

Revista do Direito de Língua Portuguesa

Ano V · Número 10

Julho · Dezembro de 2017



FICHA TÉCNICA

ReDiLP – Revista do Direito de Língua Portuguesa, n.º 10

Propriedade e Editor

IDiLP – Instituto do Direito de Língua Portuguesa
Campus de Campolide
1099-032 Lisboa – Portugal
www.idilp.net/redilp
presidente@idilp.net

Secretária

Dr.ª Inês Braga (secretariado.idilp@gmail.com)

Periodicidade

Semestral

Indexador:

www.latindex.org (catálogo)

Este trabalho é financiado por Fundos Nacionais através da FCT
– Fundação para a Ciência e a Tecnologia no âmbito do projeto
«UID/DIR/00714/2013»

Depósito Legal

356538/13

ISSN

2182-8695 (impresso)

ISSN

2182-8768 (em linha)

Revista do Direito de Língua Portuguesa

Ano V · Número 10

Julho · Dezembro de 2017

DIRETOR

JORGE BACELAR GOUVEIA

DIRETORES-ADJUNTOS

JOSÉ JOÃO ABRANTES

CRISTINA NOGUEIRA DA SILVA

FRANCISCO PEREIRA COUTINHO

SECRETÁRIA

INÊS BRAGA



IDiLP
INSTITUTO DO DIREITO DE LÍNGUA PORTUGUESA



FACULDADE DE
DIREITO
UNIVERSIDADE
NOVA DE LISBOA

Índice Geral

I – DOCTRINA

Cláudia Maria da Costa Gonçalves Democracia e Direito à Participação Popular: a experiência das comunidades eclesiais de base	7
Flávio Inocêncio Direito do Comércio Internacional: a Emergência da Nova <i>Lex Mercatoria</i>	49
Gustavo Costa Nassif O Amadurecimento da democracia participativa a partir da institucionalização do Provedor de Justiça na Organização das Nações Unidas – ONU e sua atuação nos países lusófonos	75
Jorge Bacelar Gouveia A nulidade dos tratados internacionais	145
Leonardo Oliveira Soares O Novo Código de Processo Civil Brasileiro: Um Código de Princípios . .	165
Mário Lúcio Quintão Soares Tensão entre os discursos da razão instrumental da globalização e da razão política do estado constitucional	179
Roberto Dias / Isadora Chansky Cohen Reflexões sobre o Estado Laico e o Controle de Constitucionalidade suscitado por Associações Religiosas	195
Rosemiro Pereira Leal A Crise do Dogmatismo e Implicações Jurídico-Políticas	229

II – PARECERES

Jorge Bacelar Gouveia A Exoneração e a Nomeação das Chefias Militares de Timor-Leste: Invalidade por Inconstitucionalidade e Competência Jurisdicional	239
--	-----

III – ATIVIDADE DO INSTITUTO DO DIREITO DE LÍNGUA PORTUGUESA

Flávio G. I. Inocêncio Carreira Universitária: da Precariedade à Estabilidade	297
---	-----

I - DOUTRINA

Democracia e Direito à Participação Popular: a experiência das comunidades eclesiais de base¹

Democracy and popular participation: the experience of basic ecclesial communities.

CLÁUDIA MARIA DA COSTA GONÇALVES²

Resumo: Democracia e participação popular. Discutem-se as diferentes concepções teóricas sobre democracia. Analisa-se o direito à participação popular no contexto jurídico-político. Comentam-se os paradigmas normativos da democracia e do direito à participação popular no interior do Pacto de San José da Costa Rica. Discute-se a experiência popular das comunidades eclesiais de base no Brasil, tendo como parâmetros as configurações jurídicas da democracia e do direito à participação.

Palavras-Chave: *Democracia. Direito à Participação Popular. Pacto de San José da Costa Rica.*

Abstract: Democracy and popular participation. The different theoretical conceptions about democracy are discussed. The right to popular participation in the juridical-political context is analyzed. The normative paradigms of democracy

¹ Entregue: 1.3.2016; aprovado: 5.7.2016.

² Pós-Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Mestre e Doutora em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão. Em seus estudos de doutorado participou de intercâmbios com a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e com a Faculdade de Direito da UFPR. Doutora em Direito pela Universidade Federal UNLZ – Argentina. Licenciada em História UFMA. Professora Associada de Direito Constitucional e Direito Administrativo do Curso de Direito da Universidade de Federal do Maranhão e Desenvolvimento Sustentável e Meio Ambiente do Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas (Mestrado e Doutorado) da mesma Universidade. Procuradora do Estado do Maranhão. Ex-Procuradora Federal. Ex-Advogada da União.

and the right to popular participation within the San José da Costa Rica Pact are commented. The popular experience of basic ecclesial communities in Brazil is approached, having as parameters the legal configurations of democracy and the right to popular participation.

Keywords: *Democracy. Right to Popular Participation. San José da Costa Rica Pact.*

1. Introdução

“Um galo sozinho não tece uma manhã: ele precisará sempre de outros galos. De um que apanhe esse grito que ele e o lance a outro; de um outro galo que apanhe o grito de um galo antes e o lance a outro; e de outros galos que com muitos outros galos se cruzem os fios de sol de seus gritos de galo, para que a manhã, desde uma teia tênue, se vá tecendo, entre todos os galos.
[...].”

(*Tecendo a Manhã* – João Cabral de Melo Neto)

Aqui, desenvolver-se-ão análises para que, ao fim e ao cabo, se possa responder as seguintes questões: a categoria jus-política da democracia permite consensos discursivos a seu respeito, considerando-se as dimensões do pluralismo? No interior da democracia política, quais as tensões perpassam pela democracia direta, tendo em vista os parâmetros institucionais da democracia indireta? Quais são os paradigmas normativos da democracia e do direito à participação no interior do Pacto de San José da Costa Rica? No contexto dos movimentos populares e durante o regime militar no Brasil, qual foi a importância das comunidades eclesiais de base na reivindicação de direitos sociais e políticos?

Explique-se, ainda, que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos será a unidade de análise prioritária para enfrentar os temas propostos.

Contudo, advirta-se que seus dispositivos serão cotejados com a normatividade da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos e do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

A democracia será, assim discutida, como um fazer social aberto, construído no cotidiano da História. Bem por isso, seguir-se-ão os ensinamentos de Marilena Chauí:

“A democracia é invenção porque, longe de ser a mera conservação de direitos, é a criação ininterrupta de novos direitos, a subversão contínua dos estabelecidos, a restituição permanente do social e do político.

[...] Como criação de direitos, como reconhecimento das divisões internas e das diferenças constitutivas do social e do político, a democracia abre para a história no sentido forte da palavra. E desfaz as imagens da boa sociedade e do bom governo, da “comunidade ideal” transparente, virtuosa, sem conflitos, plenamente reconciliada consigo mesma, una e invencível. Imóvel, mais do que corpo, mineral.”³

2. Diferentes olhares sobre a democracia: há um consenso possível?

Sabe-se bem que muitos são os olhares acadêmicos sobre a democracia, em especial, no que tange ao seu papel, suas contradições e suas possibilidades.

Inicia-se, assim, lembrando Rousseau que assenta a justificativa política do Estado na *vontade geral*, reiterando, por conseguinte, a ideia da coletividade política, pacificada pelos ditames jurídicos da igualdade formal.

“[...] cada um dando-se a todos não se dá a ninguém e, não existindo um associado sobre o qual não se adquira o mesmo direito que se lhe cede sobre si mesmo, ganha-se o equivalente de tudo que se perde, e maior força para conservar o que se tem.”⁴

Ocorre que a visão de Rousseau termina por galvanizar a democracia no modelo do *corpo político* com poucas possibilidades de se

³ CHAUÍ, Marilena. Apresentação. In: LEFORT, Claude. **A invenção democrática: os limites do totalitarismo**. 3. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2011. p. 39.

⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 39.

entender, nesse contexto, a entrada de novos sujeitos na arena de reivindicações.⁵

O modelo que prioritariamente demarca, no século XIX, a democracia é aquele ligado a uma liberdade meramente formal, com forte ênfase no poder de contratar e na autonomia do mercado.⁶

“Em alguma ocasião, por volta do meio do século, observamos um ajustamento consciente dos trabalhadores habilitados às ‘regras do jogo’, pelo menos na Inglaterra. Assim os sindicatos começaram na década de 1840 a reconhecer a natureza peculiar do ciclo comercial em suas precauções para o desemprego, e um pouco mais tarde a desenvolver as políticas características de um sindicalismo de ‘novo modelo’: restrição da entrada, máxima mobilidade de mão-de-obra em áreas de pleno emprego e de falta, benefícios de emigração, o uso sistemático de benefícios de socorros mútuos, e assim por diante. Como sabemos, a teoria econômica por trás destas políticas pretendia a criação de uma escassez permanente de mão-de-obra habilitada, de forma a elevar o seu preço de mercado. Novamente, como vemos, os trabalhadores habilitados, bem como os patrões de 1850 a 1860, tendiam a favorecer as formas mais curtas possíveis de contrato de trabalho de forma a permitir a qualquer das partes negociar por melhores condições com o menor atraso possível.”⁷

No século XX, Joseph Schumpeter firma um modelo de democracia muito mais ligado ao registro das insatisfações do que às possibilidades de mudanças.⁸

⁵ “[...] mas *corpus* é o novo sujeito da política, e a democracia moderna nasce prioritariamente como reivindicação e exposição deste *corpus* [...]”. AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. Tradução Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002. v. 1. p. 130.

⁶ No que tange à análise Bentham y James Mill. Cf. MACPHERSON, C. B. *La democracia liberal y su época*. Tradução Fernando Santos Fontenla. Madrid: Alianza, 2009.

⁷ HOBBSAWM, Eric J. *Os trabalhadores: estudo sobre a história do operariado*. Tradução Marina Leão Teixeira Viriato de Medeiros. São Paulo: Paz e Terra, 2010. p. 406.

⁸ Essa visão um tanto proibitiva das inovações democráticas no campo social parece, guardadas as proporções, assemelhar-se ao pensamento de Rousseau: “O maior mal já está feito numa sociedade quando é preciso defender os pobres e refrear os ricos.” ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a economia e a política e contrato social*. Petrópolis: Vozes, 1995. p. 38.

“The fourth set of conditions may be summed up in the phrase Democratic Self-control. Everybody will of course agree that the democratic method cannot work smoothly unless all the groups that count it in a nation are willing to accept any legislative measure as long as it is on the statute book and all executive orders issued by legally competent authorities. But democratic self-control implies much more than this. Above all, electorates and parliaments must be on an intellectual and moral level high enough to be proof against the offerings of the crook and the crank, or else men who are neither will be driven into the ways of both. Moreover, miscarriages that will discredit democracy and undermine allegiance to it may also occur if measures are passed without regard to the claims of others or to the national situation. The individual proposals for legislative reform or executive action must, as it were, be content to stand in an orderly breadline; they must not attempt to rush the shop. Recalling what has been said in the preceding chapter about the *modus operandi* of the democratic method, the reader will realize that this involves a lot of voluntary subordination.”⁹

Por outro lado, Friedman fundamenta-se na liberdade de mercado, inteiramente descomprometida com as graves questões que nascem da exclusão social. Para o autor, a liberdade – leia-se de poucos e do mercado – achava-se vulnerada tanto pelo modelo planificado revolucionário da extinta União Soviética, quanto pelas propostas reformistas de Keynes.

“A preservação e a expansão da liberdade estão atualmente ameaçadas em duas direções. Uma das ameaças é óbvia e clara. É a ameaça externa vinda dos homens maus do Kremlin que prometem destruir-nos.

A outra ameaça é bem mais sutil. É a ameaça vinda dos homens de boa vontade que nos desejam reformar. Impacientes com a lentidão da persuasão e do exemplo.”¹⁰

⁹ SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalism, socialism and democracy*. New York: Harperperennial/Modernthought, 2008. p. 294.

¹⁰ FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e liberdade*. Tradução Luciana Carli. São Paulo: Abril Cultural, 1984. p. 181.

Para todos os autores vistos, em maior ou menor medida, a democracia aparece moldada em seus procedimentos meramente formais, sem qualquer comprometimento com a redução das desigualdades sociais. Contudo, Macpherson entende o enfrentamento da exclusão social como elemento intrínseco à democracia:

“[...] que rebajen o abandonen los supuestos de mercados sobre el carácter del hombre y de la sociedad, que se abandone la imagen del hombre como consumidor maximizador y que se reduzcan mucho las desigualdades económicas y sociales actuales.”¹¹

O’Donnell, em uma de suas teses, defende também que sobretudo em países de capitalismo tardio, a concentração de rendas, a falta de mínimos existenciais e a pobreza extrema geram inevitáveis e profundas restrições ao gozo dos direitos civis. Explica o autor:

“[...] cada país de la región tiene sus peculiaridades, pero en casi todos hay una amplia proporción de la población que se encuentra por debajo de un piso mínimo de desarrollo humano, en términos no sólo de bienes materiales y de acceso a servicios públicos, sino también de básicos derechos civiles. Los miembros de esta población no son sólo pobres materialmente, lo son también legalmente – incluso les son negados de hecho los derechos que les están formalmente asignados –. En este sentido, el sector popular tiene claro el interés en un estado fuerte (es decir, ancho así como razonablemente eficaz, efectivo y creíble) ya que éste es el principal lugar donde puede inscribir y hacer efectivos sus derechos de ciudadanía.”¹²

No início do século XXI, sem se perder de vista as graves questões advindas das desigualdades sociais, ressalta-se também a necessidade

¹¹ MACPHERSON, C. B. *La democracia liberal y su época*. Tradução Fernando Santos Fontenla. Madrid: Alianza, 2009. p. 148.

¹² O’DONNELL, Guillermo. *Acerca del estado en América Latina contemporánea: diez tesis para la discusión*. In: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. *La democracia en América Latina: hacia la democracia de ciudadanas y ciudadanos*. Buenos Aires: Aguilar, 2004. p. 178.

de se pensar a democracia como um processo contínuo de reivindicação e expansão de direitos.

Assim, Lenio Streck e José Luís Bolzan explicam:

“[...] não é crível, numa democracia, que a perenidade formal das regras (que deverão ser normas) assuma contornos de muros que aprisionam os participantes em limites impeditivos do vislumbre do horizonte, onde o sol se põe de forma enigmática, para um novo amanhecer [...] a democracia pressupõe a quebra desta ‘mortificação cotidiana’ imposta a partir da introjecção da racionalidade do mundo sistêmico.”¹³

Por outro lado, a análise de Antônio Hespanha acerca da passagem do paradigma legalista para o paradigma pluralista, também expressa os desafios do processo democrático no século XXI.

“[...] numa recusa de soluções automáticas ou unidimensionais; numa busca da problematização e da complexificação, antes de se obter uma solução; na insistência da provisoriedade e da precariedade destas soluções e no seu contínuo contrastes com as sensibilidades jurídicas da comunidade.”¹⁴

Vicente de Paulo Barreto aponta para uma tendência à *democracia cosmopolita*, no interior da qual, os direitos humanos figurem como uma moralidade mínima¹⁵. Explica, então, o autor:

“[...] uma democracia cosmopolita na qual o sistema dos direitos humanos sirva como núcleo jurídico e temático das relações políticas, sociais e econômicas é, por sua vez, um fenômeno que se constata em dois níveis político-institucionais. No primeiro, pela aceitação das proposições dos direitos humanos pela comunidade internacional [...] No segundo

¹³ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan. *Ciência política e teoria do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 127-128.

¹⁴ HESPANHA, Antônio Manuel. *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 76.

¹⁵ BARRETO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

nível, a organização da sociedade civil em organismos não-estatais que atuam com eficiência na formulação de políticas públicas com vistas ao respeito dos direitos humanos [...].

A democracia cosmopolita, que tem na cidadania cosmopolita a sua dimensão jurídica, identifica-se com o mecanismo institucional da era da globalização e terá nos direitos humanos o seu impulso teórico e político, mesmo quando, como se observa nas últimas décadas, essa categoria de direitos não tenha sido universalmente garantida.”¹⁶

Norberto Bobbio, por sua vez, ressalta a democracia como o governo das leis. Por certo, o filósofo italiano não estava a falar da lei exclusiva e prioritariamente como forma disciplinar, mas como norma justa e válida para garantir a contenção dos poderes (políticos, econômicos e sociais) em prol de uma vida qualificada pela participação pública.

“[...] não tenho nenhuma hesitação em dizer que prefiro o governo das leis e não dos homens. O governo da lei celebra hoje seu triunfo na democracia. E o que é a democracia se não um conjunto de regras (as chamadas regras do jogo) para solução dos conflitos sem derramamento de sangue? [...]”¹⁷

Assim, para que se diga que a democracia é um governo de leis, há de se destacar igualmente que essas normas devem estar de acordo com a dicção dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Do contrário, não se cuida de democracia, mas de um governo das leis do governante. Lembre-se, aqui, Alain Touraine, para quem a democracia é entendida “como a capacidade de dar respostas institucionais às exigências sociais”¹⁸ Prossegue o autor, ressaltando que a democracia representativa implica “na subordinação dos agentes políticos aos atores sociais.”¹⁹

¹⁶ Ibid., p. 231.

¹⁷ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 11. ed. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2009. p. 185.

¹⁸ TOURAINE, Alain. *Iguais e diferentes: poderemos viver juntos?* Tradução Carlos Aboim de Brito. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 319.

¹⁹ Ibid., p. 343.

Desse modo, sem que se descuide de outras importantes contribuições teóricas, seguem-se as considerações de Alain Touraine:

“Não se trata aqui apenas de respeitar e de proteger a liberdade negativa; a democracia tem necessidade de uma vontade ativa de libertação e de confiança na capacidade coletiva de ação. Porque não se pode separar liberdade e responsabilidade. Não existe democracia se os dirigentes não prestam contas ao povo e se não estão submetidos simultaneamente à decisão dos eleitores, e ao juízo da lei; mas, sobretudo, só existe espírito democrático quando recua a consciência de uma necessidade a que será necessário submeter-se e quando se afirma o espírito de responsabilidade. [...] É por isso que esta é a política do Sujeito, de um Sujeito sempre comprometido com ações coletivas de libertação.”²⁰

Ainda segundo Alain Touraine, três princípios básicos conformam a democracia, a saber:

“o reconhecimento dos **direitos fundamentais**, que o poder deve respeitar; a **representatividade social** dos dirigentes e da sua política; a **consciência de cidadania**, do fato de pertencer a uma coletividade fundada sobre o direito.”²¹

Há mais. De acordo com o sociólogo francês, não se pode falar de democracia “[...] onde reinam o dinheiro, o clientelismo, o espírito cortesão, as gangues e a corrupção.”²²

Ademais, acresça-se a análise de Chantal Mouffe que, trabalhando com paradigma da *democracia radical*, chama atenção para o espaço público onde as várias posições do sujeito possibilitem a construção da cidadania:²³ “Daí a importância de compreender que, para que a

²⁰ Ibid., p. 327-328.

²¹ TOURAINE, Alain. *Crítica da modernidade*. 9. ed. Tradução Elia Ferreira Edel. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 345, grifo do autor.

²² Ibid., p. 367.

²³ “Implica encarar a cidadania, não como um estatuto legal, mas como uma forma de identificação, um tipo de identidade política: algo que deve ser construído e não empiricamente determinado”. MOUFFE, Chantal. *O regresso do político: trajetjos*. Tradução Ana Cecília Simões. Lisboa: Gradiva, 1996. p. 90.

democracia exista, nenhum agente social pode ter a possibilidade de reivindicar qualquer domínio quanto à fundação da sociedade.”²⁴

Por fim, observa-se, como não poderia deixar de ser, que a democracia não é uma categoria cujo conteúdo seja unísono entre os autores. Entretanto, aqui, analisa-se não a democracia ideal ou idealizada como mera abstração, mas sim, os condicionantes reais e as muitas possibilidades do processo democrático como “especificidade complexa”.²⁵

Desse modo, o maior compromisso da democracia deve ser a formação continuada de espaços públicos que permitam o respeito à dignidade em qualquer circunstância da vida. Para esse objetivo, muitas condições são exigidas, a saber: responsabilidade dos Estados, dos governantes, dos mandatários e dos agentes públicos; solidariedade e responsabilidade entre os sujeitos sociais; respeito e acesso aos direitos fundamentais; reais possibilidades de alternância do poder; gestão de interesse público de acordo com os parâmetros do direito fundamental à boa administração²⁶; eleições livres, periódicas e transparentes; cidadania qualificada pela possibilidade de participação contínua tanto no plano legislativo, como na gestão e nas políticas públicas; amplo acesso a cargos e mandatos públicos, cujas restrições devem estar fundamentadas apenas em exigências razoáveis.

3. Direito à participação popular: de onde se fala?

Neste item, conforme já mencionado, deseja-se analisar as tensões que perpassam a democracia direta e indireta. Para tanto, tem-se como fundamento, de início, as considerações de Pierre Bourdieu. Pois bem. De acordo com o que explica o sociólogo francês, no *campo político*²⁷ não raro ocorre o *desapossamento*, que conduz à ausência ou a pouca efetividade da própria democracia, que termina, assim, sendo galvani-

²⁴ Ibid., p. 200.

²⁵ GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: LTC, 2008. p. 33 e 34.

²⁶ FREITAS, Juarez. *Discriminalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

²⁷ Sobre campo político Cf. BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 4. ed. Tradução Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001. p. 163-164.

zada pela *burocratização* da política. Dizendo-se de outro jeito, o agir político, pela abstenção ou pela delegação, termina sendo monopólio de profissionais ou daqueles que exercem mandatos²⁸. Os cidadãos, nesse contexto, passam a ser *simbolicamente*²⁹ vistos como profanos³⁰, isto é, aqueles que falam com pouca ou nenhuma legitimidade e efetividade.

Daí resulta que o *capital político*³¹ fica centralizado em mãos de poucos e, quanto maior for a exclusão social, maior será a probabilidade de desapossamento político.

“[...] a concentração do capital político nas mãos de um pequeno grupo é tanto menos contrariada e portanto tanto mais provável, quanto mais desapossados de instrumentos materiais e culturais necessários à participação ativa na política estão os simples aderentes [...]”³²

Desse modo, observa-se que a participação popular traz a satisfação dos direitos humanos sociais para o centro da própria democracia.

Por outro lado, não se nega, aqui, a dimensão constitucional da democracia representativa. O que se defende é que, ao lado dessa dimensão e, para além dos instrumentos da democracia direta (plebiscito, referendo etc.), a participação popular não seja compreendida *exclusivamente* como direito de votar e de ser votado. Lembre-se, aqui, a observação de Hannah Arendt: “todas as instituições políticas são manifestações e materializações do poder; elas se petrificam e decaem, tão logo o poder vivo do povo deixa de sustentá-las.”³³

²⁸ Ibid., p. 164 e 169.

²⁹ Sobre o poder simbólico e capital simbólico, Ibid., p. 14-15 e 144-145.

³⁰ Sobre profanos, Bourdieu (Ibid.) entende-os como aqueles que não integram a política institucional, inclusive como opositores, nem dela participam como jornalistas, cientistas ou *experts*.

³¹ “Ao contrário do capital pessoal que desaparece com a pessoa do seu portador [...], o capital delegado da autoridade política é, como o do sacerdote, do professor e, mais geralmente, do *funcionário*, produto da transferência limitada e provisória [...] de um capital detido e controlado pela instituição e só por ela.” Ibid., p. 191.

³² Ibid., p. 164.

³³ ARENDT, Hannah. **Sobre a violência**. 2. ed. Tradução de André de Macedo Duarte. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010. p. 57.

O direito à participação popular, para além – e ao lado – dos instrumentos da democracia indireta, implica no reconhecimento de que o sujeito social deve ter direito de constituir e formar o agir político, alargando, assim, o campo protetivo do próprio direito.

“A tarefa prioritária, portanto, é o fortalecimento do Sujeito [...] O que confere um papel importante ao que denominamos, inadequadamente, de agências de socialização, a família, a escola em particular, que em vez de apenas socializar, devem ao contrário transformar os indivíduos em sujeitos conscientes de suas liberdades e de suas responsabilidades com respeito a si mesmos. Sem esta ação de subjetivação dos indivíduos, a democracia não tem fundamento sólido.”³⁴

Por conseguinte, tendo como parâmetro o pensamento de Alain Touraine, acima descrito, defende-se aqui, que a participação popular, para além dos procedimentos institucionalizados, é indispensável para a subjetivação do indivíduo. Ser detentor dos direitos de liberdade e, ao mesmo tempo, responsável pela preservação e expansão dos direitos humanos, traz para o centro do debate democrático o processo argumentativo, ou seja, o direito de defesa, que no campo político, implica no reconhecimento e nas reais possibilidades de contestar na arena pública. Contudo, aqui, não se fala apenas do importante direito de contestar no âmbito processual, mas também no direito-dever de reivindicar no campo político.

“Há um risco de mal compreender o ‘Estado de Direito’ como ideal se o tomamos isoladamente. Quando o fazemos, nós talvez ressaltemos seus aspectos mais estáticos, que prometem certeza jurídica e segurança de expectativas jurídicas. Mas o mesmo ideal possui aspecto dinâmico também, ilustrado pelo direito de defesa e pela importância de deixar tudo aquilo que é contestável, ser contestado. Nesse aspecto dinâmico, o caráter argumentativo não é a antítese do Estado de Direito, mas um dos seus componentes.”³⁵

³⁴ TOURAINE, 2009, op. cit., p. 367.

³⁵ MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Tradução Conrado Hübner Mendes, Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 42.

Pode-se, com fundamento na posição de Neil MacCormick, acima evidenciada, dizer que a argumentação, também no campo político, é elemento indispensável do Estado de Direito.

Assim, uma democracia não pode conviver com a participação do povo como mero componente do Estado, nem tampouco santificá-lo como uma abstração política. O povo deve ser percebido através do processo de subjetivação do indivíduo. As teses de Friedrich Müller, por conseguinte, calham bem ao que se defende.

“O objetivo da luta é impor a igualdade de todos no tocante à sua qualidade de seres humanos, à dignidade humana, aos direitos fundamentais e às restantes garantias legalmente vigentes de proteção [...]. Em duas palavras: na luta contra a exclusão, uma democracia constitucional não pode justificar-se apenas perante o *povo ativo* nem perante o povo enquanto *instância de atribuição*, mas deve necessariamente poder fazer isso também perante o *demos como destinatário* de todas as prestações afeiçoadas que a cultura constitucional invoca [...]

A exclusão deslegitima. *Na exclusão o povo ativo, o povo como instância de atribuição e o povo destinatário degeneram em ‘povo’ícone.*”³⁶

Desse modo, o direito à participação popular deve estar comprometido, desde a raiz, com satisfação das necessidades humanas básicas³⁷ para todos e com o direito à participação efetiva e continuada na vida pública. Discorda-se, assim, do posicionamento de Simone Goyard-Fabre³⁸, para quem os reclamos pelos direitos sociais não alargam, mas vulneram a base democrática.

³⁶ MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. 5. ed. Tradução Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 76, 85, grifo do autor.

³⁷ Sobre necessidades humanas básicas. Cf. PEREIRA, Potyara. A. P. **Necessidades humanas:** subsídios à crítica dos mínimos sociais. São Paulo: Cortez, 2000.

