoria do dano genético”

a divulgação sobre a portabilidade de um gene causador de uma doença.

Nesse contexto, Ordogui (apud ROSPIGLIOSI, 2001) entende que a característica principal do dano genético é a afetação física ou psíquica, impossível de ser curada clinicamente. Assim, o autor especifica a configuração do dano genético com a ocorrência por transmissão hereditária ou má atuação médica na manipulação dos embriões.

Essa visão não encontra amparo jurídico brasileiro porque responsabilizaria os pais pela transmissão de genes aos filhos, o que não corresponde a uma conduta antijurídica e sim natural. Além disso, responsabilizar todos as pessoas que transmitiram algum gene maligno a prole estaria punindo um ato que o agente não tem controle e que não existe nenhum interesse de causar aquele dano. Assim, puniria o pai por algo decorrente da própria natureza, sem considerar que aquele dano ao filho gerará consequências tanto psíquicas como patrimoniais aos próprios genitores.

Todavia, apenas uma ressalva deve-se ser realizada, a não responsabilização dos pais pela transmissão dos genes, refere-se aos casos nos quais a criança foi gerada naturalmente, sem a utilização de diagnósticos genéticos pré-implantatórios para detecção de doenças. Nos casos nos quais os genitores optam pela seleção de um embrião com determinada anomalia, capaz de prejudicar a vida da futura criança, corresponde a uma situação suscetível de indenização.

Em um primeiro momento essa hipótese pode-se parecer absurda, afirmar que pais podem decidir selecionar um embrião que não seja completamente “saudável”. Contudo, não se deve esquecer da situação de um casal de mulheres homossexuais surdas que decidiram ter um filho com a mesma deficiência física (SANDEL, 2013, p. 16). Essa história ocorreu nos Estados Unidos da América e teve uma grande discussão ética sobre tal atitude.

As mulheres buscaram doadores de sêmen que fossem surdos, entretanto não encontraram nos bancos norte-americanos, porque os órgãos não aceitam doadores com essa incapacidade, porque não desejam que ocorra a transmissão para a prole. Frente a negativa dos bancos de sêmen sobre um doador surdo, as mulheres recorreram a doação de material genético de um amigo que era surdo, nascido em uma família que tinha cinco gerações de sur-

dos. Esse amigo doou o sêmen e as mulheres tiveram dois filhos com essa mesma característica (SANDEL, 2013, p. 16).

Essa história ilustra bem um ato lesivo ao patrimônio genético da pessoa, causado pelos pais. Apesar do caso não ter registro jurídico de responsabilidade civil das mães, é uma situação que caberia a incidência desse instituto pela configuração desse novo dano. De forma proposital, as mulheres se valem das técnicas médicas para selecionar um embrião com uma deficiência. Os princípios do melhor interesse da criança e da dignidade da pessoa humana foram relativizados pelas vontades individuais das mulheres.

As tecnologias não devem ser utilizadas como forma de discriminação da humanidade. Mas sim como mecanismos de melhoria da vida dos indivíduos, promovendo sempre formas de expandir o tempo e a qualidade de vida de todos os seres humanos. Realizada essa breve observação, deve-se retornar a conceituação do dano ao patrimônio genético.

Outra definição de dano genético é apresentada por Erick Valdés e Laura Victoria Puentes:

Definimos dano genético como todo dano, alteración, y modificación, sin fines terapêuticos, a la composición genética del ser humano, capaz de afectar la biología, autonomía, dignidad e integridad del individuo, en virtud de fracturar substancialmente su constitución genética original com fines de predeterminar o determinar artificialmente su existência.⁴ (2014, p. 18)

Essa visão de dano genético permite com que sejam envolvidos atos não apenas de manipulação genética em clínicas, mas também casos envolvendo fatores externos capazes de alterar a genética de uma pessoa. Nesse contexto, deve-se observar um caso americano que foi um precedente determinante para o estudo do dano genético, o caso Erin Brockovich contra Pacific Gas and Electric Company of California em 1993⁵. No caso houve a alegação e compro-

⁵ Existe um filme que trata dessa história, mas também foi um caso real que aconteceu nos Estados Unidos da América.

vação de que a empresa ré havia contaminado a água potável de uma região habitada com cromo hexavalente, o que resultou em mutações genéticas nas pessoas que ali viviam, resultando até na predisposição genética para certos tipos de câncer. O caso envolveu mais de cento e noventa e seis pessoas (196) e chegou a condenação da empresa, no âmbito civil, ao pagamento de trezentos e trinta e três (333) milhões pelos danos a integridade genética daquelas pessoas (VALDÉS; PUENTES, 2014).

Diante disso, é evidente perceber que houve o reconhecimento de um dano genético em decorrência de uma atividade empresarial nociva a essa integridade. Logo, houve a responsabilização pela configuração de um novo dano. Um aspecto importante desse caso, além da constatação da possibilidade de dano genético, foi a constatação que o dano genético não precisa necessariamente estar relacionado com a atividade geneticista, isso quer dizer com a manipulação de embriões em uma clínica ou a alteração de um gene por técnicas médicas, podendo ocorrer por componentes químicos despejados de forma inconsequente em determinado ambiente. Ademais, o julgado foi bem claro quanto ao bem jurídico tutelado nesse dano, a integridade genética da pessoa.

Dessa forma, pode-se notar que o dano genético tem um conceito muito mais amplo do que o primeiro que foi apresentado. Naturalmente irá envolver as mudanças no genoma da pessoa em decorrência da engenharia genética, entretanto, também pode envolver atos que causem a modificação genética sem utilizar a engenharia genética. Então, o ponto crucial é a modificação do genoma de forma prejudicial ao indivíduo.

Quanto ao entendimento se esse dano constitui um dano autônomo ou está envolvido pelo dano moral, deve-se observar a visão de Enrique Varsi Rospigliosi (2001), de que o dano genético extrapola a visão de dano moral.

Assim, conclui-se que o dano moral corresponde a violação da esfera da subjetividade da pessoa, entendendo então “aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social)” (BITTAR, 1999, p.45). Então, o dano moral deve ser entendido como a violação a integridade psíquica ou moral da pessoa, um dos substratos da dignidade da pessoa humana.

A integridade psíquica ou moral é a apresentada por Luís Roberto Barroso (2016) como o direito de a pessoa ser reconhecida como tal, assim envolve o seu nome, a sua privacidade, a sua honra e a sua imagem. Diante disso, deve-se entender que ela irá envolver tanto aspectos internos da pessoa como a imagem que a sociedade tem dela.

Frente a essa definição de dano moral, torna-se evidente que o dano genético não corresponde a um dano moral, porque fere um outro atributo da dignidade da pessoa humana, a integridade genética, logo, deve ser considerado uma espécie de dano extrapatrimonial, ensejador de ressarcimento.

Analisando a partir desse momento na legislação brasileira, nota-se que a Lei nº 8.974/95 que trata das normas para segurança e fiscalização das técnicas de engenharia genética, pode ser aplicada no campo da responsabilidade civil. Assim, o artigo 14 prevê a responsabilidade objetiva para quem causar dano ao meio ambiente ou a terceiro na utilização das técnicas de engenharia genética.

No caso médico, o profissional da saúde pode ser responsabilizado pela administração incorreta da manipulação genética, resultando na seleção de um embrião com determinada enfermidade, como pela falta de informação aos genitores. Dessa forma, é possível a responsabilização dos médicos, bancos de doação de material genético e dos hospitais (LEITE, 1995, p. 237-252).

Eduardo de Oliveira Leite também aponta que é realizado um contrato entre o doador de esperma e a clínica receptora; caso as cláusulas desse contrato sejam violadas, caberá responsabilização, como no caso por exemplo de mistura de material genético ou quebra do anonimato (LEITE, 1995, p. 251).

No tocante as técnicas médicas envolvendo radioterapia e quimioterapia, a sua repetição ou prolongamento de forma desnecessária, resultam na responsabilidade do médico responsável (DIAS, p. 267). A responsabilização nesse caso está relacionada a afetação da integridade física da pessoa, além a integridade genética, conforme já é sabido. Assim, a pessoa tem afetada a sua integridade de forma a deixá-la mais debilitada, resultando a responsabilização.

Mário Luiz Delgado (2017) defende que os pais podem ser responsabilizados pelos danos causados durante o parto em decorrência de atitudes que provoquem lesões a integridade física e genética do nascituro. Nessa linha o autor defende a responsabilização da gestante por ingestão de bebidas alcoó-

licas durante a gravidez, quando acarretar danos irreparáveis ao feto.

Ademais, a fundamentação de Mário Luiz Delgado (2017) se baseia no Decreto-Lei nº 3.200/41. Segundo esse dispositivo legal, os colaterais de terceiro de grau que desejam contrair matrimônio entre si devem realizar um exame médico preventivo para comprovar que os filhos não nascerão com má formação genética. Frente a isso, a legislação se preocupa com o risco de transmissão de doenças genéticas para a prole, logo, caso os genitores ajam causando dano a integridade dos filhos deliberadamente, serão passivos de indenização.

Nesse sentido, houve o caso Nicole Lynch nos Estados Unidos da América. Uma menina, Nicole, acionou judicialmente a mãe por ter nascido com deficiência cerebral, em decorrência de um acidente de carro que a mãe sofreu enquanto estava grávida. A tia da criança a representou na ação judicial solicitando indenização para a genitora. Em 1991, após a comprovação do nexos causal entre o acidente e o dano cerebral na criança, os juízes americanos entenderam a legitimidade da autora e concederam a indenização com base na lesão a personalidade do nascituro (FÉO; VIEIRA, 2009, p. 53-54).

Outro caso ocorreu em 1950, quando o Tribunal de Piacenza responsabilizou um pai por ter concebido uma filha com sífilis. Na situação o pai era portador da doença sífilis e transmitiu a doença a filha durante a sua concepção. Então, em ação judicial movida pela filha, o tribunal declarou que o pai era responsável (LERET, 2005, p. 37-38)

Nesses casos, o que está sendo observado é a proteção do futuro ser humano desde a concepção; observado a dignidade daquele embrião, uma vez que considera que há uma expectativa de desenvolvimento de uma vida. Dessa forma, a qualidade de vida e o princípio da dignidade são determinantes para a configuração do dano.

No tocante as formas de configuração do dano genético, Hernando Gutiérrez-Prieto elenca diversos atos que podem resultar nesse dano: intervenção intencional na sequência genética, intervenção genética danosa não terapêutica, causado por genotóxicos, e por omissão (GUTIÉRREZ-PRIETO, 2017, p. 204-210)

No primeiro caso, segundo Hernando Gutierrez-Prieto (2017, p. 204-206), qualquer intervenção intencional na sequência de DNA pode ser consi-

derada danosa, logo, é fundamental o papel do termo de consentimento livre e esclarecido para a não responsabilização da pessoa. Todavia, ressalta que ao assinar o termo o indivíduo deve ter plena ciência de todas as condições para que a sua vontade seja considerada totalmente livre e sem vícios.

Na intervenção genética não terapêutica, Hernando Gutierrez-Prieto (2017, p. 207-208) propõe a discussão do melhoramento genético e das modificações nas células germinativas ou dos embriões para os pais escolherem determinadas características biológicas da prole. Em ambos os casos, deve haver uma discussão sobre a ocorrência de dano genético para a futura prole, porque a integridade genética dos indivíduos está sendo modificada por um terceiro por mera vontade individual. Não há nenhuma forma de consentimento daquele novo ser vivo, e as técnicas aplicadas, seleção embrionária e reprodução assistida, gerarão efeitos por toda a sua vida.

O terceiro ato é a utilização de genotóxicos. Genotóxicos são componentes que causam modificação celular, resultando em células cancerígenas, isso implica na modificação do patrimônio genético (GUTIERREZ-PIETO, 2017, p. 208-209). As tecnologias e a intervenção do homem no meio ambiente tornaram possíveis a realização de forma acidental dessa modificação no corpo humano, como ocorreu no caso dos Estados Unidos da América narrado acima.

Por fim, o dano genético por omissão ocorre quando há erro de diagnóstico, omissão intencional do diagnóstico, omissão de tratamento quando o paciente tinha condições de realizá-lo e erro de tratamento (GUTIERREZ-PIETO, 2017, p. 209-210). Nesses casos é possível falar em dano genético.

No contexto brasileiro, nota-se que o dano genético ainda é pouco explorado pela doutrina. Na jurisprudência deve-se destacar que existem casos de pedido de indenização contra clínicas médicas em decorrência de perda de material genético. Contudo, o termo “dano genético” pode ser observado em um julgado do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, no Acórdão do processo nº0001036-72.2013.5.04.0006. No caso, o reclamado foi condenado ao pagamento de adicional de periculosidade a reclamante devido ao fato dela desenvolver atividade laborativa em sala onde estavam sendo operados aparelhos de raios-X móveis. Segundo a Turma, “os danos genéticos são cumulativos e permanentes”. Frente a isso, percebe-se a existência de

um julgado que cita os “danos genéticos”.

No campo civilista nacional, percebe-se que a doutrina concede maior atenção ao dano biológico, que constitui na violação à saúde da vítima, tanto física como psicológica, logo, pode ou não transparecer externamente na vítima (PAMPLONA FILHO; VILAS BOAS ANDRADE JÚNIOR, 2015). Compreendendo saúde, segundo a definição da Organização Mundial de Saúde, como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente ausência de doenças ou enfermidades”, pode-se concluir que o dano genético, uma vez que a afetação do patrimônio genético constitui a uma lesão ao bem-estar da pessoa, pode ser entendido como integrante da categoria do dano biológico. Todavia, deve destacar que a doutrina estrangeira o denomina de forma específica, tendo em vista a afetação de um objeto extremamente específico, o patrimônio genético. Logo, pode-se entender que o dano genético, no Brasil, seria uma subcategoria do dano biológico, entretanto merece maior atenção da doutrina nacional, tendo em vista os avanços tecnológicos.

Diante do exposto, pode-se observar que o dano genético é uma nova categoria de dano extrapatrimonial, inserida dentro do dano biológico para a doutrina brasileira. Havendo a sua configuração quando ocorrer uma violação a integridade genética do indivíduo, tendo sua incidência ampliada devido as novas tecnologias. Assim, a responsabilidade civil, nesse caso, busca a proteção do indivíduo na sua integralidade, e não apenas no corpo físico, uma mudança necessária de visão, em decorrência as novas possibilidades de danos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, pode-se notar que a responsabilidade civil passou por mudanças ao longo da história. Principalmente em decorrência dos avanços tecnológicos, surgiu a possibilidade da configuração do dano genético.

O dano genético refere-se a alguma alteração no patrimônio genético da pessoa, podendo ser ocasionado por uma clínica, pelos pais ou até por uma mudança ambiental ocasionada por terceiro. Então, o dano genético enquadra-se como uma nova categoria de dano extrapatrimonial, não podendo

ser confundindo com dano moral, tendo em vista que no primeiro o interesse juridicamente tutelado é a integridade genética.

Nesse cenário, a responsabilidade civil está passando por uma expansão, que vai além da divisão de dano patrimonial e dano moral; isso porque agora compreende-se o dano moral como uma categoria de dano extrapatrimonial, no qual há outras categorias diversas. Antigamente, tendo em vista o foco central do Direito Civil no aspecto patrimonial, a responsabilidade civil atuava sobre esse tipo de dano. Posteriormente, graças a noção de dignidade da pessoa humana, o dano moral é introduzido nesse cenário.

Todavia, estudar o instituto da responsabilidade civil apenas do viés moral e patrimonial, não está cumprindo a sua função, uma vez que na sociedade atual existem novos tipos de danos que não se enquadram em nenhuma dessas duas categorias. Assim, hoje deve-se entender que existe uma categoria mais ampla intitulada de dano extrapatrimonial que envolve novos tipos de danos, além do dano moral. Isso apenas constitui um reflexo da própria evolução da sociedade e da complexidade das relações privadas. Então, um novo tipo de dano que surge em decorrência dos avanços tecnológicos é o dano genético.

Todavia, deve-se frisar que no âmbito nacional a maior atenção reside no dano biológico. Tendo em vista a aplicação do dano biológico, pode-se inferir que o dano genético se enquadraria como subcategoria. Entretanto, a lesão ao patrimônio genético merece uma atenção em especial, na medida em que as tecnologias vão avançando. Assim, é extremamente viável a aceitação desse novo tipo de dano, como outros países já se entende.

Nessa esteira do dano genético, a atuação das tecnologias é um ponto crucial porque possibilita dois caminhos: com o mapeamento genético é possível constatar a existência de um dano, contudo, com as manipulações genéticas em clínicas é possível que haja a configuração do dano.

Assim, na mesma medida em que as tecnologias auxiliam a detecção do dano, elas também são passíveis de o causarem. Dessa forma, é de vital importância que haja a compreensão desse dano, e o entendimento que os indivíduos podem, no futuro, acionar os responsáveis pela lesão. Então, haverá uma maior conscientização na aplicação das tecnologias frente ao ser humano. Por

fim, deve-se concluir que o dano genético é um novo dano que deve ser cada vez mais estudado dada a realidade social com os avanços das tecnologias.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Tradução Humberto Laport de Mello. 4ª reimpressão. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Acórdão do processo nº 0001036-72.2013.5.04.0006**. Redator: Marcelo Gonçalves de Oliveira. Participaram do Julgamento: George Achutti, André Reverbel Fernandes. Órgão julgador: 4ª Região. Data: 19/03/2015. Ementa: “ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. RAIOS-X. A exposição do empregado à radiação ionizante ou à substância radioativa enseja a percepção do adicional de periculosidade, pois a regulamentação ministerial (Portarias do Ministério do Trabalho nºs 3.393, de 17.12.1987, e 518, de 07.04.2003), ao reputar perigosa a atividade, reveste-se de plena eficácia, porquanto expedida por força de delegação legislativa contida no art. 200, caput e inciso VI, da CLT. Inteligência da OJ-SDI-1 nº 345 do E. TST. Hipótese em que a trabalhadora trabalha no interior de salas onde estão sendo operados aparelhos de raios-X móveis, ocasionando situação de risco em virtude do efeito cumulativo que elas apresentam no organismo humano. Embora os danos somáticos provocados pelas radiações ionizantes sejam reversíveis, os danos genéticos são cumulativos e permanentes, motivo pelo qual não existe um limiar mínimo de exposição ao raio-X que não cause dano. Sentença mantida”.

DELGADO, Mário Luiz. Lei brasileira permite responsabilizar os pais por danos causados ao nascituro. **Consultor Jurídico**. 5 nov 2017. Disponível em:< https://www.conjur.com.br/2017-nov-05/processo-familiar-lei-permite-responsabilizar-pais-danos-causados-nascituro#_ftn2>. Acesso em: 12 mar 2019.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

FÉO, Christina; VIEIRA, Tereza Rodrigues. Eugenia e o direito de nascer ou não com deficiência: algumas questões em debate. In: VIEIRA, Tereza Rodrigue. **Ensaio de Bioética e Direito**. Brasília: Editora Consulex, 2009.

FENSTERSEIFER, Nelson Dirceu. **Dano extrapatrimonial e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

FERRAZ, Sérgio. **Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução**. Porto Alegre: Sete Mares Editora. 1991.

GUTIÉRREZ-PRIETO, Hernando. El daño genético. Bases para su conceptualización jurídica. **Vuniversitas**: Bogotá (Colombia), nº 135: 1930218, jul-dez 2017. Disponível em:< <http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n135/0041-9060-vniv-135-00193.pdf>>. Acesso em: 2 abr 2019.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

LERET, María Gabriela. Derecho, Biotecnología y Bioética. Venezuela, **Los Libros de el Nacional**, 2005.

LOYARTE, Dolores; ROTONDA, Adriana E. **Procreación Humana Artificial: um desafio**. Buenos Aires: Ediciones Deplama, 1995.

MACHADO, Juliana Araújo Lemos da Silva. **Direito, ética e biossegurança: a obrigação do Estado na proteção do genoma humano**. Editora Unesp. 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NOGUEIRA FILHO, Luiz Nódgi. Estatuto ético do embrião humano. **Bioethikos**, São Paulo: São Camilo, 2009. Disponível em: <<http://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/71/225-234.pdf>>. Acesso em: 28 de mar. 2016.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; VILAS BOAS ANDRADE JÚNIOR, Luiz Carlos. A Torre de Babel das Novas Adjetivações do Dano. **Direito UNIFACS-Debate Virtual**, n. 176, 2015.

VALDÉS, Erick; PUENTES, Laura Victoria. Daño genético. Definición y doctrina a la luz del bioderecho. **Revista de Derecho Público**, n. 32. Junho de 2014. Disponível em:< https://derechopublico.uniandes.edu.co/index.php?option=com_content&view=article&id=426%3Adano-genetico-definicion-y-doctrina-a-la-luz-del-bioderecho&catid=36%3A32&Itemid=95&lang=em>. Acesso em: 07 de jul de 2018.

ROBERTI, Maura. **Biodireito**: novos desafios. Porto Alegre: safe, 2007.

ROSPIGLIOSI, Enrique Varsi. **Derecho genético**. Lima: Grijley, 2001.

SANDEL, Michael J. **Contra a perfeição**: ética na era da engenharia genética. Tradução Ana Carolina Mesquita. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Equilíbrio de um pêndulo**: bioética e a lei: implicações médico-legais. São Paulo: Ícone, 1998.

SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

SHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2015.

CASABONA, Carlos María Romeo. **Do gene ao direito**: sobre as implicações jurídicas do conhecimento e intervenção no genoma humano. São Paulo: IBCCrim, 1999.

INQUÉRITO POLICIAL ELETRÔNICO NO ESTADO DE SÃO PAULO: DIREITO DE ACESSO DO ADVOGADO E DEFENSOR PÚBLICO

ELECTRONIC POLICE INQUIRY IN THE STATE OF SÃO PAULO: RIGHT OF ACCESS OF THE ADVOCATE AND PUBLIC DEFENDER

Mário Furlaneto Neto¹

Luiz Fernando Zambrana Ortiz²

RESUMO

O sistema de Inquérito Policial eletrônico (IPE), implantado pela Polícia Civil do Estado de São Paulo, tem impactado de forma disruptiva a investigação criminal. No entanto, suas especificidades também refletem nos atores que militam nesta fase da persecução criminal, em especial os que atuam no âmbito da defesa técnico-jurídica. Assim, com emprego de estudo de caso e procedimentos de revisão bibliográfica, legislativa e jurisprudencial, levando em conta a necessidade de construção do saber jurídico, em especial em face de práticas disruptivas decorrentes da relação do direito com a inovação e tecnologia, busca-se analisar as novas perspectivas do sistema IPE, principalmente no que tange ao direito de acesso do advogado e do defensor público

¹ Possui graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Marília Fundação Eurípides Soares da Rocha (1990), Mestrado (2003) e Doutorado em Ciência da Informação pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (2008). Atualmente é professor titular da graduação e do Mestrado em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM), mantido pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Delegado de Polícia da Polícia Civil do Estado de São Paulo, professor da Academia da Polícia Civil do Estado de São Paulo, atuando principalmente nos seguintes temas: crimes informáticos, furto mediante fraude, pornografia infantil na internet, inquérito policial eletrônico e biobancos.

² Professor da Academia da Polícia Civil do Estado de São Paulo na disciplina de Inquérito Policial Eletrônico. Palestrante em Universidades e Cursos Jurídicos. Delegado de Polícia do Estado de São Paulo

aos procedimentos de Polícia Judiciária eletrônicos, enquanto fator a possibilitar uma das vertentes da ampla defesa na fase investigativa. Conclui-se que a adoção de um novo portal a ser implementado ao sistema IPe viabilizará ao advogado e defensor público ter acesso aos procedimentos de Polícia Judiciária, mesmo antes do ajuizamento, proporcionando o direito de vista e extração de cópia, assim como o de postular a realização de diligências complementares, contribuindo para tornar a investigação criminal mais célere, econômica, transparente e de melhor qualidade.

PALAVRAS-CHAVE

Polícia civil, documento eletrônico, prática disruptiva, investigação criminal, ampla defesa.

ABSTRACT

The Electronic Police Inquiry system (IPe) implanted by the Civil Police of the State of São Paulo have been disrupting the criminal investigation. However, its specificities also reflects the actors who militate in this phase of criminal prosecution, especially those who work in the technical-legal defense field. Thus, with the use of a case study and bibliographic, legislative and jurisprudential review procedures, considering the need to build legal knowledge, especially before disruptive practices arising from the relationship between law and innovation and technology, seeking to analyze the new perspectives of the IPe system, especially regarding the right of access of the lawyer and the public defender to the procedures of Electronic Judicial Police, as a factor to enable one of the aspects of the broad defense in the investigative phase. It is concluded that the adoption of a new portal to be implemented to the IPe system will enable the lawyer and public defender to have access to the Judicial Police procedures, even before the filing, providing the right of view and extraction of copy, as well as to request the execution of complementary procedures, contributing to make the criminal investigation faster, more economical, transparent and of better quality.

KEYWORDS

Civil police, electronic document, disruptive practice, criminal investigation, ample defense.

INTRODUÇÃO

No âmbito dos direitos e deveres individuais e coletivos, a Constituição da República Federativa do Brasil (CF) delinea o processo penal garantista impelindo ao Estado, através dos órgãos que o representam na persecução criminal, a observar princípios constitucionais expressos e implícitos na carta política.

Tal assertiva é válida, inclusive, para a investigação preliminar e deve nortear a atuação das Polícias Federal e Civis, seja na presidência do Inquérito Policial como também, no âmbito estadual, nos termos circunstanciados de ocorrências de menor potencial ofensivo.

Dentro deste contexto se insere a questão da observância ao princípio da ampla defesa que, contemporaneamente, tem sido observado nas recentes alterações legislativas que obrigam a presença do advogado constituído durante, por exemplo, o interrogatório do indiciado no transcurso do Inquérito Policial, ou mesmo em todos os atos decorrentes da colaboração premiada.

Nesta linha de raciocínio, o Supremo Tribunal Federal (STF) editou a Súmula Vinculante nº 14 ao disciplinar o acesso aos elementos de prova documentados em procedimento investigatório, em respeito ao exercício do direito de defesa.

Mais recentemente, a Lei Federal nº 13.793, de 3 de janeiro de 2019, alterou a inciso XIII e acrescentou o parágrafo 14º à Lei Federal nº 8.906/1994, ampliando a sistemática de assegurar o direito de obtenção de cópias e a possibilidade de tomar apontamentos, mesmo sem procuração, em processos e procedimentos eletrônicos.

A alteração legislativa aplica-se integralmente ao Inquérito Policial (IPE) e ao Termo Circunstanciado eletrônico (TCe), cujo sistema foi implantado pela Polícia Civil do Estado de São Paulo através do Departamento de Inteligência (DIPOL) e da Divisão de Tecnologia da Informação (DTI).

Assim, levando em conta a necessidade de construção do saber jurídico, em especial em face de práticas disruptivas decorrentes da relação do direito com a inovação e tecnologia, buscar-se-á mediante estudo de caso e emprego de revisão doutrinária, legislativa e jurisprudencial, analisar as no-

vas perspectivas do sistema IPe, com ênfase no que tange ao direito de acesso do advogado e do Defensor Público aos procedimentos de Polícia Judiciária eletrônicos, enquanto fator a possibilitar uma das vertentes da ampla defesa na fase investigativa.

Para tanto, antes de tratar das alterações legislativas que refletem o direito do advogado de acesso aos procedimentos eletrônicos, torna-se necessário delinear o sistema IPe, o que se fará a seguir.

1 O SISTEMA IPe

O desenvolvimento dos processadores, cada vez mais nanotecnológicos, mais baratos e com capacidade ampliada para processar uma sucessão cada vez maior de informações, tem impactado ações de e-governo, possibilitando celeridade, economia e transparência na prestação do serviço público.

Tais práticas têm gerado disrupção na prestação do serviço público. A Receita Federal do Brasil (RF), talvez, seja o órgão público que melhor retrate essa assertiva e que mais se beneficiou com a exploração da nova realidade.

Inicialmente, a declaração *on line* do Imposto de Renda e, posteriormente, a adoção da assinatura digital com base no sistema de infraestrutura de chaves pública e privada da ICP-Brasil, impactaram o recebimento, processamento e a fiscalização das informações enviadas pelos contribuintes viabilizando uma atuação muito mais marcante da RF.

A nova realidade, também, refletiu no atendimento aos interesses do contribuinte. Se antes, para se postular a isenção de Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) e o Imposto sobre Operações Financeiras (IOF) na compra de veículos para portadores de deficiência, havia a necessidade de agendar atendimento, enfrentar filas e aguardar meses para a resposta do deferimento ou não do pleito por parte da RF, hoje é possível fazer o pedido pela *Internet* e receber resposta em até 72 horas.

No campo processual a delineação da informatização do processo foi esculpida pela Lei Federal nº 11.419/2016 (BRASIL, 2016) ao anunciar o uso do meio eletrônico na transmissão de processos judiciais, comunicações de atos e transmissão de peças processuais.

Referida lei, inclusive, acentua que os documentos digitalizados e juntados aos autos por autoridades policiais têm a mesma força probante dos originais, ressalvada, logicamente, prova em contrário.

Na esteira da Lei Federal nº 11.419/2016 (BRASIL, 2016), o Departamento de Inteligência da Polícia Civil do Estado de São Paulo (DIPOL), por meio da Divisão de Tecnologia da Informação (DTI), implantou o sistema de Inquérito Policial eletrônico (IPE), interligado com o sistema de Peticionamento Eletrônico (e-SAJ) do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Trata-se de um *software* que permite a instauração e elaboração de Inquéritos Policiais e Termos Circunstanciados de ocorrências de menor potencial ofensivo, assim como a formalização de representações de medidas cautelares através do referido sistema.

Desse modo, os procedimentos de Polícia Judiciária que eram elaborados fisicamente, contemporaneamente, são realizados em formato digital e distribuídos pelo sistema ao Tribunal de Justiça, viabilizando que todas as etapas da persecução criminal sejam realizadas no ambiente virtual, sem deixar de resguardar o garantismo penal a ser observado na investigação criminal.

Insta frisar que, no âmbito da Polícia Civil do Estado de São Paulo, o sistema IPE possui, inicialmente, interoperabilidade com o sistema de Registro Digital de Ocorrência (RDO). Logo, este último possibilita o registro das notícias de infrações que, uma vez finalizadas, são transmitidas ao sistema IPE, permitindo o despacho do RDO e a instauração do IPE ou TCe por parte do Delegado de Polícia, bem como a importação de todos os documentos formalizados no âmbito do sistema RDO.

Observa-se uma distinção terminológica entre as expressões digital e eletrônica. Neste aspecto, vale frisar que o documento digital é aquele elaborado exclusivamente no ambiente digital, como é o caso do RDO. Ainda que, na ausência de sinal, se possibilite a elaboração do RDO *off line*, o documento continua sendo elaborado digitalmente e, posteriormente, carregado ao sistema RDO logo que a comunicação com o sistema for reestabelecida.

Por sua vez, a adoção da nomenclatura eletrônico reflete a hipótese de que documentos podem ser incorporados, sem que tenham sido produzidos, obrigatoriamente, no ambiente da plataforma. Isso possibilita a digitalização

de documentos produzidos externamente e sua posterior incorporação como documento anexado ao sistema IPe, como ocorre, inclusive, no sistema e-SAJ.

Destaca-se que, ao abordar as dimensões de aplicação da quarta revolução industrial, Schwab e Davis (2018) retratam a necessidade do desenvolvimento de sistemas elaborados por humanos e para os humanos. Os sistemas RDO e IPe se enquadram neste contexto, pois buscam atender todas as especificidades de atuação da Polícia Judiciária e os atores que operam na fase da investigação criminal.

Aliás, de forma inédita na Polícia Civil do Estado de São Paulo, por iniciativa da administração superior, o DIPOL e a Academia de Polícia apresentaram aos policiais civis o sistema IPe, ainda em fase de desenvolvimento, justamente para viabilizar aos policiais civis, destinatários imediatos da ferramenta, a oportunidade de opinar para melhoria da nova ferramenta.

A iniciativa possibilitou aperfeiçoamentos que impactaram os sistemas IPe e RDO, melhorando as ferramentas de editoração de texto, *layout* gráfico e funcionalidades dos sistemas facilitando o acesso e uso de todo o instrumental disponível.

Moraes e Ortiz (2018) enfatizam, enquanto vantagens do emprego do IPe, a gestão cartorária informatizada, celeridade e qualidade na produção de documentos de polícia judiciária, economia de recursos materiais, humano e de tempo, otimização no manejo da informação, maior participação da defesa na fase da investigação preliminar, além da maior segurança e controle das informações e dados armazenados pelo sistema.

Tem-se um sistema de banco de dados que permite armazenar dados e informações³ criptografadas⁴, a partir dos registros de ocorrências e instaurações de procedimentos de Polícia Judiciária, possibilitando de forma célere identificar todo o acervo cartorário, inclusive em relação ao controle de bens apreendidos.

³ Furlaneto Neto, Santos e Gimenes (2018) distinguem dados como sendo todas as informações que trafegam livremente na Internet e informações enquanto os dados que trafegam em sigilo e, portanto, de acesso apenas aos interessados, de acordo com a política do titular da aplicação de Internet.

⁴ Moraes e Ortiz (2018) fazem referência ao emprego de criptografia militar de 256 bits.

As informações e dados inseridos no sistema são armazenados no servidor e podem ser consultados e acessados pelos policiais civis usuários, via *Intranet*, ou por intermédio do e-SAJ, no caso de advogados cadastrados, promotores de justiça, defensores públicos e juízes, a partir do ajuizamento. Recurso de Inteligência Artificial (IA) permite a elaboração de relatórios complexos permitindo, inclusive, elaborar a estatística mensal por unidade policial.

Logo, o cumprimento dos prazos dos procedimentos, bem como a produção cartorária de cada unidade e, individualmente, do Policial Civil, são passíveis de identificação pelo sistema. Modelos padronizados, mas totalmente editáveis, com o aproveitamento de dados adremente armazenados no ambiente e a possibilidade de inserção de fotografias, viabilizam maior celeridade, transparência e qualidade na produção do documento.

O sistema IPe está em operação nas 1487 unidades da Polícia Civil do Estado de São Paulo e, em 2018, possibilitou a produção de 172.948 inquéritos policiais, 150.474 termos circunstanciados, 29.481 atos infracionais e 70.193 medidas cautelares⁵, totalizando 72.309.600 páginas criadas no ambiente IPe⁶ (INQUÉRITO POLICIAL ELETRÔNICO, 2019).

Em 2019, serão distribuídos escâneres de identificação biométrica para as delegacias de polícia, o que facilitará a identificação dos indiciados, assim como será disponibilizada a possibilidade de inserir arquivos de áudio e vídeo.

Também, será possível a expedição de carta precatória e seu cumprimento por meio do programa, bem como a implementação do módulo de investigação, o que possibilitará a expedição de ordens de serviços e seu cumprimento pelo Investigador de Polícia por intermédio da ferramenta, além da interoperabilidade com outros sistemas e bancos de dados, cujo acesso é disponível individualmente.

O sistema IPe está sendo desenvolvido para que todos os *softwares* de especialidades disponíveis à Polícia Civil possam ser acessados a partir de um único ambiente objetivando economia e celeridade, apontados enquanto van-

⁵ Dados extraídos da função “relatórios” do Sistema IPe, em 24 jan. 2019.

⁶ Dado obtido da auditoria no Sistema IPe, em 24 jan. 2019.

tagens por Moraes e Ortiz (2018).

Evidentemente que, em obediência aos preceitos legais, indispensável que o advogado e o Defensor Público possam ter acesso ao IPe, motivo pelo qual se impõe, inicialmente, enfrentar o amparo legal de tal direito, enquanto referencial teórico para se discutir as formas de acesso, conforme apresentar-se-á abaixo.

2 O DIREITO DE ACESSO DO DEFENSOR TÉCNICO AO SISTEMA IPe

A CF consagra expressamente, no artigo 5º, inciso LV, o princípio da ampla defesa (BRASIL, 1988). Em razão de o texto legal fazer referência a sua aplicação aos processos judicial e administrativo questiona-se a sua adoção ao Inquérito Policial.

De acordo com Avena (2012, p. 38), o princípio da ampla defesa “traduz o dever que assiste ao Estado de facultar ao acusado toda a defesa possível quanto à imputação que lhe foi realizada”.

Para a discussão aqui proposta, adota-se a ampla defesa enquanto princípio que deve ser analisado sob duas dimensões: a defesa técnica e a defesa pessoal. Na primeira, exige-se que a defesa seja elaborada por profissional com conhecimento técnico-jurídico e, portanto, indispensável em um processo penal garantista. Na segunda, trata-se da defesa feita pessoalmente pelo próprio investigado ou acusado, sendo, portanto, dispensável, mas cujo apogeu se opera justamente no interrogatório policial ou judicial (LOPES JÚNIOR, 2016).

A tendência contemporânea se amolda no sentido de empregar a ampla defesa já na investigação criminal. Para ilustrar tal assertiva, o STF editou a Súmula Vinculante 14, estipulando ser “direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso ampla aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório, realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa” (BRASIL, 2009).

No plano infraconstitucional, a Lei Federal nº 8.906/1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), especificamente no inciso XIV do artigo 7º, com a redação conferida pela Lei Federal nº 13.245/2016, estipulou enquanto direito do advogado “examinar, em qualquer instituição responsável por

conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital” (BRASIL, 1994).

A Lei Federal nº 13.245/2016 (BRASIL, 2016), também, acrescentou o inciso XXI ao artigo em comento, materializando o direito do advogado de “assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento [...]” e, conseqüentemente, [...] de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente [...]”.

A Lei Complementar nº 80/2004, conhecida como a Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública, estabelece no artigo 128, inciso VIII, com redação conferida pela Lei Complementar nº 132/2009, a prerrogativa dos Defensores Públicos dos Estados de examinarem, em qualquer repartição pública, autos de flagrantes, inquéritos e processos, assegurada a obtenção de cópias e a tomada de apontamentos (BRASIL, 2004).

A presença obrigatória do advogado na fase da investigação criminal, também é apontada em várias passagens do instituto da colaboração premiada, prevista na Lei Federal nº 12.850/2013 – Lei do Crime Organizado (BRASIL, 2013).

Nesta linha de raciocínio, ao tratar da legitimidade ativa do Delegado de Polícia e do Ministério Público para a formalização do acordo de colaboração, estipula-se que “ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor”, exigindo-se que o termo seja assinado pelo Delegado de Polícia ou pelo representante do Ministério Público, conforme o caso, bem como pelo colaborador e por seu defensor (BRASIL, 2013).

Prevê-se, ainda, que “depois de homologado o acordo, o colaborador poderá, sempre acompanhado pelo seu defensor, ser ouvido pelo membro do Ministério Público ou pelo delegado de polícia responsável pelas investigações”, assim como estipula-se que “nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará

sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade” (BRASIL, 2013)

A Lei do Crime Organizado volta a enfatizar a necessidade da defesa técnica-jurídica ao estipular que “em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor” (BRASIL, 2013).

Assegura-se, ainda, ao “defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento” (BRASIL, 2013).

Mais recentemente, a Lei Federal nº 13.793/2019 (BRASIL, 2019), acrescentou o § 13º ao artigo 7º da Lei Federal nº 8.906/1994 e enfatizou a aplicabilidade do disposto nos incisos XIII e XIV do artigo em comento aos processos e procedimentos eletrônicos, ressalvados o caso de sigilo legal, tornando expresso um direito que já estava implícito na norma.

Vale frisar que a exceção apontada retrata a hipótese em que o sigilo da investigação foi decretado pelo juiz natural, ocasião em que o advogado constituído pelo investigado ou indiciado somente poderá ter acesso aos documentos anexados ao Inquérito Policial após a juntada de procuração, ressalvada, logicamente, o caso de prova cautelar ainda em andamento, cujo sigilo é imprescindível para o sucesso de sua formalização.

O § 11º do artigo 7º da Lei Federal nº 8.906/1994 deixa claro tal assertiva ao frisar que a “autoridade competente poderá delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências” (BRASIL, 1994).

A Lei Federal nº 13.793/2019 (BRASIL, 2019), também, alterou a Lei Federal nº 11.419/2006 (Lei de Informatização do processo), ao incluir o § 7º e estipular que

os sistemas de informações pertinentes a processos eletrônicos devem possibilitar que advogados, procuradores e membros do Ministério Público cadastrados, mas não vinculados a processo previamente identificado, acessem automaticamente todos os atos e documentos processuais armazenados

em meio eletrônico, desde que demonstrado interesse para fins apenas de registro, salvo nos casos de processos em segredo de justiça.

Apesar de, a princípio, o referido dispositivo legal fazer referência ao processo eletrônico, entende-se que, por analogia, deve-se aplicá-lo, também, ao IPe, levando em conta o direito do advogado e a prerrogativa do Defensor Público de acesso aos procedimentos de Polícia Judiciária, expressamente previstos no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil e na Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública.

A tendência de sedimentação incontestada da tese de aplicação da ampla defesa na fase da investigação encontra-se no Projeto de Lei (PL) 8.040/2010, do Senado Federal, ao prever o Novo Código de Processo Penal que “as garantias processuais previstas neste Código serão observadas em toda forma de intervenção penal [...], com estrita obediência ao devido processo legal constitucional” (BRASIL, 2010).

Nesta linha de raciocínio, o PL em questão expressa que “todo processo penal realizar-se-á sob o contraditório e a ampla defesa, garantida a efetiva manifestação do defensor técnico em todas as fases procedimentais”, assim como estipula o sistema acusatório para o processo penal, vedando-se a iniciativa do juiz, “[...] salvo em favor das garantias do investigado, na fase de investigação [...]” (BRASIL, 2010).

Reforça, inclusive, o direito do advogado de acesso a “[...] todo material já produzido na investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, as diligências em andamento”, compreendendo, neste aspecto, “[...] consulta ampla, apontamentos e reprodução por fotocópia ou outros meios técnicos compatíveis com a natureza do material” (BRASIL, 2010), o que inclui, logicamente, acesso ao conteúdo do IPe.

Realizado um panorama do tratamento legislativo em relação ao acesso do advogado e defensor público ao Inquérito Policial, necessário apontar as formas de acesso ao IPe, de acordo com o exposto adiante.

3 FORMAS DE ACESSO DA DEFESA TÉCNICO-JURÍDICA AO IPe

Uma vez instaurado pelo Delegado de Polícia o Inquérito Policial, no ambiente do sistema IPe, documentos poderão ser produzidos no formato digital, assim como eventualmente anexados ao procedimento.

A partir dos atos de elaboração ou de anexar documentos, será possível assinar as peças. O assinador digital, estruturado com base na infraestrutura de chaves públicas e privadas da ICP-Brasil, permite assinar documentos por lote ou individualmente.

Uma vez assinados digitalmente os documentos, estes são transportados para a pasta digital. Neste momento, caso o advogado ou o Defensor Público requeiram acesso e extração de cópia dos autos, será possível fazer *download* do IPe e salvá-lo em extensão .pdf, disponibilizando o arquivo ao requerente. O pedido de vista e extração de cópia poderá ser enviado por *e-mail*, em arquivo .pdf e assinado digitalmente, ou apresentado fisicamente ao Delegado de Polícia, sendo salutar que, nesta última hipótese, o requerimento seja digitalizado em formato .pdf e anexado aos autos, com o despacho de deferimento do Delegado de Polícia presidente da investigação.

O arquivo cópia do IPe poderá ser enviado ao *e-mail* do advogado ou do Defensor Público, se assim constar em seu pedido, ou entregue a eles impresso ou até mesmo em arquivo a ser salvo em mídia, como, por exemplo, um *pen drive*. Logo, a dinâmica do sistema permite ao advogado e Defensor Público peticionar a distância, sem a necessidade de dirigir-se ao balcão do cartório da unidade policial para postular vista e extração de cópia, o que reflete maior dinâmica no acesso aos autos.

Uma vez ajuizado o IPe, somente poderá ser distribuído ou encaminhado ao juízo após todas as peças serem assinadas digitalmente. O advogado e o Defensor Público poderão ter acesso ao mesmo via sistema e-SAJ, diante da interoperabilidade entre as plataformas.

Por enquanto, o advogado e o Defensor Público têm acesso ao IPe apenas via sistema e-SAJ, cuja operação fica armazenada nos *logs* de acesso ou movimentação do procedimento.

Isso significa dizer que, em face da restituição do IPe ou TCe para no-

vas diligências ou cumprimento de cotas ministeriais, haverá um intervalo de tempo para o advogado ou Defensor Público ter acesso via sistema e-SAJ as novas provas ou documentos produzidos no bojo dos procedimentos, pois estes somente terão acesso ao novo conteúdo, quando o procedimento for novamente ajuizado, seja para concessão de dilação de prazo ou em decorrência da conclusão da investigação.

Para harmonizar tal lacuna, está sendo desenvolvido um portal para o advogado e o Defensor Público, em cujo ambiente será possível a defesa técnica peticionar diretamente no IPe ou TCe requerendo, por exemplo, a realização de diligências complementares, nos termos do artigo 14 do CPP (BRASIL, 1941), assim como solicitar vista do procedimento de Polícia Judiciária, com possibilidade de extração de cópia, a ser disponibilizada pelo mesmo canal.

Isso significa dizer que, com a implementação da nova ferramenta, eliminar-se-á o *delay* no acesso por parte da defesa técnica da integralidade do conteúdo dos procedimentos de polícia judiciária, pois poderá ter vista na delegacia, inclusive de documentos ainda não encaminhados ou ajuizados ao sistema e-SAJ.

O acesso ao procedimento de Polícia Judiciária ficará registrado no campo movimentações do procedimento, sendo possível identificar o advogado que acessou, assim como a data e hora do acesso. Hoje, tal registro fica armazenado apenas no e-SAJ.

A criação do portal está aderente ao artigo 11, parágrafo 7º, da Lei Federal nº 11.419/2006 (BRASIL, 2006), assim como o artigo 16, §§ 1º e 2º, da Resolução 551/2011 (SÃO PAULO, 2011), que regulamenta os procedimentos eletrônicos no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, e que já previa tais garantias. O objetivo é possibilitar o acesso da defesa técnica, viabilizando a ampla defesa na fase da investigação criminal, mas com mais controle que o método atual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A adoção do sistema IPe pela Polícia Civil do Estado de São Paulo gera disrupção no sistema tradicional de investigação criminal provo-

cando novas reflexões na relação do direito com a inovação e tecnologia, em especial no encadeamento de impactos provocados no âmbito de atuação dos profissionais que militam na persecução criminal.

Busca-se concentrar, em um único ambiente, o acesso a todos os *softwares* de especialidade a serviço dos policiais civis, gerando celeridade, economia e melhor qualidade à investigação criminal.

Não se descuida, no entanto, de observar as especificidades de atuação dos outros atores que militam na fase da investigação criminal, em especial em relação ao direito de acesso do advogado e do Defensor Público ao conteúdo do IPe, em respeito ao direito de defesa.

O estágio atual de desenvolvimento do sistema IPe permite o acesso do advogado e do Defensor Público via sistema e-SAJ, ou mediante requerimento formalizado ao Delegado de Polícia presidente da investigação.

Observa-se um *delay* no processo de acesso, pois o advogado e o Defensor Público somente conseguem visualizar os documentos ajuizados via plataforma e-SAJ. Logo, aquilo que foi produzido no âmbito do procedimento investigatório, mas ainda não foi ajuizado, não poderá ser acessado pelo advogado ou Defensor Público via sistema e-SAJ.

Levando em conta as exigências do artigo 11, parágrafo 7º, da Lei Federal nº 11.419/2006, assim como o artigo 16, §§ 1º e 2º, da Resolução nº 551/2011, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o portal de peticionamento em desenvolvimento permitirá ao advogado e ao Defensor Público postular diretamente ao Delegado de Polícia a vista dos autos e extração de cópia, assim como requerer a realização de diligências complementares, o que proporcionará maior celeridade, economia, eficiência e transparência na atuação dos diversos atores da investigação criminal.

Com isso, observa-se a preocupação da Polícia Civil do Estado de São Paulo, através do DIPOL e da DTI, de buscar produzir uma ferramenta que seja eficiente e possibilite melhoria da qualidade da investigação criminal, ao mesmo tempo em que seja transparente e permita observar os direitos e garantias individuais da pessoa humana, cujo contexto de insere o direito de defesa na fase da persecução criminal preliminar.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**: esquematizado. 4 ed. São Paulo: Método, 2012. 1.317p.

BRASIL. Decreto-lei 3.689 de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília: DF, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 26 jan. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 jan. 2019.

BRASIL. Lei 8.906 de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília: DF, 5 jul. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm>. Acesso em: 10 jan. 2019.

BRASIL. Lei Complementar 80 de 12 de janeiro de 1994. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília: DF, 13 jan. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp80.htm>. Acesso em: 05 jan. 2019.

BRASIL. Lei 11.419 de 19 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil; e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília: DF, 20 dez. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11419.htm>. Acesso em: 25 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 14. É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília: DF, 9 fev. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menusumario.asp?sumula=1230>>. Acesso em: 21 jan. 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei 8.040 de 22 de dezembro de 2010**. Autoria do Senador José Sarney. Trata do Código de Processo Penal. Revoga o Decreto-lei nº 3.689, de 1941. Altera os Decretos-lei nº 2.848, de 1940; 1.002, de 1969; as Leis nº 4.898, de 1965, 7.210, de 1984; 8.038, de 1990; 9.099, de 1995; 9.279, de 1996; 9.609, de 1998; 11.340, de 2006; 11.343, de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12351.htm>. Acesso em: 27 jan. 2019.

BRASIL. Lei 12.850 de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília: DF, 5 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em: 12 jan. 2019.

BRASIL. Lei 13.245 de 12 de janeiro de 2016. Altera o art. 7º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil). **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília: DF, 13 jan. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13245.htm>. Acesso em: 21 jan. 2019.

BRASIL. Lei 13.793 de 3 de janeiro de 2019. Altera as Leis nº 8.906, de 4 de julho de 1994, 11.419, de 19 de dezembro de 2006, e 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para assegurar a advogados o exame e a obtenção de cópias de atos e documentos de processos e de procedimentos eletrônicos. **Diário Oficial da**

República Federativa do Brasil, Brasília: DF, 4 jan. 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13793.htm>. Acesso em: 18 jan. 2019.

INQUÉRITO POLICIAL ELETRÔNICO. **Banco de dados do sistema IPe**. Intranet. Disponível em: <http://inquerito.policiacivil.sp.gov.br/inquerito>. Acesso em: 24 jan. 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 1.160p.

FURLANETO NETO, Mário; SANTOS, José Eduardo Lourenço dos; GIMENES, Eron Veríssimo. **Crimes na internet e inquérito policial eletrônico**. 2 ed. São Paulo: Edipro, 2018. 238p.

MORAES, Rafael Francisco Marcondes de; ORTIZ, Luiz Fernando Zambrana. Inquérito Policial Eletrônico: tecnologia, garantismo e eficiência na investigação criminal. In: GIORDANI, Manoel Francisco de Barros da Motta Peixoto; MORAES, Rafael Francisco Marcondes de (Coord.). **Estudos contemporâneos de polícia judiciária**. São Paulo: Editora LTr, 2018, p. 83-96.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Resolução 511 de 31 de agosto de 2011. Dispõe sobre a regulamentação do processo eletrônico no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e dá outras providências. **Diário de Justiça do Estado de São Paulo**, São Paulo, 08 set. 2011. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/download/peticionamentoeletronico/resolucao_551.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2019.

SCHWAB, Klaus; DAVIS, Nicholas. **Aplicando a quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2018. 350p.

A INSERÇÃO DOS DRONES (RPAs) NA SEGURANÇA PÚBLICA BRASILEIRA: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

THE INSERTION OF DRONES (RPAs) IN THE BRAZILIAN PUBLIC SECURITY: AN ANALYSIS BENEATH THE PERSPECTIVE OF THE PRINCIPLE OF EFFICIENCY

*Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de Souza¹
Alex Torres Santos²*

RESUMO

O presente artigo busca compreender a inserção dos drones (aeronaves remotamente pilotadas -RPA) nos órgãos de segurança pública, apresentando uma análise do contexto histórico e desenvolvimento conceitual destas aeronaves, tal como identificando se há normas existentes que versam sobre esta utilização. Tem-se como problema questionar se a implantação dos drones na segurança pública representa um avanço positivo para a população brasileira, tendo como base um Estado que tenta aperfeiçoar suas ações à luz do princípio da eficiência, previsto no art. 37, da Constituição Federal. O método utilizado é o qualitativo exploratório, com dados coletados por meio da técnica de pesquisa bibliográfica e traz como foco a correlação do uso das RPAs e o

¹ Doutora em Direito Público pela Universidade Federal de Bahia (UFBA). Doutora em Educação e Mestra em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Líder do Grupo de Pesquisa junto ao CNPQ: Direito Público, Educação Jurídica e Direitos Humanos. Especialista em Direito do Estado e Especialista em Direito Municipal (UNIDERP). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Tiradentes (UNIT). Especialista em Auditoria Contábil pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Professora de Graduação da Universidade Tiradentes (UNIT). Diretora Técnica do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe.

² Graduando em Direito pela Universidade Tiradentes (UNIT/SE). Aluno-Pesquisador do Grupo de Pesquisa junto ao CNPQ: Direito Público, Educação Jurídica e Direito Humanos.

princípio da eficiência. Concluiu-se pela possibilidade de melhoria da atuação da segurança Pública através do uso embrionário dessas aeronaves, onde se impõe um reordenamento do sistema jurídico quanto aos novos parâmetros tecnológicos.

PALAVRAS-CHAVE

Aeronaves Remotamente Pilotadas (RPA); Bem-estar coletivo; Drones; Princípio da Eficiência; Segurança Pública.

ABSTRACT

This paper seeks to comprehend the insertion of the drones (remote pilot aircraft - RPAs) in the organizations of public security, presenting an analysis of the historical context and the conceptual development of these aircrafts, as well as identifying if there are already existing rules which talk about this utilization. Is seen as a problem to question if the implementation of drones in the public security represents a positive advance for the Brazilian population, possessing as base a State that tries to perfect its actions by the principle of efficiency, laid down in article 37, of the Federal Constitution. The method used is the exploratory qualitative, with data collected by the bibliographical research technique and brings as emphasis the correlation of the use of the RPAs and the principle of efficiency. Was concluded by the possibility of improvement on the performance of the Public Security through the embrionary use of these aircrafts, where is imposed reordering of the legal system as for the new technological parameters.

KEYWORDS

Remote Pilot Aircraft (RPA); Collective Welfare; Drones; Principle of Efficiency; Public Security.

INTRODUÇÃO

É inegável que graças ao desenvolvimento tecnológico e populacional das últimas décadas, as Aeronaves Remotamente Pilotadas (RPA) são realidade da vida moderna e têm, principalmente, se multiplicado dentro da segurança pública. Em linhas gerais, uma RPA, popularmente conhecida como drone, é basicamente uma aeronave controlada à distância por um operador em solo e com fim diverso da recreação (BISPO, 2013, p.46).

A segurança pública, por sua vez, sempre será assunto de grande relevância para a população brasileira, porquanto assegura a proteção pessoal e patrimonial dos indivíduos e, sem ela, os bens mais importantes do ser humano ficariam desprotegidos. Por essa razão, o presente estudo se justifica por analisar a inserção das RPAs na segurança pública através de uma perspectiva sistêmica acerca do seu uso e proveito em benefício do bem-estar coletivo.

Dentro desse contexto, questiona-se: a introdução das RPAs na segurança pública representa um avanço positivo para população brasileira, tendo como base um Estado que tenta aperfeiçoar suas ações à luz do princípio da eficiência, previsto no art. 37 da Constituição Federal?

Em alusão ao princípio da eficiência, o mesmo foi inserido pela emenda constitucional nº 19, de 1998, e visa garantir que a máquina pública se pautar por uma gestão diligente, logo, busque os melhores resultados e aproveitamento dos recursos públicos como forma de garantir a realização do bem comum (TRINDADE, 2015, p.162).

Inegável que este postulado não somente viabiliza que a função administrativa seja exercida com legalidade, mas também exige que surjam resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento às necessidades da sociedade e dos seus indivíduos. Destarte, a aplicação do princípio da eficiência requer que a atividade administrativa deva almejar e gerar um resultado favorável em atendimento ao interesse público (MEIRELLES; BURLE FILHO J.E.; BURLE C.R., 2016).

Nesse sentido, o presente trabalho tem como objetivo geral compreender a inserção das aeronaves remotamente pilotadas (RPA) nos órgãos de segurança pública, tendo como enfoque se essa incorporação potencializa ou não

a atuação da Administração Pública à luz do princípio da eficiência. Para tanto, apresenta como objetivos específicos: analisar o contexto histórico e conceitual de desenvolvimento das RPAs (drones), bem como identificar se há normas que versam acerca do uso das aeronaves pelos órgãos de segurança pública, com vistas ao bem-estar coletivo.

Este trabalho se justifica pela necessidade de a sociedade conhecer a importância dessas aeronaves como ferramenta de inteligência, e mais, pelo grande potencial de eficiência que deve ser empregado nas ações de segurança pública quanto a defesa das pessoas e do Estado.

Assim, nesse contexto, a metodologia foi estruturada através da abordagem qualitativa exploratória, dado que, possibilita uma maior compreensão, familiaridade e análise do tema pesquisado (GIL, 2008). Utilizou-se do método qualitativo exploratório, como parte indispensável de uma pesquisa científica a técnica de estudo partiu da pesquisa bibliográfica, com recursos ou instrumentos de pesquisa. Para a elaboração do presente artigo foram utilizados livros, artigos e periódicos científicos, teses e dissertações pertinentes ao tema proposto, sítios da internet (tema ser eminentemente recente que ainda não contempla um número razoável de literatura bibliográfica a ser explorada) e normas.

Nos moldes do que foi evidenciado neste trabalho, é fato que as RPAs trouxeram melhorias na atuação de segurança da Pública Administração, pois agilizam as ações operacionais, melhoram a produtividade na atividade de segurança pública, diminuem o tempo de atendimento ao cidadão e economizam recursos logísticos e humanos, ou seja, estão em consonância com o princípio preconizado no art. 37 da CF, o da eficiência.

Decerto, essas aeronaves beneficiam a atuação da segurança da Administração Pública, na medida em que aumentam a produtividade reduzindo o tempo de atendimento ao cidadão, minimizando, assim, o gasto com recursos logísticos e humanos, cumprindo o quanto estabelecido no postulado da eficiência.

1. CLASSIFICAÇÃO DOS SISTEMAS DE AERONAVES NÃO TRIPULADAS - CONCEITOS E DEFINIÇÕES

Em uma abordagem inicial, classificar os sistemas de aeronaves não

tripuladas é compreender um sistema de estudo e trabalho desenvolvido em diversas organizações, seja no âmbito nacional ou internacional que visa promover a integração do espaço aéreo, tendo em vista que, os avanços tecnológicos e operacionais das últimas décadas têm-se mostrado complexos, principalmente, pelo fato de não haver presença humana a bordo.

Ressalte-se que, conforme a exegese do art. 106 do Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA), criado pela lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, “considera-se aeronave todo aparelho manobrável em voo, que possa sustentar-se e circular no espaço aéreo, mediante reações aerodinâmicas, apto a transportar pessoas ou coisas”, logo, infere-se que uma RPA (drone) é considerada uma aeronave, mesmo que não haja piloto a bordo.

Para melhor compreensão do presente estudo, é de suma importância não apenas estabelecer uma nomenclatura que se adeque a legislação vigente, como também para finalidade que esses objetos voadores são empregados, de modo que, atualmente, pode-se classificar esses equipamentos como Drones, Veículos Aéreos Não Tripulados (VANT) e Aeronave Remotamente Pilotada (*Remotely Piloted Aircraft* - RPA).

O termo “Drone”, é originado do Estados Unidos da América (EUA), cuja tradução literal significa “zangão, zumbido”, é um termo genérico que foi mundialmente difundido por caracterizar todo e qualquer objeto voador não tripulado, seja ele de qualquer propósito (profissional, recreativo, militar, comercial, etc.), origem ou característica. É dizer que se trata de um termo genérico, sem amparo técnico ou definição na legislação.

No Brasil, esse termo é mais associado as plataformas menores usadas para fins de lazer. Logo, esse termo não é o mais adequado para se referir as aeronaves utilizadas pela segurança pública, posto que, conforme se verá por conta dos objetivos diversos do lazer, elas devem ser denominadas RPA.

A Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), por sua vez, vale-se do termo aeronaves não tripulada para determinar de forma genérica as aeronaves de uso civil, tendo como aplicabilidade circular no espaço aéreo mediante ações aerodinâmicas e que não possuem piloto a bordo (BRASIL, 2017, p.4). À vista disso, a ANAC subdivide o gênero em três categorias, quais sejam: aeromodelos, aeronaves autônomas, aeronaves remotamente pilotadas.

No que tange ao objetivo do emprego da aeronave não tripulada pelo regulamento da ANAC, ela é denominada aeromodelo quando não é tripulada/pilotada remotamente e usada com o propósito de recreação e lazer. Já a aeronave autônoma, no que lhe concerne, uma vez programada, não permite a intervenção do piloto remoto no voo ou em parte dele, sendo o uso desse tipo de aeronave vedado no território nacional.

Segundo o entendimento das normas da ANAC, a correta terminologia no Brasil para as aeronaves não tripuladas e usadas para fins diversos da recreação é aeronave remotamente pilotada, critério pelo qual a presente pesquisa adota a sigla RPA, cuja finalidade, como dito, é diversa da recreação, e, ainda que, o piloto não esteja a bordo, controla remotamente a aeronave através de um dispositivo de troca de informações. Assim sendo, a sigla RPA é o sentido que mais se adequa ao uso nas atividades de segurança pública, haja vista a natureza e os fins das operações desenvolvidas.

Há ainda o termo RPAS (sistema de aeronave remotamente pilotada), que nada mais é do que um sistema RPA. Em outras palavras, as RPAS referem-se ao conjunto de todos os componentes que envolvem o voo de uma RPA, tais como: a estação de pilotagem remota, o link ou enlace de comando que possibilita o controle da aeronave, equipamentos de apoio, dentre outros (PECHARROMÁN; VEIGA, 2017, p.8). Inclusive, sendo o termo adotado tecnicamente pela Organização da Aviação Civil Internacional (OACI).

Outrossim, por mais que o termo aeronave remotamente pilotada possa parecer autoexplicativa, conveniente se faz tecer algumas definições como forma de elucidar quaisquer dúvidas acerca do termo adotado. Diante disso, serão apresentadas algumas definições.

Conforme a inteligência de Rodrigues:

As aeronaves remotamente pilotadas podem ter suas asas fixas ou circulares realizando rotações e até mesmo serem mais leves do que qualquer outra aeronave e são capazes de voar sem tripulação. Dentro destas aeronaves estão os sistemas de propulsão, aviônica (sistema eletrônico, equipamento e outros dispositivos), combustível, navegação e data links (equipamento para a transmissão e recepção automática de informação) (2015, p.28).

Corroborando com o entendimento acima, Marques (2007, p.1) informa que o conceito de RPA, segundo o Departamento de Defesa dos Estados Unidos é “veículo aéreo motorizado que não transporta um operador humano, usa forças aerodinâmicas para a sustentação aérea, pode voar de maneira autônoma ou ser pilotado por controle remoto, pode ser descartável ou recuperável, e pode transportar uma carga útil letal ou não-letal.”.

Além das acima destacadas, é comumente encontrada a expressão Veículos Aéreos Não Tripulados (*Unmanned Aerial Vehicle* - VANT), porém essa nomenclatura ocasionou alguns questionamentos acerca da autonomia do dispositivo, principalmente, por não deixar clara a intervenção humana ou não. De modo que, hoje, em conformidade com a Instrução do Comando da Aeronáutica (ICA) 100-40, publicada pelo Departamento de Controle do Espaço Aéreo (DECEA), o termo VANT é considerado obsoleto na comunidade internacional de aviação (BRASIL, 2018a, p.9).

Com base dessas noções, o presente estudo evidencia nos próximos tópicos o desenvolvimento histórico das RPA, com destaque para as principais atuações ao longo dos séculos; a norma que versa acerca do tema, abordando os aspectos jurídicos que autorizam a utilização das aeronaves não tripuladas por partes dos órgãos de segurança pública; e ainda elenca as diferentes possibilidades de adoção/aplicação das RPA.

1.1. Contextualização Histórica das RPAs

Historicamente, segundo Neto Alves (2008, p.4), o primeiro emprego de aeronaves não tripuladas foi deflagrada em 22 de agosto de 1849, quando o exército austríaco investiu contra a cidade de Veneza, na Itália, cerca de 200 balões carregados de explosivos temporizados e guiados apenas pela ação dos ventos, o que de certo modo ocasionou uma imprecisão nos ataques. Desde então, constatou-se assim uma série de avanços/adaptações, rumo às necessidades frente ao campo de batalha decorridos dos inúmeros conflitos que se estenderam ao longo dos séculos.

Oficialmente, na visão de Camacho e Yuhas, (2014, p.8), acredita-se que a primeira aeronave remotamente pilotada construída no mundo foi no

ano de 1916 por Elmer e Lawrence Sperry. A RPA denominada de *Sperry's Aerial Torpedo* foi uma combinação de dois sistemas giroscópicos (estabilizar e direcionar), de modo que, em seis de março de 1918, foi realizado seu primeiro voo na aldeia Copiague, Long Island, Nova Iorque. Ressalta-se que o *Sperry's Aerial Torpedo* também foi batizado de *flying bomb* e é considerado um dos antecessores dos mísseis guiados, havendo inclusive sendo testada durante a Primeira Guerra Mundial, conforme Bone e Bolkcom (NETO ALVES, 2008, p.4).

Durante mais de dez anos após o término da Primeira Grande Guerra Mundial o emprego das RPAs foi deixado de lado, e boa parte dos projetos em desenvolvimento foram empregados em tarefas de treinamento. Destacando-se naquele tempo o DH.82B Queen Bee, considerado à época a primeira RPA retornável do mundo. Idealizado com o propósito de servir de alvo para os atiradores da Real Marinha Britânica, o *Queen Bee* voava a uma altitude de cerca de 17.000 (dezessete mil) pés, com um raio operacional de 300 (trezentas) milhas, ou seja, ele podia voar em torno de 5.000 (cinco mil) metros em uma velocidade de 480 (quatrocentos e oitenta) quilômetros. Ao total foram mais de 380 (trezentos e oitenta) desses veículos, desde o seu primeiro voo realizado em 1935 até seu último em 1947 (NETO ALVES, 2008, p.4).

Argumenta Hardgrave (2005) que entre as décadas de 1930 e 1940, os Estados Unidos desenvolveram projetos de RPA radio controlados, tais como: (RP-1, RP-2, RP-3 e RP-4), inclusive chegando até ser usado pelo seu exército. No entanto, foi a Alemanha, na batalha da Inglaterra, a grande precursora no emprego das RPA durante a Segunda Guerra Mundial, com o lançamento das bombas voadoras V-1, resultado dos avanços no controle por radiofrequência.

Nas décadas que se seguiram, o emprego das RPAs sofreu as mais variadas modificações, e a mais radical adveio com o início da Guerra Fria, em 1945, quando os veículos aéreos deixaram de serem meros lançadores de armas e busca de alvos não humanos, para se tornar um verdadeiro “espião” e coletor de dados. Outro momento importante da evolução das RPAs ocorreu nas décadas de 1950 e 1970, quando os EUA, utilizou o modelo *Firebee* nas guerras da Coreia e do Vietnã, como ferramenta de reconhecimento e vigilância (NUNES, 2017, p.37).

Daquele tempo até então, as RPA começaram a contar com a mais

alta tecnologia, e atuaram em vários momentos da história, como a Guerra do Golfo em 1991, Kosovo em 1999 e a do Afeganistão em 2001, ressaltando que foi somente a partir dos ataques do 11 de setembro que se banalizou o uso das aeronaves remotamente pilotadas na última década.

Vale destacar que no cenário nacional, de acordo com Amorim; Oliveira, 2017, p.135, os primeiros relatos no desenvolvimento das RPAs datam da década de 1980, quando foi desenvolvido o projeto Acauã, através do Centro Tecnológico Aeroespacial (CTA), que tinha como meta o desenvolvimento e a ampliação do conhecimento nas áreas de telecomando, controle e telemetria. A partir de tais objetivos foram desenvolvidos, ao total, cinco protótipos, sendo o primeiro voo realizado em 1985. Diante deste panorama, imperioso se faz o entendimento sobre os aspectos jurídicos que envolve a adoção das RPAs por órgãos da Administração Pública.

1.2. Aspectos Legais Para a Utilização de RPA por Parte dos Órgãos da Segurança Pública

Para explicar acerca da normatização do emprego de RPA através dos órgãos de segurança pública, faz-se mister, a princípio, denominar o que venha a ser segurança pública e seus principais objetivos.

Conforme ensina Antônio Houaiss, em seu minidicionário de língua portuguesa, o termo, segurança, significa: “1. Ação ou efeito de tornar seguro; 2. Estado ou condição do que está protegido; 3. Indivíduo responsável pela proteção pessoal de alguém ou algo.” (HOUAISS, 2004, p. 670), do mesmo modo o autor expõe o sentido da palavra público como sendo, “1. Relativo ou pertencente a uma coletividade; 2. Que pertence a todos”. (HOUAISS, 2004, p. 606-607).

Portanto, partindo das acepções acima pode-se depreender que segurança pública nada mais é do que um conjunto de medidas pertencentes a uma coletividade que visa assegurar a proteção pessoal e patrimonial dos seus indivíduos por parte da Administração Pública.

Neste aspecto, Jorge Luiz Bezerra afirma que:

[...] a expressão segurança pública implica a condição de tranquilidade e paz social que deve ser assegurada ao povo em geral e ao indivíduo quanto a sua pessoa e seu patrimônio, livres de perigo e danos pela ação preventiva e repressiva das polícias civil (inclusive federal) e militar, que atuam no interesse da manutenção da ordem política social. O Poder de Polícia, que é exercido pelo Estado, atua de formas preventiva e repressiva não só no âmbito da Polícia Administrativa, quanto na Judiciária (BEZERRA, 2008, p. 23).

Nesse sentido, e mediante exame da normatização nacional em vigor, as normas vigentes acerca da regulamentação da atividade das RPA no Brasil são controladas pelos seguintes órgãos:

I) Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) – é uma agência reguladora federal, com finalidade de fiscalizar e regular as atividades da aviação civil e infraestrutura aeronáutica e aeroportuária do Brasil, tanto no que diz respeito aos aspectos econômicos quanto às atividades de certificação, fiscalização, normatização e representação institucional, cujas normas de RPAS são reguladas através do Regulamento Brasileiro de Aviação Civil Especial (RBAC – E) nº 94/2017;

II) Departamento de Controle do Espaço Aéreo (DECEA) – é a organização responsável pelo controle do espaço aéreo brasileiro, subordinada ao Ministério da Defesa e ao Comando da Aeronáutica, ou seja, é o órgão responsável por autorizar, bem como legislar acerca do uso do espaço aéreo, a DECEA emitiu a instrução de comando da aeronáutica (ICA) 100 – 40, de 2018, que regula o voo comercial das RPA, bem como a circular de informações aeronáuticas (IAC) 17/2017 responsável por regulamentar o voo de aeromodelos, e a IAC 24/2018 que trata do uso de RPA por órgãos de segurança pública e que será objeto de análise adiante;

III) Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) – é uma agência reguladora, vinculada ao governo federal, encarregada de administrar e fiscalizar o uso de radiofrequência dessas aeronaves, cujos requisitos e condições são tratados nos termos da resolução nº 506, de 01 de julho de 2008.

Ressalte-se, ainda, que além das normas editadas por esses órgãos, o Brasil é signatário da OACI desde o ano de 1945, logo, deve seguir todas as

normas e recomendações expedidas pela principal organização governamental de aviação civil.

Frise-se que não faz parte deste trabalho exaurir todas as legislações específicas acerca do uso das RPAs no Brasil. Não obstante, visando cumprir um dos objetivos da presente pesquisa é salutar uma análise sobre a circular de informações aeronáuticas (AIC) nº 24/18.

Instituída em 11 de junho de 2018, a AIC 24/18, tem por finalidade regulamentar todos os procedimentos de responsabilidades necessárias para o acesso ao Espaço Aéreo Brasileiro por RPA, com uso exclusivamente voltado às operações dos Órgãos de Segurança Pública (OSP), da Defesa Civil (DC) e de Fiscalização da Receita Federal do Brasil (RFB) (BRASIL, 2018, p.1).

Para fins de aplicação de tais regras em operações de segurança pública, a Constituição Republicana de 1988, inaugurando o Capítulo III, do Título V (Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas), elenca como órgãos da Segurança Pública aqueles previstos no seu art. 144.³

Ademais, destaque-se que a adoção dessas tecnologias disponíveis no mercado vem apresentando resultados positivos às novas áreas de proveito humano, principalmente, diante da eficiente maximização nas atividades de segurança pública, de forma que, tais atividades, hoje, podem ser compreendidas consoante a AIC 24/18, como: a) Policiamento ostensivo e investigativo; b) policiamento e vigilância em áreas de responsabilidade; c) ações de inteligência; d) apoio ao cumprimento de mandado judicial; e) controle de tumultos; distúrbios e motins; f) escoltas de dignitários, presos, valores e cargas; g) operações de busca terrestre e aquática; h) controle de tráfego rodoviário, ferroviário e urbano; h) prevenção e combate a incêndios; j) patrulhamento urbano, rural, ambiental, litorâneo e de fronteiras; k) repressão ao contrabando e descaminho; e l) gestão e execução das atividades de fiscalização (BRASIL, 2018, p.2).

É relevante sublinhar que a Circular em comento somente é aplicada nas

³Ex vi do Art. 144: A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I - polícia federal; II - polícia rodoviária federal; III - polícia ferroviária federal; IV - polícias civis; V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

aeronaves de classe 3, isto é, com peso máximo de decolagem igual ou inferior a 25 kg (vinte e cinco quilogramas), devendo as RPAs que não fazem parte do presente parâmetro, passarem pela certificação da ANAC para ter acesso ao espaço aéreo brasileiro.

Em relação às aeronaves totalmente autônomas, ou seja, aquelas que uma vez iniciado o voo o piloto remoto não é capaz de intervir, independentemente da finalidade, continuam proibidas no Brasil, uma vez que podem causar riscos às outras aeronaves, às pessoas, animais e propriedades no solo.

Além disso, a AIC 24/18, comina que a responsabilidade do operador de RPA está condicionada a pessoa que se dedica ou se propõe a se dedicar à pilotagem, pois possui as mesmas responsabilidades alusivas a um piloto de aeronave tripulada, bem como toda autoridade final em sua atuação, ficando restrito ao piloto o transporte de cargas perigosas e substâncias que possam causar danos à saúde, à propriedade e ao meio ambiente (BRASIL, 2018, p.10).

Outro aspecto peculiar é a obrigatoriedade de um seguro com cobertura para danos causados a terceiros nas operações que envolvam RPA, todavia, esse seguro não se estende as aeronaves pertencentes a entidades controladas pelo Estado. O fato é que, na prática, o Estado a fim de proteger as pessoas, os operadores e até mesmo o próprio Estado adota uma série de medidas sistêmicas de uniformização de condutas, sejam internas ou externas, para que possam exercer o fiel cumprimento da presente circular.

Desta maneira, é incontestável que os sistemas de aeronaves não tripuladas devem possuir uma estrutura tão completa quanto as realizadas pelos voos convencionais e buscar os mesmos níveis de segurança, uma vez que qualquer acidente envolvendo uma dessas aeronaves pode trazer efeitos tão danosos quanto um acidente que envolva aeronaves tripuladas.

Outrossim, o descumprimento das regras preconizadas pela AIC 24/18, vai ao encontro das sanções e penalidades previstas nas esferas civil, administrativa e penal, a exemplo dos artigos que tratam da incolumidade física das pessoas (art. 132 do Código Penal)⁴, da exposição de aeronaves a perigo

⁴ Art. 132 - Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente: Pena - detenção, de três meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave. Parágrafo único. A pena é aumentada de um sexto a um terço se a exposição da vida ou da saúde de outrem a perigo decorre do transporte de pessoas para a prestação de serviços em estabelecimentos de qualquer natureza, em desacordo com as normas legais.

e da prática irregular da aviação (art. 261 do CP)⁵, e na lei de Contravenções Penais (art.35)⁶ (BRASIL, 2018, p.17).

É válido lembrar que além da AIC 24/18, existe um projeto de lei nº 1677, de 2017, cuja autoria foi do senador Wilder Moraes e que tem por objetivo disciplinar o uso de RPA pelos órgão de segurança pública, atualmente, tal projeto foi aprovado em decisão terminativa no Senado Federal e foi encaminhado à Câmara dos Deputados.

1.3. Possibilidades de Uso dos Drones (Aeronaves Remotamente Pilotadas) na Segurança Pública

Segundo Almeida, Leal e Martins (2016, p.1) a definição da Organização de Aviação Civil Internacional (*International Civil Aviation Organization* - ICAO), acerca das RPAs é no sentido de que “[...] são todas as aeronaves que não possuem um piloto a bordo para serem guiadas, e podem ser aplicados em vários seguimentos, tais como: segurança, vigilância, agricultura, entre outros”, ou seja, buscam apresentar possíveis ideias de aproveitamento desta tecnologia.

Em uma análise sobre a regulamentação existente e aplicável as forças de segurança no tópico anterior, ficou comprovado ser possível o emprego institucional das RPAs em um amplo rol de cenários, tanto em áreas urbanas, quanto rurais, pois a tecnologia existente atingiu maturidade suficiente para apresentar opções de equipamentos capazes de atender a várias necessidades operacionais enfrentadas pela administração (SILVA, 2018, p.44).

Além do mais, é imperioso evidenciar que graças a modificação legis-

⁵ Art. 261 - Expor a perigo embarcação ou aeronave, própria ou alheia, ou praticar qualquer ato tendente a impedir ou dificultar navegação marítima, fluvial ou aérea: Pena - reclusão, de dois a cinco anos.

⁶ Art. 35. Entregar-se na prática da aviação, a acrobacias ou a voos baixos, fora da zona em que a lei o permite, ou fazer descer a aeronave fora dos lugares destinados a esse fim: Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis.

⁷ Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129347>>. Acesso em: 16 abr. 2019.