³⁸ “[...] a inflação quantitativa dos direitos provoca sua desvalorização qualitativa de modo tal que, numa democracia ‘providencial’, se tudo é direito, mais nada é direito.” GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** A genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 290.

Como visto, os despossuídos das condições materiais básicas são destinatários de direitos sociais, mas têm eles próprios o direito de participar da construção e da luta pelo processo de efetividade dos direitos humanos. A longa e difícil “transformação” dos indivíduos em sujeitos, não é uma “alquimia pública”, a ser vivenciada por poucos ou por alguns, mas um processo político do qual devem participar todas as mulheres e homens, em todas as circunstâncias da vida.

“Esta é uma ética da vida, ética crítica a partir das vítimas [...] São as vítimas, quando irrompem na história, que criam o novo [...].

Assim, a ética torna-se o último recurso de uma humanidade em perigo [...] Só a co-responsabilidade solidária, com validade intersubjetiva, partindo do critério de verdade vida-morte, talvez possa nos ajudar a sair com dignidade no tortuoso caminho [...]”³⁹

Por fim, em tempos de hoje, fala-se de muitos temas, como lembra Claus Offe, isto porque os sujeitos em confronto já não atuam apenas como classe, mas denunciam muitas outras formas de opressão; os novos movimentos sociais encontram-se caracterizados pela heterogeneidade de ações, bem como pela diversidade de direitos reclamados; ademais, internamente, os novos movimentos caracterizam-se por um grau maior de informalidade.⁴⁰ Por conseguinte, essa perspectiva plural de reivindicar e construir direitos deve ser garantida pelos textos constitucionais comprometidos com os ditames de uma vida democrática e, verdadeiramente, participativa para todos.

4. Democracia e direito à participação no pacto de San José da Costa Rica: paradigmas normativos

De acordo com o que já foi mencionado neste item, deseja-se estabelecer a configuração normativa da democracia e do direito à parti-

³⁹ DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão*. Traducción Ephraim Ferreira Alves et al. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2007. p. 501 e 574.

⁴⁰ OFFE, Claus. Los nuevos movimientos sociales cuestionan los límites de la política social. In: _____. *Partidos políticos y nuevos movimientos sociales*. Madrid: Sistema, 1988.

cipação popular no Pacto de San José da Costa Rica. Nesse sentido, a análise da citada Convenção será cotejada com alguns dispositivos da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

Pois bem. Destacar-se-ão, na figura 1, as atividades e os requisitos necessários para a configuração do direito à participação popular no interior do regime democrático.

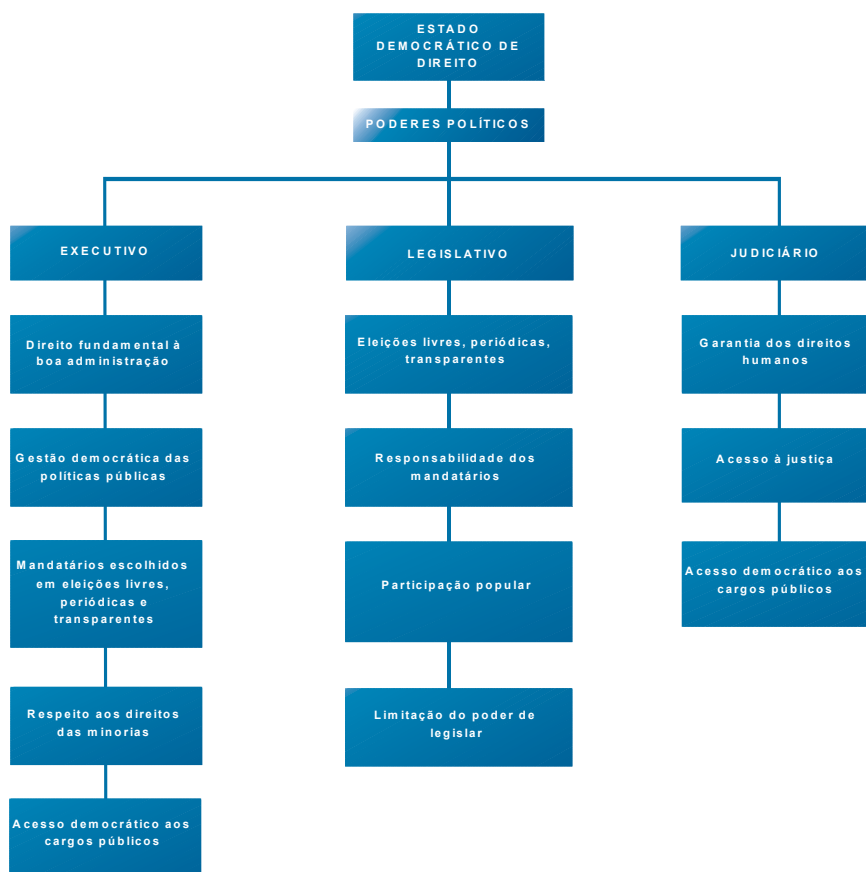


FIGURA 1 – Estado democrático de direito e democracia no Pacto de San José da Costa Rica

Assim, ressalta-se que o Poder Judiciário, no interior de um Estado Democrático, deve ter, dentre suas atribuições, a proteção dos direitos básicos de liberdade, sociais e políticos. Explica Luis Recasens Siches:

“El valor supremo en el derecho consiste en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana individual, de la cual fluye el principio de libertad, por cuya virtud se limita la acción del gobierno y del orden jurídico. La autonomía ética de la persona es lo único que puede asegurar un contenido valorativo al Derecho. Esta autonomía debe ser respetada como principio fundamental, pues es lo que transforma al individuo en persona: y es hombre, es tanto que persona, a quien el Derecho se dirige, en tanto que un fin en sí, un fin de carácter ético.

Los llamados derechos básicos fundamentales o naturales de la persona humana se cimentan precisamente sobre la idea de la dignidad.”⁴¹

A garantia dos direitos fundamentais, dentre as atribuições do Poder Judiciário, depreende-se da própria Declaração Universal dos Direitos Humanos, assim como do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Por outro lado, o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, sem prejuízo de outras disposições, estabelece: “Art 3º Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a assegurar a homens e mulheres igualdade no gozo de todos os direitos cívicos e políticos enunciados no presente Pacto.”⁴²

Ademais, a obrigação de garantir a fruição dos direitos cívicos e políticos encontra-se também expressa nos artigos 1º, 2º do Pacto de San José da Costa Rica.

⁴¹ SICHES, Luis Recasens. *Introducción al estudio del derecho*. 6. ed. México: Porrúa, 1981. p. 334.

⁴² PACTO internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. In: SABATOVSKI, Emília; FONTOURA, Iara P. (Orgs.). *Constituição Federal e convenções internacionais*. 20. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 211.

“Art. 1º – Obrigação de Respeitar os Direitos

1 – Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

2 – Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

Art. 2º – Dever de adotar Disposições de Direito Interno

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1º ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.”⁴³

Dos dispositivos citados, observa-se que a vinculação aos direitos humanos é obrigação de todo Estado Democrático de Direito. Por conseguinte, cabe ao Judiciário, dentre suas atribuições, a efetiva garantia dos direitos fundamentais.

Por outro lado, o acesso à justiça é, sem dúvida, uma das dimensões dos direitos humanos, que se encontra inteiramente ligada à configuração da democracia.

“O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.”⁴⁴

O acesso à justiça – insista-se, requisito da própria democracia – encontra-se previsto nos seguintes dispositivos internacionais:

⁴³ PACTO de San José da Costa Rica. In: SABATOVSKI, Emília; FONTOURA, Iara P. (Orgs.). *Constituição Federal e convenções internacionais*. 20. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 220.

⁴⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 12.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

“Art. VIII – Toda pessoa tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.”⁴⁵

PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS

“Art. 2º – [...]”

3. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a:

a) garantir que toda pessoa, cujos direitos e liberdades reconhecidos no presente Pacto tenham sido violados, possa dispor de um recurso efetivo, mesmo que a violência tenha sido perpetrada por pessoa que agia no exercício de funções oficiais;

b) garantir que toda pessoa que interpuser tal recurso terá seu direito determinado pela competente autoridade judicial, administrativa ou legislativa ou por qualquer outra autoridade competente prevista no ordenamento jurídico do Estado em questão; e a desenvolver as possibilidades de recurso judicial;

c) garantir o cumprimento, pelas autoridades competentes, de qualquer decisão que julgar procedente tal recurso.

Art. 14º – 1. Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte ou da totalidade de um julgamento, que por motivo de moral pública, de ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das partes o exija, quer na medida em que isso seja estritamente necessário na opinião da

⁴⁵ DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. In: SABATOVSKI, Emília; FONTOURA, Iara P. (Orgs.). **Constituição Federal e convenções internacionais**. 20. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 170.

justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá tornar-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto, ou o processo diga respeito a controvérsias matrimoniais ou à tutela de menores.

2. Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.

3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias:

a) de ser informado, sem demora, numa língua que compreenda e de forma minuciosa, da natureza e dos motivos da acusação contra ela formulada;

b) de dispor do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa e a comunicar-se com defensor de sua escolha;

c) de ser julgado sem dilações indevidas;

d) de estar presente no julgamento e de defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; de ser informado, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo e, sempre que o interesse da justiça assim exija, de ter um defensor designado “*ex officio*” gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo;

e) de interrogar ou fazer interrogar as testemunhas da acusação e de obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõe a de acusação;

f) de ser assistida gratuitamente por um intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua empregada durante o julgamento;

g) de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.

4. O processo aplicável a jovens que não sejam maiores nos termos da legislação penal levará em conta a idade dos menores e a importância de promover sua reintegração social.

5. Toda pessoa declarada culpada por um delito terá o direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância, em conformidade com a lei.

6. Se uma sentença condenatória passada em julgado for posteriormente anulada ou se o indulto for concedido, pela ocorrência ou descoberta de fatos novos que provem cabalmente a existência de erro

judicial, a pessoa que sofreu a pena decorrente dessa condenação deverá ser indenizada, de acordo com a lei, a menos que fique provado que se lhe pode imputar, total ou parcialmente, não revelação dos fatos desconhecidos em tempo útil.

7. Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país.”⁴⁶

PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA

“Art. 8 – Garantias Judiciais

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;

b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;

c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;

d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;

e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se

⁴⁶ PACTO internacional sobre Direitos Civis e Políticos, op. cit., p. 211-213.

o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;

f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presente no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos.

g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e

h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.

4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário, para preservar os interesses da justiça.”⁴⁷

O acesso democrático aos cargos que integram os Poderes Públicos, inclusive o Judiciário, encontra-se previsto no seguinte dispositivo:

PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS

“Art. 25. Todo cidadão terá o direito e a possibilidade, sem qualquer das formas de discriminação mencionadas no artigo 2º e sem restrições infundadas:

[...]

c) de ter acesso em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.”⁴⁸

O artigo 23 do Pacto de San José da Costa Rica também assegura:

“Art. 23- Direitos Políticos

1) Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades:

⁴⁷ PACTO de San José da Costa Rica, op. cit., p. 221.

⁴⁸ PACTO internacional sobre Direitos Civis e Políticos, op. cit., p. 214 e 215.

c) de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.”⁴⁹

Por outro lado, no que concerne ao Poder Executivo, em um regime democrático, deve ser observado o conteúdo do direito fundamental à boa Administração. Explica Juarez Freitas:

“O Estado Constitucional, numa de suas mais expressivas dimensões, pode ser traduzido como o Estado das escolhas administrativas legítimas. Assim considerado, nele não se admite a discricionariedade, pura, intátil sem limites [...]

Para recapitular, eis conceito – síntese de direito fundamental à boa administração pública: direito à administração pública eficiente e eficaz, proporcional, cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas.”⁵⁰

Desse modo, observa-se que para a materialização dos direitos fundamentais, fazem-se necessárias políticas públicas e Administrações abertas à participação popular. O artigo 25, “a” do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o artigo 23, 1, “a” do Pacto de San José da Costa Rica asseguram a participação cidadã nos assuntos públicos, quer diretamente ou por delegação.

Ressaltem-se as palavras do Professor Jorge Miranda:

“Quando se fala em democracia participativa, pensa-se, todavia, em participação de grau mais intenso ou mais frequente do que o voto de tantos em tantos anos ou em participação mais próxima dos problemas concretos das pessoas. E isto em três dimensões distintas:

a) Como reforço da participação ou animação cívica em geral, através de um mais atento e empenhado aproveitamento dos direitos políticos constitucionalmente garantidos, de uma integração ativa nos partidos e

⁴⁹ PACTO de San José da Costa Rica, op. cit., p. 223.

⁵⁰ FREITAS, op. cit., p. 9-127.

em diferentes grupos de cidadãos eleitores e de uma maior disponibilidade para o desempenho de cargos públicos;

b) Como atribuição aos cidadãos, enquanto administrados, de específicos direitos de intervenção no exercício da função administrativa do Estado;

c) Como específica relevância de associações e de instituições existentes na sociedade civil, através da sua interferência em procedimentos de decisão ou em órgãos do Estado e de entidades descentralizadas. [...]

II – Com a segunda dimensão é uma mudança radical das relações entre Administração pública e administrados que se realiza; é uma passagem da Administração tradicional autoritária e burocrática para uma Administração aberta e tendencialmente desconcentrada e descentralizada que se registra; é a democracia administrativa – a democracia estendida da função legislativa e da governativa à função administrativa – que se recorta. [...]

IV – Com o terceiro sentido, é o particular, o sectorial, o grupal que se manifesta, que obtém acesso e voz junto dos órgãos políticos e que, por vezes, parece alcançar uma parcela de poder público. [...].”⁵¹

A escolha dos governantes no Executivo deve, também, efetivar-se através de eleições livres, periódicas e transparentes, tal qual preconiza o artigo 25, “b” do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Idêntica dicção encontra-se contemplada no interior do artigo 23, 1, “b”, do Pacto de San José da Costa Rica.

“Art. 25 – Direitos Políticos

1 Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades:

a) [...]

b) de votar e ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores [...].”⁵²

⁵¹ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: estrutura constitucional da democracia. Coimbra: Coimbra, 2007. t. 2. p. 33-34.

⁵² PACTO de San José da Costa Rica, op. cit., p. 223.

Por outro lado, o acesso aos cargos públicos, especialmente os de provimento efetivo, em quaisquer dos Poderes, deve estar fundado no princípio da igualdade, conforme estabelecido pelo artigo 25, “c” do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, combinado com o artigo 23,1, “c”, 2 do Pacto de San José da Costa Rica.

Em um regime democrático, as deliberações devem ser pautadas em procedimentos legítimos, públicos e seguros, a fim de que, a um dado momento, chegue-se a um consenso possível.⁵³

“Na linha da teoria do discurso, o princípio da soberania do povo significa que todo poder político é deduzido do poder comunicativo dos cidadãos. O exercício do poder político orienta-se e se legitima pelas leis que os cidadãos criam para si mesmos numa formação da opinião e da vontade estruturada discursivamente. Quando se considera essa prática como processo destinado a resolver problemas, percebe-se que ela deve sua força legitimadora a um processo democrático destinado a garantir um tratamento racional de questões políticas. A aceitabilidade racional dos resultados obtidos em conformidade com o processo explica-se pela institucionalização de formas de comunicação interligadas que garantem de modo ideal que todas as questões relevantes, temas e contribuições, sejam tematizados e elaborados em discursos e negociações, na base das melhores informações e argumentos possíveis.”⁵⁴

Contudo, cabe ressaltar que a democracia não é império absoluto da maioria e, bem por isso, a minoria precisa ter espaços públicos reais para continuar participando do processo argumentativo. Habermas,

⁵³ Usa-se, aqui, a expressão *consenso possível* como consenso razoável. Nesse sentido: “Enquanto as noções de ‘razão’ e de ‘racionalidade’ se reportam a critérios bem conhecidos da tradição filosófica, tais como as idéias de verdade, de coerência e de eficácia, o razoável e o desarrazoado são ligados a uma imagem de apreciação admissível e ao que, indo além dos limites permitidos, parece socialmente inaceitável.” PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. Tradução M Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 436.

⁵⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Tradução Flávio Beno Sieben Neichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1. p. 213.

aliás, defende a natureza continuada do discurso, capaz de fazer surgir “uma esfera social repolitizada”.⁵⁵

O respeito às minorias, portanto, é inerente ao processo democrático que:

“[...] não se compadece com uma compreensão estática de democracia. Antes de mais, é um processo de continuidade transpessoal, irredutível a qualquer vinculação do processo político a determinadas pessoas. Por outro lado, a democracia é um processo dinâmico inerente a uma sociedade aberta e activa, oferecendo aos cidadãos a possibilidade de desenvolvimento integral, liberdade de posição crítica no processo político, condições de igualdade econômica, política e social [...]”.⁵⁶

Ademais, quanto à importância política da minoria, ressalte-se a posição de José Adércio Sampaio:

“A minoria política desempenha um papel importante no esquema de divisão de poderes, religando, na estrutura do Estado de Direito, a dimensão liberal desse princípio com os reclames do postulado democrático.

[...] A concepção de democracia [...] não se reduz a meros procedimentos de seleção de dirigentes, nem à identidade necessária entre vontade da maioria ou da opinião pública com a vontade de todos. A vitória eleitoral não importa a escravidão silenciosa dos derrotados [...]”.⁵⁷

⁵⁵ “E à ampliação da autoridade pública a setores privados também está ligado o processo correlato de uma substituição do poder público por poder social. Somente esta dialética de uma socialização do Estado que se impõe, simultaneamente com a estatização progressiva da sociedade, é que pouco a pouco destrói a base da esfera pública burguesa: a separação entre o Estado e a sociedade. Entre ambos e, ao mesmo tempo, a partir de ambos, surge uma esfera social repolitizada.” HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigação quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Tradução Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 170.

⁵⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 279.

⁵⁷ SAMPAIO, José Adércio. A constitucionalização e o pluralismo na encruzilhada: a justiça constitucional como guardiã das minorias políticas. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. 2, p. 100, jul./dez. 2003.

O respeito à posição das minorias e os efetivos espaços públicos para que exerçam suas reivindicações decorrem do reconhecimento da pluralidade social. Assim, defende Andrés Gil Domínguez:

“El modelo ideal de la sociedad democrática era el de una sociedad centrípeta. La realidad que tenemos ante nosotros es el de una sociedad centrífuga, que no tiene sólo un centro de poder (la voluntad general de Rousseau), sino muchos y merece el nombre de sociedad policéntrica. El modelo del estado democrático basado en la soberanía popular, que fue ideado a imagen y semejanza de la soberanía del príncipe, fue el modelo de una sociedad monista. La sociedad que subyace en los gobiernos democráticos es pluralista, es decir, se aleja del pensamiento único y recepta una multiplidad de planes de vida.”⁵⁸

O direito de participar dos assuntos públicos, previsto no artigo 25 “a” do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, bem como no artigo 23, 1, “a” do Pacto de San José da Costa Rica, é o que assegura, então, os direitos políticos da minoria que não pode ser percebida como um mero adorno de democracia.

Pois bem. De tudo que já foi analisado, depreende-se, ademais, que o Estado de Direito traz consigo a noção de responsabilidade do próprio Estado, assim como dos agentes públicos. Nesse sentido, o conceito de direito fundamental à boa administração estabelece a responsabilidade de governantes e dos servidores. Quanto ao Judiciário, igualmente, não restam dúvidas que, não obstante a autonomia desse Poder, seus integrantes têm responsabilidade, quando no exercício da magistratura, agirem dolosamente. Se assim não fosse, de Estado Democrático de Direito, não se estaria a falar.

Cabe, agora, discutir a responsabilidade dos integrantes do Legislativo, assim como as possíveis e necessárias limitações ao poder de legislar.

⁵⁸ DOMÍNGUEZ, Andrés Gil. Los derechos humanos como límites a La democracia. In: CAMPOS, Germán I. Bidart; RISSO, Guido I (Coord.). **Los derechos humanos del siglo XXI: la revolución inconclusa**. Buenos Aires: Edyara. 2005. p. 102. O autor refere-se, todavia, a BOBBIO, Norberto. **El futuro de la democracia**. Méjico: Fondo de Cultura Económica, 1997. p. 30.

A responsabilidade dos parlamentares decorre da ideia de delegação *temporária e condicionada* de poderes entre mandantes (eleitores) e mandatários. Sim, *temporária*, pois, do contrário, poder-se-ia estar diante de um *Estado de Leis*, mas não de *Estado Democrático de Direito*.⁵⁹ Ademais, a delegação de poderes, feita pela via eleitoral, não pode *ser entendida senão como autorização para feitura de leis constitucionais*⁶⁰ e *concretizadoras dos direitos humanos*.

A representação política foi assunto enfrentado por muitos teóricos. Na verdade, não se trata de tema novo. Burke, por exemplo, já afirmava:

“El Parlamento no es un congreso de embajadores de intereses distintos contrapuestos entre sí, que cada uno deba defender, como lo haría un representante legal y un abogado, contra otros representantes legales y abogados; al contrario, el Parlamento es la asamblea deliberativa de una nación, con un interés: el de conjunto; donde ni los propósitos ni los presupuestos locales deben guiar otra cosa que el bien común resultante del criterio general del conjunto.”⁶¹

⁵⁹ “A Constituição torna jurídicos os valores políticos, como verdadeiro código de direito político que é. Pode parecer estranho, mas o facto é que discutimos muito mais sobre os meios que sobre os fins. E os fins políticos e constitucionais últimos de muitas das nossas sociedades são também valores: liberdade, igualdade e justiça.” CUNHA, Paulo Ferreira da. **A constituição viva: cidadania e direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 32.

“Os direitos humanos são direitos morais [...]”. BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Tradução Carlos Brenal Pulido. Colombia: Universidad Extremado de Colombia, 2003. p. 30.

“Todavia, é certo que o êxito do Estado Constitucional não depende apenas, ou, então, só depende em primeiro lugar, da qualidade jurídica das normas e sentenças. O mais importante é que a população se identifique com a Constituição e não honre violações constitucionais por parte de instâncias políticas”. GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Tradução Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 94.

Sobre Estado de Direito, Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de direito**. Lisboa: Gradiva, 1999.

⁶⁰ “[...] a eleição do parlamento implica delegação para fazer leis constitucionais.” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 426.

⁶¹ BURKE, Edmund. Discurso a los electores de Bristol. In: _____. **Revolución y descontento selección de escritos políticos**. Traducción Mari Luz García Gonzáles

Montesquieu, cuidando da separação de poderes, também ressaltava a representação política:

“O corpo representante também não deve ser escolhido para tomar qualquer solução ativa, coisa que não executaria bem, mas, sim, para fazer leis ou para ver se as leis que fez são bem executadas, coisa que pode realizar muito bem, e que ninguém pode fazer melhor do que ele.”⁶²

Essas ideias de representação, contudo, porque assentadas na noção de corpo, não exprimiram nem permitiram uma vivência pluralista e terminaram por desconsiderar a presença de vários sujeitos que sequer tinham seus direitos políticos reconhecidos. Veja-se, assim, o posicionamento de Kant:

“A única qualificação para ser cidadão é estar apto a votar. Mas estar apto a votar pressupõe a independência de alguém que, integrante do povo, deseja ser não apenas uma parte da coisa pública, mas também, um membro desta, isto é, uma parte da coisa pública que atua a partir de sua própria escolha em comum com os demais. [...] Mas nem todas as pessoas se qualificam com igual direito de voto no seio dessa constituição, quer dizer, para serem cidadãos e não meros associados do Estado, pois o fato de estarem capacitadas a exigir que todos os outros a tratem de acordo com as leis da liberdade natural e da igualdade como partes passivas do Estado, não se segue que também tenham o direito de administrar o Estado ele próprio com seus membros ativos, o direito de organizá-lo ou cooperar para introdução de certas leis.”⁶³

Ocorre, todavia, que as posturas teóricas que cerceiam o pluralismo e limitam o sufrágio, como a acima transcrita, são incompatíveis com as normas de direitos humanos. Hoje, o paradigma da *democracia representativa*, que se ajusta às normas do Pacto Internacional

y Luisa Juanatey Dorado. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. p.90-91.

⁶² MONTEQUIEU. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 159.

⁶³ KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Tradução Edson Bini. 2. ed. Bauru: EDIPRO, 2008. p. 156-157.

sobre Direitos Cíveis e Políticos e ao Pacto de San José da Costa Rica, encontra-se fundamentado nas seguintes diretrizes explicitadas pelo Professor Jorge Miranda:

- “a) a soberania nacional entendida agora não tanto como princípio de legitimidade quanto como princípio de titularidade do poder no povo;
- b) a possibilidade de ter o povo, sujeito do poder, uma vontade, atual ou conjectural, jurídica e politicamente eficaz;
- c) a concordância da vontade do povo, manifestada pelo colégio de todos os cidadãos com direitos políticos, com a vontade manifestada pelos órgãos governativos de carácter representativo – e isso quer a nível de Estado quer a nível local e regional.
- d) a eleição como servindo não apenas para a escolha dos governantes (dos titulares dos órgãos da função política) mas também para a escolha de grandes opções programáticas;
- e) o sufrágio universal e, com ou sem constitucionalização, o papel do partido político.”⁶⁴

A responsabilidade dos parlamentares decorre, por conseguinte, das obrigações que lhes são constitucionalmente impostas.

Por fim, não se pode olvidar, nos dias de hoje, a intrínseca relação que deve se estabelecer entre atividade legislativa e concretização dos direitos fundamentais. “Es preciso convocar al pueblo, no sólo a la ‘mesa electoral’, sino que también es preciso convocarlo a la ‘mesa del bienestar’, el mayor que sea posible”⁶⁵. O ofício de legislar, portanto, em um Estado Democrático de Direito, não se vincula à vontade do legislador mas à maior e melhor concretização dos direitos fundamentais.

⁶⁴ MIRANDA, op. cit., p. 17.

⁶⁵ HARO, Ricardo. Acto de clausura: algunas reflexiones sobre el humanismo y la democracia en el pensamiento de Jacques Maritain. In: FERNÁNDEZ, Gonzalo F.; GENTILE, Jorge H. (Comp.). *Pluralismo y derechos humanos*. Córdoba: Alveroni, 2007. p. 387.

5. Democracia e direitos sociais: a experiência popular das comunidades eclesiais de base no regime militar de 1964

Em um dos seus escritos – o conto, “O Nascimento de um Cidadão” – Moacyr Scliar assentou:

“Para renascer, e às vezes para nascer, é preciso morrer, e ele começou morrendo [...]

Agora sabia quem era. Era um cidadão. Não tinha nome, mas tinha um título: Cidadão.

Ser cidadão era, para ele, o começo de tudo. Ou o fim de tudo. Seus olhos se fecharam. Mas seu rosto se abriu num sorriso.

O ultimo sorriso do desconhecido o primeiro sorriso do cidadão.”⁶⁶

A metáfora literária acima transcrita serve bem para a historiografia latino-americana. Ou seja, para que nasça, nestas terras tropicais, uma nova e mais solidária cidadania é preciso que se ultrapassem as marcas históricas da dominação.

Na América Latina, o processo de colonização foi perverso e excludente. Dos bens da vida estavam alijados grandes contingentes populacionais: mulheres⁶⁷, negros, indígenas, colonos, pobres.