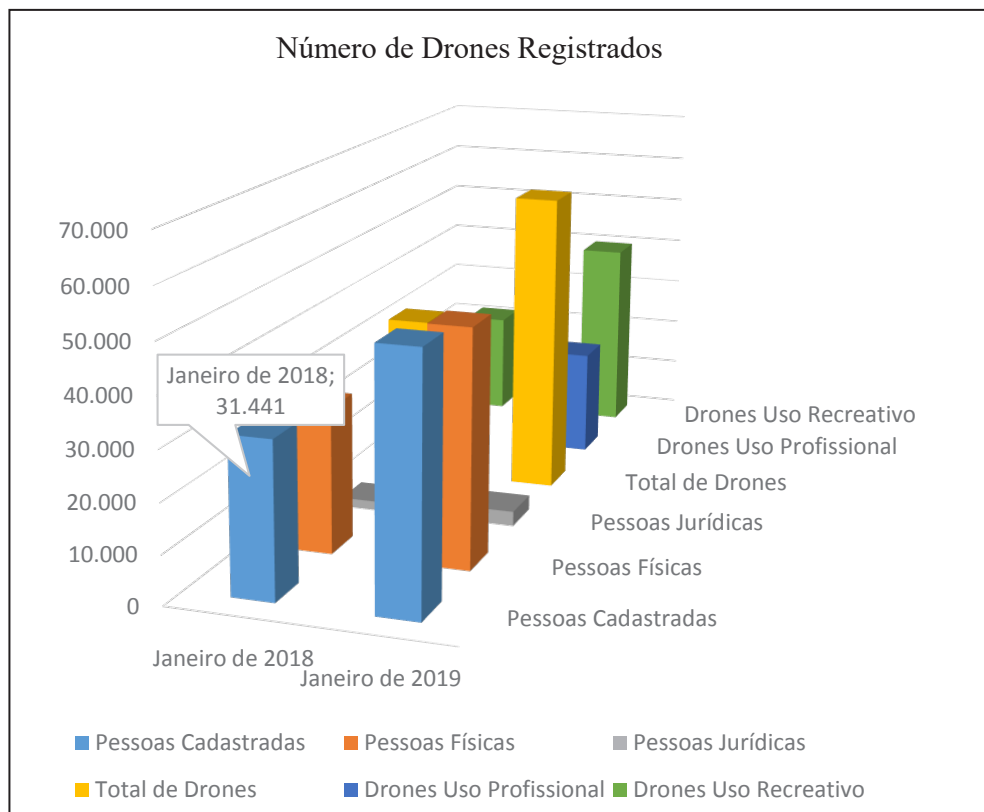
lativa brasileira, em agosto de 2017 passou-se a permitir a utilização de RPA em áreas urbanas, conseqüentemente, possibilitou uma maior ampliação e aplicação de aeronaves não tripuladas pelos órgãos de segurança pública, especialmente em alguns casos.⁸

O crescimento exponencial das aeronaves remotamente pilotadas nos últimos anos tem se mostrado crescente na administração pública, de modo que, atualmente, pelo menos 36 órgãos da administração pública e defesa civil do país já se utilizam dessas aeronaves como suporte nas suas operações, conforme dados da Aeronáutica (TOLEDO, 2019).

Segundo dados da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), até janeiro de 2019, havia 62,0 mil drones regulamentados no Brasil, quase que o dobro em relação a janeiro do ano passado que contava com 33,6 mil drones

⁸ Neste sentido, relaciona-se: a) policiamento ostensivo (emprego preventivo); b) ações de inteligência; c) reconhecimento e vigilância de locais públicos para produção de inteligência; d) levantamento de informações para planejamento de operação e pedido de mandados de busca e apreensão; e) acompanhamento do cumprimento de mandados de busca, apreensão e prisão; f) levantamento e acompanhamento de atividades ilícitas ou irregulares; g) identificação de indivíduos em flagrante delito; h) acompanhamento de operações policiais de repressão e de fiscalização; i) acompanhamento de autores reincidentes em roubo, porte ilegal e homicídio; j) segurança de instalações e de dignitários; k) acompanhamento de escoltas e avaliação do perímetro; l) cerco e bloqueio; m) monitoramento de entradas em áreas de risco; n) operações em shows, espetáculos ou grandes eventos; o) reintegrações de posse; p) manifestações públicas e grevistas; q) aumento da visibilidade em patrulhamento preventivo; r) monitoramento de áreas de invasões e ocupações irregulares; s) monitoramento e acompanhamento do tráfego e bloqueios viários; t) monitoramento e vigilância da malha viária urbana; u) monitoramento de trânsito; v) fotografia e filmagem de eventos de interesse; w) acompanhamento de abordagens e apoio a militares em locais de risco; x) acompanhamento de veículos suspeitos ou em fuga; y) monitoramento e registro de operações de controle de distúrbios civis e manifestações; z) apoio aos postos de comando de grandes ocorrências (Comando e Controle - C2); aa) avaliação em caso de paralisações dos meios de transporte; bb) operações de busca terrestre e aquática; cc) patrulhamento urbano, rural, ambiental e de fronteiras; dd) execução de atividades de fiscalização; ee) desenvolvimento de operações em zonas hostis ou em missões aéreas consideradas de alto risco; ff) intervenção em ocorrências complexas (refém, presídio, captura em área de mata, busca em edificações); gg) ações de busca em locais de difícil acesso; hh) produção de mapa georreferenciado que permita a análise inicial do local e que possa ser utilizado para o planejamento de operações, cerco e bloqueio; ii) monitoramento e rastreamento dos locais de infrações ambientais; jj) monitoramento e vigilância de divisas estaduais; kk) monitoramento de áreas de proteção ambiental; ll) controle de licenciamento ambiental; mm) fiscalização de desmatamentos e atividades de mineração; nn) fiscalização e monitoramento em áreas de mananciais e florestas; oo) acompanhamento de operações policiais ambientais; pp) monitoramento e vigilância das rodovias, de praças de pedágio; qq) localização de infratores em fuga ou homiziados (mata, terreno, edificações); rr) atuação em ocorrências de explosão de agências bancárias; ss) coleta de informações em ocorrências com reféns, rebeliões, fuga de presos e gerenciamento de crise; tt) monitoramento de perímetro em cerco em edificações ou em matas; uu) avaliação em ocorrências com artefato explosivo. (SILVA, 2018. p.46-47).

registrados. Frise-se que esse crescimento difuso também se refletiu nos equipamentos que têm funções profissionais, pois após analisar o período de janeiro de 2018 a janeiro de 2019, observou-se um aumento de 9,7 mil drones voltados para esse segmento (ANAC, 2019), como se observa no gráfico abaixo:



Fonte: ANAC, 2019 (Sistema de Aeronaves Não Tripuladas).

O gráfico acima aponta o número de drones registrados no Brasil, conforme extraído do sítio da ANAC. Verifica-se um aumento considerável dessas aeronaves em apenas um ano, e em todos os segmentos, chegando a 62% para pessoas cadastradas, 61,8% pessoas físicas, 64,5% pessoas jurídicas, 84,2% para o total de drones, 80,2% para drones com uso profissional e 86,5% para os drones com uso recreativo.

E esse aumento significativo é fruto das novas regulamentações apro-

vadas pelo DECEA (Departamento de Controle do Espaço Aéreo), do Ministério de Defesa, que instituiu/facilitou o uso de RPAs (drones) por órgãos governamentais em operações de segurança pública, defesa civil e fiscalizações da Receita Federal. Frise-se que antes do advento dessas regulamentações não existia uma padronização quanto ao uso e era necessário analisar caso a caso, o que na prática dificultava as operações pelos órgãos públicos.

1.4. O Princípio da Eficiência e a Utilização das RPAs (Drones)

Instituído no enunciado normativo do artigo 37, *caput*, da Constituição Republicana de 1988, através da emenda constitucional nº 19/1998, o princípio da eficiência antes mesmo de ganhar assento constitucional já era deliberado pelos doutrinadores brasileiros como o emprego/dever de boa administração por parte do Estado.

Sob o vértice histórico e conforme Nobre Júnior (2005, p.224) “O ponto de partida da positivação de dito princípio coube ao legislador infraconstitucional, especificamente ao Decreto-lei 200, de 25 de fevereiro de 1967, que estabeleceria diretrizes para reforma da Administração Pública Federal.”

Nesta senda, outros doutrinadores já constatavam tal princípio mediante a interpretação de alguns dispositivos constitucionais, a exemplo do §7º do art. 144, que determina o disciplinamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades (CAMPOS, 2018, p.10). Logo, observa-se que mesmo antes da materialização positiva da emenda constitucional nº 19/98, os órgãos da segurança pública já se norteavam pelo princípio da eficiência.

Contudo, somente a partir da positivação da aludida emenda a normatividade do princípio da eficiência foi ampliada, passando a nortear a Administração Pública brasileira, compreendendo como o dever administrativo de melhor atender à consecução dos fins, de interesse público, a que está vinculada a Administração, laborando, para tanto, com o menor custo (NOBRE JÚNIOR, 2005, p. 220).

O princípio da eficiência revela uma inequívoca premissa de atendimento ótimo para o alcance da finalidade pública, seja quanto a um ato ad-

ministrativo vinculado (onde a decisão advém da lei) ou à solução de uma questão discricionária que requer a tomada de decisão apropriada (dentro dos parâmetros legais, com margem de liberdade na atuação). Em outras palavras, eficiência administrativa é prestar serviço de qualidade, é atingir o objetivo finalístico da Pública Administração (interesse/bem-estar coletivo) de forma adequada. Neste caminho, não há de se falar de eficiência administrativa sem cuidar da racionalização (estratégias adotadas para se atingir uma finalidade), da produtividade (relacionada a eficácia/resultado da ação), da economicidade (questão custo-benefício) e da celeridade (atuar em tempo otimizado e hábil).

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2013) o princípio da eficiência nada mais é que uma “faceta” de um postulado superior, qual seja: o princípio da boa administração que gera o desenvolvimento da atividade administrativa da maneira mais coerente, mais conveniente e cabível aos fins a serem alcançados.

Nos ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2018), o princípio da eficiência está inserido em um dos objetivos da Reforma do Estado que viabilizará que o mesmo assuma decisões mais corretas e efetivas, e que os seus serviços “operem muito eficientemente”.

Deste modo, a eficiência seria a soma de todos os demais postulados constitucionais, bem como o principal objetivo da Administração Pública. De fato, os princípios são o âmago do sistema jurídico, responsáveis por dispor de uma compreensão harmônica e racional, permitindo retirar o real entendimento do conteúdo, além da sua forma de organização. Todavia, não se condicionam ao auxílio do conhecimento, além disso possui valor de norma, na medida em que várias vezes são responsáveis pela resolução de um fato concreto (SUNDFELD, 2010).

Assim, foi com alicerce no princípio da eficiência que os órgãos de segurança pública passaram a utilizar a tecnologia em comento, principalmente para o monitoramento, prevenção e combate a crimes, tendo em vista melhores resultados nesta seara. A título de exemplo, o mais novo programa anunciado pela secretária de segurança pública do Estado de São Paulo, denominado de Dronepol, estabelece a inserção de drones em tempo real nas execuções das atividades de policiamento ostensivo e preventivo (VIEIRA, 2019).

Neste sentido, a análise da inclusão da tecnologia das RPAs nas ações de segurança pública confirma que são diversas as possibilidades de aplicação dessas aeronaves, mormente, quanto ao fortalecimento do exercício das suas atribuições constitucionais, com ênfase no princípio da eficiência, dado o baixo custo operacional, redução de risco à tripulação, entre outros.

Saliente-se que o emprego das RPAs pelos órgãos de segurança pública ainda é incipiente e, portanto, não está consolidado. Entretanto se mostra como um campo plenamente promissor, carecendo de maiores esforços no sentido de regimentar sua documentação junto a aeronáutica e desenvolver o uso dessas aeronaves em missões nas quais realmente sejam indispensáveis, priorizando, destarte, a segurança da tripulação e gerando economia aos cofres públicos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse diapasão, em que pese ser embrionária a utilização de aeronaves não tripuladas por órgãos da segurança pública, conforme regulamentação trazida à baila, hodiernamente, o uso desse elemento permite fundar algumas considerações sobre a questão, dentre elas, o fato de que há inúmeras possibilidades de utilização de RPA na Administração Pública, seja direta ou indiretamente.

É importante esclarecer que essa tecnologia não tem o condão de eliminar postos de trabalhos, e, sim, o contrário, visa, através da atuação conjunta, agregar esforços a fim de mitigar as limitações existentes dentro de cada setor e, conseqüentemente, estimular a complementação das atividades em cada área que compõe a segurança pública.

No que pertine às normas existentes, averiguou-se, com base em uma análise preliminar, os principais pontos, tendo somente a IAC 24/18 como regramento específico que disciplina a utilização de aeronaves não tripuladas pelos órgãos de segurança pública.

Deste modo, com as devidas explanações a respeito da temática, vislumbra-se um avanço positivo quanto a inclusão das aeronaves remotamente pilotada através dos órgãos de segurança pública, haja vista ser um instrumen-

to que incrementa a sua atuação juntamente com outras aeronaves tripuladas e/ou outras fontes, com baixo custo operacional e com qualidade na execução.

Nos moldes do que foi evidenciado neste trabalho, é fato que as RPAs trouxeram melhorias na atuação de segurança da Pública Administração, pois agilizam as ações operacionais, melhoram a produtividade na atividade de segurança pública, diminuem o tempo de atendimento ao cidadão e economizam recursos logísticos e humanos, ou seja, estão em consonância com o princípio preconizado no art. 37 da CF, o da eficiência.

Diante disso, é pertinente salientar que o uso embrionário dessas aeronaves não vai constituir uma espécie de fórmula mágica para solução dos conflitos da segurança pública. Contudo, pode-se afirmar que esse novo tipo de instrumento era o objeto que faltava para auxiliar em necessidades operacionais especiais de segurança pública.

Frise-se que o presente trabalho não pretendeu exaurir o debate acerca do assunto, posto que o marco da permissão deste tipo de aeronave pelos órgãos públicos se deu em 2017. Trata-se de tema atualíssimo e de repercussão social, num campo riquíssimo de novos aprendizados, cujo uso dessas aeronaves, como peças singulares, se tornou fundamental para auxiliar o sistema de segurança pública, numa via de mão dupla entre o Estado e a sociedade, onde se impõe um reordenamento do sistema jurídico quanto aos novos parâmetros tecnológicos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gian Lucas Nunes de; LEAL, André Bittencourt; MARTINS, Ricardo Ferreira. **Caracterização de pontos de tomada de decisão em missões de Vants modeladas por autômatos de estados finitos**. In: SEMINÁRIO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA, 26, 2016, Joinville. Disponível em: http://www1.udesc.br/arquivos/id_submenu/2551/33.pdf. Acesso em: 30 dez. 2018.

AMORIM, João Schorne de; OLIVEIRA, Leonardo Pires. Análise da legalidade do emprego de veículos aéreos não tripulados (VANTS) na atividade de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública. **Revista ordem pública e defesa social**, Santa Catarina; v.8, n.2, p.131-144, jul./dez., 2015.

BEZERRA, Jorge Luiz. **Segurança pública, uma perspectiva político criminal à luz da teoria das janelas quebradas**. São Paulo: Blucher Acadêmico, 2008.

BISPO, Christiano Carvalho. **A utilização do veículo aéreo não tripulado nas atividades de segurança pública em Minas Gerais**. 2013. 146 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Segurança Pública) – Academia de Polícia Militar de Minas Gerais e Fundação João Pinheiro. Belo Horizonte, 2013.

BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. **Regulamento Brasileiro da Aviação Civil Especial RBAC-E no 94**. Resolução no 419, de 2 maio de 2017. Requisitos Gerais Para Aeronaves Não Tripuladas de Uso Civil. Brasília, DF, 2017. Disponível em: http://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/rbha-e-rbac/rbac/rbac-e-94-emd-00/@@display-file/arquivo_norma/RBACE94EMD00.pdf. Acesso em: 16 abr. 2019.

BRASIL. **Agência Nacional de Aviação Civil**. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/drones/quantidade-de-cadastros>. Acesso em: 28 abr. 2019.

BRASIL. **Código brasileiro de aeronáutica**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7565.htm. Acesso em: 18 dez. 2018.

BRASIL. **Código penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em: 30 dez. 2018.

BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 01 abr. 2019.

BRASIL. **Lei das contravenções penais**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm. Acesso em: 30 dez. 2018.

BRASIL. Ministério da Defesa. Comando da Aeronáutica. Departamento do Controle do Espaço Aéreo. **Circular de Informações Aeronáuticas (AIC) nº 24, de 11 de junho de 2018.** Aeronaves Remotamente Pilotadas Para Uso Exclusivo em Operações dos Órgãos de Segurança Pública, da Defesa Civil e de Fiscalização da Receita Federal. Brasília, DF, 2018. Disponível em: <https://publicacoes.decea.gov.br/?i=publicacao&id=4784>. Acesso em: 16 abr. 2019.

BRASIL. Ministério da Defesa. Comando da Aeronáutica. Tráfego Aéreo. **Instrução do Comando da Aeronáutica (ICA) 100-40:** aeronaves não tripuladas e o acesso ao espaço aéreo brasileiro. Brasília, DF, 2018a. Disponível em: <https://publicacoes.decea.gov.br/?i=publicacao&id=4944> . Acesso em 16 abr. 2019.

CAMACHO, Lawrence; YUHAS, Cheryl. **Civil UAV capability assessment.** NASA, 2004. Disponível em https://www.nasa.gov/centers/dryden/pdf/111761main_UAV_Capabilities_Assessment.pdf. Acesso em: 09 mar. 2019.

CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. **O princípio da eficiência no processo civil brasileiro.** Rio de Janeiro: Forense, 2018.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social.** 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

HARDGRAVE. **O pioneirismo com o VANT.** Estados Unidos da América, 2005. Disponível em: <http://www.ctie.monash.edu.au/hargrave/> . Acesso em: 09 mar. 2019.

HOUAISS, Antônio. **Minidicionário Houaiss da língua portuguesa.** 2. ed. rev. e aum. – Rio de Janeiro: Objetivo, 2004.

MARQUES, Rogério Barbosa. **Utilização de vant no auxílio à defesa de superfície de base aérea expedicionária.** Instituto Tecnológico de Aeronáutica, São José dos Campos, 2007. Disponível em: http://www.sige.ita.br/anais/IXSIGE/Artigos/CC_11.pdf. Acesso em: 09 abr. 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 30 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes; FILHO, José Emmanuel Burle; BURLE, Carla Rosado. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

NETO ALVES, Armando. **Geração de trajetórias para veículos aéreos autônomos não tripulados**. Belo Horizonte, 2008. Originalmente apresentada como dissertação de mestrado, Universidade Federal de Minas Gerais, 2008. Disponível em: http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/RVMR7LKGQL/armandoalves_dissertacao.pdf?sequence=1. Acesso em: 13 jul. 2018.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Administração Pública e o princípio constitucional da eficiência**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v.241: 209:240, jul/set. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43371/44674>. Acesso em: 25 abr. 2019.

NUNES, Tiago Javurek. **Aplicação da tecnologia através de drones no corpo de bombeiros militar de Santa Catarina**. Araranguá, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/181442/projeto%20p%C3%B3s%20UFSC%20-%20Tiago%20Javurek%20Nunes.pdf?sequence=1>. Acesso em 18 jul. 2018.

PECHARROMÁN, José María Peral; VEIGA, Ricardo. **Estudo sobre a indústria brasileira e europeia de veículos aéreos não tripulados**. Diálogos setoriais União Europeia – Brasil, 2017. Disponível em: http://www.mdic.gov.br/images/publicacao_DRONES-20161130-20012017-web.pdf. Acesso em: 25 ago. 2018.

Di PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RODRIGUES, Anna Carolina Natale. **Drones e drone ART: poder militar, ética e resistência**. 2015. 123f. Dissertação (Mestrado em Estudos de Cultura Contemporânea) - Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, 2015.

SILVA, Jean Carlos Inácio. **Efeitos do uso de aeronave remotamente pilotada (RPA/drone) na vigilância e coleta de imagens para reprodução de conhecimento no campo da inteligência de segurança pública**. 2018. Monografia de conclusão de curso (especialista em segurança pública) – academia de polícia militar, centro de pesquisa de pós-graduação. Belo Horizonte, 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 5. ed., São Paulo, Malheiros, 2010.

TOLEDO, Luiz Fernando. Pelo menos 36 órgãos de segurança pública já usam drones no Brasil. **O Estadão**. Disponível em: <https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,pelo-menos-36-orgaos-de-seguranca-publica-ja-usam-drones-no-brasil,70002297742>. Acesso em: 28 abr. 2019.

TRINDADE, André Fernando dos Reis. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Atualizada até a EC n. 83, de 5 de junho de 2014. São Paulo: Saraiva, 2015.

VIEIRA, Paula. **Governo de São Paulo anuncia novo programa dronopol**. Disponível em: <http://www.ssp.sp.gov.br/LeNoticia.aspx?ID=43811>. Acesso em: 15 abr.2019.

A TECNOLOGIA *BLOCKCHAIN* APLICADA AOS CONTRATOS INTELIGENTES

BLOCKCHAIN TECHNOLOGY APPLIED TO SMART CONTRACTS

*Carla Arigony de Carvalho*¹
*Lucas Veiga Ávila*²

RESUMO

Este estudo trata da tecnologia *Blockchain* aplicada aos Contratos Inteligentes. Contratar é a forma mais usual de realizar negócios jurídicos e pode se dar através de um contrato predominantemente virtual. O Contrato Inteligente aglomera as informações em códigos e pode se utilizar do banco de dados compartilhado *Blockchain*. Isso tudo promete maior segurança e agilidade nas contratações. Contudo, a nova forma de contratar pode enfrentar o questionamento: A aplicação da tecnologia *Blockchain* aos Contratos Inteligentes traz benefícios ou dificulta a realização dos negócios jurídicos? Assim, o estudo a seguir verificará se os Contratos Inteligentes com *Blockchain* trazem facilidades ou dificuldades aos contratantes. Também, o trabalho analisará os conceitos de contratos, Contratos Inteligentes e *Blockchain*, abordará quais suas características, e demonstrará aplicação prática destas tecnologias, com o fito de evidenciar os benefícios ou dificuldades proporcionadas. O trabalho utilizará a metodologia indutivo-construtivista, a partir da construção de ideias particulares de cada um dos conceitos, com vistas a atingir uma premissa geral sobre os benefícios dessa tecnologia. A metodologia comparativa dos conceitos, a pesquisa documental e a bibliográfica acompanharão os estudos, com

¹ Advogada, graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria, RS (UFSM). Especializanda em Ciências Criminais (ULBRA).

² Professor Adjunto e Coordenador do Curso de Engenharia de Transportes e Logística na Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Doutor em Administração (UFSM).

fulcro em artigos, publicações e demais elementos impressos ou disponibilizados na internet. A partir desse estudo chega-se a conclusão de que a dita forma de contratação traz sim benefícios aos contratantes. Por fim, ressalta-se que é notável a relevância e contribuição da temática, visto que pode se aplicar não só aos contratos atípicos, mas também aos típicos.

PALAVRAS-CHAVE

Contratos; Contratos Inteligentes; *Blockchain*; Tecnologia; Benefícios.

ABSTRACT

This study deals with Blockchain technology applied to Smart Contracts. Hiring is the most common way of doing legal business and can be through a predominantly virtual contract. The Smart Contract collects information into codes and can use the shared Blockchain database. This all promises greater security and agility in hiring. However, the new way of hiring may face the question: Does applying Blockchain technology to Smart Contracts bring benefits or make it difficult to do legal business? Thus, the following study will check whether Blockchain Smart Contracts bring ease or difficulty to contractors. Also, the work will analyze the concepts of contracts, Smart Contracts and Blockchain, will address what their characteristics, and demonstrate practical application of these technologies, with the aim of highlighting the facilities or difficulties provided. The work will use the inductive-constructivist methodology, from the construction of particular ideas of each of the concepts, in order to reach a general premise about the benefits of this technology. The comparative methodology of concepts, documentary and bibliographical research will accompany the studies, with a focus on articles, publications and other elements printed or made available on the Internet. From this study it is concluded that this form of hiring does bring benefits to contractors. Finally, it is emphasized that the relevance and contribution of the theme is remarkable, since it can apply not only to atypical contracts, but also to typical ones.

KEYWORDS

Contracts; smart contracts; Blockchain; Technology; Benefits.

INTRODUÇÃO

O presente estudo trata da tecnologia *Blockchain* aplicada aos Contratos Inteligentes. Essa nova forma de contratar promete ser bastante eficiente e ágil nas contratações.

Os Contratos Inteligentes nada mais são que os contratos codificados e colocados em uma base de dados de execução automática e autônoma. Já a tecnologia *Blockchain*, também conhecida como a rede de nós compartilhada, é um banco de dados que armazena diversas informações codificadas, insere as cláusulas do Contrato Inteligente em blocos imutáveis, e garante que a execução das obrigações se dê de modo imediato, autônomo e à prova de violações. Isso tudo para conferir maior rapidez, segurança e praticidade aos participantes da rede.

Porém, como se sabe, apesar do avanço de tecnologias, ainda existe resistência quanto ao uso de determinados mecanismos ditos abstratos, bem como pensamento cético com relação ao seu funcionamento. Desse modo, a utilização dessa tecnologia pode enfrentar a seguinte problemática: A aplicação da tecnologia *Blockchain* aos Contratos Inteligentes traz benefícios ou dificulta a realização dos negócios jurídicos?

Nesse sentir, o objetivo deste trabalho é verificar se os Contratos Inteligentes que se utilizam da tecnologia *Blockchain* trazem facilidades ou dificuldades aos contratantes. Para isso, serão analisados os conceitos de contratos, Contratos Inteligentes e de *Blockchain*. Além do mais, o estudo abordará quais as suas características e peculiaridades, bem como analisará a aplicação prática destas tecnologias, com o fito de evidenciar as facilidades ou dificuldades por elas proporcionadas.

Também, ressalta-se que o trabalho parte de uma visão indutivo-constitutivista, eis que as ideias particulares sobre contratos, Contratos Inteligentes e *Blockchain* foram construídas ao longo do estudo para formar uma premissa geral acerca das facilidades ou dificuldades proporcionadas pelo uso da tecnologia. De igual forma, a metodologia comparativa e a pesquisa bibliográfica e documental foram essenciais para estruturar e guiar o trabalho.

Insta mencionar que o presente estudo é de suma importância e pode trazer algumas contribuições para a sociedade em geral, para o ambiente acadê-

mico e comunidade científica, além da evidente contribuição pessoal. Isso porque demonstra o uso de uma tecnologia aplicável não só aos contratos atípicos, mas também aos típicos que foram codificados em Contratos Inteligentes.

Veja-se que esse tipo de contrato que faz uso da tecnologia *Blockchain* não é uma realidade distante, pois existem diversas aplicações práticas desses modelos, como em atividades cartorárias, de registro de dados de identificação, de compra e venda, inclusive em cenário brasileiro. Nessa seara, o trabalho a seguir abordará todas as características dessas formas de contratação para evidenciar que tanto a tecnologia da *Blockchain* quanto dos Contratos Inteligentes trazem facilidades aos contratantes.

Trata-se, portanto, de ampliar nossos horizontes para tornar o uso de tecnologia cada vez mais comum, inclusive no âmbito jurídico, de modo a desfrutar dos benefícios que ela pode nos proporcionar.

1. CONTRATOS

Inicialmente, importa mencionar que a origem etimológica da palavra contrato vem do verbo *contrahere*, que guarda relação com ajuste, pacto ou convenção entre mais de um indivíduo (MIRANDA, 2008, p. 1). O contrato é inerente à própria sociedade humana, pois é uma necessidade oriunda do relacionamento social desde o início da civilização (LOPES, 2016, p. 6).

Assim, pode-se dizer que contrato é um acordo de vontades entre indivíduos, que possuem uma finalidade comum. Admitindo essa perspectiva, o contrato nada mais é que um ajuste feito entre indivíduos que veem no negócio jurídico em questão um objetivo comum a ser perseguido.

Na visão de Flávio Tartuce (2016, p. 2), contrato é ato jurídico bilateral, dependente de ao menos duas declarações de vontade e cujo objetivo é criar, alterar ou extinguir direitos e deveres de caráter patrimonial. Além disso, no dizer de Maria Helena Diniz (2008, p. 30) contrato é acordo de duas ou mais vontades, de acordo com a ordem jurídica e que refletem interesses entre as partes, para adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial.

Isso é, na disciplina de ambos os renomados autores, contrato é negócio jurídico que necessita obrigatoriamente de ao menos duas partes para

compor a relação. Nesse mesmo sentido, em uma análise contemporânea do conceito, Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 22) disciplina que contrato é espécie do gênero negócio jurídico, pois há diferença entre os negócios jurídicos unilaterais, onde basta uma manifestação de vontade, e os bilaterais ou plurilaterais, cujo consenso de vontades é indispensável.

Há ainda que se dizer que existe um viés pós-moderno do conceito de contratos, cuja característica principal é a solidariedade constitucional, que tem o condão de produzir efeitos patrimoniais e existenciais não só entre os pactuantes, mas também perante terceiros (NALIN, 2005, p. 255).

Também, merece citar que nem sempre um contrato estará inserido no campo das obrigações, eis que existem diversas formas de contratos privados, tal como o casamento, e de contratos públicos, como os celebrados pela Administração Pública (LOPES, 2016, p. 10).

Nessa seara, o conteúdo de um contrato deve expressar a vontade humana e ser eivado de licitude, respeitar os bons costumes, a boa-fé e a sua função social e econômica. É nesse contexto que os princípios e diretrizes do mundo jurídico norteiam os contratos. Fala-se, assim, em autonomia da vontade, visto que as partes dispõem de liberdade para contratar de acordo com os seus interesses. Além disso, menciona-se que tal liberdade é relativa, eis que pode ser limitada pela supremacia da ordem pública, frente à necessidade de observar o interesse público e os padrões morais e éticos, bem como de garantir a obrigatoriedade dos contratos (MIRANDA, 2008, p. 2-3).

Tem-se, então, que o Princípio conhecido como “*Pacta Sunt Servanda*”, que determina que o contrato faz lei entre as partes, recebe limitações, tal qual a autonomia da vontade. Dito isto, prevalece a autonomia, ainda que os contratos sejam obrigatórios, desde que estes estejam em consonância com a legislação e que não atentem contra a moral e bons costumes, isto é, que estejam nos limites da função social.

Além de tudo, é de salientar a necessidade de respeitar essa função social, que é expressamente tratada no artigo 421, do Código Civil³ (BRASIL,

³ Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

2002). Nessa perspectiva, o contrato deixa de ser interpretado na literalidade, com base apenas naquilo que foi assinado pelas partes, e passa a se relacionar com o meio social, atentando à finalidade coletiva deste (TARTUCE, 2016).

Esse princípio vai ao encontro do conceito pós-moderno de contrato, pois admite a repercussão do negócio jurídico inclusive no seio externo ao dos contratantes. Ademais, no dizer de Flávio Tartuce (2016) o respeito à função social do contrato evita o desequilíbrio contratual, protege a parte mais vulnerável da relação, *prima* pela dignidade humana e pelos direitos de personalidade e evita cláusulas abusivas ou antissociais.

Isso tudo é corroborado pelo Enunciado da I Jornada de Direito Civil, que determina que a função social dos contratos seja cláusula geral destes⁴. Cabe mencionar, que o texto de outro Enunciado da referida jornada dispõe, contudo, que o respeito à função social só é efetivado com a observância de todos os demais princípios dos contratos, como da boa-fé, eticidade, solidariedade, autonomia da vontade, dignidade da pessoa humana, dentre outros⁵.

Também, reforça-se a boa-fé objetiva que deve permear os contratos, igualmente amparada pelo texto do Código Civil⁶ (BRASIL, 2002). Trata-se da boa-fé objetiva, aquela que se espera do homem comum e que está relacionada ao comportamento do contratante durante a relação contratual. Fala-se, também, em boa-fé subjetiva, aquela que está ligada ao caráter psicológico, ao conhecimento ou ignorância do contratante quanto a algumas circunstâncias do negócio (GONÇALVES, 2012, p. 53).

Em síntese, um contrato cria vínculo jurídico entre as partes contratantes, determinando deveres e obrigações recíprocos e em conformidade com

⁴ Enunciado 22: A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas.

⁵ Enunciado 23: A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo CC, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

⁶ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

a legalidade. Ainda, entende-se que os contratos asseguram a situação jurídica, eis que devidamente registrados possuem eficácia contra terceiros e produzem efeitos entre as partes contratantes. Para isso, é necessário que se atentem aos princípios que os norteiam e preencham requisitos de validade, como acordo de vontades, objeto capaz, lícito, possível, determinado ou determinável e observância da forma prescrita ou não defesa em lei.

Por fim, merece destacar que a forma mais frequente de contratos é a prevista na lei, os contratos típicos ou, ainda, aqueles que não encontram previsão expressa, os determinados atípicos. Nesse sentir, os contratos estão na maior parte das vezes consolidados em uma forma física, onde constam todos os elementos indispensáveis ao negócio jurídico. Diferentemente, outra forma de contrato se mostra presente no cenário atual, tais quais os Contratos Inteligentes.

1.1. Contratos Inteligentes

O conceito de Contratos Inteligentes ou *Smart Contracts* foi inaugurado por Nick Szabo, criptógrafo e advogado, em 1996, quando este publicou um artigo chamado “*Smart Contracts: Building Blocks for Digital Free Markets*”. A ideia de Nick Szabo era evitar que as partes contratantes permanecessem litigando sobre aspectos meramente objetivos do contrato, ou de campos interpretativos que dessem margem a interpretações ambíguas.

Considera-se que o ponto de partida dos Contratos Inteligentes foi o sistema de *vending machines* ou de máquinas de vendas automáticas, cuja entrega do produto se dava logo após o reconhecimento do dinheiro pela máquina. Assim, tratava-se de uma operação automática onde qualquer sujeito que depositasse o dinheiro poderia adquirir o produto correspondente. Assim, Szabo idealizou um contrato eletrônico que pudesse ser autoexecutável e autônomo, de modo a eliminar a figura do terceiro ou intermediário. Para isso, códigos, fórmulas matemáticas e algoritmos seriam os pilares do novo modelo (DIVINO, 2018, p. 2782).

Nele, Szabo elencou quatro melhorias nos contratos proporcionadas pelos Contratos Inteligentes, a verificabilidade, o acompanhamento, a privaci-

dade e a exigibilidade (CAMPOS, 2018, p. 107). A primeira característica dizia respeito à verificabilidade da execução ou da violação do contrato, ao passo que a segunda correspondia à análise do desempenho de cada contrato por qualquer um dos responsáveis. A privacidade, por sua vez, se apoiou na ideia de que o conhecimento e o controle sobre o conteúdo do contrato deveriam ser distribuídos entre as partes apenas no que tange ao necessário para a execução destes, de modo a minimizar a vulnerabilidade a terceiros. Por fim, a exigibilidade priorizou a necessidade de garantir a fiel execução do contrato, forte na autonomia privada e execução obrigatória do negócio (SZABO, 1997).

Nesse sentir, pode-se dizer que os Contratos Inteligentes nada mais são que contratos típicos que foram codificados e colocados em uma base de dados. Dito isso, esses negócios são “execução automática de um conjunto juridicamente constituído ou mesmo de contratos mais simples, cuja formação pode se dar de forma verbal, mas que deverão obedecer a legislação para a sua elaboração” (CAMPOS, 2018, p. 109).

Também, Contratos Inteligentes são negócios jurídicos unilaterais ou bilaterais, quase que invioláveis, imperativos, pactuados entre as partes de modo escrito ou verbal e reduzidos em códigos ou algoritmos, de execução autônoma e imediata. É de se frisar, também, que existem diferentes acepções de *Smart Contracts*, principalmente porque até o momento inexistente regulação específica desse tipo de contrato, aplicando-se, assim, as diretrizes gerais e tradicionais do Direito.

Cabe referir a natureza condicional dos Contratos Inteligentes, eis que são satisfeitos prioritariamente com condições “se”, as quais correspondem a um ou mais resultados. Em apoio a isso, o cumprimento e a execução imperativos do contrato garantem o cumprimento forçado da obrigação, tendo como único arbítrio o próprio código do contrato.

Em continuidade a essa análise, cita-se como exemplo de contratos inteligentes, um contrato de compra e venda, quando ao satisfazer uma condição “se” por meio do pagamento, preenche-se o resultado “então”, dando origem a entrega do produto ao comprador (CAMPOS, 2018, p. 109). É um contrato facilmente codificado de compra e venda, composto por uma condição e um resultado essencialmente objetivos.

Outro exemplo que pode ser mencionado é o contrato de financiamento de um veículo por meio de *Smart Contract*, cujo pagamento das parcelas é condição necessária para o funcionamento do automóvel. Assim, uma vez codificado o contrato e observado o não pagamento do valor correspondente, a operação não é concluída, ou seja, o veículo não consegue funcionar adequadamente e o contrato estará desfeito (CAMPOS, 2018, p. 111).

Divino (2018, p. 2789 - 2791) sintetiza que os Contratos Inteligentes se caracterizam pela necessidade de uma assinatura digital, sendo essencialmente contrato de modo eletrônico, que necessita de um *software* para programar suas cláusulas e um *hardware* para executá-las. Além do mais, o mencionado autor refere que o cumprimento de um Contrato Inteligente é autônomo, eis que após a sua formalização independe da interpretação subjetiva de terceiros alheios ao negócio, bem como não depende exclusivamente da confiança entre as partes contratantes e entre os contratantes e algum tipo de intermediário.

Cumprido salientar que nem todos os Contratos Inteligentes são contratos sob o aspecto legal, pois muitas vezes nada mais são que automação de caracteres objetivos de um contrato. É nessa análise que se diz que deve existir uma combinação de protocolos para formalizar e permitir que as relações criadas na rede sejam regidas por objetivos e princípios legais e econômicos expressos em protocolos de segurança (DIVINO, 2018, 2786).

Nessa mesma perspectiva, é de se ressaltar que os Contratos Inteligentes se prestam a codificar as cláusulas mais operacionais, visto que outras cláusulas mais jurídicas, como a lei aplicável, ou questões subjetivas, como as interpretativas, não são passíveis de codificação. Isso porque algumas características como a lei ou as inúmeras possibilidades de interpretações não conseguem ser resumidas, por exemplo, em um comando codificado comportado apenas por um “sim” ou “não”.

Admitindo-se isso, a definição que ora se estuda é a dos Contratos Inteligentes que surtam efeitos na esfera legal, que estejam em consonância com o ordenamento jurídico, mas que não exijam uma formalidade obrigatória por lei, considerando que serão codificadas as regras essencialmente objetivas deste. O que se pretende dizer, aqui, é que os Contratos Inteligentes não conseguem substituir todas as formas de contratos, porém o fazem em diversas

hipóteses que envolvam comandos menos subjetivos.

Assim, considerando que esses contratos possuem relevância ao mundo jurídico, merece destacar que eles podem ser comumente inseridos na tecnologia *Blockchain*, que funciona como um banco de dados apto a gerir essas informações. Desse modo, eventuais termos, condições, encargos e demais cláusulas estarão todos codificados no contrato e integrarão a *Blockchain*, essa base de dados descentralizada (DIVINO, 2018, p. 2788).

2. *BLOCKCHAIN*

A tecnologia *Blockchain* é uma corrente de blocos, que funciona como um banco de dados, que organiza transações em ordem cronológica em mais de um computador. Essa tecnologia surgiu no contexto das moedas virtuais, tal como o *Bitcoin*, criado no ano de 2009, pois se percebeu que o agrupamento das transações eletrônicas das *criptomoedas* poderia ser realizado por meio de cadeias de informações criptografadas e unidas entre si, a rede da *Blockchain*.

Para Emília Malgueiro Campos (2018, p. 20) essa tecnologia é como se fosse um livro contábil virtual, contínuo, onde “cada componente da rede possui uma cópia em seu computador, formando uma rede distribuída”. Em apoio a isso, a Endeavor Brasil (2015) também fornece um conceito, onde *Blockchain* é o “registro em ordem cronológica de todas as transações que ocorreram na rede, e que foram compiladas e validadas. É público, único e compartilhado pelos participantes de um sistema específico”.

Trata-se de criptografia organizada em pequenos blocos, denominados *blocks*, sintetizados em códigos, os *hashes*, que se ligam uns aos outros formando nós. No dizer de Campos (2018, p. 21) o *hash* é “tradução em criptografia de um conjunto e informações sobre o respectivo bloco e as transações nele existentes”. Nesse sentido, quando um bloco é alterado, o *hash* também deve ser alterado e isso implica mudanças para todos os participantes da rede distribuída que estão unidos pelos nós.

Ainda no que tange às mudanças na rede compartilhada, insta referir que as transações são realizadas de forma irreversível, pois quanto mais antigos os blocos formados, mais computacionalmente impraticável de re-

vertê-las (ULRICH, 2015).

Esses nós unem os clientes e servidores em uma rede *Blockchain*, dita rede *Peer to peer*, ou P2P, que dispensa um servidor central. Cabe referir que os nós validam as informações e as transações, garantindo segurança no compartilhamento de dados (CAMPOS, 2018, p. 22). Nessa mesma linha, explica Guilherme Arruda (2018) que “é um registro distribuído, permanente e digital resistente a alterações, mantido de modo sincronizado em todos os nós do sistema”.

Insta dizer que o que une os participantes é também o consenso, pois é ele quem legitima as transações. Nessa perspectiva, se existe consenso entre os membros, a transação se codifica em um *hash* e adentra aos blocos para fazer parte da rede compartilhada, é inscrita no livro-razão, e automaticamente é transmitida aos demais.

Assim, a forma de consentimento mais utilizada é o chamado *Proof of Work*, ou à prova de trabalho, que funciona como um mecanismo de computador que irá validar as informações. De maneira sucinta, de tempos em tempos, determinados participantes da rede, chamados “mineradores” disputam uma prova matemática, cujo ganhador será o validador das operações, aquele responsável por dar o referido consenso. Entende-se que esses mineradores são encorajados a colaborar honestamente com a rede, eis que despendem enorme gasto físico, intelectual e de energia elétrica na disputa da posição (CARNUT, 2016).

Ainda nesse sentido, salienta-se a desnecessidade de total confiança entre as partes que estão relacionadas na rede *Blockchain*, visto que o consentimento as liga e não necessitam confiar umas nas outras, apenas confiar na veracidade das informações dos blocos e dos mineradores que irão realizar o controle dessas operações. É nessa perspectiva que Divino (2018, p. 2792) discorre que deve existir um mínimo de confiança entre as partes, ao menos no começo das tratativas, na criptografia e naquele que fará a autenticação dos blocos.

Deve ser destacada, também, a diferença existente entre *Blockchain* pública e *Blockchain* privada ou permissionada. A primeira forma da tecnologia diz respeito à que utiliza o consenso da prova do trabalho para validar as operações. Já a segunda corresponde à ausência de consenso, onde as operações serão validadas por um grupo específico de administradores (CAMPOS, 2018, p. 48). Aqui, reforça-se que a *Blockchain* pública parece ter mais segurança, uma vez

que os mineradores são frequentemente testados, ao passo que na forma permissionada os responsáveis decidem de acordo com os seus interesses particulares.

Elza Mik (2017, p. 296, apud Divino, 2018, p. 2793 - 2794) elucida que o funcionamento de um Contrato Inteligente em uma base de *Blockchain* se dará da seguinte maneira: um participante da rede *Blockchain* possui uma chave pública e outra privada. A primeira corresponde ao que seria o número de uma conta bancária, ao passo que a segunda ao que seria uma senha ou um PIN. Já as transações realizadas nessa base de dados são denominadas *tokens* e elas possuem um *script*, que exige determinada chave privada. Assim, quando um participante envia um *token* a uma chave pública, deve existir uma chave privada correspondente, e apenas aquele que a detém visualizará o negócio. Isso quer dizer que o *token* será destinado a um beneficiário específico, aquele que detenha a chave particular para acessar os dados e o *script* da transação. Como consequência, um participante externo não consegue acessar a transação, tampouco isso é permitido, pois o *token* prevê determinados *scripts* de bloqueio.

Ainda, Elza Mik (2017, p. 296, apud Divino, 2018, p. 2794) compara o Contrato Inteligente a uma caixa hermeticamente fechada e que só é aberta por quem detém as chaves, além de estar isolada do mundo exterior. Cabe, aqui, frisar que existe a possibilidade de que as transações prevejam um evento a quem da rede *Blockchain*, mas nesse caso será necessário que um terceiro, determinado “Oráculo” valide a referida operação, desbloqueando o *script*.

Para exemplificar a aplicação de *Blockchain* em Contratos Inteligentes, imagina-se um contrato de uma montadora de veículos com uma revenda e com um fornecedor das peças, onde as cláusulas objetivas deste estão criptografadas e registradas em *Blockchain*. Admitindo-se isso, quando determinado veículo está sofrendo os procedimentos de montagem, essa informação é criptografada e inserida nos blocos, de modo que os demais participantes da rede tomam ciência. Assim, tanto a revenda, quanto o fornecedor sabem sobre o veículo que estará pronto para ser vendido, quando o estará e também sobre as peças que a montadora logo precisará repor.

Isso porque cada vez que um dos participantes executa determinada ação e registra as informações, os demais recebem instantaneamente estas. Ou seja, automatizam-se as etapas e a execução do contrato firmado entre os parti-

cipantes. Percebe-se, pois, que esse banco de dados ocasionado pela *Blockchain* pode facilitar e dar maior rapidez na montagem e na revenda desses veículos.

Ainda nessa linha, imagina-se o contrato de financiamento de um veículo, já mencionado por ocasião do Contrato Inteligente, agora utilizando *Blockchain*. Neste negócio, as regras objetivas estão criptografadas e os participantes são a instituição financiadora e o financiado. A sistemática é semelhante ao exemplo anterior, podendo os participantes, inclusive, se utilizar de pagamento *online* por meio do reconhecimento dos dados do usuário que estão registrados em *Blockchain*. Desse modo, na data de vencimento, o *software* executa o comando pré-estabelecido, onde consta toda a identificação do participante, e paga a conta, com base naquilo que foi previamente estabelecido por ele (ARRUDA, 2018).

Assim, o financiado está em posse do veículo enquanto realiza os pagamentos, e no momento em que descumprir suas obrigações, a instituição financiadora suspende o contrato de financiamento e recupera o carro. Desse modo, existe uma condição “se” para estar com o veículo financiado e caso esta seja descumprida, haverá um resultado “então”, também previsto na rede compartilhada.

Além disso, cita-se como exemplo da aplicação de *Blockchain*, a prova de autenticidade de registro de documentos, de direitos autorais, de documentos da própria *internet* e a assinatura de contratos. No âmbito brasileiro existe uma plataforma, denominada “*OriginalMy*”⁷ que registra a prova de autenticidade, faz assinaturas virtuais de contratos, confere identidades das pessoas, estabelece direitos autorais em *Blockchain*, tudo por meio de certificação digital. Ademais, apenas para fins de referir os custos dos serviços ofertados pela plataforma, são bastante reduzidos se comparados aos serviços prestados pelos Cartórios e Registros tradicionais.

Guilherme Arruda (2018) cita, inclusive, exemplos de contratos para advogados, fornecidos por um projeto de parceria dos Estados Unidos e Suíça, chamado “*Open Law*”⁸ que concede aos profissionais modelos de con-

⁷ Disponível em: <<https://originalmy.com/>>.

⁸ Disponível em: <<https://openlaw.io/>>.

tratos pré-determinados, todos em uma base de dados completa. Assim, o advogado apenas adequa o contrato ao modelo e o faz utilizando tecnologia *Blockchain*. Outra empresa mencionada pelo autor que faz uso da tecnologia é a “Companhia Global de Seguros AXA”⁹, que concede reembolso aos consumidores que perderem o voo ou tiverem atraso de duas horas, tudo se utilizando da rede compartilhada.

A partir disso, nos Contratos Inteligentes que se utilizam de *Blockchain*, os participantes estão interligados, unidos pelo consenso, recebendo periodicamente as mesmas informações que são inseridas em blocos e em um livro-razão onde tudo está criptografado e registrado, bem como pelas regras do Direito que os regulará. Tal tecnologia parece ser bastante inovadora e aplicável a esses contratos, podendo garantir algumas facilidades aos contratantes.

3. FACILIDADES DA TECNOLOGIA *BLOCKCHAIN*

Superada a análise da *Blockchain*, bem como dos Contratos Inteligentes e de sua aplicação prática, passa-se a analisar as vantagens proporcionadas pela utilização dessa tecnologia nessa forma de negócio jurídico.

Inicialmente, oportuno mencionar que não se afirma que *Blockchain* pode ser aplicada a qualquer tipo de negócio jurídico, tampouco que a tecnologia tem a capacidade de eliminar todas as burocracias e ser a solução quaisquer dos problemas. Ao contrário, o que se refere é a facilidade que a *Blockchain* pode proporcionar a quem optar por utilizá-la em um Contrato Inteligente.

Além disso, importante destacar que não se fala em eliminação da atividade de um advogado ou de um consultor jurídico na elaboração do Contrato Inteligente, até mesmo porque existirá um contrato, agora criptografado e codificado, de acordo com a legalidade e com as normas jurídicas aplicáveis.

Dito isto, dois pontos iniciais merecem destaque: o Princípio “*Pacta Sunt Servanda*” e o Princípio “*Exceptio non adimpleti contractus*”. O primeiro deles, consoante já mencionado, refere a obrigatoriedade na execução de um

⁹ Disponível em: < <https://www.axa.com.br/>>.

contrato, que em regra faz lei entre as partes. É nesse mesmo sentido a ideia da tecnologia e de um Contrato Inteligente, pois *a priori* o negócio imutável não poderá ser descumprido, uma vez registrado nos blocos e transmitido a todos os participantes da rede (DIVINO, 2018, p. 2801).

Contudo, não se pode negar a existência de circunstâncias externas ao negócio que possam surgir ao longo da execução deste, tais como eventos imprevisíveis e supervenientes. Para tais momentos relembra-se a atuação de um terceiro, denominado “Oráculo”, que poderá ser chamado a realizar a alteração nas informações constantes na rede *Blockchain*, para que o contrato seja adequado à situação.

No que tange à exceção do contrato não cumprido, também merece cuidado especial nesse momento. Isso porque em regra nenhuma parte pode exigir o adimplemento da obrigação pela outra parte sem que tenha adimplido a sua correspondente (DIVINO, 2018, p. 2803). Porém, considerando a obrigatoriedade do Contrato Inteligente com *Blockchain*, ao se deparar com a existência de elemento alheio aos participantes ou onerosidade excessiva a um deles, da mesma forma que o caso anterior, recorre-se ao “Oráculo”, que viabilizará a alteração contratual na base *Blockchain*.

Percebe-se, pois, que os princípios mencionados podem ser relativizados, a depender do caso, bem como a ideia da imutabilidade da tecnologia *Blockchain*, porque não há como esquecer que pode existir má-fé entre os contratantes ou que as circunstâncias do negócio se modifiquem. Não obstante a isso, a ideia central ainda é a obrigatoriedade do cumprimento do contrato que se utiliza de *Blockchain* e a imutabilidade deste.

Nesse sentir, um dos pontos favoráveis ao uso da tecnologia nos Contratos Inteligentes é a imutabilidade, eis que uma vez constante na base *Blockchain* não poderá ser modificado pelas partes. Emília Malgueiro Campos (2018, p. 45) assim preleciona que a tecnologia proporciona “registros seguros, confiáveis, contínuos e, principalmente, imutáveis”.

Além disso, a segurança dos registros se dá especialmente pela transparência e pela rastreabilidade que caracterizam as transações entre os participantes, logo após a validação das informações e dos blocos pelos mineradores. Isso porque, conforme mencionado, todos os participantes têm acesso às infor-

mações que foram validadas e que constam nos blocos, criando, assim, uma rede compartilhada e conectada, que pode ser rastreada pelos mineradores. Da mesma forma, não se pode esquecer que a transparência dos dados constantes na *Blockchain* permite observar a *performance* do contrato, de modo que as partes podem provar o seu desempenho e o cumprimento de suas obrigações (CAMPOS, 2018, p. 109).

Relacionado a isso, tem-se que a tecnologia *Blockchain* consegue identificar violações e adulterações no contrato mais facilmente, pois não se pode adulterar ou alterar unilateralmente um bloco sem que todos os demais também o sejam. Veja-se que os mineradores são pessoas preparadas e acostumadas a realizar esses tipos de operações e podem mais facilmente identificar qualquer tipo de abuso ou de má-fé na rede.

Da mesma forma, os demais participantes da rede também recebem essa informação de modificação e os mineradores não valiam a operação, salvo se provado um evento superveniente ou situação que justifique a mudança unilateral. Assim, um ponto bastante positivo da tecnologia é a maior capacidade de identificar violações, adulterações ou má-fé dos contratantes, garantindo transparência e segurança nas operações.

Outro aspecto relevante da tecnologia *Blockchain* aos Contratos Inteligentes é a execução automática, pois a partir da validação dos blocos a execução das cláusulas criptografadas e inseridas na rede se dá de maneira automática e imperativa. Isso quer dizer que se torna mais fácil que os participantes cumpram com o contrato e que façam o possível para adimplir suas obrigações.

Na visão de Ferreira (2018) “com contratos inteligentes, a ideia de segurança significa lidar com todas as possibilidades que um contrato possa ser executado e garantir que o contrato cumpra o que os autores pretendem”. Com isso, tornam-se menores as chances dos participantes escusarem-se do cumprimento do acordo, eis que rapidamente sofrerão as consequências inseridas nos blocos e o contrato estará desfeito.

Isso está atrelado, também, à maior objetividade do Contrato Inteligente que utiliza a tecnologia, visto que não haverá margem a diferentes interpretações por cada um dos participantes da rede. No dizer de Alex Ferreira (2018) o Contrato Inteligente “executa o que deveria acontecer de forma oportuna

tuna e objetiva”, proporcionando maior segurança que os contratos físicos, sujeitos a inúmeras subjetividades.

Ademais, o Contrato Inteligente com *Blockchain* independe de total confiança entre os participantes. Tal fato porque basta que os membros estejam na rede *Blockchain* e que possuam a chave pública e privada necessárias ao negócio. Além do mais, o que validará o contrato será o consenso “à prova de trabalho” realizado pelos mineradores da rede. Nesse sentido Guilherme Aruda (2018) entende que “se trata de uma rede aberta e seus participantes não necessariamente precisam se conhecer ou confiar uns nos outros para a realização da interação”. Desse modo, considerando a desnecessidade de total confiança, podem ser maiores as chances de contratar, haja vista os inúmeros participantes que podem querer firmar o contrato.

Há que se referir a desnecessidade da figura do intermediário do contrato, daquele terceiro que faz a transmissão das informações entre os participantes da rede. Com o uso da tecnologia nos Contratos Inteligentes, esse intermediário é substituído pela transmissão automática das informações validadas nos blocos, acarretando maior velocidade à execução do contrato, uma vez que agora tudo se dará em tempo real. Além disso, é importante destacar que sem esse intermediário os custos poderão ser reduzidos, eis que algumas atividades, como as cartorárias podem se tornar menos necessárias.

Além disso, diante da codificação, também se entende que tais contratos garantem automatização e autoexecutabilidade de suas partes, o que diminui o tempo envolvendo todo o processo de elaboração, celebração e execução. Na visão de Emília Malgueiro Campos (2018, p. 108) a automatização por meio de um código permite maior controle sobre o cumprimento da obrigação em questão e, simultaneamente, consegue reduzir o tempo necessário para realizar esse controle ou policiamento.

Também, insta dizer que a tecnologia *Blockchain* pode contribuir ao desenvolvimento sustentável, pois pretende eliminar grande parte de burocracia, das atividades de cartório e das trocas de “papelerias” que costumam caracterizar os negócios jurídicos. Tudo isso ocasiona uma desburocratização e conseqüentemente uma celeridade na execução desse tipo de contrato.

Desse modo, percebe-se que a *Blockchain* pode facilitar as contrata-

ções, considerando que diminui o tempo destas, acontecendo em tempo real e executando automaticamente o contrato. Dessa maneira, conforme Emília Campos (2018, p. 43), a *Blockchain* garante “mais controle, autonomia e privacidade” nas contratações.

Desse modo, ante essas inúmeras facilidades mencionadas, cabe aos contratantes estar atento às possibilidades que lhes são disponibilizadas e, se possível, escolher a forma de Contrato Inteligente que se utiliza da tecnologia *Blockchain* para adquirir, modificar, executar ou extinguir direitos e obrigações.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir de toda essa análise do uso da *Blockchain* nos Contratos Inteligentes, resta evidente que a tecnologia pode proporcionar inúmeras facilidades aos contratantes, eliminando o tempo de realização das operações, reduzindo os custos e gerando maior praticidade aos envolvidos no negócio.

Releva dizer que existem alguns contratos que não poderão ser codificados na forma de Contrato Inteligente, tampouco poderão utilizar a *Blockchain*, pois exigem formalidade específica por lei ou carregam cláusulas bastante subjetivas, as quais não conseguem ser codificadas. Isso poderia descaracterizar o real sentido daquele contrato e, nesse momento, pretende-se facilitar a contratação e não dificultá-la.

Contudo, ainda que se esteja propondo um Contrato Inteligente com *Blockchain*, não se nega que este precisa preencher os requisitos essenciais aos negócios jurídicos, além de necessitar do consenso inicial entre as partes, ao menos o desejo de contratar entre si. Isso é reforçado pela necessidade desse contrato atender à função social, à boa-fé, à eticidade, à autonomia da vontade, dentre outros princípios que norteiam o direito contratual. Quer dizer que, não se propôs, aqui, uma forma totalmente disruptiva de negociação e, sim, uma alternativa para determinados tipos de contratos com cláusulas essencialmente objetivas.

Também, do presente estudo foi possível analisar que já existem formas de contratação que se utilizam da tecnologia, inclusive em âmbito brasileiro, tal como a plataforma “*OrginalMy*”. Esses exemplos expostos ao longo

do estudo demonstram que a realidade está próxima e parece ser interessante àqueles que querem praticidade e velocidade nas contratações, sem arcar com dispêndio de dinheiro e de tempo, que geralmente permeiam as atividades cartorárias e burocráticas.

Além disso, a imutabilidade, a rastreabilidade, a prova de má-fé e de violações ou adulterações, a execução automática e em tempo real, a desnecessidade de intermediário e de total confiança entre os participantes da rede, a autonomia e a objetividade na contratação, tudo isso legítima e reforça que os Contratos Inteligentes que se utilizam de *Blockchain* trazem vantagens aos contratantes.

Assim, aquilo que foi idealizado por Nick Szabo quando da criação do Contrato Inteligente pode ser consagrado, pois a rede compartilhada *Blockchain* consegue garantir a verificabilidade de execução ou violação, acompanhar o desempenho da negociação, proporcionar privacidade do negócio e tornar este exigível.

Apesar das dificuldades elencados no estudo, responde-se à problemática que se que propôs: A tecnologia *Blockchain* aplicada aos Contratos Inteligentes traz facilidades à realização do negócio jurídico.

Resta apenas aos participantes dessa rede compartilhada estar cientes das condições desses contratos, agir de boa-fé e realizar todos os procedimentos necessários e indispensáveis à execução e cumprimento de suas obrigações.

Em síntese, parece promissor que as formas de negociação possam ser bastante alteradas, pois há que se admitir o impacto e a atratividade que essa tecnologia nos causa. Cabe a nós, contratantes ou profissionais que atuam no ramo jurídico, dar uma chance para que novas tecnologias adentrem ainda mais no nosso dia-a-dia e tragam diversos benefícios para o nosso desenvolvimento.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, Guilherme Oliveira de. **Contratos inteligentes: a Blockchain para Advogados**. Disponível em: < <https://guioarruda.jusbrasil.com.br/artigos/513073038/contratos-inteligentes-a-Blockchain-para-advogados>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 dez. 2018.

CAMPOS, Emília Malgueiro. **Criptomoedas e Blockchain: O Direito no Mundo Digital**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2018. 20, 21, 22, 43, 45, 48, 107, 108, 109, 111 pgs.

CARNUT, Marco. **Marco Carnut - Tempest - Introdução ao Blockchain e à Rede Bitcoin**. 2016. (50m01s). Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=k-QIQHGUEdV8>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

DINIZ, Maria Helena – **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2008. 30 p.

DIVINO, Sthéfano. **Smart contracts: conceitos, limitações, aplicabilidade e desafios**. REVISTA JURÍDICA LUSO-BRASILEIRA, ANO 4 (2018), Nº 6. 2771-2808 pgs. Disponível em: < <https://www.cidp.pt/publicacao/revista-juridica-lusobrasileira-ano-4-2018-n6/182>>. Acesso em: 2 jan. 2019.

ENDEAVOR BRASIL. **Blockchain: conheça a tecnologia por trás da revolução das moedas virtuais**. 2015. Disponível em: < <https://endeavor.org.br/estrategia-e-gestao/Blockchain/>>. Acesso em 10 jan. 2019.

FERREIRA, Alex. **A verdade sobre os contratos inteligentes**. 2018. Disponível em: <<https://baraodobitcoin.com/a-verdade-sobre-os-contratos-inteligentes-b65a-bae5b747>>. Acesso em: 2 jan. 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Vol. 3 – Contratos e Atos Unilaterais**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 22, 53 pgs.

LOPES, Diego Nunes. **Cláusulas abusivas nos contratos virtuais: as violações do direito do consumidor na aceitação dos termos de uso de serviços online**. 2016. 52 f. Trabalho de Conclusão de Curso – Universidade Federal de Santa Maria, Rio Grande do Sul, 2016. Disponível em: < <https://repositorio.ufsm.br/handle/1/12017>>. Acesso em 2 jan. 2019.

MIRANDA, Maria Bernadete. **Teoria Geral dos Contratos**. Revista Virtual Direito Brasil, v. 2, nº 2, 2008. Disponível em: <http://www.direitobrasil.adv.br/index_arquivos/Page1057.htm>. Acesso em: 10 dez. 2018.

NALIN, Paulo. **Do Contrato**. Curitiba: Juruá, 2005. 255 p.

SZABO, Nick. **Formalizing and Securing Relationships on Public Networks**. Firstmondey, v. 2, n. 9 – 1, set. 1997. Disponível em: < <https://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/548/469>>. Acesso em: 2 jan. 2019.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 6. ed. rev. atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2016.

ULRICH, Fernando. **Bitcoin ou Blockchain?** Infomoney. Disponível em: < <https://www.infomoney.com.br/blogs/cambio/moeda-na-era-digital/post/4020628/bitcoin-Blockchain>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

DEMOCRACIA DIGITAL: O papel da tecnologia no restabelecimento dos vínculos sociedade-estado

DIGITAL DEMOCRACY: The role of technology in reestablishing the society-state bonds

*Rodrigo Goldschmidt¹
Beatriz de Felipe Reis²*

RESUMO

No texto verificou-se a influência das novas tecnologias no restabelecimento dos vínculos entre sociedade e Estado. Abordou-se a crise de representatividade no Brasil e de que forma a tecnologia pode contribuir para o exercício da cidadania. Analisou-se o processo de participação política na sociedade da informação e quais os riscos das novas tecnologias para o processo democrático. Baseado em um método dedutivo, verificou-se que a tecnologia vem ampliando a interação sociedade-Estado, permitindo maior participação, maior capacidade de mobilização e de articulação dos cidadãos. Por fim, conclui-se que a sociedade encontra-se vulnerável à manipulação, à desinformação e ao desvirtuamento da verdade, o que coloca em risco o processo democrático.

¹ Pós-Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Professor e Pesquisador do PPGD – Mestrado em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense – PPGD/UNESC. Coordenador do GP – DIREITO DO TRABALHO UNESC. Juiz do Trabalho Titular de Vara do Tribunal Regional do Trabalho – TRT12.

² Mestranda em Direito no PPGD/UNESC. Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Pesquisadora junto ao GP – DIREITO DO TRABALHO UNESC. Analista Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho – TRT4. Membro do CIELO LABORAL.

PALAVRAS-CHAVE

Democracia. Cidadania. Participação política. Sociedade da informação.

ABSTRACT

In the text it was verified the influence of the new technologies in the reestablishment of the bonds between society and State. It was discussed the crisis of representativeness in Brazil and how technology can contribute to the exercise of citizenship. It was analyzed the process of political participation in the information society and what are the risks of new technologies for the democratic process. Based on a deductive method, it was found that the technology has been expanding the interaction between society and State, allowing greater participation, greater capacity for mobilization and articulation of citizens. Finally, it is concluded that society is vulnerable to manipulation, misinformation and distortion of the truth, which endangers the democratic process.

KEYWORDS

Democracy. Citizenship. Political participation. Information society.

INTRODUÇÃO

No Brasil, a crise das instituições políticas, dos agentes políticos e da democracia representativa têm sido um dos temas de maior preocupação no que tange à democracia brasileira, isso porque o modelo de democracia contemporânea atribuiu integralmente aos representantes a capacidade de realizar a decisão política sobre os negócios públicos, restringindo a participação do cidadão ao simples ato de votar.

Contudo, a tecnologia, por meio da chamada democracia digital, pode contribuir para promover uma maior presença da esfera civil na condução do processo democrático. Partindo disso, será realizada uma breve análise da democracia digital, também conhecida por ciberdemocracia, enfocando seus benefícios, mas, principalmente, seus riscos ao Estado Democrático de Direito.

Assim, pretende-se responder com este artigo como as novas tecnologias podem auxiliar na recuperação da cidadania e na promoção de maior participação civil na vida pública, bem como de que forma a democracia digital pode contribuir para o processo democrático e quais as suas ineficiências.

No que tange ao Brasil, durante muitos anos a participação da sociedade na política resumiu-se à escolha de um representante. Tal modelo de democracia representativa vem passando por uma crise, que não se restringe ao cenário brasileiro. Contudo, a sociedade vem passando por constantes transformações, havendo novas ferramentas, em especial, a *internet*.

Dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2017) apontam que praticamente dois terços da população do país (69,8%) possuem conexão com a rede mundial de computadores. A implementação da tecnologia, a inclusão digital e a popularização das mídias sociais possibilitaram ao cidadão uma maior participação na vida política do país.

Assim, o trabalho se justifica na medida em que as novas ferramentas contribuíram para o ressurgimento do interesse da sociedade pela política e para a necessidade de se viabilizar meios alternativos de participação popular, que não se limitem ao exercício do voto. Dessa forma, revela-se importante o estudo da democracia digital como nova forma de ampliar a participação e

influência do povo em seu Estado.

O método de abordagem será o dedutivo, o qual, por intermédio de uma cadeia de raciocínio em ordem decrescente, de análise do geral para o particular, chega a uma conclusão. O método de procedimento será o monográfico, segundo o qual “deve examinar o tema escolhido, observando todos os fatores que o influenciaram e analisando-o em todos os seus aspectos.” (LAKATOS; MARCONI, 2010, p. 90). Já a técnica de pesquisa será basicamente a documental e bibliográfica, pautada na coleta de dados, na consulta a obras contemporâneas, a artigos de revistas jurídicas, a documentos oficiais, tais como leis, e a páginas de *web sites* relacionadas ao tema objeto da pesquisa.

Por fim, diante da crise de representatividade ou de legitimidade observada no Brasil, o presente texto buscará avançar a discussão, identificando que os níveis de participação popular no processo democrático vêm se ampliando com a tecnologia, sendo necessário pensar em novas experiências participativas que não coloquem em risco o processo democrático.

1 A CRISE DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA E AS NOVAS TECNOLOGIAS: O PAPEL DA DEMOCRACIA DIGITAL NA PARTICIPAÇÃO SOCIEDADE-ESTADO

No Brasil, nunca se falou tanto em crise da democracia representativa (ou de sua legitimidade) e na necessidade de se assegurar novas formas de participação do cidadão nas decisões políticas, quanto nos últimos anos. Aliado a isso, inegável o impacto da incorporação das novas tecnologias de informação e comunicação (NTICs) no debate democrático.

Tais discussões não são uma exclusividade do Brasil, visto que em muitos países se verifica um *deficit* de confiança entre Estado e cidadão e a redução da fé nas instituições da democracia, além de uma crescente influência das plataformas digitais na forma como a sociedade participa da esfera pública, temas estes que serão abordados nos tópicos a seguir.

1.1 Crise de representatividade e novas tecnologias: uma revisita à cidadania

A sociedade brasileira convive atualmente com um sentimento de baixa confiança nas instituições políticas e, principalmente, em relação aos representantes políticos. Tal sentimento se verifica “na institucionalização de atitudes de indiferença, apatia e distanciamento da arena política, e na crença de que não há nada que se possa fazer para mudar o atual estado de coisas.” (BAQUERO, 2001, p. 98).

Contudo, paradoxalmente, o brasileiro ainda “considera a democracia a melhor forma de governo” (BAQUERO; RANINCHESKI; CASTRO, 2018, p. 88). Tal comportamento é atribuído a um conjunto de elementos estruturais, históricos e conjunturais da formação política brasileira e à continuidade de um padrão de fazer política que torna o cidadão um mero espectador, resultando naquilo que alguns doutrinadores denominam de democracia inercial. (BAQUERO; GONZÁLEZ, 2016).

Assim, para melhor compreender o porquê da atual crise de representatividade e de que forma é possível mitigá-la, é preciso averiguar alguns fatores de caráter histórico-estrutural que influenciaram e ainda hoje atuam na estruturação de uma mentalidade coletiva marcada pelo distanciamento, desencanto e desconfiança generalizada.

Acerca do tema, tem-se que a evolução do Estado Brasileiro caracterizou-se por uma instabilidade política e econômica e por um legado autoritário, o que dificultou a construção de uma cultura política verdadeiramente democrática. Outro fator preponderante foi “a influência do clientelismo, o personalismo e a incapacidade do povo na suposta incapacidade da sociedade em se mobilizar autonomamente para fiscalizar e modificar o processo político.” (BAQUERO, 2001, p. 99).

Paralelo aos fatores apresentados, Baquero (2001, p. 100) ressalta, ainda, que no Brasil “os instrumentos necessários para uma construção democrática caracterizada pela participação política estavam ausentes ou funcionavam de maneira precária ou com predisposições ideológicas.” Além disso, “o(s) sistema(s) partidário(s) frágil(eis) e com pouca credibilidade não têm constituído

um instrumento de canalização, de mobilização e de participação política.”

A consequência disso é a grave crise de representação política (ou de legitimidade) que o país vive, contribuindo para a chamada democracia inercial, a qual se refere a:

[...] uma situação na qual os vícios³ de um passado autoritário, que afetavam negativamente os princípios democráticos, não são eliminados no novo contexto de democratização, com consequências deletérias para o desenvolvimento econômico e político e para a construção de uma cultura política participativa. (BAQUERO; GONZÁLEZ, 2016, p. 496).

Somado a isso, a apatia do eleitor, a ausência de efetividade da cidadania no que tange aos negócios públicos, o descolamento entre o sistema político e o cidadão, o desinteresse na política, a volatilidade do eleitorado, a queda nos patamares de comparecimento nas urnas, a visão negativa da política e dos políticos, a informação política de qualidade duvidosa, o baixo capital político da esfera civil, a ausência de soberania popular e a desconfiança com relação à política e ao político contribuem para o *deficit* da democracia contemporânea. (GOMES, 2008).

Em razão disso, verifica-se uma distância crescente entre a representatividade e a participação cidadã na vida social, resultando num abismo entre o simples ato de votar e o sentir-se representado.

A doutrina aponta que as mínimas formas de influência popular denotam o atraso dos normativos e do próprio Estado frente a novas tendências participativas. A política mantém-se atrelada a bases e pilares ultrapassados, já superados pela realidade fática, e com isso inflam as vontades e opiniões populares que procuram as mais diversas formas de serem ouvidas (KOZIKOSKI JÚNIOR; FERRAZ, 2015, p. 62). Nesse contexto, “mudam os governos mas não

³ Quanto aos vícios, a título de exemplo, Baquero e González (2016) mencionam o clientelismo, o paternalismo, o privatismo, a corrupção e o patrimonialismo, os quais produzem um efeito contaminado na democracia contemporânea.

mudam as políticas. A margem de mudança é muito reduzida porque as estruturas do Estado estão envelhecidas, foram pensadas para outro tempo, [...]” (SILVEIRA; FROUFE, 2018, p. 14).

Tal realidade, todavia, não se restringe ao Brasil⁴, sendo a chamada “Primavera Árabe”⁵ o exemplo mais emblemático de movimento social, o qual clamava por transformação da realidade e para a necessidade de participação direta na política e também independente de fatores objetivos do sufrágio. Assim, “nota-se a efetivação da vontade popular, mesmo diante da inexistência de normativo permissivo”. Ou seja, “o povo exerceu o seu poder de decidir, influenciar e opinar, aquém de qualquer critério objetivo, qualquer norma, qualquer ordem superior.” (KOZIKOSKI JÚNIOR; FERRAZ, 2015, p. 65).

Dentro da busca da participação plena e efetiva, questiona-se, atualmente, sobre a possibilidade de uma retomada da participação direta na democracia. Evidentemente, não se está aqui pregando o retorno ao modelo grego-antigo, mas uma reformulação deste termo, que abranja as novas tecnologias, como forma de ampliar a participação popular, pois limitar a participação política ao voto e, quando muito, a plebiscitos e referendos, não

⁴ No Brasil, menciona-se as manifestações populares, também conhecidas como Manifestação dos 20 centavos, ocorridas entre junho e julho de 2013. As articulações do movimento foram organizadas por meio da rede mundial de computadores, sendo o estopim o aumento das passagens de ônibus em alguns poucos centavos nas principais cidades brasileiras. Segundo os manifestantes, a indignação não era pelos 20 centavos, mas pelo direito. Além disso, como o Brasil receberia uma edição da Copa do Mundo em 2014, houve a necessidade de investimento maciço em infraestrutura para tender as exigências da Federação Internacional de Futebol – FIFA. A população, na época, ao perceber que o dinheiro que poderia ser investido em demandas sociais mais urgentes (desde educação, saúde, emprego) seria dedicado à construção de estádios, acabou se mobilizando. O mote era “mais hospitais e menos estádios”. (KOZIKOSKI JÚNIOR, 2015).

⁵ A “Primavera Árabe” compreendeu a Tunísia, Líbia, Egito, Argélia, Iêmen, Marrocos, Bahrein, Síria, Jordânia e Omã. A população da Tunísia estava descontente com o regime ditatorial da época, pois não havia participação política do povo, e fatores religiosos limitavam a efetivação da mulher em sociedade. O estopim das manifestações foi quando as autoridades da Tunísia confiscaram o carrinho de frutas de Mohamed Bouazizi, alegando ser ilegal a venda ambulante, sendo que o real motivo era a recusa ao pagamento de propina. Assim, Mohamed decidiu ir à sede do governo regional para defender seu caso com o governador. Após diversas tentativas negativas, colocou fogo em si mesmo em frente ao prédio. O desenrolar das revoltas deu-se com o uso de recursos tecnológicos de informação e comunicação, como *facebook*, e-mails, *twitter*, *youtube* e etc, por meio do qual os manifestantes marcavam encontros e divulgavam vídeos da real situação dos países. O poder destas tecnologias foi tanto que diversos Estados cortaram o acesso e transmissão destes dados, admitindo a eminente ameaça. (KOZIKOSKI JÚNIOR; FERRAZ, 2015).

atende aos anseios da sociedade atual.

Nesse contexto, o processo de participação política e democrática vem passando por mudanças, especialmente após o advento das novas ferramentas digitais, o que tem permitido maior participação da sociedade na esfera pública. O resultado desta transformação pode ser positivo ou não, a depender do desenvolvimento de uma consciência democrática e uma educação cidadã para a participação qualitativa e efetiva nos processos democráticos.

Assim, antes de ingressar nos benefícios e riscos da democracia digital para o processo democrático, faz-se necessário identificar os novos contornos da participação política no contexto da sociedade da informação.

1.2 A participação política na sociedade da informação: novos contornos

A emergência da chamada sociedade da informação⁶ vem impactando a forma como os cidadãos participam da esfera pública, sendo possível falar em uma “nova esfera pública virtual”, graças ao advento das denominadas NTICs, cujo uso intensivo têm propiciado novas possibilidades e ampliado a participação ativa da sociedade civil na vida pública, aumentando a capacidade de mobilização e de articulação dos cidadãos.

Hoy ya existen los medios técnicos, en épocas anteriores inimaginables, para dotar a cada domicilio de una pantalla conectada a una Red comunicativa universal (Internet) de teleproceso, de modo que cada ciudadano puede expresar instantáneamente, desde su pantalla de ordenador, su punto de vista sobre las cuestiones que se sometan a su elección, o sobre las que se recabe su opinión, optando en favor o en contra de ellas. (PÉREZ LUÑO, 2014, p. 17).

⁶A doutrina não é unânime quanto à definição do termo ‘sociedade da informação’. Apesar da dificuldade, os especialistas definiram-na como a sociedade que envolve o uso geral de tecnologias da informação, de armazenamento de dados e transmissão a baixo custo. Há quem aponte que a sociedade da informação é muitas vezes apresentada como um macro-fenômeno cuja magnitude é comparável às maiores revoluções que perturbaram a história do mundo e, em particular, à Revolução Industrial. (CLÉMENT, 2000, p. 4-5).Parte inferior do formulárioParte inferior do formulário

Somado a isso, alguns doutrinadores apontam que “a própria produção de informação e a disputa pela formação da opinião foram transformadas, deixaram de ser unidirecionais e verticais (como na mídia tradicional), passando a ser multidirecionais e horizontais.” (ARAÚJO; PENTEADO; SANTOS, 2015, p. 1598). Verifica-se, portanto, que com o advento da *internet*, abriu-se espaço para o aprimoramento do debate, isso porque:

[...] a construção do espaço público *online* presume a existência dos elementos: inclusão, transparência e universalidade. Inclusão por partir-se da premissa de que o ciberespaço é inclusivo na medida em que proporciona a livre manifestação do pensamento. Transparente na medida em que passando a ter acesso a informações antes inacessíveis, os internautas se tornem cidadãos politicamente mais ativos, conscientes e bem informados do que aqueles que não “frequentam” o espaço público virtual. E universal em virtude de que a *internet* é um sistema de comunicação interativo e sem fronteiras, sejam elas territoriais, linguísticas ou temporais. (ZIEMANN; REIS, 2016, p. 202).

Historicamente, a alternativa à democracia representativa é a democracia direta; não obstante, dada a inviabilidade da sua implementação diante das atuais sociedades de massa e a complexidade do Estado contemporâneo, o surgimento das novas estruturas tecnológicas faz “ressurgir fortemente as esperanças de modelos alternativos de democracia, que implementem uma terceira via entre a democracia representativa, que retira do povo a decisão política, e a democracia direta, que a quer inteiramente consignada ao cidadão.” (GOMES, 2005, p. 218). Ou seja, “a velha dicotomia existente entre democracia representativa e democracia participativa pode ser superada pelos novos adventos tecnológicos.” (ARAÚJO; PENTEADO; SANTOS, 2015, p. 1601).

Nessa perspectiva, atualmente fala-se na chamada tecnologia *Blockchain* como forma promissora de retomar a confiança da sociedade na política. Esta tecnologia funciona através de complexos processos matemáticos e criptográficos, permitindo a criação de redes que registram transações financeiras

ras 100% à prova de fraudes. Todavia, tais redes de *blockchain* não se limitam a garantir a integridade de transações financeiras, podendo também ser utilizadas para outras finalidades, como votos, registros em cartório, contratos, criando sistemas mais eficientes.

É preciso pensar em novos modelos de representação e participação social, caso contrário, a perspectiva será de um cidadão do século XXI, lidando com instituições desenhadas no século XVII, feitas com a tecnologia da informação do século XV (imprensa). (EVELLE; BERMAN, 2019). Além disso, a utilização de uma solução *blockchain* para votações não é uma ideia para o futuro, havendo estados que já adotam tal tecnologia.⁷

Há ainda outras possibilidades de uso da tecnologia *blockchain*, o que poderá conduzir ao surgimento de muitas aplicações de interesse público, tais como o estabelecimento de identidades digitais *online*, o fortalecimento da ideia de governo eletrônico, a inovação no campo dos registros públicos e do sistema notarial, o aumento da transparência e da responsabilização no financiamento dos partidos políticos (reduzindo as possibilidades de caixa dois), a maior transparência dos processos licitatórios, dentre outras. (LEMOS, 2017).

Dessa forma, muitas foram as mudanças nas relações entre Estado e sociedade nos últimos anos, o que acaba exigindo um novo *modus operandi*. A doutrina aponta para o fato de a sociedade civil contemporânea ser fragmentada, complexa e plural. Paralelo a isso, o Estado também passa por mudanças em sua organização e funcionamento: o enfraquecimento do Estado auxilia o crescimento e desenvolvimento da organização da sociedade civil, o que exige novos arranjos institucionais e sociais que ampliem os espaços de participação cidadã. (ARAÚJO; PENTEADO; SANTOS, 2015).

Nessa perspectiva, a *internet*, junto com as ferramentas de interação,

⁷ Menciona-se o estado norte-americano de West Virginia, o qual utilizará um *App* de votação em *Blockchain* nas *Midterm elections* dos Estados Unidos, permitindo que seus cidadãos, residentes no exterior, votem remotamente. Além deste, uma *startup* sediada em Boston, chamada *Voatz*, criou um aplicativo para garantir que todos votem com segurança, caso um local de votação não esteja disponível. Tal aplicativo também será disponibilizado aos militares em missão no exterior. Além disso, em 2017, a OCDE citou, em seu relatório *Blockchain Voting for Peace*, o estudo de caso de um plebiscito realizado na Colômbia em 2016, para possibilitar que colombianos residentes no exterior participassem simbolicamente do plebiscito sobre o tratado de paz entre o governo e as FARC. (REVOREDO, 2018).

tem possibilitado uma agenda de ações políticas, que permitem um avanço no desenvolvimento dos processos democráticos. Tais tecnologias possibilitam novos mecanismos de comunicação com o Estado e viabilizam diferentes articulações da sociedade civil. (ARAÚJO; PENTEADO; SANTOS, 2015).

No Brasil, alguns espaços de participação cidadã são o E-Democracia pela Câmara dos Deputados⁸, pelo qual qualquer cidadão encontra espaço para sugerir e debater propostas que podem ser discutidas no Congresso Nacional, e o Portal da Participação Social⁹, criado pelo Poder Executivo federal com o objetivo de estimular um novo método de governo, atualmente denominado Participa.br.¹⁰ Assim, inegável a importância da *internet* enquanto ferramenta a serviço de novos desenhos participativos.

Destaca-se, ainda, que a rede mundial de computadores também veio fomentar a criação de uma cultura de transparência na vida pública. Eleições ou debates políticos, ou parlamentares, podem atualmente ser seguidos, e os respectivos resultados conhecidos, quase no imediato – este resultado ultrapassou o da televisão, mais circunscrita a contextos nacionais.

Além disso, as redes sociais multiplicaram as perspectivas e os ângulos de visão em relação a tais eventos, que passaram a ser relatados pelos próprios protagonistas, na primeira pessoa e de forma instantânea. Porém, além desta importante vertente, de dispor rapidamente de informação, as redes de comunicação permitem que se gere e difunda informação que, noutro tempo, a comunicação social convencional não difundia. Fenômenos como os *blogs* ou as redes sociais possibilitaram aos cidadãos comuns estar na origem da informação e exercer o direito a informar – ao mesmo tempo que multiplicam a capacidade de outros de exercerem o direito a serem informados. (VERDELHO, 2018).

Com relação aos graus de participação popular proporcionados pela infraestrutura da *internet*, Gomes (2005), em estudo realizado sobre a demo-

⁸ <http://edemocracia.camara.gov.br/>

⁹ <http://www.psocial.sg.gov.br>

¹⁰ <http://www.participa.br/>

cracia digital e o problema da participação civil na decisão política, elenca cinco graus de acordo com a escala de reivindicação dos modelos de democracia participativa.

De forma resumida, o primeiro grau é representado pelo acesso do cidadão aos serviços públicos através da rede (os serviços de Estado entregues em domicílio ou a cidadania *delivery*). No mesmo nível está a prestação de informação por parte do Estado ou dos representantes que integram funções políticas. Este patamar já é visto em diversas democracias liberais contemporâneas. O segundo grau é constituído por um Estado que consulta os cidadãos pela rede para averiguar a sua opinião a respeito de temas da agenda pública e até, eventualmente, para a formação desta. O terceiro, abrange as políticas estatais de transparência na prestação de informação e contas, porém não há influência da cidadania na produção das decisões políticas. O quarto corresponde a determinados modelos de democracia deliberativa, que permite à população, além de possuir acesso a informações, poder intervir nas decisões políticas. E, o quinto grau, é representado pelos modelos de democracia direta, na qual o público controlaria a decisão política válida e legítima no interior do Estado. Trata-se do modelo de *democracy plug'n play*, do voto eletrônico, preferencialmente *online*, da conversão do cidadão não apenas em controlador da esfera política, mas em produtor de decisão política sobre os negócios públicos. Com relação ao tema:

[...] não se conhece nenhum Estado com níveis eficientes de implementação do terceiro, quarto e quinto graus. Sabe-se que as possibilidades plebiscitárias da internet já se provaram eficazes, assim como as ferramentas fundamentais para os fóruns públicos de toda a natureza. Não se sabe, todavia, que efeitos uma taxa muito intensa de transferência da decisão política para a esfera civil por meios eletrônicos produziria sobre a sociedade política no seu formato atual, nem como conciliar a decisão civil com uma gestão do Estado formada por representantes eleitos. Trata-se, na verdade, de modelos absolutamente teóricos, mas com grande efeito prático, sustentando a imaginação de formas de participação

popular na política contemporânea e a elaboração e execução de projetos destinados a reformar a qualidade democrática das nossas sociedades. (GOMES, 2005, p. 219-220).

Assim, o surgimento de novos espaços virtuais e do chamado *webativismo* permitem o empoderamento da sociedade, na medida em que viabilizam a incorporação de suas demandas, favorecem a participação social, facilitam a circulação de informações e a articulação política, ampliam a cobrança do poder público e a pressão sobre os gestores políticos, dando voz ao cidadão.

Todavia, como adverte Rodotà (2008), as NTICs podem resultar na sociedade do controle total, pois embora sejam ao mesmo tempo “o exemplo significativo e a metáfora mais poderosa de um mundo novo, de uma nova ordem, têm um caráter invasivo, apoderam-se das relações sociais e pessoais, das transações comerciais, das atividades políticas.” (RODOTÀ, 2008, p. 142).

Diante disso, é preciso perquirir o que se entende por democracia digital e quais perigos podem representar ao processo democrático.

1.3 Democracia digital: riscos ao processo democrático

Quando se fala nas novas ferramentas de comunicação e seu impacto no processo democrático, o benefício mais citado consiste na possibilidade de ampliação do espaço de participação política e da consolidação da democracia, transcendendo a representação política tradicional. Acrescenta-se que:

[...] no mundo ideal, a democracia digital poderia implementar técnicas tendentes a aumentar a transparência dos processos políticos, incentivar o envolvimento direto e a participação dos cidadãos, bem como melhorar a qualidade da informação e das opiniões, através da abertura de novos espaços de comunicação e deliberação. E, neste sentido, a revolução digital poderia transformar a representação democrática através da alteração dos espaços e dos tempos da ação política. As ferramentas digitais poderiam viabilizar outras formas de envolver os cidadãos na vida da sua rua, da sua ci-

dade ou do seu país. Importa, todavia, perceber até que ponto as entidades públicas estão genuinamente interessadas em aumentar e melhorar o nível de participação cívica – e se os cidadãos estão genuinamente interessados em participar ativamente nos processos de decisão democrática que afetam o seu cotidiano. (SILVEIRA; FROUFE, 2018, p. 17).

Apesar disso, os doutrinadores apresentam alguns riscos da incorporação das estruturas tecnológicas para a democracia. Antes, porém, de analisá-los, é preciso definir em que consiste a chamada democracia digital.

*Digital democracy can be defined as the pursuit and the practice of democracy in whatever view using digital media in online and offline political communication. The online-offline distinction should be added because political activities are not only happening on the Internet but also in physical meetings where mobile digital media are used for assistance.*¹¹ (VAN DIJK; HACKER, 2000).

Ainda acerca da democracia digital, também denominada democracia eletrônica, *e-democracy*, democracia virtual, ciberdemocracia, dentre outras, estas se referem a:

[...] novas práticas e renovadas possibilidades, para a política democrática, que emergem da nova infraestrutura tecnológica eletrônica proporcionada por computadores em rede e por um sem-número de dispositivos de comunicação e de organização, armazenamento e oferta de dados e informações on-line. (GOMES, 2005, p. 215).

Assim, a democracia digital discute desde os dispositivos e iniciativas para a extensão das oportunidades democráticas, abrangendo questões

¹¹ “Democracia digital pode ser definida como o exercício e a prática da democracia em qualquer ponto de vista usando mídia digital na comunicação política *online* e *offline*. A distinção *online-offline* deve ser adicionada porque as atividades políticas não estão acontecendo apenas na *Internet*, mas também em reuniões físicas em que a mídia digital móvel é usada para assistência.” (tradução nossa).

ligadas a governo eletrônico, voto eletrônico, voto *online*, transparência do Estado, até novas oportunidades para a sociedade civil na era digital, tais como cibermilitância, formas eletrônicas de comunicação alternativa e novos movimentos sociais (GOMES, 2005). Ou seja, a democracia digital “implica a utilização de meios eletrônicos de comunicação para potenciar e ampliar a ação dos cidadãos e (tendencialmente) controlar os governantes e as instituições públicas. A democracia digital consiste numa mudança cultural.” (SILVEIRA; FROUFE, 2018, p. 17).

Com isso, percebe-se que, embora a *e-democracy*, associada às novas tecnologias, tenha propiciado vantagens como o acesso facilitado a informações e direitos para o cidadão e maior transparência e capacidade de resposta para as instituições do Estado, ela também “corre riscos e pode ser posta em perigo, por via do uso de ferramentas que a Internet disponibiliza ou de outras já anteriormente existentes, que a Internet potencia.” (VERDELHO, 2018, p. 110).

Desse modo, as NTICs impactaram a forma de viver os valores democráticos, contudo, consigo trouxeram novos riscos ao exercício e à tutela das liberdades:

Las posibilidades de intromisión en la intimidad y de colonización de la vida privada a través de medios tecnológicos, han suscitado constante inquietud cívica en las sociedades avanzadas. Es sabido que la etapa actual de desarrollo tecnológico, ha generado nuevos fenómenos de agresión a los derechos y libertades. (PÉREZ LUÑO, 2014, p. 10).

Ainda sobre o caráter invasivo das NTICs que impactam a vida privada, o mercado e a democracia, Rodotà (2008, p. 142) adverte que:

[...] o modo como a privacidade é tutelada redefine os direitos relativos à cidadania e pode influenciar a participação política; a lógica comercial provoca contínuas invasões na vida privada dos cidadãos; as técnicas de mercado são transferidas para a atividade política, tanto que se fala em marketing político.

Ademais, “um mercado e uma sociedade intensamente conectados são mais vulneráveis a ciberataques – o que prejudica as empresas de todas as dimensões e compromete a confiança na economia digital e nas instituições democráticas.” (SILVEIRA; FROUFE, 2018, p. 6). Assim, inúmeros são os riscos proporcionados pela mão invisível da tecnologia ao processo democrático.

Uma das ameaças mais recentes da *internet* consiste na utilização de inteligência artificial para vigiar e influenciar eleitores na escolha de candidatos ou no resultado de uma consulta popular. A propósito desta influência, em março de 2018, o jornal *The Guardian* publicou a notícia sobre como a *Cambridge Analytica*, uma empresa de análise de dados, havia conseguido – por meio da coleta de dados dos usuários do *Facebook* – vitórias para a campanha *Brexit Leave* no Reino Unido e para a campanha de Donald Trump nas eleições presidenciais dos Estados Unidos.¹²

Diante disso, a possibilidade de exercício de uma democracia direta por meio do uso de computadores, “o que a primeira vista pode parecer algo que colocaria nas mãos dos cidadãos uma maior possibilidade de controle do espaço público pode, em verdade, transformar-se na situação oposta.” (ZIE-MANN; REIS, 2016, p. 204).

Nesse sentido, o sociólogo Castells (2015) alerta que 97% da informação do planeta está digitalizada, sendo a maior parte dessa informação produzida por cada usuário, por meio da *internet* e redes de comunicação sem fio, isso porque:

[...] ao nos comunicar, transformamos boa parte de nossas vidas em registro digital. E portanto comunicável e acessível via interconexão de arquivos de redes. Com uma identificação individual que se conecta com nossos cartões de crédito, nosso cartão de saúde, nossa conta bancária, nosso histórico

¹² A reportagem revela não apenas a manipulação em grande escala dos usuários, mas também as implicações reais do perfil comportamental e psicográfico e o direcionamento dos eleitores sobre os resultados eleitorais reais. As táticas da empresa incluíam o *scraping* (uma forma de coleta automatizada de dados) e a exploração de dados de usuários do *Facebook* sem o consentimento informado e a oferta de incentivos monetários para participar de questionários que eram sondagens psicológicas disfarçadas. Tais dados ainda foram usados para o envio de mensagens polarizadas e a disseminação de notícias falsas. (GURUMURTHY; BHARTHUR, 2018).

pessoal e profissional (incluindo domicílio), nossos computadores (cada um com seu número de código), nosso correio eletrônico (requerido por bancos e empresas de internet), nossa carteira de motorista, o número do registro do carro, as viagens que fazemos, nossos hábitos de consumo (detectados pelas compras com cartão ou pela internet), nossos hábitos de música e leitura, nossa presença nas redes sociais (tais como Facebook, Instagram, YouTube, Flickr ou Twitter e tantos outros), nossas buscas no Google ou Yahoo e um amplo etcetera digital. E tudo isso referido a uma pessoa: você, por exemplo. Supõe-se sem dúvida que as identidades individuais estejam legalmente protegidas e que os dados de cada um sejam privados. Até que deixem de ser. E essas exceções, que na verdade são a regra, referem-se ao relacionamento com as duas instituições centrais em nossa sociedade: o Estado e o Capital. (CASTELLS, 2015).

Assim, com a inserção de informações e dados pessoais na rede, estes são utilizados para fins de controle do cidadão, seja por parte do Estado, seja por parte do Capital. Nesse mundo digitalizado e conectado, o Estado vigia os cidadãos e o Capital vende a vida destes transformada em dados. Os dois processos, a vigilância eletrônica maciça e a venda de dados pessoais como modelo de negócio, ampliaram-se exponencialmente na última década, pelo efeito da paranoia da segurança, a busca de formas para tornar a *internet* rentável e o desenvolvimento tecnológico da comunicação digital e do tratamento de dados. (CASTELLS, 2015).

Dessa forma, os algoritmos de aprendizagem da *Google*, do *Facebook*, da *Amazon*, da *Apple*, dentre outros, aprendem a partir dos dados que lhes são fornecidos. Disso decorre a necessidade de se criarem normas que disciplinem a responsabilidade, a transparência e a prestação de contas na era digital, e que traduzam os valores universais e humanísticos. Não se trata de normas que comprometam o processo de investigação, de inovação e de desenvolvimento da digitalização, mas “que moldem a revolução tecnológica de modo a que as vantagens da robótica e dos algoritmos de aprendizagem sejam amplamente

partilhadas, evitando tanto quanto possível os seus perigos potenciais.” (SILVEIRA; FROUFE, 2018, p. 6).

Não há qualquer problema em comercializarmos os nossos dados desde que o façamos de forma livre e esclarecida. [...] O problema reside no fato de certas empresas utilizarem os nossos dados para aquilo que não é do nosso interesse – e até que o RGPD passou a ser aplicado não tínhamos forma de o impedir. Não obstante, a maioria das pessoas não tem consciência da quantidade de dados que são diariamente recolhidos a seu respeito – nem dos potenciais custos e benefícios envolvidos – e enquanto isso as grandes empresas foram atuando sem dar nas vistas. (SILVEIRA; FROUFE, 2018, p. 11).

Além disso, com o crescimento da *internet*, outro grande risco para democracia foi a desinformação, a ponto de os autores afirmarem que vive-se em tempos de “pós-verdade”. Aliado a isso, proliferam-se a utilização de notícias falsas, conhecidas como *fake News*. De acordo com Verdelho (2017, p. 115):

[...] com o auxílio de poderosos recursos tecnológicos ocorre a difusão de notícias falsas que, deliberadamente, foram inventadas e postas em circulação. O método escolhido passa pela criação de notícias não verdadeiras, inventadas ou distorcidas, para depois as replicar de forma automatizada e sem necessidade de intervenção humana, por via das redes sociais, de forma a parecer que tal informação colhia o acordo e era partilhada por milhares de internautas.

Ainda acerca da desinformação e das *fake news*, Dias (2018) alerta para o fato de que:

[...] acabamos consumindo apenas informações parecidas com as nossas, que confirmam a nossa visão de mundo, e nem ficamos sabendo o que acontece do lado de fora. É o que o jornalista Eli Pariser chamou de “filtros-bolha”, em que os usuários só têm acesso a opiniões semelhantes às suas. Nes-

sa lógica, fica mais fácil – e faz mais sentido para os nossos mecanismos cerebrais – compartilhar conteúdos que gerem likes nas nossas redes. Assim, conteúdos sensacionalistas ou falsos encontram terreno fértil para se espalhar. Em um estudo com 200 mil releases e posts no Facebook de congressistas americanos, o instituto Pew Research Center percebeu que conteúdos que apresentaram “discordância indignada” – ou seja, polêmicos – recebiam três vezes mais comentários e eram duas vezes mais compartilhados do que os outros. É por isso, também, que notícias falsas se espalham rapidamente. Em uma pesquisa publicada na revista “Science”, pesquisadores do MIT (sigla em inglês para Instituto de Tecnologia de Massachusetts) perceberam que notícias falsas têm 70% mais chance de serem compartilhadas do que as verdadeiras. Isso acontece porque os usuários gostam de passar a sensação que estão “por dentro”. E as notícias falsas são feitas justamente para despertar gatilhos emocionais, que funcionam para prender a atenção e gerar likes.

Portanto, esta desinformação que corre na *internet* “tem o poder de moldar a forma como as pessoas veem o mundo porque vai ao encontro daquilo que querem ouvir, legitimando os seus preconceitos.” (SILVEIRA; FROUFE, 2018, p. 15). Logo, as NTICs podem ser usadas para

[...] fomentar o discurso de ódio, xenofobismo, preconceitos, como pode ser visto nas redes sociais de internet. A militância político-partidária brasileira atual pode ser um bom exemplo de espaço para antagonização e desqualificação do outro, por motivos não racionais, uma vez que esses grupos promovem discussões políticas maniqueístas e simples, muitas vezes desprovidas de argumentação racional (ARAÚJO; PENTEADO; SANTOS, 2015, p. 1615-1616).

Em razão do exposto, questiona-se “se as redes sociais são hoje incontornavelmente a porta de entrada para conteúdos, não deveriam ser sujeitas às

mesmas regras editoriais e de certificação dos conteúdos dos *media* regulados, por forma a combater a desinformação?” (SILVEIRA, FROUFE; 2018, p. 16). Diante disso, torna-se fundamental a criação de uma regulação governamental que proteja os usuários quanto aos seus dados pessoais. Há quem diga que a “União Europeia foi a única tentativa mais ou menos bem-sucedida (porque incompleta) para regular os fluxos globalitários e atenuar os seus efeitos.” (SILVEIRA; FROUFE, 2018, p. 14).

Nesse sentido, a Europa, no dia 25 de maio de 2018, passou a aplicar o Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD). Apesar disso:

[...] o RGPD não autoriza os juristas a estarem descansados com a revolução tecnológica e digital. Os sistemas complexos de inteligência artificial que estão a ser forjados não são apenas máquinas, pois aprendem a reconhecer padrões e a adotar estratégias que escapam à compreensão humana. Ademais, podem ser os próprios humanos a entregar-lhes o controlo voluntariamente, pois têm grande facilidade para receber ordens e deslumbrar-se com o que não conhecem. (SILVEIRA; FROUFE, 2018, p. 13).

Por fim, diante dos novos desafios, sugere-se a criação de políticas que possam efetivamente governar a desinformação e a engenharia social. Nesse sentido, Malásia, Irlanda e Alemanha responderam a essa crise com uma legislação capaz de conter a disseminação de notícias falsas e o mau uso de plataformas por meio de medidas punitivas. Os EUA vêm pressionando por uma maior transparência em propagandas políticas *online* com propostas de legislação, como o *The Honest Ads Act*. Contudo, é preciso cuidar para que tais medidas de vigilância de plataformas não se transformem em censura institucional. (GURUMURTHY; BHARTHUR, 2018).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A democracia contemporânea está em *deficit*, o que se depreende da passividade do eleitor, da ausência de efetividade da cidadania quanto aos

negócios públicos, do desinteresse na política, da queda nos patamares de comparecimento nas urnas, da visão negativa da política e dos políticos, da desconfiança generalizada da sociedade com relação à política e aos políticos, dentre outros. As NTICs ganham destaque nesse contexto, na medida em que podem contribuir para alterar as relações sociais, retirando a sociedade desta tendência apática.

Como visto, a realidade atual, marcada pela sociedade em massa, consolidou a democracia representativa, concebendo a cidadania restrita apenas ao exercício do voto, o que contribui para o agravamento da crise de representatividade.

Contudo, com o advento da sociedade da informação, caracterizada pelo uso intensivo das tecnologias, esta representa um importante instrumento auxiliar na recuperação da cidadania, seja por meio da disponibilização de informações, seja por permitir a realização de discussões e mobilizações em torno de assuntos da comunidade. O maior exemplo disso no Brasil foram as manifestações ocorridas em junho-julho de 2013. Somado a isso, a democracia digital possibilitou a ampliação do espaço de participação política e da consolidação da democracia, transcendendo a representação política tradicional.

Todavia, apesar dos inúmeros benefícios elencados acerca da incorporação das estruturas tecnológicas, o processo democrático corre perigo, não que a tecnologia seja um problema, mas pelo uso que dela é feito. Logo, é preciso estar atento ao modo como os dados dos usuários são coletados e utilizados. A interação sociedade-Estado está cada vez mais vulnerável à manipulação, com possibilidade de controle total sobre o cidadão.

Portanto, inegável a contribuição das NTICs para o fortalecimento da democracia, porém esta exige cidadãos bem informados e, como visto, os algoritmos de aprendizagem fecham espaço para democracia participativa e para a discussão política. Assim, para que a democracia não seja ameaçada, faz-se necessário investir na formação da cidadania digital, aliada à formulação de políticas livres da influência dos algoritmos, sob pena de, na ausência de regramento e de políticas claras, estes tornarem-se substitutos da política.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA IBGE NOTÍCIAS. **PNAD Contínua TIC 2017**: Internet chega a três em cada quatro domicílios do país. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/23445-pnad-continua-tic-2017-internet-chega-a-tres-em-cada-quatro-domicilios-do-pais>. Acesso em: 08 fev. 2019.

ARAÚJO, Rafael de Paula Aguiar; PENTEADO, Cláudio Luis Camargo; SANTOS, Marcelo Burgos Pimentel dos. Democracia digital e experiências de e-participação: webativismo e políticas públicas. **História, Ciências, Saúde - Manguinhos**, Rio de Janeiro, v.22, supl., dez. 2015, p.1597-1619.

BAQUERO, Marcello. Cultura política participativa e desconsolidação democrática: reflexões sobre o Brasil contemporâneo. **São Paulo em perspectiva**, São Paulo, v. 15, n. 4, p. 98-104, 2001.

BAQUERO, Marcello; GONZÁLEZ, Rodrigo Stumpf. **Cultura política, mudanças econômicas e democracia inercial**: uma análise pós-eleições de 2014. *Opinião Pública*, Campinas, v. 22, n. 3, p. 492-523, dez. 2016.

BAQUERO, Marcello; RANINCHESKI, Sonia; CASTRO, Henrique Carlos de O. de. A formação política do Brasil e o processo de democracia inercial. **Revista Debates**, Porto Alegre, v. 12, n. 1, p. 87-106, jan./abr. 2018.

CASTELLS, Manuel. A Internet ameaçada. In: **OUTRAS PALAVRAS**: Jornalismo de profundidade e pós-capitalismo. 2015. Disponível em: <https://outraspalavras.net/internetemdisputa/castells-a-internet-ameacada/>. Acesso em: 07 fev. 2019.

CLÉMENT, Fabrice. *Société de l'information ou société "informationnelle"? L'Europe et les Etats-Unis face aux nouvelles technologies de l'information*. In: G. Berthoud, D. Cerqui, F. Clément, F. Ischi, & O. Simioni (Eds.) **La Société de l'information**: Une idée confuse. Lausanne: Université de Lausanne, 2000. Disponível em: <http://www.fabriceclement.net/doc/6.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2019.

DIAS, Tatiana. O algoritmo é mais embaixo: como a promessa de liberdade da internet resultou em invasão de privacidade e ameaças à democracia. **UOL TAB**, 16 abr. 2018. Disponível em: <https://tab.uol.com.br/crise-facebook#o-algoritmo-e-mais-embaixo>. Acesso em: 24 jan. 2019.

EVELLE, Monique; BERMAN, Paula. Fortalecendo a democracia com blockchains. In: **Rede Juntos Plataforma Digital**. Disponível em: <https://wiki.redejuntos.org.br/busca/artigo-fortalecendo-democracia-com-blockchains-monique-estelle-e-paula-berman>. Acesso em: 07 fev. 2019.

GOMES, Wilson. A democracia digital e o problema da participação civil na decisão política. **Revista Fronteiras-estudos midiáticos**, São Leopoldo, v. VII, n. 3, p. 214-222, set./dez. 2005.

GOMES, Wilson. Internet e participação política. In: GOMES, Wilson; MAIA, Rousiley C. M. **Comunicação e democracia: problema & perspectivas**. São Paulo: Paulus, 2008, p. 293-324.

GOMES, Wilson; MAIA, Rousiley C. M. **Comunicação e democracia: problema & perspectivas**. São Paulo: Paulus, 2008.

GURUMURTHY, Anita; BHARTHUR, Deepti. Democracia e a virada algorítmica: questões, desafios e o caminho a seguir. **Sur - Revista Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo, v. 15, n. 27, p. 41-52, jul. 2018.

KOZIKOSKI JÚNIOR, Antônio Cláudio; FERRAZ, Miriam Olivia Knopik. Democracia virtual e o novo conceito de cidadão. **Revista Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 67, p. 49-73, jul./dez. 2015.

KOZIKOSKI JÚNIOR, Antônio Cláudio. O cidadão no paradigma da Democracia virtual. **Revista Democracia Digital e Governo Eletrônico**, Florianópolis, n. 12, p. 88-119, 2015.

LEMOS, Ronaldo. Como usar o blockchain para projetos de interesse público? **Cripto ID**, 24 fev. 2017. Disponível em: <https://cryptoid.com.br/identidade-digital-destaques/23285/>. Acesso em: 07 fev. 2019.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Teledemocracia, cibercidadania y derechos humanos. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, v. 4, n. 2, p. 8-46, jul./dez. 2014.

REVOREDO, Tatiana. Blockchain e uma “democracia sem fins luvrativos”. **Criptomoedasfacil.com**, 29 out. 2018. Disponível em: <https://www.criptomoedasfacil.com/blockchain-e-uma-democracia-sem-fins-lucrativos/>. Acesso em: 07 fev. 2019.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SILVEIRA, Alessandra, FROUFE, Pedro. Do mercado interno à cidadania de direitos: a proteção de dados pessoais como a questão jusfundamental identitária dos nossos tempos. UNIO – **EU Law Journal**. Braga/PT, v. 4, n. 2, p. 4-20, jul. 2018.

VAN DIJK, Johannes A. G. M.; HACKER, K. L. What is Digital Democracy? In: **Digital Democracy, Issues of Theory and Practice**. London: SAGE Publications, 2000. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/266014949_What_is_Digital_Democracy. Acesso em: 06 fev. 2019.

VERDELHO, Pedro. Democracia e tecnologias da informação. In: UNIO/CONPEDI E-book 2017. **Interconstitucionalidade**: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial – Atualização e Perspectivas Vol. II. Braga/PT: Centro de Estudos em Direito da União Europeia, 2018, p. 109-123.

ZIEMANN, Aneline dos Santos; REIS, Jorge Renato dos. Revisitando o conceito de democracia: a participação política na sociedade da informação. **Revista de Estudos Jurídicos UNA**. Belo Horizonte, v. 3, n. 1, p. 191-210, 2016.

LINHAS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO CHINESA^{1,2}

FUNDAMENTALS OF THE CHINESE CONSTITUTION

Norberto Bobbio

RESUMO

Norberto Bobbio viajou para a China, entre 24 de setembro e 24 de outubro de 1955, como um membro da delegação cultural italiana convidada para visitar o país, após a proclamação da República Popular da China por Mao Tse-tung (em 01 de outubro de 1949). A delegação era presidida pelo deputado Piero Calamandrei e contava com inúmeros intelectuais italianos, entre literatos, artistas, críticos de arte, psicanalistas, cientistas etc., que registraram posteriormente suas impressões sobre o “novo” país em diversos escritos, entre os quais o presente artigo, em que Bobbio compara a Constituição da República Popular da China (1954) com as constituições das então chamadas “democracias populares” europeias.

PALAVRAS-CHAVE

República Popular da China; Constituição Chinesa; democracias populares europeias; constitucionalismo socialista.

¹ Este texto foi publicado originalmente em *La Cina d'oggi* [A China de hoje], suplemento n. 4, “Il Ponte” [A Ponte], abril 1956. Tradução de Erica Salatini (UFBA).
Revisão técnica de Rafael Salatini (Unesp-Marília).

Agradecemos ao Instituto Norberto Bobbio pela gentileza da cessão dos direitos de tradução e publicação deste texto.

² Artigo convidado pelo Conselho Editorial da Revista Em Tempo

ABSTRACT

Norberto Bobbio traveled to China between September 24 and October 24, 1955, as a member of the Italian cultural delegation invited to visit the country after the proclamation of the People's Republic of China by Mao Tse-tung (on October 1949). The delegation was chaired by Congressman Piero Calamandrei and had countless Italian intellectuals, including writers, artists, art critics, psychoanalysts, scientists, etc., who subsequently recorded their impressions of the "new" country in various writings, in this article, in which Bobbio compares the Constitution of the Chinese People's Republic (1954) with the constitutions of the so-called European "popular democracies".

KEYWORDS

People's Republic of China; Chinese Constitution; European popular democracies; socialist constitutionalism.

1. A Constituição da República Popular Chinesa – aprovada na primeira sessão da Assembleia dos Representantes do Povo Chinês, em 20 de setembro de 1954, a cinco anos da proclamação da nova república (1º de outubro de 1949), depois que as principais leis de organização e de reforma do Estado foram aprovadas e executadas (aquelas sobre o matrimônio, sobre a reforma agrária, sobre a organização dos sindicatos operários são de 1950) e depois de ter iniciado o primeiro plano quinquenal (1953)³ – pertence, mesmo que com características específicas, ao tipo de constituições chamadas “democracias populares”, e foi precedida, até agora, na Europa, pelas constituições da Albânia (1946), Iugoslávia (1946), Bulgária(1947), Tchecoslováquia (1948), Hungria (1949), Alemanha Oriental(1949), Polônia (1952), Romênia(1952).

Nos cinco anos decorridos, da proclamação da república popular à aprovação da atual constituição, as normas fundamentais diretoras do Estado chinês estavam contidas no Programa Comum, aprovado pela primeira sessão plenária da Conferência Política Consultiva do Povo Chinês, em 29 de setembro de 1949, e nas duas Leis Orgânicas, aprovadas na mesma ocasião, respectivamente sobre o ordenamento da Conferência Política Consultiva e do Governo Popular Central da República Chinesa⁴.

2. Com o nome de “democracia popular” se designam aqueles Estados que são caracterizados, politicamente, em linha de direito, pela ditadura da classe operária aliada à classe camponesa, em linha de fato, pela ditadura do partido comunista, e economicamente, por uma economia de transição entre a velha sociedade feudal e capitalista e a nova, socialista. O art. 2 da Constituição romena se refere ao primeiro ponto: “A base do poder da RPR é a aliança da

³ O texto da Constituição foi primeiramente publicado em “Relazioni Internazionali” [Relações Internacionais], n. 46, 1954, pp. 1.322-27, com um comentário de G.B., *La nuova Costituzione della Cina comunista* [A nova Constituição da China comunista], pp. 1.306-07. Agora se encontra em Mao Tse-tung, Chou En-lai, Liu Xiao-tsi, *La Costituzione cinese* [A Constituição chinesa]. Roma: Edição de Cultura Social, 1954. As minhas citações foram retiradas desta edição.

⁴ Cito de *The Common Program and other documents* [O Programa Comum e outros documentos]. Pequim: Foreign Languages Press, 1950.

classe operária e da classe camponesa, aliança em que o papel de guia pertence à classe operária”⁵. Expressões análogas se lêem nos preâmbulos das Constituições húngara e polonesa. Já o segundo ponto, no preâmbulo da Constituição tchecoslovaca se lê: “Nós, povo tchecoslovaco, declaramos estar firmemente decididos a reconstruir o nosso Estado libertado sob forma de democracia popular que *se permitirá avançar pacificamente na via que conduz ao socialismo*”. Expressões análogas se encontram nos preâmbulos das Constituições húngara, polonesa e romena.

Quanto à Constituição chinesa, o art. 1 declara, ainda mais explicitamente que os artigos análogos das outras Constituições relembradas, o princípio político fundamental da democracia popular. “A República popular chinesa é um Estado de democracia popular, dirigido pela classe operária e fundado sobre a aliança dos operários e dos camponeses”. A este propósito, Liu Xiao-tsi, vice-presidente do governo central, comenta: “A função dirigente da classe operária e a aliança dos operários e dos camponeses, que estão na base do nosso Estado, expressam, ao mesmo tempo, o seu caráter fundamental. Isto significa que o nosso Estado é um Estado democrático popular”⁶. No preâmbulo se especifica depois que o poder político é confiado à frente democrática popular, “cujo guia é o partido comunista chinês”. No que se refere à segunda característica das democracias populares, a direção econômica, o art. 4 diz: “Apoiado nos organismos do Estado e nas forças sociais, por meio da industrialização socialista e a transformação socialista, a República Popular Chinesa garante a gradual supressão do sistema de exploração e a edificação da sociedade socialista”. No preâmbulo se esclarece que a presente Constituição reflete as exigências fundamentais do período de transição entre a criação da república popular e a edificação da sociedade socialista, e no comentário o próprio Liu Xiao-tsi esclarece que as principais formas de organização características do período de transição são a cooperação no campo agrícola e o

⁵ Para o texto sobre as constituições europeias, utilizo a obra de B. Mirkin-Guetzevitch, *Le costituzioni europee* [As constituições europeias]. Milão: Comunità, 1954.

⁶ Do relatório à Assembleia, como premissa a *La Costituzione cinese* [A Constituição chinesa], cit., p. 45.

capitalismo de Estado (com esta expressão, entendem-se as várias formas de participação do Estado na economia privada) no campo industrial⁷.

3. Além disso, apesar dessas características fundamentais comuns, a República Popular China se distingue das democracias populares ocidentais, no âmbito político, por uma maior amplitude da aliança que constitui a frente democrática, e no âmbito econômico, por uma maior cautela e lentidão na eliminação do setor capitalista da economia.

Na aliança que constitui a frente democrática na China aparece uma classe já colocada fora de jogo nas outras Constituições que pertencem ao mesmo gênero: a chamada “burguesia nacional”. Se escolhermos, entre os vários critérios com base nos quais podemos distinguir diversos tipos de sociedade, as formas de propriedade que nela prevalecem, é necessário observar que nas Constituições das democracias populares ocidentais, as formas de propriedade reconhecidas são três – a propriedade do Estado, as propriedades das cooperativas, a propriedade individual, e com este último termo se entende exclusivamente a propriedade pequeno-burguesa dos camponeses, dos artesãos, dos pequenos comerciantes – como se lê, por exemplo, na Constituição tchecoslovaca, onde o parágrafo 146 estabelece que “os meios de produção são propriedade nacional ou propriedade de cooperativas populares, ou seja, são propriedade privada de produtores individuais”, e os parágrafos 158 e 159, relativos ao terceiro setor, esclarecem que, no primeiro: a propriedade privada garantida é aquela das pequenas e médias empresas que empregam até 50 trabalhadores; no outro, que a superfície máxima fundiária, sujeitável à propriedade privada, é de 50 hectares. Na Constituição chinesa, as formas de propriedade fundamentais, tais como elencadas pelo art. 5, que é o fulcro do novo ordenamento social, são quatro, precisamente as três citadas acima – a propriedade estatal, a propriedade cooperativa, a propriedade dos trabalhadores individuais – às quais se acrescenta a propriedade dos capitalistas. Ora, esse reconhecimento da propriedade capitalista, sobre a qual se detém, de modo particular, o art.

⁷ *La Costituzione cinese* [A Constituição chinesa], cit., pp. 51-2.

10, e que não encontra correspondência tão explícita em nenhuma das outras Constituições citadas (exceto talvez na Constituição romena, nos artigos 5 e 11, onde, por outro lado, a atitude em relação a este tipo de propriedade é bem mais radicalmente hostil), é uma consequência e uma retomada da participação da burguesia nacional na aliança da frente democrática.

4. A questão da aliança com a burguesia nacional, nos termos em que se coloca até agora, remonta a pelo menos vinte anos atrás. O VII Congresso do Comintern, realizado em Varsóvia no verão de 1935, tinha banido, como é sabido, a política das frentes populares. O que se apresentou na Europa como frente anti-hitleriana e antifascista, na China se apresentou como frente anti-japonesa. Foi justamente em um relatório de dezembro de 1935, na Conferência do Comitê Central do Partido Comunista Chinês, em que foi aprovada a tática da frente única nacional, que Mao Tse-tung colocou o problema da aliança com a burguesia nacional. Com esta expressão entendia os grupos da burguesia que “não são ligados ao capital estrangeiro e à grande propriedade terreira ou que o são de modo relativamente frágil”⁸; e como tais, eram para se distinguir pela ala direita da burguesia, composta pelos grandes proprietários fundiários e pelos empreendedores aliados ao capital estrangeiro. Propondo a transformação da república operária e camponesa em uma república popular, justificava-a nestes termos: “Forças motoras da revolução são, hoje, como no passado, sobretudo, os operários, os camponeses e a pequena burguesia urbana, aos quais podemos acrescentar hoje também a burguesia nacional”⁹. Em outro lugar, perguntando-se qual deveria ser a composição de classe da nova república democrática, responde: “Proletariado, camponeses, pequena burguesia urbana, burguesia e todos aqueles que compartilham a ideia da revolução nacional e democrática [...]. A característica desta aliança consiste no fato que agora faz

⁸ Mao Tse-tung. *La tattica della lotta contro l'imperialismo giapponese* [A tática da luta contra o imperialismo japonês]. In: *Scritti scelti* [Escritos selecionados]. Roma: Edizioni Rinascita, 1955, vol. I, p. 193.

⁹ Mao Tse-tung. *La tattica della lotta contro l'imperialismo giapponese* [A tática da luta contra o imperialismo japonês], cit., p. 215.

parte dela também a burguesia”¹⁰.

Esta tática, de resto, que era sugerida naqueles anos por uma particular situação histórica do período entre as duas guerras, encontrava uma explicação mais ampla, não mais episódica, mas sob forma de história universal (segundo a concepção leninista e stalinista da história universal), na distinção, elaborada claramente por Stálin, a propósito da China, desde 1927, entre revoluções nos países imperialistas e revoluções nas colônias – a China, segundo a definição dada várias vezes por Mao nos seus escritos, era um país semifeudal, semicolonial, e no período da agressão japonesa também, sob certos aspectos, colonial¹¹ – distinção que se apoiava justamente sobre o diferente pertencimento da burguesia à frente imperialista (nas primeiras) ou à frente anticolonialista (nas segundas)¹². O próprio Mao aceitava esta aliança como aplicação de uma lei histórica universal, por isso escrevia: “Se perguntamos a um comunista porque ele luta primeiro por um sistema social democrático burguês e só depois por um sistema social socialista, ele responderá: porque isso corresponde ao curso inelutável da história”¹³.

5. As linhas teóricas do novo Estado que teria surgido da aliança das classes que lutam contra o feudalismo e o imperialismo, guiada pela classe operária, e que foi chamado estado de “nova democracia”, foram traçadas em um dos ensaios mais lidos e mais conhecidos de Mao, desde 1940, intitulado

¹⁰ Mao Tse-tung. *I compiti del partito comunista cinese nel periodo della guerra anti-giapponese* [As tarefas do partido comunista chinês no período da guerra anti-japonesa]. In: *Scritti scelti* [Escritos selecionados], cit., vol. I, p. 342.

¹¹ Cfr. Sobretudo e ensaio *La rivoluzione cinese e il partito comunista cinese* [A revolução chinesa e o partido comunista chinês] (1939). In: *Scritti scelti* [Escritos selecionados], cit., vol. III, p. 97 e ss.

¹² Vejam-se as páginas *Sulla Cina* [Sobre a China] (1927). In: *Il marxismo e la questione nazionale e coloniale* [O marxismo e a questão nacional e colonial]. Turim: Einaudi, 1948, pp. 323-349, e sobretudo a seguinte frase: “La borghesia nazionale, in una certa fase e per un certo periodo, può sostenere il movimento rivoluzionario del proprio paese contro l'imperialismo” [A burguesia nacional, em uma certa fase e por um certo período, pode sustentar o movimento revolucionário do próprio país contra o imperialismo] (p. 326).

¹³ Mao Tse-tung. *Il movimento del 4 maggio* [O movimento de 4 de maio] (p. 326) (1939). In: *Scritti scelti* [Escritos selecionados], cit., vol. III, p. 4.

*Sobre a nova democracia*¹⁴.

Neste ensaio, Mao distinguia três formas de governo na atual situação histórica: a) a república sob a ditadura burguesa; b) a república sob a ditadura do proletariado; c) a república sob a ditadura conjunta de diversas classes revolucionárias. A revolução chinesa, pelas peculiaridades características da sociedade chinesa, colonial, semicolonial e semifeudal, deveria ter mirado à constituição de uma república do terceiro tipo, que é justamente a república de nova democracia e que se diferencia tanto “das velhas formas europeias e americanas de república capitalista sob a ditadura da classe burguesa, formas que já estão ultrapassadas há tempos”, quanto “de uma república socialista do tipo da União Soviética, que é uma república da ditadura do proletariado”, a qual, em um período histórico determinado, não convém à revolução nos países coloniais e semicoloniais¹⁵. Entende-se que esta forma de república popular democrática teria um caráter transitório. A meta final seria sempre, entretanto, o socialismo. Mas deveria ser reafirmado contra os impacientes da esquerda que a revolução chinesa deveria percorrer duas fases: a da nova democracia, que era a fase da revolução burguesa conduzida, ao invés de pela burguesia, pelo proletariado, e a do socialismo; e que o tempo da primeira fase teria sido “muito longo”, e estava “absolutamente errado” pensar que poderia ser percorrido de um dia a outro¹⁶. Mas isto teria sido, não obstante, sempre e apenas uma via de passagem, obrigatória, ao socialismo: “A revolução democrática é a preparação necessária para a revolução socialista, e a revolução socialista é a consequência inevitável da revolução democrática¹⁷.”

¹⁴ Mao Tse-tung. *Sulla nuova democrazia* [Sobre a nova democracia]. In: *Scritti scelti* [Escritos selecionados], cit., vol. III, pp. 137-201. Veja também o artigo precedente, já citado: *La rivoluzione cinese e il partito comunista cinese* [A revolução chinesa e o partido comunista chinês]. In: *Scritti scelti* [Escritos selecionados], cit., vol. III, pp. 91-131, e os principais escritos de Mao que voltam continuamente ao tema.

¹⁵ Mao Tse-tung. *Sulla nuova democrazia* [Sobre a nova democracia]. In: *Scritti scelti* [Escritos selecionados], cit., p. 153.

¹⁶ Mao Tse-tung. *Sulla nuova democrazia* [Sobre a nova democracia]. In: *Scritti scelti* [Escritos selecionados], cit., p. 165.

¹⁷ Mao Tse-tung. *La rivoluzione cinese e il partito comunista cinese* [A revolução chinesa e o partido comunista chinês], cit., p. 129.

6. Entre os limites da “fase de transição”, talvez, seria necessário distinguir ulteriormente dois momentos: o negativo, da eliminação das estruturas feudais e do capitalismo assim chamado burocrático, e da conquista da independência nacional contra toda forma de sujeição colonial e semicolonial; e o positivo, da transformação da economia, ainda em grande parte, privada e capitalista, em uma economia integralmente socialista; ou, em outras palavras, o momento de execução da revolução burguesa, considerada como ponto de passagem obrigatório para alcançar a sociedade socialista (a história não dá saltos), e o momento de transformação da sociedade burguesa em sociedade socialista (a história tem suas linhas obrigatórias).

Sem pretender demais do uso de palavras que não são rigorosas e não podem ser, poderia se acrescentar que o termo “nova democracia” parece indicar preferivelmente o primeiro momento, enquanto o termo mais apropriado para indicar o segundo, parece ser o de “democracia popular”. Vale lembrar que o próprio Mao, em um artigo de 1949, escrito quando a libertação total já estava bastante próxima, não usou mais a expressão corrente de “nova democracia”, mas, explicando que o povo chinês tinha tomado consciência, entre outras coisas, “da criação de um Estado de ditadura popular dirigido pela classe operária com base na aliança dos operários e dos camponeses”, empregou a expressão que se tornou oficial no oriente europeu de “democracia popular”¹⁸. É verdade que no preâmbulo da Constituição, os dois termos são considerados sinônimos na frase: “O regime democrático popular da República Popular Chinesa, vale dizer, o regime de nova democracia...”. Mas poderia se relevar que, enquanto no resto do Programa Comum, o termo “nova democracia” era usado mais vezes, por exemplo, no art. 1º: “A República Popular Chinesa é um Estado de nova democracia ou de democracia popular”, no texto da Constituição vigente foi banido e aparece sempre, em seu lugar, o termo “democracia popular”.

Pode-se afirmar, portanto, que a Constituição de 1954, aprovada cinco anos após a Constituição da república, e após a emanação e a atuação de algu-

¹⁸ Mao Tze-tung. *La dittatura della democrazia popolare* [A ditadura da democracia popular]. In: *Documenti sulla rivoluzione cinese* [Documentos sobre a revolução chinesa]. Roma: Edizioni di Cultura Sociale, 1950, p. 180.

mas leis fundamentais de reforma, representa o início do segundo momento, ou seja, o ponto de passagem do fim do primeiro ao princípio do segundo. Liu Xiao-tsi, disse, no relatório já citado: “Os cinco anos passados bastam para confirmar plenamente que a única via justa que o nosso país pode seguir é a da passagem da sociedade moderna, com a sua complexa estrutura econômica, a uma sociedade de estrutura econômica apenas socialista, vale dizer, de sociedade de nova democracia à sociedade socialista”¹⁹. Para confirmar, observe-se que ainda no art. 1º do Programa Comum e no artigo da Lei Orgânica sobre o Governo Central da República Popular Chinesa, falava-se da aliança dos operários e dos camponeses “junto de todas as classes democráticas”, enquanto que no art. 1º da presente Constituição, a referência às outras classes democráticas desapareceu e, segundo o modelo constitucional das democracias populares europeias, fala-se apenas da aliança dos operários e dos camponeses.

7. Resumindo, exatamente como nas Constituições das democracias populares europeias, ocasionalmente de forma ainda mais marcada, a Constituição apresenta duas características fundamentais: 1) como expressão de uma ditadura, não só de uma classe, mas de uma aliança de classes, é o resultado de um *compromisso* de forças; 2) enquanto tende ao ordenamento de uma sociedade que está em vias do socialismo, mas não é ainda socialista, este compromisso não é permanente, mas *transitório*.

Justamente sobre a base do primeiro dos dois elementos, o próprio Mao, como vimos, distingue o Estado de nova democracia, que é fundado sobre a ditadura de várias classes aliadas – “ditadura conjunta de todas as classes revolucionárias”²⁰ – do Estado liberal e do Estado socialista, que são fundados, segundo a concepção marxista do Estado, desenvolvida por Lênin, sobre a ditadura de uma única classe, respectivamente, da burguesia e do proletariado. Mas quem ousaria dizer, hoje, que a maior parte dos Estados

¹⁹ Mao Tse-tung, Chou En-lai, Liu Xiao-tsi, *La Costituzione cinese* [A Constituição chinesa], cit., pp. 36-37.

²⁰ Mao Tse-tung. *Sulla nuova democrazia* [Sobre a nova democracia]. In: *Scritti scelti* [Escritos soltos], cit., p. 156.

européus ocidentais, que não são regimes de democracia popular, seriam regimes de democracia burguesa, no sentido tradicional da palavra? Não são, eles também, regimes de compromisso? Não foi uma típica expressão de compromisso entre exigências liberais e exigências socialistas a Constituição de Weimar (1919), que marcou o começo de uma experiência constitucional que foi se desenvolvendo e enriquecendo, sobretudo durante o segundo pós-guerra? Então, onde está a diferença entre as Constituições de democracia ocidental, que não são mais liberais, e as Constituições de democracia popular, que não são ainda socialistas?

Para individuar esta diferença, é necessário recorrer ao segundo dos dois caracteres fundamentais mencionados acima: ao caráter da transitoriedade. A diferença existe e reside no fato que, enquanto nas constituições de democracia popular, como a chinesa, o compromisso é transitório, nas de democracia ocidental, esse é permanente. A classificação das constituições é, portanto, mais complexa do que o que aparece no escrito de Mao, e merece algumas considerações.

8. Uma boa definição de constituição é aquela dada por Ferdinand Lassale em um conhecido opúsculo (*Ueber Verfassungswesen* [Sobre a constituição]): a constituição, escreve, é a resultante das forças políticas ativas em um determinado país em um certo período da sua história. O rei tem o exército e com o exército é capaz de fazer valer a sua força real nos conflitos do país? Então o rei faz parte da constituição. Os feudatários são os grandes proprietários da terra e como tal, dispõem do pão e dos meios de subsistência dos cidadãos? Então os feudatários fazem parte da constituição. E assim por diante. Com base nessa definição, é difícil imaginar uma constituição que não seja o produto de um compromisso. Não se tem o compromisso apenas quando, em uma determinada sociedade, existe uma força política predominante que seja capaz de determinar sozinha a direção política e de determinar, sozinha, o movimento aos principais órgãos do Estado. Tais constituições poderiam ser chamadas de ideologicamente puras, com a advertência de que estas representam mais modelos teóricos que exemplos históricos concretos. Em uma classificação das constituições contemporâneas, podemos distinguir quatro tipos fundamentais

de constituições ideologicamente puras: constituições liberais (Estatuto albertino); cristão-sociais (o único exemplo que comprova é a Constituição irlandesa, de 1937); autoritário-corporativas (por exemplo, a Constituição portuguesa, de 1933, ainda em vigor, mesmo que modificada várias vezes); socialistas (por exemplo, a Constituição da União Soviética, de 1936).

Mas a maior parte das constituições agora são compósitas. A forma mais comum de compromisso, nos países da Europa Ocidental, é dada pelo encontro das exigências liberais das velhas constituições do século XIX com as sociais, trazidas pelos movimentos socialistas, e se manifesta, como é sabido, no acolhimento dos direitos sociais, como o direito ao trabalho ou a instrução, ao lado dos tradicionais direitos de liberdade. Na Constituição republicana italiana, em particular, o enredo ideológico é mais complexo: sobre o tronco de uma tradição liberal ainda viva se acrescentaram não apenas elementos socialistas, mas também cristão-sociais, sobretudo na configuração da família e na disciplina da propriedade privada.

9. A Constituição chinesa é, portanto, ela também, enquanto expressão de uma aliança de várias forças políticas, segundo as declarações oficiais, o resultado de um compromisso. Mas a direção do compromisso é diferente, também a avaliação da função e dos objetivos do compromisso é diferente.

Quanto à direção, pode-se dizer, *grosso modo*, que enquanto nas constituições ocidentais, é a classe burguesa que faz alguma concessão aos movimentos operários (direito de greve, direitos sociais, etc.) e camponês (reforma agrária); nas constituições de democracia popular, é a classe operária aliada aos camponeses, que faz qualquer concessão a direitos pré-constituídos ou a solicitações da pequena ou média burguesia. Na primeira, a força motriz é a burguesia que permite fazer pactos com os movimentos populares; na outra, a força motriz é o proletariado que permite fazer pactos com a pequena e média burguesia. O encontro entre sociedade liberal e sociedade socialista acontece, em ambos os casos, não em terreno neutro, mas em terreno de uma das duas partes: só que, no primeiro caso, acontece em terreno liberal, no qual a existência socialista constitui um obstáculo que é necessário afrontar; no segundo, em terreno socialista, no qual a existência liberal constitui um impedimento

que, ao menos por um certo tempo, é necessário suportar. A direção, como se vê, é inversa. Nas constituições ocidentais, a direção segue uma linha evolutiva, assemelha-se a um movimento de integração necessária, em degraus. Na constituição das democracias populares, a direção segue, ao invés, um ritmo dialético, em que a fase sucessiva se diferencia qualitativamente da precedente, mesmo contendo-a, pelo que havia de positivo, em si. Poderia se dizer que, em ambos os casos, o compromisso é um expediente, operado pela classe realmente dirigente para conservar o poder; mas, no primeiro caso, trata-se de um expediente conservador, apesar das aparências progressistas (“evitar o pior”); no segundo, trata-se de um expediente de estratégia revolucionária, apesar das aparências de moderação (“utilizar os adversários até quando sejam úteis” ou seja “desfrutar o máximo possível da situação passada”). Ainda, em uma concepção da história como a marxista, em que o progresso histórico advém na passagem da sociedade liberal à socialista, deveria se dizer que as constituições ocidentais são constituições do passado com um pé no futuro, a Constituição chinesa, ao contrário, uma constituição do futuro com um pé no passado.

10. Em segundo lugar, a avaliação que se dá da função e dos objetivos do compromisso político é diferente em uma sociedade liberal e em uma socialista. É um problema que nos faz perceber concretamente o contraste dos valores supremos que regulam os diversos ordenamentos.

Foi dito que a Constituição chinesa expressa um compromisso entre forças políticas diversas, em luta entre si; mas que é expresso de forma transitória. O que significa que esta situação de compromisso é considerada como uma situação provisória, de emergência, destinada a acabar cedo ou tarde, e que o termo “compromisso” é usado com um significado de valor negativo, ou seja, que indica um estado de fato reprovável. Ao contrário, na ideologia que inspira as formas liberal-democráticas dominantes na Europa Ocidental, o compromisso não é considerado como uma forma transitória de modo algum, portanto, nem mesmo como um expediente tático, e não pode e nem deve sê-lo por uma razão fundamental: que o compromisso das forças políticas em jogo, considera-se, pertença a própria **essência** da democracia, portanto, não existe democracia, democracia verdadeira, se das forças políticas em jogo, uma pre-

valeça de modo definitivo sobre as outras e exclui toda possibilidade de transação com a oposição. Veja-se, a modo de exemplo, o que diz a este propósito, o teórico mais ilustre e mais combativo de modo doutrinário da democracia ocidental, Hans Kelsen:

A livre discussão entre maioria e minoria é essencial para a democracia, porque este é o modo de criar uma atmosfera favorável a um compromisso entre maioria e minoria, e o compromisso faz parte da própria natureza da democracia [...]. É justamente em virtude desta tendência ao compromisso que a democracia é uma aproximação do ideal da autodeterminação completa²¹.

Esta, agora, tornou-se uma noção comum. O que significa, além de tudo, que o termo “compromisso”, que no âmbito da concepção marxista (mais especulativa e dialética, portanto, procedente por afirmações e negações), tem um significado de valor negativo; na concepção liberal (mais empírica e evolutiva e, portanto, procedente por graus), tem um significado de valor positivo, vale dizer, indica um estado de fato aprovável. Enquanto na primeira, uma norma diretiva implícita prescreve a eliminação do compromisso, e a situação política será considerada tanto mais satisfatória quanto mais for ausente de compromissos; na segunda, uma norma diretiva prescreve o aperfeiçoamento do compromisso, e a situação política será considerada mais satisfatória quanto mais o compromisso for efetivo e eficaz.

11. Voltando depois aos valores supremos, que sustentam os dois tipos diversos de constituição, chega-se ao contraste de duas concepções da história, às quais, por sua vez, revelam o contraste de duas mentalidades ou comportamentos mentais em relação ao modo de colocar e resolver os problemas de fundo. Na concepção liberal, a história é luta de antagonismos que se renovam continuamente, e é luta sem fim. Caso a luta tivesse fim, a história humana ter-

²¹ H. Kelsen. *Teoria generale del diritto e dello Stato* [Teoria geral do direito e do Estado]. Milão: Comunità, 1952, p. 293.

minaria com esta. De acordo com esta concepção, da luta dos opostos nasceu o progresso civil, porque a luta é a condição necessária para a conservação ou a ampliação da liberdade. Historicamente, a doutrina liberal teve seu amadurecimento no momento em que, sobretudo por meio das teorias dos economistas, foi se considerando toda forma de antagonismo, da rivalidade econômica à oposição política, como saudável ao desenvolvimento da civilização, ou ao menos como um mal necessário. Nas raízes, o liberal convicto deve estar tão convencido do valor supremo da liberdade de modo a aceitar, por causa dessa, os perigos e os problemas da luta perpétua. Por isso, o problema fundamental que os homens devem resolver, organizando o poder político, não é o de eliminar os antagonismos, mas o de regulamentá-los. Portanto, a finalidade do Estado, na concepção liberal clássica é, como é sabido, a coordenação das liberdades, o que se obtém, justamente, com o compromisso das forças em jogo. Na concepção marxista, ao invés, a história, ou melhor dizendo, a pré-história, é o teatro das lutas de classes, mas esta luta é o mal, é o reino da alienação, e deve ter fim. Se por acaso a luta não tivesse fim, o homem não sairia nunca do estado da necessidade, da alienação, para chegar ao da liberdade, do autocontrole e do controle do próprio destino. A luta, mais que gerar a liberdade, gera a escravidão e a opressão (pense-se no mito extraordinariamente iluminador do contraste escravo-patrão na *Fenomenologia [do Espírito]* de Hegel). A concepção marxista surgiu e se desenvolveu como reação às consequências humanamente insuportáveis da luta econômica entre classes e Estados. Nas raízes, o marxista deve estar profundamente convencido da impossibilidade de regulamentar os antagonismos pacificamente (e, de fato, quem está acima das partes?) de modo a preferir ao movimento alternativo das partes em luta, o risco da história na contramão, que, alcançado um certo nível, não volta mais atrás. O problema fundamental que se impõe aos homens, na organização da própria vida civil é, para o marxista, o problema da irreversibilidade do poder (o qual não se pode obter senão através da ditadura). E, portanto, o objetivo do Estado (antes do seu desaparecimento), não é a coordenação das liberdades, mas a estabilidade do poder, a qual se obtém eliminando, pouco a pouco, todas as forças sociais e políticas existentes, exceto uma. Sobre o fundo de uma concepção pessimista da história (a história humana é história de lutas perpétuas), o liberal é otimis-

ta: acredita que de um mal (a luta) derive um bem (a liberdade). Sobre o fundo de uma concepção otimista da história (a história termina com o reino da liberdade), o marxista é pessimista: acredita que de um bem (a liberdade) nasce o mal (a exploração, etc.).

12. No que se refere ao contraste de mentalidade e de comportamento mental em relação ao modo de colocar e resolver os problemas de fundo existem coisas já ditas várias vezes que não vale a pena repeti-las: o liberal, se diz, tem uma concepção relativista da verdade, que lhe deriva da predominância dada ao método empírico onde, se não existe verdade absoluta, não existe outro modo de resolver o contraste das verdades que o compromisso (e outro dever do homem de razão que o da tolerância); enquanto o marxista considera que existem leis universais de desenvolvimento da história, onde toda verdade, mesmo historicamente determinada, nos limites daquele período histórico e daquelas situações de fato, tem valor absoluto, o que deriva da predominância dada ao método dialético. Trata-se, portanto, para o marxista, de descobrir a verdade absoluta para aquele dado período e situação de fato, e justamente porque é absoluta, persegui-la sem oscilações (e o dever supremo não é mais o da tolerância, mas o da fidelidade aos princípios).

Como se vê, uma reflexão sobre uma divergência aparentemente secundária, como a relativa ao valor que devemos dar à transitoriedade de uma constituição fundada no compromisso, empurra-nos para os vértices e nos revela a oposição fundamental. É que a nossa sociedade está saturada de cargas avaliativas potentíssimas; e é sempre aconselhável, quando nos deparamos com um contraste, descobrir a fonte das energias avaliativas, com o objetivo de, por um lado, tornar menos simplistas ou banais as confutações, pelo outro, restituir ao nosso adversário, considerado como portador de valores e não apenas de paixões e interesses, o respeito que devemos ao crente (os valores repousam, em última análise, em uma crença) de boa vontade.

OS DIREITOS HUMANOS NO PENSAMENTO DE NORBERTO BOBBIO: UMA ANÁLISE DA SUA ABORDAGEM ANTIFUNDACIONALISTA

HUMAN RIGHTS IN NORBERTO BOBBIO'S THOUGHT:
AN ANALYSIS OF HIS ANTI-FOUNDATIONALIST APPROACH

Michele Beniamino Zezza¹

RESUMO

As considerações a seguir pretendem salientar, após ter estabelecido algumas premissas relativas às metamorfoses dos direitos no interior dos Estados constitucionais contemporâneos, os principais aspectos críticos da abordagem antifundacionalista bobbianiana e, ao mesmo tempo, as razões substantivas implicadas.

PALAVRAS-CHAVE

Direitos humanos, Norberto Bobbio, antifundacionalismo.

¹ Pesquisador pós-doutoral no Departamento de Teoria do Estado da Universidade de São Paulo. Doutor em Giustizia costituzionale e diritti fondamentali nas Università di Pisa-Universidad de Sevilla. Mestrado em Derechos humanos pela Universidad Carlos III de Madrid. Email: michele.zezza@for.unipi.it.

O presente trabalho foi realizado durante um período de pesquisa na Universidade de São Paulo (USP) financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP), com o seguinte número de processo: 2017240359.

ABSTRACT

The following considerations intend to emphasize, after establishing some premises regarding the metamorphoses of rights within contemporary constitutional states, the main critical aspects of the anti-foundationalist Norberto Bobbio's approach and, at the same time, the substantive reasons involved.

KEYWORDS

Human Rights, Norberto Bobbio, Anti-Foundationalism.

INTRODUÇÃO

O núcleo da produção de Norberto Bobbio sobre os direitos humanos está concentrado em uma fase da sua investigação que pode ser convencionalmente colocada entre os meados dos anos sessenta e o início dos anos noventa². Porém, a origem do interesse para o problema remonta ao final dos anos quarenta, situando-se em um clima cultural dominado por acontecimentos como a Guerra de Libertação, o triunfo dos regimes democrático-liberais, o nascimento da Organização das Nações Unidas, e a refundação das relações internacionais na direção de um equilíbrio bipolar e da divisão da Europa. As maiores contribuições à causa do debate podem observar-se no terreno das reflexões teóricas sobre as estratégias de paz e regras do jogo democrático, em função da construção de um moderno Estado de direito centrado no reconhecimento e na tutela das liberdades fundamentais.

Na base da sua atividade de “intelectual militante” (cf. BOBBIO 1971), promotor de diálogo na busca aberta da verdade, pode-se identificar um projeto de ordem político-jurídica, amadurecido durante os anos da Resistência e desenvolvido nas décadas subsequentes, que se inspira nas exigências de um liberalismo laico, radical, progressista, fortemente aberto à promoção de valores pluralistas e sociais. Emerge, portanto, o propósito de integrar diferentes instâncias procedentes das teorias democráticas, liberais e socialistas, afirmando a interdependência multifuncional do sistema dos direitos.

Nas considerações que seguem, pretende-se analisar um aspecto específico da reflexão bobbiana sobre os direitos humanos, a saber, a sua proposta de superação do problema do fundamento dos direitos humanos, com o objetivo de identificar a abordagem epistemológica subjacente.

1. DUCTILIDADE E CONFLITUALIDADE NA FORMULAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em total contradição com algumas reconstruções dos direitos centradas

² A primeira publicação do filósofo turinês em matéria de direitos humanos remonta ao início dos anos cinquenta, mas a parte mais consistente da sua produção se situa em um período posterior.

na ideia de um “núcleo de certeza” integralmente subtraído à disponibilidade da intervenção parlamentar e à comparação com outras exigências sociais (interesses, bens, princípios, etc.), os direitos do constitucionalismo contemporâneo parecem tornar-se cada vez mais frágeis e limitáveis em seu funcionamento. As Constituições dos países liberais-democratas contemporâneos incluem, geralmente, muitos e heterogêneos direitos fundamentais formulados em termos amplos, indeterminados, vagos, emotivos, situados em uma posição de interdependência e, muitas vezes, de competitividade. Na maioria dos casos, o conteúdo das disposições constitucionais que reconhecem direitos fundamentais se traduz em normas e princípios que, ao ser o produto de um processo de negociação que procura encontrar a convivência entre diferentes ideologias, costuma estar redigido de forma intencionalmente ampla. Neste contexto, parece ser possível alcançar apenas algumas convergências pragmáticas, “*incompletely theorized agreements*” (SUNSTEIN, 2007, cap. II), centradas no uso de uma linguagem comum dentro de coordenadas multiculturais de tolerância e pluralismo.

A multiplicidade dos direitos, juntamente com a necessidade de justificar as escolhas relacionadas com o custo financeiro da sua tutela, impõe determinar quais sejam os critérios corretos de composição das colisões entre direitos (como se justifica a preferência outorgada a alguns em face de outros), o que torna inevitável, como se pretende demonstrar, a reflexão sobre o problema do fundamento. Dito de outra forma, torna-se essencial, durante o processo de especificação e implementação dos direitos, a justificação das escolhas interpretativas entre várias concepções concorrentes.

Os valores proclamados no interior dos textos constitucionais contemporâneos são, normalmente, codificados em formulações genéricas, de modo que o seu significado seja especificado cada vez em sede de aplicação, de acordo com as circunstâncias relevantes. Em sociedades abertas, policêntricas, pluralistas, como as que caracterizam as democracias constitucionais contemporâneas, as normas jurídicas que conferem direitos fundamentais configuram-se como o resultado de compromissos provisórios entre sujeitos heterogêneos (grupos de interesses, sujeitos políticos, indivíduos etc.), portadores de diferentes concepções substantivas do bem público (liberal, socialista, democrática, etc.). Por várias razões estruturais, tais como as limitações de tempo e

informações bem como a dificuldade em estabelecer acordos precisos entre os constituintes, torna-se difícil especificar com rigor todas as condições de aplicação das disposições constitucionais, as quais se caracterizam, portanto, pela sua “textura aberta” (*open texture*).

De fato, as disposições constitucionais atributivas de direitos fundamentais, geralmente incluem cláusulas abertas em que aparecem conceitos éticos densos. Uma característica distintiva da formulação linguística das disposições jurídicas que reconhecem direitos fundamentais é o amplo uso de termos vagos e indeterminados. Os princípios constitucionais que reconhecem direitos fundamentais, muitas vezes dotados de uma acentuada função normogénica, prestam-se a serem realizados de várias maneiras.

A própria técnica de redação constitucional dos direitos, bem como sua formulação ampla, indeterminada e emocionalmente conotada, juntamente com certas características estruturais do constitucionalismo contemporâneo a exemplo da suprainterpretação e a interpretação extensiva torna o conflito entre valores e princípios constitucionais um aspecto inevitável. Observa a este respeito Giorgio PINO:

il panorama costituzionale contemporaneo (le carte costituzionali dei paesi democratici, e la pratica della loro interpretazione e applicazione da parte delle rispettive giurisprudenze costituzionali e ordinarie) esibisce alcuni tratti peculiari, e talvolta anche paradossali. Le Costituzioni contemporanee dichiarano infatti molti ed eterogenei diritti fondamentali (sono Costituzioni “lunghe”), fraseggiati in termini assai ampi e indeterminati che rendono necessarie operazioni di specificazione e concretizzazione; inoltre, i diritti sono spesso incompatibili tra loro, raramente o mai sono ordinati in relazioni gerarchiche o di priorità, ma anzi sono posti espressamente su un piano di parità quantomeno formale (2010, p. 288).

Em uma cultura jurídica substancialista, neoconstitucionalista, como aquela que caracteriza a maioria das democracias constitucionais contemporâneas, normalmente o espaço jurídico está saturado de direitos. Apesar do que foi proclamado na Declaração de Viena de 1993, a qual atribuiu aos direitos

humanos as características da indivisibilidade e universalidade, na prática de interpretação e aplicação dos direitos por parte das jurisprudências constitucionais e ordinárias mostra que profundas tensões que afetam os valores sociais incorporados nos textos constitucionais podem ser percebidas.

Las Constituciones – escreve por exemplo Luis PRIETO Sanchís (2001, p. 209) – suelen estimular las medidas de igualdad sustancial, pero garantizan también la igualdad jurídica o formal, y es absolutamente evidente que toda política orientada en favor de la primera ha de tropezar con el obstáculo que supone la segunda; se proclama la libertad de expresión, pero también el derecho al honor, y es, asimismo, obvio que pueden entrar en conflicto; la cláusula del Estado social, que comprende distintas directrices de actuación pública, necesariamente ha de interferir con el modelo constitucional de la economía de mercado, con el derecho de propiedad o con la autonomía de la voluntad y, desde luego, ha de interferir siempre con las antiguamente indiscutibles prerrogativas del legislador para diseñar la política social y económica. Y así sucesivamente; tal vez sea exagerar un poco, pero casi podría decirse que no hay norma sustantiva de la Constitución que no encuentre frente a sí otras normas capaces de suministrar eventualmente razones para una solución contraria.

Em síntese: as Constituições dos Estados constitucionais contemporâneos, geralmente, incluem muitos direitos fundamentais heterogêneos, formulados em termos genéricos, indeterminados, vagos e emocionais, além de serem colocados em uma posição de interdependência (interferência, interseção, coordenação, sobreposição) e, muitas vezes, de competitividade³. A justificação

³ O artigo 2 da Constituição italiana pode-se considerar emblemático, a este respeito. Este artigo, que faz parte dos “Princípios Fundamentais”, refere-se a deveres inderrogáveis e a direitos invioláveis, afirmando que estes últimos são simplesmente reconhecidos pelo Estado. Como exemplificado por esta seção, os textos constitucionais dos Estados constitucionais contemporâneos, geralmente, contêm cláusulas expressadas em termos indeterminados e avaliativos (“*diritti inviolabili*”, “*personalità*”, “*solidarietà politica, economica e sociale*”, para se limitar ao artigo em questão).

das eleições políticas inerentes à proteção dos direitos pressupõe uma atividade interpretativa orientada a determinação do conteúdo dos direitos. Decidir atribuir um significado a determinadas disposições que reconhecem direitos implica, necessariamente, uma atividade de caráter argumentativo vinculada à questão do seu fundamento filosófico.

2. O PROBLEMA DA FUNDAMENTAÇÃO DOS DIREITOS: A ABORDAGEM DE NORBERTO BOBBIO

Como é sabido, os direitos nascem e se desenvolvem como consequência da interação de várias causas de natureza socioeconômica, geopolítica e ideológica: o nascimento do capitalismo e do Estado moderno, o surgimento da burguesia como classe hegemônica, o desenvolvimento das relações de mercado, a humanização progressiva do direito penal e processual, a desagregação da unidade religiosa e a propagação da Reforma Protestante, as descobertas revolucionárias das ciências naturais, o surgimento de uma nova mentalidade individualista e racionalista, a afirmação do paradigma contratualista moderno, entre outros fenômenos. Os fatores sociais, econômicos, religiosos, políticos, etc. – é conveniente precisar –, desenvolvem um papel explicativo fundamental no estudo da sua evolução histórica, mas sem esgotar o significado último dos direitos. A dimensão histórica, em outros termos, assume uma relevância essencial para descrever o contexto genético e evolutivo dos direitos, mas, de modo algum pode fornecer uma justificativa axiológica que explique sua razão de ser.

Em linhas gerais, importa salientar que os direitos são baseados em razões justificativas de caráter axiológico. Podemos assumir, em uma primeira aproximação, que fundamentar os direitos significa fornecer os motivos pelos

Outro caso paradigmático é constituído pelo direito ao trabalho bem como aparece formulado no art. 4º da Constituição italiana, em cuja formulação aparecem completamente indeterminados os sujeitos obrigados e os comportamentos necessários para a satisfação do direito em questão: “La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendono effettivo questo diritto”. Este artigo convida o legislador a garantir a existência das condições normativas e factuais necessárias para permitir que todos os cidadãos em idade ativa possam encontrar emprego: uma obrigação muito genérica, portanto, cujos critérios de cumprimento e violação são extremamente evanescentes.

quais eles devem ser reconhecidos dentro de um sistema jurídico; tornar explícitos, com base em certa concepção da racionalidade prática, os argumentos a favor da sua existência e da sua legitimidade. A reflexão que visa justificar o fundamento dos direitos humanos não se configura como um argumento doutrinário abstrato sem algum contato com a realidade; pelo contrário, apresenta várias consequências no terreno ético, jurídico e político. A determinação do substrato ideológico dos direitos não pode ser considerada como uma operação integralmente isolada do problema jurídico-político da sua proteção.

Pois bem, uma dificuldade ao longo do processo de reconhecimento dos direitos humanos a partir do segundo pós-guerra concerne justamente à sua origem, dado que, de fato, as suas raízes remontam à história ocidental (europeia e norte-americana) dos últimos séculos. Neste contexto, a literatura filosófico-jurídica e filosófico-política contemporânea parece mostrar uma tendência geral de evidenciar o fracasso das tentativas de fundar racionalmente os direitos enquanto indetermináveis, incomensuráveis, relativos, antinômicos. Parece haver uma consciência generalizada de que o paradigma ocidental dos direitos humanos, ainda vinculado a um ideal do ser humano de matriz jusnaturalista e ilustrada, não pode ser justificado de forma universal, independentemente dos contextos culturais. Nesta perspectiva, qualquer projeto de fundação universal, ao ser baseado em preconceitos etnocêntricos e pressupostos epistemológicos insustentáveis, pressupõe uma visão do mundo superada.

Particularmente representativas desta maneira de enquadrar o problema são as reflexões desenvolvidas por Richard RORTY (1990), que, a partir de uma abordagem cognitiva cética em matéria de justificação dos valores, qualifica a crença na superioridade da tradição liberal-democrática de outros sistemas sociais como uma forma de “etnocentrismo moderado”. Ao defender a sua tese, Rorty retoma a orientação do filósofo argentino Eduardo RABOSSI (1994), expressada em um ensaio intitulado “*La teoría de los derechos humanos naturalizada*”, que evidencia algumas razões da inconsistência das bases epistemológicas e dos preconceitos etnocêntricos que caracterizam a proposta fundacionalista: haveria uma incompatibilidade básica entre a busca de um fundamento absoluto e a constante variabilidade do

catálogo dos direitos que estruturam as sociedades democráticas e pluralistas contemporâneas.

Pois bem, nos debates do Congresso do *Institut international de Philosophie* que tiveram lugar em L'Aquila (Itália) em 1964 Norberto BOBBIO (1990) propôs a substituição da busca de um fundamento absoluto dos direitos com o estudo dos distintos fundamentos possíveis através da abertura interdisciplinar aos contributos provenientes de disciplinas como a história, a sociologia, a economia e a psicologia, afirmando que o problema principal dos direitos humanos na época contemporânea, acima de tudo, seja de caráter prático, justamente relacionado com a necessidade de protegê-los. Uma confirmação da irrelevância substancial do problema da fundamentação – afirma o filósofo turinês (1990b) – encontra-se no mesmo processo de internacionalização que teve início com a elaboração da Declaração Universal dos direitos humanos, promovida pela Assembleia Geral das Nações Unidas a fim de garantir a sua aplicação em todos os Estados-membros. O conteúdo do documento pode ser interpretado como uma prova da existência de um “*consensus omnium gentium*”, além do pluralismo das perspectivas filosófico-políticas; de um ideal comum a países sensivelmente diferentes em relação a sistemas econômico-políticos, tradições históricas e crenças religiosas (BOBBIO, 1990, p. 18).

Até agora, Bobbio. Em sede de análise dessas teses, é preciso destacar a dimensão necessariamente incompleta do processo de reconhecimento dos direitos humanos no interior da Comunidade Internacional. Houve de fato um diálogo e uma cooperação dos países ocidentais e orientais, do Norte e do Sul do mundo, no estabelecimento do catálogo de direitos na Declaração universal, mas sem implicar, obviamente, uma (utópica) participação de todos os países do planeta. Como recorda A. CASSESE, na fase da elaboração da Declaração Universal, os membros das Nações Unidas eram 58: «14 erano occidentali, in senso politico [...]; 20 latino-americani; 6 erano socialisti, dell'Europa centrale e orientale [...], 4 erano africani [...]; 14 erano asiatici» (1999, p. 31). Nunca houve, evidentemente, uma democraticidade completa por parte dos Estados contratantes na ratificação da Declaração Universal, nem uma adesão integral dos cidadãos de cada Estado. A pretensão de detetar um “*overlapping consensus*”

(cf. RAWLS, 1993a)⁴ à escala internacional sobre os direitos humanos colide inevitavelmente com a impossibilidade de definir com rigor o grau de aceitação de qualquer sistema de valores.

3. O VALOR DA TOLERÂNCIA NA BASE DA REFLEXÃO SOBRE OS DIREITOS

Um aspecto essencial da abordagem bobbiana no estudo do tema do fundamento dos direitos humanos é constituído pela busca de uma alternativa teórica entre historicismo e racionalismo e, por outro lado, pela sua intenção de superar a relação de antítese entre juspositivismo metodológico e jusnaturalismo ideológico. Embora os dualismos analíticos representem um componente essencial da sua metodologia, é necessário observar como, desse lado, a argumentação do autor se subtrai completamente aos esquemas binários e dicotômicos. Pode-se detectar uma coexistência de uma abordagem cognitivo-científica com uma perspectiva ético-política; um processo de integração entre a consideração dos processos de positivização jurídica e a atividade de compreensão racional (cf. FERRARI, 2004, p. 42; 2008).