“Esse sistema colonial, tão capaz de sobreviver às suas debilidades, tinha – como já observamos – sua finalidade principal na obtenção da maior quantidade possível de dinheiro com um gasto mínimo de recursos por parte da metrópole.”⁶⁸

⁶⁶ SCLIAR, Moacyr. O nascimento de um cidadão. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassame (Orgs.). *História da cidadania*. 5. ed. São Paulo: Contexto, 2010. p. 585-588.

⁶⁷ “[...] nas casas grandes, se guardavam as sinhá – moças. Aí vinha colhê-las verdes o casamento: aos treze e aos quinze anos. Não havia tempo para explodirem em tão franzinos corpos de menina grandes paixões [...] Abafadas sob as carícias de maridos dez, quinze, vinte anos mais velhos; e muitas vezes inteiramente desconhecidos das noivas. Maridos da escolha ou da conveniência exclusiva dos pais [...]. Daí fazer-se da negra a responsável pela antecipação da vida erótica e pelo desbragamento sexual do rapaz brasileiro.” FREYRE, Gilberto. *Casa-grande e senzala*. 35. ed. Rio de Janeiro: Record, 1999. p. 340-371.

⁶⁸ DONGHI, Halperin. *História da América Latina*. 4. ed. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2011. p. 12.

Assim, além dessas vicissitudes do processo de colonização e de seus inevitáveis reflexos na economia, na política e na sociedade latino-americana, há de se destacar, ainda, a violenta segregação indígena.

“É por demais reconhecido que, junto com o africano desenraizado e escravizado, agora pauperizado e oprimido, o índio autóctone ao território brasileiro foi quem mais sofreu as agruras do sistema colonialista português. Além da esmagadora maioria de sua população, imensa diversidade cultural e extensão territorial, o índio perdeu sobretudo sua autonomia política, eis que foi inserido forçosamente dentro de um estado que todavia lhe parece espúrio.”⁶⁹

A violência foi, portanto, o traço da colonização europeia na América Latina. Nomeadamente, cite-se a escravidão demarcada em solo brasileiro.

“A hipótese sobre a brutalidade corrente nas relações entre senhores e escravos encontra confirmação em inúmeros testemunhos e registros. Além disso, numa sociedade onde o regime patrimonialista de mando era pervertido por causa de condições históricas peculiares, a coerção necessária à manutenção do regime escravocrata teria de exercer-se dentro de padrões que supunham a violência como um traço normal [...]”⁷⁰

A história recente da América Latina também trouxe à tona – aproximadamente dos anos 60 a meados dos anos 80 do século XX – a violência institucionalizada pelos regimes da ditadura.

Por consequente, falar-se de democracia, de participação popular e de direitos humanos é mais do que uma opção acadêmica, é um dever científico.

⁶⁹ GOMES, Mércio Pereira. O caminho brasileiro para a cidadania indígena. In.: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassame (Orgs.). *História da cidadania*. 5. ed. São Paulo: Contexto, 2010. p. 439.

⁷⁰ CARDOSO, Fernando Henrique. *Capitalismo e escravidão no Brasil meridional: o negro na sociedade escravocrata do Rio Grande do Sul*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977. p. 133.

“[...] acredito que o dever maior do intelectual, em sua tentativa de ajustar-se criadoramente à sociedade brasileira, objetiva-se na obrigação permanente de contribuir, como puder, para estender e aprofundar o apego do homem médio ao estilo democrático de vida.

Isso significa, em outras palavras, que os intelectuais brasileiros devem ser paladinos convictos e intransigentes da causa da democracia.”⁷¹

Que as palavras de Florestan Fernandes sirvam de alerta para todo cientista!

Por conseguinte, da agenda político-institucional da América Latina deve constar o comprometimento jurídico com a salvaguarda da democracia, dos direitos humanos e da justiça social.

Pierre Salama cita que “A retomada do crescimento por si só não é suscetível à diminuição da pobreza de maneira significativa, tanto em nível de sua amplitude como de sua profundidade. Ela é muito profunda, extensa [...]”⁷²

Ademais, falar-se de democracia e de participação popular, traz à tona a satisfação dos direitos humanos de matriz social, inclusive porque os países latino-americanos, marcados por um capitalismo industrial tardio, ostentam altos índices de exclusão social.⁷³

Com efeito, para o aprofundamento da democracia participativa no Bloco do MERCOSUL tomar-se-ão como aportes teóricos as teses de Boaventura de Sousa Santos e Leonardo Avritzer. Em síntese, são elas:

⁷¹ FERNANDES, Florestan. *Sociedade de classes e subdesenvolvimento*. Rio de Janeiro: Zahar, 1975. p. 173.

⁷² SALAMA, Pierre. *Novas formas de pobreza da América Latina*. In: GENTIL, Pablo (Org.). *Globalização excludente: desigualdades, exclusão e democracia na nova ordem mundial*. 5. ed. Petrópolis: Vozes; Buenos Aires: CLACSO, 2008. p. 219.

⁷³ “Outra forma de tentar a superação do subdesenvolvimento tem sido privilegiar a satisfação de um conjunto de necessidades que uma comunidade considera prioritárias, ainda que definidas com imprecisão. Parte-se da evidência que a penetração tardia da civilização industrial conduz a formas de organização social que excluem dos benefícios da acumulação frações consideráveis da população, senão a ampla maioria desta.” FURTADO, Celso. *O capitalismo global*. 5. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001. p. 51.

“Pretendemos concluir essa introdução com três teses para o fortalecimento da democracia participativa.

1ª tese: Pelo fortalecimento da demo diversidade. Essa tese implica reconhecer que não existe nenhum motivo para a democracia assumir uma só forma. Pelo contrário, o multiculturalismo e as experiências recentes de participação apontam no sentido da deliberação pública ampliada e do adensamento da participação. O primeiro elemento importante da democracia participativa seria o aprofundamento dos casos nos quais o sistema político abre mão de prerrogativas de decisão em favor de instâncias participativas.

2ª tese: Fortalecimento da articulação contra-hegemônica entre o local e o global. Novas experiências democráticas precisam do apoio de atores democráticos transacionais nos casos nos quais a democracia é fraca, como ficou patente no caso colombiano. Ao mesmo tempo, experiências alternativas bem-sucedidas como a de Porto Alegre e a dos Panchayats na Índia precisam ser expandidas para que se apresentem como alternativas ao modelo hegemônico. Portanto, a passagem do contra-hegemônico do plano local para o global é fundamental para o fortalecimento da democracia participativa.

3ª tese: Ampliação de experimentalismo democrático. Foi possível perceber no texto acima que as novas experiências bem-sucedidas se originaram de novas gramáticas sociais nas quais o formato da participação foi sendo adquirido experimentalmente. É necessário para a pluralização cultural, racial e distributiva da democracia que se multipliquem experimentos em todas essas direções.”⁷⁴

Feitas as considerações acima acerca da democracia e do direito à participação popular, cabe analisar, neste item, algumas dimensões da experiência das comunidades eclesiais de base. Segundo Frei Betto⁷⁵, em linhas gerais, essas comunidades apresentaram, em solo brasileiro,

⁷⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. 3 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 77-78.

⁷⁵ CHRISTO, Carlos Alberto Libânio. **O que é comunidade eclesial de base**. São Paulo: Abril Cultural/ Brasiliense, 1983.

mesmo durante o período da ditadura militar, as seguintes características e procedimentos:

- a) Descentralização deliberativa conquistada a partir da prática de algumas pastorais que se desenvolviam nas paróquias (área urbana) e nas capelas (áreas rurais).
- b) Multiplicidade de demandas através das quais alguns movimentos populares apresentavam suas próprias reivindicações, nomeadamente àquelas concernentes as suas necessidades humanas básicas.⁷⁶
- c) Educação popular cuja importância é indiscutível para o exercício da democracia quer direta quer por delegação.

Nesse sentido, explica Frei Betto:

“O povo não inicia sua mobilização por bandeiras genéricas, de caráter jurídico-político, próprias à consciência progressista [...]. O povo num primeiro momento, mobiliza-se em função de seus interesses imediatos: água encanada, luz para o bairro, transporte, custo de vida etc. É através de ações concretas, em função desses interesses imediatos, que a base popular chega a absorver e entender a força de sua união, a luta pela justiça, a busca de um mundo novo. Somente através dessas ações concretas é possível avaliar o resultado objetivo do trabalho de base.”⁷⁷

Assim, não se pode desmerecer o contributo da participação popular no interior de algumas experiências das comunidades eclesiais de base. Em especial, citem-se os seguintes legados:

- a) O enfrentamento do paternalismo quanto à conquista de direitos fundamentais sociais que ali eram reivindicados e discutidos pelos próprios integrantes de algumas dessas comunidades eclesiais de base. Acertadas, portanto, as palavras de Michael Walzer:

⁷⁶ Cf. DOYAL, Len; GOUGH, Ian. *A theory of human need*. London: Mac Millan, 1991; PEREIRA, 2000.

⁷⁷ CHRISTO, *op cit.*, p. 15.

“[...] a mendicância é uma espécie de espetáculo que os caridosos obrigam os pobres a apresentar, e é um espetáculo indecoroso [...]

A caridade privada gera dependência pessoal, e também os vícios conhecidos da dependência: complacência, passividade e humildade, de um lado; arrogância, do outro. Para respeitar a afiliação, a provisão comunitária deve ter como objetivo a superação desses vícios. Mas a mera substituição da caridade privada por um donativo público não produz esse efeito. Ele talvez seja necessário, não obstante, pois é mais provável que a comunidade mantenha um programa fixo, constante e impessoal de auxílio para, assim ajudar os pobres na proporção de suas necessidades. O auxílio por si só, porém, não produz independência [...].”⁷⁸

- b) O aprofundamento da tolerância diante do outro e a solidariedade frente ao sofrimento cotidiano aprofundaram melhor o sentido da alteridade.

Passadas pouco mais de cinco décadas desde as suas primeiras experiências pastorais, muitas das contribuições dessas comunidades ainda permanecem íntegras, o que demonstra, infelizmente, que ainda estamos longe das práticas democráticas que caracterizam a tolerância, bem como da satisfação das necessidades humanas básicas.

6. Conclusão

Em virtude das contribuições teóricas analisadas no decorrer deste estudo, pode-se, então, sistematizar as seguintes teses:

- a) São bastante heterogêneas as visões teóricas acerca da democracia. Explica-se. Autores que assentam seus pressupostos de análise no liberalismo econômico como Friedman, tendem a perceber a democracia como um procedimento formal atrelado à satisfação da autonomia das vontades e nada – ou

⁷⁸ WALZER, Michael. *As esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 123-124.

pouco – comprometido com a exclusão de direitos sociais a que historicamente são submetidos homens e mulheres. O modelo de democracia alicerçado no pensamento de Joseph Schumpeter também é pouco propositivo quanto ao enfrentamento da questão social. Por outro lado, Macpherson, O’Donnell e Norberto Bobbio não alijam a citada questão social do bojo das discussões acerca da democracia. Alain Touraine e Chantal Mouffe analisam, em síntese, a democracia como um processo de contínua afirmação dos sujeitos que, por muitas formas e por variadas razões, colocam-se ativamente no debate público. Por conseguinte, não é possível falar-se de consensos argumentativos sobre a democracia.

- b) É oportuno esclarecer que, neste estudo, seguiram-se as concepções proativas do processo democrático, propostas por Hannah Arendt, Touraine, Chantal Mouffe, Antonio Hespanha. Logo, conclui-se que a burocratização da própria democracia, aprisionada nos corredores institucionais e afastada da atuação contínua e renovada dos sujeitos históricos, tem fragilizado os contornos político-jurídicos da democracia direta.
- c) As disposições do Pacto de San José da Costa Rica, enumeradas, sobretudo, em seu artigo 23, consagram o *direito à democracia como o conjunto de procedimentos que, ao lado da dimensão institucional, exigem a participação popular direta na reinvidicação e, também, na construção dos direitos.*

Explica Amartya Sen:

“O mais importante é observar que a totalidade dessas novas contribuições ajuda a trazer o reconhecimento geral de que os pontos centrais de uma compreensão mais ampla da democracia são a participação política, o diálogo e a interação pública. [...] Se as exigências da justiça só podem ser avaliadas com a ajuda da argumentação pública, e se essa argumentação está constitucionalmente relacionada com a idéia de democracia, então existe uma *íntima conexão entre justiça e democracia, que partilham características discursivas* [...].

É evidente que o voto secreto tem um papel muito importante inclusive para a expressão e a eficácia do processo de argumentação pública,

mas isso não é a única coisa que importa, e pode ser visto apenas como uma parte – reconhecidamente, uma parte muito importante – do modo como a razão pública opera em uma sociedade democrática. Com efeito, a própria eficácia das votações depende fundamentalmente do que as acompanha, como a liberdade de expressão, o acesso à informação e a liberdade de discordância.”⁷⁹

- d) Em tempos de ruidosa intolerância, não obstante alguns avanços institucionais já conquistados, torna-se essencial, no interior de um Estado Democrático de Direito, reiterar: direitos são conquistas, não outorgas. Assim, são necessários espaços de efetiva participação popular para que o exercício dos direitos fundamentais não se transforme em privilégios de poucos ou de alguns.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua**. Tradução Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002. v. 1.
- ARENDT, Hannah. **Sobre a violência**. 2. ed. Tradução de André de Macedo Duarte. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.
- BARRETO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BOBBIO, Norberto. **El futuro de la democracia**. Méjico: Fondo de Cultura Económica, 1997.
- _____. **O futuro da democracia**. 11. ed. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2009.
- BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Tradução Carlos Brenal Pulido. Colombia: Universidad Extremado de Colombia, 2003.
- BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 4. ed. Traducción Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

⁷⁹ SEN, Amartya. **A idéia de justiça**. Tradução Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 360-361, grifo nosso.

- BURKE, Edmund. Discurso a los electores de Bristol. In: _____. **Revolución y descontento selección de escritos políticos**. Traducción Mari Luz García Gonzáles y Luisa Juanatey Dorado. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- _____. **Estado de direito**. Lisboa: Gradiva, 1999.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CARDOSO, Fernando Henrique. **Capitalismo e escravidão no Brasil meridional: o negro na sociedade escravocrata do Rio Grande do Sul**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.
- CHAUÍ, Marilena. Apresentação. In: LEFORT, Claude. **A invenção democrática: os limites do totalitarismo**. 3. ed. Belo Horizonte: Autentica, 2011.
- CHRISTO, Carlos Alberto Libânio. **O que é comunidade eclesial de base**. São Paulo: Abril Cultural/ Brasiliense, 1983.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. **A constituição viva: cidadania e direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. In: SABATOVSKI, Emília; FONTOURA, Iara P. (Orgs.). **Constituição Federal e convenções internacionais**. 20. ed. Curitiba: Juruá, 2008.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998.
- DOMÍNGUEZ, Andrés Gil. Los derechos humanos como limites a La democracia. In: CAMPOS, Germán I. Bidart; RISSO, Guido I (Coord.). **Los derechos humanos del siglo XXI: la revolución inconclusa**. Buenos Aires: Edyá. 2005.
- DONGHI, Halperin. **História da América Latina**. 4. ed. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2011.
- DOYAL, Len; GOUGH, Ian. **A theory of human need**. London: Mac Millan, 1991.
- DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão**. Traducción Ephraim Ferreira Alves et al. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.
- FERNANDES, Florestan. **Sociedade de classes e subdesenvolvimento**. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

- FREITAS, Juarez. **Discriminalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- FREYRE, Gilberto. **Casa-grande e senzala**. 35. ed. Rio de Janeiro: Record, 1999.
- FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. Tradução Luciana Carli. São Paulo: Abril Cultural, 1984.
- FURTADO, Celso. **O capitalismo global**. 5. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001.
- GEERTZ, Clifford. **A interpretação das culturas**. Rio de Janeiro: LTC, 2008.
- GOMES, Mércio Pereira. O caminho brasileiro para a cidadania indígena. In.: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassame (Orgs.). **História da cidadania**. 5. ed. São Paulo: Contexto, 2010.
- GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** A genalogia filosófica de uma grande aventura humana. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Tradução Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Tradução Flávio Beno Sieben Neichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.
- _____. **Mudança estrutural da esfera pública: investigação quanto a uma categoria da sociedade burguesa**. Tradução Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HARO, Ricardo. Acto de clausura: algunas reflexiones sobre el humanismo y la democracia en el pensamiento de Jacques Maritain. In: FERNÁNDEZ, Gonzalo F.; GENTILE, Jorge H. (Comp.). **Pluralismo y derechos humanos**. Córdoba: Alveroni, 2007.
- HESPANHA, Antônio Manuel. **O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.
- HOBSBAWM, Eric J. **Os trabalhadores: estudo sobre a história do operariado**. Tradução Marina Leão Teixeira Viriato de Medeiros. São Paulo: Paz e Terra, 2010.
- KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Tradução Edson Bini. 2. ed. Bauru: EDIPRO, 2008.
- MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Tradução Conrado Hübner Mendes, Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

- MACPHERSON, C. B. **La democracia liberal y su época**. Tradução Fernando Santos Fontenla. Madrid: Alianza, 2009.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: estrutura constitucional da democracia**. Coimbra: Coimbra, 2007. t. 2.
- MONTEQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- MOUFFE, Chantal. **O regresso do político: trajetos**. Tradução Ana Cecília Simões. Lisboa: Gradiva, 1996.
- MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. 5. ed. Tradução Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- O'DONNELL, Guilherme. **Acerca del estado en América Latina contemporánea: diez tesis para la discusión**. In: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. **La democracia en América Latina: hacia la democracia de ciudadanas y ciudadanos**. Buenos Aires: Aguilar, 2004.
- OFFE, Claus. **Los nuevos movimientos sociales cuestionan los límites de la política social**. In: _____. **Partidos políticos y nuevos movimientos sociales**. Madrid: Sistema, 1988.
- PACTO de San José da Costa Rica. In: SABATOVSKI, Emília; FONTOURA, Iara P. (Orgs.). **Constituição Federal e convenções internacionais**. 20. ed. Curitiba: Juruá, 2008.
- PACTO internacional sobre Direitos Civis e Políticos. In: SABATOVSKI, Emília; FONTOURA, Iara P. (Orgs.). **Constituição Federal e convenções internacionais**. 20. ed. Curitiba: Juruá, 2008.
- PEREIRA, Potyara. A. P. **Necessidades humanas: subsídios à crítica dos mínimos sociais**. São Paulo: Cortez, 2000.
- PERELMAN, Chäim. **Ética e direito**. Tradução M Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a economia e a política e contrato social**. Petrópolis: Vozes, 1995.
- _____. **Do contrato social**. Tradução Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- SALAMA, Pierre. **Novas formas de pobreza da América Latina**. In: GENTIL, Pablo (Org.). **Globalização excludente: desigualdades, exclusão e democracia na nova ordem mundial**. 5. ed. Petrópolis: Vozes; Buenos Aires: CLACSO, 2008.
- SAMPAIO, José Adérico. **A constitucionalização e o pluralismo na encruzilhada: a justiça constitucional como guardiã das minorias políticas**. **Revista**

Latino-Americana de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, n. 2, p. 100, jul./dez. 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. 3 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalism, socialism and democracy**. New York: Harperperennial/Modernthought, 2008.

SCLIAR, Moacyr. O nascimento de um cidadão. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassame (Orgs.). **História da cidadania**. 5. ed. São Paulo: Contexto, 2010.

SEN, Amartya. **A idéia de justiça**. Tradução Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SICHES, Luis Recasens. **Introducción al estudio del derecho**. 6. ed. México: Porrúa, 1981.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan. **Ciência política e teoria do Estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TOURAINE, Alain. **Crítica da modernidade**. 9. ed. Tradução Elia Ferreira Edel. Petrópolis: Vozes, 2009.

_____. **Iguais e diferentes: poderemos viver juntos?** Tradução Carlos Aboim de Brito. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

CORRESPONDÊNCIA

A correspondência relativa a este artigo deverá ser enviada para:

Universidade Federal do Maranhão. Centro de Ciências Sociais.
Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas. Campos do Bacanga.
Av. dos Portugueses, s/n. CEP 65.000. São Luís (MA) – Brasil
E-mail: claudiacg@uol.com.br

Direito do Comércio Internacional: a Emergência da Nova *Lex Mercatoria*¹

International Business Law: The Resurgence of the new Lex Mercatoria

FLÁVIO INOCÊNCIO²

Resumo: O presente artigo procura analisar o Direito do Comércio Internacional, as suas fontes e origem no contexto da antiga e nova concepção de *Lex Mercatoria*. O artigo situa a *Lex Mercatoria* como um sistema jurídico autónomo, transnacional e autorreferencial e explora as diversas manifestações da *Lex Mercatoria* no âmbito do Direito Comercial Internacional em diversos ramos do Direito como o Direito da Informática, Direito dos Petróleos e o Direito Desportivo entre outros exemplos.

Palavras-chave: *Lex Mercatoria, Direito do Comércio Internacional, Contratos Internacionais, Convenção de Viena sobre Contratos Internacionais, Lex Electronica, Lex Petrolea, Lex Sportiva.*

Abstract: This article analyses International Commercial Law, its sources and origin in the context of the old and the new conception of *Lex Mercatoria*. This article places *Lex Mercatoria* as an autonomous, transnational and self-referential legal system and explores the different manifestations of *Lex Mercatoria* in the context of International Commercial Law in different areas of Law such as Information Technology Law (*Lex Electronica*), Oil and Gas Law (*Lex Petrolea*) and Sports Law (*Lex Sportiva*) among other examples.

¹ Entregue: 4.3.2017; aprovado: 5.6.2017.

² Professor na Universidade de Coventry e Agostinho Neto e investigador do CEDIS. Este texto serviu de apoio para os meus alunos de Direito do Comércio Internacional na Universidade Metodista de Angola (UMA) nos anos lectivos de 2013 e 2014. A eles, obrigado por tudo. O texto foi preparado com base na ortografia vigente em Angola.

Keywords: *Lex Mercatoria, International Commercial (Business) Law, International Contracts, Vienna Convention on the International Sales of Goods, Lex Electronica, Lex Petrolea and Lex Sportiva.*

1. Introdução

O Direito do Comércio Internacional (DCI) não pode ser confundido com o Direito Internacional Económico que regula o Direito Internacional Público relativo à aos mecanismos de integração regional e integração económica multilateral como a Organização Mundial do Comércio (OMC). Também não deve ser confundido com o Direito do Internacional Privado, cujo objectivo é a determinar as normas de conflito aplicáveis à uma situação jurídica internacional.

O Direito do Comércio Internacional enquanto disciplina *estuda as normas, princípios, práticas, usos e costumes do Direito Comercial nas relações jurídicas entre pessoas colectivas ou singulares quando haja um elemento de conexão internacional*³.

O Direito do Comércio Internacional é assim o estudo da nova *Lex Mercatoria (Ius Mercatorum)*⁴ entendida como um “*Direito Mercantil*” de natureza autónoma aplicável à situações jurídicas plurilocalizadas.

Para Lima Pinheiro, a *Lex Mercatoria* “*é todo o Direito material especial do comércio internacional dotado de um certo grau de uniformidade internacional ou uma ordem jurídica autónoma do comércio internacional caracterizada por certos processos específicos de formação das suas normas*”⁵

³ A conexão internacional deve ser entendida no conceito de “*situação internacional*” que é “*a relação que, por alguns dos seus elementos ou por algumas das suas circunstâncias, se encontra em contacto com mais do que uma ordem jurídica e que, por isso mesmo, se desenvolve dentro do âmbito de eficácia possível de várias ordens jurídicas*”, Maria Helena Brito, *A Representação nos Contratos Internacionais*, Coimbra: Almedina, 1999, p. 581

⁴ António Menezes Cordeiro, *Direito Comercial*, Coimbra: Almedina, 2012, p. 185-186. A *Lex Mercatoria* pode ser traduzida simplesmente por *Direito Comercial* ou *Direito Mercantil*.

⁵ Luís de Lima Pinheiro, *Contrato de Empreendimento Comum (Joint Venture) em Direito Internacional Privado*, Coimbra: Almedina, 2003, p.854.

A emergência do Direito do Comércio Internacional como um verdadeiro Direito autónomo constitui a concretização da “*face privada*” dos actores privados no Comércio Internacional no contexto da Globalização por oposição à “*face pública*” do Direito Internacional Económico que trata das relações económicas entre os Estados e da liberalização do comércio.

1.1. Fontes do Direito do Comércio Internacional

O Direito do Comércio Internacional enquanto Direito Transnacional possui várias fontes que derivam da sua *autonomia* enquanto *Direito não Estadual*, frequentemente não sendo vinculativo para as Partes mas tendo a natureza de “*soft law*”⁶.

As fontes do Direito do Comércio Internacional têm uma natureza diversa e heterogénea⁷ e podemos identificar uma lista não exaustiva⁸ de fontes não estaduais, contendo:

⁶ O conceito de “*Soft Law*” tem a sua origem no Direito Internacional Público e designam um “*conjunto de regras e normas jurídicas sem carácter vinculativo*” como as Resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas, Andrew T. Guzman and Timothy L. Meyer, *International Soft Law, Journal of Legal Analysis*, Vol. 2, N,1, 2010.

⁷ Para uma lista das diversas fontes da *Lex Mercatoria*, ver, JH Dalhuisen, *Legal Orders and their Manifestation: The Operation of the International Commercial and Financial Legal Order and its Lex Mercatoria*, *Berkeley Journal of International Law*, Vol.24, Iss.4, 2006, p.180. Ver também, Lima Pinheiro, op. cit., p. 860.

⁸ Mustill apresenta a seguinte lista das fontes da *Lex Mercatoria*:

- a) Public International Law.
- b) Uniform Laws
- c) The General Principles of Law
- d) The Rules of International Organisations.
- e) Customs and usages
- f) Standard Form Contracts
- g) Reporting of Arbitral Awards

Michael Mustill, *The New Lex Mercatoria: The First Twenty-Five Years*, *Arbitration International*, 1986, p. 109.

- 1) *Princípios Gerais do Direito*⁹ no Comércio Internacional, como os *Princípios do Direito dos Contratos Comerciais Internacionais* da UNIDROIT¹⁰.
- 2) *Modelos Contratuais (Contratos-tipo), Cláusulas Contratuais Gerais* como os *INCOTERMS*¹¹ de organizações como a Câmara de Comércio Internacional¹²
- 3) *Leis Modelo* como a Lei Modelo da Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional¹³ (CNUDI) relativa à arbitragem internacional.
- 4) *Usos, Práticas e Costumes* no Comércio Internacional.
- 5) *Tratados Internacionais* que regulam contratos como a *Convenção de Viena das Nações Unidas para o Contrato de Compra e Venda Internacional de 1980*¹⁴.
- 6) *Jurisprudência Arbitral*, considerando a importância das decisões de Tribunais Arbitrais Internacionais na *Lex Mercatoria*¹⁵.

⁹ Os Princípios Gerais do Direito fazem parte da nova Lex Mercatoria como a *Pacta Sunt Servanda*, o Princípio da Boa Fé (*Bona Fides*), *Rebus Sic Stantibus*, entre outros.

¹⁰ “*Principles for International Commercial Contracts*” (“PICC”) do Instituto Internacional para Unificação do Direito Privado (“*International Institute for the Unification of Private Law*”). Estes princípios têm uma natureza não vinculativa e constituem uma codificação das regras, práticas e usos no Direito do Comércio Internacional e são amplamente utilizados nas arbitragens internacionais, *Anna Veneziano, The Soft Law Approach to Unification of International Commercial Contract Law: Future Perspectives in Light’s of UNIDROIT’s Experience, Villanova Law Review*, Vol. 58, 2013, p.525.

¹¹ Os Incoterms são cláusulas contratuais gerais desenvolvidas pela Câmara de Comércio Internacional e amplamente utilizadas em contratos de compra e venda internacional.

¹² *International Chamber of Commerce (ICC)*.

¹³ *United Nations Commission on International Trade – UNCITRAL*.

¹⁴ *Vienna Convention on International Sale of Goods – CISG* promovida pela UNCITRAL. Uma das fontes mais importantes da *Lex Mercatoria* é a Convenção de Viena sobre Contratos Internacionais de 1980 e que visa harmonizar regras internacionais sobre o contrato de compra e venda internacional de mercadorias e constitui uma das principais fontes. No caso de Angola, o País não é signatário da Convenção de Viena sobre Contratos Internacionais. As vantagens da adesão são enormes. Resta saber se o País irá num futuro próximo aderir à Convenção.

¹⁵ A jurisprudência em geral da arbitragem institucionalizada e arbitragem ad hoc em vários fóruns como o *Permanent Court of Arbitration da International Chamber of*

7) *Doutrina* (De eminentes autores de Direito do Comércio Internacional).

Poderá haver outras fontes de Direito do Comércio Internacional para além da lista que enunciamos e o Direito Estadual é também considerado uma fonte secundária da *Lex Mercatoria*.

2. Breve excurso histórico sobre a evolução da *Lex Mercatoria*

O Direito do Comércio Internacional tem as suas origens na *Lex Mercatoria* que surgiu na Idade Média nas transações comerciais entre os comerciantes Europeus. Apesar da *Lex Mercatoria* constituir um ramo do Direito dotado de autonomia, não havia uniformidade na sua aplicação no continente Europeu, como afirma Mitchell:

Apesar de ser vago, o Direito Mercantil existia. Em todo País Comercial na Europa, havia normas e doutrinas jurídicas para os comerciantes e para as transações comerciais que eram consideradas pelos comerciantes e juristas como um Direito distinto do Direito comum de um País (“Common Law of the Land”)¹⁶.

2.1. A origem da *Lex Mercatoria* na Idade Média

A *Lex Mercatoria*, foi desenvolvida como um ramo do Direito autónomo entre os comerciantes do Continente Europeu e era produzido voluntariamente e de forma espontânea entre os comerciantes europeus num contexto de pluralismo jurídico com a presença de Direito local, Direito consuetudinário de origem germânica e o Direito Romano (“*Ius Commune*”)¹⁷.

Commerce, London Court of International Arbitration (LCIA), Stockholm Chamber of Commerce, entre outros

¹⁶ W. Mitchell, *An Essay on the Early History of the Law Merchant*, Cambridge: Cambridge at University Press, 1904, p.8-9.

¹⁷ Para uma perspectiva do Direito Privado nesse contexto, *Ernst Rabel, Private Laws of Western Civilization, Louisiana Law Review*, Vol. 10, Number 1, 1949.

A *Lex Mercatoria* favorecia a *equidade* nas disputas entre comerciantes e o *princípio da não discriminação* entre comerciantes locais e estrangeiros, assim como a aplicação de princípios como o da *boa fé* na resolução de disputas entre os comerciantes¹⁸ e os vários costumes¹⁹ e usos que se foram desenvolvendo nas praças comerciais (feiras medievais) do continente Europeu no período em causa.

A *Lex Mercatoria* não pode ser dissociada do *Ius Commune*²⁰ que coexistia com vários sistemas jurídicos locais de natureza costumeira e legislativa²¹ num contexto de pluralismo jurídico. O texto de *Ius Commune* mais utilizado na Idade Média era o *Corpus Iuris Civilis*²² que foi uma compilação²³ de Direito Romano clássico por orientação do Imperador Bizantino, Justiniano I.

Em sumário, a *Lex Mercatoria* na Idade Média tinha as seguintes características²⁴:

¹⁸ Alec Stone Sweet, *The New Lex Mercatoria and Transnational Governance*, *Journal of European Public Policy*, Vol. 15, 2006, p. 629.

¹⁹ O *costume* tem dois elementos: a prática reiterada (*corpus*) e a convicção de obrigatoriedade (*animus opinio vel necessitatis*), os usos são apenas práticas reiteradas, faltando a convicção de obrigatoriedade.

²⁰ O *Ius Commune* era o Direito Comum Europeu da Idade Média cujas origens remontam ao Direito Romano.

²¹ Sulun Gucer, *Lex Mercatoria in International Arbitration*, *Ankara Review*, 1, 2009, p. 31.

²² O *Corpus Iuris Civilis* foi aprovado entre 529 e 534 e estava inicialmente estava dividido em Três Partes: A primeira continha o *Digesto* (“*Digesta*”) que continha os escritos dos grandes juristas clássicos Romanos como Ulpiano e Paulus, os *Institutos* (“*Institutiones*”) e o *Código* (“*Codex*”). O *Corpus Iuris Civilis* foi redescoberto na Idade Média, principalmente a partir do *Século XI* e passou a ser utilizado como fonte de argumentos e de Direito no continente Europeu, ver Peter Stein, *Roman Law in European History*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 32-45.

²³ A Compilação é a mera recolha de textos jurídicos num documento único, sem qualquer pretensão de sistematização ou de ordenação e por isso não pode ser confundida com a Codificação.

²⁴ Armin von Bogdandy and Sergio Dellavalle, *The Lex Mercatoria of Systems Theory: Localisation, Reconstruction and Criticism from a Public Law Perspective*, *Transnational Legal Theory*, Vol. 4, N.1, 2012, p.64-68.

- 1) *Direito aplicável aos comerciantes em virtude do seu estatuto pessoal*²⁵ nas transacções internacionais e não tinha qualquer elemento de conexão com o Direito dos Estados/Reinos (era parte do *pluralismo jurídico* existente durante o período).
- 2) *Direito espontâneo baseado em usos, práticas e costumes mercantis que foi parcialmente codificado* em instrumentos de negociação (Títulos de crédito, por exemplo) dos comerciantes. Essencialmente a *Lex Mercatoria* derivava dos usos e costumes mercantis nas feiras medievais anuais²⁶.
- 3) *Os comerciantes eram os “juizes do sistema”*. A aplicação da *Lex Mercatoria* não era confiada aos Tribunais eclesiásticos ou dos diversos Reinos ou cidades onde se realizavam as feiras.
- 4) O processo de aplicação da *Lex Mercatoria* era *rápido e informal*²⁷.
- 5) O princípio regulador da resolução de conflitos era a *equidade (justiça)* nas disputas entre comerciantes²⁸.

Embora a *Lex Mercatoria* tenha tido as características acima referidas, existem cada vez mais autores que refutam a natureza voluntária, espontânea e universal da *Lex Mercatoria*²⁹ e como afirma Bogdandy e Dellavale: “*a Lex Mercatoria era essencialmente um corpus iuris dotado de relevância prática*”³⁰.

A *Lex Mercatoria* teve um carácter quase universal no espaço jurídico Europeu até o Século XVII, altura em que em começa a ser

²⁵ W. Mitchell, *op. cit.*, p. 25.

²⁶ “O Direito Comercial era acima de tudo Direito consuetudinário”, W. Mitchell, *op. cit.*, p.10.

²⁷ W. Mitchell, *op. cit.*, p. 12-13.

²⁸ “*Ex aequo et Bono*”, W. Mitchell, *op. cit.*, p. 16. Mitchell também faz referência ao carácter transnacional da *Lex Mercatoria* como um das suas características essenciais, W. Mitchell, *op. cit.*, p. 20-21.

²⁹ Para uma descrição do Direito Comercial na época, *Emily Kadens, The Myth of Customary Law Merchant*, Texas Law Review, Vol. 90, 2012.

³⁰ Bogdandy and Dellavale, *op. cit.*, p. 65.

incorporada gradualmente no Direito dos Estados através da codificação, conferindo jurisdição aos Tribunais dos Estados³¹.

A progressiva centralização do poder político no moderno Estado territorial (Estado – Nação) depois da *Paz de Vestefália*³² deu origem à uma visão positivista do Direito em que o único Direito legítimo era o Direito emanado pelo Estado, o que foi o caso do Direito Comercial onde os Estados fomentaram de forma progressiva a unificação do Direito Comercial nos seus territórios.

A unificação do Direito Comercial no território do *Estado-Nação* foi uma consequência do racionalismo científico que começou com o período Iluminista e resultou no *movimento da Codificação* de toda a legislação e do Direito em geral (incluindo os usos e costumes) de acordo com conceitos jurídicos pré-concebidos. Esta nova concepção do Direito de natureza “*voluntarista*” surge em virtude da ideia de que o Direito deveria reflectir a “*vontade*” do homem livre idealizado pelo Iluminismo que era o homem da burguesia e não do homem comum³³.

Posto isto, importa referir que a codificação implica “*a substituição do direito tradicional por um Direito sistematizado e compreensivo, planeado de forma consciente numa ordem racional*”³⁴. O processo de Codificação começa com o Código Civil de Napoleão de 1804 elaborado apenas em quatro meses por uma Comissão composta por quatro eminentes juristas entre os quais *Portalis*³⁵. Todavia, importa referir que o Código Civil de Napoleão fez uso do trabalho preliminar do célebre

³¹ Peter Mazzacano, *The Lex Mercatoria as Autonomous Law, Comparative Research in Law & Political Economy (CLPE)*, Vol 04, N.06, 2008, disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1137629 (último acesso 30/01/2017).

³² A Paz de Vestefália foi alcançada 1648 e encerrou a guerra dos 30 anos no continente Europeu e estabeleceu um sistema internacional que consagra o Estado-Nação como comunidade política primordial no continente Europeu.

³³ Por exemplo, essa foi a visão “burguesa” dos autores do *Code Civil* francês de 1804, K., *Zweigert, H. Kotz., An Introduction to Comparative Law*, Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 93.

³⁴ K., *Zweigert, H. Kotz, op. cit.*, p. 135-136.

³⁵ K., *Zweigert, H. Kotz, op. cit.*, p. 82.

jurista Francês *Robert Joseph Pothier*³⁶ em que sistematizou o Direito Francês desse período de acordo com conceitos pré-estabelecidos³⁷.

O Código Civil teve uma abrangência continental em virtude da expansão militar Francesa e dos ideais Iluministas e Revolucionários concretizados pela expansão Francesa no continente Europeu³⁸. Foi o Código Civil que deu origem ao nosso sistema jurídico que pertence a família Românico-Germânica ou continental Europeia, também conhecida como *Civil Law*³⁹.

O surgimento dos Códigos Comerciais Oitocentistas reflecte este movimento de centralização do Direito Comercial no Estado-Nação, que consistiu na “*nacionalização*” da *Lex Mercatoria* por parte do Direito estadual que incorpora este “*Ius Mercatorum*”.

À semelhança do Código Civil, o Código Comercial (*Code de Commerce*) de Napoleão de 1807 é um exemplo claro desse processo de codificação e de nacionalização do Direito Comercial e a sua influência no panorama jurídico Europeu é enorme nos vários Códigos Comerciais que lhe sucederam⁴⁰ incluindo o Código Comercial que hoje vigora em Angola, o Código Comercial de Veiga Beirão de 1888⁴¹.

2.2. A Nova Lex Mercatoria

Uma concepção puramente positivista do Direito não pode ser aceitar a existência e autonomia ainda que parcial da nova *Lex Mercatoria*, uma vez que para o positivismo jurídico, o único sistema jurídico legítimo, é o sistema jurídico Estadual de onde derivam validamente todas outras normas jurídicas em função da dele derivam as

³⁶ *Pothier* viveu entre 1699 e 1772.

³⁷ Peter Stein, *op. cit.*, 114-115.

³⁸ K., Zweigert, H. Kotz, *op. cit.*, p. 101.

³⁹ A outra grande família do Direito é constituída pelo Direito Anglo-saxónico ou “*Common Law*”, Robert Cooter, and Thomas Ulen, *Law and Economics, Third Edition, Reading: Addison Wesley Longman Inc.*, 2000, p. 58-61.

⁴⁰ António Menezes Cordeiro, *op. cit.*, p. 59-77.

⁴¹ António Menezes Cordeiro, *op. cit.*, p. 101-105

“*Grundnorm*”⁴² e por essa razão, para esta perspectiva, o Direito das transacções comerciais internacionais é sempre o Direito dos Estados com os seus tribunais como o fórum competente⁴³.

A emergência da nova *Lex Mercatoria* contraria esta visão unitária do Direito que não aceita outras ordens normativas para além da ordem normativa Estadual e desafia a visão positivista do Direito que coloca em posição secundária os usos e costumes no Direito Comércio Internacional⁴⁴.

Uma das funções essenciais da nova *Lex Mercatoria* é garantir a uniformidade da aplicação do Direito Transnacional, considerando que não existe no sistema internacional um legislador mundial, por essa razão, a *Lex Mercatoria* permite as partes terem uma opção de um Direito Transnacional evitando assim o recurso ao Direito nacional que pode não ser do seu interesse⁴⁵.

Importa também referir que a nova *Lex Mercatoria* é um Direito *auto-referencial*, o que significa que não necessita da ordem jurídica estadual para a sua validade e eficácia e para autores como Gunther Teubner que escrevem na perspectiva da *Teoria dos Sistemas*⁴⁶, a *Lex Mercatoria* é um exemplo acabado de *Direito sem necessidade do Estado* e o seu fundamento não deriva da teoria tradicional das fontes do Direito que lhe nega juridicidade, mas sim de uma concepção de fontes do direito baseada na ideia de que a criação do Direito deriva de um processo descentralizado e não hierárquico com várias entidades criadoras de normas jurídicas para além do Estado⁴⁷. Esse Direito torna-se Direito positivo e objectivo e como escreve *Teubner*:

⁴² A “*Grundnorm*” é a *Norma Fundamental* da qual derivam todas as regras jurídicas, foi postulada pelo Jurista Austríaco Hans Kelsen na sua obra *Teoria Pura do Direito*.

⁴³ Friedrich K. Juenger, *The Lex Mercatoria and Private International Law*, *Louisiana Law Review*, Vol. 60, Number 4, 2000, p. 1135-1136.

⁴⁴ Gunther Teubner, *Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society in: Gunther Teubner (ed.), Global Law Without a State*, Brookfield: Dartmouth, 1997.

⁴⁵ C., Windbichler, *Lex Mercatoria in: Neil J. Smelser (Editor), James D. Wright (Editor), Paul B. Baltes (Editor), International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*, Oxford: Elsevier, 2001, p.

⁴⁶ Inaugurada por Niklas Luhman.

⁴⁷ Gunther Teubner, *Breaking Frames, Economic Globalization and the Emergence of Lex Mercatoria*, *European Journal of Social Theory*, Vol.5, Issue 2, 2002, p.206-207.

Sem dúvida, a Lex Mercatoria e outras formas jurídicas pós-modernas criam uma situação paradoxal, uma vez que quebram o velho paradigma do Direito, isto é, a relação estável entre a legislação e adjudicação numa escala global⁴⁸.

A nova concepção do Direito abarca uma *visão pluralista* do Direito em que se preconiza a existência de diversas ordens normativas e os métodos de harmonização das mesmas e a *nova Lex Mercatoria* deriva do processo de criação de um Direito por entidades privadas que não os Estados ou necessariamente entidades de natureza pública como Organizações Internacionais, como afirma Cooter: “o novo Direito Mercantil emerge fora do aparelho de criação de Direito do Estado”⁴⁹.

A nova *Lex Mercatoria* também coloca em causa a noção de que a resolução de conflitos comerciais internacionais deve ser reservada de forma exclusiva aos tribunais estaduais, uma vez que nos conflitos comerciais internacionais, o método mais comum de resolução de litígios é o da Arbitragem internacional⁵⁰ e estima-se que mais de 90% dos contratos comerciais internacionais incluam convenções ou cláusulas arbitrais⁵¹.

A nova *Lex Mercatoria* pode ser considerada como “Direito Transnacional”, uma vez que é um Direito que não tem dependência da ordem jurídica estadual para a sua existência. Esta tese é conhecida como “purista” ou “autonomista” e para esses autores, a *Lex Mercatoria* não tem qualquer relação com as ordens jurídicas dos Estados sendo um verdadeiro Direito autónomo sem qualquer referência ao Direito Estadual.

⁴⁸ Gunther Teubner, *Breaking Frames, Economic Globalization and the Emergence of Lex Mercatoria*, *op. cit.*, p. 209.

⁴⁹ Robert D. Cooter, *Decentralized Law for a Complex Economy: The Structural Approach to Adjudicating the New Law Merchant*, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 144, 1996, p. 1647.

⁵⁰ A arbitragem comercial internacional tornou-se a norma nos contratos comerciais internacionais, Margaret L. Moses, *The Principles and Practices of International Commercial Arbitration*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 1.

⁵¹ Antunes, José A. Engrácia, *Direito dos Contratos Comerciais*, Coimbra: Almedina, 2009, p. 335.

Para uma segunda corrente doutrinária, a *Lex Mercatoria* combina elementos do Direito nacional dos Estados e do Direito Transnacional, esta tese é conhecida como “*integracionista*”⁵².

Os debates sobre a natureza jurídica da *Lex Mercatoria* concentram-se na autonomia relativa da *Lex Mercatoria* em relação ao Direito dos Estados. O estudo da nova *Lex Mercatoria* foi inaugurado por *Clive Schmitthoff*⁵³ que tinha uma concepção mais integracionista da *Lex Mercatoria* e por *Berthold Goldman*⁵⁴ que tinha uma visão mais autónoma da *Lex Mercatoria*, insistindo no carácter não nacional da mesma⁵⁵.

Para *Berthold Goldman*, considerado um dos “fundadores” dos estudos relativos à nova *Lex Mercatoria*, esta constitui-se como uma ordem jurídica autónoma que não necessita da ordem jurídica estadual para a sua legitimação e validade, uma vez que a *Lex Mercatoria* é composta por normas jurídicas *accessíveis* dotadas de generalidade e previsibilidade que emanam de uma autoridade (de tribunais arbitrais) e por isso gozam de juridicidade⁵⁶.

Apesar da importância que a nova *Lex Mercatoria* tem nas transações comerciais, esta não pode ser totalmente autónoma da ordem jurídica estadual, uma vez que depende do Direito estadual para a sua eficácia, substância e implementação.

Independentemente da posição que se adoptar sobre a natureza jurídica da *Lex Mercatoria*, é necessário partir de uma definição de *Lex Mercatoria* que seja ampla o suficiente a fim de incorporar as inúmeras fontes do Direito do Comércio Internacional⁵⁷.

⁵² *Nikitas E. Hatzimihail, The Many Lives – And Faces – Of Lex Mercatoria: History as Genealogy in International Business Law, Law and Contemporary Problems*, Vol.71, Number 3, 2008, p. 171.

⁵³ *Clive Schmitthoff, The Unification of the Law of International Trade, Journal of Business Law*, 1968 in: *Clive Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law*, London: Graham & Trotman, 1988.

⁵⁴ *Berthold Goldman, Nouvelles Réflexions sur la Lex Mercatoria, in: Festschrift Pierre Lalive*, Basel, Frankfurt a.M. 1993.

⁵⁵ *Nikitas E. Hatzimihail, op. cit.*, p. 174.

⁵⁶ *Berthold Goldman, op. cit.*, p. 248-250.

⁵⁷ *Michael Frischkorn, Definitions of the Lex Mercatoria and the Effects of Codifications on the Lex Mercatoria's Flexibility*, *European Journal of Law Reform*, Vol. VII, 2006, p. 334.

A nova *Lex Mercatoria* “deve ser compreendida no seu sentido pleno. A *lex mercatoria* pode ser costumeira, convencional, não-convencional, contratual, codificada, não codificada, ou pode derivar dos princípios gerais do direito ou dos usos do comércio”⁵⁸.

Em sumário, a nova *Lex Mercatoria* enquanto sistema jurídico caracteriza-se por ser:

- I. *Direito autónomo* aplicável à situações jurídicas internacionais.
- II. *Direito Transnacional* que não deriva dos instrumentos legislativos do Estados mas um Direito criado por várias entidades criadores de normas, usos e práticas aplicáveis ao comércio internacional.
- III. *Direito Comercial Internacional* com fontes de natureza diversa e heterogénea para além do Estado⁵⁹.
- IV. *Direito flexível e informal*.
- V. Direito cujo método de resolução de disputas por excelência é *Arbitragem Internacional*⁶⁰.
- VI. Direito *auto-referencial* com *normas de reconhecimento* que não derivam do Direito Estadual.

Nessa perspectiva, a nova *Lex Mercatoria* é um Direito autónomo com regras de reconhecimento e validade própria, sem necessariamente terem como referência o Direito dos Estados⁶¹.

A *Lex Mercatoria* é uma realidade no comércio internacional, embora o seu conteúdo seja alvo de disputa por parte da doutrina, por

⁵⁸ Abul F. M. Maniruzzaman, *The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?*, American University Law Review, Vol. 14, Issue 3, 1999, p. 669.

⁵⁹ A *Lex Mercatoria* é definida acima de tudo pela diversidade das suas fontes e não necessariamente pelo seu conteúdo, Emmanuel Gaillard, *Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision Making? Arbitration International*, Vol. 17, Number 1, 2001, p. 61-62.

⁶⁰ Cristián Gimenez Corte, *Lex Mercatoria, International Arbitration and Independent Guarantees: Transnational Law and How Nation States Lost the Monopoly of Legitimate Enforcement*, *Transnational Legal Theory*, Vol. 3, N,4, 2012, p. 356 e ss..

⁶¹ Klaus Peter Berger, *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*, *Kluwer Law International*, 2010, p. 61-64.

isso deve-se entender também a *Lex Mercatoria* como um método⁶² de um sistema jurídico completo para além do Estado e como afirma Ralf Michaels: “*existe agora um corpo considerável de regras jurídicas e procedimentos adjudicatórios fora do Estado que representa um desafio para concepções do Direito baseadas no Estado*”⁶³.

Para Clive Schmitthoff: “*O moderno direito mercantil é inteiramente sem precedentes no seu carácter e constitui uma fuga do conceito tradicional do Direito. Tradicionalmente o Direito é produto do desenvolvimento histórico, económico e desenvolvimento político de uma nação.*”⁶⁴

2.2.1. A *Lex Mercatoria* e o Pluralismo Jurídico

Importa referir que a realidade da *Lex Mercatoria* enquanto sistema jurídico autónomo transnacional de regras de Direito Comercial Internacional deve ser reconhecida e estudada, sendo um corpo autónomo de regras e princípios jurídicos sem necessariamente uma referência ao Direito Comercial do Estados.

Os críticos da autonomia da nova *Lex Mercatoria* em relação ao Direito Estadual apontam para relação intrínseca entre a ordem jurídica da *Lex Mercatoria* e a ordem jurídica Estadual e ao facto da criação do Direito por particulares depender do legislador nacional⁶⁵. Esta crítica deriva de uma concepção positivista do Direito que apenas considera como Direito aquele que é criado pelo Estado e pelos seus órgãos.

Para além disso, a ideia da *Lex Mercatoria* como um *Direito auto-referencial* é problemática por causa da falta de mecanismos próprios da sua aplicação⁶⁶.

⁶² Para esta visão mais pragmática da *Lex Mercatoria*, Emmanuel Gaillard, *Thirty Years of Lex Mercatoria: Towards the Selective Application of Transnational Rules*, ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Vol. 10, 1995, p. 224.

⁶³ Ralf Michaels, *The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State*, Indiana Journal of Global Legal Studies, Vol. 14, N.2, 2007, p.460.

⁶⁴ Clive Schmitthoff, p. 211.

⁶⁵ Luís de Lima Pinheiro, *op. cit.*, p. 907-8.

⁶⁶ Bogdandy e Dellavale, *op. cit.*, p.77-88.

Importa referir que uma concepção monista e hierárquica do Direito hoje está ultrapassada e há poucos autores que a defendam, porque a realidade social reconhece dentro do Estado uma pluralidade de comunidades sociais e políticas que criam Direito e no plano internacional, existem entidades que são criadoras de Direito como as Organizações Internacionais, em suma, *há Direito para além do Estado criado fora do Estado*⁶⁷.

Importa referir que a *Lex Mercatoria*, tem de ser vista sob o prisma do *pluralismo jurídico* que consiste no fenómeno da coexistência de várias ordens normativas com as suas regras fundamentais ou “*Grundnorms*”⁶⁸ em determinados “*espaços jurídicos*” territoriais ou deslocalizados, como escreve Berman: “*O Direito não reside unicamente nos comandos coercivos de um poder soberano. O Direito é construído constantemente pela concorrência dessas várias comunidades geradoras de normas*”⁶⁹.

Na concepção pluralista do Direito, as várias ordens normativas estão numa relação de coexistência que não se baseia numa concepção hierárquica do Direito mas sim numa noção de “*reconhecimento mútuo*”.

A *Lex Mercatoria* enquanto ordem normativa, ainda que imperfeita deve ser considerada como uma ordem jurídica autónoma da ordem jurídica oriunda dos Estados, embora dependa do Direito Estadual para o seu reconhecimento e execução, uma vez que não há tribunais internacionais que possam executar sentenças arbitrais internacionais sem a participação da ordem jurídica estadual e dos seus tribunais⁷⁰.

⁶⁷ Mesmo numa concepção positivista do Direito, no plano interno, há um conjunto de entidades que têm competência para criar normas jurídicas, entidades essas reconhecidas pelo Estado como as Associações Profissionais (Por exemplo, as Ordens Profissionais como as Ordens dos Médicos e a Ordem dos Advogados) e as Associações Desportivas (por exemplo, as Associações Desportivas) e no plano internacional, Organizações Internacionais e Supranacionais como a Organização Mundial do Comércio, a Organização das Nações Unidas e a União Europeia entre outras.

⁶⁸ Os sistemas jurídicos autónomos têm sempre as suas “*regras de reconhecimento*” (“*rules of recognition*”), para utilizar a expressão de Herbert Hart, *The Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press, 1997.

⁶⁹ Paul Schiff Berman, *Global Legal Pluralism*, *Southern California Law Review*, Vol.80, 2007, p. 1157-1158.

⁷⁰ Luís de Lima Pinheiro, op. cit., p. 911.

Considerando a diversidade das fontes da *Lex Mercatoria*, esta deve ser entendida como um sistema jurídico autónomo e flexível que pode regular directamente as relações jurídicas das partes⁷¹ sem recurso ao Direito Estadual mediado por Tribunais Estaduais e o recurso às regras de conflitos de Direito Internacional Privado⁷².

Para autores como Ralf Michaels, a *Lex Mercatoria* é “*uma amálgama entre o público e privado, Direito e Instituições Estaduais e não-Estaduais*”⁷³. Os benefícios da nova *Lex Mercatoria* tem de considerar os *custos de transacção* do Direito Transnacional, considerando a necessidade de encontrar regras aplicáveis à situações jurídicas, num mundo com uma enorme diversidade de sistemas jurídicos com diferentes regras de Direito substantivo⁷⁴.