Na opinião de Gregorio PECES-BARBA (1993, p. 37-39), a teoria bobbiana dos direitos pode ser idealmente colocada em um “modelo débil de reducionismo positivista prático (impróprio)”, caracterizado pela busca de uma alternativa ideológica em relação à antítese entre universalismo e relativismo. O pressuposto da interpretação do filósofo espanhol *é que uma aproximação*

⁴ A referência é a teoria rawlsiana, que define os direitos humanos como requisitos necessários para a neutralização dos conflitos e a realização de uma coexistência pacífica dentro coordenadas multiculturais de tolerância e pluralismo. Renunciando (pelo menos a partir de “*Political Liberalism*”) a qualquer modelo de justificação moral do sistema de direitos, este critério é apresentado como a ideia de um horizonte compartilhado resultante da sobreposição das diferentes visões substantivas do bem público. Em particular, na segunda parte de “*The Law of Peoples*” (1993b), afirma-se que os direitos humanos não podem ser fundados em alguma concepção filosófica da natureza humana, já que tornar-se-iam automaticamente rejeitados por aqueles sujeitos das sociedades alheias à tradição liberal-democrata que costumam concebê-los como culturalmente conotados em sentido ocidental.

exaustiva ao estudo dos direitos requer uma integração harmônica entre os planos da *theoría* filosófica e do conhecimento histórico. Prescindir de considerar uma das duas dimensões equivale a adotar um modelo reducionista: nas suas versões mais radicais, a estratégia jusnaturalista incorre na confusão conceitual entre moralidade e direito, desconhece a importância da história social, e acaba por ocultar o papel de mediação do poder na produção normativa; vice-versa, a estratégia juspositivista concentra-se exclusivamente nos mecanismos formais de positivação. Neste sistema de classificação, a posição de Bobbio pode ser reconduzida a uma especial forma de reducionismo prático *débil*, que expressa um desinteresse de princípio para os problemas conceituais relacionados à justificação racional dos direitos.

Os valores (princípios, bens, ideais) que fundamentam o reconhecimento dos direitos têm um enraizamento social (no conflito, especialmente), mas a sua validade transcende o contexto histórico (cf. RUIZ MIGUEL, 1983, p. 428-430). Atrás dessa forma moderada de relativismo cognoscitivo é possível vislumbrar a intenção normativa de promover a tolerância, elemento distintivo da concepção bobbiana de intelectual militante que o filósofo concebe como aquele valor eminentemente laico, crítico, iluminista, que permite «la libera espressione dei diversi punti di vista, favorisce una reciproca conoscenza [...] e la formazione di una verità più comprensiva» (BOBBIO, 1993, p. 210). Princípios essenciais de qualquer democracia liberal como a tutela do dissenso, o reconhecimento da pluralidade de opiniões e da liberdade de expressão estão presentes, embora de forma implícita, na rejeição de atribuir aos direitos um fundamento absoluto ou universal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise desenvolvida pretendeu argumentar como a proposta bobbiana de identificar em um hipotético consenso universal a demonstração da inutilidade de buscar as razões justificativas da existência (e da importância da sua tutela) dos direitos humanos acaba por eludir, sem poder resolver, o tema. Por outro lado, o tratamento do problema da fundamentação dos direitos humanos ressalta aquela complementaridade entre falibilismo cognosciti-

vo e relativismo axiológico que representa um elemento distintivo da concepção bobbiana de “política da cultura” (BOBBIO 1955) entendida como ética do diálogo livre dos dogmatismos. Neste sentido, um dos principais méritos da sua abordagem antifundacionalista pode ser identificada na sua aptidão para promover o diálogo intercultural com aqueles sistemas de pensamento que não compartilham os valores do mundo ocidental, impedindo que os direitos se tornem em um disfarce ideológico para ocultar finalidades de carácter (neo) imperialista.

REFERÊNCIAS

ALFREDSSON, G., EIDE, A. (1999; Ed. by). *The Universal Declaration of Human Rights: a common standard of achievement*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague.

BARBERIS, M. (2004). *Diritti e democrazia. Un'interpretazione pluralista di Bobbio*, «Teoria politica», 20, 3, p. 103-126.

BOBBIO, N. (1955). *Politica e cultura*, Einaudi, Torino.

BOBBIO, N. (1971). *Una filosofia militante: studi su Carlo Cattaneo*, Einaudi, Torino.

BOBBIO, N. (1990a). *Sul fondamento dei diritti dell'uomo*. Em *L'età dei diritti*. Einaudi, Torino.

BOBBIO, N. (1990b). *Presente e avvenire dei diritti dell'uomo*. Em *L'età dei diritti*, cit.

BOBBIO, N. (1993). *Tolleranza e verità*. Em *Il dubbio e la scelta. Intellettuali e potere nella società contemporanea*, La Nuova Italia Scientifica, Roma.

CASSESE, A. (1999). *La Dichiarazione universale dei diritti umani. Quaranta anni dopo*. Em *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari.

DÍAZ, E. (1984). *Sociología y filosofía del derecho*. Taurus, Madrid.

DWORKIN, R. (1994). *Rights as Trumps*. Em J. Waldron (ed. by), *Theories of Rights*, Oxford University Press, Oxford.

FERRAJOLI, L. (2007). *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*. Laterza, Roma-Bari, 2007.

GARZÓN VALDÉS, E (1989). *Representación y democracia*, «Doxa», 6, 1989, p. 143-ss.

FERNÁNDEZ GALIANO, A. (1986). *Derecho natural: introducción filosófica al derecho*, Ceura, Madrid.

FERRARI, V. (2004). *La teoria dei diritti e il dubbio*, «Critica liberale», 11, 100, p. 40 ss.

FERRARI, V. (2008). *Algunas razones del relativismo jurídico*. Em VV. AA., *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, 4 voll., *Teoría y metodología del derecho*, vol II, Dykinson, Madrid.

HÜBNER GALLO, J. (1994). *Los derechos humanos. Historia, fundamento, efectividad*. Editorial jurídica de Chile, Santiago.

KUMM, M. (2010). *The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review*, «Law & Ethics of Human Rights», 4, 2, p. 142-175.

LÓPEZ CALERA, N. (1981). *Introducción al estudio del derecho*. Don Quijote, Granada.

MASSINI, C. (1994). *Los derechos humanos en el pensamiento actual*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

MARITAIN, J. (1948). *Introduction*. Em *Les Droits de l'homme, problèmes, vue et aspects: textes originaux publiés par l'UNESCO*.

MUGUERZA, J., (1989). *La alternativa del Disenso. En torno a la Fundamentación Ética de los Derechos Humanos*. Em Id. (a cargo de), *El Fundamento de los Derechos Humanos*, Debate, Madrid.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. (1993). *Teoria dei diritti fondamentali*, tr. it. Giuffrè, Giuffrè.

PERELMAN, C. (1966), *Peut-on fonder les droits de l'homme ? Considérations préliminaires*, Em *Le fondement des droits de l'homme : actes des entretiens de l'Aquila*, Nuova Italia, p. 10-17.

PILDES, R. (1994). *Avoiding Balancing: The Role of Exclusionary Reasons in Constitutional Law*, «Hastings Law Journal», 45, 4, p. 711 ss.

PINO, G. (2010). *Conflitti tra diritti fondamentali. Una critica a Luigi Ferrajoli*, «Filosofia politica», 2, p. 287 ss.

PRIETO SANCHÍS, L. (2001). *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, «Afdum», 5, p. 201 ss.

RABOSI, E. (1990). *La teoría de los derechos humanos naturalizada*, «Revista del Centro de Estudios Constitucionales», 5, p. 159 ss.

RAMÍREZ, M. (2006). *El poder político: su fundamento y sus límites desde los derechos del hombre. Una aproximación a la filosofía del poder en la obra de Norberto Bobbio*, Editorial Temis, Bogotá.

RAWLS, J. (1993a). *Political Liberalism*, ed. by M. Nussbaum, Columbia University Press, New York.

RAWLS, J. (1993b). *The Law of Peoples*, «Critical Inquiry», 20, 1, p. 36 ss.

ROBLES, G. (1992). *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, Editorial Civitas, Madrid.

RORTY, R. (1994). *Diritti umani, razionalità e sentimento*, em S. HURLEY, S. SHUTE (a cura di), *I diritti umani: Oxford Amnesty lectures 1993*, tr. it. Garzanti, Milano.

RUIZ MIGUEL, A. (1983), *Filosofía y derecho en Norberto Bobbio*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

SUNSTEIN, C. (1996). *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford University Press, Oxford.

TAYLOR, C. (1999). *Conditions of an Unforced Consensus on Human Rights*. Em J.R. Bauer, D.A. Bell (eds.), *The East Asian Challenge for Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge.

A PRIVATIZAÇÃO DO DIREITO E A DEMOCRACIA LIBERAL

THE PRIVATIZATION OF LAW AND THE LIBERAL DEMOCRACY

Oswaldo Akamine Jr.¹

RESUMO

Este trabalho visa examinar o impacto das transformações sociais, políticas, econômicas e jurídicas que são observáveis nos países centrais do capitalismo a partir do terço final do século XX. Nesse sentido, a tentativa é relacionar o fenômeno da privatização do direito com a própria lógica da organização política democrática, a partir do trabalho de autores como Alain Supiot, Norberto Bobbio, Joseph Schumpeter e Christian Laval e Pierre Dardot.

PALAVRAS-CHAVE

Democracia liberal – privatização do direito – governança pelos números – neoliberalismo

ABSTRACT

This paper aims to examine the social, political, economic, and legal transformations impact that are observable in the central countries of capitalism in the late twentieth century. The attempt is to relate the phenomenon of the privatization of law to the very logic of democratic political organization, based on the work of authors such as Alain Supiot, Norberto Bobbio, Joseph Schumpeter and Christian Laval and Pierre Dardot.

KEYWORDS

Liberal democracy – privatization of law – governance by numbers – neoliberalism

¹ Doutor em direito pela Universidade de São Paulo. Professor da FACAMP – Faculdades de Campinas.
E-mail: oswaldo.akamine@facamp.com.br.

INTRODUÇÃO

Em seu *O espírito de Filadélfia*, Alian Supiot escreve que “a constituição de um espaço financeiro técnico e econômico que ignora as fronteiras nacionais anda junto com a utopia de um mundo plano², povoado por indivíduos titulares dos mesmos direitos e sem outras obrigações além das quais lhe são convenientes” (2014: 41). Esta utopia, sugere, expressaria “um programa de desconstrução do Direito, no sentido pós-moderno” (2014: 42), ancorada na aversão do indivíduo à heteronomia. Para Supiot, um tal movimento performaria “um pêndulo filosófico da desqualificação da justiça social pelos ultraliberais” (*idem*), cuja finalidade seria a de disseminar a ideia de que apenas dois tipos de normas jurídicas seriam admissíveis: “as que teriam uma base científica e aquelas às quais ele [o indivíduo] adere livremente” (2014: 43).

Nessa breve anamnese, está expressada a hipótese geral deste trabalho – a saber, a de que o surgimento de um mercado global impacta decisivamente a ordem jurídica tradicional. A partir da análise de Supiot, pode-se entender um tal impacto como um movimento de “privatização do direito”, situação em que o Estado é sistematicamente desafiado em sua capacidade primordial de interferir nas relações estabelecidas entre os particulares. Por outro lado, no cenário pós-guerra, a democracia liberal acabou consagrada como a forma específica de organização política de boa parte dos países³ e a defesa de

² Supiot faz referência ao livro de Thomas Friedman, *The world is flat: a brief history of the 21th century*. Examinando a formação das cadeias globais de produção, Friedman narra como chegou à proposição “o mundo é plano”: “Here I was in Bangalore [Índia] – more than five hundred years after Columbus sailed over the horizon (...) and returned safely to prove definitively that the world was round – and one of India’s smartest engineers (...) was essentially telling me that the world was flat – as flat as that screen on which he can host a meeting of his whole global supply chain (...) The global competitive playing field was being leveled. The world was being flattened” (2007: 7-8).

³ Tomando de empréstimo a lógica do argumento sugerido por Karl Polanyi em *A grande transformação* (2013) para tratar da dinâmica que levou ao surgimento de governos autoritários nos anos 1930, talvez seja possível sustentar que a expansão do comércio internacional, no âmbito da Guerra Fria, também determinou pari passu uma pressão exercida pelos países centrais do capitalismo sobre os demais para que estes assumissem a democracia liberal como forma específica de organização política. Contudo, é importante notar que o processo histórico que levou a tal situação não foi pacífico e nem ordenado. Houve momentos, sim, em que a pressão se deu na direção contrária – por exemplo, a partir do golpe de Estado ocorrido no Brasil em 1964, os EUA influíram decisivamente em situações similares na América Latina até os anos 1980 –, mas, especialmente após o fim da URSS, políticas neoliberais foram implementadas em toda parte, legitimando-se a partir das escolhas expressadas nas urnas.

valores modernos, como a igualdade, a legalidade e a liberdade, e o patrocínio de ações orientadas a partir de uma ideia de justiça social também se transformaram em tarefas fundamentais do Estado. Daí, pois, a hipótese específica deste pequeno ensaio: as profundas mudanças que se nota nos diversos ordenamentos jurídicos acabam por inicialmente dificultar, e, no limite, comprometer, a possibilidade de manutenção de políticas públicas que colimem a justiça social e, com isso, colocam em risco os alicerces da própria democracia liberal (a igualdade, a legalidade e a liberdade). Ou seja, paradoxalmente, a democracia se volta contra a própria democracia.

Haveria, pois, uma contradição *real* em operação neste movimento? Para examinar adequadamente a questão, é importante pensar os fundamentos da democracia liberal. Assim, antes de mais nada, aqui vão os marcos conceituais: por “democracia”, entende-se uma forma de organização política que garante, primordialmente, os direitos de debater publicamente ideias de interesse geral e de associar-se com pares para a difusão e defesa das mesmas, tendo em vista que a participação popular na construção da vontade do Estado se dá primordialmente por meio da eleição de representantes especificamente designados para a implementação dos projetos que contem com apoio majoritário; o adjetivo “liberal” indica que todos os procedimentos democráticos têm por pressupostos e finalidade os direitos individuais (grosso modo, a liberdade, a igualdade e a propriedade), estabelecendo, assim, seu critério de validade jurídica. Esse arranjo foi configurado a partir do processo de lutas sociais que marcaram as revoluções burguesas e se, como crê Bobbio, seja “(...) a *isogonía* o fundamento da democracia moderna” (2000b: 378), a história da organização dos Estados modernos é também uma história da cidadania – aqui entendida, sobretudo, como a constituição de uma universalidade de sujeitos de direito, indivíduos morais, aos quais se atribuem faculdades e deveres.

I. ECONOMIA E DEMOCRACIA: “O VELHO PROBLEMA”

À certa altura, em sua *Teoria geral da política* (2000b), Norberto Bobbio afirma que “uma teoria da democracia é (...) inseparável de uma concepção individualista da sociedade” (2000b: 392). No entendimento de Bobbio, há, sob

essa afirmação, duas ideias basilares: primeiro, a de uma compreensão geral de democracia como o exercício do “poder em público” (2000b: 386); e, segundo, a de que o individualismo enseja tanto uma ontologia, o atomismo social, quanto uma ética, “que atribui ao indivíduo humano, diversamente de todos os outros seres do mundo natural, uma personalidade moral que, para nos expressarmos em termos kantianos, tem uma dignidade, e não um preço” (2000b: 380-381). Ao que parece, sob esse aparato teórico, Bobbio compreende que o processo histórico que permitiu assegurar um arsenal mínimo para a proteção da pessoa na coletividade foi guiado pela transformação da estrutura socioeconômica e que essa dinâmica foi possível pela intensa oposição entre o impulso individual egoísta e a racionalização da organização política. Para que a eficiência reclamada pelos agentes econômicos pudesse ser levada a cabo, o poder estatal teve de se tornar progressivamente impessoal⁴, buscando garantir a igualdade de condições entre todos, em um ambiente marcado pela concorrência. Os efeitos sociais dessa igualdade foram decisivos para a constituição da sociedade contemporânea, porquanto forjaram a própria noção de cidadania, numa escala sucessiva de conquistas de direitos⁵.

Bem compreendido, esse processo é, então, indissociável do movimento que culmina na criação das democracias representativas modernas. A ideia de liberdade – certamente, a bandeira mais clara das revoluções burgue-

⁴Sobre esse movimento, vide, entre outras referências, o capítulo “Origen del Estado racional”, presente em *Economía y Sociedad*, de Max Weber: “La lucha permanente, en forma pacífica o bélica, de los Estados nacionales en concurrencia por el poder creó para el moderno capitalismo occidental las mayores oportunidades. Cada Estado particular había de concurrir por el capital, no fijado a residencia alguna, que le precribía las condiciones bajo las cuales le ayudaría a adquirir el poder. De la coalición necesaria del Estado nacional con el capital surgió la clase burguesa nacional, la burguesía en el sentido moderno del vocablo. En consecuencia, es el Estado nacional a él ligado que proporciona al capitalismo las oportunidades de subsistir; así, pues, mientras aquél no ceda el lugar a un estado universal, subsistirá también éste.” (2012: 1047).

⁵Para um exame mais detido sobre essa ideia, razoavelmente difundida na literatura, vide o ensaio de T. H. Marshall, “Cidadania e classe social”: “Estarei fazendo o papel de um sociólogo típico se começar dizendo que pretendo dividir o conceito de cidadania em três partes. Mas a análise é, neste caso, ditada mais pela história do que pela lógica. Chamarei estas três partes, ou elementos, de civil, política e social. O elemento civil é composto dos direitos necessários à liberdade individual (...). Por elemento político se deve entender o direito de participar no exercício do poder político, como um membro de um organismo investido de autoridade política ou como um eleitor dos membros de tal organismo. (...) O elemento social se refere a tudo que vai desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança ao direito de participar, por completo, na herança social e levar a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade.” (1967: 83-84).

sas – só adquire sua forma histórica contemporânea a partir da igualdade jurídica e do direito à participação na formação da vontade política da autoridade estatal. Janus burguês, a liberdade “positiva”, representada na autonomia da vontade, é limitada (configurando um polo “negativo”) pelo processo de construção da ordem legal, estabelecido na dinâmica da participação de todos, por meio de seus representantes. Bobbio, em *Igualdade e liberdade*, comenta que

Na história do Estado moderno, as duas liberdades [negativa e positiva] são estreitamente ligadas e interconectadas, tanto que, quando uma desaparece, também desaparece a outra. Mais precisamente: sem liberdades civis, como a liberdade de imprensa e de opinião, como a liberdade de associação e de reunião, a participação popular no poder político é um engano; mas, sem participação popular no poder, as liberdades civis têm bem pouca probabilidade de durar. Enquanto as liberdades civis são uma condição necessária para o exercício da liberdade política, a liberdade política - ou seja, o controle popular do poder político - é uma condição necessária para, primeiro, obter e, depois, conservar as liberdades civis. Trata-se, como qualquer um pode ver, do velho problema da relação entre liberalismo e democracia (BOBBIO, 1997: 65).

O “velho problema” é, por assim dizer, um pecado original da sociedade moderna. No limite, Bobbio entende que o plano econômico se opõe ao propriamente social: ao se socorrer do kantismo para abordar o sujeito, projeta no convívio social um dever de submissão do *homo oeconomicus* ao cidadão. “Liberalismo”, aqui, acentua o aspecto “positivo” da liberdade, manifestada como iniciativa econômica; “democracia” aponta para a contenção do interesse individual por meio do uso racionalizado da violência, que se institucionaliza e se legitima por meio da atuação “pública” do poder. Como se depreende de sua extensa obra⁶, no argumento de Bobbio, no processo histórico, a configura-

⁶Aqui, além do mencionado *Igualdade e liberdade* (traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997), penso, de maneira mais específica em *A era dos direitos* (traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992), *Liberalismo e democracia* (traduzido por Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1994) e *O futuro da democracia* (traduzido por Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000).

ção em que as liberdades civis se ligaram às liberdades políticas acabou gerando essa forma peculiar de organização política, a democracia liberal:

Deve-se dizer que se foi formando uma tal interdependência entre um e outro que, enquanto no início puderam se formar Estados liberais que não eram democráticos (a não ser nas declarações de princípios), hoje, Estados liberais não democráticos não seriam mais concebíveis, nem Estados democráticos que não fossem também liberais. (BOBBIO, 1994: 42)

De certo modo, uma “democracia liberal”, nessa perspectiva, está sempre a um passo do caos – a selvageria incontida do capital ou o sufocamento da ação dos indivíduos –, mas postula, como um pote de ouro no final do arco-íris, a civilidade universal e, no limite, a “paz perpétua”. Para Bobbio, ao longo do tempo, essa conformação acabou por se provar, “empiricamente”⁷, como a forma “superior” de organização do poder público na vida social. Ademais da questão ideológica, vê na democracia liberal a consolidação de um quadro de valores conquistados nas diversas lutas políticas e sociais, empreendidas pelas diferentes classes; em outras palavras, se é possível se pensar, hodiernamente, em um sistema de direitos humanos, que são tidos como fundamentais e que, portanto, devem constituir, simultaneamente, os pontos de partida e de chegada de qualquer atuação estatal, isso se expressa a partir da mesma dinâmica histórica que produziu a democracia liberal.

Nesse contexto, pode-se afirmar como uma preocupação central do pensamento de Bobbio a preservação e o aperfeiçoamento de uma tal conformação política. Para o autor,

Existem, em suma, boas razões para crer a) que hoje o método democrático seja necessário para a salvaguarda dos direitos fundamentais da pessoa que está na base do Estado liberal; b) que a salvaguarda desses direitos seja necessária para o correto funcionamento do Estado democrático (BOBBIO, 1994, p. 43).

⁷ “Empiricamente”, no sentido de que a conformação “democracia” e “liberalismo” não seja necessariamente a única possível.

Na “base do Estado liberal”, é possível identificar não apenas o “velho problema” – a tensão entre o indivíduo e a coletividade –, mas, sobretudo, o desdobramento da questão de fundo que pautou o século XX: a competição, por assim dizer, entre o comunismo “real” e o “capitalismo”⁸. Se é verdade que a busca cega pelo sucesso econômico dos agentes privados de um país pode resultar em tragédias sociais, talvez fosse o caso de se examinar com maior detimento a extensão das liberdades individuais – especialmente do que poderia ser inserido sob a expressão guarda-chuva “livre iniciativa” – frente aos interesses da coletividade. Assim, grosseiramente, o horizonte pragmaticamente colocado, ao menos para o “lado” ocidental, seria determinado por uma atuação decisiva da autoridade estatal, no sentido de moderar o apetite avasador dos particulares. Em outras palavras, se o valor fundamental sobre o qual se assenta a sociedade contemporânea é a liberdade – e parece ser lícito imaginar que Bobbio assim enxerga o problema –, antes um Estado interfira sobre a ação livre do indivíduo em prol da vigilância e proteção das liberdades de todos que um Estado que, em nome do bem-estar da coletividade, aja coibindo a liberdade de cada agente. No cálculo apresentado, é mais desejável que o Estado, por meio do governo e de seus instrumentos, paradoxalmente, apresente-se para *laissez-faire*⁹.

⁸As aspas querem indicar o artificialismo da disputa. De fato, houve, na realidade, muito mais que uma simples competição entre ideologias que se subsumiam aos conceitos “comunismo” e “capitalismo”, mas não é este o local adequado para o aprofundamento da questão. Cumpre apenas pontuar que Bobbio, assim como muitos outros, pensa a democracia liberal como uma espécie de “necessidade histórica” no sentido de que as outras opções de organização política pareciam apresentar, em linhas gerais, menos direitos e garantias para os indivíduos.

⁹Nesse sentido, comenta Karl Polanyi: “Para o utilitarista típico, o liberalismo econômico era um projeto social que deveria ser levado a cabo tendo em vista a maior felicidade do maior número: o *laissez-faire* não era um método de alcançar este fim, era o próprio fim a alcançar. Sem dúvida, a legislação direta nada podia fazer, exceto revogar as restrições nocivas. Mas isso não significava que, sobretudo agindo indiretamente, o governo nada pudesse fazer. Pelo contrário, o liberal utilitarista via no governo o grande agente de realização da felicidade.» (2013: 4803). Como arrimo à tese, Polanyi, à certa altura, expõe, brevemente, uma reflexão sobre a situação histórica dos EUA: “A América tem sido um exemplo escolhido pelos adeptos do liberalismo econômico como prova concludente da capacidade de funcionar da economia de mercado. Durante um século, o trabalho, a terra e a moeda foram transacionados nos Estados Unidos com a mais completa liberdade, ao mesmo tempo que, excetuadas as tarifas alfandegárias, a vida industrial se desenvolvia sem ser tolhida por intervenções governamentais. A explicação era, obviamente, simples: trabalho livre, solo livre e moeda livre. Até aos anos de 1890, a fronteira manteve-se aberta e existiam terras livres disponíveis; até à Grande Guerra, as reservas de mão de obra pouco

II. DEMOCRACIA, ECONOMIA E DIREITO: “O JOGO”

Tomada como marco zero teórico, essa análise necessariamente desemboca no exame das vicissitudes do ordenamento jurídico. Se o processo histórico tem mostrado que a organização econômica da sociedade se torna progressivamente mais complexa, a operacionalização da política tem de se tornar igualmente mais complexa. Assim, a estrutura legal tem de se transformar no sentido de permitir a ação de governo sobre as relações sociais que são constituídas¹⁰, regulando, inclusive, a maneira pela qual a vontade da autoridade estatal é formada; há, portanto, uma tendência de fazer da condução da vida social um movimento impessoal, constituindo uma técnica escorada em formalidades. Jurista, Bobbio pensa a democracia liberal a partir de um princípio fundamental: o respeito àquilo que se poderia chamar “regras do jogo”. Ante à constatação de que, a despeito de todas as lutas, as desigualdades materiais persistem na sociedade, Bobbio vê na democracia um “método” – um artifício racional, procedimental – que permitiria a resiliência de um quadro

qualificada circulavam livremente, e até à viragem do século não existiu uma política que visasse a estabilidade cambial em relação ao exterior. Enquanto estas condições prevaleceram, nem o homem, nem a natureza, nem o mundo dos negócios tiveram necessidade desse tipo de proteção que só a intervenção política pode assegurar. Quando as mesmas condições deixaram de existir, instaurou-se a proteção social. Quando se tornou impossível substituir livremente as camadas mais baixas da força de trabalho através do recurso às reservas ilimitadas da imigração, ao mesmo tempo que as suas camadas mais altas deixavam de ter a possibilidade de ocupar livremente novas terras; quando o solo e os recursos naturais se tornaram raros e se tornou necessário poupá-los; quando o padrão-ouro foi introduzido para subtrair a moeda à ação da política e ligar o comércio interno ao comércio mundial – então, os Estados Unidos tiveram de percorrer rapidamente o que fora um processo secular na Europa e de adotar a grande escala a proteção do solo e daqueles que o cultivavam, a segurança social dos trabalhadores por meio do sindicalismo e da legislação e o sistema do banco central. O protecionismo monetário foi o primeiro passo – a instauração do sistema da reserva federal destinava-se a harmonizar as imposições do padrão-ouro com as exigências regionais –, seguido pelos da proteção do trabalho e da terra. Bastou cerca de uma década de prosperidade, até 1929, para causar uma depressão tão brutal que, para a enfrentar, o New Deal resolveu proteger o trabalho e a terra por meio de um fosso defensivo mais profundo e largo do que tudo o que a Europa conheceu. Foi assim que a América demonstrou, em termos impressionantes – tanto negativos como positivos –, o acerto da nossa tese: a proteção social acompanha obrigatoriamente um mercado autorregulado.” (2013: 6190)

¹⁰ Em termos mais amplos, como nota Weber (2012: 999 et passim), há, nesse processo histórico, um movimento de racionalização, que extravasa os limites do domínio econômico e domina todos as searas da vida. O ordenamento jurídico, progressivamente, torna-se o único critério de validação de aceitabilidade do comportamento dos sujeitos e a legalidade se universaliza: agir ou deixar de agir só pode ser uma exigência sancionada em virtude de lei.

de garantias individuais. Esses direitos, que permanecem no âmbito formal, seriam uma espécie de princípio a partir do qual todas as demais questões fundamentais seriam abordadas. Em outras palavras, embora, para o autor italiano, o apetite do *homo oeconomicus* devesse encontrar freios na constituição moral do sujeito, ante a evidente inviabilidade de se fiar na rigidez do espírito, restaria o manejo impessoal da técnica de coação social – “poder em público”, atuação abstratamente controlada.

Embora evite examinar com profundidade o problema das classes sociais, Bobbio não é insensível à questão. Em sua opinião, a história mostra a perenidade de uma elite que, por diversas razões, encontra-se encarregada do comando da sociedade. Por outro lado, considera a inviabilidade – e, mesmo, o perigo – de uma democracia popular moderna, em que as massas exercessem diretamente o controle do poder político. Nesse espectro, as regras do jogo assumem um caráter ainda mais importante, na medida em que ofereçam uma espécie de meio-termo para um impasse entre o que o autor italiano identifica como uma dicotomia formanda entre o “elitismo” e o “populismo”. “(...) [O economista austríaco] Joseph Schumpeter acertou em cheio quando sustentou que a característica de um governo democrático não é a ausência de elites, mas a presença de muitas elites em concorrência entre si para a conquista do voto popular”, analisa Bobbio (2000a: 27). É importante observar que o princípio em tela é, precisamente, o da competição – o que norteia a atuação dos agentes econômicos e que, no limite, como constata Polanyi¹¹, precisa ser domado pela atuação do Estado. O autor italiano prossegue sua reflexão:

Não deixa, entretanto, de ser iluminante a ideia de Max Weber
– retomada, desenvolvida e divulgada por Schumpeter¹² –

¹¹ *Op. cit.*

¹² Em dado momento de seu *Capitalismo, socialismo e democracia*, Joseph Schumpeter discute uma nova teoria sobre a democracia: nela, “o método democrático é um sistema institucional, para a tomada de decisões políticas, no qual o indivíduo adquire o poder de decidir mediante uma luta competitiva pelos votos do eleitor” (327). Em suas palavras, “(...) a teoria clássica encontra dificuldades (...) porque a vontade e o bem do povo podem ser, e em muitos casos históricos o foram, servidos tão bem ou melhor por governos que não podem ser considerados democráticos, de acordo com qualquer acepção tradicional da palavra. (...) O princípio da democracia (...) significa apenas que as rédeas do governo devem ser entregues àqueles que contam com maior apoio do que outros indivíduos ou grupos concorrentes. E esta definição, por seu turno, parece assegurar a situação do sistema majoritário dentro da lógica do método democrático, embora possamos ainda condená-la por motivos alheios à sua lógica” (332).

de que o líder político pode ser comparado a um empresário cujo rendimento é o poder, cujo poder se mede por votos, cujos votos dependem da sua capacidade de satisfazer interesses de eleitores e cuja capacidade de responder às solicitações dos eleitores depende dos recursos públicos de que pode dispor. Ao interesse do cidadão eleitor de obter favores do estado corresponde o interesse do político eleito ou a ser eleito de concedê-los. Entre um e outro estabelece-se uma perfeita relação de *do ut des*: um através do consenso confere poder, o outro através do poder recebido distribui vantagens ou elimina desvantagens (BOBBIO, 2000a: 138).

Nesta passagem, ademais de uma espécie de elogio velado à democracia liberal, há a percepção de que exista uma espécie de equilíbrio possível entre o econômico e o político, de forma a produzir a proteção social (e, no limite, como parece ser a intenção do autor italiano, salvaguardar a personalidade moral do sujeito). Aqui, o ordenamento de direito público assume um papel de especial relevância. A indisponibilidade das “regras do jogo” é fundamental para a mencionada harmonia. Está pressuposta no argumento de Bobbio uma inegociável oposição entre Estado e sociedade civil, de forma que aquele atue sobre esta por meio de normas jurídicas impermeáveis ao interesse particular: eis o “jogo”.

A soberania se exprime, nessa chave, em um corpo de regras razoavelmente fixas e alheias aos interesses imediatos, com vistas à manutenção da própria democracia: o direito público. E, ademais, a difundida noção de que “a soberania se origina no povo”, uma vez tornada objeto de procedimentos jurídicos, assume, por assim dizer, uma duplo tarefa: legitimar a adoção de ações políticas que imponham limites às relações sociais e, especialmente, impedir o massacre dos indivíduos e das minorias sob a implantação de projetos majoritários. Por isso, pode-se inferir que o “jogo” esteja ancorado em um outro pressuposto, de ordem mais vulgar: o Estado, detentor dos meios de violência, é soberano enquanto for capaz de refrear os impulsos privados. “Soberania”, para além de qualquer abstração, nesse contexto, tem de ser aferida materialmente (e não ser apenas postulada).

Como observa Alain Supiot, nas últimas décadas do século passado, empresas transnacionais passaram a ocupar, no nascente “novo mundo institucional”, “um lugar comparável ao dos Estados. Ou, a partir da era industrial, os modos de governo dos homens para os Estados e para as empresas não cessam de se influenciar” (2013: 187, tradução livre minha, OAJ). Em um primeiro momento, a mútua influência significa que as empresas passem a assumir tarefas que, antes, eram tradicionalmente vistas como sendo do Estado. O argumento para tanto é de ordem estritamente econômica: assenta-se na ideia de eficiência, tendo em vista uma relação mais favorável aos particulares na equação tributação-serviços. Ao mesmo tempo, de maneira mais sofisticada, a nova institucionalidade progressivamente assume orientações tipicamente privadas para a tomada de decisões de caráter público¹³. Em um “mercado político” como o descrito por Schumpeter, isso não é, de modo algum, algo surpreendente. E não é um processo que possa ser denunciado como “inválido” ou “ilegítimo” no que respeita às normas jurídicas e seus procedimentos correlatos no campo do “jogo democrático”.

Bobbio, como visto, sabe que a centralidade de princípios de natureza econômica acaba por submeter praticamente todos os aspectos da vida a uma espécie de cálculo, num cenário em que o espírito pragmático tende a se sobrepôr ao espírito moral. Ora, se o Estado, em seu papel de moderador dos excessos particulares, passa a se organizar a partir da lógica privada, acaba por comprometer sua própria finalidade e minar sua relevância. Se sua atuação se pauta pelos valores estabelecidos por interesses que não os coletivos, a própria democracia perde a razão de ser e, com ela, a proteção dos direitos e garantias individuais. Os movimentos codificadores do direito dos séculos XIX (com Napoleão) e XX (pós-Holocausto) deram estabilidade às conquistas das lutas travadas no interior da sociedade; nesse sentido, os governos assumiam

¹³ Alain Supiot sugere que, com as transformações sócio-político-econômicas observadas nas últimas décadas sob o signo do neoliberalismo, a governança corporativa assumiu o papel do governo dos homens. Em outras palavras, que as técnicas de maximização do lucro passam a ser empregadas como métodos de direção social. Como exemplo, aponta que, por meio das organizações econômicas mundiais, a governança foi imposta como modelo de gestão para os chamados “países em desenvolvimento”. A “boa governança” se traduz em uma redução drástica do perímetro do Estado, notadamente no domínio social e cultural, abrindo espaço para a iniciativa privada (687).

o papel de garantes dos valores aceitos. O paradigma político estabelecido no período era o de que o projeto nacional – o horizonte de longuíssimo prazo – não deveria ser severamente impactado pelas diferentes administrações, que se preocupariam, sobretudo, com a implementação do contratado socialmente. Contudo, a consolidação do poder irrefreável das corporações privadas subverte cronicamente a ordem nacional. Os diversos Estados, guiados pelo interesse dos agentes privados, passam a concorrer entre si para atrair os diferentes capitais, com vistas a proporcionar melhores oportunidades econômicas para seus (capitais) nacionais. Ou seja: a atuação dos diferentes governos passa a ser guiada por uma finalidade cega, em que o cálculo se torna o fetiche em torno do qual todas as políticas públicas são pensadas, e onde o acúmulo de divisas é um objetivo em si. Como observa Supiot, “a lei deve ser ela mesma um objeto de cálculo, um produto legislativo em competição em um mercado mundial de normas” (2014: 343). Constitui-se, assim, um movimento que o jurista francês denomina *law shopping*.

Em termos gerais, essa dinâmica se revela na tendência, certamente observável, de redução, nos diversos países, das searas da vida em que o Estado se impõe como vontade irresistível exclusiva. Mesmo em áreas historicamente marcadas pela atuação firme das autoridades públicas, como são os casos do direito penal ou do direito tributário, a possibilidade de se admitir a pactuação em termos privados, em que as partes se encontram em absoluta igualdade, é uma realidade. Multiplicam-se as situações em que a confiabilidade de um contrato não depende essencialmente de uma garantia estatal, dada a relevância pública que determinados agentes privados assumem. Examinando-se com mais vagar, nesse movimento, é o próprio direito público que passa a se conformar nos moldes do direito privado: seja porque uma norma jurídica passa a ser cogente apenas na medida em que seja economicamente justificável, seja porque a própria autoridade estatal que produz a norma jurídica de direito público esteja dominada pelos entes privados ou – na situação-limite – porque a organização a sociedade em torno das instituições privadas prescinde, em alguma medida, de garantias que, em outros momentos da história, era o Estado o único garante possível.

No que respeita à primeira situação, considerando-se que o direito pú-

blico seja composto por regras de organização (ademais das regras de conduta, precipuamente, de caracteres penal e tributário), que tem por objetivo o estabelecimento da autoridade necessária para perseguir um ideário político de uma dada sociedade, seu alcance é limitado pela própria concepção finalística de administração pública que se estabelece em um dado momento. Em outras palavras, quando o desenvolvimento econômico atinge uma certa dimensão e os agentes privados são suficientemente poderosos para lutar por seus interesses específicos, a constituição do instrumental necessário para alcançar o tal ideário político de uma sociedade depende de um incontornável debate acerca dos custos exigidos para tanto e dos benefícios eventualmente factíveis. Não que, em algum momento da história, a ação estatal tenha sido livre, mas, sim, no sentido de que quando o orçamento público passe a depender excessivamente das contribuições fiscais de um número restrito de empresas gigantes, os raciocínios que pautam a atuação dos governos mudam. A questão essencialmente econômica acaba por se revelar, nesse tocante, uma questão de legitimidade política: só se deve constituir uma autoridade na medida de uma eficiência julgável quantitativamente. A democracia representativa é, assim, instrumentalizável, a partir de seus próprios procedimentos, para pôr sob suspeita os desideratos coletivos assumidos pelo Estado; daí, inclusive, a segunda hipótese. O poder econômico instala-se primeiro como discurso e, depois, como plataforma de governo. Instalado nas instituições, toma para si a produção normativa.

Como esse movimento foi construído na história? Embora não seja possível dissecá-lo, neste espaço, talvez seja possível (e necessário) algumas linhas gerais que permitam sustentar algumas hipóteses. Os cenários político e social na Europa do pós-guerra demandaram transformações impactantes na esfera da economia. A reconstrução material dos países e a concorrência ideológica entre os blocos no contexto da Guerra Fria impuseram a necessidade de implementação de ações no sentido do estabelecimento de condições mínimas de vida, entendidos a partir de uma nova ideia de dignidade (que, por sua vez, foi forjada, em termos amplos, a partir do holocausto). O resultado foi a crescente assunção, pelo Estado, de uma gama de encargos que poderia ser designada civilizatória – o que, no Ocidente, implicou em políticas guiadas pelos valores constituintes da cidadania. Daí a relevância de uma legalidade

dependente do Estado: as relações entre os particulares são válidas enquanto reconhecidas juridicamente, enquanto sancionadas pelo poder público. No correr do século XX, nos países centrais do capitalismo, assistiu-se à passagem da quase ausência para a quase onipresença do Estado. A lógica do movimento foi a de obstaculizar a atividade econômica, sob a autoridade moral da defesa do interesse público, sustentada pelo mecanismo do sufrágio universalizado, que incluiu massas desfavorecidas na fórmula de formação da vontade política. Em linhas gerais, sugerem Dardot e Laval (2014), ocorre a naturalização de uma posição a partir da qual “o Estado deva aplicar a si mesmo as regras de direito privado, o que significa não só que ele tem de se considerar igual a qualquer pessoa privada, como também deve se impor, em sua própria atividade legislativa, a promulgação das leis fiéis à lógica desse mesmo direito privado” (2014: 4207). Ao cabo do período conhecido como “os 30 anos gloriosos”¹⁴ do capitalismo, a luta política comandada pelos epígonos do neoliberalismo, suportada na crescente dependência dos Estados da atividade econômica privada, estabeleceu um novo padrão de atividade estatal.

Para além dos postulados liberais, “em sua versão hayekiana, o neoliberalismo não somente não exclui, como pede a intervenção do governo” (DARDOT e LAVAL, 2014: 4184): o governo passa a ser instrumento de fomento econômico. O papel do Estado, cada vez mais distante da tarefa primária de salvaguarda da cidadania, passa a ser entendido como o de oferecer condições adequadas para a reprodução econômica, sob o questionável argumento de que o próprio desenvolvimento da geração e riquezas incluirá, de um modo ou de outro, meios de proteção para o indivíduo e, assim, por vias indiretas,

¹⁴ Como expõe Eric J. Hobsbawm: “A maioria dos seres humanos atua como os historiadores: só em retrospecto reconhece a natureza de sua experiência. Durante os anos 50, sobretudo nos países ‘desenvolvidos’ cada vez mais prósperos, muita gente sabia que os tempos tinham de fato melhorado, especialmente se suas lembranças alcançavam os anos anteriores à Segunda Guerra Mundial. Um primeiro-ministro conservador britânico disputou e venceu uma eleição geral em 1959 com o slogan ‘Você nunca esteve tão bem’, uma afirmação sem dúvida correta. Contudo, só depois que passou o grande boom, nos perturbados anos 70, à espera dos traumáticos 80, os observadores — sobretudo, para início de conversa, os economistas — começaram a perceber que o mundo, em particular o mundo do capitalismo desenvolvido, passara por uma fase excepcional de sua história; talvez uma fase única. Buscaram nomes para descrevê-la: “os trinta anos gloriosos” dos franceses (les trente glorieuses), a Era de Ouro de um quarto de século dos anglo-americanos (Marglin & Schor, 1990).” (HOBSBAWM, 2012:).

de promoção da justiça social. “Governo” se transforma, como sustenta Supiot, em “governança”.

O *homo oeconomicus* venceu?

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Talvez seja impossível negar que o novo liberalismo econômico coloque em risco os fundamentos do velho liberalismo político. Como visto, há, no correr dos últimos decênios, uma transformação radical no princípio que organiza a atividade pública, que consiste na apropriação da administração pública pela lógica das relações econômicas entre os agentes particulares. Esse movimento, originado e dinamizado a partir da magnitude que a empresa privada capitalista assumiu – primeiro nos países centrais do capitalismo, depois nos demais cantões do planeta – ao final dos *trente glorieuses*, impõe, sobretudo, uma mudança fundamental no direito: se o ordenamento jurídico, a partir do pós-guerra, era o bastião dos valores cidadãos inegociáveis assumidos pelo Estado sob o prisma da justiça social, o novo arranjo faz do ordenamento jurídico um mero instrumento de reprodução econômica e do Estado um executor de programas de fomento. E tudo isso se dá no quadro da democracia liberal.

A utopia democrática consistia e consiste na possibilidade de coordenação racional de vontades individuais livres. Essa coordenação racional, por sua vez, significa subjugar o egoísmo às necessidades gerais e aos interesses coletivos, o que, em termos políticos, implicaria a discussão e a mobilização permanentes em torno de um projeto de sociedade. Por essa razão, sob o *rule of law*, está a luta civilizatória dos valores modernos diante dos objetivos essencialmente econômicos – e bárbaros – típicos da sociedade organizada a partir do modo de produção capitalista. A defesa – que, por vezes, soa apaixonada – que Bobbio faz da democracia juridicamente regulada por regras impessoais e meramente procedimentais é, sem dúvida, uma atitude política: moderna, no sentido de que visa a preservação dos valores fundantes da sociabilidade e dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, e frontalmente contrária aos ditames neoliberais. Mas, ao nosso ver, hoje – passados quinze anos desde o falecimento do jurista italiano –, essa posição se revela equivocada. Em

linhas gerais, o movimento tratado neste pequeno ensaio não expressa uma situação em que o que era outrora virtuoso tenha decaído por meio de uma ação que lhe fosse exterior; muito ao contrário, as “forças do mercado” – os agentes econômicos que postulam a capacidade autorregulatória do mercado e defendem, por isso, um governo “técnico” e distante “ideologias” –, não apenas presenciaram o nascimento da democracia liberal como foram seus epígonos de primeira hora. O “átomo” da democracia, seu fundamento, é, afinal, a autonomia da vontade individual, que, acreditava-se, seria controlável por elementos intrínsecos às formalidades jurídicas. A mesma autonomia de vontade que, juridicamente, é a base primordial do contrato juridicamente válido. A mesma autonomia de vontade própria do indivíduo toma suas decisões de vida considerando a racionalidade da utilidade econômica.

Retomemos, por fim, o “velho problema”. Teria, afinal, o *homo oeconomicus* vencido o sujeito moral kantiano? Ora, face ao exposto, a própria questão não se justifica: não são dois; são, isso sim, um mesmo fenômeno.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Traduzido por Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1994.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da Democracia*. Traduzido por Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000a.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política – a filosofia política e as lições dos clássicos*. Traduzido por Daniela Beccaria Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000b.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo – ensaios sobre a sociedade neoliberal*. Traduzido por Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016.

FRIEDMAN, Thomas L.. *The world is flat: a brief history of the Twenty-first century*, 3ª ed.. Nova Iorque/EUA: Picador/Farrar, Straus and Giroux, 2007.

HOBSBAWM, Eric. *Era dos extremos – o breve século XX, 1914-1991*. Traduzido por Marcos Santarrita; revisão técnica de Maria Célia Paoli. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

MARSHALL. T. H.. *Cidadania, classe social e status*. Traduzido por Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

POLANYI, Karl. *A grande transformação*. Traduzido por Miguel Serras Pereira. Lisboa/Portugal: Edições 70, 2013 (edição para Kindle).

SCHUMPETER, Joseph. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Traduzido por Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

SUPIOT, Alain. *La gouvernance par les nombres – cours au Collège de France (2012-2014)*. Paris/França: Fayard, 2014 (edição para Kindle).

SUPIOT, Alain. *O espírito de Filadélfia – A justiça social diante do mercado total*. Traduzido por Tânia do Valle Tschiedel. Porto Alegre: Sulina, 2014.

WEBER, Max. *Economía y sociedad – esbozo de sociología comprensiva*. Traduzido (para o espanhol) por José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Máynes e José Ferrater Mora. DF/México: Fondo de Cultura Económica, 2012.

SERENIDADE, PLURALISMO E DEMOCRACIA: A virtude ética-democrática em Norberto Bobbio

MEEKNESS, PLURALISM AND DEMOCRACY: The ethical- democratic virtue according to Norberto Bobbio

*Dilson Cavalcanti Batista Neto¹
José Antonio Remedio²
Davi Pereira Remedio³*

RESUMO

A pesquisa tem por objeto analisar a perspectiva democrática de Norberto Bobbio extraída especialmente da obra “Elogio da Serenidade e Outros Escritos Morais”, com ênfase à serenidade, ao pluralismo e à democracia. O problema da pesquisa consiste em se indagar, já que a democracia é composta por grupos antagônicos com iguais direitos de liberdade de crença e expressão, propondo então a seguinte pergunta: em quais termos seria possível obter um ambiente de discussão política aberto e não violento? A investigação sobre

¹ Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Professor de Direito de dedicação exclusiva no Centro Universitário Adventista de São Paulo (UNASP), Campus Engenheiro Coelho-SP. dilson.neto@unasp.edu.br

² Pós-Doutor pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). Professor de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). Professor de Graduação em Direito do Centro Universitário Adventista de Engenheiro Coelho (UNASP). Promotor de Justiça do Estado de São Paulo Aposentado. Advogado. jaremedio@yahoo.com.br

³ Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). Professor de Graduação em Direito do Centro Universitário de Araras Dr. Edmundo Ulson (UNAR). Advogado. advocaciaremedio@hotmail.com

as virtudes democráticas, como a serenidade, justifica-se e torna-se necessária quando se depara com o fato de que o Direito, em suas manifestações legislativas e judiciais, acaba sendo um campo de litígios entre grupos opostos que buscam, entre outros resultados, anular a expressão política dos rivais. O método utilizado é o dedutivo, com base principalmente em levantamentos bibliográficos. Conclui-se que a construção do Direito por cidadãos que cultivam a virtude da serenidade, no âmbito da democracia, possibilita a implementação de um ambiente social plural, tolerante e não violento.

PALAVRAS-CHAVE

Democracia em Bobbio; Norberto Bobbio; Pluralismo em Bobbio; Serenidade em Bobbio; Virtude Democrática em Bobbio.

ABSTRACT

The research purpose is to analyze the democratic perspective of Norberto Bobbio extracted especially the book "In Praise of Meekness and Other Moral Writings", with emphasis on meekness, pluralism and democracy. The problem of research is to ask, since democracy is composed of antagonistic groups with equal rights of freedom of belief and expression, proposing the following question: in what terms would it be possible to obtain an environment of open and non-violent political discussion? Research on democratic virtues, such as meekness, is justified and necessary when faced with the fact that law, in its legislative and judicial manifestations, ends up being a field of litigation between opposing groups that seek, among other results, nullify the political expression of rivals. The method used is deductive one, based mainly on bibliographical surveys. It concludes that the construction of law by citizens who cultivate the virtue of meekness, in the context of democracy, makes possible the implementation of a pluralistic, tolerant and nonviolent social environment.

KEYWORDS

Democracy According to Bobbio; Norberto Bobbio; Pluralism According to Bobbio; Meekness According to Bobbio; Democratic Virtue According to Bobbio.

INTRODUÇÃO

A palavra democracia, em sentido mais literal, significa poder do povo. Historicamente, a democracia se manifesta de formas distintas. Nesse sentido, quando se refere à democracia grega, à romana e à atual, não se pode afirmar que são manifestações idênticas, pois são dotadas de construções culturais distintas. Algo, porém, permanece, ou seja, a ideia de que todos os cidadãos são aptos para a participação política.

Em suas diversas manifestações históricas, a democracia sempre foi questionada em relação à sua capacidade de constituir uma comunidade moralmente boa. Na Antiguidade (em especial, na visão de Platão e Aristóteles), a crítica foi no sentido de que não fomentava virtudes, pois o governo necessariamente recorria a instrumentos imorais para a manutenção do poder. Já em suas manifestações atuais, a desconfiança se dá pela sua possível incapacidade de pacificação social, uma vez que grupos rivais possuem os mesmos direitos de liberdade de expressão e participação política.

Podem-se levantar duas hipóteses para solucionar tal incapacidade de pacificação social da democracia contemporânea: a primeira seria a solução hobbesiana; a segunda, à qual Bobbio se filia, está na construção de conceitos, valores e virtudes democráticas, como a ideia de serenidade.

O que se aponta como solução hobbesiana é a ideia de que a pura coerção é a forma essencial de garantir a coesão social. Todavia, por mais que a coerção seja um elemento essencial do direito e da ordem, os cidadãos precisam de elementos morais para aderirem ao sistema democrático. Por isso, para Bobbio, a democracia contemporânea e laica deve promover a virtude que ele denomina de “serenidade”.

A investigação sobre virtudes democráticas como a serenidade se justifica e torna-se extremamente necessária quando se depara com o fato de que o Direito, em suas manifestações legislativas e judiciais, acaba sendo um campo de batalha de grupos antagônicos, que buscam, entre outros objetivos, anular a expressão política dos rivais.

A pesquisa tem como objetivo apresentar a perspectiva democrática de Bobbio extraída especialmente da obra “Elogio da Serenidade e Outros Escri-

tos Moraes”, para que se possa lidar com a seguinte problemática: se a democracia é composta por grupos rivais com iguais direitos de liberdade de crença e expressão, em quais termos é possível se obter um ambiente de discussão política aberto e não violento?

Para enfrentar tal questão, valendo-se do método dedutivo, no tocante à estrutura: inicialmente abordar-se-á a problemática de forma mais detalhada, ou seja, a dificuldade democrática em prover elementos morais para a coesão social; em seguida, proceder-se-á à apresentação da ideia de serenidade enquanto virtude democrática por excelência; por fim, apontar-se-á como a contribuição de Bobbio é essencial para se evitar a tentação do apelo à violência do Direito (solução hobbesiana) como principal meio de pacificação social.

Tem-se, como hipótese, que a construção do Direito por cidadãos que cultivam a virtude da serenidade resulta no estabelecimento de um ambiente social tolerante e não violento, viabilizando assim a pacificação social.

1 O PROBLEMA DA COESÃO SOCIAL E DA MORALIDADE NA DEMOCRACIA

A teoria política concebe historicamente a democracia de forma ora pejorativa, ora elogiosa, dependendo dos momentos históricos, como aponta Bobbio (1998, p. 319-320). A teoria clássica da democracia (como feita por Platão e Aristóteles), a classifica como governo de todos os que gozam do direito de cidadania, em contraposição à monarquia (o governo de um só) ou à aristocracia (governo de poucos). A teoria moderna, por sua vez, concebe a democracia como consequência da queda dos Estados absolutistas, sendo instaurada geralmente pós-revoluções. Nesta acepção, Bobbio (1998, p. 320) aponta que a ideia de democracia se confunde com a ideia de república.

A democracia inspirou elogios e críticas de pensadores que a avaliaram baseando-se em suas concepções de metafísica, isto é, tendo como parâmetro suas concepções sobre a verdade no campo moral. Como aponta Hans Kelsen (2000, p. 195), “os representantes mais destacados de uma filosofia relativista eram politicamente favoráveis à democracia, ao passo que os seguidores do absolutismo filosófico, os grandes metafísicos, eram favoráveis ao absolutismo

político e contrários à democracia”.

Na obra “A República”, Platão (2014) concebe a democracia como um regime viciado, uma degeneração do modelo ideal, do filósofo-rei, que reina sem interesses pessoais, buscando o bem comum em cada ato, e mais próximo do modelo tirânico, no qual o governante é regido por interesses egoístas e prazeres mais baixos. Especialmente no Livro VIII da obra, Platão entende que a massa é incapaz de governar-se. Trata-se de um regime corrompido, pois afastado do ideal encravado na alma humana que afirma que esta deve ser governada pela mente que percebe as formas eternas, não por membros inferiores. Na cidade, por extensão, o monarca filósofo cumpre tal papel, pois ele é capaz de se desprender de compulsões materiais, até porque no modelo platônico ele não teria bens próprios, para governar implantando políticas virtuosas.

A democracia, em contrapartida, seria um regime político tão viciado que, comparando ao corpo humano, seria como se o estômago comandasse todo o corpo. O povo deve manter a *polis* economicamente (como materialmente o estômago mantém o resto do corpo), mas jamais participar das decisões políticas, pois seria comandada por interesses privados.

Conforme referido por Hans Kelsen (2000, p. 200-201), esta crítica de falta de virtude na democracia, de busca de saciar prazeres baixos, também fundamenta outros pensadores no decorrer da história, como Aristóteles, Tomás de Aquino, Leibniz e Hegel. O que referidos pensadores possuem em comum é justamente o que Kelsen denomina como absolutismo filosófico. Se existe um conceito mais verdadeiro sobre moral e política, não se poderia confiar o futuro da coletividade política à regra fria da decisão pela maioria. Conclui Kelsen que, “quando se acredita na existência do absoluto e, conseqüentemente, em valores absolutos, no bem absoluto – para usarmos a terminologia de Platão -, não será absurdo permitir que o voto majoritário decida o que é politicamente bom?” (KELSEN, 2000, p. 202).

A visão contrária ao absolutismo filosófico congrega justamente os que desconfiam que absolutos morais podem ser impostos politicamente, como Nicolau de Cusa, Locke e Kant. Estes seriam relativistas no sentido de colocarem a proteção da autonomia do indivíduo como principal finalidade da política em detrimento da organicidade social, ou supremacia do bem comum. Bobbio

(2004, p. 24) denomina tal tradição moderna de política de “visão individualista da sociedade”, em contraposição à “concepção orgânica da sociedade”.

Até aqui, constata-se a acusação de imoralidade, vício, que a democracia sofreu pelos que entendem que existem, no campo político, conceitos absolutos. Estas são críticas que se enquadram numa perspectiva da antiga democracia. Hodiernamente, a objeção moral feita, por exemplo, por Platão, pode servir para críticas pontuais à democracia. Pode-se, por exemplo, (re)pensar o papel do capital nas decisões políticas, partindo das lições platônicas, mas não se pode levar a sério, por outro lado, sua crença de que os humanos nascem diferentes em suas capacidades. De todos os regimes políticos possíveis, a democracia atualmente é o mais satisfatório, justamente porque é um processo de tomada de decisão política aonde os membros da comunidade são considerados como politicamente iguais. Além disso, instrumentos de sucessão de poder democráticos buscam impedir o governo autoritário e despota (DAHL, 2016, p. 73-74).

Portando, a democracia moderna pressupõe a institucionalização do relativismo e do pluralismo. Os exemplos de regimes totalitários demonstraram o erro do absolutismo filosófico na política. Tal superação não significa, por outro lado, que a democracia atual não possua outros desafios em que o “Elogio da Serenidade e Outros Escritos Morais” de Bobbio se faz indispensável.

Existem, ao nosso ver, dois grandes desafios para a teoria democrática contemporânea, especialmente quando envolvem a disputa entre a esfera privada e pública: um de ordem econômica; e outro, que é o alvo de análise da presente pesquisa, na relação entre política, direito e moral.

No primeiro, Simone Goyard-Fabre (2003, p. 299) aponta que a democracia moderna fez surgir uma visão de “Estado-Providência” preocupado com direitos sociais, o que reflete no aumento de intervenções econômicas na esfera privada, com o objetivo, entre outros aspectos, de garantir a existência de seguros sociais. Além disso, é necessário o aumento do corpo de funcionários nas mais diversas esferas de atuação, o que aumenta ainda mais a carga tributária e torna-se um entrave para o desenvolvimento econômico. Tal problema é importante, mas a presente pesquisa quer focar outra aporia do Estado Democrático de Direito atual, ou seja, o desafio da moralidade individual diante

da moralidade política do Estado.

Inspirado em Karl Popper, Nicola Abbagnano (2012, p. 278) afirma que “a democracia é caracterizada pela relatividade, não pelo relativismo: rejeita a posse exclusiva da verdade por parte de qualquer um, sem, todavia, renunciar à verdade, à sua busca”. Isso quer dizer que o relativismo exigido pela democracia não é moral. Tomando aqui moral como escolha individual ou coletiva de valores, que justifiquem a ação humana, a relatividade que se espera dos cidadãos é que, por mais que creiam em absolutos morais em sua vida privada, na esfera pública eles desistam de impor violentamente suas concepções morais aos demais.

O ponto de tensão da democracia está nos meios para criar unidade na diversidade. Já que moralmente as pessoas discordam, quais são os elementos necessários para que haja consenso político? E mais: como tal consenso é possível, se o direito, como qualquer artefato cultural humano, está eivado de valores que muitas vezes pertencem a determinados grupos da sociedade?

Pode-se levantar duas hipóteses para esta pergunta: a primeira, seria a solução hobbesiana; a segunda, à qual Bobbio se filia, está na construção de conceitos, valores e virtudes democráticas, como a ideia de serenidade.

O caminho de pacificação e unidade social em Hobbes, como lembra o próprio Bobbio (1999, p. 72), tem como fundamento a máxima *pax est quaerenda* (a paz deve ser procurada). Com isso, propõe que o pressuposto fundamental da ordem política está na necessidade de evitar a guerra e perseguir a paz. Para que tal paz seja alcançada, é preciso que o Estado cumpra sua função primordial, que é garantir a segurança e a ordem pública. Sem tais elementos, não se pode falar no livre gozo de direitos, mas numa situação de caos semelhante ao estado de natureza. Para que se evite tal situação de luta de todos contra todos, Hobbes aposta na ideia de coerção como elemento essencial na unidade.

No Capítulo XV de “Leviatã”, Hobbes (1974) trata de como se chegar à coesão social quando o cidadão não quiser abrir mão de seus projetos e planos egoísticos em prol do contrato social, que já aderiu, ou não vislumbrar as vantagens de manter os termos do contrato por entender que é mais vantajoso o não cumprimento. Para tanto, Hobbes apela ao poder coercitivo que obrigue os indivíduos ao cumprimento de seus pactos. Ou seja, entende que o temor

da punição deve ser maior do que o benefício do não cumprimento contratual.

Não se quer dizer que a coercitividade não seja essencial para a teoria política e para o Direito. Ela é essencial, pois os cidadãos que violentamente buscarem impor sua visão moral devem sofrer as punições legais. O defeito da postura hobbesiana é que ela se fixa somente num apelo à força, à violência como forma de coesão social. Como aponta Álvaro de Vita (2007, p. 123-124), tal solução é puramente política. Já que para Hobbes a injustiça é o não cumprimento contratual, ele não apresenta razões morais suficientes para convencer o cidadão de que ele deve cumprir os contratos, portanto, que ele deve ser justo. Assevera Vita (2007, p. 124) que “Hobbes não diz que é racional ser moral (entendendo-se por isso a disposição de cumprir os próprios acordos e promessas); ele se limita a argumentar que é irracional a conduta injusta que vai de encontro à lei do soberano”.

Existem diversas construções teóricas que visam criar um ambiente ético e democrático que não viole a liberdade de crença individual sem apelar à solução hobbesiana. Geralmente inspirados em ideais kantianos de autonomia moral, muitos entendem existir uma espécie de construtivismo de valores políticos que devem ser compartilhados por todos. Tal conjunto valorativo político seria, ao contrário da pura coerção hobbesiana, a verdadeira base ética democrática.

Habermas, por exemplo⁴, entende que as proposições na esfera pública⁵, como a criação de leis, devem estar ligadas a princípios de fundo moral político, como o princípio da universalidade. Este princípio moral político é resultado do diálogo e deliberações públicas nos quais os cidadãos estão envolvidos. Exige que cada um, ao adentrar na esfera pública, busque ignorar o que há de “não-universalizável” em cada uma das diferentes imagens de mundo, mas sem a

⁴ Diversos autores buscam propor teoricamente a existência ou a necessidade de um ambiente ético democrático. Por questões de limitação de espaço, usou-se Habermas como exemplo. Mas podem-se perceber construções similares, embora com algumas distinções, como em Rawls (2011), Dworkin (2006) e Scanlon (2003).

⁵ Proposições na esfera pública levam, por exemplo, à criação de leis ou outras obrigações legais que vinculariam os demais cidadãos. Para uma visão mais completa sobre a visão de Habermas (2011) sobre esfera pública, especialmente o ponto III do Cap. VI. Sobre a legitimidade na construção do Direito, conforme Habermas (2012), mais especificamente os Capítulos III e IV.

necessidade de negação de suas cosmovisões (HABERMAS, 2002, p. 106).

Por sua vez, Bobbio, na obra “Elogio da Serenidade e Outros Escritos Morais”, propõe não uma construção de valores públicos através do uso de razões públicas em detrimento das razões privadas, mas sua argumentação segue uma linha um pouco diferente. Autores como Alasdair MacIntyre (2007) vão apontar que a concepção política dos valores propostas por Platão e Aristóteles, como antes referido, promoviam virtudes⁶ que estavam enraizadas na vida política, como a justiça, a amizade e a coragem. Já a democracia contemporânea, em termos de virtude, é uma abstração que exige que os sujeitos abandonem suas crenças para abraçar valores supostamente neutros, a que os cidadãos devem obedecer, independentemente de seus projetos de vida pessoal. Criar-se-ia, portanto, um ser humano dividido: um ser político e outro ser moral. As virtudes cívicas deveriam ser restauradas para que houvesse uma ligação mais íntima entre a *polis* e seus cidadãos.

Bobbio, como resposta à objeção de falta de virtude na democracia, propõe que a serenidade cumpra tal papel. Entender qual sua natureza e por que ela é essencial para que se fuja da solução hobbesiana é o que se discute no próximo tópico.

2 A SERENIDADE COMO VIRTUDE DA DEMOCRACIA CONTEMPORÂNEA

Antes de apresentar a proposta de Bobbio para a virtude democrática, por ele chamada de serenidade, é importante que se esclareçam dois pontos: 1) qual é a sua visão geral sobre democracia; e 2) como encarar a ideia de verdade no campo da política.

Bobbio entende que não se pode compreender a palavra “democracia” em um só sentido. É possível que, ao conceituá-la, possa-se estar referindo a uma “democracia formal” ou a uma “democracia substancial”, como afirma o autor:

⁶ Virtude não significa a mesma coisa que moralidade ou valores morais, apesar de intimamente ligadas. Conforme Abagnanno (2012, p. 1198), virtude significa “1°. Capacidade ou potência em geral; 2°. Capacidade ou potência do próprio homem; 3°. Capacidade ou potência moral do homem”.

O termo Democracia tem dois significados nitidamente distintos. A primeira (democracia formal) indica um certo número de meios que são precisamente as regras de comportamento acima descritas independentemente da consideração dos fins. A segunda (democracia substancial) indica um certo conjunto de fins, entre os quais sobressai o fim da igualdade jurídica, social e econômica, independentemente dos meios adotados para os alcançar (BOBBIO, 1998, p. 329).

A história da democracia aponta para pensadores que a enquadram ora enquanto métodos e formas de decisão política (democracia formal), ora como fins de estabelecimento de igualdade e justiça social (democracia substancial). Para Bobbio, ambas as descrições seriam verdadeiras e, em alguns momentos, encontram-se autores que fundem, ainda que teoricamente, as duas perspectivas. Um desses autores foi Rousseau, para quem a igualdade ideal (democracia como valor, substancial) se realiza somente na formação da vontade geral (democracia como método, formal), sendo que ambos os significados de democracia são legítimos historicamente.

Apesar de reconhecer tal síntese em Rousseau, Bobbio entende que os debates passados e atuais não conseguem chegar a consensos, pois, de um lado, defensores de uma perspectiva democrática mais liberal acabam focando nos direitos individuais e numa perspectiva mais formal, enquanto os de cunho mais social acabam mirando mais a construção de igualdade cidadã, que, muitas vezes, exige uma necessidade de intervenção estatal no âmbito privado. Bobbio não aponta qual perspectiva é a mais verdadeira, mas julga que:

Os dois tipos de regime são democráticos segundo o significado de Democracia escolhido pelo defensor e não é democrático segundo o significado escolhido pelo adversário. O único ponto sobre o qual uns e outros poderiam convir é que a Democracia perfeita - que até agora não foi realizada em nenhuma parte do mundo, sendo utópica, portanto - deveria ser simultaneamente formal e substancial (BOBBIO, 1998, p. 329).

Por fim, da mesma forma que a disputa entre liberdade positiva e negativa apresentada por Benjamin Constant⁷, conclui que ambas são essenciais para a concepção contemporânea de liberdade, Bobbio entende que a ideia formal e a substancial da democracia são válidas. Ambas concepções são importantes, trata-se de um debate utópico tanto em entender que o verdadeiro conceito de democracia é puramente formal ou substancial, quanto propor a existência de um modelo de democracia sublime aonde ambas concepções achem igualmente presente de forma perfeitamente equilibrada.

Partindo para a segunda questão, o problema da verdade na política é de extrema importância para a unidade democrática. Como já apontado, se existem conceitos absolutamente verdadeiros na política, qual seria a razão de tolerar a participação cidadã dos que não corroboram com tal concepção? Na visão de filósofos como Platão, realmente não deveria haver participação política para os que naturalmente eram incapazes de acesso à verdade. Outra pergunta que pode surgir é: ser adepto da democracia significa ser cético?

Sobre a questão da verdade no campo político, Bobbio apresenta na Parte III da obra “Elogio da Serenidade e Outros Escritos Morais”, sua concepção de tolerância. No ensaio “Tolerância e Verdade”, responde a primeira pergunta feita acima. Já no ensaio “Verdade e Liberdade”, a segunda.

Bobbio aponta que a Reforma Protestante, com suas repercussões e controvérsias, mudou a forma de conceber a tolerância e a democracia. Com isso, não se afirma que os reformadores do cristianismo foram modelos de tolerância. Mas foi a partir da quebra da cristandade em diversos grupos que se começou a repensar o papel da verdade no ambiente público. Após séculos de conflitos, diversos pensadores, inspirados em ideias de liberdade de crença, começaram a propor a separação entre Estado e Igreja⁸. Por isso, não se pode

⁷ Na obra “A Liberdade dos Antigos comparada à dos Modernos”, Constant (2015) apresenta que, para os antigos, a ideia de liberdade estava ligada à participação política. Ou seja, ser livre é ser cidadão, não ser estrangeiro ou escravo. Já para os modernos, a liberdade se compreende como autonomia diante do Estado.

⁸ Para uma visão mais clara do processo histórico que se iniciou com reformadores, que lutavam pela liberdade de interpretação das Escrituras, até a instauração dos primeiros Estados neutros no território atual dos EUA, e como o ideal da laicidade, a partir daí, chegou na Europa, conforme Miller (2012).

comparar a democracia grega com a pós-reforma, pois a crença de que todos cidadãos podem ter acesso à verdade e podem ter liberdade política tornou-se o fundamento das democracias pós Reforma. Bobbio (2002, p. 149) declara que “o reconhecimento da liberdade religiosa deu origem aos Estados não confessionais; o reconhecimento da liberdade política, aos Estados democráticos”.

A resposta da natureza tolerante da democracia moderna parece esbarrar novamente no problema da solução hobbesiana quando se questiona como lidar com propostas políticas intrinsecamente intolerantes. Como tolerar o intolerante? A resposta de tal indagação não consegue fugir muito do uso da coerção e da violência como forma de garantir um ambiente aberto e tolerante. Sobre tal dilema, Bobbio sustenta que:

Responder ao intolerante com intolerância pode ser juridicamente lícito, mas é por certo eticamente reprovável e talvez também politicamente inoportuno. Não está dito que o intolerante, uma vez acolhido no recinto de liberdade, compreenda o valor ético do respeito pelas ideias alheias. Mas é certo que o intolerante perseguido e excluído dificilmente se tornará um liberal. (...) Melhor uma liberdade sempre em perigo, mas expansiva, que uma liberdade protegida mas incapaz de evoluir (BOBBIO, 2002, p. 154).

Como ensina Rawls (2011, p. 43-44), existem dois fatos que envolvem a democracia: o fato do pluralismo e o fato da opressão. De forma resumida, sempre haverá dissensões entre os cidadãos sobre a ideia de verdade. Sendo assim, tal pluralidade precisa ser a base democrática para que se assegurem direitos como a liberdade de crença e de expressão. O segundo fato significa que, sempre que se obteve um consenso quase total na sociedade sobre questões de crença religiosa ou pontos de vista morais, certamente algum indivíduo ou grupo estava sendo oprimido.

Para que se evite a opressão é que Bobbio demonstra seu perfil liberal quando afirma que “é preciso desconfiar de quem defende uma concepção anti-individualista da sociedade. Através do anti-individualismo, passaram mais ou menos todas as doutrinas reacionárias” (BOBBIO, 2004, p.115). Por mais

que a solução hobbesiana deva ser usada aos que se utilizam da violência e intolerância, o ideal democrático de Bobbio é no sentido de que, sendo possível, não se deve utilizar de coerção contra os intolerantes. É preciso que haja razões para unidade social, não somente uma unidade que caia no que Rawls denominou de fato da opressão.

A primeira pergunta feita acima sobre a natureza da tolerância encontra em Bobbio um entusiasta da capacidade humana de autoquestionar-se em prol da coletividade. Mas poder-se-ia objetar, através da segunda pergunta antes feita, que o ceticismo moral e ético deva ser o fundamento das democracias contemporâneas. Bobbio, para responder tal objeção, aponta diversas perspectivas nas quais cidadãos creem na existência de conceitos verdadeiros sobre moralidade e ética e, ainda assim, apoiam a tolerância democrática.

Como exemplo, pode-se vislumbrar cidadãos que sustentem a tolerância não por serem céticos, mas por acreditarem na força expansiva da verdade que, com o tempo, tende a prevalecer sobre o erro (BOBBIO, 2002, p. 138-139). As formalidades democráticas seriam instrumentos para a manutenção de uma abertura dialógica na qual a verdade pode florescer. Outra possibilidade seria a aceitação da tolerância democrática como uma atitude prática, mesmo a partir de uma perspectiva utilitária. “Se sou o mais forte, aceitar o erro pode ser um ato de astúcia: a perseguição provoca escândalo (...), se sou o mais fraco, suportar o erro é um ato de prudência” (BOBBIO, 2002, p. 142).

O Estado Democrático, então, não exige cidadãos céticos. Como afirma Eduardo Maino (2014, p. 335), tal Estado se propõe a uma neutralidade que não está absolutamente alheia a imperativos éticos. Os direitos humanos estariam apoiados em numa concepção *sui generis* de ética que se sobrepõe sobre as éticas particulares. Tal sobreposição pode ser comparada ao que Rawls (2011) aponta como um “consenso sobreposto”, aonde a construção política de valores se consolidou após duros embates históricos entre visões morais particulares.

As bases da democracia estariam em fatos de igualdade humana concretizados na esfera política, as quais qualquer visão particular (seja religiosa ou filosófica) apoia a partir de suas razões privadas. Ou seja, um cristão e um ateu, por exemplo, mesmo discordando sobre questões morais básicas, atualmente, com altíssima probabilidade, reprovariam qualquer tentativa política

de restaurar a escravidão. Trata-se, portanto, de um consenso político apesar do dissenso moral entre as cosmovisões, ou seja, um “consenso sobreposto”⁹.

Após a compreensão de que a natureza da democracia para Bobbio é marcada por uma tolerância não violenta e que não exige ceticismo dos cidadãos, pode-se apresentar sua concepção da serenidade enquanto virtude política.

A primeira preocupação do autor é burilar o conceito de serenidade diferenciando-o de outras virtudes, com o objetivo de apontá-la como virtude democrática por excelência.

A primeira diferença é entre serenidade e mansidão. Ser manso é uma virtude individual, “é uma disposição do espírito do indivíduo, que pode ser admirada como virtude independentemente da relação com os outros” (BOBBIO, 2002, p. 35). O manso é o homem tranquilo, mas a serenidade, para Bobbio, é uma virtude social, que se manifesta na presença do outro, ao se deixar o outro ser aquilo que é, sem apelar para a violência (BOBBIO, 2002, p. 36).

Os opostos da serenidade são a arrogância e a prepotência que, dependendo da concepção política que se sustente, como a maquiavélica, por exemplo, são virtudes do titular do poder político. Se política for simplesmente o governo do mais astuto, a serenidade é a mais impolítica das virtudes. Na contemporaneidade, a esfera privada é tida como valiosa, diante da atividade e vida política. No totalitarismo, ao contrário, tudo é política, e como afirma Bobbio, “a política não é tudo. A ideia de que tudo seja política é simplesmente monstruosa” (BOBBIO, 2002, p. 39).

Entretanto, serenidade não significa submissão. Submisso é o que renuncia à vida pública por fraqueza, por algum tipo de medo. Já o sereno é que age em prol de refutar ativamente o argumento violento e destrutivo (BOBBIO, 2002, p. 41). Serenidade também não se confunde com modéstia, pois esta pode ser caracterizada como uma subavaliação de si, de seus atributos, ou mesmo como uma estratégia hipócrita de convencimento. Já a serenidade é uma postura política, isto é, por mais que o sereno possa ser humilde e modesto para si mesmo, a serenidade é uma virtude destinada ao próximo.

⁹ Outra construção teórica similar é a ideia de “ética sem moral” de Adela Cortina (2010).

A serenidade não é uma virtude que se aprende a partir de uma perspectiva específica da realidade do mundo, de uma escolha por uma determinada concepção metafísica, ou de uma cosmovisão, mas da aprendizagem histórica do mal causado pela ideia totalitária da política. Todo totalitarismo tem na violência a garantia da coesão social.

A democracia pressupõe pluralismo, luta de ideias, busca de reconhecimento jurídico de direitos, e é para esse contexto que se torna de fundamental importância entender a necessidade de se refletir sobre a serenidade enquanto virtude suprema.

Buscar-se-á, na sequência contextualizar a importância da virtude da serenidade diante dos desafios do Direito contemporâneo.

3 IMPORTÂNCIA DA SERENIDADE: ALTERNATIVA À SOLUÇÃO HOBBIANA

As sociedades ocidentais contemporâneas são marcadas pela pulverização de concepções morais que convivem, muitas vezes não pacificamente, sob o mesmo ordenamento jurídico. Cada grupo, ou mesmo indivíduo, sustenta uma concepção própria sobre moralidade, religião e orientação sexual. Todavia, é no campo do Direito que os agrupamentos sociais discutem questões éticas e morais, pois o Direito é o ambiente da eticidade comum (ADEODATO, 2010, p. 137).

Já que o Direito acaba sendo o elemento normativo comum de todos os cidadãos, é inevitável que o campo das decisões jurídicas, como o processo legislativo ou judicial, acabe se tornando campo de batalhas de grupos antagônicos. É para este contexto que se faz necessário a busca de florescimento da virtude da serenidade.

A discussão da serenidade se justifica quando se contempla a tentativa do uso de instrumentos jurídicos para fins de submissão de grupos rivais em relação a assuntos estratégicos. Para fins de exemplificação, pode-se visualizar tal contexto quando se busca criminalizar comportamentos como “homofobia” ou “cristofobia”. Os grupos em questão buscam no Direito formas de neutralizar a liberdade de expressão dos rivais através do que Jónatas Machado

(2013, p. 155) chama de “táticas de guerrilha jurídica”. O objetivo de proteger grupos minoritários é essencial numa democracia. Porém, nessa dinâmica de criminalização, não se pode usar termos no texto legal despreocupadamente, sem atentar para a possibilidade de estar-se criando à liberdade de expressão de outros grupos. A criminalização de condutas pode criar ambientes hostis e intimidatórios aos que, a partir de sua visão de mundo, acabam criticando comportamentos de outros grupos.

Bobbio (2002, p. 116-117) entende que o preconceito (que é inerente à condição humana), se mal gerido pelo detentor do poder político, pode desencadear um “processo discriminatório” que tem seu início justamente no campo jurídico. Após essa fase jurídica, uma segunda consequência da discriminação é a marginalização social.

O Direito, num contexto em que não se promova a virtude da serenidade, acaba se tornando instrumento para criação de guetos simbólicos para os que estão sendo castrados em sua liberdade de discordância.

O último nível de discriminação, além do uso do Direito e da marginalização, seria a aberta perseguição política. Bobbio (2002, p. 117) identifica esta terceira fase com o uso da força física para o extermínio dos opositores, como o instalado pelo regime nazista na Alemanha na primeira metade do século XX.

A construção do Direito por cidadãos que cultivem a virtude da serenidade resulta na construção de um ambiente tolerante e não violento. Por mais que os agentes políticos particularmente tenham preferências morais específicas, o Direito não pode ser manipulado como instrumento de impedimento para que grupos que possuam visões contrárias alcancem maior representatividade.

O Estado não pode ser instrumento de “salvação” da coletividade, ou seja, não se pode utilizar da coerção estatal e jurídica para neutralizar socialmente grupos indesejados. Para utilizar uma expressão de Bobbio, é preciso deixar que o ser humano se salve por si (BOBBIO, 2002). Numa democracia plural, o Direito, por mais que consagre valores, não pode ser o guardião moral da sociedade (GALUPPO, 2014).