Por isso, a nova *Lex Mercatoria* não é tanto um mecanismo de harmonizar as diferentes legislações nacionais dos Estados mas sim uma forma de “*providenciar uma base estável e uniforme para o comércio*”⁷⁵.

Podemos assim afirmar que a *Lex Mercatoria* é acima de tudo “*um Direito autónomo dos contratos do comércio internacional*”⁷⁶ e não regula tanto questões como os pressupostos de formação do consentimento, aos requisitos de validade do objecto e do fim do contrato e

⁷¹ Giuditto Cordero Moss, *International Contracts between Common Law and Civil Law: Is Non-State Law to be Preferred? The Difficulty of Interpreting Legal Standards Such as Good Faith*, *Global Jurist*, Vol.7, Issue 1, 2007, p. 24.

⁷² Não podemos nunca confundir a *questão da Lei aplicável* (ou *Direito aplicável*) num contrato com a *questão do Tribunal competente* para decidir acerca do mérito da causa, isto porque o método de resolução de disputas primordial é o da Arbitragem Internacional, sabendo que as partes têm liberdade de escolha na da Lei Aplicável ao contrato e o da Tribunal competente para decidir acerca, Luís de Lima Pinheiro, *op. cit.*, p. 1020-1022

⁷³ Ralf Michaels *Dreaming Law without the State: Scholarship on Autonomous International Arbitration as Utopian Literature*, *London Review of International Law*, Vol.1, Issue 1, 2013, p. 41.

⁷⁴ E está relacionado com o fenómeno de “*forum shopping*”, Filip de Ly, *Sources of International Sales Law: An Eclectic Model*, *Journal of Law and Commerce*, Vol. 25, N.1, 2005-2006, p. 1-2.

⁷⁵ Sandeep Gopalan, *Transitional Commercial Law: The Way Forward*, *American University International Law Review*, Vol. 18, Issue 4, 2003, p. 810.

⁷⁶ Luís de Lima Pinheiro, *op. cit.*, p. 1020.

ao poder de representação e nesses casos há uma conexão entre a *Lex Mercatoria* e o Direito Estadual⁷⁷.

Lex Petrolea

Com o desenvolvimento do Comércio Internacional, desenvolveu-se um Direito autónomo no sector do Petróleo e do Gás Natural derivado da *Lex Mercatoria*, designado por alguns autores como *Lex Petrolea*⁷⁸.

A *Lex Petrolea* tem sido desenvolvida pelas Empresas multinacionais do sector Petrolífero e do Gás Natural, uma vez que actuam à escala global e nas vários sectores de actividade, principalmente no *Upstream*⁷⁹.

No sector petrolífero verifica-se uma uniformização de contratos-modelo de entidades privadas como a *Associação Internacional dos Negociadores de Petróleo*⁸⁰, criando um ramo do Direito aplicável ao sector petrolífero internacional, considerando a diversidade de sociedades comerciais que actuam no sector tem uma abrangência global.

*Lex Electronica*⁸¹

Alguns autores têm promovido a ideia de *Lex Electronica* como uma subespécie de *Lex Mercatoria* para as transacções electrónicas na

⁷⁷ Luís de Lima Pinheiro, *op. cit.*, p. 862-864.

⁷⁸ Dário Moura Vicente, *Arbitragem Petrolífera in: Dário Moura Vicente (Coordenador), Direito dos Petróleos, Uma Perspectiva Lusófona*, Coimbra: Almedina, 2013, p.120.

⁷⁹ O *Upstream* inclui as fases de prospecção, exploração e produção de Petróleo.

⁸⁰ A *Association of International Petroleum Negotiators (AIPN)* é responsável por vários modelos contratuais amplamente utilizados na indústria petrolífera, ver: <https://www.aipn.org/> (último acesso 30/01/2017).

⁸¹ Também designada por *Lex Informatica*, ver: Aron Mefford, *Lex Informatica: Foundations of Law on the Internet*, Indiana Journal of Global Legal Studies, Vol. 5, Issue 2, 1997.

Internet⁸². O comércio electrónico é uma das áreas do Direito onde se verifica uma grande expansão de fontes normativas que fazem parte da *Lex Mercatoria* que têm origem em entidades diversas de natureza privada e pública⁸³.

Considerando que o advento da Internet vem reconfigurar a autoridade jurídica do Estado e revelou as insuficiências do Direito Estadual na regulação adequada da Internet considerando que as fronteiras do *Ciberespaço* não correspondem às fronteiras dos Estados e à sua jurisdição legal e por essa razão, para alguns autores, a *Lex Electronica* deve regular o regime do *Ciberespaço* em conjunto com a ordem jurídica dos Estados⁸⁴.

Por essa razão, desenvolveu-se um novo Direito parte da *Lex Mercatoria* a fim de regular o comércio electrónico entre pessoas jurídicas (colectivas) de jurisdições diferentes ou quando haja um elemento de conexão internacional nas relações jurídicas que se estabelecem na Internet⁸⁵.

Lex Sportiva

Pode ser considerada como uma subespécie da *Lex Mercatoria* definida como o ramo do Direito aplicável ao Desporto Internacional regulado pelas regras desportivas das Instituições Desportivas Mundiais como o Comité Olímpico Internacional, Federações Desportivas Internacionais dos vários desportos.

⁸² Thomas Schultz, *Carving Up the Internet: Jurisdiction, Legal Orders and Private/Public International Law Interface*, The European Journal of International Law, Vol.19, n. 4, 2009, p. 803.

⁸³ Sobre a possibilidade da *Lex Mercatoria* ser aplicável à licenças de *Software de fonte aberta* (“Open Source Software”), considerando que a *Lex Mercatoria* é uma ordem jurídica que é a autónoma, universal e espontânea, Fabrizio Marrella and Christopher Yoo, *Is Open Source Software the new Lex Mercatoria?* Virginia Journal of International Law, Vol. 47, 2007, p.820-824.

⁸⁴ Aron Mefford, *op. cit.*, p. 222

⁸⁵ Não tem de haver necessariamente uma transacção comercial para haver necessidade de regulação da Internet.

As fontes da *Lex Sportiva* são da mais variada natureza e integram um conjunto de regras fragmentadas e heterógenas desde o Direito Estadual que regula as Associações e Federações Desportivas nacionais e internacionais, incluindo instrumentos jurídicos produzidos por Organizações Internacionais⁸⁶.

O *Tribunal de Arbitragem para o Desporto*⁸⁷ tem sido uma das entidades mais prolíficas no desenvolvimento desta subespécie de *Lex Mercatoria* que é designada por *Lex Sportiva* enquanto Direito que descreve “os princípios e regras desenvolvidas e aplicadas pelas instituições desportivas”⁸⁸.

2.3. O Desenvolvimento da nova Lex Mercatoria

A nova *Lex Mercatoria* tem sido desenvolvida por vários actores⁸⁹ no plano internacional para além do Estados, incluindo Organizações Internacionais, Câmaras de Comércio e actores privados em geral.

Um dos actores mais importantes no desenvolvimento do Direito do Comércio Internacional é o *Instituto para a Unificação do Direito Privado Internacional*, mais conhecido pelo acrónimo UNIDROIT, baseado em Roma, criado em 1926 como um órgão auxiliar da Liga das Nações a fim de promover a unificação do Direito Privado entre os Estados Membros. O UNIDROIT é uma Organização Internacional cujos membros são Estados⁹⁰. O UNIDROIT é responsável por vários instrumentos jurídicos que fazem parte da *Lex Mercatoria*, incluindo os *Princípios UNIDROIT Relativos aos Contratos Comerciais Interna-*

⁸⁶ Para mais informação, ver: Lorenzo Casini, *The Making of a Lex Sportiva by the Court of Arbitration for Sport*, German Law Journal, Vol. 12, N.5, 2011.

⁸⁷ *Court of Arbitration for Sport*. É um exemplo de arbitragem institucionalizada no Direito do Desporto Internacional, para mais informação ver:

<http://www.tas-cas.org> (último acesso 30/01/2017).

⁸⁸ Lorenzo Casini, *op. cit.*, p. 1320.

⁸⁹ Ralf Michaels designa esses actores como “Agências Formuladoras” (“*Formulating Agencies*”), Ralf Michaels, *op. cit.*, p. 457.

⁹⁰ Para mais informação, ver: <http://www.unidroit.org/about-unidroit/overview> (último acesso 30/01/2017).

cionais, que foram criados pela primeira vez em 1994, sendo a última versão de 2010⁹¹.

Outro actor importante na criação e desenvolvimento é a *Comissão das Nações Unidas para o Direito Comércio Internacional* criada em 1966 (CNUDI, também conhecida pela sua designação em Inglês – *UNCITRAL*⁹²), que é um órgão das Nações Unidas e tem sido responsável por vários instrumentos jurídicos que são fonte do Direito do Comércio Internacional, incluindo a *Convenção de Viena sobre o Contrato de Compra e Venda Internacional de 1980*⁹³.

A Câmara de Comércio Internacional (CCI) mais conhecida por *ICC (International Chamber of Commerce)*⁹⁴, é uma Organização de natureza privada criada em 1919 baseada em Paris, França responsável pela criação de inúmeros instrumentos utilizados no Comércio Internacional incluindo os *Termos do Comércio Internacional* mais conhecidos por *INCOTERMS* amplamente utilizados no Comércio Internacional assim como as “*Regras e Usos Uniformes Relativos aos Créditos Documentários*”⁹⁵.

A Câmara de Comércio Internacional também é responsável por um dos mecanismos mais importantes de arbitragem institucionalizada no Direito do Comércio Internacional através de um dos seus órgãos que é o *Tribunal Internacional de Arbitragem*⁹⁶.

⁹¹ Os *Princípios UNIDROIT Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais* estão disponíveis em: <http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010> (último acesso 30/01/2017).

Para uma versão Portuguesa: <http://cisg7.institut-e-business.de/pdf/gesetze/PortuguesScan.pdf> (último acesso 8/03/2014).

⁹² <http://www.uncitral.org/uncitral/en/index.html> (último acesso 30/01/2017).

⁹³ A *Convenção de Viena sobre o Contrato de Compra e Venda Internacional* está disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/V1056997-CISG-e-book.pdf> (último acesso 30/01/2017).

⁹⁴ Para mais informações sobre a *Câmara de Comércio Internacional*: <http://www.iccwbo.org/> (último acesso 30/01/2017).

⁹⁵ “*Uniform Customs and Practice for Documentary Credit*” da Câmara de Comércio Internacional sendo a última versão de 2007 com a designação UCP 600, disponível em: <http://store.iccwbo.org/users-handbook-for-documentary-credits-under-ucp-600> (último acesso 30/01/2017). Ver, José A. Engrácia Antunes, *op. cit.*, p. 514.

⁹⁶ Ver: <http://www.iccwbo.org/about-icc/organization/dispute-resolution-services/icc-international-court-of-arbitration/> (último acesso 30/01/2017).

Para além dos órgãos mencionados existem várias entidades responsáveis pelo desenvolvimento da nova *Lex Mercatoria* a nível regional como Organizações regionais e especializadas e digno de nota os esforços da *Organização para a Harmonização em África do Direito Comercial*, também conhecida pelo seu acrónimo OHADA⁹⁷ que conta com 17 Estados Membros da África Ocidental e que desenvolveu vários instrumentos no âmbito do Direito do Comércio Internacional incluindo o *Acto Uniforme para o Direito Comercial*⁹⁸.

A nova *Lex Mercatoria* também inclui várias entidades que criam *Códigos de Conduta* que também são fonte da nova *Lex Mercatoria*, um exemplo é são as recomendações da *Organização para Cooperação e Desenvolvimento Económico* (OCDE) com as “*Diretrizes para as Empresas Multinacionais*”⁹⁹ ou as recomendações da *Organização Internacional das Comissões dos Valores Mobiliários*¹⁰⁰ acerca dos “*Princípios e Objectivos da Regulação dos Valores Mobiliários*”¹⁰¹ e são um exemplo de auto-regulação no sector financeiro¹⁰².

A Câmara de Comércio Internacional também desenvolveu regras sobre Arbitragem institucionalizada, ver: <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/icc-rules-of-arbitration/> (último acesso 30/01/2017).

⁹⁷ Em Francês, : *Organisation pour la Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires* (OHADA), para mais informações, ver: <http://www.ohada.com/> (último acesso 30/01/2017).

⁹⁸ Disponível em: <http://www.ohada.com/actes-uniformes/11/uniform-act-relating-to-general-commercial-law.html> (último acesso 30/01/2017). Claire Moore Dickersorn, *OHADA's Proposed Uniform Act On Contract Law, Formal Law for the Informal Sector*, *European Journal of Law Reform*, Vol. 13, 2011.

⁹⁹ “*OECD Guidelines for Multinational Enterprises*”. 2011, disponível em: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf> (último acesso 30/01/2017).

¹⁰⁰ “*International Organization of Securities Commission*”, que integra as Agências (Comissões) reguladoras dos mercados de Créditos e Valores mobiliários, ver: <http://www.iosco.org/> (último acesso 30/01/2017).

¹⁰¹ “*Objectives and Principles of Securities Regulation*”, disponível em: <http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCO154.pdf> (último acesso 30/01/2017).

¹⁰² Cally Jordan,, *International Financial Standards and the Explanatory Force of the New Lex Mercatoria*, *Centre for Transnational Legal Studies*, Research Paper, N.12-120, 2012, p. 21.

Ainda no sector financeiro, a *Associação Internacional dos Derivativos e Swaps*¹⁰³ é responsável por um modelo contratual para transacções financeiras de derivativos, o *ISDA Master Agreement*.

O *Código Mundial de Conduta Anti-Doping*¹⁰⁴ desenvolvido pela *Agência Mundial Anti-Doping*¹⁰⁵, é um exemplo dessa nova *Lex Mercatoria* (*Lex Sportiva*) aplicável ao Desporto Internacional.

Um exemplo desse desenvolvimento da nova *Lex Mercatoria* por actores privados foi a “*Comissão Lando*”¹⁰⁶ que preparou os “*Princípios Europeus do Direito dos Contratos*”¹⁰⁷ inspirados pela *Convenção de Viena sobre o Contrato de Compra e Venda Internacional* e pelos Princípios UNIDROIT relativos ao Contratos Comerciais Internacionais¹⁰⁸.

Os *Princípios Europeus do Direito dos Contratos* representam “a consolidação escrita do núcleo comum das tradições jurídicas nacionais acerca dos contratos (PECL) e da chamada *Lex Mercatoria*, isto é, de todas as práticas legais que se estabeleceram no comércio internacional (PICC)”¹⁰⁹.

Considerações Finais

A globalização e a expansão da contratação comercial internacional revelam a progressiva importância da *Lex Mercatoria* como um ramo do Direito autónomo que disciplina relações jurídicas privadas internacionais e cujas fontes não são necessariamente estaduais. Essas

¹⁰³ *International Association for Swaps and Derivatives*, disponível em: <http://www2.isda.org/> (último acesso 30/01/2017).

¹⁰⁴ *World Anti-Doping Code* está disponível em: <https://www.wada-ama.org/en/what-we-do/the-code> (último acesso 30/01/2017).

¹⁰⁵ *World Anti-Doping Agency*, para mais informação, ver: <http://www.wada-ama.org/> (último acesso 14/03/2014).

¹⁰⁶ Por referência ao chefe da Comissão *Ole Lando*,

¹⁰⁷ “*Principles of European Contract Law*” (PECL), disponíveis em: <http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/> (último acesso 30/01/2017). Ver *Yehuda Adar and, Pietro Sirena Principles and Rules in the Emerging European Contract Law: From the PECL to the CESL, and Beyond*, *European Review of Contract Law*, Vol. 9, Issue 1, 2013.

¹⁰⁸ *Luís de Lima Pinheiro, op. cit.*, p. 898-903.

¹⁰⁹ *Yehuda Adar, and, Pietro Sirena, op. cit.*, p. 28.

fontes incluem, princípios gerais de Direito, contratos modelo, Leis modelo, usos e práticas do comércio internacional, Tratados internacionais, jurisprudência arbitral.

Essas fontes são desenvolvidas por vários actores (as “agências formuladoras”) como a Câmara de Comércio Internacional, o Instituto para a Unificação do Direito Privado e a Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional.

BIBLIOGRAFIA

- Adar, Yehuda and Sirena, Pietro, *Principles and Rules in the Emerging European Contract Law: From the PECL to the CESL, and Beyond*, European Review of Contract Law, Vol. 9, Issue 1, 2013.
- Antunes, José A. Engrácia, *Direito dos Contratos Comerciais*, Coimbra: Almedina, 2009.
- August, Ray, Mayer, Don, and Bixby, Michael, *International Business Law, Text, Cases and Readings*, New Jersey: Prentice Hall, 2009.
- Bogdandy Armin von and Dellavalle, Sergio, *The Lex Mercatoria of Systems Theory: Localisation, Reconstruction and Criticism from a Public Law Perspective*, Transnational Legal Theory, Vol. 4, N.1, 2012.
- Berger, Klaus Peter, *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*, Kluwer Law International, 2010.
- Berman, Paul Schiff, *Global Legal Pluralism*, Southern California Law Review, Vol. 80, 2007.
- Brito, Maria Helena, *A Representação nos Contratos Internacionais*, Coimbra: Almedina, 1999.
- Carr, Indira, *International Trade Law, Fourth Edition*, London: Routledge-Cavendish, 2010.
- Casini, Lorenzo, *The Making of a Lex Sportiva by the Court of Arbitration for Sport*, German Law Journal, Vol. 12, N.5, 2011.
- Corte, Cristián Gimenez, *Lex Mercatoria, International Arbitration and Independent Guarantees: Transnational Law and How Nation States Lost the Monopoly of Legitimate Enforcement*, Transnational Legal Theory, Vol. 3, N.4, 2012.

- Cordeiro, António Menezes, *Direito Comercial*, Coimbra: Almedina, 2012.
- Cooter, Robert D., *Decentralized Law for a Complex Economy: The Structural Approach to Adjudicating the New Law Merchant*, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 144, 1996.
- Cooter, Robert and Ulen, Thomas, *Law and Economics*, Third Edition, Reading: Addison Wesley Longman Inc., 2000.
- Dalhuisen, JH, *Legal Orders and their Manifestation: The Operation of the International Commercial and Financial Legal Order and its Lex Mercatoria*, Berkeley Journal of International Law, Vol.24, Iss.4, 2006.
- Dickersorn, Claire Moore, *OHADA's Proposed Uniform Act On Contract Law*, Formal Law for the Informal Sector, European Journal of Law Reform, Vol.13, 2011.
- Frischkorn, Michael, *Definitions of the Lex Mercatoria and the Effects of Codifications on the Lex Mercatoria's Flexibility*, European Journal of Law Reform, Vol. VII, 2006.
- Gaillard, Emmanuel, *Thirty Years of Lex Mercatoria: Towards the Selective Application of Transnational Rules*, ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Vol. 10, 1995.
- Gaillard, Emmanuel, *Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision Making? Arbitration International*, Vol. 17, Number 1, 2001.
- Germain, Claire M., *The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Guide to Research and Literature*, International Journal of Legal Information, Vol. 24, 1996.
- Gopalan, Sandeep, *Transitional Commercial Law: The Way Forward*, American University International Law Review, Vol. 18, Issue 4, 2003.
- Gucer, Sulun, *Lex Mercatoria in International Arbitration*, Ankara Review, 1, 2009.
- Hart, Herbert, *The Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press, 1997.
- Hatzimihail, Nikitas E., *The Many Lives – And Faces – Of Lex Mercatoria: History as Genealogy in International Business Law*, Law and Contemporary Problems, Vol. 71, Number 3, 2008.
- Jordan, Cally, *International Financial Standards and the Explanatory Force of the New Lex Mercatoria*, Centre for Transnational Legal Studies, Research Paper, N. 12-120, 2012.
- Juenger, Friedrich K., *The Lex Mercatoria and Private International Law*, Louisiana Law Review, Vol. 60, Number 4, 2000.

- Kadens, Emily, *The Myth of Customary Law Merchant*, Texas Law Review, Vol. 90, 2012.
- Kotz, H., Zweigert K., *An Introduction to Comparative Law*, Oxford: Oxford University Press, 2011.
- Ly, Filip de, *Sources of International Sales Law: An Eclletic Model*, Journal of Law and Commerce, Vol. 25, N.1, 2005-2006.
- Maniruzzaman, Abul F. M., *The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?*, American University Law Review, Vol. 14, Issue 3, 1999.
- Marrella Fabrizio and Yoo, Christopher, *Is Open Source Software the new Lex Mercatoria?* Virginia Journal of International Law, Vol. 47, 2007.
- Mazzacano, Peter, *The Lex Mercatoria as Autonomous Law, Comparative Research in Law & Political Economy (CLPE)*, Vol 04, N.06, 2008, disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1137629 (último acesso 08/03/2014).
- Mefford, Aron, *Lex Informatica: Foundations of Law on the Internet*, Indiana Journal of Global Legal studies, Vol. 5, Issue 2, 1997.
- Michaels, Ralf, *The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State*, Indiana Journal of Global Legal Studies, Vol. 14, N.2, 2007.
- Michaels, Ralf, *Dreaming Law without the State: Scholarship on Autonomous International Arbitration as Utopian Literature*, London Review of International Law, Vol.1, Issue 1, 2013.
- Mitchell, W., *An Essay on the Early History of the Law Merchant*, Cambridge: Cambridge at University Press, 1904.
- Moens, Gabriel, and Giles, Peter, *International Trade and Business: Law, Policy and Ethics*, Sydney: Cavendish Publishing, 2000.
- Moses, Margaret L, *The Principles and Practices of International Commercial Arbitration*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- Moss, Giuditta Cordero, *International Contracts between Common Law and Civil Law: Is Non-State Law to be Preferred? The Difficulty of Interpreting Legal Standards Such as Good Faith*, Global Jurist, Vol. 7, Issue 1, 2007.
- Mustill, Michael, *The New Lex Mercatoria: The First Twenty-Five Years, Arbitration International*, 1986.
- Pinheiro, Luís de Lima, *Contrato de Empreendimento Comum (Joint Venture) em Direito Internacional Privado*, Coimbra: Almedina, 2003.

- Prata, Ana, *Dicionário Jurídico*, Vol. I, 5ª Edição, Coimbra: Almedina, 2008.
- Rabel, Ernst, *Private Laws of Western Civilization*, Louisiana Law Review, Vol. 10, Number 1, 1949.
- Schmitthoff, Clive, *The Unification of the Law of International Trade*, Journal of Business Law, 1968 in: *Clive Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law*, London: Graham & Trotman, 1988.
- Schultz, Thomas, *Carving Up the Internet: Jurisdiction, Legal Orders and Private/Public International Law Interface*, The European Journal of International Law, Vol. 19, n. 4, 2009.
- Stein, Peter, *Roman Law in European History*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- Sweet, Alec Stone, *The New Lex Mercatoria and Transnational Governance*, Journal of European Public Policy, Vol. 15, 2006.
- Teubner, Gunther, *Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society in: Gunther Teubner (ed.), Global Law Without a State*, Brookfield: Dartmouth, 1997.
- Teubner, Gunther, *Breaking Frames, Economic Globalization and the Emergence of Lex Mercatoria*, European Journal of Social Theory, Vol. 5, Issue 2, 2002.
- Turner, Chris, *Contract Law, 2nd Edition*, Abingdon: Hodder Education, 2007.
- Vicente, Dário Moura, *Arbitragem Petrolífera in: Dário Moura Vicente (Coordenador), Direito dos Petróleos, Uma Perspectiva Lusófona*, Coimbra: Almedina, 2013, p. 120.
- Veneziano, Anna, *The Soft Law Approach to Unification of International Commercial Contract Law: Future Perspectives in Light's of UNIDROIT's Experience*, Villanova Law Review, Vol. 58, 2013.
- Windbichler, C., Lex Mercatoria in: Neil J. Smelser (Editor), James D. Wright (Editor), Paul B. Baltes (Editor), *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*, Oxford: Elsevier, 2001.

CORRESPONDÊNCIA

A correspondência relativa a este artigo deverá ser enviada para:

CEDIS – Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade,
Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
Campus de Campolide, 1099-032 Lisboa, Portugal

E-mail: flavio.inocencio@coventry.ac.uk; flavioinocencio@gmail.com

O Amadurecimento da democracia participativa a partir da institucionalização do Provedor de Justiça na Organização das Nações Unidas – ONU e sua atuação nos países lusófonos¹

The maturation of participatory democracy from the institutionalization of the ombudsman in the United Nations – UN and its performance in the portuguese speak countries

GUSTAVO COSTA NASSIF²

Resumo: O Artigo apresentado no Programa de Pós-Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa que pretende demonstrar a possibilidade do deslocamento da versão de uma cidadania nacionalizada ou cosmopolita, para além da cidadania e do cosmopolitismo. Com base teórica no debate entre J. Habermas e J. Derrida a atenção se voltará para a desconstrução de determinados conceitos a fim lançar um novo olhar sobre o sentido da política e do direito, para (re)elevá-los além do atual paradigma e afirmar como a democracia participativa é capaz de alcançar novos patamares de amadurecimento. Especialmente com a institucionalização do Provedor de Justiça na Organização das Nações Unidas – ONU e a necessidade de sua afirmação nos países lusófonos do continente africano.

Palavras-chaves: *Cidadania, Democracia, Cosmopolitismo, Desconstrução, Hospitalidade, ONU, Países Lusófonos, Ombudsman.*

¹ Entregue: 1.6.2017; aprovado: 1.8.2017. Relatório Final acompanhado de artigo científico de Pós-Doutoramento apresentado a Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa como requisito parcial aprovação, tendo como supervisor o Professor Doutor Jorge Bacelar Gouveia.

² Pós-Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa; Doutor e Mestre em Direito Público pela PUC/MG; Professor Titular da Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva.

Abstract: This paper was presented at the *Phd* of Law program of Nova Lisboa University and aims to demonstrate the possibility of displacement of the release of a nationalized or cosmopolitan citizenship, beyond the citizenship and cosmopolitanism concepts. We based in the debate among Habermas and Derrida and focused our attention to deconstruction of certain concepts to take a fresh look on the meaning of politics and law, to enlarge them beyond the current paradigm and to affirm how participatory democracy is capable of reaching new heights of maturity. Especially with the institutionalization of the Ombudsman in the United Nations – UN and the necessity of its affirmation in the Portuguese speaking countries of the African continent.

Keywords: *Citizenship, Democracy, Cosmopolitanism, Deconstruction, hospitality, UN, Portuguese speaking countries, Ombudsman.*

1. Introdução

O presente artigo apresentado no Programa de Pós-Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa pretendeu fazer uma reflexão acerca da possibilidade de nova aliança entre viventes, ao mesmo tempo em que teve a intenção de verificar a possibilidade de se (*alter*)institucionalizar formas capazes de diminuir as diferenças entre os povos, as históricas e àquelas provocadas pelos fenômenos globais da atualidade. Seria possível promover ações institucionalizáveis que possam a um só tempo atuar como condicionantes, próprias do Direito; oferecer garantias para sua efetividade e, ao mesmo tempo, que permaneça favorável a uma abertura de sentidos?