A democracia e a virtude da serenidade, enquanto elementos necessários à coesão social, acabam sendo uma aposta na possibilidade de que se possa aprender historicamente com erros. Ser sereno é entender que não se

pode apressar mudanças sociais profundas sem a necessária maturação ética. Termos como “apressar”, “maturação” e “erros históricos” apontam para o elemento “tempo” como o maior aliado da democracia. No afã de concretizar seus “mundos ideais”, os grupos podem utilizar o Direito de forma a simplesmente esquecer corolários políticos históricos, como a liberdade de crença e de expressão.

A ideia de serenidade combina com a perspectiva de outro italiano, Gustavo Zagrebelsky, de uma democracia crítica. Esta tem no seu trato com o “tempo” sua principal característica. Define Zagrebelsky (2011, p. 135) que “a democracia crítica é um regime inquieto, circunspecto, desconfiada de si mesma, sempre pronta a reconhecer os próprios erros, a colocar-se em jogo, a recomeçar desde o início”.

A postura da serenidade diante da Democracia e do Direito de Bobbio pode ser comparada com as figuras de Pilatos e Jesus Cristo no episódio bíblico que antecedeu a crucifixão. A instrumentalização da democracia para fins estratégicos marcou a postura de Pilatos que, sendo sufocado pela população, julgou o tempo como seu inimigo e acabou infligindo violência a alguém não violento. A pressa pela decisão política de pacificação pode ser a maior demonstração de violência. Por outro lado, Jesus representou a virtude da serenidade. Não foi submisso, ou falso modesto, mas diante da vindoura violência tomou uma posição de serena confiança na sua concepção de verdade.

No final das contas, aquele que infligiu violência foi quem tinha dúvidas sobre a verdade. A solução hobbesiana é a rota de fuga de quem não está convicto de que suas concepções privadas são verdadeiras. Já quem estava convicto da verdade decidiu ser sereno e suportar a maior violência que um ser humano poderia ser exposto à época.

Kelsen, refletindo sobre este icônico cenário da crucifixão, afirma

Para os que acreditam no filho de Deus e rei dos judeus como testemunha da verdade absoluta, esse plebiscito é sem dúvida um poderoso argumento contra a democracia. E nós, cientistas políticos, devemos aceitar esse argumento, mas apenas sob uma condição: a de que estejamos tão convencidos de

nossa verdade política a ponto de impô-la, se necessário, com sangue e lágrimas – que estejamos convencidos de nossa verdade quanto estava, de sua verdade, o filho de Deus (KELSEN, 2000, p. 204).

O exemplo de serenidade de Cristo possibilita que se vislumbre a democracia não somente como instrumento de decisão majoritária, mas sendo o ambiente no qual os indivíduos possam, sem o apelo à violência, propagar suas concepções de verdade. O Direito, portanto, deve primar pela proteção da serenidade no ambiente político.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A palavra democracia, embora historicamente seja detentora de diversos sentidos, atualmente expressa a ideia de que todos os cidadãos são aptos para a participação política no Estado. E, por mais que seja adotada na maioria dos Estados modernos, não está imune a críticas, como a relativa à incapacidade de regular igualmente todas as relações sociais.

Há dois grandes desafios para a teoria democrática contemporânea, um de ordem econômica, e outro atrelado à relação entre política, direito e moral. O primeiro está ligado à possível intromissão excessiva na esfera privada como forma de, equitativamente, buscar garantir uma melhor igualdade econômica e de acesso a serviços. O segundo desafio, objeto da presente pesquisa, está justamente em fornecer um ambiente ético que possa unir tantos grupos antagônicos, ávidos pela utilização dos instrumentos jurídicos para consagração de seus valores privados, como forma de dominação sobre os demais grupos.

A democracia, então, pressupõe pluralismo e busca de reconhecimento jurídico de direitos, o que torna imprescindível entender a necessidade de se refletir sobre a serenidade enquanto virtude atrelada à democracia.

O problema da falta de coesão social na democracia fica ainda mais complexo do ponto de vista do Direito pelo fato de que os grupos antagônicos devam possuir iguais direitos de crença e expressão. Diante do ideal de liberdade e igualdade, não parece haver alternativas claras para a obtenção de um

ambiente de discussão política aberto e não violento.

Bobbio, em particular na obra “Elogio da Serenidade e Outros Escritos Morais”, afastando-se da ideia hobbesiana de pura coerção como forma de garantir a coesão social, apresenta como proposta para a pacificação social na democracia contemporânea, a construção de conceitos, valores e virtudes democráticas, tomando como base de seu pensamento a virtude da serenidade.

No ambiente democrático, as concepções morais de cada grupo ou ideologia não são suficientes para preservar a coesão social, o que acaba inviabilizando a possibilidade de pacificação social, se não se pressupor um segundo nível de moralidade. A moralidade política democrática no nível político, para Bobbio, é marcada por uma tolerância não violenta, que não exige ceticismo dos cidadãos.

Isoladamente, a ideia de serenidade pode ser vista como uma virtude não-política em comparação com a coragem, por exemplo. Mas em tempos de grande desagregação social e pluralismo moral, torna-se vital a propagação da serenidade enquanto virtude áurea da democracia. Com isso, possibilita-se a preservação da coesão social no âmbito estatal, evitando assim o apelo à violência do Direito como instrumento de pacificação social.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Alfredo Bosi (trad.). São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

ADEODATO, João Maurício. **Retórica constitucional**: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Carlos Nelson Coutinho (trad.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. Democracia. *In*: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Carmen C. Varriale (trad.). Brasília: Universidade de Brasília, 1998. v. I.

BOBBIO, Norberto. **Elogio da serenidade e outros escritos morais**. Marco Aurélio Nogueira (trad.). São Paulo: UNESP, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos (trad.). Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

CONSTANT, Benjamin. **A liberdade dos antigos comparada à dos modernos**. Emerson Garcia (trad.). São Paulo: Atlas, 2015. (Coleção Clássicos do Direito, v. 3).

CORTINA, Adela. **Ética sem moral**. Marcos Marciolino (trad.). São Paulo: Saraiva, 2010.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Beatriz Sidou (trad.). Brasília: UnB, 2016.

DWORKIN, Ronald. **Is democracy possible here?** Principles for a New Political Debate. Princeton: Princeton University Press, 2006.

GALUPPO, Marcelo Campos. Tolerância e exclusão: um impasse para a democracia contemporânea. *In*: BITTAR, Eduardo C. B.; SOARES, Fabiana de Menezes (Org.). **Temas de filosofia do direito: novos cenários, velhas questões**. Barueri: Manole, 2004.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** A genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Claudia Berliner (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. George Sperbe; Paulo Astor Soethe (trad.). São Paulo: Loyola, 2002

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Flávio Beno Sibeneichiler (trad.). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. v. I.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Flávio Beno Sibeneichiler (trad.). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011. v. II.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva (trad.). São Paulo: Abril Cultural, 1974.

KELSEN, Hans. **A democracia**. Ivone Benedetti; Jeferson Camargo; Marcelo Cipolla; Vera Barkow (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Estado constitucional e neutralidade religiosa: entre o teísmo e o (neo)ateísmo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MACINTYRE, Alasdair. **After virtue: a study in moral theory**. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 2007.

MAINO, Carlos Alberto Gabriel. A neutralidade do Estado neoconstitucional: qual é o papel da religião no Estado neoconstitucional contemporâneo? **Revista Em Tempo**, Marília, v. 12, jan. 2014. Disponível em: <<https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/409>>. Acesso em: 24 abr. 2019.

MILLER, Nicholas. **The religious roots of the first amendment: dissenting protestants and the separation of church and state**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

PLATÃO. **A república**. Anna Lia Prado (trad.). 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. Álvaro de Vita (trad.). São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

SCANLON, T.M. **The difficulty of tolerance: essays in political philosophy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

VITA, Álvaro de. **A Justiça igualitária e seus críticos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **A crucificação e a democracia**. Mônica de Sactis Viana (trad.). São Paulo: Saraiva, 2011.

LIBERDADE, IGUALDADE E DEMOCRACIA: O TRABALHO HUMANO COMO LIBERDADE E SUAS IMPLICAÇÕES PARA A DEMOCRACIA

FREEDOM, EQUALITY AND DEMOCRACY: HUMAN LABOR AS FREEDOM AND ITS IMPLICATIONS FOR DEMOCRACY

*Ilton Garcia Costa¹
Rita de Cássia Rezende²*

RESUMO

A temática consiste em pensar em uma contextualização do trabalho humano, como liberdade, e em suas implicações para a democracia, utilizando o pensamento de Norberto Bobbio como um norte. A problematização do texto se dá indagando-se se o trabalho humano constitui-se ou não em liberdade. O objetivo geral será investigar as fragilidades para a efetivação do trabalho humano como liberdade, em nosso tempo, com base no pensamento de Bobbio. Consiste também em compreender esse pensamento, analisando os conceitos de liberdade e de igualdade e discutindo as dificuldades da sua efetivação no contexto do trabalho humano, na atualidade. A justificativa consiste em pen-

¹ Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP, Pós Doutorando pela Universidade de Coimbra. Professor do Programa de Doutorado, Mestrado e Graduação em Direito na UENP - Universidade Estadual do Norte do Paraná, líder do Grupo de Pesquisa em Constitucional, Educacional, Relações de Trabalho e Organizações Sociais - GPCERTOS da UENP, Mestre em Administração pelo UNIBERO, Vice Presidente da Comissão de Ensino Jurídico e Comissão de Estágio - OAB SP (2013 a 2015), membro da Comissão de Direito Constitucional e Direito e Liberdades Religiosas - OAB SP, Avaliador Institucional e de Cursos pelo MEC - INEP. Especialista em Formação Profissional - Alemanha, Matemático, Advogado.
E-mails: iltongarcia@uenp.edu.br e iltongarcia@gmail.com

² Mestranda em Ciência Jurídica pela UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela UEL – Universidade Estadual de Londrina. Filosofia Moderna e Contemporânea – UEL. Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela PUC/PR (Campus de Londrina). Graduada em Direito – UEL. Advogada da União.

sar a problematização da liberdade e da igualdade e suas implicações para a vivência democrática, especialmente no que diz respeito ao trabalho humano e a sua qualidade de liberdade necessária à democracia. A metodologia utilizada no trabalho foi a pesquisa bibliográfica, tendo-se como textos-base *Igualdade e liberdade* e *Liberalismo e democracia* de Bobbio. Conclui-se que o trabalho humano é um valor de liberdade. O trabalho humano, inserido num contexto de Estado democrático de direito, pode ser visto como demanda de liberdade negativa e de liberdade positiva.

PALAVRAS-CHAVE

Democracia. Liberdade. Norberto Bobbio. Trabalho Humano.

ABSTRACT

The theme involves thinking of a contextualization of human labor as freedom and its implications for democracy, using the thinking of Norberto Bobbio as a guide. The problematization of the text is to inquire as to whether or not human labor constitutes freedom. The general objective will be to investigate the fragilities for the realization of human work as freedom in the present time, according to the thought of Bobbio, as well as understanding this thought, analyzing the concepts of freedom and equality, and discussing the difficulties of their effectiveness in the context of human work today. The justification consists of thinking about the problematization of freedom and equality and the implications for democratic living, especially with regard to human work and its quality of freedom required for democracy. The methodology used in the work was bibliographical research, based on the texts *Equality and freedom* and *Liberalism and democracy* by Bobbio. We conclude that human labor constitutes a value of freedom. Human labor, embedded in a democratic state of law, can be seen as a demand for negative freedom and positive freedom.

KEYWORDS

Democracy. Freedom. Norberto Bobbio. Human Labor.

INTRODUÇÃO

A primeira indagação proposta pelo presente artigo se coloca na medida das relações entre liberdade e igualdade para a busca de práticas democráticas. É desse modo que, aflorando das relações entre liberdade e igualdade, surge o problema deste estudo: É o trabalho humano, ou não é, um ato de liberdade? Supondo-se uma resposta afirmativa, na perspectiva de Norberto Bobbio, ele se caracterizaria como liberdade positiva ou liberdade negativa?

As questões da liberdade e da igualdade são essenciais à discussão acerca da democracia, pois são fios condutores da vivência democrática. Tais questões vêm sendo tratadas desde a Antiguidade clássica, passando pelos teóricos modernos, como Rousseau, na segunda metade do século XVIII, e por autores importantes da contemporaneidade, como Norberto Bobbio, no século passado.

Essas questões se mostram, ainda hoje, desafiadoras na constituição das bases da democracia no Estado contemporâneo. É desse modo que, neste trabalho, a perspectiva de abordagem da liberdade, na sua acepção de valor político, tem a modernidade como ponto de partida.

No primeiro tópico, apresentam-se as ideias de Jean-Jacques Rousseau referentes à igualdade e à liberdade. Percebe-se, na construção do pensamento de Rousseau, que o ser humano não pode abrir mão de sua liberdade, sob pena de “deixar” a condição de humano, pois a liberdade é inerente à natureza humana. Rousseau acreditava na limitação da liberdade do humano em virtude da adesão ao contrato social, através do qual garante-se, pela proteção do Estado, uma convivência pacífica e duradora.

No segundo tópico, desenvolver-se-á o pensamento de Norberto Bobbio sobre democracia e liberdade como fenômenos históricos. Para ele, no Estado liberal, o fenômeno histórico das lutas e conquistas de liberdade são marcantes e não existe uma liberdade originária no estado de natureza. Apontam-se as críticas de Bobbio ao jusnaturalismo e ao liberalismo, no concernente às concepções de liberdade e igualdade concebidas em termos formais, distantes das condições materiais em sociedade.

No terceiro tópico, é trazida a discussão sobre liberdade negativa e li-

berdade positiva como demandas para o Estado de direito e para a democracia, além de apresentarem-se diferentes enfoques quanto à posição da liberdade, para as teorias políticas, na constituição de sociedades. O problema da liberdade no mundo do trabalho será desenvolvido, recorrendo-se ao pensamento de Bobbio sobre a liberdade positiva e a liberdade negativa. Isso será utilizado como uma aproximação teórica e argumentativa.

A metodologia utilizada no trabalho foi a pesquisa bibliográfica, tendo-se como textos-base *Igualdade e liberdade* (1995) e *Liberalismo e democracia* (1985) de Bobbio.

Percebe-se, com o desenvolvimento da pesquisa, que o trabalho humano constitui-se em valor de liberdade, e, num contexto de Estado democrático de direito, ele pode ser visto como demanda de liberdade negativa e de liberdade positiva.

1. OS DESAFIOS DA LIBERDADE E DA IGUALDADE PARA A DEMOCRACIA EM ROUSSEAU

Para melhor compreensão das concepções de liberdade e igualdade e suas implicações para a democracia moderna, sobre as quais se encontra sustentado o atual Estado democrático de direito, é preciso trazer as questões da democracia moderna conforme vêm sendo discutidas a partir do século XVIII. Justifica-se esse marco temporal para discussão, pois, nesse período, a democracia já se mostrava como sistema político que se opunha à forma despótica de governo, deixando antever que à democracia moderna ligava-se a forma republicana de governo.

Também deve ser destacado, como ponto de partida, para este estudo, o fato de, no século XVIII, ter sido Jean-Jacques Rousseau, com as obras *Discurso sobre as origens da desigualdade* (1755) e *O contrato social* (1762), um dos mais importantes teóricos a abordar algumas das questões básicas da democracia, como a liberdade, a igualdade e a formação da vontade geral inalienável, e a exercer influência considerável nas formas de abordar a democracia até aos dias atuais. Rousseau desenvolveu suas ideias quanto à liberdade e à igualdade conforme a tradição de pensamento do direito natural moderno

formada a partir do século XVII.

Para o jusnaturalismo moderno, existiria uma ordem superior e anterior àquela estabelecida pelo Estado. Os direitos naturais seriam aqueles inerentes ao indivíduo anteriores (direitos inatos), portanto, a qualquer contrato social. Seriam aqueles direitos que decorrem da natureza humana e dela seriam manifestações, enquanto que o Estado seria produto de criação racional e voluntária dos indivíduos para melhor consecução de seus direitos naturais, constituindo-se isso seu fundamento e seu fim precípua (BOBBIO, 2009a, p. 658).

O referido filósofo moderno trazia a concepção de que o homem seria detentor, em si e por si, de uma liberdade comum ou natural, que lhe possibilitaria lutar pela sobrevivência, garantindo-a, e o tornaria senhor de si em um estado de natureza (ROUSSEAU, 1999, p. 55). O mesmo filósofo admitia, contudo, que os homens, na ordem social, encontravam-se subjugados em toda parte (ROUSSEAU, 1999, p. 53).

Ao enunciar: “visto que homem algum tem autoridade natural sobre seus semelhantes e que a força não produz nenhum direito, só restam as convenções como base de toda a autoridade legítima existente entre os homens” (ROUSSEAU, 1999, p. 61), o autor demonstrou sua preocupação em encontrar o fundamento da ordem social, a qual, não sendo originária do divino nem da natureza, seria produto de convenção, de contrato firmado entre homens livres.

Em sua origem, na língua grega, a palavra democracia significa poder (krátos) do povo (démós), distinguindo-se a democracia dos antigos da dos modernos em razão da maneira como o povo exerce tal poder, a saber, diretamente na praça (*ágora*), pelos gregos, nos *comitia*, pelos romanos, ou no *arengo* das antigas cidades medievais, ou indiretamente, através de representantes, nos estados modernos (BOBBIO, 2003, p. 233).

Na democracia conceituada por Rousseau, o governo estaria confiado a todo o povo, ou à maior parte do povo (ROUSSEAU, 1999, p. 147). Também caracterizava a democracia assim proposta que somente a vontade geral dirigisse as forças do Estado, cuja finalidade seria o bem comum (ROUSSEAU, 1999, p. 85).

A noção de liberdade concebida por Rousseau ampliava-se e aprofundava-se a ponto de a liberdade constituir-se direito inalienável e exigência

da natureza do homem, ser central na vida social e tornar inconcebíveis e contrárias ao direito tanto a renúncia completa à liberdade, por parte de um único indivíduo, quanto a renúncia à liberdade, por parte de um povo, em favor de qualquer soberano.

Renunciar à liberdade é renunciar à qualidade de homem, aos direitos da humanidade, e até aos próprios deveres. Não há recompensa possível para quem a tudo renuncia. Tal renúncia não se compadece com a natureza do homem, e desistir-se voluntariamente de toda e qualquer liberdade equivale a excluir a moralidade de suas ações. Enfim, é uma inútil e contraditória convenção a que, de um lado, estipula uma autoridade absoluta, e, de outro, uma obediência sem limites. (ROUSSEAU, 1999, p. 62).

Na esteira desse raciocínio, para Rousseau, seria nulo o direito de escravidão, tanto por se mostrar ilegítimo, quanto por ser absurdo. Em sua fala “as palavras escravidão e direito são contraditórias, excluem-se mutuamente” (ROUSSEAU, 1999, p. 65). Faltaria razoabilidade a qualquer convenção que colocasse um homem ou um povo totalmente sob o jugo, sob o proveito e arbítrio de outro homem ou de um soberano.

Para Rousseau, a liberdade dos homens, quando convergiam a um pacto social, renunciando à liberdade natural para a aquisição de uma liberdade convencional, estava imbricada à igualdade (ROUSSEAU, 1999, p. 70). Do mesmo modo, em um Estado já constituído, a feitura das leis e o exercício do poder também deveriam estar não apenas conformes, mas também obedientes à liberdade e à igualdade. Rousseau afirmava:

Se quisermos saber no que consiste, precisamente, o maior de todos os bens, qual deva ser a finalidade de todos os sistemas de legislação, verificar-se-á que se resume nestes dois objetivos principais: a liberdade e a igualdade. A liberdade porque qualquer dependência particular corresponde a outro tanto de força tomada ao corpo do Estado, e a igualdade,

porque a liberdade não pode subsistir sem ela. (ROUSSEAU, 1999, p.127).

A igualdade proveniente do pacto social seria uma igualdade moral e legítima, que substituiria a igualdade natural e abrandaria a desigualdade física (na força ou no gênio), acarretando uma igualdade por convenção e direito. Por decorrência, a igualdade deveria ser, não apenas jurídica, mas também, em certa medida, material, igualando ou equivalendo às condições subjacentes do pacto social.

Essa igualdade pressupunha, então, que a propriedade de cada particular fosse subordinada “ao direito que a comunidade tem sobre todos, sem o que não teria solidez o liame social, nem força verdadeira o exercício da soberania” (ROUSSEAU, 1999, p. 81).

Rousseau não descartou a importância nem a necessidade de assegurar o direito de propriedade, mas deixou claro que deveria ser garantida a propriedade do pequeno proprietário trabalhador, pois seu ideal de democracia exigia que não houvesse indivíduos tão ricos a ponto de poderem sujeitar outros cidadãos, nem indivíduos tão pobres que, para sobreviver, fossem obrigados a vender-se, sujeitando-se (ROUSSEAU, 1999, p. 127).

Ainda se justificava a limitação da propriedade pela necessidade de obediência aos desígnios da vontade geral, a qual estava, em tese, orientada à utilidade pública e ao interesse comum. A propriedade ilimitada era sempre causa e motivo para a exploração e para a sujeição, que, logicamente, suprimiam a liberdade e eliminavam a igualdade das relações humanas, impossibilitando a prática da democracia.

Na passagem seguinte, Rousseau apresentou, entre as características necessárias, como julgava, a um Estado que se pretendesse democrático, o poder de decisão exercido diretamente pelo povo (cidadãos), bem como a igualdade, notadamente de classes e de riquezas, e a liberdade, visível na necessidade de ausência de sujeição:

Além disso, quantas coisas difíceis de reunir, supõe esse Governo! Em primeiro lugar um Estado muito pequeno, no qual seja fácil reunir o povo e onde cada cidadão possa sem es-

forço conhecer todos os demais; segundo, uma grande simplicidade de costumes que evite a acumulação de questões e as discussões espinhosas; depois, bastante igualdade entre as classes e as fortunas, sem o que a igualdade não poderia subsistir por muito tempo nos direitos e na autoridade, por fim, pouco ou nada de luxo – pois o luxo ou é o efeito de riquezas ou as torna necessárias; corrompe ao mesmo tempo o rico e o pobre, um pela posse e outro pela cobiça; entrega a pátria à frouxidão e à vaidade; subtrai do Estado todos os cidadãos para subjugar-los uns aos outros, e todos à opinião. (ROUSSEAU, 1999, pp. 150-151).

Destaca-se que, para Rousseau, dadas as dificuldades para a concretização da igualdade material, da liberdade e do poder exercido diretamente pelo povo, jamais houve nem haverá Estado verdadeiramente democrático. Tanto que chegou a afirmar: “Se existisse um povo de deuses, governar-se-ia democraticamente. Governo tão perfeito não convém aos homens” (ROUSSEAU, 1999, p. 151).

Convém ressaltar aqui que, como alerta Norberto Bobbio, Rousseau era admirador dos antigos e de sua concepção de democracia direta; contudo, em grandes Estados, a democracia possível é a representativa. O ideal de democracia, desde os antigos, baseia-se no entendimento de que o titular do poder político é o povo - os cidadãos - a quem cabe as decisões coletivas; o que varia entre as concepções de democracia, a antiga e a moderna, é o modo mais ou menos amplo do exercício do direito de influenciar nas decisões coletivas (BOBBIO, 1988, pp. 32-33).

Assim, de forma geral, a democracia, seja a dos antigos, seja a dos modernos, direta ou representativa, possui lastro no princípio da soberania popular, a qual tem potencial para conduzir a um governo, se não de todos, ao menos da maioria dos cidadãos, o que possibilita a forma republicana de governo e a ampliação da igualdade e liberdade à medida que mais e mais pessoas são incorporadas aos processos decisórios políticos.

2. A DEMOCRACIA E A LIBERDADE COMO FENÔMENOS HISTÓRICOS PARA BOBBIO

Norberto Bobbio propõe e aborda as questões atinentes à liberdade e à igualdade e seu peso na busca de práticas ensejadoras da democracia. Mas, busca fundamentos distintos daqueles propostos pela corrente jusnaturalista. O filósofo reconhece, no jusnaturalismo, a racionalidade do seu modelo e o considera útil para a formulação de teorias sobre problemas gerais do Direito e do Estado (BOBBIO, 1999, p. 43). Contudo, discorda da justificação racional do Estado liberal proposto pelo jusnaturalismo, expondo, com precisão, que o Estado liberal tem fundamentos em fenômeno histórico de lutas e conquistas de liberdade.

[...] o Estado liberal é justificado como o resultado de um acordo entre indivíduos inicialmente livre que convencionam estabelecer os vínculos estritamente necessários a uma convivência pacífica e duradoura. Enquanto o curso histórico procede de um estado inicial de servidão a estados sucessivos de conquista de espaços de liberdade por parte dos sujeitos, através de um processo gradual de liberalização, a doutrina percorre o caminho inverso, na medida em que parte da hipótese de um estado inicial de liberdade, e apenas enquanto concebe o homem como naturalmente livre é que consegue construir a sociedade política como uma sociedade com soberania limitada. Em substância, a doutrina, especialmente a doutrina dos direitos naturais, inverte o andamento do curso histórico, colocando no início como fundamento, e portanto como *prius*, aquilo que é historicamente o resultado, o *posterius*. (BOBBIO, 1988, pp. 14-15).

O liberalismo, conceituado como filosofia, se dispunha a trazer uma justificação racional ao novo mundo e às novas relações sociais decorrentes da mudança das condições materiais da sociedade (LASKI, 1973, p. 09).

Os teóricos da democracia liberal estavam em busca de um Estado que garantisse os anseios burgueses por uma sociedade de livre mercado e, ao

mesmo tempo, protegesse os cidadãos contra o governo. Desse modo, o liberalismo nasceu em consequência do modelo econômico de sociedade do final da Idade Média, formulado pelas necessidades dessa mesma sociedade.

A aristocracia, proprietária das terras passou, forçosamente, a compartilhar o controle da política com proprietários de bens móveis. Banqueiros, mercadores e fabricantes passaram a exercer influência sobre algo que antes apenas latifundiários, nobres e eclesiásticos exerciam.

O liberalismo impôs ao Estado limitação de poderes, e com isso se chegou à concepção de Estado de direito (SILVA, 2018, pp. 114-115), segundo a qual os poderes públicos estão adstritos às leis e os cidadãos podem recorrer a um juiz independente a fim de que seja sanada qualquer ilegalidade ou suprimido qualquer abuso dos poderes públicos.

Nesse ponto, podem destacar-se algumas características do Estado de direito, como a obediência ao império das leis, sobretudo o princípio da legalidade, a consagração aos cidadãos de direitos oponíveis ao Estado, através do enunciado e garantia dos direitos individuais, e o direito de um cidadão exigir que o Poder Judiciário independente pronuncie-se acerca de algum direito seu, que julga lesado.

A democracia ocidental moderna, como modelo básico de democracia liberal, surgiu com grande força no século XVIII. É possível encontrar os conceitos liberalismo e democracia em posição de interdependência, em razão da existência de regimes liberal-democráticos, ou seja, Estados de democracia liberal. Mas, deve-se dizer que esses conceitos não se apresentam sempre intercambiáveis. E mais, a relação entre democracia e liberalismo sempre foi difícil, pois aquela e este têm pontos conflituosos e de difícil solução, especialmente no respeitante à liberdade e à igualdade (BOBBIO, 1988, p. 38).

A respeito disso, Harold Laski diz o seguinte:

Em que consiste, então, o liberalismo que pretendemos aqui analisar? Não é fácil descrevê-lo e muito menos defini-lo, pois dificilmente será menos um hábito mental do que um corpo de doutrina. Sem dúvida, como corpo doutrinário está diretamente relacionado com a liberdade; pois surgiu como

o inimigo dos privilégios conferidos a qualquer classe, na comunidade, em virtude de nascimento ou credo. Mas a liberdade que procurou não tinha foros de universalidade, visto que a sua prática estava limitada aos homens que tinham propriedade a defender. (LASKI, 1973, p. 11).

A (des)articulação do liberalismo, com os, ainda hoje, dois grandes desafios da democracia – liberdade e igualdade – fica bastante clara na exposição crítica ao liberalismo de Laski, tornando-se evidente que a concepção de democracia liberal tende a mitigar a liberdade e a igualdade para privilegiar o direito de propriedade. Também para Bobbio, o liberalismo apresenta tendência à moderação da igualdade frente à atividade econômica e ao direito de propriedade:

Todavia, o liberalismo é uma doutrina só parcialmente igualitária: entre as liberdades protegidas inclui-se também, em geral, a liberdade de possuir e de acumular, sem limites e a título privado, bens econômicos, assim como a liberdade de empreender operações econômicas (a chamada liberdade de iniciativa econômica), liberdades das quais se originaram e continuam a se originar as grandes desigualdades sociais nas sociedades capitalistas mais avançadas e entre as sociedades economicamente mais desenvolvidas e as do Terceiro Mundo. (BOBBIO, 2000, p. 41).

O Estado liberal é aquele que tem poderes e funções limitados. Pode ser encontrado tanto em sociedades onde a liberdade e a igualdade são garantidas apenas aos detentores de propriedades quanto naquelas onde essas garantias estejam no âmbito dos direitos de todos os cidadãos. De modo a serem mais ou menos democráticas, conforme o espectro e amplitude de liberdade e igualdade sejam garantidos a maior ou a menor número de cidadãos.

Isso posto, pode-se frisar que um Estado liberal não é necessariamente democrático, visto existirem Estados liberais de regimes autoritários. Para Bobbio, liberalismo e democracia tratam de questões diversas. O liberalismo diz respeito às funções do governo, particularmente à limitação de seus pode-

res, enquanto a democracia trata a respeito de quem deve governar e de como deve governar (BOBBIO, 1988, p. 88).

As concepções de Estado liberal e de Estado democrático não se contrapõem nem se permutam, elas podem encontrar-se juntas ou dissociadas. Ressalta-se, porém, que, para Bobbio, à medida que avança a época contemporânea, tende a desaparecer a contraposição entre liberalismo e democracia porque, no mundo atual, não existem Estados democráticos que não sejam, ao mesmo tempo, liberais (BOBBIO, 2003, p. 236). Em suas palavras:

Ideais liberais e democráticos se entrelaçaram profundamente. O reconhecimento dos direitos de liberdade foi, no início, o pressuposto necessário para o exercício correto da participação popular, mas também é certo que, inversamente, o alargamento da participação tornou-se o principal remédio contra a subversão dos princípios do Estado liberal. Hoje sabemos que só os Estados que brotaram da revolução liberal transformaram-se em democráticos, e que só os Estados democráticos são capazes de proteger os direitos civis. Prova disso é que todos os Estados autocráticos que existem – e formam a maioria – são antiliberais e antidemocráticos. Começando pelo surgimento dos regimes fascistas no primeiro pós-guerra até chegar às ditaduras militares, a história nos ensinou que a liberdade e a democracia caminham lado a lado. Quando tombam, tombam juntas. (BOBBIO, 2003, pp. 236-237).

Assim, a concepção teórica e a prática da democracia se dinamizam no processo histórico de afirmação do poder do povo e na conquista e alargamento do significado dos direitos fundamentais. É possível admitir que processos democráticos se concretizem no plano concreto da convivência humana e se implementem a cada nova conquista, no âmbito de diferentes sociedades, adquirindo novos valores conforme o desenrolar histórico.

A mesma dinâmica histórica se dá com os valores de liberdade, para Bobbio, que enuncia a liberdade humana como produtora de história, em

virtude da autodeterminação, ao mesmo tempo que a liberdade se evidencia como meta da história, como busca do máximo grau de não-impedimento e de não-constrangimento. Desse modo, o autor deixa claro que jamais houve um estado de liberdade total, no passado, como supunham os teóricos do estado de natureza, como Rousseau, assim também não haverá um reino de liberdade total no futuro:

Não há nem uma liberdade perdida para sempre, nem uma liberdade conquistada para sempre: a história é uma trama dramática de liberdade e de opressão, de novas liberdades que se deparam com novas opressões, de velhas opressões derrubadas, de novas liberdades reencontradas, de novas opressões impostas e de velhas liberdades perdidas. Toda época se caracteriza por suas formas de opressão e por suas lutas pela liberdade [...] (BOBBIO, 2000, p. 75).

A historicidade dos direitos humanos, mesmo dos direitos fundamentais também é destacada por Bobbio em *A era dos direitos* (1989), que os situa como conquistas históricas resultantes de lutas em defesa de “novas liberdades contra velhos poderes”, e, como dinâmica histórica, alerta que os direitos fundamentais não são conquistados de uma vez para todo o sempre. Trata-se de um processo contínuo (BOBBIO, 2004, p. 25).

A liberdade religiosa é um efeito das guerras de religião; as liberdades civis, da luta dos parlamentos contra os soberanos absolutos; a liberdade política e as liberdades sociais, do nascimento, crescimento e amadurecimento do movimento dos trabalhadores assalariados, dos camponeses com pouca ou nenhuma terra, dos pobres que exigem dos poderes públicos não só o reconhecimento da liberdade pessoal e das liberdades negativas, mas também a proteção do trabalho contra o desemprego, os primeiros rudimentos de instrução contra o analfabetismo, depois a assistência para a invalidez e a velhice, todas elas carecimentos que os ricos proprietários podiam satisfazer por si mesmos (BOBBIO, 2004, p. 25).

A fundamentação de Bobbio acerca da historicidade das liberdades permite uma problematização mais ampla e real das liberdades, pois ele a fundamenta e a estrutura nas lutas e conquistas tanto individuais quanto coletivas processadas ao longo da história. Fica assim evidenciado que, ao contrário de fundamentações jusnaturalistas, que provocam um fundamento plasmado e imutável em um tempo ficto anterior a toda construção social, a abertura feita por Bobbio ao problema das liberdades mostra como estas são dinâmicas e cambiantes no correr da vivência das comunidades humanas.

Ressalte-se que Bobbio, ao mencionar as liberdades, em sua dinâmica histórica, faz uma certa distinção entre liberdades negativas, como reconhecimento de liberdade pessoal, e liberdades às quais ele denomina de sociais e políticas e se constituiriam em poderes (BOBBIO, 2004, p. 41). Entre elas estão as reivindicações ligadas ao trabalho, as de trabalhadores assalariados e de camponeses, inclusive a proteção contra o desemprego.

3. O ENTRELACE DA LIBERDADE NEGATIVA COM A LIBERDADE POSITIVA PARA A DEMOCRACIA E O PROBLEMA DA LIBERDADE NO MUNDO DO TRABALHO

Há pluralidade de significados para liberdade. No entender de Immanuel Kant, a liberdade é uma ideia produzida pela razão (KANT, 2009, p. 381). O filósofo alemão aponta a igualdade no reconhecimento da liberdade como uma exigência da mesma racionalidade. “Não basta atribuir liberdade à nossa vontade, não importa por que razão, se não temos uma razão suficiente para também conferir exatamente a mesma a todos os seres racionais” (KANT, 2009, p. 351).

É de grande importância para o processo democrático que se aponte conceito ou conceitos de liberdade e seu alcance. Para a análise da atuação do Estado de direito, os significados são igualmente úteis. Para Bobbio, o contraponto entre as demandas liberais de um Estado, que governe ou intervenha o menos possível, e as demandas democráticas, no sentido de um Estado cujo governo esteja o mais próximo possível do controle dos cidadãos, reflete dois modos de entender a liberdade: para aquelas primeiras demandas, a liberdade

negativa, e para estas últimas, a liberdade positiva (BOBBIO, 1988, p. 97).

A liberdade negativa está bastante ligada ao manejo da autolimitação dos poderes do Estado. É aquela mediante a qual o sujeito tem a possibilidade de agir sem ser impedido ou de não agir, sem ser a isso obrigado. Também costuma-se chamá-la de liberdade no sentido de ausência de impedimento ou de constrangimento. Bobbio assevera que a acepção clássica da liberdade negativa foi dada por Montesquieu na obra *O espírito das leis*: “A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem” (apud BOBBIO, 2000, p. 50). É por isso que a liberdade negativa, para Bobbio, é uma qualificação da ação não-impedida ou não-forçada.

A liberdade positiva expressa a condição do sujeito que tem a possibilidade de orientar seu próprio querer, de tomar decisões, sem ser determinado pelo querer de outrem. A liberdade positiva assume a forma de autodeterminação ou autonomia. O que se segue do conceito é que essa liberdade, como autonomia, refere-se à obediência do sujeito às leis que ele mesmo prescreveu a si, como estabelecido no conceito clássico de Rousseau. Essa concepção é depurada por Kant, para quem a liberdade exterior, ou legal, dos membros (cidadãos) de um Estado, apresenta-se como “o atributo de obedecer unicamente a lei à qual deu seu assentimento” (KANT, 2008, p. 156). É por isso que a liberdade positiva, para Bobbio, é uma qualificação da vontade (BOBBIO, 2000, p. 52).

Pode-se, ainda com apoio em valores políticos, conferir à liberdade o sentido de proteção dos direitos fundamentais, na linha dos pensadores liberais, para os quais o Estado tem o direito de limitar a liberdade de uma pessoa apenas quando necessário à proteção dos direitos fundamentais de outro indivíduo (BOBBIO, 2009b, p. 711). Aqui desponta um significado que pode ser identificado com o da liberdade negativa. Também é possível entender, ainda no sentido de valor político, a liberdade como governo fundamentado no consenso dos governados, o que conduz ao governo representativo que se orienta pela regra da maioria (BOBBIO, 2009b, p. 712). Essa liberdade fundada em consenso se identifica com a liberdade positiva.

A liberdade negativa e a positiva, para Bobbio, se distinguem, mas não se excluem. Pelo contrário, ambas devem estar presentes para a implementação de uma sociedade livre. Isso porque a liberdade negativa dos indivíduos

ou dos grupos (aqui abrangidas as liberdades civis) seria condição para a liberdade positiva do conjunto (com o sentido direto de liberdade política). Bobbio faz-se claro na seguinte passagem:

Na teoria política, as duas formas de liberdade podem ser distinguidas também com base no diferente sujeito histórico que é portador de uma e de outra. Quando tomamos em consideração a liberdade negativa, o sujeito histórico a que nos referimos é geralmente o indivíduo singular; já quando o objeto no nosso discurso é a liberdade positiva, o sujeito histórico ao qual ela é habitualmente referida é um ente coletivo. As liberdades civis, protótipo das liberdades negativas, são liberdades individuais, isto é, inerentes ao indivíduo singular: com efeito, são historicamente o produto das lutas pela defesa do indivíduo, considerado ou como pessoa moral (e, portanto, tendo um valor em si mesmo) ou como sujeito de relações econômicas, contra a intromissão dos entes coletivos como a Igreja e o Estado; filosoficamente, são uma manifestação de concepções individualistas da sociedade, ou seja, de teorias para as quais a sociedade é uma soma de indivíduos e não um todo orgânico. A liberdade como autodeterminação, ao contrário, é geralmente atribuída, no discurso político, a uma vontade coletiva, seja essa vontade a do povo, da comunidade, da nação, do grupo étnico ou da pátria: isso significa que, para a teoria política, o problema historicamente relevante não é tanto o da autodeterminação do indivíduo singular (que é problema teológico, filosófico ou moral), mas antes o da autodeterminação do corpo social do qual o indivíduo faz parte. (BOBBIO, 2000, p. 57).

Bobbio, ao tratar da interconexão entre a liberdade negativa e a liberdade positiva, traz à tona, mais uma vez, a perene questão da relação entre liberalismo e democracia. Ele deixa claro que ambas as formas de liberdade devem estar presentes para que se caracterize um Estado democrático, em virtude até da demonstração contrária de ditaduras modernas, as quais se encar-

regaram de eliminar, em seus regimes, tanto as liberdades negativas quanto as liberdades positivas. De modo que as lutas contra regimes ditatoriais ou despóticos, desde a modernidade até o presente, envolvem a reconquista das liberdades civis, tanto quanto a busca por novas e ampliadas formas de participação popular no poder.

Bobbio afirma que, na história do Estado moderno, as duas liberdades têm ligação estreita, a ponto de uma servir de garantia e pressuposto para a outra, chegando a exemplificar:

Na história do Estado moderno, as duas liberdades são estreitamente ligadas e interconectadas, tanto que, quando uma desaparece, também desaparece a outra. Mais precisamente: sem liberdades civis, como a liberdade de imprensa e de opinião, como a liberdade de associação e de reunião, a participação popular no poder político é um engano; mas, sem participação popular no poder, as liberdades civis têm bem pouca probabilidade de durar. Enquanto as liberdades civis são uma condição necessária para o exercício da liberdade política, a liberdade política – ou seja, o controle popular do poder político – é uma condição necessária para, primeiro, obter e, depois, conservar as liberdades civis. Trata-se, como qualquer um pode ver, do velho problema da relação entre liberalismo e democracia. (BOBBIO, 2000, p. 65).

De acordo com Bobbio, na história do pensamento político, os lineamentos de sociedades livres ideais foram feitos, mesmo que não de forma proposital, seguindo-se dois caminhos: ou como reinos da liberdade negativa ou como reinos da liberdade positiva. Ou uma ou outra liberdade, em tais sociedades livres ideais, estariam plenamente realizadas.

Conforme Kant, a sociedade livre é aquela na qual cada um, seja indivíduo, seja Estado, tem a garantia da liberdade externa, de modo que goza da liberdade de fazer tudo aquilo que é compatível com a liberdade de todos os outros (KANT, 2008, p. 76). Bobbio explica que aqui se tem o máximo possível de liberdade negativa. Seguem situando a liberdade negativa, como realizado-

ra de sociedades livres ideais, os teóricos da tradição liberal, como John Stuart Mill, para quem o Estado deve intervir com leis punitivas de forma mínima e apenas para impedir que um indivíduo cause danos a outros, e como Herbert Spencer, para quem as liberdades dos indivíduos em face do Estado devem ampliar-se até o quase completo desaparecimento deste (BOBBIO, 2000, p. 71).

Por outro lado, a tradição do pensamento político, denominada por Bobbio como libertária, que tem seu início com Rousseau, passando pelo pensamento anarquista de Proudhon e pelo marxismo utópico, ao prever um salto do reino da necessidade ao reino da liberdade, também mira em uma extinção final do Estado. As concepções dessa tradição têm em comum a maior valorização da liberdade positiva em detrimento da liberdade negativa (BOBBIO, 2000, p. 71).

Para Rousseau, a sociedade ideal é aquela do contrato social, na qual o indivíduo goza da liberdade que ele mesmo se atribuiu através da formação de uma vontade geral. Para a tradição anarquista, a sociedade ideal é aquela do autogoverno em todos os níveis. Na tradição do pensamento marxista utópico, o Estado desaparece em razão do desaparecimento do antagonismo de classes, através de uma livre e igual associação de produtores (BOBBIO, 2000, p. 72).

Na tradição liberal, a liberdade se manifesta de forma individualista, e tanto maior é sua realização quanto menor o poder coletivo personificado no Estado. Na tradição libertária, a liberdade é comunitária e se realiza através da máxima distribuição do poder social.

O pensamento liberal busca resolver o problema da liberdade através de um Estado garantista e representativo, de modo que as soluções trazidas são de caráter constitucional. Justamente por isso, assim o entende Bobbio, o maior produto do pensamento e das lutas liberais são as constituições (BOBBIO, 2000, p. 85).

Não se pode perder de vista que o individualismo característico do liberalismo propicia, no Estado de direito, uma contraposição entre o Estado e o indivíduo. Por isso, José Joaquim Gomes Canotilho frisa que as constituições liberais podem ser consideradas como “códigos individualistas” que exaltam os direitos fundamentais do homem (CANOTILHO, 2003, p. 110).

Canotilho destaca que constituições de orientação liberal, quando

consagram direitos fundamentais, colocando-os fora do alcance de quaisquer ataques do poder, contra o qual podem ser exercidos, não perdem a nuance de individualismo que coloca o indivíduo como proprietário de si mesmo. Assim, perpetuam-se as relações de troca baseadas na propriedade dos indivíduos sobre si mesmos e seus bens, características do liberalismo econômico (CANOTILHO, 2003, p. 111).

As relações de trocas propiciadas por tal individualismo espriam-se por toda a realidade social, inclusive no que concerne ao trabalho humano. Este acaba subjugado às leis do mercado e alijado de sua dimensão de emancipação ou liberdade. O trabalho acaba reduzido à mercadoria e o trabalhador, que dispõe dele, negocia, em prol de sua sobrevivência, o único “bem” que possui: sua força de trabalho. E é formalmente considerado livre nessa negociação. Porém, livre não é de fato, na base material da relação que entabula. Mais uma vez, aflora a questão da liberdade e da (des)igualdade, exposta por Bobbio, em sua citação de De Sanctis:

Onde existe desigualdade, a liberdade pode estar escrita nas leis, no estatuto, mas não é coisa real: não é livre o camponês que depende do proprietário, não é livre o empregado que permanece submetido ao patrão, não é livre o homem da gleba sujeito ao trabalho incessante dos campos. (BOBBIO, 1988, p. 75).

Necessário é dizer que somente a partir do final do século XIX, com o despontar da democracia ocidental, o Direito teve arrefecida sua função de dominação e passou a mostrar-se mais civilizatório e a possibilitar o desenvolvimento de ramos jurídicos de interesses de “setores econômicos e sociais subordinados, tais como os trabalhadores, os camponeses, os consumidores, os doentes e idosos etc.” (DELGADO, 2013, p. 69).

É nesse caminhar histórico que, nas últimas décadas do século XIX e nas primeiras décadas do século XX, desenvolvem-se os ramos do Direito do Trabalho e do Direito da Seguridade Social, e, mais à frente, a partir do fim da Segunda Guerra Mundial e décadas seguintes, o paradigma constitucional do Estado democrático de direito, baseado na pessoa humana e sua dignidade, a

qual foi alçada, como preponderante na sociedade civil, na sociedade política e na ordem econômica (DELGADO, 2013, p. 71). Assim, os Estados democráticos de direito, na contemporaneidade, não mais estão juridicamente autorizados a uma atitude de não-intervenção, de acanhamento ou de omissão no que tange ao trabalho e ao trabalhador.

Bobbio destaca que, na sociedade contemporânea, tem ocorrido a emergência de demandas de liberdade bastante novas, e, ao abordar o trabalho, situa-o no âmbito da liberdade negativa (BOBBIO, 2000, p. 92), traçando características históricas que o haviam situado muito mais como uma liberdade qualificada pela não-intervenção.

Foi sempre considerado um privilégio e não um direito. O trabalho foi sempre justificado como uma necessidade inelutável ou até mesmo exaltado como um dever. Somente hoje, com o progresso da automação começa a se por o problema do direito não mais apenas ao trabalho reduzido ao mínimo indispensável, mas - no limite - do direito à eliminação do trabalho cansativo, desagradável, alienante. A nova imagem da sociedade livre que hoje se esboça nas mentes dos utopistas sociais não é mais a da sociedade sem escravidão política, mas a da sociedade sem a escravidão do trabalho. (BOBBIO, 2000, p. 93).

Realmente, o trabalho tem e demanda os atributos de liberdade negativa, entendida como limitação dos poderes do Estado em face das atividades dos cidadãos trabalhadores, de modo a garantir-lhes a ação sem impedimento e, até mesmo, a inação sem coação estatal. É liberdade bastante ligada ao desenvolvimento econômico conforme os preceitos liberais, pois tem garantido a atividade produtiva, através do trabalho humano, sem impedimento ou constrangimento.

Contudo, para a perspectiva democrática, para a realização de uma igualdade material, com superação da democracia estritamente formal e política, para a instauração de uma democracia que seja substancial e econômica, na qual estejam abarcados não somente os proprietários, mas todos os pro-

dutores e trabalhadores, é preciso que os direitos econômicos e sociais, sejam destinatários de tutela conjugada com os direitos fundamentais de liberdade (LAFER, 2013, p. 207). É desse modo que as demandas democráticas de liberdade e igualdade para o trabalho humano, qualificado também como direito ou liberdade social, demonstram o atributo de liberdade positiva ao labor.

Importa destacar que aqui não se adota postura de exaltação do trabalho como ato moral merecedor de honra, mas também não se abraça postura crítica do trabalho como atividade de alienação ou como sacrifício incontornável para a obtenção de meios de subsistência. O trabalho deve ser abordado aqui sob o enfoque de seu valor de liberdade e realização individual e comunitária, na esteira do entendimento de Leonardo Wandelli:

O trabalho humano é visto enquanto atividade intencional de transformação do real no curso da qual se dá a descoberta e o desenvolvimento as potencialidades humanas; intercâmbio orgânico com a natureza, pela qual o homem, produzindo valores de uso e interagindo com o mundo material, também transforma-se e revela-se a si mesmo, como sujeito, e à totalidade social, intersubjetivamente. Assim, o trabalho é o primeiro elemento que conforma a capacidade do ser humano para autorrealizar-se individual e comunitariamente. (WANDELLI, 2012, pp. 60-61).

Constituindo-se, assim, também em valor de liberdade, em relação sujeita a problemas de igualdade e desigualdade, e apresentando dinâmica de realização individual tanto quanto coletiva, o trabalho humano goza de posição determinante na democracia. “O mecanismo principal de democratização do poder na esfera da sociedade civil é, sem dúvida, o Direito do Trabalho, com suas regras, garantias, travas e princípios atenuadores e democratizadores do poder empresarial” (DELGADO, 2013, p. 83). Desse modo, pode-se dizer que o trabalho apresenta, em adição, faceta e demandas de liberdade positiva, pois contextualiza-se também como reivindicação de autodeterminação, igualdade e participação política de todo um grupo social, os trabalhadores.

Bobbio evidencia, entretanto, que as soluções trazidas pelo Estado

liberal e suas constituições se mostram insuficientes na contemporaneidade, principalmente no que tange à liberdade para o trabalho frente à organização da produção, apontando que as demandas de liberdade no trabalho devem também ser enfrentadas no âmbito da sociedade civil.

Ao contrário, o problema da liberdade se põe hoje num nível mais profundo, que é o nível dos poderes da sociedade civil. Não importa que o indivíduo seja livre em face do Estado se, depois, não é livre na sociedade. Não importa que o Estado seja liberal se a sociedade subjacente é despótica. Não importa que o indivíduo seja politicamente livre se não é socialmente livre. Abaixo da iliberdade como sujeição ao poder do príncipe, há a iliberdade como submissão ao aparato produtivo. E, então, para se chegar ao coração do problema da liberdade, é preciso dar um passo atrás: do Estado para a sociedade civil. O problema da liberdade se refere não mais apenas à organização do Estado, mas sobretudo à organização da produção e da sociedade como um todo; envolve não o cidadão, isto é, o homem público, mas o homem enquanto ser social, enquanto homem [...]. (BOBBIO, 2000, p. 86).

Para o Brasil contemporâneo, mostram-se acertados os alertas de Bobbio, quanto à necessidade de desenvolvimento social para garantia efetiva e vivência das liberdades no plano material e quanto à necessidade de ampliação do foco de análise das liberdades, em geral, e do trabalho, em especial, sob a ótica de uma visão mais abrangente, para além da norma jurídica, que problematize também a sociedade e a organização da produção.

Bobbio situa o desenvolvimento da sociedade como possibilidade de liberdade e para a consecução de um direito ao trabalho, uma vez que a construção exclusivamente jurídica não garante a realização da liberdade e do direito ao trabalho no plano material.

O direito ao trabalho nasceu com a Revolução Industrial e é estreitamente ligado à sua consecução. Quanto a esse direito, não basta formulá-lo ou proclamá-lo. Nem tampouco basta

protegê-lo. O problema de sua realização não é nem filosófico nem moral. Mas tampouco é um problema jurídico. É um problema cuja solução depende de um certo desenvolvimento da sociedade e, como tal, desafia até mesmo a Constituição mais evoluída e põe em crise até mesmo o mais perfeito mecanismo de garantia jurídica. (BOBBIO, 2004, pp. 63-64).

A Constituição de 1988 concebe, em seu artigo 1º, a República Federativa do Brasil como um Estado democrático de direito, definindo seus fundamentos, dentre os quais destacam-se, aqui, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho (artigo 1º, II, III e IV). Os objetivos fundamentais do Estado brasileiro vêm previstos no artigo 3º, entre os quais citam-se: construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, enfim, promover o bem de todos.

Tais compromissos atribuem aos princípios da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho a força de normas-matrizes constitucionais, capazes de vincular toda a ordem normativa, tanto ordinária, quanto constitucional. Importa destacar que tais normas-matrizes, mesmo quando confrontadas pelos dados da realidade social e suas tendências, não perdem sua validade jurídica, devendo prevalecer, especialmente, quando trazem em si propostas para mudança da realidade social (SOARES, 2018, p. 152).

É de notar-se, também, que o trabalho é direito fundamental social reconhecido no artigo 6º da Constituição de 1988, além de manifestar-se constitucionalmente como fundante da ordem econômica, e componente dos seus princípios norteadores da função social da propriedade e da busca do pleno emprego, conforme previstos no artigo 170, caput, III e VIII, da Constituição Federal. Assim, apesar da Constituição Federal, lastreada no fundamento da livre iniciativa, apresentar-se como liberal e de abarcar em sua normatividade o sistema capitalista, faz opção pelos direitos sociais, intervindo na ordem econômica, com o fim de amainar o Estado liberal (COSTA, 2014, p. 217).

O trabalho humano merece consideração como fator que possibilita a inclusão social, a superação da pobreza e o desenvolvimento social e econô-

mico (TRANIN, 2015, p. 120). Contudo, os desafios postos pelo atual grau de desenvolvimento da sociedade brasileira à proteção do trabalhador e à proteção do trabalho e, mais além, à garantia de um direito ao trabalho mostram-se evidentes, seja nos constantes índices elevados de desemprego, seja na constatação da existência de formas de exploração do trabalho com desrespeito aos patamares mais elementares de liberdade.

No caso brasileiro, como visto nos dispositivos constantes na Carta Magna, não se trata de falta de previsão constitucional; assim, mostra-se o acerto de Bobbio ao recomendar, para o enfrentamento dos desafios na realização e ampliação de ideais de liberdade, que se voltem os olhos e os esforços para o âmbito da sociedade civil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os desafios para a concretização de sociedades democráticas vêm se mostrando muito grandes; porém, há que se tomar certa distância das palavras de Rousseau quando desacreditam das possibilidades de realização de democracias totalmente igualitárias, no sentido de democracia integral e ideal. Apresentam-se desafios que são humanos, erguidos pela conduta humana, os quais são aplainados somente à medida que as pessoas agem para ampliar o espectro de liberdade, de que todos devem gozar igualmente, e para materializar entre si relações de igualdade em direitos, que sejam verdadeiras e alcancem cada vez maior número dos membros da comunidade. A democracia é a forma de governo que mais convém aos humanos e a mais lapidada pela sua interdependência e pelas suas necessidades, ao longo da história, sempre adquirindo novos sentidos de liberdade e igualdade.

Os obstáculos à consecução de uma sociedade democrática, como os desafios teóricos ao fundamento dos direitos de liberdade e de igualdade, tanto quanto os obstáculos à sua concretização na ordem social fática, de práticas de liberdade e relações de igualdade, são tratados por Rousseau e por Bobbio. Para Rousseau, a democracia era de difícil, ou quase impossível, consecução, em razão do dado ao homem pela natureza e do perdido pelo pacto social. Segundo Bobbio, a democracia, é de difícil consecução; é processo histórico que

se desenvolve em árduas lutas e contínua vigilância e aprimoramento, descortinando-se possibilidades a cada nova conjuntura.

Democracia real já nasce limitada e apesar de suas limitações, ainda se constitui na possibilidade mais exequível para o gozo igual de liberdade pelos indivíduos. São perenes as questões quanto ao alcance das relações entre liberdade e igualdade e quanto à vivência em comunidade, principalmente em um Estado democrático de direito. Contudo, os fundamentos jusnaturalistas já não se mostram satisfatórios à problematização do alcance, superação e alargamento das concepções de liberdade e igualdade, porque os desafios para as liberdades já transpuseram o âmbito da normatização e positivação, passando a encontrar-se nos obstáculos à efetivação dos direitos na realidade material, na sociedade.

A liberdade negativa é caracterizada pelo máximo de amplitude da esfera de atuação do indivíduo sem intervenção alheia e pela mínima atuação do Estado nos negócios do cidadão. Leva-se em conta, também, que a liberdade positiva é caracterizada por demandas de participação do cidadão nas decisões políticas, além de assumir a forma de autodeterminação do sujeito e da coletividade, o que exige incremento na igualdade material. Devem estar presentes ambas as demandas de liberdade para possibilitar a vivência democrática.

O trabalho humano constitui valor de liberdade. Inserido num contexto de Estado democrático de direito, ele pode ser visto como demanda de liberdade negativa e de liberdade positiva. Na liberdade negativa, a permitir atuação livre e desembaraçada do cidadão trabalhador na utilização de sua força de trabalho, conforme as suas potencialidades e talentos para a sua sobrevivência, sem intromissões “indevidas” do Estado ou de outro indivíduo. Também é possível identificar no trabalho humano demandas de liberdade positiva, pois o trabalho humano encontra-se na base da atividade econômica e social e, através dele, o indivíduo e toda a comunidade ou grupo social, atuam no mundo exterior, modificando-o, e confirmam a capacidade de autorrealização individual e comunitária.

Em reforço da defesa da ideia de que o trabalho humano se apresenta, também, com característica de liberdade positiva, diga-se que ele é um direito social e, como tal, propicia oportunidade de atuação do Estado, superando

a posição omissa, na tentativa de construção de relações materialmente mais igualitárias, que são necessárias à democracia, a qual, precipuamente, constitui-se de demandas de liberdade positiva. Assim, o trabalho humano está interligado à democracia, cujas demandas tendem a incorporar o trabalhador em todo o processo de decisão sobre os rumos da sociedade na qual está inserido, também sob a forma de regulação jurídica e social do labor nos planos individuais e coletivos. Com isso se respeita a exigência de racionalidade segundo a qual é livre aquele que obedece às regras nas quais assentiu.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.

BOBBIO, Norberto . **Liberalismo e democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1988.

BOBBIO, Norberto . **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste Leite Cordeiro dos Santos. Brasília: Editora UnB, 1999.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (orgs.). **Dicionário de política**. Vol. 1. Coord. Trad. João Ferreira. Rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais. Brasília: Editora UnB, 2009a.

BOBBIO, Norberto ; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (orgs.). **Dicionário de política**. Vol. 2. Coord. Trad. João Ferreira. Rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais. Brasília: Editora UnB, 2009b.

BOBBIO, Norberto . **Norberto Bobbio: o filósofo e a política: antologia**. Org. José Fernandes Santillán. Trad. Cesar Benjamin. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2018.

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

COSTA, Ilton Garcia; MIGUEL, José Antonio. Política deliberativa e democracia participativa na negociação coletiva de trabalho: Uma análise para a valorização do trabalho humano. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 09, n. 02, pp. 203-222, mai./ago. 2014. Disponível em:<www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/download/17344/14913>. Acesso em: 14/08/2018.

COSTA, Ilton Garcia da. **Constituição e educação: autonomia universitária e a presença do Estado nas instituições de ensino superior particulares**. Tese Doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). São Paulo, 2010.

COSTA, Ilton Garcia; GONÇALVES, Aline M. Da Sociedade Antiga à Sociedade Política e a Funcionalidade do Direito. **NOMOS (FORTALEZA)**. , v.36, p.205 - 224, 2016

DELGADO, Maurício Godinho. Funções do direito do trabalho no capitalismo e na democracia. In: COLNAGO, Lorena de Mello Rezende; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli (orgs.). **Direitos humanos e o direito do trabalho**. São Paulo: Ltr, pp. 67-87, 2013.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Trad. Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2008.

KANT, Immanuel . **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso / Barcarolla, 2009.

LAFER, Celso. **Norberto Bobbio: trajetória e obra**. São Paulo: Perspectiva, 2013.

LASKI, Harold. **O Liberalismo europeu**. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Mestre Jou, 1973.

REZENDE, Rita de Cassia; COSTA, Ilton Garcia da. Do combate ao trabalho em condição análoga à de escravo sob a perspectiva da inclusão social e da proibição do retrocesso. **Revista do Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho.** , v.4, p.97 - 116, 2019.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social.** Trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo.** São Paulo: Malheiros, 2018.

SOARES, Roberto Carlos; OLIVEIRA, Maria de Fátima Rodrigues de. Position a positivação dos direitos das pessoas com deficiência na perspectiva constitucional e normativa no contexto da obrigatoriedade de reserva de vagas de trabalho na iniciativa privada e a alternativa de incentivos para contratação. **Revista Em Tempo**, v. 17, n. 01, pp. 145 - 170, nov. 2018. ISSN 1984-7858. Disponível em: <<https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/2675>>. Acesso em: 12 apr. 2019.

TRANIN, Alexandre Alberto; COSTA, Ilton Garcia; PINTO, Tais Caroline. A política pública de economia solidária como instrumento para contribuir com a inclusão social por meio do direito fundamental ao trabalho. In COSTA, Ilton Garcia; SANTIN, Valter Foletto (orgs.). **Organizações sociais: Efetivações e inclusão social.** São Paulo: Verbatim, p. 113-134, 2015.

WANDELLI, Leonardo Vieira. **O direito humano e fundamental ao trabalho: fundamentação e exigibilidade.** São Paulo: LTr, 2012.

APORTES BOBBIANOS À ANÁLISE DA RELAÇÃO LIBERALISMO/ DEMOCRACIA

THE BOBBIO CONTRIBUTIONS TO THE RELATION BETWEEN LIBERALISM AND DEMOCRACY

Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori^{1}
Sergio Cademartori^{2**}*

RESUMO

Este ensaio aborda a relação entre liberalismo e democracia, tentando colocar em evidência os pontos de inflexão e de tensão entre os dois conceitos. Outrossim, busca apresentar de forma sucinta os avatares históricos da ideologia liberal e da democracia como forma de governo estruturada sobre um conjunto de regras formais, e suas concreções nos diversos momentos pelos quais passam os Estados na modernidade e contemporaneidade. Além de rememorar as lições dos clássicos que se debruçaram sobre os temas, busca-se privilegiar no ensaio o pensamento de Norberto Bobbio, eis que este pensador pode ser considerado o grande teórico contemporâneo que deu conta da aludida relação.

PALAVRAS-CHAVE

Liberalismo; democracia; Estado Liberal; Norberto Bobbio

¹ Doutora em Direito pela UFSC. Professora permanente da Graduação e do Programa de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) da Unilasalle Canoas/RS.
E-mail: daniela.cademartori@unilasalle.edu.br

² Doutor em Direito pela UFSC. Professor permanente da Graduação e dos Programas de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) da Unilasalle Canoas e da UniFG.
E-mail: sucademartori@gmail.com.

ABSTRACT

This essay addresses the relationship between liberalism and democracy, trying to bring out the points of inflection and tension between the two concepts. It also seeks to briefly present the historical avatars of liberalism as an ideology and democracy as a government form structured on a group of formal rules and their concreteness in the various moments through which the states pass in modernity and contemporaneity. In addition to recalling the lessons of the classics that focused on the themes, we try to privilege in the essay the thinking of Norberto Bobbio, behold this thinker can be considered the great contemporary theoretician who gave account of the aforementioned relation.

KEYWORDS

Liberalism; democracy; Liberal State; Norberto Bobbio.

A essência da liberdade residiu sempre na possibilidade de escolher o que se deseja escolher, porque assim se deseja, sem coerção, sem pressões, sem ver-se engolido por um vasto sistema; e no direito a opor-se, a ser impopular, a defender as convicções próprias simplesmente porque são as tuas convicções. Essa é a verdadeira liberdade e sem ela não existe liberdade de nenhum tipo, nem sequer a ilusão dela. (Isaiah Berlin)

INTRODUÇÃO

As palavras desta epígrafe justificam a permanente retomada da temática da liberdade, tarefa mais do que nunca necessária no presente quadrante, em que as nuvens negras do autoritarismo se levantam contra ela. Em consonância com esse imperativo urgente, este artigo pretende esclarecer alguns pontos relacionados à conexão entre liberalismo, liberdade e democracia no pensamento de Norberto Bobbio, o maior teórico do direito e filósofo da política da Itália da segunda metade do século XX. Advirta-se que aqui se pretende abordar de forma apenas pontual determinados aspectos de tal relação.

Bobbio, enfático defensor da tolerância, enfrenta os temas postos à sua reflexão assumindo uma multiplicidade de pontos de vista. Assim, para abordar o tema da liberdade e do liberalismo, parte da ideia de um Estado liberal e não propriamente de uma era liberal, o que permite ao leitor vislumbrá-lo em oposição aos totalitarismos do século XX.

O presente ensaio foi estruturado a partir da constatação de que a pretensão de pensar a intrincada relação entre a teoria liberal e a democrática em uma ordem pluralista, só poderá desenvolver-se a partir da sua articulação com a teoria da complexidade e da transdisciplinaridade. Assim, a partir de uma pesquisa teórico-dedutiva, o presente trabalho propõe uma reflexão que assume como ponto de partida um campo problemático: as dificuldades envolvidas nas tentativas de uma conceituação generalizante do liberalismo, o que acarreta, como corolário inescapável, a elaboração dos dois conceitos de liberdade. Na sequência, serve-se de uma perspectiva histórica e racional com vistas a alcançar o esclarecimento da inseparável aliança entre liberalismo e

democracia. Para tanto, parte-se dos aportes teóricos de Bobbio, contrapondo-os a autores tais como Perry Anderson, José Guilherme Merquior, Nicola Matteucci e Alain Touraine.

1. DIFICULDADES NA FORMULAÇÃO DE UM CONCEITO GENÉRICO DE LIBERALISMO

Para Nicola Matteucci a inexistência de uma definição comum de liberalismo decorre de uma tríplice ordem de motivos. Primeiro, o vínculo histórico entre liberalismo e democracia, que cria dificuldades para o estabelecimento de um consenso em torno dos elementos liberais existentes nas atuais democracias liberais. A distinção é necessária, já que o “liberalismo” é o critério capaz de estabelecer a distinção entre democracias liberais e não-liberais (sejam estas últimas totalitárias, populistas ou plebiscitárias). Já o segundo motivo salienta os diferentes tempos históricos em que o “liberalismo” se estabeleceu. Esta situação impossibilita a individualização sincrônica de um momento liberal unificador.³ Finalmente, existe aquele que decorre dos problemas políticos específicos enfrentados no estabelecimento do liberalismo em cada país, o que faz com que sua fisionomia apresente, em cada um deles, aspectos distintos. (MATTEUCCI, 1983, p. 687).

Já para Norberto Bobbio, a história do liberalismo - distintamente da do socialismo, que se identifica com a obra de um único pensador - passa através de autores diversos⁴: Locke, Montesquieu, Kant, Adam Smith, Humboldt, John Stuart Mill, Tocqueville etc. Dentro deste movimento de ideias, os aspectos fundamentais são o liberalismo econômico e político. Em consequência, “[n]a aceção mais comum dos dois termos, por Liberalismo entende-se uma

³“Com efeito, enquanto a Inglaterra se manifesta abertamente com a Revolução Gloriosa de 1688-1689, na maior parte dos países da Europa continental é um fenômeno do século XIX, tanto que podemos identificar a revolução russa de 1905 como a última revolução liberal.” (MATTEUCCI, 1983, p. 687).

⁴“Porém, diferentemente do socialismo, que há mais de um século se vem identificando na maior parte da sua história com a obra de um único pensador - pois a contraposição não é tanto entre liberalismo e socialismo quanto entre liberalismo e marxismo - o liberalismo é um movimento de ideias [...].” (BOBBIO, 1986, p. 114).

determinada concepção de Estado, na qual o Estado tem poderes e funções limitadas, e como tal se contrapõe tanto ao Estado absoluto quanto ao Estado que hoje chamamos de social [...]” (1988, p. 7).

Sendo assim, o liberalismo é, como teoria econômica, fundamento da economia de mercado; como teoria política, do Estado que governa o menos possível ou, como se diz hoje, do Estado mínimo (isto é, com presença reduzida ao mínimo necessário). (BOBBIO, 1986, p. 114). Apesar das duas teorias possuírem relações evidentes - um dos modos de reduzir o Estado aos termos mínimos é através da subtração do domínio econômico da esfera de atuação das forças políticas - elas são independentes uma da outra. A teoria dos limites do poder do Estado refere-se também à esfera ético-religiosa: um Estado liberal é igualmente um Estado laico, não se identificando com determinada confissão religiosa, podendo ser intervencionista em matéria econômica. Embora seja difícil imaginar um Estado liberal que não seja ao mesmo tempo fator da livre iniciativa econômica é inconcebível um Estado que seja liberal sem ser laico, é perfeitamente concebível um Estado laico não liberal e não liberista⁵, como é certamente um Estado com governo social-democrático. (BOBBIO, 1986, p. 114-115).

A concepção liberal do Estado leva à fixação da linha de demarcação entre o Estado e o não-Estado, entendendo-se este último como a sociedade religiosa em geral e a vida intelectual e moral dos indivíduos e grupos, além da sociedade civil ou as relações econômicas no sentido marxiano da palavra. Ela é uma concepção negativa, em que o Estado é reduzido a puro instrumento de realização dos fins individuais e conduz a uma concepção positiva do não-Estado. Assim é que o duplo processo de formação do Estado liberal leva a duas emancipações: por um lado, o poder político liberou-se do poder religioso; por outro, o poder econômico emancipou-se do poder político (Estado de livre mercado):

⁵ De acordo com Marco Aurélio Nogueira, tradutor de **Liberalismo e democracia**, “[...] em italiano fala-se em ‘liberismo’ para designar sobretudo o universo do liberalismo econômico, do livre-cambismo, ficando o termo ‘liberalismo’ reservado para o universo do liberalismo político.” (BOBBIO, 1988, p. 39).

O Estado liberal é o Estado que permitiu a perda do monopólio do poder ideológico, através da concessão dos direitos civis, entre os quais sobretudo do direito à liberdade religiosa e de opinião política, e a perda do monopólio do poder econômico, através da concessão da liberdade econômica; terminou por conservar unicamente o monopólio da força legítima, cujo exercício porém está limitado pelo reconhecimento dos direitos do homem e pelos vários vínculos jurídicos que dão origem à figura histórica do Estado de direito. (BOBBIO, 1986, p. 115).

O monopólio da força legítima (regulada pelas leis) determina o surgimento do Estado racional-legal (Weber) que deve garantir a livre circulação das ideias. Isso propicia o fim do Estado confessional e da ingerência do Estado na economia.

A definição do liberalismo a partir do Estado liberal feita por Bobbio é, segundo Matteucci, parte de sua contribuição ao tema. A proposta demonstrou uma capacidade surpreendente de sobrevivência diante do totalitarismo. Mais do que uma ideologia política, o liberalismo é “uma ideia encarnada em instituições políticas e em estruturas sociais.” (MATTEUCCI, 1983, p. 690-1).

Uma definição genérica do liberalismo que o considere como um complexo de ideias que diz respeito à condução e à regulamentação da vida prática, e em particular da vida associada, em nada difere dos princípios socialistas, diz Merquior. Todavia, dentro deste universo de ideias, o princípio inspirador é o postulado ético da liberdade individual (liberalismo ético) em que o indivíduo, e conseqüentemente a liberdade individual em seu duplo sentido (de liberdade negativa e positiva), ocupam o primeiro posto na escala de valores. Em um universo de bens e recursos limitados como é aquele em que o homem está destinado a viver, este postulado tem como consequência prática as liberdades econômica e política, traduzidas em regras e instituições. Está-se frente a um fenômeno histórico que moldou grande parte de nosso mundo moderno, e que reflete a diversidade da história moderna, desde a mais antiga até a mais recente. (1991, p. 15).

1.1 Os dois conceitos de liberdade

Os diversos autores concordam em que, para que se alcance uma definição satisfatória de liberalismo, a identificação do valor supremo dos liberais, qual seja, a liberdade, parece ser mais frutífera que o estudo dos movimentos e partidos do século XIX. “De uma definição histórico-empírica passamos assim para uma definição essencialmente teórica, do adjetivo para o substantivo.” (MATTEUCCI, 1983, p. 691).

O termo “liberdade” pode ser entendido de duas formas distintas: como faculdade de realizar ou não certas ações sem ser impedido por outrem (inclusive o poder estatal) e como poder de obedecer apenas às normas impostas pela própria pessoa.⁶ Quem visa a aumentar cada vez mais a esfera das ações não impedidas é liberal, ao passo que, quem persegue ações que tendem a aumentar o número de condutas auto-regulamentadas, é democrata: “Por consiguiente, Estado liberal es aquél en el que la ingerencia del poder público está restringida al mínimo posible; ‘Estado democrático’, aquél en el que más numerosos son los órganos de autogobierno.” (BOBBIO, 1985, p. 197). Ora, os mecanismos constitucionais do Estado de direito objetivam a defesa dos indivíduos contra os abusos do poder, o que em suma constitui a defesa da liberdade negativa, “entendida como esfera de ação em que o indivíduo não está obrigado por quem detém o poder coativo a fazer aquilo que deseja ou não está impedido de fazer aquilo que deseja.” Nesta acepção a liberdade opõe-se ao poder, sendo com ele incompatível: à medida que aumenta o poder, diminui a liberdade.

No pensamento liberal, teoria do controle do poder e teoria da limitação das tarefas do Estado procedem no mesmo passo:

⁶ Em 1958, em uma clássica conferência em Oxford, **Dois conceitos de liberdade**, Isaiah Berlin opôs à liberdade negativa à liberdade positiva. A primeira significava estar livre de coerção, sendo sempre contra a possível interferência de outrem. Já a liberdade positiva seria mais um desejo de governar-se, um anseio de autonomia. Diferente da liberdade negativa, que é a liberdade *de*, a liberdade positiva é a liberdade *para*. Exemplos da primeira encontram-se na autonomia de expressar crenças, opondo-se à censura; e, na livre procura de objetivos individuais, em oposição aos padrões impostos. Exemplos da segunda estão na aspiração a decidir com autonomia ao invés de ser objeto de alguma decisão. Enquanto a liberdade negativa independe de interferência externa, a liberdade positiva está relacionada à incorporação do controle. (BERLIN, 1998, p. 215-280 e 2004).

pode-se até mesmo dizer que a segunda é a **conditio sine qua non** da primeira, no sentido de que o controle dos abusos do poder é tanto mais fácil quanto mais restrito é o âmbito em que o Estado pode estender a própria intervenção, ou mais breve e simplesmente no sentido de que, o Estado mínimo é mais controlável do que o Estado máximo. (BOBBIO, 1988, p. 20).

Por outro lado, é fato incontestável que a história do Estado liberal coincide com o fim dos Estados confessionais e dos privilégios feudais, na medida em que propõe o Estado neutro ou agnóstico, bem como a livre disposição dos bens e da liberdade de troca, assinalando assim o surgimento da sociedade mercantil burguesa. “Sob esse aspecto, a concepção liberal do Estado contrapõe-se às várias formas de paternalismo, segundo as quais o Estado deve tomar conta de seus súditos tal como o pai de seus filhos, posto que os súditos são considerados como perenemente menores de idade.” (BOBBIO, 1988, p. 22).

A diferença entre as teorias liberal e democrática reside em que a primeira tende a restringir o poder coletivo e a dilatar a esfera da autodeterminação individual, enquanto a segunda dilata a esfera da autodeterminação coletiva, restringido a regulação heterônoma. (BOBBIO, 1985, p. 198-9). Cada teoria responde a uma pergunta diferente. A primeira sobre o significado da liberdade para o indivíduo independente, e a segunda sobre o significado de liberdade para o indivíduo enquanto parte de um todo. “Con otras palabras, la respuesta a la primera pregunta lleva a acentuar el momento del ‘permiso’, la contestación a la segunda, el momento de la ‘auto-obligación’.” (BOBBIO, 1985, p. 199).

Os dois usos do termo “liberdade” podem ser reduzidos a um significado comum de autodeterminação quando a esfera do permitido é, em definitivo, aquela em que cada um atua sem constrição exterior. Historicamente, os Estados modernos movimentaram-se gradualmente em direção à integração destas duas tendências: sempre que possível privilegiava-se a liberdade como não impedimento ou autodeterminação individual. Em caso contrário tornava-se necessário introduzir a liberdade como autonomia ou como autodeterminação coletiva. De acordo com Bobbio, “lo que un hombre está en condiciones

de decidir por sí sólo, déjese a la libre determinación de su querer; allí donde sea necesaria una decisión colectiva, que tome parte en ella, de modo que sea también una libre determinación de su querer o valga como tal.” (BOBBIO, 1985, p. 198-9).

A constante tensão dessa relação entre liberalismo e democracia, do ponto de vista da teoria política geral, reflete o contraste entre estes dois modos de entender a liberdade, em relação aos quais, de acordo com as condições históricas e sobretudo com o posto que cada um ocupa na sociedade, são dados juízos de valor opostos: os que estão no alto preferem a liberdade negativa, enquanto que os que estão embaixo, a positiva. (BOBBIO, 1988, p. 97).

Retomando a lição dos clássicos, Bobbio recorda que as duas mais famosas definições de liberdade do século XVIII, a de Montesquieu e a de Rousseau, correspondem, respectivamente, aos dois significados de liberdade, o da teoria liberal e o das doutrinas democráticas.⁷ Já Benjamin Constant captou com precisão a diferença entre ambos os significados de liberdade, denominando o primeiro significado, de “liberdade dos modernos” e o segundo, de “liberdade dos antigos”:

Contrapone la libertad como disfrute privado, la libertad individual, como precisamente la llama, a la libertad como participación en el poder político, id est, a la libertad colectiva. ‘El fin de los antiguos – escribe – era la distribución del poder político entre todos los ciudadanos de una misma patria: a eso le llamaban libertad. El fin de los modernos es la seguridad en el disfrute privado; llaman libertad a las garantías que las autoridades otorgan a dicho disfrute’. (BOBBIO, 1985, p. 200-1).

⁷ “Montesquieu, en el cap. II, libro XII de L’Esprit des lois, que justamente lleva por título ‘Qué es la libertad?’ escribe: ‘La libertad es el derecho de hacer todo lo que las leyes permiten’. El problema fundamental para Montesquieu es el de los límites del poder estatal: es preciso que existan determinados límites y que se den los medios suficientes para hacerlos observar. La libertad es el apetecido fruto de estos límites; es libre el que puede hacer todo lo que quiere dentro de esos límites. Rousseau, en el cap. VIII, libro I del Contrat Social, titulado Del Estado civil, escribe sin embargo: ‘La libertad es la obediencia a la ley que uno se ha prescrito’. Para Rousseau el problema fundamental es el de la formación de la voluntad general: la única libertad posible en el Estado es que los ciudadanos se den leyes a sí mismos. La libertad no coincide con la autodeterminación individual, sino con la autodeterminación colectiva.” (BOBBIO, 1985, p. 199-200).

Este autor - que de acordo com Bobbio, promove uma exaltação pouco aceitável, nos dias de hoje, à liberdade dos modernos ou individual - combate a definição de Rousseau, considerando que ela confunde a autoridade do corpo social com a liberdade. A liberdade política só pode ser aceita enquanto meio de realização da liberdade individual, o fim supremo da convivência civil⁸. Já para Merquior, é Constant - escrevendo após os surtos ditatoriais da Revolução Francesa - o responsável pela popularização da ideia de liberdade moderna enquanto fenômeno individualista, rompendo com o republicanismo e com o pensamento liberal prévio. Ele percebeu que o ideal republicano de Rousseau - de soberania absoluta da coletividade e até mesmo o do governo da lei, elogiado a partir de Montesquieu - poderia ser apropriado por minorias tirânicas dispostas a governar em nome de todos sob a bandeira da justiça. Rousseau, apesar de estar certo quanto à vontade da autoridade, isto é, elegendo o contrato social como símbolo dela, havia desconsiderado a necessidade de limitar a extensão desta mesma autoridade. (1991, p. 95).

2. A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA E A RECONSTRUÇÃO RACIONAL

Assim como o conceito de liberdade possui diferentes significados, também o liberalismo, enquanto teoria política, comporta uma grande variedade de valores e crenças. Diferentes concepções de liberalismo acompanham, *pari passu*, os diversos estágios na luta pela liberdade. Assim, Matteucci afirma que houve “um longo processo histórico que levou o indivíduo a se sentir livre.” Justamente porque o liberalismo surge como consequência deste processo, ele considera que sua reconstrução temporal apresenta sérias limitações que

⁸ “Así, entre los antiguos, el individuo, soberano casi siempre en los asuntos públicos, era un esclavo en todas las cuestiones privadas. Como ciudadano decidía la paz y la guerra; como particular se veía limitado, observado, reprimido en todos sus movimientos; como parte del cuerpo colectivo, interrogaba, destituía, condenaba, despojaba, desterraba, sentenciaba a muerte a sus magistrados o superiores; como obediente al cuerpo colectivo, podía verse privado de su posición, despojado de sus dignidades, proscrito, muerto, por la voluntad discrecional del conjunto del que formaba parte. Entre los modernos, por el contrario, el individuo, independiente en su vida privada, no es soberano más que en apariencia, incluso en los Estados más libres. Su soberanía es restringida, está casi siempre en suspenso; y en determinados momentos, poco frecuentes, ejerce esta soberanía, está siempre rodeado de precauciones y de trabas, y no hace otra cosa que abdicar en seguida de ella.” (CONSTANT, 1989, p. 259).

ameaçam transformar o liberalismo numa concepção de mundo reelaborada *a posteriori*, com os mais diversos materiais filosóficos. Neste sentido, existem basicamente duas maneiras de interpretar o liberalismo, uma temporal e outra estrutural. Em ambos os casos, ele surge como um fenômeno característico da Europa da Idade moderna.⁹

Em todo caso, as inúmeras facetas do liberalismo, a partir de variados enfoques, evidenciam a impossibilidade de uma definição satisfatória. Apesar disto, vários aspectos em comum possibilitam que se evidencie a existência de duas constantes: uma institucional e outra ético-política.

Contra todas as possíveis formas de Estado absoluto, o Liberalismo, ao nível da organização social e constitucional da convivência, sempre estimulou, como instrumentos de inovação e de transformação social, as instituições representativas [...] e a autonomia da sociedade civil como autogoverno local e associativo ou como espaço econômico (mercado) e cultural (opinião pública) no interior do Estado não diretamente governado por ele. (MERQUIOR, 1991, p. 700-701).

Todavia, a história do liberalismo não coincide com a história das instituições liberal-democráticas, que comportam formações políticas e sociais

⁹ “A aceitação do liberalismo como fenômeno de uma época histórica determinada deve ser considerada de par com a crítica que o autor tece à tese marxista tradicional, que o vincula à ideologia política de uma classe social específica, em ascensão naquele momento: a burguesia. Para os partidários desta tese, em sua fase ascendente a burguesia - quando o mercado aumenta suas margens de lucro - adota o liberalismo como ideologia. Num momento posterior, quando estão no auge os monopólios e a planificação econômica, ela opta pelo Estado autoritário [...]” Para Matteucci a vinculação é preconceituosa em razão de dois erros metodológicos. Em primeiro lugar, o de afirmar que a burguesia é uma classe social, o que é um equívoco. [...] Já o segundo erro diz respeito a que historicamente nem sempre a burguesia capitalista foi liberal e muito menos os liberais sempre foram representantes da burguesia. Compreender o liberalismo desta forma, não evidencia “ [...] todas as reivindicações de liberdade política provenientes da aristocracia e que foram decisivas (na Inglaterra e na França) para destruir o poder absoluto do príncipe, que muitas vezes na Europa, no período do despotismo iluminado, encontraram apoio justamente na burguesia pré-capitalista e resistência na nobreza de toga ou na burguesia da administração. Esta origem aristocrática e não burguesa do Liberalismo precisa ser evidenciada, justamente para a compreensão de alguns aspectos mais significativos do Liberalismo contemporâneo: este confia totalmente, contra a Democracia populista, na dialética entre elites abertas e espontâneas e contra a Democracia administrada, no momento de luta ou de confrontação política.” Esta análise, que objetiva dissociar o liberalismo da burguesia, acaba por re-valorizar o momento ético liberal. (MATTEUCCI, 1983, p. 695, 699, 700).

atuando de acordo com programas e ideologias antiliberais. Pela concepção liberal, a defesa do indivíduo - enquanto valor moral e individual autônomo - contra o poder do Estado ou mesmo da sociedade, permanece uma constante, o que provoca o surgimento de um matiz relativista, cujo cerne consiste na aceitação do pluralismo de valores como sendo positivo para a sociedade. Isto, por sua vez, dá relevo à importância da dissensão, do debate e da crítica, os quais não recuam frente ao conflito e à competição. A concepção liberal é, pois, essencialmente, uma concepção competitiva, em que os indivíduos devem buscar a condição máxima de auto-realização.¹⁰ Para o pensamento liberal, a teoria das elites não é uma ideologia, mas descrição de um fato. Negá-lo poderia levar a formas perigosas de mistificação ideológica: “Ressaltado o fato, o liberal se sente empenhado, justamente, na maximização da participação mediante estruturas que possibilitem a movimentação e a competição de uma pluralidade de elites.” (MATTEUCCI, 1983, p. 702).

Bobbio ressalta a existência de uma inversão na forma como se apresentam o curso histórico e a justificação racional do Estado liberal. Se historicamente este Estado surge como consequência de uma “contínua e progressiva erosão do poder absoluto do rei”, racionalmente ele é resultado de um acordo entre indivíduos “inicialmente livres que convencionam estabelecer os vínculos estritamente necessários a uma convivência pacífica e duradoura.”¹¹ Historicamente, o primeiro fundamento da doutrina liberal é o jusnaturalismo, pressuposto “filosófico” do liberalismo, justamente porque é portador de uma concepção geral e hipotética da natureza do homem que não necessita de verificação empírica nem de prova histórica, sendo com isto, capaz de fundar a teoria dos limites do poder, contrapondo ao Estado absoluto o Estado liberal. Para a escola jusnaturalista, todos os homens, indiscriminadamente, por sua própria natureza, possuem certos direitos pré-políticos, como o direito à vida e à liberdade

¹⁰ “Acredita na competição e no conflito, visto somente estes poderem selecionar aristocracias naturais e espontâneas, elites abertas, capazes de impedir a mediocridade do conformismo de massa, administrado por uma rotina burocrática (Tocqueville, J. S. Mill, Weber, Croce).” (MATTEUCCI, 1983, p. 701).

¹¹ “Em substância, a doutrina, especialmente a doutrina dos direitos naturais, inverte o andamento do curso histórico, colocando no início como fundamento, e portanto como **prius**, aquilo que é historicamente o resultado, o **posterius**.” (BOBBIO, 1988, p. 14-5).

que devem ser respeitados e, portanto, protegidos pelo Estado (ou por aqueles que num determinado momento histórico detêm o poder legítimo de exercer a força).¹² Posteriormente, o liberalismo adquire um segundo fundamento para a sua doutrina: o utilitarismo. A passagem de um para o outro assinala uma crise de fundamentos e alcança o debate dos direitos humanos dos últimos anos. De acordo com Bentham, autor paradigmático do utilitarismo, em oposição à secular tradição do jusnaturalismo, o único critério que deve inspirar o bom legislador é o de emanar leis que tenham como efeito a felicidade do maior número de pessoas, isto é, o “princípio da utilidade”. (1984, p. 3)

A seguir, John Stuart Mill, dando sequência à crítica de Bentham aos direitos naturais, rejeitou a doutrina jusnaturalista como fundamentadora dos limites do poder do Estado. Na introdução de sua obra *Sobre a Liberdade* afirmou: “Debe hacerse constar que prescindo de toda ventaja que pudiera derivarse para mi argumento de lo ideal abstracto de lo justo como de cosa independiente de la utilidad. Considero la utilidad como la suprema apelación en las cuestiones éticas [...]” (MILL, 1986, p. 67).

A acepção de liberdade com a qual trabalha Mill é a mesma do pensamento liberal, a liberdade negativa, aquela que faz com que um indivíduo não possa ser impedido por uma força externa de fazer o que deseja e muito menos ser obrigado a fazer o que não deseja. Pretende-se que o indivíduo goze de uma liberdade protegida contra a invasão do Estado, delimitando assim a esfera privada com relação à pública. Como corolário, salvaguardam-se da ingerência do poder público todas as ações que dizem respeito apenas a ele, tais como a consciência interior e a liberdade de pensamento e opinião. Convém enfatizar que, para Mill, o princípio da liberdade é válido apenas para os indivíduos que estiverem na plenitude de suas faculdades. (BOBBIO, 1988, p. 67).

De sua parte, Matteucci menciona a diversidade das estruturas sócio-institucionais em que se manifestam as ideias liberais na história. O utilitaris-

¹² Pode-se definir o jusnaturalismo como a doutrina segundo a qual existem leis não postas pela vontade humana – que por isso mesmo precedem à formação de todo grupo social e são reconhecíveis através da pesquisa racional – das quais derivam, como em toda e qualquer lei moral ou jurídica, direitos e deveres que são, pelo próprio fato de serem derivados de uma lei natural, direitos e deveres naturais. (BOBBIO, 1988, p. 11-2).

mo assume o liberalismo com o significado predominante de individualismo, que é, além da defesa radical do indivíduo como único protagonista da vida ética e econômica, a aversão à existência de toda e qualquer sociedade intermediária entre o indivíduo e o Estado. Como consequência desta defesa, o homem deverá agir sozinho nos mercados econômico e político. (1983, p. 689).

É assim que os diferentes contextos culturais de atuação dos liberais acabam por produzir filosofias de ação específicas, fazendo surgir uma diferenciação entre um liberalismo ético e um utilitarista. Estas concepções rompem com a formulação de individualismo oferecida pela filosofia do direito natural e do contrato, postulando a realização dos direitos do homem como fim absoluto. Como o liberalismo utilitarista apregoa o desejo da própria satisfação como único móvel, aplicam-se a ele, por analogia, os conceitos formulados pelos liberais A. Smith e Ricardo para a economia de mercado. Assim, eleições frequentes são vistas como estruturas políticas que maximizam o mercado político, obrigando os governantes a dependerem das leis de mercado, capazes de proporcionar felicidade ao indivíduo. Da análise das ideias e dos grupos e partidos liberais, Matteucci conclui que o único denominador comum entre posições tão distintas consiste na defesa do Estado liberal. Esta forma de Estado nasce muito antes de difundir-se o termo “liberal” na arena política, e garante os direitos dos indivíduos contra o poder político que, para ser enfrentado, necessita de formas mais ou menos amplas de representação. Apesar desta conclusão, analisando-se historicamente o fenômeno, fica clara a existência de uma “era liberal”, já que “neste período toma-se consciência da liberdade como valor supremo da vida individual e social, mas também porque a liberdade é a categoria geradora que explica todo um conjunto de comportamentos políticos e sociais intimamente relacionados entre si.” (MATTEUCCI, 1983, p. 690).

No tocante à história das ideias, Merquior distingue três escolas de pensamento sobre a liberdade, cada uma identificada com um país da Europa: Inglaterra, França e Alemanha¹³. Para a escola inglesa - que se inicia com Hob-

13 Celso Lafer menciona o trabalho de Larry Sidentop com um mesmo ponto de vista, mas salientando apenas dois padrões liberais principais: “a tradição francesa [e a] inglesa. Com efeito, os franceses [...] por serem juristas, historiadores e sociólogos, trataram das condições sociais da ação política e elaboraram uma perspectiva da doutrina liberal, levando em conta a distinção entre as instituições políticas e a estrutura social. Buscaram, [...] construir a teoria política liberal com base numa teoria de mudança social e histórica. Não foi este o caminho dos ingleses que,

bes e Locke e vai até Bentham e James Mill - a liberdade é a ausência de coerção, ou como afirma Hobbes, a ausência de obstáculos externos. Hobbes louva a liberdade não política, sustentando que “uma vez instituído o governo, a liberdade deixa de ser um assunto de autodeterminação para constituir algo a ser fruído ‘no silêncio das leis’”, formulando, desta maneira, a ideia inglesa de liberdade negativa. (1991, p. 27-28).

Já a escola francesa de liberdade tem como modelo teórico Rousseau, para quem a forma mais elevada de liberdade é a autodeterminação, devendo a política refletir a autonomia da personalidade. “A contribuição estratégica de Rousseau para a história do discurso político consistiu em usar o fruto do pensamento de Bodin – soberania não dividida e indivisível – para eliminar o poder dos governantes como fonte de opressão particularista, em vez de fortalecê-lo. (MERQUIOR, 1991, p. 29).

A terceira escola, ou a escola alemã de liberdade, desenvolvida por Humboldt, apela para a limitação do controle central. “No livro ‘On the Limits of State Action’, Humboldt exprimiu um tema liberal profundamente sentido: a preocupação humanista de formação da personalidade e aperfeiçoamento pessoal. Educar a liberdade, e libertar para educar – esta era a ideia da ‘Bildung’, a contribuição goethiana de Humboldt à filosofia moral.” Este ideal passará a ser extremamente importante para o liberalismo, influenciando pensadores como Constant e Stuart Mill, pois “O conceito está estreitamente ligado à liberdade política porque também salienta a autonomia; contudo, não gira em torno da participação política, mas em torno do desdobramento do potencial humano.” (MERQUIOR, 1991, p. 31).

Merquior prossegue enfatizando que, enquanto para a teoria inglesa a liberdade significava independência e para a francesa autonomia, na escola alemã a liberdade significava realização pessoal: “O ambiente político da teoria francesa residia no princípio democrático; e o da teoria alemã era o Estado ‘or-

começando com Locke e continuando com Hume e Stuart Mill, foram, antes de mais nada, filósofos da mente e edificaram os seus argumentos políticos com base numa teoria do conhecimento de cunho empírico, no contexto de uma preocupação metodológica com regras de rigor e possibilidades de verificação. (Larry Sidentop, *Two Liberal Traditions. The Idea of freedom – Essays in honour of Isaiah Berlin*, ed. by Alan Ryan, Oxford, Oxford University, 1979.” (LAFER, 2000, p. 12).

gânico', uma mistura de elementos tradicionais e modernizados." (1991, p. 32).

O pensamento sobre a liberdade nestas três escolas é também abordado pelo autor de uma segunda maneira - de modo a complementar o variado espectro que o pensamento liberal apresentou no tempo - que o divide em três grandes momentos: liberalismo clássico, liberalismo conservador e novos liberalismos (e neoliberalismos). Na primeira fase e em sua forma original, o liberalismo é composto por três elementos: a teoria dos direitos naturais, o constitucionalismo e a "economia clássica".¹⁴ Num segundo estágio do pensamento liberal, entre 1830 e 1930, em contraponto, procura-se retardar a democratização da política liberal. De acordo com tais posições, pessoas que não são independentes o bastante para exercerem seus direitos políticos, que subsistem mediante a venda do seu trabalho, que não possuem propriedades, não poderiam ser qualificadas de cidadãs. Neste caso, os liberais conservadores aproximavam-se dos conservadores propriamente na medida em que ambos rejeitam a democracia. Diferem pela fé na visão liberal do mundo, caracterizada pelo individualismo e pela rejeição do holismo e da autoridade religiosa.

Seu dissabor pela política de massa ou cultura igualitária levou-os a posições menos liberais-democráticas que as de Tocqueville, Mill e Mazzini, no fim do Liberalismo clássico. Pois onde Mill queria uma Democracia qualificada exatamente porque sonhava com uma Democracia de qualidade, os liberais conservadores tendiam a brigar com o próprio princípio democrático, o qual estavam preparados a esposar no máximo por causa de motivos racionais, e não como uma verdadeira preferência. (MERQUIOR, 1991, p. 150)

Como consequência desta "inflexão conservadora da doutrina liberal" a democracia liberal sofre um claro recuo.

Num terceiro momento, entre as décadas de 1880 e 1900, surge um novo liberalismo, caracterizado por três elementos essenciais: ênfase na liber-

¹⁴ Por "economia clássica" Merquior entende o ramo de conhecimento que surge com Adam Smith e Ricardo (Cf. MERQUIOR, 1991, p. 35-6).

dade positiva, preocupação com a justiça social e desejo de substituir a economia do *laissez-faire*. As reivindicações em defesa dos direitos individuais haviam aberto o caminho para exigências igualitárias criando para este grupo os novos objetivos que levaram a uma renovação da visão política liberal. Pensadores como Kelsen e Keynes impulsionam o novo liberalismo no período entre as duas grandes guerras mundiais¹⁵.

Finalmente, a partir da década de 1980, surgem, contestando os novos liberais, os neoliberais. Merquior os apresenta no plural e não no singular, eis que não se constituem numa corrente homogênea de ideias. Seus defensores, possuem em comum a tendência “a desconfiar da liberdade positiva como uma permissão para o ‘construtivismo’, julgam a justiça social um conceito desprovido de significação, defendem um retorno ao Liberalismo, e recomendam um papel mínimo para o Estado.” (1991, p. 218).

Opensamento de um dos próceres do neoliberalismo, von Hayek, é considerado, por Bobbio, a “**suma** da doutrina liberal contemporânea” (BOBBIO, 1986a, p. 88), representando uma confirmação do que tinha sido originalmente o núcleo do liberalismo clássico, isto é, uma teoria que objetivava a limitação dos poderes do Estado, tendo como pressuposto direitos/ interesses do indivíduo anteriores ao poder político, entre eles o direito à propriedade individual. Estas limitações valem inclusive contra o regime democrático, em que os próprios cidadãos, com base na regra da maioria, decidem. (BOBBIO, 1986a, p. 88-9).

Merquior acrescenta ao tema, os neocontratualistas, que surgem na década de setenta. Nesta divisão, pensadores como Bobbio e Rawls identificam-se com o igualitarismo do novo liberalismo, enquanto outros como Nozick, estão mais próximos dos neoliberais. (1991, p. 218-9).

Para neocontratualistas como Bobbio, o Estado mínimo é consequência de um Estado com baixo índice de democracia. Ele afirma que o vínculo entre democratização e burocratização já fora observado pelo próprio Weber.

¹⁵ Antoni Domenech menciona que quando Von Hayek chegou a Londres nos anos 30, os liberais britânicos “le parecieron socialistas fanaticamente intervencionistas. Por eso dedicó su libro Camino de servidumbre ‘a los socialistas de todos los partidos’.” (2004, p. 170).

O corolário da constatação weberiana é que o Estado social (ou de serviços), nada mais é que uma resposta a demandas democráticas no sentido mais pleno da palavra. (BOBBIO, 1986a, p. 34-5).

Três séculos decorreram de 1688 até hoje, e neste período o liberalismo “enriqueceu-se verdadeiramente em temas e em tópicos, mas o enriquecimento da doutrina liberal raramente foi um processo linear.” Mais do que isto, o liberalismo, neste período, aprendeu coisas importantes com o desafio de ideologias rivais. (MERQUIOR, 1991, p. 35).

Ao contrário do que foi defendido pelos racionalistas e pela Reforma,

[...] o Liberalismo não acredita na sociedade como uma máquina que possa ser artificialmente construída de acordo com um modelo doutrinário; ao contrário, vê a sociedade como um organismo que precisa crescer de acordo com as tensões provocadas pelas forças que nele se encontram, na liberdade dialética dos valores por ele manifestados (J. S. Mill). (MATTEUCCI, 1983, p. 697).

São estas as razões que levam ao liberalismo exigir limitações ao poder governamental. É por isso que os liberais identificam-se mais com um método do que com uma doutrina, diz Matteucci. “A verdadeira face autônoma do Liberalismo se dá na resposta oferecida pelo mesmo ao problema da ruptura da unidade religiosa.” (1983, p. 697) É o que ele chama de tolerância, num primeiro momento, e liberdade religiosa, num segundo.

3. A RELAÇÃO ENTRE O LIBERALISMO E A DEMOCRACIA

No final do século XIX era difícil encontrar grupos e partidos liberais na íntegra: existiam os monárquico-liberais, os liberais-nacionais, os liberais-católicos, os livre-cambistas, etc. A partir da década de 1870, no Ocidente industrial, à variedade existente iriam juntar-se os liberais-democratas. Esta nova denominação, contrariamente a uma visão limitativa do liberalismo enquanto mera garantia dos direitos individuais, sublinha a participação democrática na direção política do país. (MATTEUCCI, 1983, p. 688).

Para que liberalismo e democracia pudessem confundir-se, foi preciso considerar a democracia apenas como uma “fórmula política”, isto é, soberania popular, abandonando, assim, seu ideal igualitário.¹⁶ Apesar disto, as relações entre as duas doutrinas não são lineares, diz Bobbio: historicamente o Estado liberal é aquele em que a participação no governo fica restrita às classes possuidoras, enquanto um governo democrático não leva necessariamente a um Estado liberal. (1988, p.7-8).

Dependendo de qual for o alvo principal, liberais e democratas determinarão o surgimento de movimentos e alinhamentos políticos diferenciados: a crescente invasão do Estado é interpretada como consequência do processo de democratização, enquanto que a persistência das oligarquias políticas e as fortes desigualdades econômicas são consideradas, pelos democratas, como consequência da lentidão do processo de democratização e dos obstáculos interpostos pelos possuidores. Outro ponto de vista é o que contrapõe a crítica econômica das sociedades autocráticas ao desenvolvimento da doutrina liberal e a crítica político-institucional ao desenvolvimento da doutrina democrática. Isto porque, durante todo o século XIX, liberalismo e democracia designaram doutrinas e movimentos antagônicos. Muitas das conquistas que levaram à democracia, tais como a ampliação do sufrágio, não decorrem de forças liberais. Ao contrário, colocaram o Estado liberal em crise. Eis por que os modernos liberais surgem expressando uma desconfiança profunda em relação a toda forma de governo popular, tendo defendido o sufrágio restrito ao longo do século XIX. (BOBBIO, 1988, p. 37).

Para Alain Touraine, dizer que a democracia busca no liberalismo um de seus fundamentos basilares – a limitação do poder – não leva à conclusão de que a relação inversa se estabelecerá, isto é, que o liberalismo também terá como fundamento a democracia. Dizer que para um liberal a sociedade ideal é vista como um mercado auxilia na compreensão do tipo de intervenção que a

¹⁶ “A combinação entre liberalismo e democracia deu-se de forma gradual: se no início os direitos de liberdade eram a condição necessária da democracia, logo após, o desenrolar da democracia fez com que ela se tornasse o principal instrumento de defesa destes mesmos direitos. Uma tal união tem como condição necessária a utilização do termo democracia como fórmula política, isto é, como soberania popular e não como ideal igualitário.” (BOBBIO, 1988, p. 42-3).

lei e o Estado podem ter sobre ela: serão responsáveis apenas por fazer respeitar as regras do jogo.

Mas, para que seja possível essa conciliação dos objetivos, é preciso que cada um deles renuncie à sua pretensão ao absoluto [...] Isso implica uma imagem da vida social da qual são excluídos, simultaneamente, as crenças e os conflitos sociais fundamentais e, por conseguinte, a própria ideia de poder. (TOURAINÉ, 1996, p. 69).

De acordo com a concepção liberal, a legitimidade dos grupos dirigentes decorre da competição e da preocupação com o bem público, não esquecendo que o pré-requisito indispensável implica a defesa da propriedade e da educação.¹⁷ Apesar disto, a união entre liberalismo e democracia será uma união frutífera.¹⁸ É uma realidade o fato de a democracia moderna ter-se desenvolvido apenas onde os direitos de liberdade haviam sido constitucionalmente reconhecidos. Isto decorre do fato de ambas as doutrinas possuírem, em comum, uma concepção individualista da sociedade. A concepção organicista ou holística da sociedade percebia o Estado como um corpo composto por partes dependentes umas das outras, enquanto o individualismo pensa o Estado como resultado da atividade dos indivíduos, produto artificial de suas vontades.

Para que tal transformação no pensamento fosse possível, foram fundamentais três eventos ocorridos na filosofia social da idade moderna: o con-

¹⁷ “O elitismo liberal admite facilmente que os **gentlemen** tenham os gostos mais esquisitos e os manifestem da forma mais livre possível; em compensação desconfia das paixões populares. Como todas as formas de racionalismo, apóia-se na oposição entre razão e paixões, e, portanto, entre elite orientada pela razão e categorias dominadas por suas paixões – mulheres, assim como classes populares ou povos colonizados – que devem permanecer submetidas ao magistério da sanior pars.” (TOURAINÉ, 1996, p. 69-70)

¹⁸ Touraine afirma ainda que, apesar de o pensamento liberal possuir uma importância crítica considerável, na prática condenou-se a uma importância limitada, consequência direta da recusa deste pensamento em reconhecer a existência do domínio social, o que leva ao afastamento da ideia de representatividade dos eleitos em relação aos atores sociais. “ [...] o ideal democrático só iria desenvolver-se a partir da instituição do sufrágio universal e também da vinculação das instituições políticas às demandas populares. E é indubitavelmente o movimento operário e a ideologia socialista que garantem as novas bases da democracia, ampliando-a.” (1996, p. 70, 72).

tratualismo, o nascimento da economia política e a filosofia utilitarista. (BOBBIO, 1986a, p. 22- 23). Se o princípio formulador do organicismo foi elaborado por Aristóteles, para que se chegasse a uma teoria individualista consciente foi preciso chegar até Hobbes e sua hipótese de um Estado de natureza com indivíduos separados uns dos outros por suas paixões, forçados a unirem-se numa sociedade política para fugir da destruição recíproca. O poder comum que surge desta união deveria ser capaz de garantir-lhes a vida.

O segundo evento, o nascimento da economia política, da mesma forma que o primeiro, também representa uma abordagem das relações sociais em que o indivíduo é o sujeito singular. (BOBBIO, 1986a, p. 22- 23). Com base em C. B. Macpherson¹⁹, Bobbio afirma que nesta sociedade quem atua é:

[...] o homo oeconomicus e não o politikón zôon da tradição, que não é considerado em si mesmo mas apenas como membro de uma comunidade, o indivíduo singular que, segundo Adam Smith, ‘perseguindo o próprio interesse, freqüentemente promove aquele da sociedade de modo mais eficaz do que quando pretenda realmente promovê-lo’ (de resto é conhecida a recente interpretação de Macpherson segundo a qual o Estado de natureza de Hobbes e de Locke é uma prefiguração da sociedade de mercado. (BOBBIO, 1986a, p. 22- 23).

A estes dois eventos acrescentou-se a filosofia utilitarista que, ao advogar em favor da consideração de Estados essencialmente individualistas, contribui para a consolidação desta concepção de sociedade.

Mas é de advertir-se que as concepções individualistas da sociedade - do liberalismo e da democracia - apesar de aceitarem o homem como ser social, o fazem de maneira distinta. De acordo com Bobbio, tal diferença na concepção do indivíduo serve para explicar por que a combinação de liberalismo e democracia não só é possível, como também necessária. O liberalismo evidencia a capacidade de auto-formação do indivíduo que precisa sobreviver

¹⁹ Cf. MACPHERSON, C. B. **A Teoria política do individualismo possessivo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

num mundo repleto de perigos, enquanto a democracia une artificialmente os indivíduos através de expedientes que permitem a instituição de um poder não-tirânico. (BOBBIO, 1988, p. 45-6 e 1986a, p. 13-14).

Dois fatores contribuíram para uma gradual convergência entre a tradição liberal e a democrática, tornando as diferenças entre elas histórica e politicamente irrelevantes: a formação dos partidos socialistas e o surgimento, no século XX, de regimes totalitários. Quando Bobbio afirma, na obra *Liberalismo e democracia*, **que o Estado liberal, mais do que uma categoria política, converte-se em critério de interpretação histórica, refere-se à adoção da “teoria do progresso mediante antagonismos”**. (1988, p.72-3 e 29-30).

Bobbio sintetiza a relação liberalismo/democracia em três grandes combinações:

- a) Liberalismo e Democracia são compatíveis e, portanto, componíveis, no sentido de que pode existir um Estado liberal e democrático sem, porém, que se possa excluir um Estado liberal não-democrático e um Estado democrático não-liberal (o primeiro é o dos liberais conservadores, o segundo o dos democratas radicais);
- b) Liberalismo e Democracia são antitéticos, no sentido de que a Democracia levada às suas extremas conseqüências termina por destruir o Estado liberal (como sustentam os liberais conservadores) ou pode se realizar plenamente apenas num Estado social que tenha abandonado o ideal do Estado mínimo (como sustentam os democratas radicais);
- c) Liberalismo e Democracia estão ligados necessariamente uma a outra, no sentido de que apenas a Democracia está em condições de realizar plenamente os ideais liberais e apenas o Estado liberal pode ser a condição de realização da Democracia. (1988, p. 53-4).

Na Idade Contemporânea o liberalismo precisou dar uma resposta à questão social ou à questão do socialismo. Ele era acusado de defender apenas as liberdades “formais”, em um ambiente em que a maior parte da população não usufruía das liberdades “substanciais”. Se, antes, o liberalismo caracterizava-se por lutar pelas liberdades *de* (religião, palavra, imprensa, reunião,

associação, etc.) e, por isso, tinha como reivindicação a garantia dos direitos individuais, civis e políticos por parte do Estado, hoje o enfoque “é voltado para as liberdades **do** ou **da** (isto é, da necessidade, do medo, da ignorância), e para atingir estas liberdades implícitas na lógica universalista do liberalismo renunciou-se ao dogma da não-intervenção do Estado na vida econômica e social.” (MATTEUCCI, 1983, p. 703).

A contribuição que o liberalismo se propõe a oferecer a um reformismo democrático envolve a ideia de que a conciliação entre a liberdade econômica e a justiça social não é um problema ético e sim prático, de correspondência entre meios e fins. “A melhor percepção do liberalismo ocidental contemporâneo é feita por pensadores interessados na política econômica, diferindo entre eles quanto ao medo ou não de que o Estado assistencial leve o liberalismo à bancarrota.” Assim é que liberalismo e socialismo diferem não na velocidade da implementação das reformas, mas na “qualidade” da intervenção estatal “ou na estratégia geral do desenvolvimento social, que pode levar ao Estado assistencial ou ao Estado social.” (MATTEUCCI, 1983, p. 703).

Em uma passagem magistral, Bobbio mostra que as relações democracia/liberalismo, e democracia/socialismo não são tranquilas, já que a democracia é subversiva: “E é subversiva, no sentido mais radical da palavra, porque subverte a concepção tradicional de poder – tão tradicional que chega a ser considerada natural –, segundo a qual o poder – político ou econômico, paterno ou sacerdotal – desce do alto para baixo.”. Ela é mais subversiva que o socialismo, caso este último seja entendido – como quase sempre – apenas como a transferência da propriedade dos meios de produção das mãos privadas para as do Estado, como uma forma de poder que vem de cima para baixo. (BOBBIO, 1983, p. 64).

Para analisar as coordenadas liberais de Bobbio, Perry Anderson debruça-se sobre um outro liberalismo, além do inglês, do francês e do alemão: o liberalismo italiano. A unificação italiana não se concretizou, como na Alemanha, sobre o “cadáver”, e sim sob a “bandeira” do liberalismo. O liberalismo neste país estava tão identificado com a construção da nação e com a causa do Estado leigo que fez com que facetas fundamentais ao liberalismo clássico, como a liberdade política e a honestidade eleitoral, fossem pouco desenvolvi-

das. Só que seriam estas deformações as responsáveis pelo seu fortalecimento no século XX. Porque seus ideais clássicos foram celebrados e ao mesmo tempo falseados “eles tiveram condições de manter um poder normativo radical que haviam perdido em toda parte, e iriam mostrar-se capazes de assumir as formas mais inesperadas e inflamáveis em oposição à ordem estabelecida.” (ANDERSON, 1989, p. 23).

Norberto Bobbio seria herdeiro da “ambiguidade deste legado” ou do confronto entre o liberalismo político clássico, mediado pela experiência distintiva italiana, com a tradição teórica do socialismo. Só que a ponte entre socialismo e liberalismo, construída por Bobbio, não foi um episódio intelectual relativamente isolado: fazia parte de um movimento coletivo que desempenhava um papel político fundamental nos anos de resistência ao fascismo. Ele passou a ser socialista, mas assim como os anglo-saxônicos que o precederam, não abandonaria sua crença primeira: muito mais do que um apreço especial pelo livre-mercado ele mantinha um denso compromisso com o Estado constitucional. Somente um liberalismo com tais características teria condições de viabilizar uma passagem para o socialismo.²⁰ (ANDERSON, 1989, p. 25).

Sintetizando, para Anderson o pensamento de Bobbio “é um liberalismo que acolhe simultaneamente discursos socialistas e conservadores, revolucionários e contra-revolucionários.” Além disto, o fio condutor de suas intervenções teóricas, nos últimos trinta anos, foi “uma defesa e uma ilustração da democracia enquanto tal.” (ANDERSON, 1989, p. 28). Ele sublinha a importância das instituições liberais (parlamentos e liberdades cívicas) nas sociedades de classe, dominadas por uma camada capitalista.

Como se vê, o Estado liberal e o Estado de direito são os pressupostos históricos e jurídicos do Estado democrático. São necessárias certas liberdades para garantir o exercício do poder democrático, assim como, inversamente, o

²⁰ “Ao explicar a sua própria visão da relação entre os dois, Bobbio escreveu, muito mais tarde: ‘Pessoalmente, considero o ideal socialista superior ao liberal’. Porque argumentava, o primeiro compreende o segundo, enquanto o contrário não é verdadeiro. ‘Embora não se possa definir igualdade em termos de liberdade, há pelo menos um caso em que se pode definir liberdade em termos de igualdade’ – ou seja ‘aquela condição em que todos os membros de uma sociedade consideram-se livres porque são iguais em seu poder’. Portanto socialismo é o termo mais abrangente.” (ANDERSON, 1989, p. 23).

poder democrático é necessário para garantir a existência e a persistência das liberdades fundamentais.

Adverta-se, por último que, na complexa relação entre democracia e socialismo no pensamento de Bobbio, como nos lembra Greppi (1998, pp. 285-6), não se verifica nenhum nexos conceitual necessário entre democracia e socialismo e vice-versa. No entanto, cada passo rumo ao socialismo ou a uma democracia melhor evidencia um avanço, um progresso pois isso implica a criação de novos espaços de liberdade. Isto aponta para a ideia de que todas as liberdades são “solidárias”, sendo possível afirmar-se então que o socialismo é o prosseguimento lógico do liberalismo, ou seja, mais uma fase na progressiva liberação da pessoa nos mais devesos âmbitos da vida social, “um instrumento para evitar las más diversas formas de opresión, marginación y deshumanización”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A título conclusivo cabe recordar que dentre as lições de Bobbio está a de que o liberalismo deve ser definido não a partir de uma era ou de uma ideologia liberal e sim, partindo da noção do Estado liberal em si. Esta estratégia realista possibilita enfrentar imediatamente os totalitarismos, já que, no caso, ao invés de se privilegiar uma ideia, o que é percebido como elemento de análise central são as instituições políticas e as estruturas sociais por ela erigidas. Ainda assim, mesmo que não seja possível uma definição geral do liberalismo, é pacífico que seu princípio inspirador reside no postulado ético da liberdade individual ou no liberalismo ético.

Também há que recordar que Bobbio estabelece de modo nítido a distinção do liberalismo como teoria econômica, daquele da teoria política, ou do Estado mínimo. A despeito de que uma das maneiras de se chegar ao Estado mínimo seja através da subtração do domínio econômico da esfera política, tais domínios independem um do outro. Recorde-se que a teoria dos limites do poder do Estado tem vínculos com uma proposta ético-religiosa, visto que o Estado liberal também é o Estado laico, aquele que não se identifica com confissões religiosas específicas, muito embora possa ser intervencionista em matéria econômica.

Do ponto de vista da teoria política, a constante dialética que se verifica entre o liberalismo e a democracia é um reflexo do contraste entre os diferentes modos de entender a liberdade. Dependendo das condições históricas específicas e da posição que cada um ocupa na sociedade, diferentes poderão ser os juízos de valor opostos: os que estão no alto preferem a liberdade negativa ou a da não intervenção, enquanto que os que estão embaixo, aquela liberdade que envolve a autonomia (a positiva). Tudo sem deixar de considerar que o longo processo histórico que levou o indivíduo a se sentir livre determinou o surgimento de diferentes concepções de liberalismo.

Bobbio também realça que as relações entre o liberalismo e a democracia não são lineares: a limitação do poder que o liberalismo propicia à democracia não implica a afirmação de que a democracia poderá ser sempre o fundamento da liberdade. Tal conciliação envolveria que fossem excluídas as pretensões ao absoluto das diferentes ideologias.

REFERÊNCIAS

ANDERSON, Perry. **As Afinidades de Norberto Bobbio**. Tradução de Heloísa Jahn. Novos Estudos CEBRAP, São Paulo, n. 24, p. 14-41, julho de 1989.

BENTHAM, Jeremy. **Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação**. Tradução de Luiz J. Baraúna.. São Paulo: Abril S. A. Cultural, 1984. Coleção Os Pensadores/ Stuart Mill e Bentham

BERLIN, Isaiah. Dos Conceptos de Libertad. Tradução de Julio Bayón in _____. **Cuatro ensayos sobre la libertad**. Madrid: Alianza, 1998.

BERLIN, Isaiah. **Sobre la libertad**. Edición de Henry Hardy. Traducción de J. Bayón et al. Madrid: Alianza, 2004.

BOBBIO, N. A Crise da democracia e a lição dos clássicos. **Arquivos do Ministério Público**. Fundação Petrônio Portella, Brasília, na. 40, n. 170, p. 29-43, 1987.

BOBBIO, N. Contrato e contratualismo no debate atual. In: _____. **O Futuro da democracia**. Uma defesa das regras do jogo. Tradução de M. A. Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 1986c.

BOBBIO, N. Democracia socialista? In: _____. **Qual socialismo?** Debate sobre uma alternativa. Tradução de Iza de S. Freaza. Rio de Janeiro, 1983c.

BOBBIO, N. Governo dos homens ou governo das leis. In: _____. **O Futuro da democracia**. Uma defesa das regras do jogo. Tradução de M. A. Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 1986b.

BOBBIO, N. Kant y las dos libertades In: _____. **Estudios de historia de la filosofía**. De Hobbes a Gramsci. Tradução de J. C. Bayon. Madrid: Debate, 1985.

BOBBIO, N. **Liberalismo e democracia**. Tradução de M. A. Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1988.

BOBBIO, N. Liberalismo velho e novo In: _____. **O Futuro da democracia**. Uma defesa das regras do jogo. Tradução de M. A. Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 1986.

BOBBIO, N. O Futuro da democracia. In: _____. **O Futuro da democracia**. Uma defesa das regras do jogo. Tradução de M. A. Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 1986a

BOBBIO, N. Quais as alternativas à democracia representativa? In: _____. **Qual socialismo?** Debate sobre uma alternativa. Tradução de Iza Freaza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983.

BOBBIO, N. **Política e Cultura**. Organização F. Sbarberi. Tradução J. A. Clasen. São Paulo: Unesp, 2015.

BOBBIO, N. Por que democracia? In: _____. **Qual socialismo?** Debate sobre uma alternativa. Tradução de Iza Freaza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983b.

BOBBIO, N. Qual socialismo In: _____. **Qual socialismo?** Debate sobre uma alternativa. Tradução de Iza Freaza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983a.

BOVERO, M. Introdução In: _____. **Teoria geral da política.** A Filosofia política e a lição dos clássicos. Organização de M. Bovero. Tradução de D. B. Versiani. São Paulo: Campus, 2000.

CADEMARTORI, D. M. L. de. **O Diálogo democrático.** Alain Touraine, Norberto Bobbio e Robert Dahl. Curitiba: Juruá, 2006.

CONSTANT, Benjamin. De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos. In _____. **Escritos políticos.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

DOMENECH, Antoni. **El eclipse de la fraternidad.** Una revisión republicana de la tradición socialista. Barcelona: Crítica, 2004.

GREPPI, Andrea. **Teoría e ideología en el pensamiento político de Norberto Bobbio.** Madrid: Marcial Pons, 1998.

HOUAISS, Antônio (editor). **Dicionário Inglês-Português.** Rio de Janeiro: Record, 1982.

LAFER, Celso, Apresentação. In: MILL, John Stuart. **O Utilitarismo.** Tradução de Alexandre B. Massella. São Paulo: Iluminuras, 2000.

MACPHERSON, C. B. **A Teoria política do individualismo possessivo de Hobbes até Locke.** Tradução de N. Dantas. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

MATTEUCCI, Nicola. Verbete “Liberalismo” in BOBBIO, Norberto et al. **Dicionário de política.** Tradução de J. M. Cascais et al. Brasília: UnB, 1983. p. 687-691

MERQUIOR, José G. **Liberalismo - antigo e moderno.** Tradução de H. de A. Mesquita. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991.

MILL, John Stuart. **Sobre la libertad**. Tradução de Pablo de Azcárate. Madrid: Alianza Editorial, 1986.

MONDAINI, Marco. A Síntese da modernidade progressista: liberalismo, democracia e socialismo no pensamento político de Norberto Bobbio. In: TOSI, G. (org.). **Norberto Bobbio**. Democracia, direitos humanos, guerra e paz. João Pessoa: UFPB, 2013, v.2, p. 13-30

VANNUCHI, P. de T. Apresentação. In: TOSI, G. (org.). **Norberto Bobbio**. Democracia, direitos humanos, guerra e paz. João Pessoa: UFPB, 2013, v. 1, p. 11-34

DEMOCRACIA: REFLEXÕES EM TORNO DO PENSAMENTO DE NORBERTO BOBBIO

DEMOCRACY: REFLECTIONS ABOUT NORBERTO BOBBIO'S THINKING

Zulmar Fachin¹

Deise Marcelino da Silva²

Jéssica Fachin³

RESUMO

Norberto Bobbio dedicou sua vida ao estudo de quatro temas: direitos humanos, democracia, paz e guerra. O objetivo da presente pesquisa é refletir sobre a democracia, tendo em vista o 110º ano do nascimento do autor. A democracia cedeu à força de regimes totalitários do século XX, para despontar, após o nascimento da ONU, como o regime político adotado por um número expressivo de Estados em diversas regiões do mundo. A defesa da democracia teve no jusfilósofo italiano uma voz firme e propositiva, trazendo à reflexão este que é um dos temas mais importantes da história da Humanidade. A pesquisa, baseada em textos publicados pelo autor em forma de livros, aborda a evolução histórica e as teorias da democracia, bem como as relações desta com o Direito, a tecnologia, o segredo e o poder (visível e invisível).

¹ Doutor em Direito Constitucional (UFPR). Mestre em Direito (UEL). Mestre em Ciência Política (UEL). Professor no Programa de Doutorado e Mestrado da Unicesumar, na UEL e na Escola de Direito das Faculdades Londrina. Membro eleito da Academia Paranaense de Letras Jurídicas. Presidente do IDCC - Instituto de Direito Constitucional e Cidadania. Advogado. Pesquisador do ICETI.

² Doutora em Direito Ambiental Internacional (Unisantos). Mestre em Ciência Jurídica (Unicesumar). Especialista em Direito Ambiental e Sustentabilidade (IDCC/UENP) e em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário (IDCC/UENP). Professora. Advogada.

³ Doutoranda em Direito Constitucional (PUCSP). Mestre em Ciência Jurídica (UENP). Especialista em Direito Constitucional Contemporâneo (IDCC/UENP) e em Direito Processual Civil (IDCC/UENP). Bacharel em Direito (PUCPR). Licenciada em Letras (UEL). Professora na Escola de Direito das Faculdades Londrina e na UEL. Advogada.

PALAVRAS-CHAVE

Norberto Bobbio. Democracia. Direitos Humanos.

ABSTRACT

Norberto Bobbio dedicated his life to the study of four themes: human rights, democracy, peace and war. The objective of this research is to reflect on democracy, considering the 110th year of the author's birth. Democracy gave way to totalitarian regimes of the twentieth century, to emerge after the birth of the UN as the political regime adopted by a significant number of states in various regions of the world. The defense of democracy had in the Italian jus philosopher a firm propositional voice, bringing to reflection this which is one of the most important themes in the history of Humanity. The research, based on texts published by the author in the form of books, addresses the historical evolution and theories of democracy, as well as its relations with Law, technology, secrecy and power (visible and invisible).

KEYWORDS

Norberto Bobbio. Democracy. Human Rights.

INTRODUÇÃO

Norberto Bobbio (1909-2004) nasceu em Turim, na Itália. Foi, portanto, um homem do século XX, sendo um dos seus mais extraordinários intérpretes. E na condição de homem de tal século, foi contemporâneo de regimes totalitários de direita e de esquerda, os quais sempre abominou; contemplou, estarecido, as maciças destruições de vidas humanas e a bombas nucleares (Nagasaki e Hiroshima); assistiu, indignado, a duas guerras mundiais e a mais de uma centena de outras de alcance menor; embora, às vezes, se revelasse cético em relação à democracia, pode-se afirmar que ele apostou nela, como regime político de garantia da convivência harmônica entre as pessoas e, especialmente, de proteção dos direitos da personalidade.

Esta pesquisa não pretende refazer a trajetória de vida de Norberto Bobbio. Basta, no entanto, uma breve lição do próprio autor, sobre a queda do fascismo, para dar uma pista do que significou sua longa trajetória de lutas em defesa dos direitos humanos e da democracia:

Nossa vida foi posta de ponta-cabeça. Todos nós tínhamos vicissitudes dolorosas: medo, fugas, detenções e a perda de pessoas queridas. Por isso, *depois* não fomos mais como éramos *antes*. Nossa vida dividiu-se em duas partes, um ‘antes’ e um ‘depois’, que em meu caso são quase simétricos, porque em 25 de julho de 1943, quando caiu o fascismo, eu tinha 34 anos: chegara *nel mezzo del camin* de minha vida (BOBBIO, 2017, p.7).

Sua vasta produção intelectual é composta por mais de 50 títulos, entre os quais “Teoria Geral da Política”, “Dicionário de Política”, “Teoria das Formas de Governo”, “O Futuro da Democracia”, “Estado, Governo e Sociedade”, “Os Intelectuais e o Poder”, “Liberalismo e Democracia”, “Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant”, “Thomas Hoobes”, “Locke e o Direito Natural”, “Entre Duas Repúblicas”, “Direita e Esquerda”, “Democracia e Segredo”, “O Problema da Guerra e da Paz”, “O Positivismo Jurídico”, “Política e Cultura”, “Teoria da Norma Jurídica”, “Teoria do Ordenamento Jurídico”, “Igual-

dade e Liberdade”, “A Era dos Direitos”, “Contra os Novos Despotismos” e “Autobiografia”.

Se é verdade que o escritor não morre, mas continua a viver por meio dos seus livros, eis uma afirmativa perfeita para Norberto Bobbio. Uma reflexão sobre o pensamento de Norberto Bobbio poderia atender ao critério cronológico, analisando como seus escritos evoluíram com o perpassar das décadas. Contudo, não foi este o critério adotado neste estudo. Foi destacado um tema - no caso, a democracia - e sobre ele a pesquisa foi realizada.

Norberto Bobbio (2015, p. 63-64) era, antes de tudo, uma inteligência a serviço da cultura. E o homem de cultura, diante da bipolaridade ideológica do seu tempo, tem como tarefa a de semear dúvidas e não a de colher certezas. Ele entendia que o homem de cultura decide-se “pelos direito da dúvida contra as pretensões de dogmatismos, pelos deveres da crítica contra as seduções da paixão, pelo desenvolvimento da razão contra o mérito da fé cega, pela veracidade da ciência contra os enganos da propaganda”.

Nesse contexto, a hipótese da pesquisa consiste em confirmar se a doutrina de Norberto Bobbio contribuiu para o estudo e as práticas cotidianas da democracia, até o momento presente, tendo em vista os direitos inerentes à personalidade humana.

1 NORBERTO BOBBIO E A DEFESA DA DEMOCRACIA

Norberto Bobbio (2000b, p. 371-378) parte da distinção entre a democracia dos antigos e a dos modernos. Para ele, há duas diferenças entre elas: uma diferença é analítica (descritiva), a outra, axiológica (valorativa). Na perspectiva analítica, por democracia os antigos entendiam a democracia direta. E, ao falarem em democracia, pensavam em uma praça ou em uma assembleia na qual os cidadãos tomavam suas próprias decisões sobre temas que lhe diziam respeito. A democracia era o poder do *démos*, portanto exercido sem intermediários. Já os modernos conceberam a democracia representativa, ou seja, o poder deve ser exercido por meio de representantes eleitos. Aqui, a democracia não é o poder do *démos*, mas dos representantes do *démos*. Em um sentido axiológico, a democracia dos antigos tinha caráter negativo, ao passo que a

democracia dos modernos tem conotação positiva, visto que transporta uma carga valorativa, consubstanciando uma diferente concepção moral de mundo, exigindo a proteção dos direitos humanos.

Assinala ainda Norberto Bobbio (2000b, p. 374) que, nessas duas formas de democracia, a relação entre participação e eleição está invertida. Na democracia dos antigos, a participação direta era a regra e eleição é a exceção, ao passo que, na democracia dos modernos, a eleição é a regra, sendo a participação direta a exceção. Em outras palavras, “a democracia de hoje é uma democracia representativa, às vezes complementada por formas de participação popular direta; a democracia dos antigos era uma democracia direta, às vezes corrigida pela eleição de alguns magistrados”. Pode-se afirmar, todavia, que, contemporaneamente, predomina a ideia de democracia dos modernos, concebida pelo pensamento da Europa Ocidental e, mais tarde, nos Estados Unidos da América.

O autor mostra que a democracia contemporânea é resultado de três grandes tradições do pensamento político, manifestadas, respectivamente, pelas teorias clássica, medieval e moderna. A teoria clássica da democracia, conhecida como aristotélica, concebeu três formas de governo: a monarquia, governo de um só; a aristocracia, governo de poucos; e a democracia, que é o governo do povo, de todos os cidadãos, o que significa dizer governo dos que gozam de direitos da cidadania. A teoria medieval de democracia, formulada por juristas medievais, apoia-se na ideia de soberania popular. Neste campo, há uma concepção ascendente, quando a soberania deriva do povo, e uma concepção descendente, conforme ela resida no poder do príncipe, transmitindo-se por delegação do superior para o inferior. Em outras palavras, a soberania pode estar no príncipe ou no povo. A teoria moderna, por sua vez, apareceu com o nascimento do Estado moderno e coincide com as grandes monarquias. Nela, conhecida como a teoria de Maquiavel, aceitam-se duas formas de governo, quais sejam, a monarquia e a república. Neste contexto, a democracia é tomada como sinônimo de república (BOBBIO, 1999a, p. 319-323).

Norberto Bobbio elaborou uma definição mínima de democracia: “por regime democrático entende-se primariamente um conjunto de regras de procedimento para a formação de decisões coletivas, em que está prevista e facilitada

tada a participação mais ampla possível dos interessados”. Neste seu conceito procedimental de democracia, importa que as regras do jogo político estejam fixadas, garantindo-se a possibilidade de participação do maior número de pessoas. Para ele, o que distingue um sistema democrático de qualquer outro sistema não-democrático é um conjunto de regras do jogo, mas, além disso, que tais regras, consolidadas ao longo de séculos de provas e contraprovas, sejam muito mais claras no sistema democrático do que em sistemas não-democráticos. Estes dois fatos (regras do jogo definidas e regras do jogo consolidadas pelo tempo) caracterizam a democracia como um sistema político melhor do que os demais, sendo que, dentre suas regras, a principal é a da maioria (2000a, p. 22 e 78-79). Registre-se que, mais tarde, no entanto, o próprio autor admitiu que já não era mais possível contentar-se, apenas, com a garantia de um procedimento. Desse modo, já na década de 1990, afirmou: “Hoje a democracia não pode mais ser uma formalidade: deve ser uma realidade; não pode mais ser simples instrumento de governo, deve ser a finalidade da luta política” (BOBBIO, 2001, p. 36).

Nesse segundo sentido, Norberto Bobbio (2000a, p. 50), estabeleceu o conteúdo mínimo de um Estado democrático como sendo: a) garantia dos principais direitos e liberdades; b) existência de vários partidos políticos em concorrência entre si; c) eleições periódicas a sufrágio universal; d) decisões coletivas ou tomadas com base no princípio majoritário, após um livre debate entre as partes ou entre os aliados de uma coligação política

Ele devotou parte de sua vida no estudo e na defesa da democracia. Era, portanto, avesso a qualquer tipo de ditadura, regime que, ao longo de sua vida, criticou e apontou a gravidade de seus defeitos. “A ditadura corrompe o espírito das pessoas. Obriga à hipocrisia, à mentira, ao servilismo” (BOBBIO, 2017, p. 35).

Essa preocupação, tantas vezes manifestada em suas obras, ganhou um capítulo especial, ainda na década de 1990, antes da instalação do berlusconismo no poder, na Itália (BOBBIO, 2016). Opôs-se a regimes ditatoriais e, embora reconhecendo os problemas inerentes à democracia, dedicou sua vida na defesa da democracia como um valor caro à vida humana.

Para ele, os regimes democráticos existentes sobreviveram no século

XX, e “novas democracias apareceram ou reapareceram ali onde jamais haviam existido ou haviam sido eliminadas por ditaduras políticas ou militares”. Nesse sentido, o futuro da democracia estaria diretamente relacionado ao número de Estados democráticos e à continuidade do processo de democratização na ordem internacional. Para se alcançar uma paz estável, é, pois, necessária “uma ordem democrática de Estados democráticos” (BOBBIO, 2000a, p. 9 e 13).

De fato, o século XX proporcionou o surgimento e a consolidação de um número expressivo de democracias pelo mundo. De um lado, Estados que eram ditatoriais passaram, cada qual a seu modo, a adotar regimes democráticos, tais como Alemanha, Itália, Espanha e Portugal. De outro modo, especialmente na década de 1990, houve a desintegração de alguns Estados (URSS, Iugoslávia, Tchecoslováquia) e os novos Estados que surgiram dessas matrizes adotaram regimes democráticos. Desse modo, pode-se afirmar que, na segunda metade do século XX, as democracias ganharam em qualidade e quantidade.

Conforme visto acima, Norberto Bobbio (2000a, p. 32) procurou estabelecer um conceito mínimo de democracia. Entendia ser indispensável, para a consecução de tal objetivo: a) atribuir a significativo número de cidadãos o direito de participação na tomada das decisões coletivas; b) estabelecer regras de procedimento que contemplem a vontade (decisão) da maioria; c) assegurar aos que irão decidir, ou a escolher os que irão decidir, possibilidades reais e com condições de poder escolher entre uma e outra alternativa.

Norberto Bobbio examina o contraste existente entre a democracia ideal e a democracia real, a promessa e a realização, o prometido e o realizado. Em seguida, elenca as seis promessas não-cumpridas pela democracia: a) a concepção de que o indivíduo era sujeito ativo da Democracia, sendo substituída pela atuação de grupos; b) os representantes eleitos deixaram de ser representantes políticos, tornando-se representantes de interesses; c) não conseguiu derrotar o poder oligárquico; d) não foi capaz de ocupar todos os espaços nos quais são tomadas as decisões que vinculam a todo o grupo social; e) não conseguiu eliminar o poder invisível; f) não educou para a cidadania, ensejando a apatia política (BOBBIO, 2000a, p. 34-45).

Afirma, ainda, o autor que as promessas da democracia ideal não se

realizaram porque, na verdade, estavam ausentes as condições materiais propícias para que isso ocorresse. Os conflitos entre o técnico e o político dificultaram (e, hoje, dificultaram ainda mais) o desenvolvimento da democracia, visto que: a) os problemas da sociedade passaram a exigir soluções técnicas em detrimento da política (poder-se-ia exemplificar, no Brasil de hoje, com o caso das agências reguladoras); b) o crescente aparato burocrático forçou o surgimento da hierarquia do vértice à base, o que tem sentido oposto à democracia (base ao vértice); c) na democracia a sociedade é emancipada e as demandas aumentam, mas o governo tem que agir de acordo com os procedimentos estabelecidos em lei, que geram lentidão nas respostas (BOBBIO, 2000a, p. 46-49).

Examinando o contraste existente entre democracia ideal e a democracia real, o prometido e o efetivamente realizado, ele invoca a necessidade de “fazer descer a democracia do céu dos princípios para a terra onde se chocam interesses consistentes” (2000a, p. 24). Noutro dizer, a democracia do plano do ideal precisa ser realizada nas esferas concretas da vida cotidiana.

Para Bobbio (2002, p. 92), a democracia está fundada em dois valores notáveis da vida humana: a liberdade e a igualdade. É um tipo de sociedade de livres e iguais, mas regulada de tal modo que os indivíduos que nela vivem são mais livres e iguais do que em qualquer outra forma de convivência. Em uma democracia, o sufrágio universal é imprescindível, pois se constitui uma aplicação do princípio da igualdade e, ao mesmo tempo, do princípio da liberdade. “Os cidadãos de um Estado democrático se tornam, através do sufrágio universal, mais livres e mais iguais. Onde o direito de voto é restrito, os excluídos são, ao mesmo tempo, menos iguais e menos livres”

A força do poder era algo do qual se poderia dizer que Norberto Bobbio desconfiava. O poder exercido arbitrariamente é uma ameaça que pende constantemente sobre a liberdade das pessoas. Por outro lado, o poder precisa estar diuturnamente empenhado em proteger e tornar efetivos os direitos básicos da pessoa humana, entre os quais a vida, a liberdade, a igualdade, a propriedade e a segurança. Mas o poder, para não se transformar em despotismo, precisa estar limitado pelo direito.

A reciprocidade que deve existir entre o poder e o direito foi claramente exposta pelo autor: “direito e poder são duas faces de uma mesma moeda: só

o poder pode criar direito e só o direito pode limitar o poder”. Adverte, ainda, que o “Estado despótico é o tipo ideal de Estado de quem se coloca do ponto de vista do poder; no extremo oposto encontra-se o Estado democrático, que é o tipo ideal de Estado de quem se coloca do ponto de vista do direito” (BOBBIO, 2000a, p. 23).

Norberto Bobbio (2000a, p. 50) constata uma grande vantagem do regime democrático sobre os não-democráticos. “nenhuma guerra explodiu até agora (*leia-se: até a década de 1980*) entre Estados dirigidos por regimes democráticos. O que não quer dizer que os Estados democráticos não tenham feito guerras, mas apenas que jamais as fizeram entre si” (assertiva que permanece válida até hoje). De fato, o século XX foi palco de guerras realizadas entre regimes ditatoriais ou entre regimes democráticos e regimes ditatoriais, mas nunca entre dois regimes democráticos. E isto, talvez, por uma questão bastante simples: quando estão diante de divergências, os ditadores guerreiam, ao passo que os democratas dialogam.

Bobbio afirma que os homens preferem ser livres a ser escravos, preferem receber tratamento justo e não injusto; desejam mais ser livres do que escravos, mas também preferem mandar a obedecer. Por sua própria natureza, os homens amam a igualdade, mas amam também a hierarquia quando estão situados em seus graus mais elevados (2002. p. 8 e 9).

Ao longo de sua trajetória de vida, o autor não se cansou de tentar decifrar o poder absoluto e de advertir para os seus perigos. O poder exercido sem limites definidos permite que o poderoso mantenha vivo o ideal de ver cada gesto e escutar cada palavra dos que estão a ele submetidos. E este ideal hoje está ao alcance da mão, sobretudo com o uso das modernas tecnologias. “Nenhum déspota da antigüidade, nenhum monarca absoluto da idade moderna, apesar de cercado por mil espiões, jamais conseguiu ter sobre seus súditos todas as informações que o mais democrático dos governantes atuais pode obter com o uso dos cérebros eletrônicos” (BOBBIO, 2000a, p. 43).

Em outra passagem, afirmou que o “soberano absoluto, o autocrata, é tanto mais potente quanto melhor consegue ver o que fazem os seus súditos sem ser por eles visto”. Neste sentido, “O ideal do soberano equiparado ao Deus terreno é o de ser, como o Deus celestial, o unividente invisível” (BOBBIO, 2015a, p. 30).

A democracia direta pode ser resgatada. As modernas tecnologias poderão ensejar a participação direta do cidadão nas decisões políticas. “Se manifestei alguma dúvida de que a computadorocracia possa vir a beneficiar a democracia governada, não tenho dúvida nenhuma sobre os serviços que pode prestar à democracia governante” (BOBBIO, 2000a, p. 43).

O autor identifica obstáculos a serem enfrentados pelo regime democrático frente às novas tecnologias. Afirma que tecnocracia e democracia estão em posições antitéticas entre si. Basta observar que protagonista da sociedade industrial é o especialista, em desfavor do cidadão qualquer. “A democracia sustenta-se sobre a hipótese de que todos podem decidir a respeito de tudo. A tecnocracia, ao contrário, pretende que sejam convocados para decidir apenas aqueles poucos que detêm conhecimentos específicos” (BOBBIO, 2000a, p. 46). Registre-se que por tecnocracia deve ser entendido o modelo governamental em que somente estão legitimadas para tomar decisões as pessoas que detêm conhecimentos técnicos sobre o assunto acerca do qual se deve decidir, ou seja, é um governo exercido por especialistas.

Bobbio (2000a, p. 32-33) fala na interdependência entre Democracia e direitos humanos: “é pouco provável que um Estado não-liberal possa assegurar um correto funcionamento da democracia, e de outra parte é pouco provável que um Estado não-democrático seja capaz de garantir as liberdades fundamentais”. Neste sentido, afirma que “a prova histórica desta interdependência está no fato de que o Estado liberal e o Estado democrático, quando caem, caem juntos”. Em outras palavras: onde a democracia foi cultivada e preservada, ali floresceram os direitos humanos; ao contrário, onde ela foi afrontada e destruída, ali esses direitos foram impiedosamente esmagados.

Assim como já havia feito em relação ao socialismo (1983), Bobbio indaga: “qual liberalismo?”. Trata-se de um movimento de ideias que passa por diversos autores diferentes entre si, tais como Montesquieu, Kant, Smith, Locke, Mill, Tocqueville. O liberalismo, como teoria econômica, defende a economia de mercado e, como teoria política, defende que o Estado governe o mínimo possível, abstendo-se de intervir nas relações econômicas e sociais. Estas duas teorias guardam estreitas relações, embora sejam independentes entre si. A concepção liberal de Estado fez com que fosse possível estabelecer em normas

jurídicas fundamentais, inclusive no plano constitucional, não apenas a contraposição, mas também a linha de demarcação entre o Estado e o não-Estado. Nesse contexto, sustenta que o duplo processo de formação do Estado liberal abrange, por um lado, a emancipação do poder político do poder religioso, gerando o Estado laico, e, de outro, a emancipação do poder econômico do poder político, suscitando o Estado do livre mercado (2000a, p. 128-129).

Ao abordar o encontro entre liberalismo e democracia, Bobbio fala na reciprocidade que deve existir entre ambos, embora esta relação não seja linear, visto que está marcada pela complexidade. O liberalismo é compatível com a democracia, ao passo que esta pode ser considerada como o desenvolvimento natural do Estado liberal, em sua fórmula política. No Estado liberal, os cidadãos tem a liberdade de proteger seus direitos de liberdade contra a tendência dos governantes de limitar ou mesmo suprimir tais direitos. Por outro lado, a participação no voto pode ser considerada expressão do poder político exercido de modo concreto e eficaz, desde que os cidadãos possam gozar de outras liberdades, tais como a de reunião, de associação, de imprensa e de opinião (1999b, p. 42-44).

Em sua trajetória de pensador, Bobbio contrapôs democracia ao segredo, reconhecendo ser este a essência do poder. Se, por um lado, a democracia é o governo visível ao público, o segredo, por outro, é aquilo que não deve ser visto. Observa, no entanto, que “O segredo não é por si mesmo um bem ou um mal. É bom quando impede que se conheça aquilo que é bom, útil e oportuno que se ignore; é mau quando impede se saiba aquilo que seria bom, útil e oportuno que se soubesse” (2015a, p. 43 e 78).

A democracia é o governo do poder visível, governo do poder público em público (BOBBIO, 2000a, p. 98). Já o poder invisível, em regra, não se coaduna com ela. Esse poder invisível é identificável de três formas, como o poder que: a) volta-se contra o Estado, constituindo-se no mais absoluto segredo para se contrapor ao Estado; b) forma-se e organiza-se para combater o Estado e, ao mesmo tempo, tirar benefícios ilícitos e extrair dele vantagens que não seria possível serem auferidas em um espaço submetido à luz do dia; c) no âmbito do Estado, os serviços secretos podem se degenerar, fazendo emergir um governo oculto. Vale ressaltar que a existência de serviços secretos pode com-

patibilizar-se com a democracia, se tal poder estiver submetido a um governo representativo do povo, ou seja, democrático (BOBBIO, 2015a, p. 29-35).

Preocupado com a visibilidade do poder e com a alternância dos grupos que governam, Bobbio afirma: “Enquanto a presença de um poder invisível corrompe a democracia, a existência de grupos de poder que se sucedem mediante eleições livres permanece, ao menos até agora, como a única forma na qual a democracia encontrou a sua concreta atuação” (2000a, p. 21).

Em seu permanente compromisso com o futuro da democracia, o autor identificou o princípio fundamental de um Estado democrático com o princípio da publicidade, ou seja, o poder visível. Trata-se de um princípio-fonte de onde nascem muitas das regras que diferenciam um Estado democrático de um Estado autocrático. Por esta razão, afirma, “o governo democrático é aquele em que os governantes devem exercer o poder sob o comando dos cidadãos” (BOBBIO, 2015a, p. 82). A publicidade, desse modo, passa a ser a garantia de que a administração pública pode ser conduzida sob olhar daqueles que são a fonte de todo o poder, mantendo-se democrática não apenas na concepção, mas também no seu exercício cotidiano.

Bobbio (2000a, p. 8) advertia, por outro lado, para a má compreensão que, às vezes, se tem acerca do vigor de um regime democrático. Para ele, é falso afirmar que a Democracia é um regime “frouxo” e que a tirania é um regime forte (resolve). Nos dois grandes conflitos mundiais, os Estados totalitários foram derrotados e as democracias saíram-se vitoriosas. Há, ainda, o terceiro grande conflito em que o totalitarismo perdeu, em 1989.

Vale ressaltar que a democracia não é uma obra pronta e acabada, mas um devir constante. Realiza-se no caminhar. O estado natural de uma democracia, ao contrário do despotismo, é estar em transformações, visto que “a democracia é dinâmica, o despotismo é estático e sempre igual a si mesmo”. Afirma, ainda, que uma má democracia é sempre preferível em relação a uma boa ditadura; melhor não ter uma política externa do que ter uma agressiva, belicosa e capaz de levar à catástrofe; dez partidos políticos combativos são mais toleráveis que um único partido que, estando unido, submete-se às ordens infalíveis de seu chefe; a sociedade corporativa é menos insuportável do que o Estado corporativo (BOBBIO, 2000a, p. 19 e 87).

Desse modo, o autor reconhece que a democracia é mais virtuosa do que qualquer outro regime de governo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. Norberto Bobbio dedicou sua vida ao estudo de quatro temas: a democracia, os direitos humanos, a paz e a guerra. O presente estudo restringiu-se à investigação da democracia, como regime político capaz de garantir a convivência social e a realização da personalidade de cada indivíduo.

2. A democracia dos antigos (exercício direto do poder político) e a democracia dos modernos (exercício do poder político por meio de representantes eleitos) são duas concepções importantes para a compreensão da própria democracia no alvorecer do século XXI.

3. Norberto Bobbio estabeleceu um conceito mínimo de democracia, desenvolvendo-o em uma perspectiva formal. Mais tarde, no entanto, acrescentou a necessidade de conteúdo, evoluindo em sua concepção meramente formalista.

4. O autor identificou a existência de reciprocidade entre democracia e Estado liberal, sustentando que, neste tipo de Estado, a democracia encontra o espaço apropriado para se desenvolver. O sufrágio universal, atribuído ao maior número possível de pessoas, é indispensável, embora isso não seja suficiente, para a existência da democracia.

5. O autor confronta a democracia com o poder invisível, concebendo aquela como governo desenvolvido em público, ao passo que este, em regra, representa ameaças à sobrevivência de regimes democráticos.

6. Pode-se afirmar que foi notável a contribuição de Norberto Bobbio para a construção do pensamento democrático do século XX, bem como para ampliar sua efetivação na vida cotidiana dos governos e dos cidadãos.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Qual Socialismo?:** debate sobre uma alternativa. 3 ed. (Trad.). Iza de Salles Freaza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política.** (Trad.). Carmen C. Varriale e outros. Brasília: UnB, 1999a.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia.** 3. ed. (Trad.). Marco Aurélio Nogueira. Brasília: Brasiliense, 1999b.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia.** 7 ed. (Trad.). Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Paz e Terra, 2000a.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política:** a filosofia política e a lição dos clássicos. (Trad.). Daniela Baccaccia Vresiani. 2 ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000b.

BOBBIO, Norberto. **Entre Duas Repúblicas:** às origens da democracia italiana. (Trad.). Mabel Malheiros Bellati. Brasília: UnB, 2001.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade.** 5. ed. (Trad.). Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Democracia e Segredo.** (Trad.). Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: UNESP, 2015a.

BOBBIO, Norberto. **Política e Cultura.** (Trad.). Jaime A. Clasen. São Paulo: UNESP, 2015b.

BOBBIO, Norberto. **Contra os Novos Despotismos:** escritos sobre o belusconismo. (Trad.). Érica Salatini e César Mortari Barreira. São Paulo: UNESP - Instituto Norberto Bobbio, 2016.

BOBBIO, Norberto. **Autobiografia:** uma vida política. (Trad.). Luiz Sérgio Henriques, São Paulo: UNESP, 2017.

DO GOVERNO DEMOCRÁTICO À GOVERNANÇA PELOS NÚMEROS

Apontamentos para uma discussão a partir de Alain Supiot

FROM DEMOCRATIC GOVERNMENT TO GOVERNANCE BY NUMBERS

Remarks for a discussion based on Alain Supiot

Celso Kashiura Jr.^{1}*

RESUMO

Alain Supiot aponta que o modelo do assim chamado governo da lei (“rule of law”) foi superado, nas sociedades ocidentais contemporâneas, pela governança pelos números e pelo “law shopping”. Os parâmetros da democracia liberal estariam sendo degradados em função da transposição para o poder público de um modelo originalmente associado à governança empresarial, marcado pela lógica da eficiência quantitativa e pela ausência de heteronomia. Propõe-se discutir tais teses de Supiot em contraste com o conceito preliminar de democracia de Norberto Bobbio.

PALAVRAS-CHAVE

Alain Supiot. Rule of law. Law shopping. Governança pelos números.

¹ Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo. Professor das Faculdades de Campinas (FACAMP). E-mail: celso.kashiura@facamp.com.br.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1686651989794858>. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-8818-012X>.

O presente trabalho foi desenvolvido como parte das atividades do grupo de pesquisa “Interfaces entre direito, Estado e economia”, junto às FACAMP, e apresentado, em versão preliminar, na II Semana Norberto Bobbio (PUC-SP, nov. 2018).

ABSTRACT

Alain Supiot remarks that the so-called “rule of law” model has been superseded in contemporary Western societies by “governance by numbers” and “law shopping”. The parameters of liberal democracy would be being degraded as a consequence of the transposition to the public power of a model originally associated to corporate governance, characterized by the logic of quantitative efficiency and the absence of heteronomy. The present paper proposes a discussion of such Supiot theses in contrast to Norberto Bobbio’s preliminary concept of democracy.

KEYWORDS

Alain Supiot. Rule of law. Law shopping. Governance by numbers.

A discussão a seguir tem como eixo o conceito de *governança pelos números*, apresentado por Alain Supiot em “O espírito de Filadélfia” (2010) e desenvolvido em “A governança pelos números” (2015). A governança pelos números se contrapõe, segundo Supiot, ao *governo da lei* (*rule of law*) e representa o ponto terminal de um processo de três décadas em que este último vêm se degradando. Com a “desconstrução” do Estado social e ascensão de um “mercado total”, a capacidade de imposição das “regras do jogo” pelo poder público se vê seriamente comprometida. Pretende-se mostrar que um das consequências desse processo – para a qual alerta Supiot, mas também já alertava Bobbio há mais de trinta anos – é a desagregação das bases de sustentação da democracia.

Como ponto de partida para essa discussão, podemos tomar o célebre conceito “preliminar” de democracia de Bobbio em “O futuro da democracia” (1984):

[...] o único modo de se chegar a um acordo quando se fala de democracia, entendida como contraposta a todas as formas de governo autocrático, é o de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem *quem* está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais *procedimentos*. [...] um regime democrático caracteriza-se por atribuir este poder (que estando autorizado pela lei fundamental torna-se um direito) a um número muito elevado de membros do grupo. [...] a regra fundamental da democracia é a regra da maioria, ou seja, a regra à base da qual são consideradas decisões coletivas – e, portanto, vinculatórias para todo o grupo – as decisões aprovadas ao menos pela maioria daqueles a quem compete tomar a decisão. (BOBBIO, 2000, p. 30-31)

No entanto, mesmo para uma definição mínima de democracia, como é a que aceito, não bastam nem a atribuição a um elevado número de cidadãos do direito de participar direta ou indiretamente da tomada de decisões coletivas, nem a existência de regras de procedimento como a da maioria (ou, no limite, da unanimidade). É indispensável uma ter-

ceira condição: é preciso que aqueles que são chamados a decidir ou a eleger os que deverão decidir sejam colocados diante de alternativas reais e postos em condição de poder escolher entre uma e outra. Para que se realize esta condição é necessário que aos chamados a decidir sejam garantidos os assim denominados direitos de liberdade, de opinião, de expressão das próprias opiniões, de reunião, de associação, etc. – os direitos à base dos quais nasceu o Estado liberal e foi construída a doutrina do Estado de direito em sentido forte, isto é, do Estado que não apenas exerce o poder sub lege, mas o exerce dentro de limites derivados do reconhecimento constitucional dos direitos ‘invioláveis’ do indivíduo. Seja qual for o fundamento filosófico destes direitos, eles são o pressuposto necessário para o correto funcionamento dos próprios mecanismos predominantemente procedimentais que caracterizam um regime democrático. As normas constitucionais que atribuem estes direitos não são exatamente regras do jogo: são regras preliminares que permitem o desenrolar do jogo.

Disto segue que o Estado liberal é o pressuposto não só histórico mas jurídico do Estado democrático. (BOBBIO, 2000, p. 32)

Bobbio é enfático no que diz respeito à definição de democracia a partir das chamadas “regras do jogo”: procedimentos formalmente estabelecidos que permitem legitimar a decisão da maioria. A condição prévia a essas “regras do jogo”, prossegue Bobbio, é a atribuição de um conjunto de direitos individuais, que compõem o espectro da subjetividade jurídica. Podemos notar que o pressuposto para essa definição é uma concepção de Estado como entidade contraposta à sociedade civil, encarnação do interesse público que se impõe verticalmente sobre o campo privado dos interesses econômicos. É essa relação de contraposição e verticalidade que permite falar em atribuição de direitos fundamentais e de imposição de “regras do jogo” – o que significa dizer, noutras palavras, que a democracia não é uma forma espontânea ou natural de governo, mas é estabelecida pela ação política estatal que institui as condições de seu funcionamento. O Estado estabelece, por meio de normas jurídicas

(antes de tudo, um conjunto mínimo de direitos atribuídos aos sujeitos e um conjunto de procedimentos formais de ação e de decisão), os limites do campo de atuação dos interesses privados e das forças econômicas na sociedade civil que compõem a decisão pela maioria.

Esse conceito preliminar de democracia de Bobbio ilustra, em linhas gerais, o ideal que Supiot nomeia *governo da lei*. Não há qualquer menção explícita de Supiot a Bobbio, mas é razoável afirmá-lo em vista da afinidade de concepção: o governo da lei é uma modalidade de relação entre economia e política, na qual esta última se sobrepõe (na forma do Estado como poder heterônomo e do direito como sua linguagem) à primeira. Mas esse é o modelo que, segundo Supiot, como já adiantamos, degradou-se ao longo dos últimos trinta anos.

O governo da lei corresponde à primazia do princípio da legalidade (*rule of law*). Seu pressuposto é, portanto, uma concepção vertical da relação entre Estado e sociedade civil: o poder público, representante abstrato do coletivo, situado acima dos interesses privados. Esses interesses têm um espaço de liberdade, dentro do qual podem se desenvolver e se contrapor, constituído e limitado pelo poder público: o Estado fixa, por meio de uma legalidade abstrata, as fronteiras dentro das quais os particulares atuam. O fundamento último dessa visão – que Supiot também não menciona, mas que, podemos dizer, permanece “camuflado” (MIAILLE, 1994, p. 123 et seq.) nas teorias dos juristas sobre o Estado – remete a Hegel, que entende o Estado como condição de possibilidade da sociedade civil.