A questão que se formula é: quais as bases de operacionalização do Direito que terá o condão de conferir legitimidade a uma (*alter*)instituição para promover a proteção dos Direitos Humanos Fundamentais de forma transparente, por meio de procedimentos investigativos, da formulação e divulgação de relatórios, recomendações acerca da observância dos direitos da pessoa humana, sem a utilização de instrumentos jurídicos tradicionais de coação? Qualquer resposta que se ofereça deverá perpassar pelo atendimento aos mandamentos democráticos, por não serem mais tolerados argumentos de “autoridade” que justifiquem qualquer forma de coação.

Na busca de outro mundo possível que se opõe a um mundo desenfreado, como por exemplo, aquele que privilegia um expansionismo ilimitado e insustentável, ou mesmo um retrocesso escoimado na ideia de protecionismo e ou nacionalismo, parece surgir de forma fecunda um novo jeito de pensar e agir. Assim, uma mudança esperada, inicia-se com um (*alter*)pensamento, ou seja, alternativo ao modo tradicional, racional e totalizante; consiste numa tentativa de re(e)laboração de vários conceitos, tais como: direito, democracia, soberania, cidadania, comumente entendidos. Para isso procurar-se-á, com base na alternativa doutrinária de inspiração sueca – *Provedor de Justiça – Ombudsman* -, abrir esta porta que, em certa medida, se recusa a assimilar a concepção de uma democracia *por vir*,³ fundada na ideia de *altermundialização*.

Assim, o presente artigo pretende lançar luzes acerca desse (*alter*) instituto especialmente para, no final, demonstrar como ele e seus similares se constituem em um instrumento de abertura à participação democrática da sociedade ao passo que sua atuação proporciona uma mudança de sentidos na cultura democrática tradicional.

O Estudo pretende demonstrar a possibilidade do deslocamento da versão de uma cidadania nacionalizada ou mesmo de uma cidadania cosmopolita, que pode ser percebida para além da cidadania e do próprio cosmopolitismo. A base teórica buscou fundamentos básicos e até mesmo um ponto de convergência entre as Obras de J. Habermas e J. Derrida, sem, contudo se limitar a ambos. Neste ponto, a atenção ficará detida em uma construção/desconstrução, que pretende lançar um novo olhar sobre o direito e da sociedade, para re(e)levá-los além do atual paradigma.

2. A (re)novada (des)ordem internacional

Embora o homem viva hoje sob a égide das garantias conquistadas historicamente (após duas guerras mundiais, a Guerra Fria e de vários conflitos sociais em prol dos direitos civis na Europa e nos EUA), tais

³ Os termos são de autoria de Jacques Derrida.

como, o catálogo de Direitos Humanos históricos e indivisíveis, deve-se temer hoje o esvaziamento e a flexibilização desses direitos conquistados, em prol de um lado, da regulação econômica internacional, e de outro, das novas tendências ao retorno de ideais nacionalistas e protecionistas.

As questões jurídicas e políticas vêm se reformulando de maneira a redefinir as relações intraestatais e entre os indivíduos e o Estado (governantes e governados). Convive-se, neste plano, com duas questões distintas: a afirmação da soberania estatal e as reivindicações de direitos das populações. Imagine-se que estas diferenças internas, nos limites territoriais de cada Estado, são até hoje, lançadas a conviver em uma ordem internacional, caracterizada pela disputa por hegemonia.

O ponto central deve focalizar no combate a entonação de um discurso sobre democracia e liberdade como estandarte, como argumento de justificação para encobrir arbitrariedades. Por muitas vezes, esse discurso ultrapassou as fronteiras da legitimidade do Direito.

A problemática contemporânea encontrada em visões antagônicas do Direito Internacional dos Direitos Humanos, que de um lado é firmado sob a égide de um universalismo ideal e que muitas vezes foi utilizado como um forte subterfúgio para o imperialismo, legitimando ações internacionalmente ilegais e que visam à sobreposição de Estados, e de outro o relativismo cultural que acabou por ser utilizado como forma de dominação para também violar esses Direitos. Sob a égide do discurso da cultura, inúmeros grupos minoritários foram suprimidos.

Portanto, a sociedade deve estar aberta a uma diversidade de entendimentos e vigilante com relação às forças do poder econômico transnacional que impõem fortes pressões aos países periféricos. A coexistência entre as diversificadas formas de pensar o mundo se constitui em um princípio do Estado Democrático de Direito que busca a efetividade dos Direitos Humanos compreendidos interculturalmente.⁴

⁴ Fruto da viragem linguística do século XX, o modelo crítico deliberativo impõe como filtro de legitimidade da normatividade internacional, prenhe de empresas transnacionais e do modelo mundial de acumulação capitalista de riquezas. (SOUZA CRUZ, 2003, p. 491)

Acredita-se que essa abertura pode ser alcançada por meio da solidariedade em escala mais abrangente e também pela (*alter*)institucionalização de instrumentos que viabilizem uma participação crítico-deliberativa que valoriza o debate e as discussões acerca dos diversos interesses em jogo neste confuso mundo globalizado e duvidoso de si próprio em relação a esse modelo.

A globalização é um fenômeno muitas vezes excludente, mas possui um caráter multidisciplinar que não só precisa ser bem compreendido como democratizado. Ela possui vários aspectos, dentre eles, os econômicos, os políticos e os socioculturais, que merecem ser apontados.

Habermas é enfático na utilização do conceito de globalização.

Utilizo o conceito de ‘globalização’ para a descrição de um processo, não de um estado final. Ele caracteriza a quantidade cada vez maior e a intensificação das relações de troca, de comunicação e de trânsito para além das fronteiras nacionais. [...] hoje em dia a tecnologia dos satélites, a navegação aérea e a comunicação digital criaram redes mais amplas e densas.” (HABERMAS, 2001, p. 84)

Cumprir examinar ainda que, neste substrato tecnológico, residem várias inovações industriais, militares e biomedicinais, assim como se renovam as formas de comunicação (ampliação e robustez das redes sociais), meios de transporte, de outro lado, o paradoxo da pobreza, da deterioração ambiental, da instabilidade provocada pelo terrorismo internacional e da crise migratória.

Grandes oscilações são produzidas nos seios das sociedades contemporâneas quando recebem estas novas formas de vida. As influências globais sobre a vida individual compõem o principal tema da nova agenda, assim como as decisões individuais, no âmbito local atingem, de forma difusa, a vida global.

Surgem vínculos para além das fronteiras que reivindicam novas formas regulamentares de coexistência. Ao mesmo tempo em que as relações entre o local e o global parecem contraditórias, também são indissociáveis. Há uma, nem sempre visível interconexão entre: – Presença/Ausência –, como tudo pode estar presente e ausente simultaneamente? Veja como a noção de distância, por exemplo, encontra-se

mitigada nesta relação, ou seja, nunca foi tão fácil nos afastarmos daquilo que está próximo e nos aproximarmos do que está distante.

Como se pode notar, o mundo novo e tão incerto exige um repensar para além dos conceitos tradicionais. Em virtude dessa inevitável influência, os regimes governamentais vêm, de um lado se adaptando a essa nova realidade, de outro não querem perder o tradicional controle sobre uma determinada ordem, ao mesmo tempo em que vão sendo surpreendidos por novos fenômenos mundiais.

Importante observar como os atores sociais, relativamente autônomos, estão inscritos em uma rede informal de regulação que depende de um maior grau de legitimação. No âmbito do Estado nacional, esta legitimação se dá pela institucionalização dos procedimentos que viabilizam a formação da opinião e da vontade deliberativa dos cidadãos. Em meio a esta complexidade da ordem internacional, a questão do déficit democrático é colocada em pauta. Não se pode olvidar a existência de múltiplas identidades nacionais, de um lado e as grandes diferenciações trazidas pela globalização, de outro. Este movimento altera os comportamentos locais em direção a uma ordem global multicultural, ampliando as dificuldades da integração e da inclusão social.

A globalização, essa de fundo eminentemente capitalista, desafia a capacidade humana de criar fórmulas para solucionar seus impactos. Uma crítica mais ácida deve também alimentar este debate. A força manipuladora, empreendida na comunicação de massa, aliena uma boa parte da população, promovendo uma paralisia democrática ou mesmo uma nova forma utilitária de participação, voltada apenas para o consumo dos mais desejosos objetos. Paradoxalmente, a era do capitalismo desenfreado, com todo seu aparato comunicacional, promove um entorpecimento do diálogo.⁵

⁵ “Com todas as vítimas da suposta globalização, o diálogo (ao mesmo tempo verbal e pacífico) não está ocorrendo. O recurso à pior violência é assim frequentemente apresentado como a ‘única’ resposta a ‘ouvidos surdos’(...) Deste ponto de vista a globalização não está acontecendo. É um simulacro, um artifício retórico ou arma que dissimula um desequilíbrio crescente, uma nova opacidade, uma não comunicação prolixa e hipermediatizada, um remendo acúmulo de riquezas, meios de produção, teletecnologias e armas militares sofisticadas – e a apropriação de todos esses poderes por um pequeno número de estados ou corporações internacionais.” (DERRIDA; BORRADORI, 2004, p. 132)

3. O estado nacional, a cidadania e o cosmopolitismo em desconstrução

A contemporaneidade se perfaz de indeterminadas formas de tensões e conflitos que surgiram a partir da formação de uma multiplicidade de visões culturais de mundo. O Estado-nação, espaço político compartilhado, criado pela modernidade como artifício para a coexistência entre os homens, não mais comporta os problemas enfrentados no mundo contemporâneo. Eles transcendem os limites do Estado nacional e ampliam a tensão com o sistema internacional.

Se a Globalização nos dá uma mais forte consciência de Humanidade – dado sabermos tudo de todos, o quem tem sido potenciado pelos meios de comunicação social à escala global, sem ainda esquecer para esse resultado o contributo da facilitação das comunicações interpessoais na criação de uma verdadeira opinião pública mundial – não é menos evidente que a Globalização do mesmo modo faz realçar as assimetrias do Mundo, nas suas regiões e nos seus países (GOUVEIA, 2013, p. 288)

Verifica-se uma verdadeira descaracterização da política tradicional, seja no espaço doméstico ou internacional. A globalização produziu amargas realidades sociais que afetaram todos: os Estados, os governos e os atores sociais e em dimensões globais, recrudescendo as fronteiras nacionais. Por isso, a preocupação com uma ordem internacional mais estabilizada pela renovação do próprio conceito de racionalidade.

O problema inquietante do século XXI, em face da “angústia moral e do desassossego político” com dizia Fernando Pessoa em Bernardo Soares, é saber se não é idealizar demais no âmbito do pensamento que “a democracia social-estatal pode ser mantida e desenvolvida também para além das fronteiras nacionais” (HABERMAS, 2001, p. 2). Seria possível a construção de uma terceira via que pudesse alternativamente tecer novos contornos para além das perspectivas do Estado Social e também do neoliberalismo?

Passaremos a analisar duas proposições filosóficas: uma, protagonizada pelo filósofo alemão J. Habermas e outra, oriunda do filósofo franco-argelino J. Derrida, para tentar (des)constituir uma alternativa

normativamente satisfatória: “uma ordem cosmopolita sensível às diferenças e socialmente equilibrada” (HABERMAS, 2001, p. 2), e a outra inspirada por uma incondicionalidade que “está além do cosmopolitismo e da cidadania mundial, acima e além da (tolerância), da economia, da soberania, da política e do Direito.” (DERRIDA; BORRADORI, 2004, p. 172)

3.1. *Esperança cosmopolita e amadurecimento democrático*

O projeto cosmopolita que alcançou maior densidade filosófica foi o de Immanuel Kant no seu tratado da paz perpétua entre os Estados e o Direito Cosmopolítico.

Sua filosofia procurou elaborar princípios morais universais que pautassem a conduta humana com fim de lhe permitir alcançar a sua autodeterminação⁶. Neste caso, a liberdade é a razão de ser da vida moral.

O comando denominado imperativo categórico kantiano expressa um dever, que vai permitir ao homem agir de forma moral e livre⁷ de qualquer ação externa. Está consubstanciado nas seguintes palavras: “age só segundo máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal”. (KANT, 2004, p. 51).

E, para a convivência das múltiplas liberdades individuais no seio da sociedade, faz-se necessário o Direito como instrumento de conciliação dos arbítrios de cada um daqueles que convivem entre si segundo uma lei universal. Diferente da moral que se dá internamente e exige do indivíduo uma ação por respeito ao dever, o direito possui uma dimensão externa na qual cada um deve agir em conformidade com o dever, ou seja, conforme a prescrição legal (não importando os motivos). O Direito irá garantir o exercício das liberdades. Tenha-se em

⁶ A liberdade é ponto central do pensamento kantiano [...] na qual a liberdade se revela como autonomia, vale dizer, possibilidade de o indivíduo se autodeterminar, ser legislador de si mesmo. (SALGADO 2008, p. 19).

⁷ A liberdade é a chave de ligação entre a moral e o direito em Kant, na medida que ela se mostra fundamento de ambos (SALGADO, 2008, p. 71). A moral como legislação interna e o Direito como legislação externa.

mente que Kant descreve com propriedade a coação como um importante elemento que dá garantia ao direito. Pode-se dizer, portanto, que, quando o homem migra do estado de natureza para a sociedade civil, o Direito assume essa força impositiva. Assim, a liberdade no sentido da autonomia é levada para o Direito, ocasião em que a lei é constituída pela vontade racional, oriunda da participação do indivíduo na sua elaboração e na condição de membro do corpo social.

Segundo Kant, quando os indivíduos se reúnem em uma ordem jurídica estatal e participam como legisladores na edificação de leis racionais que garantem as suas liberdades, passam a ser considerados cidadãos em face dos princípios da liberdade, da igualdade e da independência⁸ nos quais o Estado se estabelece. Assim está consubstanciada a ideia de república, inscrita em sua filosofia em que as liberdades individuais convivem e se conciliam sob a égide de uma lei universal. Neste contexto, Kant irá transplantar para o direito e para a política a sua ideia concebida acerca da moral que também é expressa como vontade livre e aqui entendida como autonomia do povo.

Importante ressaltar uma assertiva acerca do que se considera o ponto central da edificação deste trabalho, pois verifica a importância dada por Kant na interlocução necessária que deve existir entre o governante e o povo.

o governante despótico, na exposição kantiana, é chamado, a todo o momento, a operar reformas em seu Estado. E para tanto, deve **ouvir** as reivindicações da população, o que só é possível se admitir a liberdade de uso público da razão. [...] Somente através de uma relação dialética entre o povo – que através do uso de sua razão aponta seu descontentamento

⁸ Importante esclarecer que Kant viveu durante a Revolução Francesa (que é uma revolução burguesa), e o sentido aqui de independência diz respeito às condições naturais, ou seja, ser maior e do sexo masculino; e econômica (proprietário) como fator de participação política. Segundo ele a dependência econômica poderia influenciar negativamente na manifestação da vontade livre. Mesmo levando em consideração o contexto de sua época essa sua percepção é dissonante de sua própria filosofia, à medida que a independência é um critério distintivo da cidadania. Em 1797 Kant sob influência de Sieyès (Primeiro Projeto de Declaração de 1789) reformula seu conceito para considerar que todos os sujeitos são cidadãos, sendo que uns são cidadãos ativos outros cidadãos passivos.

e suas críticas – e o governante – que ouve as reivindicações e procura atendê-las – o Estado se transforma e se aproxima do ideal. SALGADO, 2008, p. 137 – grifo nosso

Neste mister, os Estados devem se orientar por uma constituição republicana cujo poder soberano tem a prerrogativa de criar as leis por meio da vontade popular. Sua filosofia desagua na “paz perpétua” e pode ser considerada uma guia para os homens até a sua conquista. Esta obra afirma que os homens devem participar ativamente para o alcance da paz. A república é a garantia da liberdade entre os cidadãos e constitui o fim do Estado. A soberania pertence ao povo que deve exercê-la mediante a representação. O cidadão, neste contexto, se apresenta como colegislador do Estado e esta vontade soberana é que delibera acerca da paz ou da guerra.

O convívio pacífico entre os homens depende da forma como os Estados se organizam que, por sua vez, devem a um regimento, segundo o direito das gentes. Esta união entre os Estados permite a conservação da paz. Em virtude desse arranjo, Kant propõe que os Estados devem ser soberanos, mas deve também, por meio do direito das gentes, garantir as liberdades de cada um. Por certo que a garantia de paz é decorrente da integração entre os Estados e dos indivíduos, para além do pluralismo dos povos e dos Estados.

Seu ensaio sobre a paz perpétua está dividido em várias seções e artigos. Tais artigos referem-se ao Estado, à ordem internacional e ao direito cosmopolita⁹. Destaca-se, o terceiro artigo definitivo para a paz perpétua que diz respeito aos homens; não como membros de um Estado, mas como cidadão do mundo. Kant vai dizer que “o direito cosmopolita deve ser limitado às condições de hospitalidade universal”:

Trata-se aqui, como os artigos precedentes, não de filantropia, mas do direito, e *hospitalidade* significa, aqui, o direito de um estrangeiro, por conta

⁹ O indivíduo não pertence exclusivamente a uma pátria mas à terra na sua totalidade, estando assim em casa seja onde for: ‘cosmopolitar’, segundo expressão de Louis-Sébastien Mercier, é percorrer o universo. (MARQUES, 2005, p. 412)

de sua chegada à terra de um outro, de não ser tratado hostilmente por este. Este pode rejeitá-lo, se isso puder ocorrer sem suas ruínas; enquanto porém, comportar-se pacificamente, não pode tratá-lo hostilmente. Não há nenhum *direito de hospitalidade* que possa reivindicar (para o que seria requerido um contrato criativo particular para fazê-lo hóspede durante certo tempo), mas um *direito de visita*, que assiste a todos os homens, de oferecer-se à sociedade em virtude do direito da posse comunitária da superfície da terra, sobre a qual, enquanto esférica, não pode dispersar-se ao infinito, mas têm finalmente de tolerar-se uns aos outros, e ninguém tem mais direito do que outrem de estar em um lugar da terra. (KANT, 2008, p. 37)

A hospitalidade universal, para Kant, consiste em um direito de visita que permite ao estrangeiro se locomover por qualquer Estado, tendo este o dever de recebê-lo de forma hospitaleira. Esse dever de acolhimento correspondente ao imperativo categórico de bem-receber àqueles que minha casa visita, embora nos limites da soberania do hospedeiro, não se pode, com isso, confundi-la com filantropia, eis que esse agir é fruto da dimensão da razão prática.

Além disso, em um sentido jurídico-político da hospitalidade universal (caracterizado como uma das condições para a consecução da paz perpétua), a formatação esférica da Terra, que impede aos sujeitos espalharem-se pelo infinito, seria outra razão para compelir ao Estado o bem-recepcionar ao estrangeiro. Isso porque, segundo Kant, a superfície terrestre seria de posse comum a todos os indivíduos, nascendo-se, assim, com o direito à visita, que seria, em verdade, o direito de não ser hostilizado pelo simples fato de ingressar em território alienígena.

Este é um legado kantiano que procura aproximar o homem a uma constituição cosmopolita que valha para qualquer lugar da Terra e para toda a humanidade. Eis que é esta a condição precípua para alcançar a paz perpétua. Assim, o filósofo de Königsberg não pretendeu criar uma república mundial, mas um direito cosmopolita para alcançar a tão almejada paz perpétua. Neste contexto, suas condições estavam atreladas a uma hospitalidade universal.¹⁰

¹⁰ O estrangeiro é um cidadão do mundo e deve ser tratado de forma racional. Essa questão será retomada mais adiante com base na filosofia de Jaques Derrida.

3.2. Além do projeto kantiano

Foi preconizado por Kant que os homens dever-se-iam reunir em uma ordem estatal, internacional e cosmopolita na condição de colegisladores para edificarem suas próprias leis bem como seus próprios destinos. Essa máxima de liberdade (moral) que objetivava a paz entre os homens se daria pela integração entre os Estados e entre os indivíduos em uma nova espécie de direito denominado *jus cosmopoliticum*.

Toda a filosofia kantiana deságua na proposta de uma nova ordem do mundo, ou seja, em um ideal cosmopolítico que consiste no autorreconhecimento dos homens como cidadão do mundo. Por isso, o seu ensaio sobre a paz perpétua. Entretanto, seu pensamento é datado do final do século XXVIII e merece uma nova leitura que seja digna e à altura do seu legado.

O alemão J. Habermas herdou essa linha pensamento, mas sua filosofia assumiu características próprias especialmente por ser dotada de um caráter interdisciplinar. Esse filósofo possui uma forte crença no projeto inacabado do Iluminismo na medida em que a razão é ainda a grande alternativa para a emancipação do ser humano.

Sua visão dialética permitiu-lhe criar outra visão acerca da razão que estabeleceria um equilíbrio com outros pensamentos a sobre o mesmo tema. Especialmente porque introduziu a ideia de uma racionalidade comunicativa que é mediada pela linguagem e objetiva o entendimento entre os falantes, em uma discussão. Quanto mais se ouve, quanto mais vozes se faz ouvir, maiores são as chances para o entendimento. Por isso, a ação comunicativa permite uma “reprodução simbólica” da sociedade, a medida que cria espaços para dissipar os conflitos e os interesses supostamente inconciliáveis. Do mesmo modo em que permite a estruturação da identidade dos indivíduos.

Com a teoria da ação comunicativa, Habermas irá, por certo, superar a ideia kantiana introspectiva de uma razão prática, voltada para um agir orientado pela razão que inspira a conduta moral do indivíduo e cuja universalização é extraída do imperativo categórico. Essa nova ideia de razão comunicativa, que não se constitui em uma fonte de normas do agir, apenas fixa procedimentos viabilizadores da comunicação. Decorre, portanto, dessa renovação uma novel relação

entre sujeito (s), ou seja, uma relação dialógica, intersubjetiva e que abre espaço para um contínuo processo de aprendizagem¹¹

A razão comunicativa distingue-se da razão prática por não estar adstrita a nenhum ator singular nem a um macrossujeito sociopolítico. O que torna a razão comunicativa possível é o *médium* lingüístico, através do qual as interações se interligam e as formas de vida se estruturam. Tal racionalidade está inscrita no telos lingüístico do entendimento, formando um *ensemble* (conjunto) de condições possibilitadoras e, ao mesmo tempo limitadoras. (HABERMAS, 1997, p. 20).

Habermas identificou uma relação existente entre uma lógica sistêmica que tem um caráter meramente estratégico, que pode ser identificada pelo ajustamento de meios a determinados fins, como funcionamento da máquina administrativa do Estado e outra que possui um fim em si mesma.

Verifica-se uma relação de interdependência das lógicas distintas, posto que os fluxos comunicacionais produzidos pela sociedade funcionam como combustível para o sistema que se restaura ao mesmo tempo em que realiza os fins definidos pela ação comunicativa. Por isso, quanto mais ampla for participação da sociedade por meio de

¹¹ Álvaro Souza Cruz explica que “a noção de aprendizado surge como uma das facetas mais importantes da linguagem. [...] que supõe ser o processo de aprendizagem constituído de estágios sucessivos e progressivos de complexidade [...] A perspectiva evolutiva do homem como forma de aprendizagem vai de uma sociedade primitiva na qual as ações humanas eram avaliadas estritamente do ângulo de sua consequência (moralidade pré-convencional) [...] o indivíduo está aprendendo as regras do jogo [...], passando por uma sociedade antiga/medieval, na qual essas ações tinham por balizamento sua conformidade com o sistema de regras previamente instituído pela autoridade da tradição (moralidade convencional) [...] o indivíduo está apto a jogá-lo [...] e chegando finalmente em uma sociedade moderna, em que não só as ações mas, principalmente, as normas de conduta precisavam ser justificadas do ponto de vista de princípios universais (moralidade pós-convencional) [...] Na etapa pós-convencional, os indivíduos, mesmo detentores de uma herança cultural, conseguem identificar os valores que formam sua identidade e passam a ter juízos de valor críticos sobre os mesmos, por meio do reconhecimento dos direitos individuais e de princípios universais [...] o indivíduo se torna capaz de criticar tais regras ” (SOUZA CRUZ, 2006, p.77 e p.135).

impulsos comunicacionais, maior será sua influência no sistema. Isso quer dizer, em outras palavras, que os atores sociais podem interferir, mais ou menos, nos centros de tomada de decisões (político-administrativas), de acordo com a sua capacidade de ação.

Chama-se a atenção para a importância do envolvimento da esfera pública no combate à colonização sistêmica. As maiores evidências se encontram na atuação desvirtuada de políticos, nas estruturas burocráticas que são utilizadas para favorecimento de determinados grupos dominantes, a cultura voltada apenas para o mercado de consumo, com objetivo de ampliar cada vez mais os lucros das grandes corporações, a exploração insustentável do meio ambiente, dentre várias outras ações sistêmicas que criam indivíduos autistas e incapazes de desenvolverem um senso crítico para se defenderem de tantas manobras.

Habermas irá desenvolver em sua teoria discursiva um conceito de política deliberativa; a ideia procedimental do Direito. O paradigma de democracia trazido por ele baseia-se nas condições de comunicação a fim de alcançar resultados racionais, não simplesmente pelo auto-entendimento recíproco dos valores compartilhados por membros de uma sociedade, mas pela busca da estabilização dos diversos interesses conflitantes voltados para o consenso, ou seja, o procedimento adotado para o acordo é que confere legitimidade à institucionalização da opinião e da vontade.

Assim, tanto as identidades subjetivas, quanto as sociais compartilham e se relacionam mediante um canal de reconhecimento recíproco, estruturado na comunicação linguística. A ética discursiva é caracterizada pela intersubjetividade social e não pela autonomia privada de concepções individuais sobre o bem ou pela autonomia pública de valores compartilhados dos membros da comunidade, isoladamente. Habermas afirma que a legitimidade está na garantia a todo cidadão da autonomia privada e da autonomia pública simultaneamente.¹²

¹² Esses dois momentos precisam ser mediados de tal maneira que uma autonomia não prejudique a outra. As liberdades de ação individuais do sujeito privado e a autonomia pública do cidadão ligado ao Estado possibilitam-se reciprocamente. É a serviço dessa convicção que se põe a idéia de que as pessoas do direito só podem ser autônomas à medida que lhe seja permitido, no exercício dos seus direitos civis,

Em relação aos Direitos Humanos pode-se dizer que esses são dotados tanto de um conteúdo moral¹³ quanto jurídico. Ao mesmo tempo em que possibilita aos indivíduos serem livres e buscarem seus projetos de vida digna, também lhe dão proteção enquanto pertencentes a uma comunidade jurídica (Estado nacional).

Neste mister, na sua concepção os Direitos Humanos se constituem na única forma de legitimar uma política internacional entre os diversos Estados. Entretanto, não se quer com isso negar que, em nome dos Direitos Humanos, diversas violações tenham sido cometidas. Mas, desconsiderar seu caráter universal para fazer desses fatos um discurso ideológico contra a universalidade dos Direitos Humanos, é, por outra via, cometer a mesma violação.

Habermas deixa claro em sua teoria que esses direitos se ligam ao discurso por uma forma antropológica na qual se dá a comunicação humana, que, por sua vez, carrega em si suas pretensões universais. *Assim, o que se propõe com esta teoria é uma chamada ao debate como abertura para o outro; é ouvir e aprender. Sem ouvir, sem a abertura para o outro, sem debate, não há solução pacífica dotada de legitimidade*, entende-se que mereça destaque.

Em certa medida, este debate perderia o fôlego se houvesse uma percepção da relação dialética existente entre universalidade dos Direitos Humanos e a relatividade cultural. Embora pareçam ser contraditórios, são indissociáveis e não há como privilegiar um lado em detrimento do outro.

Por isso, existe a necessidade de se *constituir um diálogo intercultural no qual seja ampliada a participação, dentre os mais diversificados atores*. A diversidade de sentidos acerca dos Direitos Humanos,

compreender-se como autores dos direitos aos quais devem prestar obediência, e justamente deles. (HABERMAS, 2004, p. 298).

¹³ Num sentido estrito, 'universalista' é apenas o individualismo igualitário de uma moral racional, que exige o reconhecimento mútuo, o mesmo respeito e consideração recíproca por todos. A condição de membros na comunidade moral includente, ou seja, aberta a todos, promete não apenas solidariedade e inclusão não-discriminatória. Significa ao mesmo tempo a igualdade de direito de cada um à individualidade e à alteridades. (HABERMAS, 2006, p. 30).

intersubjetivamente compartilhada, seria capaz de superar os extremismos conceituais.

Nesta acepção, o modelo de universalismo, que é defendido por Habermas, entende que a construção de uma sociedade mundial mais justa e pacífica permeia, necessariamente, o discurso intercultural.

Cabe aqui aquela reflexão: mesmo diante de tudo que ocorre na Europa atualmente? Crise econômica; ameaças terroristas, além uma avassaladora migração dos povos atingidos pelos conflitos orientais?

Como se verifica, a realidade parece mais complexa, não é tão simples assim, mesmo que desejável. A questão é: como fazer os cidadãos entenderem que são legisladores na criação do Direito ao mesmo tempo em que são seus destinatários? Como alcançar um entendimento consensual, num mesmo ambiente discursivo baseado convivência das diferenças culturais e religiosas e fundado nas experiências sociais adquiridas?

Pois bem, Habermas compreende que é possível a construção de um direito humano universal desde que o processo intersubjetivamente compartilhado parta de uma dialética intercultural. Nessa perspectiva, o multiculturalismo é um elemento fundamental na modulação dos Direitos Humanos.

A maneira pela qual o autor concebe o multiculturalismo na ordem democrática está focada no estabelecimento de processos e pressupostos comunicacionais¹⁴ indispensáveis para uma construção discursiva da opinião e da vontade.

Neste caso, a grande preocupação está em pavimentar um caminho pelo qual se constrói uma conviência digna entre os particularismos culturais e o universalismo dos Direitos Humanos.

O pressuposto é assegurar a todos os atingidos a oportunidade de se autodeterminar como membro de uma comunidade ética nos limites consensualmente estabelecidos pela participação democrática. Essas

¹⁴ “A referência às condições comunicacionais, das quais emerge o poder político, bem como a referência às formas de comunicação, das quais depende a produção do direito legítimo e através das quais ele se reproduz, voltam-se para as estruturas abstratas de reconhecimento mútuo, as quais formam uma espécie de pele que recobre, através do direito legítimo, a sociedade em geral.” (HABERMAS, 2003a, p. 147).

condições conferem legitimidade¹⁵ à ordem jurídica na qual participam diversos atores.

Os Direitos Humanos¹⁶ construídos sob o ponto de vista dos interesses de todos os participantes procura combinar, de maneira apaziguada, um ideal de igualdade cívica com as expectativas dos indivíduos e dos grupos minoritários, tornando mais estreito os caminhos de cada qual de formas diferenciadas. Nada mais é que associar à temática do multiculturalismo a dimensão da igualdade entre os indivíduos, o respeito aos direitos de grupos e tratamento igualitário das culturas.

Habermas ainda alerta sobre a necessidade de se estabelecer procedimentos que permitam a solução de conflitos em face da abrangência das relações internacionais, da criação de mecanismos e a institucionalização de procedimentos de alcance mais abstrato e que tendem a dar maior proteção aos Direitos Humanos. Mas, sabe-se que essa relação entre uma sociedade global unificada e as sociedades locais diferenciadas, não é um problema simples de se resolver.

Cumprе esclarecer que esse processo infinito de universalização dos Direitos Humanos a fim de que possa se libertar dos seus próprios limites, mas, contudo, sem abolir sua memória. Assim, portanto, a legitimação dos ordenamentos políticos se darão pela via dos Direitos Humanos.

Em uma sociedade mundial estratificada parecem surgir oposições de interesse *inconciliáveis* a partir das interdependências assimétricas entre os países os países desenvolvidos, os recentemente industrializados e os

¹⁵ “Uma ordem jurídica é legítima na medida em que assegura a autonomia privada e a autonomia cidadã de seus membros, pois ambas são co-originárias; ao mesmo tempo, porém ela deve sua legitimidade a formas de comunicação nas quais essa autonomia pode manifestar-se e comprovar-se. A chave da visão procedimental do direito consiste nisso. (HABERMAS, 2004a, p. 147)

¹⁶ “os direitos humanos apresentam características estruturais de direitos subjetivos, que, de si mesmos, tendem a obter validade positiva numa ordem de direito obrigatório. Somente quando os direitos humanos tiverem encontrado seu ‘lugar’ numa ordem jurídica e democrática mundial, isto é, quando funcionarem da mesma maneira que os direitos fundamentais nas nossas Constituições nacionais, poderemos inferir, em nível global, que os destinatários desses direitos podem se considerar também seus autores.” (HABERMAS, 2003, p. 50)

subdesenvolvidos. Mas, essa perspectiva é válida apenas desde que não exista um *procedimento institucionalizado* de formação das vontades transnacionais que leve os atores capazes de comércio global a estenderem suas correspondentes preferências próprias na direção de um ponto de vista de um ‘global governance’. [...] Os Estados singulares deveriam vincular-se – de um modo *visível para a política interna* – a procedimentos cooperativos obrigatórios de uma sociedade de Estados comprometida com o cosmopolitismo. A questão decisiva é, portanto, se pode surgir uma consciência da obrigatoriedade da solidariedade cosmopolita nas sociedades civis e nas esferas públicas políticas dos regimes geograficamente amplos que estão se desenvolvendo. Apenas sob essa pressão de uma modificação da consciência dos cidadãos, efetiva em termos de política interna, a autocompreensão dos atores capazes de atuar globalmente também poderá ser modificada no sentido de eles se compreenderem cada vez mais como membro dos quadros de uma comunidade internacional e que, portanto, se encontram tanto submetidos a uma cooperação incontornável como também, conseqüentemente, ao respeito recíproco dos interesses. Tal mudança de perspectiva – das ‘relações internacionais’ para uma política interna mundial [*Weltinnenpolitik*] – não pode ser esperada da parte das elites governantes se a população mesma não realizar de modo convicto tal mudança de consciência a partir dos seus próprios interesses. (HABERMAS, 2001, p. 72-73, grifo nosso).

Seria necessária a conversão dessa mentalidade global em ações voltadas para a solidariedade,¹⁷ imbuída de um caráter cosmopolita, que, dentre outras coisas estaria disposta a, por exemplo, distribuir os prejuízos com e no âmbito de uma sociedade internacional intersubjetivamente compartilhada.

Seria ingênuo apenas dizer e não perguntar a razão pela qual uma sociedade se comprometeria com o cosmopolitismo. Habermas aposta na efetivação dos Direitos Humanos, levando em conta os discursos interculturais. Tenha-se presente que essa perspectiva se validaria ape-

¹⁷ “Uma solidariedade cosmopolita até o momento inexistente que, sem dúvida, terá uma qualidade de ligação mais fraca que a solidariedade civil surgida no interior dos Estados nacionais.” (HABERMAS, 2001, p. 74)

nas se concretizada a partir da criação de procedimentos institucionalizados de formação das múltiplas vontades globais dos respectivos atores sociais.

Mesmo assim, a resposta para este desafio estaria ofuscada uma vez que as elites políticas não estariam mesmo dispostas a reconhecer ou aquiescer, pelo menos no plano teórico, com tal perspectiva de uma solidariedade cujo objetivo é partilhar. Por isso os governos seriam os que, em tese, estariam menos interessados neste projeto, restando aos atores sociais globais e à sociedade civil organizada e transnacionalizada a sua consolidação.

Posta assim a questão, é de se dizer que outros mecanismos deveriam ser inventados para uma readequação do processo de integração social,¹⁸ que foi impactado pela globalização. Surge, portanto, uma preocupação voltada para a criatividade de se encontrar outros mecanismos que estimulem e promovam a integração social em virtude da ampliação dos horizontes sociais e pessoais promovidos pela globalização, conscientes de que tal invenção poderá redundar em uma regressão ou mesmo a um desvirtuamento da ordem social.

Conforme o próprio Habermas afirma, é necessário construir uma identidade entre os cidadãos europeus, sulamericanos, norteamericanos, asiáticos e todos os povos que coabitam essa aldeia global de maneira que se sintam pertencentes a uma mesma comunidade. Isso não quer dizer a reprodução do princípio nacionalista em nível supranacional. Mas, sim “num caminho horizontal de direitos transnacionais e de um compartilhamento das soberanias nacionais.” (LACROIX, 2005, p. 116). Um sonho, uma utopia? Ou um mar de lágrimas? Alguns incômodos como o “*Britain Exit – Brexit*” para Europa e a eleição de Donald Trump nos Estados Unidos, parece caminhar exatamente ao contrário dessa proposta, há de se reconhecer, entretanto de outro

¹⁸ “Essa forma de integração funcional’ das relações sociais fundada nas redes concorre com uma forma de integração totalmente outra – a saber, com uma ‘integração social’ do mundo da vida de coletividades que constituíram uma identidade em comum, com base no entendimento, em normas divididas intersubjetivamente em valores comuns. [...] Em suma, o desligamento de um mundo da vida fortemente integrador libera os indivíduos para a ambivalência das possibilidades de opção cada vez maiores.” (HABERMAS, 2001, p. 105/106)

lado, a eleição de Emmanuel Macron da França e as investidas de Angela Merkel contra o protecionismo parecem desafiar esse quadro e retomar a luta por uma Europa unificada.

Os defensores de um mundo pacificado, aberto e cooperativo acreditam na possibilidade de um diálogo intercultural, que seja capaz de solucionar os antigos e os novos problemas. Esses mesmos defensores sabem que a resolução dos problemas em abundância decorrentes da atual crise mundial se constitui em um grande desafio tanto para os Estados quanto para seus cidadãos.

Verifica-se com a esta explanação que a construção de uma unidade política, que envolva toda a comunidade, pode ser arquitetada e efetivada por uma via democrática, ou seja, aquela por meio da qual os cidadãos se reconhecem como livres e iguais em direito e participem ativamente da construção normativa na qual serão também os destinatários. Nesta concepção, a “nação cívica” não estará centrada na identidade étnica ou cultural de caráter eminentemente histórico, mas, sim em uma identidade política compartilhada e caracterizada por uma cultura democrática.¹⁹ Essa concepção se preocupa com a legitimidade da comunidade política sem deixar de considerar as suas origens.

Uma cultura que a vários séculos foi como nenhuma outra dilacerada por conflitos entre cidade e campo, poderes eclesiásticos e seculares, pela competição entre religião e conhecimento, a luta entre dominação política e classes antagônicas teve que **aprender dolorosamente** como se comunicam diferenças, institucionalizam contradições e estabilizam tensões. Mesmo o reconhecimento mútuo do outro em sua alteridade – pode tornar-se o traço distintivo de uma identidade comum (HABERMAS, 2004, p. 49, grifou-se)

Assim, oportuno se torna dizer, que a legitimação da comunidade política, baseada nesta identidade política compartilhada, provavelmente não ocorrerá apenas por força de uma unidade monetária ou por

¹⁹ “A força do Estado de constituição democrática consiste precisamente em ser capaz de preencher as lacunas da integração social por meio da participação política dos cidadãos.” (LACROIX, 2005, p. 132)

meio de acordo políticos nacionais, mas, depositam-se as esperanças em uma esfera pública transnacionalizada e atuante²⁰, a começar pela renovação da ideia do político. Neste contexto, a ação organizações internacionais, organizações não governamentais²¹, atores sociais por meio de uma comunicação transnacionalizada e em rede juntamente com um sistema educacional multilinguístico.

Por isso, é importante ampliar as bases nas quais ocorre o fluxo discursivo²² e, simultaneamente, promover a sua institucionalização no âmbito da ONU, por exemplo, pois tais atores poderiam se fortalecer caso estivessem estruturados em uma organização internacional, que abarca os Estados nacionais. Essa primeira alternativa se dá em face à constatação da impossibilidade de implementação de um governo mundial.

Desta proposição preliminar não estão afastadas as considerações acerca da atual estrutura diminuta da ONU, mas o reconhecimento de que faltaria a ela bases legitimadoras mais amplas para a consecução de uma democracia cosmopolita. Mas não se pode perder de vista que, mesmo a guisa dessa constatação, uma Organização das Nações Unidas reformada e operando fortalecida, contribuiria consideravelmente para a efetivação de uma solidariedade de cidadãos do mundo.

E, se esses atores, que podem participam e que estão aptos a negociar globalmente, se dispuserem “a participar de procedimentos ins-

²⁰ Sem uma ampliação da solidariedade entre cidadãos de um estado para além das fronteiras nacionais, a redistribuição de ônus no âmbito de uma comunidade supranacional de 25 países não pode funcionar. (HABERMAS, 2006, p. 67)

²¹ “O projeto para uma democracia cosmopolita devem se orientar por um outro modelo. [...] Ela se concretizará em uma base de legitimação menos ambiciosa, a saber, nas formas de Organizações Não-Governamentais do sistema de negociação internacional que já existe hoje em outros âmbitos políticos.” (HABERMAS, 2001, p. 138)

²² SOUZA CRUZ assinala que “essa forma especial de comunicação – o discurso – permitirá a instalação de um novo consenso que se expressará na institucionalização de norma de conduta, sendo o primeiro deles o direito a iguais liberdades subjetivas. É essa ideia de consenso que nos permite ‘negar’ as formas de intolerância e de arbítrio estatais, como visto anteriormente. E, é esse novo consenso que impede a maioria de impor limites a projetos de vida minoritários aos quais ela (maioria) não estaria disposta a submeter”. (SOUZA CRUZ, 2003, p. 72).

titucionalizados (ou não) de formação da vontade”²³ para a correção das disfunções sociais no sentido de uma governança global, muitos resultados positivos poderiam ser colhidos.

Neste sentido, o desenvolvimento de uma consciência cosmopolita movimentada pela ativação do *Ombudsman – Provedor de Justiça*, sejam eles nacionais ou comunitários e mesmo supranacional, cristalizado na estrutura da ONU para colaborar na institucionalização de uma política mundial atuando como interlocutor dos diversos atores globais em direção a uma solidariedade cosmopolita.²⁴

Surge aqui a ideia de um (*Alter*)*Ombudsman*, para ouvir os problemas dos seres vivos: as pessoas, os grupos diferenciados, a fauna, a flora, tudo que vivo, mas que corre o risco de deixar de ser, a se tornarem mais conhecidos. Neste caso, o espectro de um *Ombudsman* inscrito em qualquer ator ou instituição (ONGS; Emissoras de TV; Universidades, etc.) para atuar como defensores da vida, das causas quase perdidas, exercendo papel de mediadoras na solução dos problemas, de tudo que encontra em situação de vulnerabilidade, que possuem vozes, expressões, mas nunca são ouvidas. Destaca-se, a título de exemplo, a ausência de uma autoridade que seja capaz de

²³ “A esfera pública constituir-se-ia de foros, arenas e palcos que dariam consistência à formação discursiva de opiniões, podendo se materializar dentro das universidades, na produção acadêmica, associações com interesses claramente definidos, tais como sindicatos e partidos políticos, Igrejas, instituições assistenciais, ‘*public interest groups*’ formadoras do chamado terceiros setor, tais como as organizações não governamentais, no trabalho da imprensa livre e até mesmo na comunicação difusa propiciada pela Internet.” (SOUZA CRUZ, 2004, p. 235).

²⁴ “Nos ‘discursos’ os participantes, a medida que procuram convencer uns aos outros com argumentos, querem atingir visões comuns, enquanto nas ‘negociações’ [*Verhandlungen*] visam equacionar aos seus interesses diferentes. (Sem dúvida e justiça de tais acordos depende, por sua vez, do procedimento fundamentado discursivamente da formação de compromisso.) Se, então, tais discussões (e negociações) constituem o local em que uma vontade política racional pode se formar, a suposição de resultados legítimos, que deve fundamentar o procedimento democrático, tem de se apoiar, em última instância, em um arranjo comunicativo: as formas de comunicação necessárias para uma formação racional da vontade – e, portanto, garantidora da legitimidade – do legislador político devem ser, por sua vez, institucionalizada juridicamente.” (HABERMAS, 2001, p. 148)

filtrar os impulsos de uma legião de refugiados em virtude da grave crise migratória enfrentada pelos países europeus.

Neste sentido a (*alter*)institucionalidade que se busca encontra repouso em cada ser vivente, especialmente aquele que atua e luta pela causa dos menos favorecidos, pelo desassossego do infinitamente outro. Trata-se de uma institucionalidade por vir²⁵, ou de uma institucionalidade sem instituição, estruturada sob forma de promessa “de uma força performativa diferente de si mesma, jamais autoidentificada”. Não se trata do abandono da institucionalidade condicional do *Ombudsman – Provedor de Justiça* sedimentado no âmbito das organizações públicas ou privadas, nacionais ou internacionais.

É neste ponto, que a filosofia de J. Derrida tornou-se muito bem-vinda.

3.3. A hospitalidade ... O que falta ... O que escapa ... A contribuição por vir de Derrida

Jacques Derrida (1930) transformou-se em um pensador vigoroso do século XX; seu nome e filosofia estão fortemente associados à palavra “desconstrução” cujos significados serão trabalhados mais adiante, se é que se pode conceituar algo em Derrida.

A aparente distância entre os dois filósofos tornou-se coisa do passado. Após um silêncio de dez anos, Habermas e Derrida se uniram em nome de uma Europa unificada e que pudesse oferecer uma resposta à política externa americana, especialmente em virtude da segunda guerra do Iraque. Interessante observar que as suas divergências filosóficas não demonstram afetar as suas conclusões definitivas acerca do futuro da União Europeia. Talvez isso responda, de imediato, a uma inquietação acerca dessa relação inicialmente tumultuada de dois filósofos que, apesar de possuírem pensamentos diferentes acerca de vários pontos chegam a um lugar similar. O que nos interessa é refletir sobre pontos, lacunas do pensamento de Habermas, apontadas por Derrida,

²⁵ O por vir derridiano de algum modo esta vindo ou mesmo já está aí, não se anuncia num amanhã utópico, redentor (NASCIMENTO, 2007). Veremos adiante.

quanto à alteridade e a responsabilidade infinita e incondicional para com o outro, o diferente, o estrangeiro.

Verifica-se uma relação de muita intimidade entre as sutilezas da linguagem, as palavras e o seu pensamento. Derrida se inspirou no termo *destruktion* da obra “Ser e Tempo”²⁶ de Martin Heidegger o qual é caracterizado como a destruição do conteúdo da antiga ontologia, mas em um sentido positivo de abranger a tradição metafísica, que eclipsou o ser. Heidegger entende que o ser tem haver com sua época histórica, já que a metafísica assume essa característica em virtude do seu tempo.²⁷ O que implica dizer, sobretudo, que se deve compreender o ser a partir de uma atualização, ou seja, com referência ao atualmente presente. Para Heidegger, a diferença entre ser e ente está na relação entre a imprevisão do ente e o aparecimento, a chegada do ser, por isso, a necessidade de se entender como o ser foi definido por um ente em cada momento histórico.

A filosofia de Heidegger estaria amparada por uma série de conjuntos binários tal como ideal/real, inteligível/sensível, essência/aparência, natureza/cultura, sujeito/objeto, fala/escrita, sentido/signo e assim

²⁶ O caminho investigativo da *filosofia do ser* heideggeriano é fenomenológico. O fenômeno se estende para um desvelar para sua interioridade. Este encontro não se dá se não há *disposição* de buscá-lo, *fora de si* pelo *Dasein* (ente-humano-existente) – *Dasein* – alemão; *être-le-là* – francês; *ser ahí* – espanhol e *prê-sença* – português (ser aí) O particípio do verbo latino *esse* é *ens*, de onde se origina a palavra *ente*. Quando se diz *ente*, diz-se *sendo*, refere-se a algo que participa presentemente do *ser* infinito. Com o termo ente podemos significar ou indicar o conjunto de todas as coisas, *é tudo que há*, e, neste sentido *entes* e *seres* são sinônimos. Assim um *ser* = um *ente* = *sendo*. A natureza do *ente*, do *sendo*, é como aquela de uma corda estendida entre o passado e o futuro; o *sendo* é um passado que já foi e um futuro que será. O homem, como *ente humano existente* é um *sendo* (por isso que o *Dasein* não pode ser traduzido como ‘presença’) É como se o presente não existisse, porque ou ele foi passado ou será futuro. “Já o *ser* é estar presente, agir no presente.” (MAMAN, 2003, p. 52)

²⁷ Devido a essa dupla influência da tradição, a *conexão decisiva* entre o “tempo” e o “*eu penso*” permanece envolta na mais completa escuridão, não chegando sequer uma vez a ser problematizada. [...] Torna-se, assim, evidente que a interpretação antiga do ser dos entre se orienta pelo “mundo” e pela “natureza” em seu sentido mais amplo, retirando de fato a compreensão do ser a partir de seu “tempo”. [...] O ente é entendido em seu ser como “vigência”, isto é, a partir de determinado modo do tempo, do “*atualmente presente*” (HEIDEGGER, 2006, p. 63-64)

sucessivamente. Essa característica do seu pensamento teria prendido a sua ontologia em centros inquestionáveis dessa relação dicotômica.

Para Derrida, Heidegger não teria conseguido se libertar das algemas da metafísica que ele procurou destruir; tanto por insistir no signo “homem” e na superioridade dada à presença como por entender que a diferença entre ser e ente supõe um contexto histórico. Derrida quis dizer que seu pensamento possui um caráter logocêntrico.

Neste sentido, Jacques Derrida pretende proceder à desconstrução desse pressuposto da Filosofia ocidental, ou seja, a primazia do *logos* que se assenta num *fonologismo* (primazia da voz em relação à escrita) que se revela nos denominados binarismos. Portanto, a filosofia derridiana promoverá a desconstrução desses centros supostamente inquestionáveis, não para eliminá-los, mas para afirmá-los pelo não-arbitrário de seus opostos.

Posta assim a questão, Derrida constata nessas relações binárias da metafísica tradicional uma supervalorização da voz e uma diminuição da escrita (escritura)²⁸. “Relação muito determinada apesar do seu privilégio, apesar de sua necessidade e da abertura de campo que regeu durante milênios, sobretudo no Ocidente, a ponto de hoje nele poder produzir sua deslocação e denunciar, por si mesma, seus limites.” (DERRIDA, 2011, p. 6).

A marca inferior conferida pela metafísica à escrita tem haver com sua suposta distância da presença, uma vez que a voz está totalmente presente e ligada ao sentido ao mesmo tempo em que ela mantém uma vinculação peculiar com o *logos*. Essa repressão à escrita (fonologocêntrica) será desconstruída por Derrida, ou seja, invertendo-a e deslocando-a e, por conseguinte, abalando a relação oposicional/tradicional entre a *phoné* e a *escritura*. Com isso, também está sendo colocada em processo de desconstrução a relação entre significado e significante.

Como a escrita era considerada apenas um suplemento secundário da fala (significante), constituindo-se assim o “significante do significante”, aquela estaria muito mais distante do sentido (significado). Derrida re-valoriza a escrita (“significante do significante”) para

²⁸ Derrida adota o termo *écriture* que pode ser traduzido como escrita ou escritura. Este segundo termos é o mais utilizado.

destituí-la da sua posição subalterna de reduplicadora do significado. Quer demonstrar com isso que o significado sempre funcionou como significante.

Derrida rompe com o dualismo entre significado/significante (signo) no qual o significado é entendido na sua dimensão transcendental para deslocá-lo dessa sua posição transcendente e inscrevê-lo em uma cadeia de significantes, isto é, um significado nada mais é que uma relação entre significantes que são dependentes entre si num movimento sucessivo. Trata-se da linguagem em movimento no qual o significante determina o significado, pois nenhum significado poderá escapar dos jogos de significantes constituidores da linguagem.

Nestes termos, não existe nem um significado em si mesmo e nem um significante em si mesmo, mas um conjunto de diferenças que estabelece o sentido delas. Isso quer dizer que um significante, por exemplo, só se define em função das diferenças em relação aos outros significantes, ou seja, por meio de tudo o que ele não é.

Segundo Derrida, ao desconstruir essa superioridade da *phoné* em relação à escritura, verifica-se o transbordamento do conceito de linguagem e a extinção de todos os seus limites, ou seja, “a escritura *comprenderia* a própria linguagem” (DERRIDA, 2011, p. 8). Neste sentido, a linguagem entendida como escritura está além do próprio conceito de linguagem. A linguagem assume mais um efeito decorrente do seu movimento e que possui um caráter ainda mais potente, denominado escritura. Com isso procura demonstrar que fala e escritura possui uma raiz comum, ou seja, a voz já é escritura.

É de se verificar, portanto, que todo pensamento derridiano está focado na desconstrução que para o filósofo, não significa destruição, antes pelo contrário, significa a descrição de formulações conceituais de qualquer campo teórico com a pretensão de deformá-lo, reformá-lo e depois transformá-lo, o que quer dizer em última instância, apenas uma intervenção. Mais claro ainda, seria afirmar que a sua desconstrução²⁹ assume uma condição com pretensões de atuar tanto

²⁹ A desconstrução procura desmontar qualquer discurso que se apresente como ‘construção’. [...] o que se desconstrói é a maneira como eles (ideias, crenças e valores construídos dentro de um esquema conceitual) se mantêm unidos em um determinado

pré – com – e para além das respectivas significações. Sua proposta aproxima-se dos resultados auferidos pela maiêutica socrática ao levar seus interlocutores aos limites do pensamento e surpreender-lhes com seus próprios paradoxos e aporias.

Essas intervenções, portanto, procuram redefinir os conceitos e suas adjacências, ou seja, afetam também o contexto no qual estão inseridos. A ideia consiste em identificar as fronteiras, pois os limites guardam uma ambivalência entre o que está incluído e o que está excluído. Em determinadas situações e, dependendo do lado em que se encontre em relação a tais limites, isso poderá fazer toda a diferença. Para Derrida, existe uma responsabilidade acerca dessa adesão, uma vez que existe uma “urgência ética e política para entender aquilo a que se está aderindo.”