Em Bobbio, podemos notar que a democracia, como forma de governo, está profundamente conjugada à ideia de um governo da lei. Apenas uma sociedade organizada sob o primado da legalidade – e que, portanto, entende na ordem jurídica as “regras do jogo” das quais ninguém pode escapar – pode pretender ser governada na forma de uma democracia – com suas “regras do jogo” específicas para a participação política e a legitimidade das decisões. Bobbio e Supiot estão, ao menos no essencial, de acordo quanto ao vínculo entre essa concepção do governo da lei e o modelo liberal de Estado: o pressuposto jurídico do Estado democrático e, mais amplamente, do Estado de direito é, de

fato, o Estado liberal.² Nesse sentido, Supiot afirma:

Os pais do pensamento liberal sabiam que um *Estado de direito*, um *rule of law*, é uma *condição do cálculo econômico*. Eles não acreditavam que um mercado pudesse funcionar sem uma lei que delimite seu alcance e estabeleça as regras. E não lhes teria ocorrido considerar as leis como ‘produtos’ concorrentes em um mercado de normas. Com efeito, os cálculos feitos pelas partes de um contrato implicam a presença de um Terceiro garantidor das trocas, que se encarrega de tudo o que permanece incalculável, a começar da identidade das partes contratantes. O direito não é, nessa perspectiva, um instrumento a serviço do cálculo, mas uma condição essencial de sua existência. Noutras palavras, ainda nos encontramos, com o liberalismo, em um universo tridimensional, onde o plano de trocas encontra sua medida e sua referência na verticalidade dos Estados. A necessidade desta terceira dimensão diz respeito tanto ao direito contratual quanto ao direito de propriedade ou os direitos de personalidade. (SUPLOT, 2015, p. 158)

As bases do governo da lei são fixadas, portanto, pelo Estado liberal. A relação entre política e economia aí estabelecida é, segundo Supiot, clara: há uma primazia da política, que se impõe na forma de um “terceiro garantidor das trocas”, e, com isso, constrói o espaço das relações econômicas. Os limites desse espaço são definidos pelo direito, isto é, só há mercado em vista das condições estabelecidas pelo poder público e dentro das fronteiras estabelecidas

² No que tange à concepção de Bobbio, veja-se a observação de Michelangelo Bovero: “Segundo Bobbio, considerando o mais vasto cenário da história das instituições, pode-se dizer que a democracia foi a continuação natural e o remate do liberalismo: todos os Estados liberais tornaram-se, cedo ou tarde, Estados democráticos sem deixarem de ser liberais, seja no sentido da garantia dos direitos de liberdade individual, aqueles direitos que são e permanecem sendo precondições essenciais da democracia, seja no sentido de preservação do mercado capitalista, com o qual as democracias modernas sempre conviveram.” (BOVERO, 2015, p. 24)

pelo direito.³ A metáfora espacial a que aqui se faz recurso é, nesse sentido, a de um “espaço tridimensional”: os agentes econômicos, com seus interesses privados, encontram-se, ao menos no imaginário característico das relações de mercado, todos no mesmo plano, em condição abstrata de igualdade, mas a condição necessária para essa equivalência dos agentes econômicos é a imposição vertical, desde cima, do poder público. Logo, as relações econômicas só podem se desenvolver dentro de um certo arranjo jurídico e institucional que, por sua vez, pressupõe a sobreposição do Estado.⁴

Supiot apresenta uma interessante imagem arquitetônica para ilustrar seu argumento:

Para poder funcionar de forma conveniente, os mercados devem se incluir num mundo institucional de três dimensões, em que as relações entre os operadores econômicos estão colocadas sob a égide de uma terceira instância, que garante a lealdade de suas trocas e do longo tempo da vida humana. Para compreender isso, é suficiente pisar na praça de um mercado medieval, como, por exemplo, a *Marktplatz*, em Bruxelas, cuja beleza arquitetural esclarece o significado institucional. No entorno dessa praça encontram-se as sedes

³ Embora presente de forma clara uma crítica à concepção segundo a qual as relações de mercado constituiriam uma espécie de ordem natural, Supiot não coloca a mesma questão acerca das relações jurídicas. Podemos encontrar em sua obra uma interessante discussão acerca da importância do direito para a constituição do mercado, mas o próprio direito não tem sua constituição analisada em vista de determinações sociais e econômicas estruturais. Em última medida, parece-nos que a concepção de direito de Supiot remete a um fundamento antropológico (e, portanto, de tendência naturalizante) com o qual não podemos concordar. Nesse sentido, entendemos necessária uma crítica à *forma jurídica*, em vista, especialmente, de sua conexão com as relações de mercado, tal como desenvolvida em PACHUKANIS, 2017. A partir dessa perspectiva, parece-nos razoável concluir que a subjetividade jurídica é determinada pela subsunção real do trabalho ao capital e, portanto, muito diversamente de corresponder a qualquer elemento intrínseco aos homens, trata-se de forma social especificamente capitalista (KASHIURA JR.; NAVES, 2015).

⁴ A concepção de Estado de Supiot parece, em última instância, apontar, tal como a sua concepção de direito, para um fundamento naturalizante. Supiot indica claramente (e a mesma posição pode ser subentendida em Bobbio) que o espaço das relações econômicas, particularmente o mercado, existe sob determinação do Estado, mas quais seriam as determinações da própria forma Estado? Trata-se de forma política anterior às relações de mercado e que poderia existir numa sociedade em que tais relações estão ausentes? Para responder a esses questionamentos, parece-nos necessário fazer remissão, uma vez mais, a Pachukanis (2017, p. 165 et seq.).

das instituições das quais dependia o bom funcionamento do mercado: a Prefeitura, onde ficava a autoridade municipal encarregada da regularidade das trocas (regularidade de pesos e medidas), e as casas dos diferentes ofícios (açougueiros, padeiros e cervejeiros), onde ficavam as corporações que garantiam o status e a qualidade do trabalho, sem os quais não haveria riquezas para trocar. Ao sair desse espaço para ir, por exemplo, ao Palácio de Justiça ou ao Palácio Real, as pessoas eram submetidas a outras regras, diferentes daquelas do mercado. Pois, se a lei do mercado devesse reger, também, os juízes e dirigentes políticos, suas decisões poderiam ser vendidas, a Cidade seria corrompida e os comerciantes honestos não poderiam mais ali trabalhar livremente. (SUPIOT, 2014, p. 83)

Esse espaço tridimensional, caracterizado pela verticalidade, no qual o Estado figura como imposição heterônoma e a atividade econômica apenas pode se desenvolver em função dessa heteronomia – concepção que, como já se afirmou acima, podemos remontar a Hegel – é ainda a base sobre a qual se erige o modelo social de Estado. A transição entre Estado liberal e Estado social implica, sem dúvida, transformações importantes (das quais não nos ocuparemos por ora) na estrutura social e no aparelho estatal, mas o modelo vertical de relação entre política e economia persiste.

O Estado social ainda se coloca – ou, em certo sentido, talvez se coloque ainda mais – em sobreposição quanto à sociedade civil. Essa sobreposição implica, tanto quanto no Estado liberal, a fixação dos limites de atuação dos interesses privados, antes de tudo por meio de normas jurídicas gerais e abstratas que determinam as fronteiras dentro das quais as liberdades privadas podem mover-se. Para além disso, porém, situa-se uma característica distintiva do Estado social, que Supiot assinala como fundamental: o poder público impõe não apenas os limites formais para a atuação dos particulares, sobretudo para as forças econômicas, mas também uma *finalidade* material. Trata-se do *princípio de justiça social*, que coloca “economia e a finança [como] meios a serviço dos homens” (SUPIOT, 2014, p. 23), isto é, subordina o campo econômico a um

objetivo político. Tal objetivo, sintetizado na Declaração de Filadélfia de 1944, é o de assegurar a todos igualmente “o bem-estar material e o desenvolvimento espiritual dentro da liberdade e da dignidade, da tranquilidade econômica e com as mesmas possibilidades”, adotando políticas internas e internacionais, sobretudo políticas econômicas, apenas “quando favorecerem, e não entravarem, a realização desse objetivo principal” (art. II, alíneas “a” e “c”).

Essa subordinação da economia à política não significa, ressalte-se, uma subversão do capitalismo. Pelo contrário, Supiot (2014, p. 42) ressalta que “a Declaração de Filadélfia não promovia de nenhum modo a destruição do capitalismo. Ao contrário, ela desejava assegurar sua perenidade, inserindo os mercados num quadro normativo próprio a garantir seu funcionamento durante o longo tempo de gerações sucessivas.”⁵ A imposição da justiça social como finalidade tem por base uma proposta de perpetuar a economia capitalista e, nesse sentido, toma por pressuposto a possibilidade de controlar politicamente (isto é, pela ação do Estado e, portanto, por meio do direito) a dinâmica do capital. Trata-se, em síntese, do ideal de “domesticar” o capital pela política, permitindo assim a sua reprodução controlada.

As últimas décadas parecem demonstrar, no entanto, que a tarefa do Estado social, a despeito dos imensos esforços empreendidos, dos sucessos alcançados (sobretudo na Europa ocidental) e de toda a estrutura institucional construída para tanto, pode não ter o alcance uma vez imaginado. O capitalismo talvez se prove, no fim das contas, “indomesticável”: a ascensão do capital financeiro desencadeou um processo de desmanche do Estado social que, nesse período, destronou, por certo, o princípio de justiça social e, mais ainda, ameaça a própria noção de governo da lei.

Em todo o mundo, o aparato estatal de solidariedade vem sendo desfeito ou desnaturado. Supiot (2014, p. 27 et seq.) relata que a “contrarrevolução ultraliberal” começa nos Estados Unidos e no Reino Unido e atinge a Europa

⁵No mesmo sentido, veja-se: “Concebendo-se como máquina destinada a corrigir os desequilíbrios engendrados pelo progresso industrial, o Estado social jamais visou erradicar as novas formas de desumanização do trabalho, mas sim compensar seus efeitos e, assim, torná-las humanamente suportáveis.” (SUPLOT, 2015, p. 11) Note-se que Supiot aqui assinala a correspondência entre Estado social e capitalismo industrial.

ocidental com toda a força a partir da ruína da URSS. No Brasil, esse processo se faz sentir de maneira relativamente tardia, mas vem sendo implementado, em escala crescente, ao menos desde o início dos anos 1990: por exemplo, com a onda de privatizações, com a transferência de atribuições estatais às agências reguladoras, com a expansão do ensino superior por meio da proliferação de instituições privadas e, mais recentemente, com fortes ataques à legislação trabalhista (terceirizações, reforma trabalhista). A reforma da previdência social (com a sua conversão a um sistema de capitalização, que se opõe precisamente ao sistema de solidariedade intergeracional) é iminente e, a seguir, não seria de espantar que o sistema brasileiro de saúde pública venha a ser, de algum modo, em maior ou menor medida, privatizado.

Contudo, a “desconstrução” (SUPIOT, 2014, p. 43) do Estado social não se limita, como indicado acima, ao seu caráter propriamente *social*. É o caráter *público* do poder do Estado que se encontra sob ameaça. Não se trata apenas de desalojar a justiça social como finalidade imposta pelo Estado à sociedade civil, mas de desfazer o próprio modelo de relação vertical entre política e economia por meio do qual o Estado pode impor as “regras do jogo”. É, afinal, o quadro fundamental do *governo da lei*, sobre o qual assentam tanto o Estado social quanto o Estado liberal, que vem sendo degradado. Em seu lugar, coloca-se a *governança pelos números*.

O desaparecimento de toda a heteronomia caracteriza a governança ultraliberal. Essa substituição do governo pela governança, assim como da regulamentação pela regulação, da moral pela ética ou da regra pela norma, significa a supressão da disjuntiva entre ser e dever ser. [...] A governança pelos números vai mais longe no que diz respeito à destituição do reino da lei. [...] A noção de governança designa essa interiorização da norma e o desaparecimento da heteronomia. Diferentemente do *governo*, que opera sobreposto aos governados e subordina a liberdade individual ao respeito por certos limites, a *governança* parte dessa liberdade, que ela não procura limitar, mas programar. (SUPIOT, 2015, p. 174-175)

Ora, nas últimas décadas, “o princípio de justiça social desapareceu da agenda da globalização”. A “constituição de um espaço financeiro técnico e econômico que ignora as fronteiras nacionais” foi levada a cabo “junto com a utopia de um mundo plano, povoado por indivíduos titulares dos mesmos direitos e sem outras obrigações além das que lhes são convenientes” (SUPLOT, 2014, p. 42-43). Entenda-se: a metáfora de um espaço tridimensional, caracterizado pela relação vertical entre Estado e sociedade civil, isto é, pela imposição de um poder público heterônomo sobre os interesses privados, deu lugar à de um espaço plano, de relações plenamente horizontais, na qual não há imposição. Libertado das amarras políticas que apenas obstaculizavam, segundo os ultraliberais, a sua eficácia natural, o mercado pode agora apresentar-se como fim em si mesmo, como entidade infalível e suprema. Essa entidade, não mais submetida à finalidade política da justiça social, não mais limitada verticalmente pelo Estado e suas normas jurídicas, constitui, na expressão de Supiot, um “mercado total” – que não é mais determinado pelas políticas estatais, mas as determina, e não é mais limitado pelo direito, mas promove a mercantilização deste.

Num tal mundo, governar pelas leis cede lugar à governança pelos números. Governar pelas leis tem por objetivo o reinado de regras gerais e abstratas que garantem a identidade, as liberdades e os deveres de cada um. [...] A governança pelos números objetiva a autorregulação das sociedades humanas. Ela se apoia na faculdade de *cálculo*, ou seja, nas operações de *quantificação* (juntar os seres e as situações diferentes numa mesma unidade de conta) e de *programação* dos comportamentos (pelas técnicas de análise comparativa dos desempenhos: *benchmarking*, *ranking* etc.). Sob o domínio da governança, a normatividade perde sua dimensão vertical: não se trata mais de se atribuir uma lei que transcende os fatos, mas de inferir a norma da medida dos fatos. Esse empreendimento de redução da diversidade dos seres e das coisas a uma quantidade mensurável é inerente ao projeto de instauração de um Mercado Total, que

envolveria todos os homens e todos os produtos do planeta, e no meio do qual cada país aboliria suas fronteiras comerciais a fim de tirar partido de suas “vantagens comparativas”. (SUPIOT, 2014, p. 70-71)

A governança pelos números representa uma “privatização do Estado social”, na medida em que se constitui pela desconstrução do seu caráter público. Isso se dá, antes de tudo, pela transposição dos métodos de gestão privada das empresas para o Estado. O modelo de gestão empresarial em questão (SUPIOT, 2015, p. 221 et seq.) é a *Corporate governance*, que se caracteriza pela redução da empresa a um “centro de lucro”, orientado tão somente à “criação de valor”, plenamente identificado com os interesses de curto prazo dos acionistas. A empresa passa, assim, a visar uma eficiência cifrada, inteiramente quantificável, expressa no seu valor em bolsa e numa contabilidade voltada a demonstrar numericamente a sua rentabilidade. Os aspectos qualitativos da produção, das relações de trabalho, da inserção da empresa num contexto social etc. passam a ser irrelevantes.⁶ Esse modelo é transposto para a gestão pública pela doutrina do *New public management*, que se tornou consensual entre as forças dominantes do processo de globalização.

Assim, ao invés de um governo – que pressupõe uma imposição pública sobre as relações privadas, uma concepção do direito como garantia das liberdades fundamentais e uma relação qualitativa no que diz respeito à promoção de um ideal político de justiça –, a governança parte do mercado e das liber-

⁶ A esse respeito, pode-se ler em Dardot e Laval: “A passagem do capitalismo fordista ao capitalismo financeiro foi marcada também por uma sensível modificação das regras de controle das empresas. Com a privatização do setor público, o peso cada vez maior dos investidores institucionais e o aumento dos capitais estrangeiros na estrutura da propriedade das empresas, uma das principais mudanças do capitalismo foram os objetivos perseguidos pelas empresas sob pressão dos acionistas. De fato, o poder financeiro dos proprietários da empresa conseguiu dos gestores que estes exercessem pressão constante sobre os assalariados com o intuito de aumentar os dividendos e as cotações na bolsa. Segundo essa lógica, a ‘criação de valor acionário’, isto é, a produção de valor em proveito dos acionistas como determinam os mercados de ações, torna-se o principal critério de gestão dos dirigentes. O comportamento das empresas é profundamente afetado. Elas desenvolverão todos os tipos de meios para aumentar essa ‘criação de valor’ financeiro: fusões-aquisições, recentralização no foco do negócio, terceirização de certos segmentos da produção, redução do tamanho da empresa. A governança da empresa (*corporate governance*) está diretamente ligada à vontade dos acionistas de assumir o controle da gestão das empresas.” (2016, p. 200).

dades individuais como fatos naturais e situa o Estado não acima, mas ao lado das forças econômicas; não como imposição vertical, mas como subsidiário. A função do Estado deixa de ser limitar o mercado pela imposição heterônoma do direito ou, menos ainda, impor ao mercado a justiça social como finalidade. Trata-se agora de um mercado total, autorregulado e infalível, que o Estado não limita – ao contrário, o Estado apenas assiste ao movimento espontâneo desse mercado que não atende a nenhuma finalidade externa. O “imaginário cibernético”⁷ que sustenta a governança pelos números é o da *programação*: ao invés da limitação das liberdades individuais pelo direito, o que pressuporia verticalidade, os indivíduos são tomados como partículas contratantes, cujas liberdades são fatos naturais, e programados para interagir horizontalmente uns com os outros em tempo real.

Nesse plano horizontal, em que toda a heteronomia desaparece, todos os aspectos qualitativos podem ser desconsiderados em prol de uma gestão exclusivamente quantitativa. Alimentada pelas “ilusões da quantificação” (SUPIOT, 2014, p. 68 et seq.) e pelo “sonho da harmonia pelo cálculo” (SUPIOT, 2015, p. 103 et seq.), a governança pelos números se funda “na crença na realidade dos objetos que as categorias estatísticas devem representar, e no esquecimento das convenções de equivalência que presidiram a sua construção” (SUPIOT, 2014, p. 79). A gestão estatal acaba reduzida a um simples objetivo: a produção do número. Assim como a contabilidade empresarial passa a ter por função promover a valorização em bolsa da empresa, o cálculo e a estatística se tornam os índices da eficiência do Estado, uma eficiência pura e simplesmente numérica. Mas também como ocorre no caso da contabilidade empresarial, a eficiência numérica do Estado não guarda qualquer conexão necessária com a realidade.⁸

⁷ “A derrocada do reino da lei em favor da governança pelos números se inscreve na longa história do sonho da harmonia pelo cálculo, cujo avatar mais recente – a revolução numérica – domina o imaginário contemporâneo. Esse imaginário cibernético leva a pensar a normatividade não mais como legislação, mas como programação. Não mais se espera que os homens ajam livremente dentro do quadro de limitações que a lei fixa, mas que reajam em tempo real aos múltiplos sinais que recebem para atender aos objetivos que lhes são atribuídos.” (SUPIOT, 2015, p. 23)

⁸ Supiot fala, a respeito da governança empresarial, da produção de uma “imagem contábil” da empresa que se descola da realidade – como, por exemplo, no caso Emron: SUPIOT, 2009, p. 138; SUPIOT, 2015, p. 122 et seq. Poderíamos falar, nesse mesmo sentido, de uma “imagem estatística” ou, de modo mais geral, de uma “imagem numérica” do Estado que não reflete a realidade.

Na esfera privada, essa concepção transformou profundamente o sentido da normalização contábil, que não tem mais por objetivo chamar as empresas às suas responsabilidades, mas organizar uma análise comparativa (*benchmarking*) de seus resultados financeiros. Originado da cibernética, o conceito de governança leva a considerar a cifra mais como um objetivo da ação do que como uma tabela, e mais exatamente como um gatilho da reação, pois cada ator privado ou público deve não mais agir, mas retroagir aos sinais cifrados que lhe chegam, a fim de melhorar seu desempenho.

Assim concebidos, os indicadores de política pública procedem da mesma conduta dogmática que a dos indicadores da planificação soviética, e estão repletos dos mesmos efeitos: orientar a ação para a satisfação dos objetivos quantitativos em vez de para resultados concretos, e dissimular a situação real da economia e da sociedade a uma classe dirigente desconectada da vida daqueles que ela dirige. A representação cifrada do mundo que governa, atualmente, a gestão dos negócios públicos e privados engloba as organizações internacionais, os Estados e as empresas em um autismo da quantificação que os afasta cada vez mais da realidade da vida dos povos. (SUPIOT, 2014, p. 76-77)

A queda do governo da lei e a ascensão da governança pelos números produz uma profunda transformação no direito. A primazia do princípio da legalidade tem por base uma concepção do direito como condição necessária para e controle público da atividade privada. É o direito, segundo essa concepção, que constitui os agentes econômicos na qualidade de sujeitos jurídicos, portadores de uma vontade livre e formalmente iguais, capazes de contratar, de adquirir propriedade etc., e que, por meio de regras impositivas gerais, estabelece os limites ao exercício dessa vontade livre – não há aqui, portanto, mercado senão em função do direito.⁹ Contudo, as bases dessa concepção são

⁹Vide nota de rodapé nº 2.

atingidas pelo processo que resulta na derrocado do governo da lei. O mercado total, sobre o qual se sustenta a governança pelos números, já não atende a qualquer finalidade política e já não aceita o direito como seu definidor ou limitador. Ao contrário, o mercado é agora o ponto de partida – e o direito, perdendo a capacidade de conformar o mercado, deve conformar-se a ele. Com a facilidade de circulação de capitais e de mercadorias, a globalização leva a uma corrida internacional dos agentes econômicos pelas ordens jurídicas mais favoráveis aos “negócios”. Instaura-se, com isso, uma concorrência internacional entre ordens jurídicas nacionais. Os Estados passam a buscar no mercado as soluções jurídicas que tenham se mostrado, em virtude dessa concorrência, mais adequadas para potencializar a sua “competitividade”. Assim, nos termos de Supiot, passamos da *rule of law*, característica do governo da lei, ao *law shopping*, característico da governança pelos números.

A respeito do Mercado Total, o Direito (assim como a religião, as ideias e as artes) é considerado como um produto competitivo em escala mundial, no qual agiria a seleção natural das ordens jurídicas mais adaptadas à exigência do rendimento financeiro. Ao invés de a livre concorrência ser baseada no Direito, é o Direito que deveria ser baseado na livre concorrência. [...] No âmbito das trocas econômicas, as liberdades associadas à livre troca (liberdade de estabelecimento, de prestação de serviços e de circulação de capitais e mercadorias) são as lembradas para autorizar os investidores e as empresas a não se submeterem às leis dos países em que operam, e a escolherem outro que lhes seja mais profícuo. Antigamente restrita ao Direito dos Mares, a prática de locais de conveniência se propaga em terra, sob a forma de *law shopping*, tratando os direitos nacionais como produtos competitivos em um mercado internacional de normas. (SUPLOT, 2014, p. 58-59)

O próprio direito é objeto de negociação, de mercantilização, de concorrência – para retomar os termos utilizados acima, o direito já não pode fixar

as “regras do jogo” para o mercado, porque o próprio direito passa a estar inserido no “jogo” do mercado.¹⁰ A concorrência num “mercado internacional de normas” sedimenta o abandono da concepção do direito como baliza da atividade econômica. Esse processo atinge, em especial, áreas centrais para o Estado social: direito do trabalho, direito tributário e seguridade social.¹¹ Em meio à “corrida ao baixo preço social” e diante da concorrência entre ordens jurídicas, as garantias jurídicas dos trabalhadores e as políticas de solidariedade são gradualmente desmontadas e substituídas por regimes precários de trabalho, sem proteção social, sem qualquer consideração qualitativa a respeito das condições de vida dos trabalhadores.

Podemos agora retornar ao tema inicial dessa discussão: a democracia. O processo de derrocada do governo da lei e da *rule of law* face à governança pelos números e o *law shopping* atinge, no limite, as bases de sustentação dessa forma de governo. No argumento de Supiot, podemos identificar ao menos duas frentes de ataque.

Em primeiro lugar, o rebaixamento do direito em vista do *law shopping* compromete o quadro jurídico fundamental dentro do qual operam os regimes democráticos. À maneira da regulamentação do mercado, o processo democrático igualmente pressupõe o papel de poder público do Estado e um lastro institucional constituído pelo direito. Se retomarmos as palavras de Bobbio, a democracia se define, antes de tudo, por suas “regras do jogo”. Quando, no entanto, essas regras não podem mais determinar o jogo, porque estão sob

¹⁰ De uma outra perspectiva: “Os Estados tornaram-se elementos-chave dessa concorrência exacerbada, procurando atrair uma parte maior dos investimentos estrangeiros pela criação de condições fiscais e sociais mais favoráveis à valorização do capital. Assim, contribuíram amplamente para a criação de uma ordem que os submete a novas restrições que, por sua vez, levam a comprimir salários e gastos públicos, reduzir ‘direitos adquiridos’ considerados muito onerosos e enfraquecer os mecanismos de solidariedade que escapam à lógica assistencial privada. Ao mesmo tempo atores e objetos da concorrência mundial, construtores e colaboradores do capitalismo financeiro, os Estados são cada vez mais submetidos à lei férrea de uma dinâmica da globalização que lhes escapa largamente” (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 199).

¹¹ “Uma vez que se admita que o direito é um instrumento técnico, ele deve, como todo produto, ser submetido a uma concorrência mundial num mercado de norma, que seleciona as mais aptas a responder às necessidades da economia. O *law shopping* tende a ocupar o lugar da *rule of law*, em especial nos domínios-chaves para o Estado social, que são o direito do trabalho, o direito tributário e o direito da seguridade social.” (SUPLOT, 2015, p. 172-173)

o imperativo de exigências tornadas superiores, as exigências do mercado, a democracia se encontra ameaçada.

Os mecanismos jurídicos próprios à democracia, sejam eles a liberdade eleitoral ou a sindical, permitem metabolizar os recursos da violência política e social, e transformar as relações de força em relações de Direito. Bloquear todos esses mecanismos e fazer da competição o único princípio universal de organização do mundo leva aos mesmos impasses dos totalitarismos do século XX, cujo tratado comum foi, justamente, a sujeição do Direito às supostas leis da economia, da história ou da biologia. (SUPIOT, 2014, p. 66)

Os mecanismos de participação popular construídos pelas “regras do jogo” são, ao menos, reduzidos em seu alcance: o mercado, como ordem superior, situa-se além de qualquer possibilidade de deliberação democrática. O funcionamento espontâneo do mercado não pode estar em discussão nas urnas, quaisquer modalidades de limitação à dinâmica do mercado não podem ser objeto de escolha popular. Trata-se, portanto, de uma “restrição do perímetro da democracia” (SUPIOT, 2015, p. 263), que teria por objetivo “colocar ‘a ordem espontânea’ do Mercado ao abrigo do poder das urnas”, de modo a “retirar inteiramente a repartição do trabalho e das riquezas, assim como do dinheiro, da esfera política” (SUPIOT, 2014, p. 30).

Em segundo lugar, a inversão da hierarquia entre política e economia (ou entre meios e fins) que aparece como pano de fundo da governança pelos números compromete um aspecto central e essencialmente político da democracia: o espaço do dissenso e a experiência da formação de consensos.

[...] a democracia parlamentar e a democracia social têm em comum, de uma parte, o fato de procurar representar a experiência humana em sua diversidade e, de outra, de dar espaço às assembleias de negociação, das quais se esperam justas decisões. Este não é o caso das formas de representação típicas da ‘governança’, que visam mais a quantificar os fatos do que

a reproduzir as experiências, não se tratando, portanto, de falar, mas sim de contar. (SUPIOT, 2014, p. 111)

A quantificação é avessa à diversidade. Orientada à produção do número, a governança não tem qualquer razão suficiente para respeitar as diversidades humanas que compõem qualquer sociedade contemporânea. A programação do comportamento não admite espaço para discussão e formação de consensos. Os critérios democráticos de participação, de representação e de decisão por maioria são erigidos sobre relações qualitativas e – na melhor das hipóteses – passam a segundo plano.

Note-se que Supiot (2014, p. 110) diferencia “democracia parlamentar” e “democracia social” – a primeira operando pelo princípio individual “um homem, uma voz”, a segunda, pelo princípio coletivo “um grupo de interesses, uma voz” –, claramente associadas ao Estado liberal e ao Estado social respectivamente. Em qualquer dos casos, porém, democracia não implica contradição com capitalismo: se o Estado social, como se apontou anteriormente, não se volta contra o capitalismo, também a democracia, mesmo em sua modalidade social, não o faz. Democracia e capitalismo estão, portanto, de acordo – Supiot destaca, porém, que esse acordo não é necessário:

A aliança entre capitalismo e democracia foi cimentada pelo Estado social e pela concorrência com o comunismo. Mas a democracia não é necessária ao capitalismo. Ele sempre acomodou ditaduras, contanto que elas respeitem a economia de mercado. A doutrina ultraliberal designa claramente a democracia como fonte de perturbações da ordem espontânea do mercado. (SUPIOT, 2015, p. 188)

A ruptura dessa aliança abre um horizonte desalentador. Não se trata apenas de um modelo de democracia que ruma ao colapso, mas a própria possibilidade de qualquer democracia. Essa forma de governo talvez seja o último bastião das esperanças de “domesticação” (limitadíssima e questionável quanto a seus verdadeiros fins) do capitalismo pela política e pelo direito, mas sua impotência diante do mercado total talvez signifique seu fim. A economia de

mercado pode, afinal, conviver muito bem não apenas com a democracia, mas também com a autocracia, inclusive com suas formas extremas. No cenário contemporâneo da governança pelos números, muito mais do que qualquer convivência entre mercado e democracia, coloca-se a tendência a um totalitarismo da quantificação.

Se voltarmos às reflexões de Bobbio sobre a democracia, com as quais abrimos a presente exposição, poderemos observar que essas preocupações, em certo sentido, já estavam presentes. No mesmo “O futuro da democracia”, Bobbio assevera:

Em suma, para os neoliberais a democracia é ingovernável não só da parte dos governados, responsáveis pela sobrecarga das demandas, mas também da parte dos governantes, pois estes não podem deixar de satisfazer o maior número para fazerem prosperar sua empresa (o partido). Pode-se descrever sinteticamente este despertar do liberalismo através da seguinte progressão (ou regressão) histórica: a ofensiva dos liberais voltou-se historicamente contra o socialismo, seu natural adversário na versão coletivista (que é, de resto, a mais autêntica); nestes últimos anos, voltou-se também contra o estado do bem-estar, isto é, contra a versão atenuada (segundo uma parte da esquerda também falsificada) do socialismo; agora é atacada a democracia, pura e simplesmente. A insídia é grave. Não está em jogo apenas o estado do bem-estar, quer dizer, o grande compromisso histórico entre o movimento operário e o capitalismo maduro, mas a própria democracia, quer dizer, o outro grande compromisso histórico precedente entre o tradicional privilégio da propriedade e o mundo do trabalho organizado, do qual nasce direta ou indiretamente a democracia moderna (através do sufrágio universal, da formação dos partidos de massa, etc.). (BOBBIO, 2000, p. 140-141)

Ainda que a partir de perspectivas teóricas e sob bases conceituais muito distintas, as preocupações de Bobbio e de Supiot pontualmente se encontram. Há mais de trinta anos, Bobbio já apontava para os efeitos dos

avanços do neoliberalismo. Nas palavras de Michelangelo Bovero, em comentário a Bobbio:

Portanto, a ideologia neoliberal, que, nos últimos tempos, transformou-se em uma espécie de meta-orientação política global, vê na democracia um obstáculo para o capitalismo, como já observava Norberto Bobbio há mais de trinta anos. E assim, o capitalismo – ou o neocapitalismo financeiro – acabou por desautorizar a democracia, isto é, o poder de autodeterminação política, instaurando uma espécie de *rule of capital* no lugar do *rule of law*. (BOVERO, 2015, p. 26)

Mais recentemente, Supiot nos apresenta elementos para refletir sobre esse processo em termos de “desconstrução” do governo da lei, em vista, em última medida, do triunfo das finanças sobre o capitalismo industrial. Ao fim, ambos deixam o mesmo alerta: a exacerbação do mercado e sua sobreposição à política levam à derrocada da democracia.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 11ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

BOVERO, Michelangelo. *Para uma teoria neobobbiana da democracia*. Trad. Marcelo de Azevedo Granato. São Paulo: FGV Direito SP, 2015.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. Trad. Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016.

KASHIURA JR., Celso Naoto; NAVES, Márcio Bilharinho. Subsunção real do trabalho ao capital e subjetividade jurídica. In: CONDE GAXIOLA, Napoleón (org.). *Teoría crítica y derecho contemporáneo*. Cidade do México: Horizontes, 2015, p. 89-117.

MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. Trad. Ana Prata. 2ª ed. Lisboa: Estampa, 1994.

PACHUKANIS, Evgeni. *A teoria geral do direito e o marxismo e ensaios escolhidos (1921-1929)*. Tradução de Lucas Simone. São Paulo: Sundermann, 2017.

SUPIOT, Alain. Justice sociale et libéralisation du commerce international. *Droit social*, v. 2, p. 131-141, fev. 2009.

SUPIOT, Alain. Contribution à une analyse juridique de la crise économique de 2008. *Revue internationale du travail*, v. 149, n. 2, p. 165-176, 2010.

SUPIOT, Alain. *O espírito de Filadélfia: a justiça social diante do mercado total*. Trad. Tânia do Valle Tschiedel. Porto Alegre: Sulina, 2014.

SUPIOT, Alain. *La gouvernance par les nombres*. Paris: Fayard, 2015.

A TEORIA DAS FORMAS DE GOVERNO DE NORBERTO BOBBIO, SEGUNDO ARISTÓTELES E POLÍBIO

THE THEORY OF NORBERTO BOBBIO'S GOVERNMENT FORMS, SECOND ARISTOTLES AND POLIBIO

Márcia Aparecida de Freitas¹
Miriam Canegusuco²
Olney Queiroz Assis³

RESUMO

O artigo desenvolve a reflexão sobre as formas de governos indicadas por Aristóteles e a forma mista de governo nos moldes pensados por Políbio, tendo em vista a aplicação da justiça distributiva de Aristóteles na modernidade. Norberto Bobbio, em seu curso sobre as Formas de Governo, destaca a importância de Aristóteles ao definir as formas de governo e que somente as formas boas, pensadas por Aristóteles e a forma mista, conforme Políbio, possui aplicação na modernidade. Conforme Bobbio, em Aristóteles, há uma conexão entre Política (formas de governo) e Direito (teoria da justiça). Ocorre, porém, que, em tempos modernos, a justiça, principalmente a justiça distributiva, que é mais adequada ao Estado Social Democrático do que ao Estado Liberal.

¹ Mestranda em Direito no Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM. Advogada, Membro do Grupo de Estudos Avançados GEA do Instituto dos Advogados da Zona Leste de São Paulo.

² Mestre em Direito pela Universidade Metropolitana de Santos – UNIMES. Doutoranda em Direito do Estado na Universidade de São Paulo (USP) e pela Université Jean Moulin Lyon III - Faculté de Droit.

³ Mestre e Doutor em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica – PUCSP, Advogado.

PALAVRAS-CHAVE

Formas de Governo; Justiça distributiva e comutativa; Mediania; Lei; Estado Social Democrático.

ABSTRACT

The article develops the reflection on the forms of governments indicated by Aristotle and the mixed form of government in the molds thought by Polybius, in view of the application of the distributive justice of Aristotle in the modernity. Norberto Bobbio, in his course on Forms of Government, emphasizes the importance of Aristotle in defining the forms of government and that only the good forms, thought by Aristotle and the mixed form of government, according to Polybius, have application in modernity. According to Bobbio, in Aristotle, there is a connection between politics (forms of government) and law (theory of justice). It happens, however, that in modern times, justice, especially distributive justice, is more adequate to the Social Democratic State than to the Liberal Social State.

KEYWORDS

Forms of Government; Distributive and comutative justice; Mediania; Law; Social Democratic State.

INTRODUÇÃO

Norberto Bobbio (2001), em sua obra “A Teoria das Formas de Governo”, resultado das suas aulas de filosofia política ministradas na Faculdade de Ciências Políticas da Universidade de Turim (1975/1976), ao discorrer sobre as várias formas de governo, bem como a(s) melhor(es) ou mais adequada(s) delas, descreve as principais noções acerca do tema, segundo clássicos e históricos pensadores, desde os pós-socráticos Platão e Aristóteles, passando pelo historiador grego Políbio, após por Maquiavel, Bodin, Hobbes, Montesquieu até os mais modernos, como Hegel e Marx.

Segundo Celso Lafer, prefaciando a obra de Bobbio (2001), a razão do interesse de Bobbio pelo estudo das formas de governo, ao refazer as doutrinas do passado, tema por tema, problema por problema, sem olvidar dos precedentes históricos (tradição), é buscar elementos sobre “**como se pode bem exercer o poder**” segundo sua crítica ético-política. Daí, a relevância não somente do uso descritivo e sistemático das formas de governo (classificação dos vários tipos de constituição política, segundo sua historicidade), como, do seu uso prescritivo e axiológico (quais das formas descritas são boas, quais são más; quais as melhores e as piores; enfim, qual a melhor e qual a pior, segundo julgamentos de juízo, de valor) (Bobbio, 2001, p. 20; 33).

Ressalte-se que o presente artigo, de acordo com a tipologia das formas de governo, vai fincar o discurso na obra de Aristóteles, segundo sua Teoria da Justiça, bem como na forma mista de governo pensado por Políbio, notadamente pela significativa importância que Bobbio atribui às ideias Aristotélicas e às concepções de Políbio, como contribuição para o mundo contemporâneo, especialmente ao Estado Social Democrático.

Bobbio (2001) enaltece a extraordinária originalidade e fecundidade das categorias da classificação das formas de governo elaboradas pelos antigos gregos, particularmente pelo viés da visão política de Aristóteles e Políbio, cujas ideias chegaram quase que intactas até a contemporaneidade, inclusive, no que diz respeito aos termos adotados na remota filosofia grega, tais como monarquia, oligarquia, aristocracia, democracia, tirania, autocracia etc. Não há obra política clássica que não trate das formas de governo e não há autor

clássico que não faça, ainda que indiretamente, referência aos autores gregos, em particular Aristóteles, por meio da sua obra “Política”, ao tratar das formas de governo (BOBBIO, 2001, p. 4).

A Teoria da Justiça de Aristóteles que diz respeito a uma justiça distributiva, comutativa encontra eco somente nas formas de governo consideradas boas.

De acordo com Bobbio (2001), a Teoria da Justiça de Aristóteles, a justiça comutativa se dá especialmente no Estado Social Democrático e não em um Estado Liberal ou Neoliberal, marcado pela atuação minimalista do Estado.

1 ARISTÓTELES

1.1 Política e Justiça

Aristóteles (1973), partindo do fato de que o homem é um ser político (“zoon politikon”) e que vive em sociedade, procura mostrar que a **justiça** é um dos meios pelo qual o homem vence o acaso e alcança o bem que lhe é próprio. Existe, portanto, um vínculo entre política e ética, tendo em vista que justiça - **a principal virtude ética** - corresponde a uma **ação política**.

Os problemas políticos e éticos são problemas práticos relativos à ação humana (*práxis*), portanto, estão subordinados à dialética. A dialética não apresenta o mesmo rigor que a analítica, posto que esta parte de proposições universais e necessárias, enquanto aquela parte de opiniões gerais, meramente verossímeis.

O método dialético é, portanto, o **método da teoria política e da teoria da justiça**. Vale dizer, por sua indeterminação, o objeto ético ou político é portador de uma indeterminação peculiar, que tem de ser vencida pelo levantamento de diversas opiniões sobre a ação ética ou política. Nesse sentido Aristóteles diz:

“Ora, as ações belas e justas, que a ciência política investiga, admitem grande variedade e flutuações de opiniões, de forma que se pode considerá-las como existindo por convenção

apenas, e não por natureza (...). Ao tratar, pois, de tais assuntos, e partindo de tais premissas, devemos contentar-nos em indicar a verdade aproximadamente e em linhas gerais” (ARISTÓTELES, 1973, p. 250).

Enfim, a questão política consiste em realizar o mais alto de todos os bens que se podem alcançar pela ação. Para o tocador de flauta, para o escultor e para o artesão, o bem consiste na perfeição com que exercem as suas funções. O bem do cidadão e da cidade consiste igualmente no bom exercício da ação humana de acordo com a virtude e, no caso de uma pluralidade de virtudes, de acordo com a melhor e mais perfeita de todas elas. O problema que se segue é o de saber no que consiste a virtude.

Em Aristóteles (1973) há várias concepções de virtude: **a)** virtude é uma disposição de caráter, um hábito adquirido; **b)** virtude é uma mediania racionalmente determinada pelo homem prudente; **c)** a principal virtude é a justiça, porque nela estão contidas todas as outras.

1.2 Teoria da Justiça

Aristóteles (1973) entende que na alma se encontram três espécies de coisas: **a)** as paixões; **b)** as faculdades (meras possibilidades ou potências); e **c)** as disposições de caráter (hábito). As paixões são sentimentos ou inclinações naturais acompanhadas de prazer ou dor, como a cólera e o medo. A virtude não pode ser uma paixão porque a cólera e o medo não podem ser considerados atos virtuosos. A paixão suscita movimentos contrários ao bem da natureza humana, isto é, movimentos contrários à vida racional que corresponde ao fim a que os homens estão destinados. A virtude também não pode ser uma faculdade – capacidade de sentir paixões – porque uma faculdade tanto pode ser posta a serviço do bem quanto do mal.

Não sendo paixão nem faculdade, por conseguinte, a *virtude* só pode ser uma *disposição de caráter*, um *hábito adquirido*. A virtude é adquirida em resultado do hábito. Nesse sentido, Aristóteles, na *Ética a Nicômaco*, diz:

“Sendo, pois, de duas espécies a virtude, intelectual e moral, a primeira, por via de regra, gera-se e cresce graças ao ensino – por isso requer experiência e tempo; enquanto a virtude moral é adquirida em resultado do hábito. Por tudo isso, evidencia-se também que nenhuma das virtudes morais surge em nós por natureza; com efeito, nada que existe naturalmente pode formar um hábito contrário à sua natureza. Por exemplo, à pedra que por natureza se move para baixo não se pode imprimir o hábito de ir para cima (...). Não é, pois, por natureza, nem contrariando a natureza que as virtudes se geram em nós. Diga-se, antes, que somos adaptados por natureza a recebê-las e nos tornamos perfeitos pelo hábito” (ARISTÓTELES, 1973, p. 267).

A virtude não é uma coisa natural no ser humano, mas um hábito adquirido, uma disposição permanente. A ética orienta o homem para a aquisição dos hábitos virtuosos que o encaminham no sentido da perfeição. Virtude é, portanto, ação, atividade da vontade que delibera, isto é, que examina várias possibilidades possíveis e escolhe. O ato de escolher passa a ser um ato racional e voluntário próprio do cidadão ético e político. A virtude se desenvolve no espaço público (*polis*) e por intermédio da ação, ou seja, no encontro dos homens enquanto cidadãos. Por isso os fins racionais de uma escolha têm sempre em vista um bem, que é o bem comum.

A virtude não é uma inclinação natural. Contudo: “*Toda ação e escolha têm em mira um bem qualquer, e por isso foi dito, com muito acerto, que o bem é aquilo a que todas as coisas tendem*” (ARISTÓTELES, 1973, p. 249).

Como tudo na natureza, o homem age tendo em vista um fim ou uma finalidade que é um bem e, portanto, ao agir, atualiza potências no sentido do bem; vale dizer, em todos os planos da realidade há uma identidade de fim que é o bem. Assim, o bem, na *poiesis* (*techne*), consiste na perfeição do exercício do trabalho que é o ofício do artesão, inclusive o legislador.

A partir desse esboço, Aristóteles (1973, p. 273) esclarece que *virtude* é uma disposição para agir de um modo deliberado e consiste numa *mediania* relativa ao ser humano, que é racionalmente determinada pelo homem

prudente, dotado de sabedoria prática. A ação virtuosa consiste, assim, numa escolha preferencial proveniente de uma deliberação racional, que depende do ser humano e que ele pode realizar. O homem, entretanto, não delibera sobre a natureza (o necessário) ou sobre coisas que não podem ser realizadas e não faz sentido deliberar contra si mesmo ou contra o seu próprio bem. Como diz Aristóteles: “deliberamos sobre as coisas que estão ao nosso alcance e podem ser realizadas”.

Ferraz Jr (1995, p. 10) esclarece que a escolha preferencial se distingue da escolha voluntária, porque aquela se dirige aos meios da ação, enquanto esta visa aos seus fins. Toda escolha preferencial é voluntária, como são voluntários os apetites e desejos, na medida em que todos visam a um fim. Mas a escolha preferencial é, além disso, acompanhada da razão e do pensamento discursivo. O objeto da escolha preferencial é o que foi decidido por deliberação, e esta é própria das ciências práticas que envolvem o método dialético.

A mediania ou medida relativa que caracteriza a virtude é o justo meio, entendido como equilíbrio ou moderação entre dois extremos. A vontade racional é o cálculo moderador que encontra o justo meio entre dois extremos. A ética aparece, assim, como a ciência da moderação, do equilíbrio e da prudência (*phronesis*). A injustiça (vício) é o rompimento do justo meio por excesso ou por escassez. Isso significa que para cada virtude existem dois vícios, um por excesso e outro por escassez, por exemplo: coragem é o justo meio (virtude) entre a temeridade (vício por excesso) e a covardia (vício por escassez); amor é o justo meio (virtude) entre a possessão (excesso) e a indiferença (escassez); liberalidade é o justo meio (virtude) entre a prodigalidade (excesso) e a avareza (escassez) e assim em relação a todas as demais virtudes.

Justiça é, assim, a *virtude que contém ou determina todas as demais*. Como diz Aristóteles na *Ética a Nicômaco*:

“Ela (a justiça) é a virtude completa no pleno sentido do termo, por ser o exercício atual da virtude completa. É completa porque aquele que a possui pode exercer sua virtude não só sobre si mesmo, mas também sobre o seu próximo, já que muitos homens são capazes de exercer virtude em seus as-

suntos privados, porém não em suas relações com os outros (...). Portanto, a justiça neste sentido não é uma parte da virtude, mas a virtude inteira; nem é seu contrário, a injustiça, uma parte do vício, mas o vício inteiro. O que dissemos põe a descoberto a diferença entre a virtude e a justiça neste sentido: são elas a mesma coisa, mas não o é a sua essência. Aquilo que, em relação ao nosso próximo, é justiça, como uma determinada disposição de caráter e em si mesmo, é virtude” (ARISTÓTELES, 1973, p. 322-323).

1.3 Justiça: Universal e Particular

Para Aristóteles (1973), justiça é relação que possui as seguintes características: **a)** é bilateral, voluntária e preferencial; **b)** deve estar em conformidade com a lei e com o bem comum; **c)** deve respeitar a igualdade.

A *relação bilateral* é um dos elementos constitutivos do conceito de justiça porque esta só pode ser praticada ou exercida em relação a outro semelhante ou igual ao sujeito que a pratica. Justiça não é apenas um hábito, mas também um ato (ação) que pressupõe a existência da relação do agente com o outro. A *relação é voluntária* porque pressupõe uma escolha deliberada. A *relação é preferencial* porque a escolha é acompanhada da razão e pensamento discursivo próprios do homem prudente.

Para explicar que a justiça deve estar em *conformidade com a lei, com o bem comum e respeitar a igualdade*, Aristóteles estabelece uma distinção (classificação) entre *justiça universal* e *justiça particular*.

I - Justiça Universal: é a conduta de acordo com a lei e abrange todas as demais virtudes, quando estas estiverem prescritas em lei. É normalmente por intermédio da lei que se realiza o bem comum. Nesse sentido, Aristóteles diz que nas disposições que tomam sobre todos os assuntos, as leis têm em mira a vantagem comum. A lei bem elaborada ordena a praticar todas as virtudes, como os atos de um homem temperante (não cometer adultério), os de um homem calmo (não caluniar, nem agredir ninguém), os de um homem honesto (não lesar ninguém) e proíbe a prática de qualquer vício. Nesse sentido, o *hábito* de respeitar a lei faz do homem respeitador da lei um homem justo.

Aristóteles explica o conceito de justiça universal com as seguintes palavras:

“A maioria dos atos ordenados pela lei são aqueles que são prescritos do ponto de vista da virtude considerada como um todo. Efetivamente, a lei nos manda praticar todas as virtudes e nos proíbe de praticar qualquer vício. E as coisas que tendem a produzir a virtude considerada como um todo são aqueles atos prescritos pela lei tendo em vista a educação para o bem comum” (ARISTÓTELES, 1973, p. 324).

“Com efeito, a justiça existe apenas entre homens cujas relações mútuas são governadas pela lei; e a lei existe para os homens entre os quais há injustiça, pois a justiça legal é a discriminação do justo e do injusto (...). Aí está porque não permitimos que um **homem** governe, mas o **princípio racional**, pois que um homem o faz no seu próprio interesse e converte-se num tirano. O magistrado, por outro lado, é um protetor da justiça e, por conseguinte, também da igualdade” (ARISTÓTELES, 1973, p. 330).

II - Justiça Particular: é o hábito que realiza e respeita a igualdade. Nesse sentido as palavras de Aristóteles:

“Da **justiça particular** e de que é justo no sentido correspondente **(A) uma espécie é a que se manifesta nas distribuições** de honras, de dinheiro ou das outras coisas que são divididas entre aqueles que têm parte na constituição (pois aí é possível receber um quinhão igual ou desigual ao de um outro); e **(B) outra espécie é aquela que desempenha um papel corretivo** nas transações entre indivíduos. **Desta última há duas divisões: dentre as transações,** (1) algumas são **voluntárias**, e (2) outras são **involuntárias; voluntárias**, por exemplo, as compras e vendas, os empréstimos para consumo, as arras, o empréstimo para uso, os depósitos, as locações (todos estes são chamados voluntários porque a origem das transações é voluntária); ao passo que das **involuntárias**, (a) algumas são **clandestinas**, como o furto, o adultério, o envenenamento, o

lenocínio, o engodo a fim a fim de escravizar, o falso testemunho, e (b) outras são **violentas**, como a agressão, o sequestro, o homicídio, o roubo a mão armada, a mutilação, as investivas e os insultos” (ARISTÓTELES, 1973, p. 324).

A justiça particular é promovida pela *justiça distributiva* e pela *justiça comutativa* (corretiva ou retificadora):

A - Justiça Distributiva: essa espécie de justo se manifesta na igualdade mediante distribuição proporcional geométrica (igualar o desigual) de bens e outras vantagens entre os cidadãos, considerando a necessidade ou o mérito de cada um. A cidade, na distribuição dos bens (riqueza, cargos, fama) entre os cidadãos, deve respeitar a distribuição proporcional geométrica que consiste em igualar os desiguais. Exemplo dessa justiça no Direito contemporâneo é o tratamento favorecido e diferenciado que a lei estabelece para pessoas com deficiência e para microempresas e empresas de pequeno porte. Também podem ser enquadrados nesse tipo de justiça os programas sociais do governo que beneficiam as famílias pobres. O próprio sistema tributário brasileiro exige, pelo princípio da capacidade contributiva, a aplicação da regra “tratar desigualmente os desiguais”.

Uma vez atendida as necessidades dos cidadãos, a justiça distributiva aponta que a distribuição dos bens seja feita pelo critério meritocrático. Assim, na distribuição dos bens, o *critério da necessidade* é mais importante e vital porque antecede ao *critério da meritocracia*. O critério meritocrático é também amplamente utilizado na legislação contemporânea. Neste sentido, são exemplos os “quadros de carreiras” que fixam cargos e salários tanto para servidores públicos quanto para trabalhadores da iniciativa privada.

Enfim, a justiça distributiva tem por finalidade impedir o crescimento das desigualdades (econômicas, sociais, intelectuais etc.) entre os cidadãos, portanto, encontra no mundo contemporâneo um vasto horizonte de aplicação.

Conforme Aristóteles, **nas distribuições ou justiça distributiva** “o justo envolve pelo menos quatro termos, porquanto duas são as pessoas para quem ele é de fato justo, e duas são as coisas em que se manifesta – os objetos distribuídos” (ARISTÓTELES, 1973, p. 325).

“E a mesma igualdade se observará entre as pessoas e entre as coisas envolvidas; pois a mesma relação que existe entre as segundas (as coisas envolvidas) também existe entre as primeiras. Se não são iguais não receberão coisas iguais; mas isso é origem de disputas e queixas: ou quando iguais têm e recebem partes iguais. Isso, aliás, é evidente pelo fato de que as distribuições devem ser feitas ‘de acordo com o mérito’” (ARISTÓTELES, 1973, p. 325).

“Eis aí, pois, o que é o justo: o proporcional; e o injusto é o que viola a proporção. Desse modo, um dos termos torna-se grande demais e o outro demasiado pequeno, como realmente acontece na prática; porque o homem que age injustamente tem excesso e o que é injustamente tratado tem demasiado pouco do que é bom. Essa é, por conseguinte, uma das espécies de justo” (ARISTÓTELES, 1973, p. 325).

B - Justiça Comutativa ou Retificadora ou Corretiva: essa espécie de justo se manifesta na igualdade mediante uma proporcionalidade aritmética (igual) e desempenha um papel corretivo nas transações (voluntárias ou involuntárias) entre os cidadãos. A justiça comutativa corrige os erros e delitos nas relações entre os cidadãos: furtos, roubos, rapina, assassinato, estupro, adultério, injúria etc. Neste aspecto, todos devem ser tratados igualmente. A justiça comutativa consiste também na correção dos erros da justiça distributiva. Cabe ao juiz a aplicação dessa justiça. Aristóteles esclarece o conceito de justiça comutativa nas seguintes passagens da *Ética a Nicômaco*:

“A outra espécie (de justo) é a corretiva, que surge em relação com as transações tanto voluntárias como involuntárias. Esta forma do justo tem um caráter específico diferente da primeira. Com efeito, a justiça que distribui posses comuns está sempre de acordo com a proporção mencionada acima; e a injustiça contrária a esta espécie de justiça é a que viola a proporção (geométrica). Mas a justiça nas transações entre um homem e outro é efetivamente uma espécie de igualdade, e a injustiça uma espécie de desigualdade; não de acordo

com essa espécie de proporção, todavia, mas de acordo com uma proporção aritmética. Porquanto não faz diferença que um homem bom tenha defraudado um homem mau ou vice-versa, nem se foi um homem bom ou mau que cometeu adultério; a lei considera apenas o caráter distintivo do delito e trata as partes como iguais, se uma comete e a outra sofre injustiças, se uma é autora e a outra é vítima do delito” (ARISTÓTELES, 1973, p. 173).

“Portanto, sendo esta espécie de injustiça uma desigualdade, o juiz procura igualá-la; porque também no caso em que um recebeu e o outro infringiu um ferimento, ou um matou e o outro foi morto, o sofrimento e a ação foram desigualmente distribuídos; mas o juiz procura igualá-lo por meio da pena tomando uma parte do ganho do acusado. Por conseguinte, a justiça corretiva será o intermediário entre a perda e o ganho” (ARISTÓTELES, 1973, p. 326).

“Eis aí porque as pessoas em disputa recorrem ao juiz e recorrer ao juiz é recorrer à justiça, pois a natureza do juiz é ser uma espécie de justiça animada (...). O juiz restabelece a igualdade” (ARISTÓTELES, 1973, p. 326).

Enfim, na obra de Aristóteles (1973), a ação humana é objeto das ciências práticas (*poiesis* e *práxis*); portanto, é no âmbito dessas ciências que se esclarecem as ideias de bem e justiça. O bem, na *poiesis* (*techne*), consiste na perfeição do exercício do trabalho que é o ofício do artesão, por exemplo, o legislador. A justiça, na *práxis*, consiste numa disposição de caráter que resulta de uma deliberação voluntária e própria do homem virtuoso. Nessa trilha, é o conhecimento das ações boas e justas que permite definir o bem e a justiça como valores ou padrões gerais de conduta ou ação humana.

Há, entretanto, um ponto comum entre as ciências práticas (conhecimento das ações humanas) e as teóricas (conhecimento contemplativo), porque o homem, além de agir, é um ser natural que segue as leis da *physis*. O homem é, assim, um misto que possui um lado que segue a natureza (a vontade racional), e possui um lado que é sua natureza (o apetite ou desejo que é paixão), uma inclinação natural e desenfreada pela busca de prazer que é a

origem de todos os vícios. A virtude, portanto, a justiça não é uma inclinação natural. Mas, como tudo na natureza, o homem age tendo em vista um fim ou uma finalidade que é um bem e, ao agir, atualiza potências no sentido do bem. Mediante a prática de atos virtuosos o homem se torna virtuoso, alcança a perfeição que consiste na plena realização da sua forma.

Aristóteles (1973) anota que o culpado de uma infração legal fica sujeito à pena (sanção) prevista em lei. Segundo ele, a pena tem uma função que consiste em restabelecer a ordem da justiça, não se trata, portanto, de vingança ou lei de Talião, mas de restabelecer a justiça em sua devida proporção. Nesse sentido, especifica:

“Quando alguém apanhou e outro bateu, ou então quando alguém matou e outro morreu, não há relação de igualdade entre o dano e o direito, mas o juiz procura remediar essa desigualdade com a pena que inflige, reduzindo a vantagem obtida” (ABBAGNANO, 2003, p. 749).

2.4 Equidade

Tercio Sampaio Ferraz Jr (2002, p. 203) anota que o Direito grego distingue: **a) anomia**: significa não a falta de lei, mas um dissídio entre uma lei escrita e os supremos princípios do justo; e **b) eunomia**: é o acordo entre a lei escrita e os princípios gerais do justo. Para os tribunais gregos, todo legal (lei escrita) era justo, embora nem todo justo fosse legal (lei escrita). O justo emanava de uma virtude, atribuída a todo cidadão, de dirimir entre uma lei justa e outra injusta. Uma espécie de prudência ou bom-senso de que os magistrados, particularmente, deveriam ser bem-dotados, portanto, fazia com que o justo, entre os gregos, se identificasse como o equitativo, devendo a lei repousar sobre a equidade. No caso de conflito, o juiz sempre decidia conforme a equidade. Nesse sentido, Aristóteles lembra que o bom juiz, mais do que o especialista, é aquele que recebeu uma cultura geral: *“Ora, cada qual julga bem as coisas que conhece, e dessas coisas ele é bom juiz. Assim, o homem que foi instruído a respeito de um assunto é bom juiz nesse assunto, e o homem que recebeu instrução sobre todas*

as coisas é bom juiz em geral” (ARISTÓTELES, 1973, p. 250).

Para Aristóteles, equidade e justiça são coisas diferentes, embora participem do mesmo gênero. Há, segundo ele, um gênero que é o justo, do qual a lei e a equidade são espécies. Quanto ao gênero, a justiça conforme a lei e a equidade são iguais e boas do mesmo modo. Mas quanto à espécie, a equidade é melhor. Isto ocorre porque o legislador, ao elaborar as leis, pode incorrer em duas espécies de lacunas: **a) involuntária**: quando um fato não é percebido pelo legislador, portanto, a lacuna se dá contra a sua vontade; ou **b) voluntária**: não podendo prever tudo, o legislador estatui princípios gerais, e a lacuna será por sua vontade. Assim, nos casos de lacunas decide-se por equidade. Nesse sentido, Aristóteles (1973, p. 336) expõe:

“A mesma coisa, pois, é justa e equitativa, e, embora ambos sejam bons, o equitativo é superior. O que faz surgir o problema é que o equitativo é justo, porém não o legalmente justo, e sim uma correção da justiça legal”

“Portanto, quando a lei se expressa universalmente (de modo geral) e surge um caso que não é abrangido pela declaração universal, é justo, uma vez que o legislador falhou e errou por excesso de simplicidade, corrigir a omissão – em outras palavras, dizer o que o próprio legislador teria dito se estivesse presente, e que teria incluído na lei se tivesse conhecimento do caso. É essa a natureza do equitativo: uma correção da lei quando ela é deficiente em razão da sua universalidade”. (ARISTÓTELES, 1973, p. 336).

Segundo Ferraz Jr, a noção de justiça universal sofre, dessa maneira, um último esclarecimento. Ela pode ser compreendida como o que é conforme à lei, em sua atualidade jurisprudencial, que versa sobre questões referentes às relações políticas, quer reguladas por lei particulares, quer naturais, podendo ambas ser escritas ou costumeiras, mas à medida que todo esse complexo se acha informado pela equidade. Em última análise, o justo conforme à lei se revela em seu estrito senso como o equitativo.

1.5 Justiça Política

A *justiça universal* é algo próprio da organização política (*polis*), motivo pelo qual Aristóteles fala em justiça política. Isso fica mais evidente pela análise do sentido da expressão “*lei*” utilizada por Aristóteles.

A expressão “*lei*”, núcleo da definição de justiça universal, manifesta uma pluralidade de sentidos. Cabe lembrar, como o faz Ferraz Jr (2002, p. 197-202), que há no conceito de “*lei*” elaborado pelos gregos um pressuposto de bondade intrínseca, manifestada na sua rigidez e imutabilidade que procura evitar a introdução de modificações nas situações legalmente constituídas, por isso a lei ou o costume é reverenciado como algo de origem divina. Nesse sentido Platão fala da lei como norma divina, superior e imutável.

A expressão “*lei*” tem, portanto, uma abrangência ética, porque envolve o cumprimento de todos os deveres e o exercício de todas as virtudes. Não significa apenas lei no sentido técnico-jurídico moderno, mas norma que abrange uma variedade de condutas ou comportamentos humanos, envolvendo tanto os aspectos jurídicos quanto os morais.

A lei, como anota Ferraz Jr.(2002), é classificada por Aristóteles entre as provas estritamente jurídicas da persuasão e tem duas finalidades: limitar o poder político dos magistrados e o poder arbitral dos juízes. Aparece, portanto, como um pressuposto formal da função jurisdicional. Além disso, aparece como regra de conduta, sentido que Aristóteles restringe ao campo da justiça política (Direito da *polis*).

A justiça política, segundo Aristóteles, depende da lei e não existe senão para aqueles que vivem naturalmente sob o império da lei, aqueles que possuem uma parte igual no direito de governar e ser governados. Esse é um direito que só é comum aos cidadãos, àqueles que potencialmente podem participar do espaço público que é o espaço das relações igualitárias, da política e da cidadania. Exclui-se, portanto, as relações que ocorrem no espaço privado, tais como as relações entre o senhor e o escravo, entre o senhor e a sua esposa etc. Assim, quando a justiça universal é definida como conformidade com a lei, deve-se entender a atividade jurisdicional que versa as questões referentes às relações políticas, isto é, igualitárias.

Na concepção aristotélica, a relação entre os homens é uma relação natural que se vivencia na *polis*; vale dizer, o homem é, por natureza, destinado à vida em comunidade e a lei existe para ordenar essas relações. O fim mais alto do ser humano é viver bem, esse fim só a comunidade política pode realizar. Em síntese, a vida ética (o bem-viver) só se realiza plenamente na *polis*, isto é, na comunidade política que torna possíveis as virtudes individuais e coletivas. O fim da cidade (*polis*) é o seu próprio bem, que é o bem de todos os cidadãos, o bem comum.

Na obra de Aristóteles **há uma convergência entre a teoria da justiça** (ética) e a **teoria das formas de governo (política)**. Vale dizer, a realização da justiça como hábito também depende da forma de governo adotada na *polis*:

“Isto é confirmado pelo que acontece nos Estados: os legisladores tornam bons os cidadãos por meio de hábitos que lhes incutem. Esse é o propósito de todo legislador, e quem não logra tal desiderato, falha no desempenho da sua missão. Nisso, precisamente, reside a diferença entre as boas e as más constituições” (ARISTÓTELES, 1973, p. 267).

1.6 Teoria das Formas de Governo

Conforme Bobbio (2001), a *teoria das formas de governo* expõe o entrelaçamento entre poder e Direito, isto é, a convergência entre política e justiça. Bobbio anota que desde Heródoto, a teoria das formas de governo apresenta um inter-relacionamento ostensivo entre matéria política e matéria jurídica. Nessa trilha, a teoria das formas de governo coloca em evidência três questões: **a) primeira:** aponta a existência de um tema recorrente na história do pensamento político, que deriva da exigência de um controle do poder como condição da liberdade; **b) segunda:** revela que a realização da justiça depende da forma de governo adotada pela cidade; **c) terceira:** mostra uma “contraposição” entre *governo dos homens* e *governo das leis*.

Aristóteles expõe a sua *teoria das formas de governo* principalmente na *Política*, mas também trata do assunto na *Ética a Nicômaco*. Na *Política* come-

ça com a definição de comunidade política (*polis*):

“Toda cidade (**polis**) é uma espécie de comunidade (**koíno-mia**) e toda comunidade é constituída em vista de um certo bem, pois é para obter o que lhe parece ser um bem que os homens sempre fazem o que fazem. Disso resulta que, se todas as comunidades visam um bem determinado, a comunidade superior a todas e que a todas engloba, visa também, mais do que as outras, um bem superior a todos. Essa é a comunidade que chamamos de cidade, a comunidade política” (ARISTÓTELES, 1988, p. 1252 a).

À organização da comunidade política (forma de governo) Aristóteles denomina *constituição* (*politéia*) e assim a define: “A constituição é a estrutura que dá ordem à cidade, determinando o funcionamento de todos os cargos públicos e, sobretudo, da autoridade soberana” (ARISTÓTELES, 1988, p. 1278 b).

Aristóteles reconhece que existem *constituições* diferentes, portanto, a primeira tarefa consiste em nomeá-las, classificá-las e descrevê-las de modo claro e conciso:

“Como constituição e governo significam a mesma coisa, e o governo é o poder soberano da cidade, é necessário que esse poder soberano seja exercido por ‘um só’, por ‘poucos’ ou por ‘muitos’. Quando um só, poucos ou muitos exercem o poder buscando o interesse comum, temos necessariamente as constituições retas; quando exercem, no seu interesse privado, temos desvios (...). Chamamos ‘reino’ ao governo monárquico que se propõe a fazer o bem público; ‘aristocracia’, ao governo de poucos (...) quando tem por finalidade o bem comum; quando a massa governa visando ao bem público, temos a ‘politia’ (...). As degenerações das formas de governo precedentes são a ‘tirania’, com respeito ao reino; ‘oligarquia’, com relação à aristocracia, e a ‘democracia’, no que diz respeito à ‘politia’. Na verdade, a tirania é o governo monárquico exercido em favor do monarca; a oligarquia visa ao interesse dos ricos; a democracia, ao dos pobres. Mas

nenhuma dessas formas mira a utilidade comum” (ARISTÓTELES, 1988, p. 1279 a-b).

Na Ética a *Nicômaco* expõe a hierarquia dessas formas de governo que vai da melhor para a pior: **a) formas boas**: monarquia (a melhor de todas), aristocracia, políтия ou timocracia (a pior entre as formas boas); **b) formas más**: democracia (a menos má entre as más), oligarquia, tirania (a pior de todas). Nesse sentido diz:

“Existem três espécies de constituições e igual número de desvios (...). As constituições são a monarquia, a aristocracia (...) e a timocracia. A melhor delas é a monarquia, e a pior é a timocracia (...). O desvio da monarquia é a tirania (...) e é evidente ser esta a pior forma de desvio, pois o contrário do melhor é que é o pior (...), a democracia é a menos má das três espécies de perversão”. (ARISTÓTELES, 1973, p. 389).

Nos textos acima fica claro que o critério para distinguir as formas boas das más consiste, sobretudo, no interesse comum e no interesse pessoal. Nesse sentido, as formas boas são aquelas em que os governantes visam ao interesse comum; as formas más são aquelas em que os governantes têm em vista o interesse próprio. É importante destacar que esse critério está associado à concepção aristotélica de espaço público (*polis*), de justiça e de liberdade. Vale dizer, a justiça (o bem comum) só se realiza plenamente na comunidade política que é a *polis*, e isso só é possível sob a égide de uma forma de governo não pervertida. Dito de outro modo, para que o objetivo mais alto do ser humano (que é *viver em comum, viver bem, ter uma vida boa*) possa ser realizado é necessário que os cidadãos visem ao interesse comum, em conjunto ou por intermédio de seus governantes.

Conforme Bobbio (2001), Aristóteles distingue três relações de poder: **a)** o poder do pai sobre o filho; **b)** o poder do senhor sobre o escravo; e **c)** o poder do governante sobre o governado. Essas três relações de poder se distinguem entre si com base no tipo de interesse perseguido. O poder dos senhores é exercido no seu próprio interesse; o paterno, no interesse dos fi-

lhos; o político, no interesse comum de governantes e governados (BOBBIO, 2001, p. 58). A partir dessas relações, Aristóteles retira algumas conclusões que valem mencionar.

Uma conclusão, já especificada, consiste na diferença entre formas de governo boas e más. Nesse sentido diz: *“É evidente que todas as constituições que miram o interesse comum são constituições retas, enquanto conforme à justiça absoluta; as que visam ao interesse dos governantes são errôneas, constituindo degenerações com respeito às primeiras”* (ARISTÓTELES, 1988, p. 1279 a).

De todo o exposto, percebe-se que a Teoria da Justiça é adequada somente às formas de governo consideradas boas. Há, deste modo, uma conexão inexorável entre política e justiça.

2 CONTRIBUIÇÃO DE POLÍBIO

Bobbio (2001) informa que Políbio viveu na Grécia e lá ele conheceu o sistema Helênico, que era a concretização de um objetivo de Alexandre “o grande” que visava difundir a cultura grega em territórios conquistados, ou seja, o estado Grego e o ideal helênico deveria se expandir mundialmente. Alexandre, que era da Macedônia conseguiu difundir a civilização Grega. Todos os povos do mundo grego antigo receberam um nome, *Hélade*, era, portanto, a pátria dos helenos - “hellenismós”.

Políbio, segundo Bobbio (2001), tinha a experiência do mundo Grego dos tempos de Alexandre e vai para Roma, onde desenvolve seus estudos, interessando-se pela república romana.

Ao contrário de Aristóteles, Políbio não era filósofo, mas, sim, historiador. O Livro VI, da sua obra “História” é importante, em especial, para a tipologia das formas de governo, notadamente ao tratar da constituição romana. Diz Políbio, que a constituição de um povo deve ser considerada como causa primordial do êxito ou do insucesso de todas as ações, principalmente, as relacionadas à política.

Contudo, antes mesmo de sua profunda análise da constituição romana, já havia tecido algumas importantes considerações sobre as constituições em geral, criando uma das mais completas teorias sobre as formas de governo,

cujas ideias podem assim ser sintetizadas:

1^a) a existência de seis formas de governo fundamentais, sendo três boas (monarquia ou “reino”; aristocracia e democracia) e três más (tirania, oligarquia e oclocracia), de acordo com a tradicional e sistemática teoria das formas de governo.

2^a) a existência de uma sucessão entre essas seis formas: umas sucedem às outras, segundo determinado ritmo, repetido no tempo e de acordo com um ciclo. Tal ideia é denominada de “Teoria dos Ciclos” ou “Anaciclose”, segundo uso historiográfico.

3^a) a criação de uma sétima forma de governo (além das seis formas tradicionais referidas), de acordo com o exemplo da constituição romana, que representa a síntese das três formas boas de governo. É a denominada axiológica “Teoria do Governo Misto”.

A primeira tipologia das formas de governo referida por Políbio, nada mais é do que as formas tradicionais. A classificação das formas boas, pode ser assim sintetizada: a primeira denominada de “reino” ou “monarquia”; a segunda de “aristocracia” e, a terceira, de “democracia” (a essa terceira forma, Aristóteles denominava de “polítia”). Políbio destaca que as três formas boas de governo podiam ser vislumbradas na república romana e tão harmônicas e equilibradas que eram dentro da estrutura político de Roma, que seus cidadãos eram incapazes de responder se o sistema político era caracterizado por ser uma monarquia, uma aristocracia ou uma democracia.

Em relação às formas degeneradas, destaca-se:

“A verdade do que afirmo se torna clara através das seguintes observações. Não é possível chamar cada tipo de reino de monarquia, mas apenas aqueles governos que estão baseados no consentimento dos governados e que apelam para a razão ao invés da força e do medo (para manter-se no poder). Do mesmo modo, não se pode considerar cada tipo de oligarquia uma aristocracia, mas apenas o tipo onde o governo está nas mãos de um grupo seletivo de cidadãos, que se distinguem pela justiça e visão política. Analogamente, o Estado não é uma verdadeira democracia, quando qualquer tipo de maio-

ria ocasional pode fazer tudo o que deseja. Apenas quando é tradicional e costumeiro em uma comunidade cultuar os deuses, honrar os pais, respeitar os mais velhos, obedecer às leis e quando, em uma comunidade deste tipo, as decisões políticas são tomadas pela maioria; apenas neste caso podemos chamar tal Estado democracia. Desta forma, é necessário falar-se em seis tipos diferentes de sistemas políticos: três que estão na boca de todos e aos quais acabamos de referir-nos, e três (os depravados) que correspondem a eles, ou seja, monarquia, oligarquia e oclocracia, ou governo da multidão” (FRITZ, 1958, VI. 4).

Segue, dizendo, de forma cronológica, no que consiste a Teoria dos Ciclos.

“A primeira destas formas, surgida sem nenhum planejamento deliberado e através de um processo natural, é a **autocracia**. Segue-se a **monarquia**, que é produzida de um deliberado progresso em relação à anterior. Quando esta se transforma no tipo perverso de governo que lhe corresponde, isto é, na **tiranía**, a **aristocracia** surge de sua queda. Quando, no curso natural dos eventos, a aristocracia degenera na **oligarquia** e o povo finalmente se revolta contra a injustiça de seus governantes, nasce a **democracia**. Por último, quando a democracia cede, diante do abuso da liberdade e do desrespeito à lei, o resultado, com o tempo, é o governo da multidão (**oclocracia**)” (FRITZ, 1958, VI. 4).

Bobbio (2001) faz observações acerca da “Anaciclose” criada por Políbio. Refere-se, primeiramente, às etapas cronológicas do processo histórico: monarquia, tirania, aristocracia, oligarquia, democracia e oclocracia (esta última tipologia de criação Polibiana, correspondendo ao governo das massas). Em segundo lugar, salienta que o processo histórico se desenvolve, ciclo por ciclo, em uma tendência degenerativa: tal degeneração do ciclo Polibiano se desenvolve em uma alternância entre as constituições boas e más (diferentemente da degeneração Platônica em um processo contínuo, em que a fase final

é a tirania). O ciclo Polibiano é fragmentado por uma alternância; vale dizer, a constituição boa que segue é inferior àquela que a precede; a má é pior do que a má que a precede, culminando com a oclocracia. Uma terceira observação é de que esta concepção histórica é fatalista, isto é, a passagem de uma forma para outra parece predeterminada, necessária e inderrogável. Parece também estar implícita na própria natureza dos governos: não podem deixar de sofrer o processo de transformação e cada forma de governo só se pode converter em uma outra forma predeterminada (BOBBIO, 2001, p. 67-68).

Políbio chega a citar que, da mesma forma que a ferrugem é um mal congênito do ferro, toda a constituição de governo apresenta um mal natural e inseparável: o despotismo em relação ao “reino” ou “monarquia”; a oligarquia em relação à aristocracia e o governo brutal e violento com relação à democracia (FRITZ, 1958, VI. 4).

A concepção Polibiana é historicamente cíclica, chegando a dizer o historiador que, no final do processo, retorna-se ao ponto de partida: chega-se à oclocracia e retorna-se à monarquia, ou seja, caminha-se da pior forma para a melhor forma de governo em um “retorno do mesmo”.

Por sua vez, a teoria de Políbio quanto ao governo misto é, sem dúvida, sua principal tese. Rebatendo a ideia de que todas as constituições simples sofrem de algum vício, são instáveis e temporais, Políbio criou a teoria do governo misto, a qual combina as três formas clássicas de governo, a fim de defender a estabilidade, o controle recíproco dos poderes e o equilíbrio entre as forças do governo. Cita como exemplo, o governo misto espartano.

Diante desse cenário, tendo examinado o nascimento, a degenerescência e a morte de cada um dos seus tipos de Constituição, Políbio percebe que se estabeleceu um ciclo “vicioso” entre monarquia-tirania-aristocracia-oligarquia-democracia-oclocracia. Para romper este círculo e evitar a degenerescência do sistema político, Políbio cria a sua teoria mista de governo. Seria um tipo que misturaria elementos da monarquia, da aristocracia e da democracia, tendo como modelo empírico a república romana, a fim de estabelecer a harmonia e o equilíbrio do sistema político (REGO, 1981, p. 106).

Conforme Bobbio:

“A composição das três formas de governo consiste no fato de que o rei está sujeito ao controle do povo, que participa adequadamente do governo; este, por sua vez, é controlado pelo senado. Como o rei representa o princípio monárquico, o povo o princípio democrático e o senado o aristocrático, o resultado dessa combinação é uma nova forma de governo, que não coincide com as três formas simples retas – porque é composta –, nem com as três formas corrompidas – porque é reta. Quanto à razão da excelência do governo misto, Políbio vai encontrá-la no mecanismo de controle recíproco dos poderes, ou no princípio do “equilíbrio”. Esse é um ponto de grande importância. O tema do equilíbrio dos poderes (que na idade moderna se tornará o tema central das teorias “constitucionalistas”, com o nome de *balance of power*) é um dos que dominam toda a tradição do pensamento político ocidental. Embora a teoria do governo misto, tão bem formulada por Políbio, não deva ser confundida com a teoria moderna da separação e do equilíbrio dos poderes (enunciada por Montesquieu em forma que se tornou famosa), é um fato que a teoria do governo misto e a teoria do equilíbrio procedem *pari passu*” (BOBBIO, 2001, p. 70).

Registre-se que o fato de a forma do governo ser mista não significa sua perenidade, na medida em que a própria constituição romana se sujeitou à degeneração, por meio de grandes lutas em um sistema complexo de poderes. Podem ser, por outro lado, mais duradouras do que as formas simples de governo. Mesmo Políbio admite que o Estado romano está sujeito à lei natural do nascimento, crescimento e morte, não obstante o governo misto ser dotado de maior estabilidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se afirmar que a atualidade e a relevância da ideia de uma constituição mista de governo configuram antecedente de um sistema político pluralista, próprios das democracias contemporâneas, que visa o equilíbrio e

a estabilidade institucional de vários grupos sociais e de forças políticas, nos moldes pensados por Políbio (1981), dotados de um sistema natural de freios e contrapesos.

Por sua vez, Bobbio (2001) afirma que, segundo Aristóteles, é nas formas boas de governo que se percebe uma estreita vinculação da política com a ética, com base em sua Teoria da Justiça distributiva e comutativa – na medida em que a justiça é a principal virtude ética –, nas quais os governantes visam o interesse comum.

É, portanto, nas formas boas de governo que se abre espaço para aplicação da Teoria da Justiça, inspirando a efetiva produção e distribuição justa de bens, segundo a mediania (nem escassez, nem excessos), virtude de todas as virtudes.

Nessa linha de raciocínio a Social Democracia, como ideologia política apoiadora de intervenções econômicas e sociais por parte do Estado a fim de promover justiça social, dentro de um sistema capitalista de regulação econômica em conjugação com uma política de bem-estar social é a melhor seara para proporcionar uma distribuição de bens e rendas mais igualitária, promover a justiça social em um compromisso com a democracia representativa.

Seguindo essa trilha, Bobbio (2001) defende uma democracia socialista ou um socialismo democrático. Ao resgatar em sua obra a importância da discussão sobre as formas boas e más de governo, especialmente por meio das concepções universalizantes de Aristóteles e discorrendo sobre a excelência do governo misto de Políbio, enaltece a exigência do controle do poder como condição da própria liberdade. Tal controle, como bem destaca Lafer, pode apoiar-se no Direito enquanto técnica de convivência, apta a encaminhar, no mundo contemporâneo, a tutela de valores que se destinam a conduzir a melhor reforma da sociedade, tendo como critério condutor o conceito de justiça entendido como conjunto de valores, bens e interesses cuja efetividade supere o estado formal (BOBBIO, 2001, p. 14; 20).

Isso porque a Teoria do Direito requer uma Teoria do Estado, sendo que ambas exigem uma Teoria da Justiça: a legalidade remete a validade, a validade à legitimidade e a legitimidade à justiça. Vale dizer, o contrário também é verdadeiro: a justiça fundamenta a legitimidade, a legitimidade fundamenta

a validade e a validade fundamenta a legalidade na interseção que se estabelece entre a linha do poder e a norma (BOBBIO, 2001, p. 18).

Na medida em que, há uma conexão entre o sistema político e o direito, e, que a Teoria da Justiça de Aristóteles só é adequada a um Estado Social Democrático e considerando um processo democrático de escolha de governo, não se faz necessária uma revolução para que ocorram mudanças no sistema político de um Estado, ou seja, um Estado liberal pode se tornar uma Social Democracia e também uma Social Democracia pode se transformar num Estado liberal.

Em havendo mudança de um Estado Social Democrático para um Estado Liberal, como consequência ocorrerão perdas de programas sociais que foram implementados pelo governo antecedente Social Democrático, portanto, não haverá mais justiça distributiva.

No entanto, é possível também que um Estado liberal se transforme em um Estado Social Democrático, como aconteceu, por exemplo, em Portugal, em que o Partido Popular Democrático (PPD) passou para a Assembleia da República, também designadas como eleições legislativas portuguesas em 2015.

No Brasil ocorreu transformação de um Estado Liberal do governo de Fernando Henrique Cardoso (1994 até 2002) para Social Democracia, Governo Luis Inácio Lula da Silva (2003 até 2011). O governo Lula, então, notabilizou-se principalmente pela implementação de programas sociais: “bolsa família”, “luz para todos”, “fome zero”, dentre outros, evidenciando a justiça distributiva conforme Aristóteles.

No governo de Dilma Rousseff, sucessora de Lula, os programas sociais avançaram (“minha casa minha vida”, “mais educação” etc), também conforme a justiça distributiva atrelada ao governo Social Democrático. Todavia, o Brasil retorna com o Estado Liberal, no atual governo, Jair Messias Bolsonaro, o que significa a extinção dos programas sociais implementados pelos Sociais Democratas.

Por isso, a contribuição trazida por Norberto Bobbio, sobretudo pela junção da Teoria da Justiça pensada por Aristóteles com a Teoria Mista de Políbio, possui relevância no cenário atual, especialmente para que se possa refletir sobre as formas de governo adotadas e compreender os movimentos políticos

e até mesmo para que se possa ter influência na escolha de governo.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo. Martins Fontes. 2003.

ARISTÓTELES. *Tópicos*. Os Pensadores. São Paulo. Abril Cultural. 1973.

ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*. Os Pensadores. São Paulo. Abril Cultural. 1973.

ARISTÓTELES. *Dos Argumentos Sofísticos*. Os Pensadores. São Paulo. Abril Cultural. 1973.

ARISTÓTELES. *Metafísica*. Os Pensadores. São Paulo. Abril Cultural. 1973.

ARISTÓTELES. *Política*. Os Pensadores. Brasília. UNB. 1988.

ARISTÓTELES. *Arte Retórica e Arte Poética*. Os Pensadores. São Paulo. Difusão Europeia do Livro. 1964.

ASSIS, Olney Queiros e Outros – Instituto dos Advogados de São Paulo. *Linguagem e Direito: Identificação, Interpretação e Aplicação*. São Paulo. RG Editores. 2017.

ASSIS, Olney Queiros e Outros. *Noções Gerais de Direito e Formação Humanística*. São Paulo. Editora Saraiva. 2012.

BOBBIO, Norberto. *A Teoria das Formas de Governo*. Brasília. UnB. 1988.

FERRAZ JR. Tercio Sampaio. *O Direito, Entre o Futuro e o Passado*. São Paulo. Noeses. 2014.

FERRAZ JR. *Estudos de Filosofia do Direito*. São Paulo. Atlas S/A. 2002.

FERRAZ JR. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. São Paulo. Atlas S/A. 1995.

FRITZ, Kurt Von. *The Theory of the Mixed Constitution in Antiquity*. New York. Columbia University. 1958.

REGO, Antônio Carlos Pojo do. *Equilíbrio e Contradição: a Constituição Mista na Obra de Políbio*. Brasília. Revista. Inf. Legislativa nº 71, jul/set, 1981.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um Discurso Sobre as Ciências*. Porto. Afrontamento. 1996.

Bobbio e o jusnaturalismo: Entre teoria e ideologia^{1*}

*Michelangelo Bovero **

¹ Tradução de José Francisco de Assis Dias (Unioeste (campus de Toledo)).
Revisão técnica de Michelangelo Bovero.

* Filósofo e escritor italiano, assistente e colaborador de Norberto Bobbio, Michelangelo Bovero é grande expressão da filosofia europeia atual. Professor de Filosofia Política na Universidade de Turim, tem seu trabalho pautado nos princípios e no funcionamento da democracia, analisando os principais pensadores políticos da modernidade, como Hobbes, Espinosa, Locke, Rousseau, Kant, Hegel e Marx.

1. BOBBIO, A TEORIA E A IDEOLOGIA

As dimensões principais da personalidade intelectual de Norberto Bobbio são facilmente identificáveis: filósofo do direito, filósofo da política, historiador do pensamento político². Porém, poder-se-iam acrescentar outras: filósofo moral³ e cientista político (ou como se usa dizer, “politólogo”)⁴, filósofo da história⁵ e historiador da cultura no sentido mais amplo (não somente do pensamento político)⁶.

E sobretudo convém acrescentar: escritor civil⁷. Bobbio sempre foi resistente a se qualificar como um “intelectual”, sentia esta expressão como uma roupa desconfortável e para si inadequada, reconhecia-se melhor na fórmula “homem de estudos” ou simplesmente “estudioso”. Mas um estudioso de modo algum afastado, sim imerso na vida pública, participante ativo dos destinos políticos e mais amplamente civis do próprio país e do mundo. Certa-

² Estavam elencadas nesta ordem no título da Jornada de estudos que o Departamento de Ciências políticas da Universitàdi Napoli Federico II dedicou a Bobbio, em 23 de novembro de 2017.

³ Aqui me limito a indicar a bem-sucedida coletânea de ensaios *Elogio della mitezza e altri scritti morali* [Elogio da serenidade e outros escritos morais], continuamente reimpressa (edição original, 1994, segunda edição ampliada, Milão: Nuova Pratiche Editrice, 1998).

⁴ Basta recordar os *Saggi sulla scienza politica in Italia* [Ensaio sobre a ciência política na Itália], edição original, 1969; nova edição ampliada, Roma-Bari: Laterza, 1996.

⁵ Os ensaios bobbianos de filosofia da história não foram, até agora, recolhidos em um volume específico. Todavia, três dentre os principais deles se encontram reunidos sob o título “Filosofia da história”, no capítulo 12 da BOBBIO, Norberto. *Teoria generale della politica* [Teoria geral da política]. a cura de Michelangelo Bovero, Torino: Einaudi, 1999.

⁶ Além do famoso *Profilo ideologico del '900* [Perfil ideológico do século XX] (última edição revista pelo autor, Milano: Garzanti, 1990) convém mencionar *Trent'anni di storia della cultura a Torino* [Trinta anos de história da cultura em Turim], Torino: Einaudi, 2002; mas também e principalmente os quatro volumes, todos editados ou reeditados por Passigli, nos quais Bobbio recolheu “retratos e testemunhos” – assim amava dizer – de muitíssimas personalidades da cultura que o haviam influenciado variadamente: *Italia civile* [Itália civil] (1964, 1986), *Maestri e compagni* [Mestres e companheiros] (1984), *Italia fedele: il mondo di Gobetti* [Itália fiel: o mundo de Gobetti] (1986), *La mia Italia* [A minha Itália] (2000).

⁷ Emblemático o célebre volume *Politica e cultura* [Política e cultura], edição original, 1955, nova edição a cura de F. Sbarberi, Torino: Einaudi, 2005; mas merecem particular atenção os artigos e as entrevistas publicadas no jornal “La Stampa” e em muitos outros jornais, depois recolhidos em numerosos volumes. “Scritti di impegno civile” [Escritos de compromisso civil] é o subtítulo do “Meridiano” *Etica e politica* [Ética e política], curado por M. Revelli com iluminante aparato crítico pela Mondadori, Milano 2009.

mente Bobbio foi – antes, convidado a dizer *é*, com valor aorístico – um eminente construtor de teorias, no significado rigoroso e sóbrio de “teoria” como observação e intelecção do mundo; com uma metáfora, por assim dizer, galileana, ou spinoziana, poder-se-ia dizer que Bobbio é um grande construtor de lentes conceituais para olhar e entender o mundo. Enquanto teórico, Bobbio sempre defendeu o princípio de avalorabilidade, sustentou o dever da imparcialidade como ética da ciência e do ensinamento. Mas enquanto escritor civil, arrisco-me a afirmar que Bobbio obedeceu ao dever igual e contrário da “parcialidade”, quero dizer ao direito-dever de tomar posição diante dos problemas públicos do próprio tempo.

No léxico meta-teórico bobbiano figura uma original versão da dicotomia entre teoria e ideologia. Entre as duas noções subsiste em Bobbio uma relação peculiar de oposição e de tensão. Simplificando, por “teoria” Bobbio entende uma representação da realidade objetiva, uma visão do ser enquanto tal, analisado – antes, precisa Bobbio, “esmiuçado”⁸ – em tantas distinções analíticas e recomposto – reconstruído, diz Bobbio, ou melhor, “recombinado”⁹ – em esquemas conceituais “em árvore”, governados por uma lógica binária, dicotômica¹⁰. O escopo da teoria é “puramente cognoscitivo, não propositivo”¹¹. Por “ideologia” Bobbio entende uma visão do ser comensurado ao (melhor: a um possível) dever ser, ou seja, considerado na perspectiva instituída por opções de valor e assunções de princípio. O sentido último da ideologia é “diretivo”, é de propor-se como guia do agir, não do conhecer. Uma *teoria* se acolhe

⁸ Esta significativa expressão aparece em uma recensão de Bobbio ao livro de A. Wood, “Bertrand Russel, scettico appassionato” [Bertrand Russel, cético apaixonado], in *Rivista di Filosofia*, LII, n. 2, 1961, pp. 230-33.

⁹ Bobbio usa frequentemente a fórmula paretiana “instinto das combinações” para descrever um aspecto do próprio estilo metodológico. Cf. por exemplo BOBBIO, Norberto. *De senectute e altri scritti autobiografici* [Da velhice e outros escritos autobiográficos]. Nova edição. Torino: Einaudi, 2006, p. 79.

¹⁰ Chamei a atenção sobre o modo de proceder dicotômico do pensamento de Bobbio na minha *Introduzione* [Introdução] a BOBBIO, Norberto. *Teoria generale della politica* [Teoria geral da política]. cit., pp. XXX-XXXIII.

¹¹ Assim o próprio Bobbio, no Prólogo a GREPPI, A. *Teoría e ideología en el pensamiento político de Norberto Bobbio* [Teoria e ideologia no pensamento político de Norberto Bobbio]. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 1998, p. 10.

ou se rejeita em base a um juízo sobre a sua capacidade descritiva, explicativa e interpretativa; uma *ideologia* se assume ou se rejeita em base a um juízo de conformidade ou deformidade em relação às próprias convicções axiológicas.

Teoria e ideologia, porém, antes de serem contrapostas, são congêneres, são feitas da mesma matéria imaterial, aquela das ideias; e no mundo das ideias, teorias e ideologias se intersectam, sobrepõem-se, confundem-se, dão lugar a misturas, às vezes, extravagantes. Assim, uma certa teoria – um modelo conceptual construído para compreender um aspecto do mundo, uma dimensão da realidade – pode ser, por assim dizer, prolongada, declinada, dobrada a usos ideológicos, que vão julgados *iuxta propria principia* em base a critérios diferentes daqueles adequados a julgar a bondade da teoria como tal. Uma “boa” teoria, boa pela sua capacidade explicativa e interpretativa, pode ser traduzida em uma “má” ideologia, má para quem rejeita os seus princípios axiológicos e propositivos. E por quanto pareça estranho, é também possível que uma má teoria assuma uma forma ideológica aprovável exatamente da parte de quem a rejeita como teoria. É o caso do jusnaturalismo como teoria do direito na interpretação de Bobbio.

2. O CONFRONTO COM O JUSNATURALISMO: UM OLHAR SINÓPTICO

Se considerarmos as duas dimensões do mundo que constituíram os objetos principais do interesse de Bobbio, o direito e a política – o “mundo das regras” e o “mundo do poder”, que Bobbio entende como as duas faces da mesma medalha, isto é, daquilo que chama classicamente “o mundo da prática” –, pode-se afirmar sem hesitações que Bobbio é um dos mais eminentes teóricos do positivismo jurídico, por um lado, e do realismo político, por outro. E, todavia, a dupla caracterização de Bobbio como positivista, por um lado, e como realista, por outro, rapidamente resulta demasiadamente simplificada. Teve sucesso a fórmula, cunhada por Sergio Cotta, que o qualifica como um “juspositivista inquieto”; igualmente afortunada a imagem, avalizada pelo próprio Bobbio e, depois, retomada por Alfonso Ruiz Miguel, que o retrata

como um “realista insatisfeito”¹². São duas expressões eficazes, que muitos intérpretes assumiram como indicadores da complexidade – que para alguns é também ambiguidade – do pensamento de Bobbio. Considero poder oferecer um instrumento de explicação e reconstrução de tal complexidade, que valha também como esclarecimento daquela ambiguidade aparente: este instrumento consiste exatamente na distinção entre teoria e ideologia. Bobbio, enquanto constrói uma (a sua versão da) teoria jurídica positivista e uma (a sua versão da) teoria política realista, rejeita os usos ideológicos de uma e da outra: a ideologia do legalismo ético e a ideologia do antagonismo insuperável entre amigo e inimigo, resolvido no imperativo *mors tua vita mea*; mas ao mesmo tempo – e em um determinado sentido, totalmente a reconstruir – acolhe por um lado o valor ideológico “anti-positivista” da doutrina jusnaturalista, e por outro lado abraça a tríplice ideologia política “antirrealista” da democracia, dos direitos humanos e da paz.

Sobre ambas as frentes – as duas faces da medalha, as duas dimensões do mundo da prática – desempenha um papel determinante o confronto de Bobbio com a multiforme tradição do pensamento jusnaturalista. Simplificando um difícil problema de interpretação do pensamento bobbiano, que requeria a análise e a comparação de um grande número de textos, escritos em épocas diferentes e também muito distantes entre si, se pode dizer em síntese que o jusnaturalismo – o conceito mesmo de jusnaturalismo como visão do mundo, reconstruída na riqueza das suas variantes através do estudo da vasta

¹² Cfr. COTTA, Sergio. *Bobbio, un positivista inquieto* [Bobbio, um positivista inquieto], in: SCARPELLI, U. (a cura de), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio* [A teoria geral do direito. Problemas e tendências atuais. Estudos dedicados a Norberto Bobbio]. Milano: Edizioni di Comunità, 1983; RUIZ MIGUEL, A., *Bobbio: las paradojas de un pensamiento en tensión* [Bobbio: os paradoxos de um pensamento em tensão], originariamente apresentado como conferência no curso sobre *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio* [A figura e o pensamento de Norberto Bobbio], organizado e dirigido por Gregorio Peces-Barba a Santander, 20-24 de julho de 1992, cujos Atos saíram em um volume homônimo, a cura de A. Llamas, na coleção do “Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas” da *Universidad Carlos III de Madrid*, em 1994. O ensaio foi, depois, incluído em versão revista no livro de RUIZ MIGUEL, A. *Política, historia y derecho en Norberto Bobbio* [Política, história e direito em Norberto Bobbio]. México: Fontamara, 1994. A réplica de Bobbio a Ruiz Miguel (e aos outros relatores) está contida no *Epílogo para españoles* [Epílogo para espanhóis] que fecha o vol. dos atos, e está traduzida em italiano com o título *Risposta a i critici* [Resposta aos críticos] em BOBBIO, Norberto. *De senectute* [Da velhice]. cit.

matéria das doutrinas jusnaturalistas – é considerado por Bobbio segundo dois aspectos, cada um dos quais, por sua vez, dúplice: como teoria e ideologia do “mundo das regras”, isto é, como concepção (teórica e ideológica) do direito, ou também “da moral” no sentido mais amplo do termo¹³; e como teoria e ideologia do “mundo do poder”, isto é, como concepção (teórica e ideológica) da política. Enquanto visão do mundo das regras, o jusnaturalismo se resolve em última instância na tese que afirma a existência e a cognoscibilidade de leis “naturais” – não humanas, como os paradigmáticos *agrapta nomima* de Antígona – superiores às leis positivas, e como tal é contraposto ao juspositivismo; enquanto visão do mundo do poder, o jusnaturalismo se exprime em um modelo conceptual compartilhado pelos maiores filósofos políticos da modernidade, de Hobbes a Hegel “incluso-excluso”¹⁴, que explica a origem e o fundamento da sociedade política a partir da hipótese do estado de natureza e através do contrato social, e é, por isto, contraposto a toda concepção naturalista ou historicista da convivência.

Obviamente as duas dimensões do jusnaturalismo, como doutrina jurídica e como doutrina política – ou seja, as duas faces da medalha do mundo da prática, o mundo das regras e o mundo do poder, assim como são vistas pelo jusnaturalismo, segundo a interpretação de Bobbio – se sobrepõem: não são teorias de mundos separados. E, todavia, podem e devem ser mantidas analiticamente distintas. Também porque o jusnaturalismo como teoria política, na consideração de Bobbio, aparece como uma doutrina especificamente moderna; enquanto como teoria jurídica (ou moral: visão do mundo das regras) encontra expressão em cada idade, a partir dos antigos.

Deve ser sublinhado, porém, que na obra de Bobbio assume crescente

¹³ O jusnaturalismo é identificado como uma “teoria da moral” no cap. VIII de BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* [Jusnaturalismo e positivismo jurídico]. Milano: Edizioni di Comunità, 1965, p. 12. De agora em diante citado como *GePg*. Deste volume saiu recentemente uma nova edição, com prefácio de Luigi Ferrajoli, Laterza, Roma-Bari 2011.

¹⁴ Assim se exprime Bobbio em dois ensaios intitulados ambos *Il modello giusnaturalistico* [O modelo jusnaturalista]: o primeiro, mais breve, publicado na “Rivista internazionale di filosofia del diritto”, L, 4, 1973, pp. 603-22; o segundo, muito mais extenso, constitui a Parte primeira do volume de BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. *Società e stato nella filosofia politica moderna* [Sociedade e Estado na filosofia política moderna]. Milano: Il Saggiatore, 1979, pp. 15-109.

relevo a diferença entre a variante pré-moderna e a variante moderna do jusnaturalismo considerado como *teoria das regras*. Bobbio chama a primeira “doutrina do direito natural”, a segunda, “doutrina dos direitos naturais”; e explica: posto que uma norma jurídica é simultaneamente imperativa e atributiva, ou seja, “impõe uma obrigação a um sujeito no mesmo momento em que atribui um direito ao outro sujeito [...], o jusnaturalismo clássico e medieval havia posto o acento sobre o aspecto imperativo da lei natural mais que sobre o aspecto atributivo; enquanto a doutrina moderna dos direitos naturais põe o acento sobre o aspecto atributivo mais que sobre aquele imperativo”¹⁵. Observem que aquilo que no texto aqui citado, de 1963, vem apresentado como uma mudança do acento, um quarto de século depois, nos escritos da tarda maturidade de Bobbio, é reconhecido como a única verdadeira grande “revolução copernicana” na história da moral: a afirmação especificamente moderna da prioridade dos direitos sobre os deveres¹⁶.

Esta revolução, porém, é tal, segundo Bobbio, porque inverte o modo tradicional de conceber a relação *política* entre o indivíduo e o estado. É exatamente a revolução inaugurada pelo jusnaturalismo moderno como *teoria do poder*, fundada sobre uma concepção individualista e contratualista da sociedade política: “primeiro vem o indivíduo, observe-se, o indivíduo singular, que há valor por si mesmo, e depois vem o Estado e não vice-versa”; “o Estado é feito para o indivíduo e não o indivíduo para o Estado”; tanto que “a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem”, segundo a Declaração de 1789, “é o escopo de toda associação política”¹⁷. Ora, nesta concepção vemos convergirem, mas sem confundirem-se, as *funções ideológicas* dos “dois jusna-

¹⁵ Assim Bobbio, no ensaio *Eguaglianza e dignità degli uomini* [Igualdade e dignidade dos homens], originalmente publicado no vol. coletâneo *Diritti dell'uomo e Nazioni Unite* [Direitos do homem e Nações Unidas]. Padova: Cedam, 1963, depois republicado com o título *La dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* [A declaração universal dos direitos do homem] em BOBBIO, Norberto. *Teoria generale della politica* [Teoria geral da política], citado acima na nota 4, onde o trecho aqui citado se encontra à p. 443.

¹⁶ É a tese central do ensaio *L'età dei diritti* [A idade dos direitos], redigido em 1987 e depois incluído no volume homônimo (Torino: Einaudi, 1990) que recolhe os principais escritos bobbianos sobre o tema dos direitos do homem.

¹⁷ Estes textos se encontram em BOBBIO, Norberto. *Teoria generale della politica* [Teoria geral da política], cit., pp. 431-440, *passim*.

turalismos” (por assim dizer): como doutrina jurídica, ou seja, visão do mundo das regras, o jusnaturalismo (pré-moderno e moderno, nas respectivas especificidades) sempre expressou a exigência de limitar o poder; como doutrina política, ou seja, visão do mundo do poder, o jusnaturalismo (moderno) põe no consentimento dos governados o princípio de legitimação do poder dos governantes.

À filosofia política de Bobbio, e em particular à importância da sua relação com a teoria política do jusnaturalismo moderno, eu dediquei outros trabalhos. Nas páginas que seguem, eu gostaria de tentar reconstruir a (um aspecto dela) filosofia jurídica de Bobbio à luz da sua relação com “o outro” jusnaturalismo, que é o jusnaturalismo em sentido estreito e próprio, ou seja, com a teoria e a ideologia do direito natural. Pretendo partir da contraposição, por Bobbio mesmo redefinida e remodelada, entre jusnaturalismo e juspositivismo.

3. BOBBIO POSITIVISTA TEÓRICO, NÃO IDEOLÓGICO

Precisar os conotados específicos do positivismo jurídico de Bobbio requereria uma comparação articulada e meticulosa entre a sua teoria do direito e aquela de Kelsen. Um tema demasiado vasto e demasiado difícil para ser abordado nesta sede. Aqui me limito a observar que Bobbio é, certamente, positivista em um sentido filo-kelseniano, enquanto faz própria a tese fundamental da distinção, ou melhor, da separação rigorosa entre direito e moral, ou seja, entre o direito como *é* e o direito como *deveria ser*. Mas talvez se possa dizer que Bobbio seja um positivista “puro” como Kelsen, no mesmo sentido em que é (ou quer ser, pretende ser) “pura” a doutrina do direito kelseniana? Pode-se dizer que também para Bobbio o direito não só não se funda sobre a moral nem deriva dela, mas está por si, constitui-se e se sustenta por si, é pura forma compatível com qualquer conteúdo, e não há necessidade nem para existir, ou seja, para ser aquilo que é, nem para ser estudado e compreendido, de fundar-se sobre *valores* morais, mas nem mesmo sobre *fatos* histórico-políticos?

À primeira vista, a concepção geral do direito de Bobbio parece afim àquela kelseniana: basta pensar à distinção bobbiana entre validade, justiça e eficácia das normas jurídicas, sobre a qual é construída também a sua meta-

-distinção entre ciência, filosofia e sociologia do direito¹⁸. Todavia, as bem conhecidas críticas de Bobbio à noção de “norma fundamental” equivalem exatamente a uma rejeição da tese kelseniana da auto-fundamentação do direito¹⁹. Segundo Bobbio, a norma fundamental satisfaz em Kelsen a exigência racional de “fechar o sistema”, e de fechá-lo exatamente com uma norma, pondo o último sigilo à “pureza” do direito. Ao invés, se considerarmos com um olhar compreensivo a concepção *jurídico-política* bobbiana, vemos que ao cume do “sistema” Bobbio não põe a kelseniana “autoridade do direito” sobre o poder, mas sim indica um tipo de circularidade – problemática, multiforme e instável – entre direito e poder: ao vértice de todo ordenamento, *lex et potestas converuntur*²⁰. Nem Kelsen, nem Hobbes, mas em um certo sentido ambos.

Portanto, podemos dizer com uma expressão sintetizadora, Bobbio reconhece uma conexão necessária entre direito e política. Mas, como já recordei, não reconhece de modo algum uma análoga conexão entre direito e moral: um não há necessidade da outra (e vice-versa) para ser aquilo que é. Não se pode dizer nem que um direito “imoral”, isto é, um sistema jurídico positivo (avaliável, em base a este ou aquele critério axiológico, como) moralmente injusto, não seja direito, segundo a fórmula jusnaturalista *non est lex sed corruptio legis*; nem que um direito, um ordenamento jurídico positivo, seja “moral”, isto é, ponha uma obrigação moral de obediência, somente porque é direito. Em suma: nem moralismo jurídico, nem legalismo ético.

Para o primeiro aspecto: o direito (todo e qualquer direito, obviamente em sentido objetivo) é tal se e enquanto “posto” em conformidade a regras, também elas positivas, para a produção jurídica, portanto, não há necessidade de ser conforme a normas morais para ser (para valer como) direito, tanto menos a uma moral “natural”. Para Bobbio, a rigor e em boa substância, não existe nem um (“o”) direito natural, nem uma (“a”) moral natural, ambas as

¹⁸ Estes temas foram abordados na Parte primeira de *GePg*.

¹⁹ Cfr. BOBBIO, Norberto. *Diritto e potere: Saggi su Kelsen* [Direito e poder: Ensaio sobre Kelsen]. Napoli: ESI, 1992.

²⁰ Ver sobretudo BOBBIO, Norberto. “Dal potere al diritto e vice-versa” [Do poder ao direito e vice-versa]. In: *Rivista di Filosofia*, 1981, depois in: IDEM. *Teoria generale della politica* [Teoria geral da política], cit.

expressões – salvas todas as cautelas e as precisões sobre a variedade dos seus significados – denotam objetos imaginários. O que equivale a dizer que Bobbio é positivista, ou seja, anti-jusnaturalista, porque rejeita a dúplice tese teórica jusnaturalista segundo a qual existem normas cognoscíveis e vinculantes que (a) não são produtos humanos, e (b) são superiores às normas positivas²¹.

Para o segundo aspecto: pode bem existir um direito “injusto”, ou seja, (no sentido de) reprovável e condenável em base a certos critérios de juízo morais. A expressão é dotada de sentido e não contraditória, simplesmente porque o juízo (*jurídico*) de validade e o juízo (*moral*) de justiça (melhor: de aprovabilidade ética) são reciprocamente independentes. Consequentemente o direito – um ordenamento jurídico ou um elementoseu, uma norma etc. – pode ser reconhecido válido (ou vigente, em vigor, existente como tal, isto é, como direito) e ao mesmo tempo moralmente criticado, até ao ponto de se rejeitar a obediência a ele. O que equivale a dizer que Bobbio não é um positivista “ideológico”, categoria por ele mesmo cunhada²², ou seja, que rejeita a tese ideológica segundo a qual as normas jurídicas (válidas, vigentes, existentes) devem ser obedecidas independentemente do conteúdo delas, por obrigação (moral?) para com o direito positivo ou a autoridade que o pôs.

4. BOBBIO “JUSNATURALISTA IDEOLÓGICO”?

Isto significa, talvez, que Bobbio, já que não é um positivista ideológico, então é um “jusnaturalista ideológico”? Ficando à letra de algumas bem conhecidas declarações do próprio Bobbio, pareceria que sim. Alguns exemplos: “a oposição entre jusnaturalismo e positivismo jurídico tem lugar [...] dentro de cada um de nós, entre a nossa vocação científica e a nossa consciência moral”²³; “somos continuamente tentados a defender algumas exigências do positivismo enquanto cientistas, com o mesmo empenho e com a mesma coerência (não

²¹ Cfr. *GePg*, p. 186.

²² Cfr. *GePg*, p. 103 ss.

²³ *GePg*, p. 12.

obstante a aparência do contrário) com que defendemos as razões últimas do jusnaturalismo enquanto homens livres”²⁴; “diante do confronto das ideologias, onde não é possível alguma tergiversação, pois bem, sou jusnaturalista”²⁵; “se fosse obrigado, deveria confessar que, se se entende o jusnaturalismo em um certo modo, sou jusnaturalista; se se entende o positivismo jurídico em um outro certo modo, sou positivista. E não creio, com isto, de cair em contradição”²⁶. Pois bem, considero que se deva ir além da letra destas afirmações, do evidente significado retórico-persuasivo, para estabelecer se e em que sentido Bobbio seja (sensatamente reconhecível como) um “jusnaturalista ideológico”.

O problema é aquele da *justificação* do direito, que não pode ser abordado e resolvido permanecendo fechados dentro dos confins do direito positivo. Existe, diz Bobbio, “ao menos um sentido de jusnaturalismo, pelo qual parece que somente o apelo a valores últimos, transcendentais às leis positivas, por quem quer que sejam postas ou justificadas, pode salvar, em última e desesperada instância, a liberdade da consciência e ao mesmo tempo a austeridade e a integridade da nossa vida moral”²⁷. Em suma, justificar o direito, ou negar justificação ao direito, não se pode senão recorrendo, “em última instância”, a valores e critérios de juízo (melhor: valores *como* critérios de juízo²⁸) que se encontram fora e além do direito positivo, e cuja força normativa é, para quem os assume, superior àquela do direito positivo. Neste modo Bobbio parece acolher a segunda das duas teses fundamentais do jusnaturalismo. Mas não é assim. Perguntemo-nos: aqueles valores, critérios, normas em base aos quais justificamos ou negamos justificação ao direito positivo, para Bobbio se encontram talvez no (são constitutivos do) “direito natural”? Se nos atentarmos

²⁴ GePg, p. 13.

²⁵ GePg, p. 146.

²⁶ BOBBIO, Norberto. *Locke e il diritto naturale* [Locke e o direito natural]. Torino: Giappichelli, 1963, p. 4.

²⁷ GePg, p. 13.

²⁸ Desde os anos da primeira maturidade, Bobbio concebeu e redefiniu os “valores” como critérios de juízo e de escolha: cfr. BOBBIO, Norberto. *Lezioni di filosofia del diritto* [Lições de filosofia do direito]. Universitàdi Padova, a.a. 1940-41, Bologna: La Grafolito, 1941, pp. 15-16.

aos pontos firmes da teoria jurídica de Bobbio – se os mantemos “firmes” –, a resposta não pode não ser categoricamente negativa: o direito natural não existe, é “um mito”²⁹, uma ideia vazia, é um conceito a rejeitar; o único “direito”, sensatamente qualificável como tal, é o direito positivo.

Então, se não no direito natural, que “não existe”, onde se encontram tais valores? Pois bem, para Bobbio simplesmente *não* “se encontram”: não se podem encontrar em algum lugar “externo” à consciência moral do sujeito que os assume. O que equivale a dizer que os valores – aquela classe de entes que usualmente indicamos com este nome – não são objetos, não se podem “encontrar” como objetos fora do sujeito, fora da consciência individual: não são “postos” nem pela natureza, nem pela (pelas) divindade(s) como fundamentos da ordem cósmica, portanto, não podem ser extraídos do exame da (assim dita) “natureza das coisas”, e nem mesmo pela observação da (presumida) “natureza humana”. São os valores (melhor: são sensatamente denomináveis valores aqueles) que o sujeito individual adota como princípio dos seus juízos de aprovação ou reprovação moral³⁰, pontos de partida para a determinação das próprias escolhas e ações. Note-se bem, estes valores o sujeito, propriamente, não os “encontra” nem mesmo “dentro de si”, como “objetos” da introspecção moral, já que não são propriamente “objetos”: o sujeito que os assume – exatamente, o sujeito moral – os reelabora continuamente, reinterpreta-os, muda-os, muda a sua hierarquia, sobretudo diante dos seus possíveis conflitos, das inumeráveis circunstâncias que põem dilemas morais.

5. O DIREITO, O PODER, A CONSCIÊNCIA MORAL

Então porque aquele recorrente apelo, nas páginas de Bobbio, ao jusnaturalismo como ideologia, aquelas declarações de adesão a ela? Considerando a história das doutrinas jusnaturalistas, com particular atenção aos “renascimentos” do direito natural em idade contemporânea, Bobbio, enquanto por um lado

²⁹ GePg, p. 195.

³⁰ Por motivos óbvios omito aqui o problema do ou dos significados do termo “moral”. Limite-me a sugerir que Bobbio usa um conceito geral de “moral” filo-kantiano.

põe em luz a extrema variabilidade dos seus conteúdos preceptivos – que por si contradiz a pretensão de fundamentação “natural” –, por outro lado constata que aquelas doutrinas sempre expressaram uma “exigência” constante: aquela de “não aceitar como valores últimos aqueles impostos pela autoridade ou pela força da classe política ao poder”³¹. É esta exigência que Bobbio acolhe e faz própria.

Portanto, Bobbio não nega de modo algum, antes, assume a tese “ideológica” sustentada *como se fosse uma tese teórica* pelos jusnaturalistas de todos os tempos, a tese de que existem (melhor: que possam e devam existir para a consciência individual) “valores morais superiores às leis positivas”; ao invés, nega que sejam (sensatamente qualificáveis) “naturais”³². A pretensa fundamentação “natural” de valores superiores às normas positivas é para Bobbio, de um lado, um erro capital, que faz do jusnaturalismo enquanto tal o paradigma mesmo da “falácia naturalista”, ou o dispositivo conceitual que fatalmente a produz; do outro lado, é uma ilusão, antes “um ilusório mascaramento de uma fundamentação religiosa, ou tradicionalista, ou histórica, de uma determinada moral social [...]. O jusnaturalismo, como teoria da moral, é a recorrente tentativa, destinada a falir, de mundanizar um direito que deriva de Deus, ou então de hipostasiar um direito que se exprime na tradição, ou então de objetivar um direito que é feito valer como expressão de um certo sistema de valores”³³.

Isto não nega que o jusnaturalismo, todas as doutrinas jusnaturalistas, tenha(m) sempre desempenhado uma “função histórica” essencial: a pretensão, em si falaz, de “descobrir” normas válidas em todo tempo e em todo lugar, superiores a qualquer vontade humana, foi a potente sustentação ideológica das lutas recorrentes, ou melhor, perenes, para impor limites ao poder soberano. “Da exigência de um Estado limitado pela lei natural nasceram o constitucionalismo moderno contra o maquiavelismo, contra as teorias da razão de Estado e do direito divino do rei, contra o absolutismo paternalista e aquele hobbesiano; a concepção liberal do Estado contra as várias formas de despotismo mais ou me-

³¹ *GePg*, p. 178.

³² *Ibidem*.

³³ *GePg*, p. 190.

nos iluminado; o Estado de direito do século passado [*scil.*: século XIX] contra o Estado de polícia e o estado ético; por último, as teorias da garantia internacional dos direitos do homem contra o perene perigo do Estado totalitário”³⁴.

Bobbio conclui com uma afirmação que, *mutatis mutandis*, poderia ser referida muitíssimo bem ao nosso presente: “aquilo que hoje renasce com o nome de jusnaturalismo é a perene exigência [...] que a vida, alguns bens e algumas liberdades do indivíduo sejam protegidos juridicamente contra a força organizada daqueles que detém o poder”³⁵.

No entanto, acrescenta Bobbio, a própria “exigência [...] da limitação do poder”, em “defesa dos indivíduos singulares e dos grupos menores contra as imoderadas pretensões do Leviatã”³⁶, hoje é feita valer pelo direito positivo: através das declarações dos direitos fundamentais, incorporados nas constituições modernas, e do controle de legitimidade constitucional das leis, que caracteriza as constituições assim ditas “rígidas”³⁷. Não existe nenhuma necessidade de recorrer ao “*mito* de um direito de natureza, isto é, um direito que nasce de uma natureza benéfica, porque assim querida por Deus, ou porque ela mesma é intrinsecamente divina”, para sustentar “a necessidade de liberdade contra a opressão, de igualdade contra a desigualdade, de paz contra a guerra”; e, em suma, para defender “aqueles valores que rendem a vida humana [para Bobbio, para alguns] digna de ser vivida”³⁸. O que equivale a dizer que, para assumir e sustentar estes valores, não é de modo algum necessário concebê-los como “objetivos”. Antes, ao contrário: seria um modo para enfraquecê-los, apoiando-os a uma teoria insustentável.

Tanto é verdade que a invenção do controle de constitucionalidade das leis, instrumento supremo contra as “desmedidas pretensões do Leviatã”, é atribuída

³⁴ *GePg*, p. 192.

³⁵ *Ibidem*. A afirmação me parece perfeitamente adequada para o neo-constitucionalismo “principalista” (como o chamou Luigi Ferrajoli: v. IDEM. “Costituzionalismo principalista e costituzionalismo garantista” [Constitucionalismo principalista e constitucionalismo garantista]. in *Giurisprudenza costituzionale* [Jurisprudência constitucional], LV, 3, 2010, pp. 2771-2816), que postula a seu modo uma conexão necessária entre direito e moral e é, por isto, reconhecível como uma forma de neo-jusnaturalismo.

³⁶ *GePg*, p. 192, 194.

³⁷ *GePg*, p. 194.

³⁸ *GePg*, p. 195, itálico meu.

(também) a Kelsen, positivista radical e intransigente. E não se trata, segundo Bobbio, de um detalhe particular ou secundário do pensamento kelseniano, reconduzível somente às escolhas políticas do autor, mas indiferente com respeito às suas teses teóricas: “por trás da tese do primado do direito sobre o poder”, que resume o sentido da inteira construção kelseniana e que “se manifesta na suposição da norma fundamental, existe, mesmo se inconsciente, e também expressamente desmentido, o ideal do Estado de direito, isto é, do Estado no qual, para exprimir-me com uma fórmula tradicional, usada por séculos pelos juristas, *lex facit regem* e não *rex facit legem*. Sei bem que esta fórmula é uma fórmula jusnaturalista, mas em uma teoria positivista do direito a norma fundamental é a única possível *alternativa funcional* a esta fórmula tradicional”³⁹. Chamo a atenção para o adjetivo “funcional”. Perguntemo-nos: funcional a quê? Claramente, a exigência de limitar, vincular, regular o poder político. Ou seja, de perseguir em *outro* modo, portanto, alternativo àquele das teorias jusnaturalistas, a mesmíssima “função histórica” desempenhada pelo jusnaturalismo de todos os tempos. Mas não seria absurdo, e antes ridículo, atribuir exatamente a Kelsen a etiqueta de “jusnaturalista ideológico”?

Pois bem, ao invés, para Bobbio, e segundo o próprio Bobbio, aquela etiqueta poderia não resultar totalmente inadequada. Como se viu, quanto à ideologia Bobbio se declara jusnaturalista “em um certo sentido”. Qual? No sentido que Bobbio, enquanto por um lado rejeita a “máxima fundamental” do positivismo ideológico, segundo a qual “se deve obedecer às leis enquanto tais”, por outro, faz própria, ao menos em última instância, a máxima do jusnaturalismo ideológico, segundo a qual “se deve obedecer às leis só enquanto são justas”. O que significa que as leis positivas podem e devem ser “submetidas a um critério superior de avaliação”⁴⁰.

Este critério, porém, para Bobbio não é em nenhum sentido “natural”. Não se “encontra” na “natureza”. Para dizê-lo com uma brincadeira, aquele de Bobbio é um jusnaturalismo não-naturalista: não é um apelo ao céu, tanto menos a uma tradição hipostasiada, menos ainda a uma razão natural capaz de “conhecer” valores. É sim apelo à consciência moral, último juiz das leis e do poder que as põe.

³⁹ BOBBIO, Norberto. *Kelsen e il problema del potere* [Kelsen e o problema do poder]. In: IDEM. *Diritto e potere: Saggi su Kelsen* [Direito e poder: Ensaio sobre Kelsen]. cit., pp. 121-22, itálico meu.

⁴⁰ *GePg*, p. 136.

LOS DERECHOS, ENTRE LOS ANTIGUOS Y LOS MODERNOS

*Valentina Pazé**

* Professore associato di Filosofia politica presso
l'Università degli Studi di Torino - Dipartimento di Culture,
Politica e Società.

I. ANTES DE LA EDAD DE LOS DERECHOS

Para Norberto Bobbio, la edad de los derechos es la edad moderna: la edad en la que se invierte la perspectiva desde la cual el mundo antiguo y medieval miraba predominantemente a la sociedad y el estado, pasando del modelo aristotélico al modelo hobbesiano, de la primacía de la comunidad a la del individuo, de la prioridad de los deberes a la de los derechos¹. Una auténtica “revolución copernicana” que se llevó a cabo gradualmente, primero en la historia del pensamiento, a partir de Hobbes, y luego en la política, con la revolución estadounidense y la francesa, pero a la que se puede mirar retrospectivamente como una verdadera línea que divide la historia de la cultura occidental.

Si esta posición hoy parece ampliamente compartida, algunos historiadores han antedatado el momento de origen de la edad de los derechos. Michel Villey atribuyó a Guillermo de Ochkam, y al punto de inflexión individualista y nominalista a él asociado, el “descubrimiento” de la acepción subjetiva de *ius*. Brian Tierney, en franca polémica con Bobbio², ha negado la tesis de la modernidad de los derechos e ha identificado en algunos canonistas del siglo XII y XIII a los primeros que utilizaron esa noción. Sin embargo, todos, o casi todos, descartan que se pueda hablar de derecho en la antigüedad clásica, en Roma o en Atenas.

Según Michel Villey, la noción de derecho subjetivo, entendida como una facultad o un poder atribuido a un sujeto por una norma jurídica, sería una elaboración doctrinal de los romanistas, “desconocida para la ciencia jurídica romana” y “lógicamente incompatible con el derecho natural clásico”³. Aún cuando *ius* parece indicar algo análogo a lo que nosotros hoy llamamos derecho subjetivo, como en las expresiones *ius successionis*, *ius utendi fruendi*, *ius obligationis*, en realidad se referiría a una “cosa”, y no al “poder de un sujeto so-

¹ Bobbio 1973 y 1990.

² Tierney, 2002 : 17.

³ Villey, 1985: 196. Para una crítica de esta cronología ver al menos Tuck, 1979 y Tierney, 2002.

bre una cosa". El *ius* sería la parte que corresponde a cada uno según la justicia (que consiste en atribuir a cada uno lo suyo: *suum ius cuique tribuere*)⁴. Una parte, entre otras cosas, que no se corresponde necesariamente con algo favorable para el sujeto, si es verdad que el *ius* del parricida consistía en ser arrojado al Tíber en un saco lleno de víboras, o que Gaius prevé un *ius non extollendi*, que consiste en el "derecho" (que nosotros calificaríamos más bien como deber) de no elevar su edificio para no perjudicar la vista de los demás⁵.

Los argumentos de Villey han sido objeto de muchas discusiones y críticas, a partir de la crítica de cierta selectividad en el uso de las fuentes⁶. Hoy en día, entre los eruditos del derecho antiguo está ampliamente aceptada la idea de que a la experiencia jurídica romana no le era extraña "la conciencia de la existencia de posiciones jurídicas subjetivas", si bien eso nunca llevó a la elaboración de la categoría unitaria de "derechos subjetivos"⁷.

En cambio, ¿qué se puede decir del mundo griego? El problema en este caso es que el griego antiguo no cuenta con una palabra correspondiente a la latina *ius*. Además, en la Grecia clásica no se desarrolló nada comparable con la ciencia jurídica romana, por motivos conocidos, relacionados con la configuración especial de los juicios en Atenas, donde el protagonista es siempre el ciudadano común, sea él parte de un jurado o parte en la controversia, y no un técnico del derecho como en Roma. En resumen, con relación a la experiencia jurídica, parece haber muy poca continuidad entre Atenas y Roma. Y aún menos entre Atenas y nosotros.

Entonces encontramos que un historiador del derecho griego como Emanuele Stolfi puede afirmar sin rodeos que la "libertad (de hecho tampoco exigua)" del ciudadano griego "nunca fue configurable en los términos de un 'derecho subjetivo', que fuera posible oponer a la polis"⁸. De la misma forma,

⁴ Villey 1962: 180 y sig.

⁵ Villey 1983: 77.

⁶ Ver, por ejemplo, Pugliese, 1954; Tierney, 2002; Stolfi, 2006a; Marchettoni, 2012.

⁷ Stolfi 2015: 394.

⁸ Stolfi 2006b: 60.

Alberto Maffi sostuvo que “Hablar de derechos (subjctivos) para el mundo antiguo es seguramente un anacronismo”⁹. Otros estudiosos han expresado posiciones más posibilistas. Josiah Ober acuñó la fórmula “*quasi rights*” (cuasi derechos) para referirse a algunas inmunidades y libertades reconocidas por la ley, en Atenas, a ciudadanos y no ciudadanos, además de los derechos políticos reservados exclusivamente para los ciudadanos. “Cuasi”, porque los Atenienses “nunca pensaron que los derechos tuvieran una existencia universal y metafísica, que derivaran de Dios o de la naturaleza”¹⁰. Una tesis – se podría decir – que los teóricos de los derechos contemporáneos de orientación iuspositivista podrían suscribir tranquilamente. Aún más neto en la negación de la extrañeza del mundo griego al lenguaje de los derechos individuales es Mogens Herman Hansen que, en su clásica obra sobre la democracia ateniense del siglo IV, recurre sin problemas a la palabra “derechos” para designar algunas de las libertades y de los poderes de los que gozaban los ciudadanos atenienses y, en algunos casos, también los no ciudadanos¹¹.

Pasando de la historia de las instituciones a la historia del pensamiento, Fred D. Miller ha sostenido no solo la presencia en Aristóteles de una familia de conceptos, entre sí lógicamente relacionados, que corresponderían a las distintas figuras de los derechos subjctivos, sino también la posibilidad de encontrar en sus obras una verdadera teoría de los “derechos naturales”. Por supuesto que con esta expresión Miller no se refiere a los derechos correspondientes al individuo en una hipotética condición prepolítica – como en el modelo hobbesiano – sino a facultades, poderes, inmunidades reconocidos al miembro de la *polis* (entendida como comunidad *kata physin*) sobre la base de una teoría de la justicia, ella también “natural”, no convencional. Entre estos derechos se encontraría en primer lugar el “derecho a la felicidad” y al “perfeccionamiento moral”, en los que se fusionarían, en última instancia, los derechos políticos y el derecho de propiedad¹².

⁹ Maffi 2011: 9.

¹⁰ Ober, 2005: 96.

¹¹ Hansen, 2003: 10, 120.

¹² Miller 1995: 221-22 y 2005. Ver las críticas de Keyt, 1996 y Gill, 1996 y la réplica de Miller, 1996.

2. LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EN LA ATENAS DEMOCRÁTICA

En esta intervención no abordaré la compleja cuestión de la presencia en Aristóteles, o en otros filósofos antiguos, de una teoría de los derechos, naturales o positivos. Tampoco me preguntaré si, y en qué medida, en la antigüedad se ha desarrollado una noción universalista de derechos, basada en la idea de igualdad entre todos los seres humanos. La pregunta que querría plantear es otra: ¿existía alguna noción de derecho subjetivo en Atenas? ¿Los ciudadanos atenienses, y eventualmente también los residentes no ciudadanos, se percibían a sí mismos como poseedores de algo similar a lo que nosotros hoy entendemos por “derechos”? Si la respuesta es afirmativa, ¿deberíamos considerar superadas no solo las posiciones de Villey y de Tierney, sino también la tesis de Bobbio, según la cual “la edad de los derechos” es la edad moderna?

Intentaré abordar este problema con una primera definición de “derecho subjetivo” que es la propuesta por Luigi Ferrajoli, que tiene la ventaja de ser clara y lo suficientemente amplia como para seguir un razonamiento entre los antiguos y los modernos. Ferrajoli define el derecho subjetivo como “todas las expectativas positivas (de prestaciones) o negativas (de no sufrir lesiones) adscritas a un sujeto por una norma jurídica”¹³. Se trata de una definición teórica y formal que no nos dice nada sobre el contenido de las expectativas reconocidas de vez en vez como derechos, ni sobre su fundamento (pudiendo la norma que reconoce los derechos pertenecer a un sistema de derecho positivo, natural o consuetudinario). Ferrajoli especifica que los derechos pueden consistir en meras expectativas negativas (en este caso hablamos de *inmunidades*, por ejemplo contra la tortura o la reducción a la esclavitud), o también en *facultades* de actuar (como en el caso de la libertad de expresión y de asociación), o en *poderes* que implican efectos jurídicos en la esfera de los demás (los derechos civiles y políticos), o en *reivindicaciones* (la expectativa de recibir una prestación, como en el caso de los derechos sociales y el derecho de crédito)¹⁴.

¹³ Ferrajoli, 2001: 5.

¹⁴ Ferrajoli, 2007: 639 y sig.

A partir de esta definición, podemos volver a la cuestión de la existencia en Grecia, y específicamente en la Atenas clásica, de derechos subjetivos. Comenzando por una trivial constatación: si bien es indudable que no existe una única palabra griega capaz de expresar el abanico de situaciones jurídicas incluidas en la noción de derecho subjetivo, también es indudable que el griego antiguo contaba con una multiplicidad de términos para designar las inmunidades, las facultades, los poderes y las reivindicaciones que componen los derechos¹⁵. Aristóteles define al ciudadano como «aquel que tiene la facultad [*exousia*] de gozar de las funciones de juez y de magistrado» (*Pol.* 1275b) y habla del «poder» [*dynamis*] de los ciudadanos de elegir a los magistrados (*Pol.* 1274a). No me parece forzar ni tergiversar si en estos pasajes se interpreta *exousia* y *dynamis* como «derechos», porque de lo que estamos hablando aquí es precisamente de facultades y poderes conferidos a todos los ciudadanos por la ley. Facultades y poderes que los ciudadanos atenienses podían reivindicar contra los que quisieran negárselos. Del mismo modo en que podía recurrir al tribunal el hijo de padres atenienses que, al llegar a la mayoría de edad, se le negaba la inscripción como ciudadano en el registro del demo paterno (Aristóteles, *Ath. Pol.* 42).

Pero sería engañoso considerar que los ciudadanos atenienses solo gozaban de derechos políticos - la posibilidad de participar en la asamblea y en los jurados, y de cubrir los innumerables cargos públicos distribuidos por sorteo o por elección -, en los que Benjamin Constant identificaba lo específico de la “libertad de los antiguos”. En la *Constitución de Atenas*, Aristóteles recuerda cómo, en un determinado momento de la historia de la *polis*, se afianzó el principio de que “ningún ciudadano debiese morir sin la sentencia de un tribunal”. Eso sucedió cuando “el pueblo retiró [...] al consejo el derecho de condenar a muerte, de encarcelar, de poner multas, y estableció por ley que, si el consejo condenaba o castigaba a alguien con una multa, los tesmótetas debían llevar la condena y la multa ante un tribunal y la decisión votada por los jueces habría

¹⁵ Miller se detiene en especial en: *akuros/adeia*, *exousia*, *kurios*, *to dikaion*, que hace corresponder a las cuatro categorías de *rights* identificadas por Hohfeld (solo parcialmente coincidentes con las de Ferrajoli): *immunity*, *liberty/privilege*, *authority/power*, *claim* (Miller, 1995: 94-108 y 2005).

sido decisiva" (*Ath Pol.* 45). En realidad, Hansen observa que el principio de "ninguna ejecución sin proceso" [*medena akriton apokteinai*], mencionado también por Isócrates y por Lisias, no se aplicaba a ladrones y salteadores sorprendidos en flagrante delito. Incluso dentro de estos límites, se trataba - según Hansen - de un principio "sentido como un derecho del que gozaban todos los ciudadanos"¹⁶. Lo mismo se puede decir de otra importante inmunidad - el derecho a no ser torturados - garantizada a los ciudadanos atenienses por el decreto de Escamandro. En este caso, parece que la prohibición correspondiente valía sin excepciones, haciendo que los ciudadanos atenienses fueran "completamente inmunes frente al temor de ser torturados"¹⁷.

Los ciudadanos atenienses también gozaban de la *isegoría* - igualdad de posibilidades de tomar la palabra en público, en especial, en la asamblea - y de la *parrhesia* - la posibilidad de expresarse con franqueza también en contextos no políticos¹⁸. Ellos eran conscientes de que la constitución democrática les permitía criticar libremente las instituciones y el modo de vida de su ciudad y elogiar el lacedemón, algo inconcebible en Esparta¹⁹. La literatura griega, predominantemente antidemocrática, nos ofrece infinitos ejemplos de la tolerancia de la ciudad hacia sus críticos, incluso los radicales. Por supuesto, esa tolerancia encontró algunos límites significativos en momentos delicados, en los que se temía por la conservación de las mismas instituciones democráticas (la ley de Diopites contra la impiedad, los intentos - si bien fallidos - de censurar a Aristófanes, la prohibición en el debate público de propuestas tendientes a la

¹⁶ Hansen, 2003: 120.

¹⁷ Ver Pepe, 2011: 221-22, que cita en especial un pasaje de la oración de Lisias, *Contro Agorato* (XII, 27-28) en apoyo de esta tesis.

¹⁸ La tesis de Carter, según la cual la libertad de palabra se percibía como un "atributo" de los ciudadanos atenienses, y no como un "derecho", no es convincente. *Isegoría* es un término que tiene un indudable valor legal, aludiendo al igual "derecho" - ¿cómo expresarse de otra manera? - de cualquier ciudadano para expresar sus opiniones en la asamblea, cuyas sesiones se abrieron con el famoso *¿Tis agoreuein bouletai?* (¿Quién quiere hablar?). Incluso la yuxtaposición de Carter entre "confianza para hablar" y "derecho a hablar" no es convincente. Es claro que la costumbre de expresarse libremente surge y se fortalece cuando tal comportamiento se considera legal, como en Atenas. Ver Carter 2004: 198-99, 206.

¹⁹ Con las palabras de Demóstenes: "Lo que harán mis adversarios si usan estos argumentos para elogiar las costumbres de los atenienses o de alguna otra ciudad, no se puede hacer en Esparta, ¡ciertamente no! En cambio, es obligatorio elogiar solo lo que es útil para su comunidad" (Dem, *Contro Leptine*, 105-108).

subversión del orden democrático, después del año 404²⁰). El mismo proceso a Sócrates se puede interpretar como la reacción del partido democrático, a pocos años del derrocamiento de los Treinta, frente a lo que parecía ser un “mal maestro”²¹. En cualquier caso, si nuestro objetivo no es el de medir la coherencia de los Atenenses con los principios por ellos celebrados oficialmente, sino preguntarnos si los ciudadanos eran, y se percibían a sí mismos, como poseedores de algo similar a lo que hoy nosotros consideramos “derechos” (positivos), no me parece particularmente significativo insistir en los casos en los que la libertad de expresión fue violada o limitada por la ley. Los derechos se violan y se someten a restricciones constantemente, también en nuestras sociedades, que los han labrado en sus constituciones proclamando su universalidad e inalienabilidad²².

Por lo tanto, creo que se puede concluir que la constitución democrática aseguraba a los ciudadanos atenienses, no solo derechos políticos, sino algunos significativos derechos-inmunities y derechos-facultades. Ellos también gozaban de un meta-derecho de particular importancia: el derecho de actuar en juicio, dirigiéndose a los tribunales arbitrales o a la Heliea para obtener justicia. Stolfi afirmó - como hemos visto - que no se puede hablar de derechos de los ciudadanos “contra la polis”. Y, sin embargo, todo ciudadano podía presentar una causa privada contra los magistrados que consideraba que habían violado una reivindicación legítima. “Como se consideraba que el magistrado encarnaba a la polis - comenta Hansen - *euthynai* privadas y otros tipos similares de acusación eran juicios de un ciudadano contra la polis, en donde el ciudadano podía derrotar a la polis”²³.

²⁰ Sommerstein, 2004 y Wallace, 2004: 229-30.

²¹ Ver Wallace 2004, para quien la ejecución de Sócrates fue, de todas formas, un evento único en la historia ateniense, que “*does not reflect Athenian attitudes toward religious speculation or free speech*” (231).

²² Pensemos en las leyes contra el *hate speech* vigentes en los regímenes actuales de “democracia protegida”, cuya inspiración no se encuentra tan distante de la de algunas medidas restrictivas tomadas en Atenas.

²³ Hansen, 2003: 122.

Claro que se podría aún afirmar - como a menudo se ha hecho - que los “derechos” de los ciudadanos atenienses siempre corrían el riesgo de ser conculcados por la asamblea. “Teóricamente – escribe Finley – el poder del estado era ilimitado, y no existían actividades o esferas del comportamiento humano donde el estado no pudiera intervenir legítimamente, siempre que la decisión fuese oportunamente tomada por alguna razón que la asamblea hubiera considerado válida. Libertad significaba dominio de la ley y participación en el proceso decisonal, no posesión de derechos inalienables”²⁴. Y, sin embargo, el arbitrio de la asamblea estaba siempre limitado por el principio de la supremacía de las leyes [*nomoi*] sobre los decretos [*psephismata*], que se reafirmó a comienzos del siglo IV, época en la que tuvo una nueva ventura el instituto de la *graphé paranomon*²⁵. Lo que se intenta demostrar, por otro lado, no es que en Atenas los derechos estuvieran eficazmente garantizados contra las decisiones de la mayoría, como en los sistemas modernos de democracia constitucional. Por supuesto que no lo estaban, así como no lo estaban en el estado liberal del siglo XIX, antes del surgimiento de constituciones rígidas y del control de constitucionalidad de las leyes. Pero nadie osaría situar luego del siglo diecinueve (para los Estados Unidos) o de mediados del siglo veinte (para Europa) el nacimiento de la noción de derechos subjetivos, ni deducir que, en la Gran Bretaña actual, donde aún rige el principio de soberanía absoluta del Parlamento y no existe una constitución escrita, los ciudadanos carezcan de derechos²⁶.

3. LOS DERECHOS DE LOS “OTROS”

Y, sin embargo, hasta ahora solo hablé de los derechos de los ciudada-

²⁴ Finley, 2005: 26-27 y 83. De la misma opinión Dover, 1983: 278: “soberana era la comunidad y ningún derecho era inalienable”.

²⁵ Hansen, 2001. El subtítulo de la traducción italiana del texto de Hansen – *La sovranità del tribunale popolare ad Atene (La soberanía del tribunal popular en Atenas)* – puede parecer paradójico, pero suena como una invitación a redimensionar la tesis de Finley sobre la “soberanía absoluta” de la asamblea.

²⁶ La comparación con Gran Bretaña es de Hansen, 2003: 126.

nos atenienses. ¿Qué podemos decir de los “otros”²⁷? ¿Las mujeres, los esclavos, los metecos?

Analizando detenidamente, algunas libertades e inmunidades también valían para ellos, pero aquí es importante moverse con cautela, para no caer en imperdonables anacronismos. Según algunos teóricos de la traducibilidad universal entre las distintas culturas, en las sociedades donde el léxico de los derechos individuales no se ha desarrollado, la existencia de normas que prescriben deberes – como la obligación de respetar la vida, la dignidad, los bienes ajenos - también cumpliría la misma función. En realidad, las cosas no son tan sencillas. El hecho de que una norma disponga obligaciones o prohibiciones en protección de una determinada categoría de personas, no significa que les reconozca derechos. O mejor dicho, eso se puede afirmar desde un punto de vista estrictamente lógico, pero no si se tienen en cuenta los significados de los que se ha cargado la palabra “derecho”, que van más allá de la simple idea de contrapartida de un deber. Si los esclavos, tanto en Atenas como en Roma, gozaban de algunas protecciones, no era porque se les considerara poseedores de derechos. Era porque se les consideraba bienes, propiedad de un patrón, que no se debían dañar ni destruir a la ligera. Algo de similar se puede decir en referencia a la condición de las mujeres.

Si es verdad que todos los derechos se pueden traducir en los correspondientes deberes, no es verdad lo contrario, es decir, que la existencia de deberes siempre implique la de los derechos. Bobbio insistió sobre la no correspondencia bidireccional entre derechos y deberes: “La ley natural, en la concepción del iusnaturalismo tradicional, era una norma de conducta que tenía como destinatarios, sobre todo, a los soberanos a los que se les imponía la obligación de ejercer el poder respetando algunos altos principios morales. Era dudoso que a este deber de los gobernantes correspondiese un derecho correlativo de los súbditos de pretender que sus gobernantes respetaran ese deber: los súbditos tenían fundamentalmente el deber de obedecer, incluso a los malos soberanos

²⁷ Maffi, 2011.

[...]”²⁸. Además: si bien es cierto que la prohibición del homicidio está incluida en todos los códigos morales y jurídicos de la antigüedad, durante mucho tiempo eso no implicó en absoluto el reconocimiento, para los individuos, de algún “derecho a la vida”, sino la necesidad de salvaguardar la existencia del cuerpo colectivo²⁹.

En resumidas cuentas, sería un error pensar en cualquier obligación de protección de los más débiles en términos de derecho. Como argumentó Neal MacCormick en un célebre debate con Herbert Hart, existe una gran diferencia entre decir que “los niños *deben* ser alimentados y cuidados” y decir que “tienen el *derecho* de ser alimentados y cuidados”. En el primer caso, el deber, a cargo de los padres o de las instituciones públicas, podría estar justificado exclusivamente por el fin de tener en el futuro adultos sanos, que contribuyan al crecimiento del PIB y no representen una carga para el contribuyente. Proclamar - como lo hacen hoy varias declaraciones internacionales - que los niños son personas dotadas de dignidad y de derechos, evidentemente tiene otro significado³⁰.

La tesis de la irreductibilidad de los derechos a los deberes se encuentra, de diferentes maneras, en influyentes exponentes de la filosofía del derecho del siglo XX: de Kelsen a Hart, a Feinberg, a MacCormick, al mismo Bobbio³¹. Kelsen, como buen iuspositivista, parte de la tesis de Austin (pero ya de Bentham) según la cual no se dan derechos, en el sentido estricto del término, en ausencia de los deberes correspondientes. Pero esta tesis no le satisface: si la noción de derecho subjetivo no fuera más que la simple contrapartida de un deber, una sana parsimonia metodológica impondría renunciar a uno de los dos conceptos. Kelsen propone, pues, redefinir los derechos subjetivos en términos de

²⁸ Bobbio, 1999: 443. Pero ver también Kelsen, 1994: 85.

²⁹ Bobbio, 1990 : 55.

³⁰ Para una reconstrucción del debate entre Hart y MacCormick sobre los derechos de los niños, ver Celano, 2013: 58 y sig. y Fanlo Cortes, 2008.

³¹ Ver a propósito Baccelli, 2009: 86 y sig., que, sin embargo coloca a Kelsen – de manera forzada, a mi entender – entre los teóricos de la correlatividad entre derechos y deberes.

posibilidad, que el ordenamiento jurídico reconoce a determinados sujetos, de “poner en marcha la sanción”. Soy poseedor de un derecho subjetivo “en sentido estricto” si, en caso de su violación, puedo dirigirme a un tribunal para obtener justicia. “Sujeto de derecho es el individuo cuya manifestación de voluntad dirigida a la sanción, es decir, cuya acción en juicio, es la condición de la sanción. Si llamamos actor potencial al individuo al que el ordenamiento jurídico otorga la posibilidad de iniciar un procedimiento, entonces es siempre un actor potencial quien es sujeto de un derecho”³².

Con un lenguaje distinto, pero no demasiado, Hart y los teóricos de la *choice theory* expresan la misma intuición: ser poseedores de un derecho no significa solo ser beneficiarios de un deber de algún otro, sino tener el “control” sobre el cumplimiento de ese deber (es decir, tener la posibilidad de escoger si se lo pretende o si se renuncia al mismo, y si se actúa en juicio o no)³³. Si para Kelsen el poseedor de un derecho es siempre un “actor potencial”, para Hart es un “soberano en pequeña escala”, de cuya manifestación de voluntad depende el cumplimiento del deber de otros.

Semejantes teorías – si se absolutizan – presentan puntos débiles evidentes. Como el propio Hart se daba cuenta, si asignáramos un alcance general a la *choice theory* deberíamos excluir del grupo de los derechos justamente aquellos que hoy, por su particular importancia, se declaran “inalienables” y, por lo tanto, irrenunciables por sus mismos poseedores, como los derechos protegidos por la ley penal que, en caso de violación, no requieren una denuncia para que se llegue a una sanción³⁴. Y, sin embargo, este modo de concebir los derechos - o algunos derechos - aún capta un aspecto de la “revolución copernicana” que tuvo lugar en la modernidad: el paso de súbditos a ciudadanos, de destinatarios de beneficios otorgados paternalmente, a sujetos que reivindican lo que les corresponde “por derecho”. Detrás de estas teorías se destaca la imagen de un individuo autónomo, activo, que pretende ser respetado.

³² Kelsen, 1994: 83.

³³ Sobre Hart y la *choice (o will) theory*, ver Celano 2013: 38 y sig.

³⁴ Celano, 2013: 49-51.

Si volvemos a observar el mundo griego a partir de este modo de concebir los derechos, nos vemos inducidos a poner en discusión la tesis sostenida por algunos estudiosos, según la cual el énfasis en el *claiming*, el “ponerse de pie”, el conflicto, expresaría una actitud exclusiva de la modernidad occidental³⁵. Si reflexionamos sobre la pasión proverbial por los procesos del ciudadano ateniense, siempre preparado a acudir a un tribunal para pretender lo que le corresponde, si pensamos en el espíritu agonista que le impulsa, encontraremos muy poco de la actitud “conciliadora” que distingue a algunas culturas orientales y tradicionales. Y descubrimos más bien a un ciudadano muy consciente de sus prerrogativas: orgulloso de ser poseedor de inmunidades, facultades, poderes de los que goza en virtud de su *status*, y para nada dispuesto a renunciar a ellos.

Entre otras cosas, precisamente la naturaleza acusatoria del proceso ateniense, donde los ciudadanos siempre promueven la acción legal, incluso de los delitos más graves, hace que el derecho mismo a la vida se pueda considerar un “derecho en sentido estricto”, según la definición de Kelsen. También la acción para perseguir un homicidio en Atenas era una acción privada (una *dike*), que podía ser promovida por el pariente más cercano de la víctima. Además del poder de “poner en marcha la sanción”, al ciudadano-actor también le correspondía, en muchos casos, el poder de proponer el tipo y la magnitud de la pena. E incluso, en las acciones privadas, la ejecución del juicio se dejaba al vencedor³⁶. Paradójicamente, aplicando las categorías de Kelsen y de los teóricos de la *choice theory*, la Atenas democrática, en la que se dejaba un gran espacio a la iniciativa autónoma del ciudadano, nos parece más rica en derechos que las sociedades contemporáneas.

La cuestión cambia si desplazamos la atención sobre los no ciudadanos. Por lo general, mujeres, metecos, esclavos no podían actuar en juicio, sino a través de un tutor, un patrono o un amo³⁷. Además de no gozar de las mismas

³⁵ Baccelli, 2009: 121.

³⁶ Martini, 2005: 133 y sig.; Fabbro, 2012.

³⁷ A propósito de los metecos, ver Aristóteles, *Pol.* 1275a, 9-10.

facultades, libertades e inmunidades reservadas a los ciudadanos (de los derechos políticos a la libertad de expresión, a la inmunidad contra la tortura, al derecho de poseer tierras en propiedad), no tenían el poder de “poner en marcha la sanción”. Entonces, en la discriminación entre ciudadanos y no ciudadanos puede identificarse lo específico de la cultura de los derechos de los antiguos. Una discriminación referida, en especial, a los derechos “activos” a través de los cuales se expresa la autonomía de los individuos, en la esfera pública (derechos políticos) y privada (derechos civiles). Con eso no quiero decir que semejantes discriminaciones no se vuelvan a presentar también hoy. Pero se trata de violaciones de los principios del constitucionalismo moderno, que por primera vez ha reconocido al ser humano en cuanto tal – no al ciudadano – como sujeto de derechos. En cambio, en Atenas, la discriminación de derechos entre ciudadanos y no ciudadanos se encontraba en la base de la *politeia* democrática; tenía carácter fundamental, estructural³⁸.

4. CONCLUSIÓN

Pues bien, se debe reconfirmar la discontinuidad entre antiguos y modernos. Pero no se refiere a la noción de derecho subjetivo. Y tampoco a la alternativa destacada por Constant entre derechos políticos (las “libertades de los antiguos”) y derechos de libertad (las “libertades de los modernos”). Más bien se refiere, en primer lugar, a la posesión de los derechos, que en la antigüedad - tanto en Atenas como en Roma - corresponden principalmente al ciudadano, miembro a pleno título de la comunidad, mientras que en la edad moderna en principio son reconocidos al individuo, imaginado en una condición prepolítica de igualdad absoluta (también entre hombres y mujeres, en Hobbes). Con una fórmula eficaz, Michelangelo Bovero caracterizó la modernidad como la época de los “derechos sin pertenencias”, donde al contrario, la

³⁸ Pensemos en la tortura, prohibida para los ciudadanos, pero no para los esclavos, metecos y extranjeros. Comentando una afirmación de Licurgo sobre el carácter eminentemente “democrático” de la tortura, Laura Pepe sostiene que la misma “se convierte en un manifiesto de la ideología democrática ateniense, y del énfasis que atribuye a la distancia entre el *polites* y quien *polites* no es” (Pepe, 2011, p. 235).

edad premoderna se distingue por la subordinación de los derechos a la posesión de la ciudadanía o de otros estatus particulares³⁹. Sabemos bien que estos principios hoy son desmentidos por los estados ricos que, después de haber colonizado y depredado los recursos del resto del mundo, cierran las fronteras a los que huyen de la guerra y de la miseria. De esta forma, la ciudadanía ha vuelto a ser un privilegio de pocos, de cuya posesión depende el disfrute de todos los otros derechos, no obstante las constituciones y las declaraciones internacionales hablen un lenguaje muy distinto. Pensemos en el artículo 13 de la Declaración universal de los derechos del hombre, que establece el derecho de cada individuo a “abandonar cualquier país, incluso el propio”, pero también en el art. 15, que atribuye a cada ser humano el derecho “a una ciudadanía” y a “cambiar de ciudadanía”.

Una segunda diferencia entre antiguos y modernos se refiere a la función de los derechos. El gozne de las teorías del iusnaturalismo antiguo y medieval es la ley (*lex*), no los derechos (*iura*). De aquí viene la distinción de Bobbio entre el iusnaturalismo antiguo y medieval, que es una teoría del “derecho natural”, y el iusnaturalismo moderno, que elabora teorías de los “derechos naturales”. La cuestión, como hemos visto, es que el “derecho” (en sentido objetivo) no implica obligatoriamente los “derechos” (en sentido subjetivo), pudiendo la ley prescribir deberes a los que no corresponde ninguna pretensión exigible por los sujetos. Solo a partir de Hobbes se invierte la perspectiva y los derechos se elevan a principio de legitimación del orden político, convirtiéndose, en cierto sentido, en las “cláusulas” del pacto social: las “condiciones con las que el individuo se vincula con lo colectivo, es decir, que asume la obligación política de obedecer las decisiones colectivas”⁴⁰. De esta forma, la violación de los derechos por el soberano legitima a los súbditos a invocar el “derecho de resistencia”. Nada semejante puede ser concebido en el marco de la *polis*, ni en el mundo antiguo en general.

Podríamos, pues, concluir que, si a los antiguos no les era extraña la no-

³⁹ Bovero, 2000: 118.

⁴⁰ Bovero, 2016: 15.

ción de derecho subjetivo, tales derechos no eran concebidos como “fundamentales”, en una de las acepciones posibles que esta expresión ha adquirido, es decir, como derechos puestos “como fundamento” y justificación del orden político. A ese propósito, Michelangelo Bovero escribió que “son fundamentales aquellos derechos que no derivan de la existencia de determinados deberes lógicamente anteriores a ellos, sino al contrario, son concebidos (y estipulados) como originarios y, por lo tanto, ellos mismos fundamentales con respecto a una determinada clase de deberes, que derivan lógicamente”⁴¹.

Si, hablando estrictamente, la modernidad no es “la edad de los derechos”, sin lugar a dudas puede considerarse la edad de los “derechos fundamentales”. Aquellos derechos de la persona (no solo del ciudadano), que han sido escritos en constituciones y declaraciones internacionales, hoy muy a menudo maltratadas y traicionadas por la práctica política, que vuelve a discriminar a las personas sobre la base de criterios de género, de “raza”, de orientación sexual, de condiciones sociales.

BIBLIOGRAFIA

Baccelli, L. (2009). *I diritti dei popoli. Universalismo e differenze culturali*, Laterza, Roma-Bari. 2009.

Bobbio, N. (1973). *Il modello giusnaturalistico*, “Rivista internazionale di filosofia del diritto”, 50, 603-22 (ahora en Id., *Thomas Hobbes*, Einaudi, Torino 1989, 3-26).

Bobbio, N. (1985). *Stato governo e società. Per una teoria generale della politica*, Einaudi, Torino.

Bobbio, N. (1990). *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino.

⁴¹ Bovero, 2016 : 15. Ver también Palombella, 2002 y Costa, 2008 : 366.

- Bobbio, N. (1999). *Teoria generale della politica*, a cura di M. Bovero, Einaudi, Torino.
- Bovero, M. (2000). *Contro il governo dei peggiori*, Laterza, Roma-Bari.
- Bovero, M. (2013). *Paradigmi e modelli politici nell'età moderna*, in F. de Luise (ed.), *Ripensare i paradigmi del pensiero politico: gli antichi, i moderni e l'incertezza del presente*, Università degli studi di Trento, Trento, 65-87.
- Bovero, M. (2016). *Diritti deboli, democrazie fragili. Sullo spirito del nostro tempo*, "Diritto e questioni pubbliche", 16, 2, 10-21.
- Carter D.M. (2004). *Citizen Attribute, Negative Right: A Conceptual Difference Between Ancient and Modern Ideas of Freedom of Speech*, en I. Sluiter, R.M. Rosen (eds.), *Free Speech in Classical Antiquity*, Brill, Leiden, 197-220.
- Celano, B. (2013). *I diritti nello Stato costituzionale*, il Mulino, Bologna.
- Costa, P. (2008). *Diritti fondamentali (storia)*, en *Enciclopedia del diritto*, vol. II, tomo 2, Giuffrè, Milano, 365-417.
- Dover, K.J. (1983). *La morale popolare greca all'epoca di Platone e Aristotele*, Paideia, Brescia.
- Fabbro, E. (2012). *La procedura giudiziaria in Atene*, en Aristofane, *Le vespe*, a cura di E. Fabbro, Bur, Milano.
- Fanlo Cortes, I. (2008). *Bambini e diritti. Una relazione problematica*, Giappichelli, Torino.
- Ferrajoli, L. (2001). *Diritti fondamentali*, a cura di E. Vitale, Laterza, Roma-Bari.
- Ferrajoli, L. (2007). *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 2 voll., Laterza, Roma-Bari.
- Finley, M. (1981). *Schiavitù antica e ideologie moderne*, Laterza, Roma-Bari.

Finley, M. (2005). *La democrazia degli antichi e dei moderni*, Laterza, Roma-Bari 2005.

Gill, D. (1996). *Political Rights in Aristotle: A Response to Fred Miller Jr.*, 'Natura, Justice, and Rights in Aristotle's Politics', "Ancient Philosophy", 16, 431-442.

Hansen, M.H. (2001). *Grappe paranomon: la sovranità del tribunale popolare ad Atene nel IV secolo a.C. e l'azione pubblica contro proposte incostituzionali*, Giappichelli, Torino.

Hansen, M.H. (2003). *La democrazia ateniese nel IV secolo a.C.*, a cura di A. Maffi, LED, Milano.

Keyt, D. (1996). *Fred Miller on Aristotle's Political Naturalism*, "Ancient Philosophy", 16, 425-430.

Kelsen, H. (1952). *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Etaslibri, Milano.

Maffi, A. (2011). *I diritti degli altri: relazione introduttiva*, in A. Maffi, L. Gagliardi (eds.), *I diritti degli altri in Grecia e a Roma*, Academia Verlag, Sankt Augustin, pp. 9-28.

Maffi, A., Gagliardi L. (eds.). (2011). *I diritti degli altri in Grecia e a Roma*, Academia Verlag, Sankt Augustin.

Marchettoni, L. (2012). *I diritti umani tra universalismo e particolarismo*, Giappichelli, Torino.

Martini, R. (2005). *Diritti greci*, Zanichelli, Bologna.

Miller, F.D. (1995). *Nature, Justice, and Rights in Aristotle's Politics*, Oxford University Press, Oxford.

Miller, F.D. (1996). *A Reply to David Keyt and David Gill*, "Ancient Philosophy", 16, 443-454.

Miller, F.D. (2005). *Aristotele e i diritti*, "Filosofia politica", 19, 3, 365-382.

Ober, J. (2005). *Quasi rights. Participatory Citizenship and Negative Liberties*, in Id. *Athenian Legacies. Essays on the Politics of Going On Together*, Princeton University Press, Princeton (Mass.)-Oxford, 92-127.

Palombella, G. (2002). *L'autorità dei diritti. I diritti fondamentali tra istituzioni e norme*, Laterza, Roma-Bari.

Pepe, L. (2011). *Quali 'altri'? Le vittime della tortura ad Atene tra il Ve il IV secolo*, in A. Maffi, L. Gagliardi (eds.), *I diritti degli altri in Grecia e a Roma*, Academia Verlag, Sankt Augustin, 218-235.

Pugliese, G. (1954). *'Res corporales', 'res incorporales' e il problema del diritto soggettivo*, en *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz*, Jovene, Napoli, 223-260.

Sluiter, I., Rosen, R.M. (eds.) (2004). *Free Speech in Classical Antiquity*, Brill, Leiden.

Sommerstein, A.H. (2004). *Harassing the Satirist: the Alleged Attempts to Prosecute Aristophanes*, in I. Sluiter, R.M. Rosen (eds.), *Free Speech in Classical Antiquity*, Brill, Leiden, 145-174.

Stolfi, E. (2005). *I "diritti" a Roma*, "Filosofia politica", 19, 3, 383-398.

Stolfi, E. (2006a). *Riflessioni attorno al problema dei "diritti soggettivi" fra esperienza antica ed elaborazione moderna*, "Studi senesi", 55, 120-177.

Stolfi, E. (2006b). *Introduzione allo studio dei diritti greci*, Giappichelli, Torino.

Tierney, B. (2002). *Diritti naturali, legge naturale e diritto canonico 1150-1625*, il Mulino, Bologna.

Tuck, R. (1979). *Natural Rights Theories. Their Origin and Development*, Cambridge University Press, Cambridge.

Villey, M. (1962). *Les Institutes de Gaius et l'idée de droit subjectif*, en Id., *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, 167-188.

Villey M. (1983). *Le droit e les droits de l'homme*, Presses Universitaires de France, Paris.

Villey, M. (1985). *La formazione del pensiero giuridico moderno*, Jaca Book, Milano.

Wallace, R. (2004). *The Power to Speak - and not to Listen - in Ancient Athens*, en I. Sluiter, R.M. Rosen (eds.), *Free Speech in Classical Antiquity*, Brill, Leiden, 221-232.