A atividade desconstrutiva atua em dois momentos: a inversão e o deslocamento. Na inversão, é enfatizado o que está enclausurado, eclipsado, deixado em segundo plano pela Filosofia tradicional, isto é, trata-se de inverter a hierarquia daquilo que é considerado menor e desconsiderado pela tradição em detrimento do que é superior, ou seja, daquilo que é hegemonicamente defendido pela Filosofia. Ultrapassado este momento da aposta na posição inferior e, em virtude desta, o aperfeiçoamento da atividade desconstrutiva se dará com o deslocamento ou e o desalojamento das oposições para além da polaridade, da dicotomia, com o objetivo de denunciar os seus limites e ampliar ao máximo suas possibilidades. Derrida rompe com os modelos fechados, totalizantes, conclusivos e classificatórios e procura ainda criar uma abertura que permite ir além de qualquer conceito enrijecido “e atento ao mundo irredutivelmente por vir que se anuncia no presente, para além da clausura do saber.” (DERRIDA, 2011, p. 6)

esquema. [...] Sob a pressão da desconstrução, as construções filosóficas clássicas assumem a aparência se fachadas barrocas: não mais lineares, elas agora parecem distorcidas e deformadas, complicadas internamente por movimentos que se superpõem e por um jogo interminável; o motivo original é levado a seus limites e provavelmente para além deles. Para Derrida experimentar os limites da filosofia muda positivamente o nosso modo de pensar. A admissão de limites protege o pensamento do dogmatismo e da autoconfiança excessiva, injetando nele um saudável sentido sistemático de imperfeição e dúvida. (DERRIDA; BORRADORI, 2004, p. 147-148).

A desconstrução procura uma fissura entre as duas contingências, um espaço intermediário que se encontra em uma posição que antecipa a própria sedimentação dos conceitos, subvertendo-os e abrindo-se à experiência do indecindível³⁰, que se constitui por um jogo interativo e de desdobramento das diferenças, que a habita e lhe coloca em movimento e lhe impõe resistência, entretanto, sem nunca constituir um terceiro termo. Com isso, Derrida afirma que a desconstrução é algo que acontece e não se constitui em um método e nem é possível delimitar seu campo, pois não é possível expressar tudo o que ela pode exprimir.³¹ É nessa trama derridiana em que se inscreve a possibilidade e a abertura para uma transformação prática, de um deslocamento que indica a alteridade.

Pode-se dizer, portanto, e mais uma vez que a desconstrução acontece em todos os domínios da vida, na evolução social, tecnológica, nos conceitos tradicionais de família, Direito, Política, território, soberania, cidadania, filosofia, etc., independentemente se a aceitamos. Assim, ela

³⁰ Nesse momento, para melhor marcar este afastamento (a *disseminação*, o texto que leva esse título, uma vez que você me coloca uma questão a esse respeito, é uma exploração sistemática e arteira de *écart* [afastamento], *carré*, *carrure*, *carte*, *charte*, *quatre* etc), foi preciso analisar, pôr a trabalhar, no texto da história da filosofia tanto quanto no texto dito 'literário' (por exemplo, o de Mallarmé), certas marcas digamos (eu assinei imediatamente certas delas; há muitas outras), que chamei por *analogia* (eu enfatizo isso) de 'indecindíveis', isto é, unidades de simulacro, 'falsas' propriedades verbais; nominais ou semânticas, que não se deixam mais compreender na oposição filosófica (binária) e que, entretanto, habitam-na, opõem-lhe resistência, desorganizam-na, mas *sem nunca* constituir um terceiro termo, sem nunca dar lugar a uma solução na forma da dialética especulativa (o *pharmakon* que não é nem remédio nem veneno, nem o bem nem o mal, nem o dentro nem o fora, nem a fala nem a escrita; o *suplemento* não é nem um mais nem um menos, nem um fora nem um complemento de um dentro, nem um acidente nem uma essência etc; o *hímen* não é nem a confusão nem a distinção, nem a identidade nem a diferença, nem a consumação nem a virgindade, nem o velamento nem o desvelamento, nem o dentro nem o fora etc [...]) Sempre seguindo sua questão: nessa cadeia aberta da *différance*, do 'suplemento' da 'escrita', do 'grama', do '*pharmakon*' do '*hímen*' etc., inseriu-se o motivo ou, se você preferir, o 'conceito', o operador de generalidades denominado *disseminação*. (DERRIDA, 2001, p. 50-51).

³¹ Para um maior detalhamento acerca da cadeia de indecindíveis que fogem a uma tentativa de conceituação, tais como: *différance*, *rastro*, *espectro*, *hímen*, *grama*, *brisura*, *pharmakon* sugerimos a consulta a obra "Posições" constituída por três esclarecedoras entrevistas de Derrida.

visa indiscriminadamente a textos, conceito e instituições. Melhor seria compreender que os conceitos, erigidos ao longo de nossas vidas, e nossas instituições são por demais incompletos, e aceitar desconstruí-los, representaria a abertura para uma alteridade absoluta, ou seja, para a possibilidade de um mundo por vir que se anuncia aqui e agora, além dos nossos limites.

Essa experiência da alteridade e da preocupação de abertura ao outro (não se limitando apenas ao homem, mas a tudo que é outro) fez com que Derrida se envolvesse em vários debates de caráter ético-político, tais como a questão da pena de morte, do racismo, da imigração, em especial a que se vincula a tese, a questão do Estado, do Direito Internacional, da globalização e outras questões afins, sempre em defesa das arbitrariedades edificadas pelos dogmatismos que sempre impediram a experiência da alteridade.

Essa vigilância permanente em que se constitui a desconstrução promovida por Derrida irá desencadear efeitos políticos à medida que denuncia, por esta via, as desigualdades sociais e econômicas nunca antes vista na história da humanidade. Ao descrever que, sob o ponto de vista da miséria, do desemprego, da exclusão social, dos rejeitados, dos privados de direitos e daqueles que foram jogados à margem do caminho, a globalização não está acontecendo. Afirma ainda que a democracia liberal, sozinha é incapaz de solver os problemas das injustiças sociais.

São essas vítimas da violência do processo globalizante que não encontram abrigo ou não têm acesso à democracia, pois não existe diálogo entre ou (para com) esses. Por outro lado, há um reconhecimento de que a própria globalização trouxe melhorias, tais como no campo da disseminação do conhecimento, da comunicação em rede, novas tecnologias e a ampliação das instituições não estatais que desempenham um papel fundamental no jogo democrático.

Tenha-se presente que, dentre as diversidades de desconstruções realizadas por Derrida, uma delas pretende romper com os limites e fronteiras do cosmopolitismo. Verifica-se que tanto o projeto kantiano³² do ideal de uma paz perpétua quanto à perspectiva haber-

³² O ideal cosmopolítico de Kant, pelo qual tenho o maior respeito, ainda supunha que o cidadão fosse cidadão do mundo 'enquanto cidadão', isto é, enquanto súdito de um Estado-nação. (DERRIDA; ROUDINESCO, 2004, p.120)

masiana de constituir uma solidariedade cosmopolita obrigatória, centram-se na ideia de ordem jurídica cosmopolita.

Convém ressaltar, e não se deve perder de vista que Derrida pretende tão somente “re(e)levar” o cosmopolitismo por entender que suas raízes ainda estão contaminadas pela “razão do mais forte”, e, em virtude disso e pela (im)percepção de tal contágio, verifica-se uma séria limitação para a efetiva democracia universal.

Por isso, que seria necessário ir além do cosmopolitismo sem, contudo, depreciá-lo ou desmerecê-lo, mas dando-lhe uma nova feição, para ampliá-lo sob a ótica de uma nova concepção. Na entrevista a Borradori, o filósofo franco-argelino respondeu:

A senhora falou em ‘cosmopolitismo’ – uma questão formidável com toda certeza. Progresso do cosmopolitismo, sim. Podemos celebrá-lo, assim como celebramos qualquer acesso à cidadania, neste caso a cidadania mundial. Mas a cidadania também é um limite, aquele de um Estado-nação; e já expressamos nossas reservas a um Estado mundial. Acredito que deveríamos, além do velho ideal cosmopolita Greco-cristão (os estoicos, São Paulo, Kant), assistir ao surgimento de uma aliança universal ou de uma solidariedade que se estende além da internacionalidade dos estados-nações, e assim, além da cidadania” (DERRIDA; BORRADORI, 2004, p. 133).

Com base nesta resposta, fica evidenciada uma preocupação em ir além do cosmopolitismo por intermédio das suas próprias bases (ou por ele mesmo). As exortações derridianas encontram-se entre a importância e o reconhecimento do relativo desempenho do Estado-nação (soberano) como protetor das arbitrariedades no âmbito internacional de um lado, e este mesmo Estado-nação impõe os limites à cidadania cosmopolita, de outro.

Com o objetivo de desconstruir esses limites apontados, Derrida recorre à questão do estrangeiro à medida que este, ao chegar, desestabiliza a ideia totalizante do *logos*. Pois o estranho, o diferente quando se aproxima daquele, que concederá a hospitalidade ao desconhecido, causa um sentimento inicial de desconforto, que vai progressivamente se desfaz quanto então este mal se dissipa para dar lugar a um novo sen-

timento provocado pela presença do “outro”. “É também o lugar em que a questão do estrangeiro como questão da hospitalidade articular-se com a questão do ser” (DERRIDA; DUFOURMANTELLE, 2003, p. 9).

Assim, a questão do estrangeiro é trazida ao debate em virtude da questão do homem (como ser político). Isso quer dizer que para o acolhimento do estrangeiro sempre lhe é exigido respeito às regras impostas pelo senhor do lugar, que é o hospedeiro, o rei, o dono do poder, a nação, o Estado etc. “A questão da hospitalidade começa aqui: devemos pedir ao estrangeiro que nos compreenda, que fale nossa língua, em todos os sentidos do termo, em todas as extensões, antes e a fim de poder acolhê-lo entre nós?” (DERRIDA; DUFOURMANTELLE, 2003, p. 15).

Derrida coloca em evidência as diferenças imperceptíveis entre o estrangeiro e o outro absoluto sem qualquer denominação, pátria ou língua. Trata de realçar a dimensão *ek-sistencial*³³ da existência (do ser) do homem, ou seja, da possibilidade de abertura para tudo que é estrangeiro, estranho, diferente em todos os sentidos.

Em virtude dessa abertura *ek-sistencial*, que suas críticas recaem sobre conceito de “hospitalidade universal”, contida no terceiro artigo definitivo para a paz perpétua de Kant em virtude de ele impor limites ao cosmopolitismo. A existência desses limites pode ser evidenciada por suas características onto-teológico-políticas cujos resquícios inspiram as elucidações de Kant por estar centrada na subjetividade, na cidadania, no Estado-nação e na ordem internacional. Isso quer dizer que a hospitalidade é concedida em face do poder soberano e assim também é limitada por ele. Neste contexto que se enquadra o fechamento de portas de vários países aos migrantes oriundos de conflitos armados no oriente médio.

Os limites apontados por Derrida são de ordem antropológica e humanista contida no conceito de hospitalidade universal e cosmopolita de Kant. A hospitalidade kantiana é condicional à medida que está

³³ Ser *ek-sistência*, *ek-sistir*, é ser no *ek*, no *ex*, isto é, no *fora*, melhor, no *aberto* ou *ex-posto*, portanto, ser na *ex-posição* a... o ser, que é ser exposto ou no aberto (revelado, mostrado) de ser e isto perfaz ou constitui o sentido.

<http://www.dicpoetica.letras.ufrj.br/index.php?title=Exist%C3%Aancia>.

circunscrita à escala da humanidade, por isso não é capaz de acolher aquilo que não está dentro do conceito de humano.

Registre-se, portanto, que a hospitalidade kantiana é aquela que influencia o Direito Europeu e Internacional, que consideram o outro apenas em virtude de suas origens, ou melhor, de sua cidadania vinculada a um Estado-nação. Indubitável, a hospitalidade condicional kantiana possui dimensões jurídico-política.³⁴

O que Derrida pretende é re(e)levar a hospitalidade condicional jurídico-política a uma dimensão incondicional que permite um ir além dos conceitos convencionais de Estado-nação e soberania.

O imperativo da hospitalidade em Kant baseia-se em direitos e deveres. Assim ela impõe condições ao estrangeiro, que deve aceitar as exigências do hospedeiro, que é o soberano do lugar. Nessa dimensão conceitual encontram-se o sujeito, o Estado e a ordem internacional. Assim, quem acolhe o outro, o faz soberanamente e o submete às leis da casa. Neste caso, é dado ao outro condicional apenas o direito de visita, nunca o de resistência já que este se encontra limitado à hospitalidade cosmopolita, que, por sua vez, depende da soberania estatal.

Está é uma crítica à soberania na sua dimensão autoritária como limitadora e provocadora da exclusão social e destruidora da liberdade. A emancipação, que tanto se pretende, encontra sérios óbices na onipresença e onipotência da soberania. Importante ressaltar que essa crítica recai sobre uma avançada forma de pensar se a comparássemos à atual realidade da União Europeia.

O que Jacques Derrida Diria em uma entrevista hoje? Um pouco mais de uma década após a sua morte? Ora, os Estados membros da União Europeia construíram uma verdadeira fortaleza para manter os imigrantes longe de suas fronteiras, inclusive com o incremento de sofisticados sistemas de vigilância. A Turquia está sendo convidada a fechar a suas fronteiras em troca de pomposas cifras e outras benesses, para barrar a migração na origem, sob o discurso, de que tal medida

³⁴ Esse estrangeiro que tem direito à hospitalidade na tradição cosmopolítica que terá sua forma mais potente com Kant e o texto que já lemos e relemos, esse estrangeiro, então é alguém que, para que seja recebido, começa-se por querer saber o seu nome; ele é levado a declinar e garantir sua identidade, como se testemunha diante de um tribunal (DERRIDA; DUFURMANTELLE, 2003, p. 25).

evitaria o tráfico humano, mas não é só isso que está em jogo. Será quanto vale cada refugiado?

Mesmo antes desse êxodo extraordinário, que reivindica um novo pensar acerca do problema, inúmeros migrantes e refugiados foram expulsos ilegalmente de países europeus, sem, contudo, terem acesso aos procedimentos de asilo; muitos foram, e ainda são maltratados³⁵ por guardas de fronteira e ameaçados de detenção.

Ora, melhor voltar a Kant e observar, que Derrida, de nenhuma maneira se posiciona contrariamente ao seu projeto de uma cidadania global e sem a constituição de uma república mundial. Antes, porém não concorda com a permanência de tal projeto hoje, em virtude de se encontrar atrofiado pelo tempo. Nada mais convencional que o seu ajuste à contemporaneidade, contudo, apontando a suas disfunções que se encontram atreladas às suas origens.

O ideal cosmopolítico de Kant, pelo qual tenho o maior respeito, ainda supunha que o cidadão fosse cidadão do mundo “enquanto cidadão”, isto é, enquanto súdito de um Estado-nação” (DERRIDA & ROUDINESCO, 2001)

Não quer isto dizer, entretanto, que a desconstrução ora operada pretenda a abolição ou a destruição do Estado, mesmo porque há um reconhecimento de sua importância como catalisador dos impulsos externos e mesmo como um garantidor da cidadania. A perspectiva consiste em não mais considerar o Estado a última instância política. É preciso insistir em uma espécie de soberania limitada ou compartilhada, que não se constitui em nenhuma novidade empírica, mesmo que isso implique numa contradição diante do conceito originário de soberania.

³⁵ O alto comissário de Direitos Humanos da ONU, Zeid Ra'ad al Hussein, criticou nesta quinta-feira a detenção de imigrantes e refugiados por parte da República Checa, situação que qualificou como “degradante”. “Segundo relatos confiáveis provenientes de diversas fontes, as violações de direitos humanos dos imigrantes não são nem isoladas nem um fato aleatório, e sim sistemáticas”, afirmou Al Hussein em nota. http://brasil.elpais.com/brasil/2015/10/22/internacional/1445517348_223327.html. Reportagem de 23.10.15.

Por isso, Derrida vai preferir a dimensão mais aberta e flexível da hospitalidade. Neste exato momento em que propõe o que será a pedra angular de sua desconstrução: a hospitalidade incondicional. Oportuno se torna dizer que, com essa desconstrução da hospitalidade condicional (cosmopolita), buscar-se-á uma re(e)levação, ou mesmo a reinvenção da hospitalidade condicional e sua relação com a hospitalidade incondicional.

Esta distinção entre hospitalidade incondicional e hospitalidade condicional e a sua inevitável indissociabilidade também redundará na singular distinção entre o outro absoluto e o estrangeiro que, por sua vez, não estão necessariamente em lados opostos da hospitalidade.

Preliminarmente deve-se associar à hospitalidade incondicional o que Derrida chama de sua dimensão absoluta, pura, justa e impossível. A desconstrução da hospitalidade condicional (jurídica, política, subjetiva, soberana, estado-internacional) é operada pela hospitalidade incondicional.

A lei da hospitalidade incondicional se constitui no pré (antes), no com (sempre), no depois (para além) da hospitalidade cosmopolita. Ela é uma hospitalidade sem qualquer imperativo e sem dever. Entretanto a sua incondicionalidade absoluta e singular se distorce em uma pluralidade em cujo manancial permanece unido pela singularidade pura. Esta hospitalidade pura não tem nada de legal, político ou cultural. Ocorre, porém, que a lei da hospitalidade incondicional e as leis da hospitalidade condicional estão paradoxalmente interligadas. São ao mesmo tempo contraditórias e inseparáveis.

Essa antinomia entre as leis da hospitalidade implica dizer que existe uma necessária interdependência como condição de possibilidade de suas existências. A lei da hospitalidade incondicional necessita das leis (direitos e deveres condicionantes e condicionados) para se constituir. Derrida diz com isso que existe uma lei (impossível) que se externaliza à medida que se inscreve para regular as condições das leis (possível), cujo conteúdo é jurídico-política.

O condicional e o incondicional na hospitalidade humana encontram-se em uma relação dialética. Isso quer dizer, por exemplo, que “Meu olhar” procura “meu eu” em tudo que olho. Vejo formas, figuras, pessoas, beleza etc. Tudo aquilo que não se encaixa em mim é

estranho (estrangeiro). A distância existente entre o “eu” e o “outro” é tamanha que nos abala na hora do encontro, que é também, despedida; o diferente é sempre chocante, hostil e provocador de uma inquietude. A pergunta que se faz é como lidar com isso?

Neste contexto, o racional, o cidadão, o jurídico, o Estado, o político são “conceitos” de uma linguagem que procura uma “aproximação” com o outro. Esta aproximação é hierárquica, do dominante para o dominado, do rico para o pobre. Essa aceitação é sempre parcial. A aproximação feita cria novos fossos; novas distâncias.

Contudo, como ‘ser humano’ “estou para o outro”. Sou humano porquanto me relaciono com o outro. Sem o outro eu não sou. Eu preciso do outro. Não apenas daqueles que amo, mas daquele que me faz ser o que sou porque ele marca naquilo que não sou. Como se o estranho tivesse as chaves para a libertação da minha clausura. Essa abertura existencial cobra a hospitalidade incondicional. Mas essa não se explica pela razão, pelos conceitos, pelo Direito. A hospitalidade incondicional é um apelo silencioso de nossa própria condição humana. Ela nos dá a “violência” inata que o Direito traz porque esse necessariamente discrimina, repara, afasta aquilo que tem por certo e aquilo tem por errado.

Toda e qualquer relação com o outro (e qualquer relação é uma relação como o outro) se constitui como uma relação que é, simultaneamente de proximidade (porque não se pode abrir mão dos sistemas habituais de práticas e regras disponíveis de cognição) e distância (determinada pela própria alteridade do outro). Isto quer dizer que nunca se pode atingir o outro, apropriar-se dele, conhecê-lo “por dentro” etc. Mas é essa impossibilidade mesma que atravessa e na qual se estrutura todo “ser-com”; comunitário, identitário etc. (DUQUE-ESTRADA, 2008, p. 21)

Essa heterogeneidade e essa indissociabilidade, faz com que a lei da hospitalidade incondicional aconteça, atingindo e transformando as condições da hospitalidade.

Com isso, Derrida quer enfatizar que a hospitalidade pura está aberta ao acolhimento do outro sem qualquer tipo de condição. É o mesmo que dizer: toda experiência é uma afirmação da diferença, da

alteridade. Neste sentido, deve-se dizer que a constituição do “eu” é sempre um estar com o “outro” cuja abertura cria a impossibilidade de um “fechar em si mesmo”. Cada momento vivido re(e)leva o “eu”, sem eliminá-lo na medida da convivência com o “outro”, por meio de uma hospitalidade incondicional que altera as condições da hospitalidade.

A hospitalidade incondicional, portanto, e em virtude de toda a sua incomensurável extensão, está aberta para receber aquele que não é convidado e que simplesmente e inesperadamente aparece; que chega totalmente desprovido de identificação, que surpreende e des-identifica o lugar em virtude de sua chegada. Trata-se de absolutamente e de voluntariamente, outro de que, ao se aproximar, interrompe todas as condicionantes da existência cotidiana e a re(e)leva.

Ao contrário, por exemplo, da ocorrência movimentos xenófobos que foram impulsionados pela crise migratória. Ela é digna de revelação, pois, senão vejamos, a reação inesperada do casal gay alemão, depois de acolherem 24 refugiados do Iraque, Síria e Afeganistão em sua casa, conforme revelou a reportagem do jornal “El País”:

“Dirk Voltz e seu namorado são um casal alemão que acompanhava de sua casa as notícias sobre o drama dos refugiados e um dia decidiu fazer algo a respeito. Depois de abrigar em casa, desde julho, 24 pessoas do Iraque, Afeganistão e Síria – e de conhecer suas histórias –, na terça-feira à noite Dirk decidiu compartilhar sua experiência em seu mural do Facebook. “Convivemos com muçulmanos e em casa não se usou uma faca para nada além de cortar cebolas e carne”, diz sua mensagem. “Nenhum nos insultou por sermos dois homens compartilhando uma cama.” Voltz afirmou ao EL PAÍS estar surpreso com a “enorme e repentina atenção” que despertou sua publicação, na qual reconhece que os últimos meses mudaram a vida do casal. “Vocês podem ajudar os outros. Ou simplesmente podem continuar tendo medo. (...) Sinto pena daqueles que vivem instalados no medo”, conclui a mensagem. (...) O casal oferece sua casa por meio do grupo do Facebook Place4refugees, uma iniciativa privada que conecta refugiados e voluntários. Em geral, os convidados permanecem poucos dias, embora alguns fiquem por uma temporada um pouco mais longa, segundo suas necessidades, explicam

Safaa e Mohammed AbuJarour, o casal palestino que organiza esse grupo de apoio. Por isso Voltz abrigou 24 pessoas nos últimos meses. brasil.elpais.com/brasil/2015/11/06/sociedad/1446796125_71098.html.

Trata-se de uma experiência que demonstra como desconstruções de certos conceitos promovem uma revolução interminável que se intensifica permanentemente em direção a uma perfectibilidade das leis da hospitalidade condicional. Ao mesmo tempo, ela é anterior à cidadania e para além da cidadania; ela depende da cidadania para não se transformar em um “nada”. É a partir dessa concepção que Derrida pretende re(e)levar o cosmopolitismo. Toda responsabilidade pelos seres vivente sem situação de vulnerabilidade deve ser compartilhada por todos.

Como isso, há, numa certa medida, o rompimento com a hospitalidade condicional (de direito, com a lei ou com a Justiça como Direito) para sua redefinição, para além da própria, e a abertura a uma permanentemente visitação absoluta. Nesta mesma direção, permite-se repensar o Direito Internacional e suas instituições com o objetivo de re(e)levá-lo e redefini-lo, para além do cosmopolitismo, ou seja, para além da ideia convencional de soberania, para além do Estado-nação e da internacionalidade, que Derrida denomina de “altermundialização”.

Bom dizer que há um forte apelo à perfectibilidade das instituições e do Direito Internacional. A grande preocupação repousa em estabelecer um direito de ingerência que não tenha limites na soberania estatal. E, que por sua vez, repousa na dimensão mais pura dos Direitos Humanos, ou seja, numa internacionalidade democrática que refunde o conceito de soberania (para além do Estado-nação e da cidadania) com base no acolhimento irrestrito, que antecede ao sujeito-cidadão, ao político e ao jurídico.

A designação desta internacionalidade democrática para além do cosmopolitismo é designada por Derrida com a “Nova Internacional” que consiste em um lugar ainda discreto e quase secreto que se baseia na afinidade, na esperança, na fraternidade e na hospitalidade incondicional. Na realidade, constitui-se na antítese à violência, à desigualdade, à exclusão à fome e tantas outras atrocidades cometidas em nome dos direitos do homem e do progresso humano.

Neste sentido, refere-se a uma democracia por vir³⁶, e seu cerne está no “restar” por vir. Ela é aquilo, que pode indefinidamente ser aperfeiçoado, e, neste sentido, carrega uma insuficiência por ser apenas uma promessa futura e nunca presente, mas pertencente ao instante da possibilidade, mas que transporta a chance e o por vir de uma democracia que está sempre ameaçada por essa incondicionalidade. É a coexistência entre o incondicional e o condicional. É a contradição e a própria indissociabilidade entre a lei e as leis.

Essa é democracia por vir, que vai além do cosmopolitismo (pois vários são privados da cidadania e de várias maneiras), pois se acredita no poder levar a cidadania ao mundo – sem limites – e privações. Derrida nos convida a repensar o Direito, o nacional e o internacional numa outra concepção que seja inicialmente elaborada e dissociada do conceito de nação e território.

Não se pode perder de vista que Derrida coloca em jogo o conceito de Direitos Humanos, que também deve ser desconstruído e re(e) levado para além das disputas interestatais. As trágicas memórias do totalitarismo, dos genocídios e da colonização servem para lançar luzes para a assunção de uma nova responsabilidade. Não se pode olvidar que os Direitos Humanos são permanentemente insuficientes e devem ser continuamente aprimorados, esclarecidos e re-definidos. Essa abertura possibilita “re-pensar” a velha discussão entre o universalismo e o culturalismo. Assim os Direitos Humanos devem ser definidos na órbita de uma hospitalidade incondicional e para além do cosmopolitismo. Essa re(e)levação dos Direitos Humanos encontra-se para além da universalidade condicional ou mesmo da tolerância.

³⁶ “O que eu chamo de ‘democracia do por vir’ iria além dos limites do cosmopolitismo, isto é, de uma cidadania mundial. Estaria mais alinhada com aquilo que permite seres singulares (qualquer um) ‘conviverem’ onde ainda não são definidos pela cidadania, isto é, por sua condição como ‘sujeitos’ legais em um Estado, ou membros legítimos de uma Estado-nação, ou até de uma confederação ou Estado mundial. Isso envolveria uma aliança que vai além do ‘político’, como tem sido comumente definido (uma designação em geral reservada para o Estado ou corpo de cidadãos em uma nação ligada a um território, ainda que, como nos lembra Schmitt, o Estado na seja a única forma do político). (DERRIDA; BORRADORI, 2004, p. 140).

Ao mesmo tempo ela se insere na condicionalidade para refundar o conceito de Direitos Humanos.

Derrida persegue, com isso, uma nova Europa, **altermundializada** que seja capaz de responder aos desajustes da globalização. Uma Europa capaz de caminhar continuamente e de transformar o conceito de cidadania, soberania e o Direito Internacional. Destaca-se, aqui a necessidade de efetivação do discurso entre França e Alemanha acerca da crise migratória: “Hollande e Merkel lembraram que não podemos ser alheios a nenhum horror e que somente uma Europa unida e solidária pode enfrentar problemas tão profundos e complexos como a crise dos refugiados.”³⁷ (EL PAÍS -07.10.2015).

Pelo menos no plano filosófico Alemanha e França se entendem em alguns pontos, pois várias são convergências entre seus intelectuais e políticos, constituídas por uma preocupação comum e, mais que isso, um chamado de atenção para a necessidade de renovação das instituições em face das ameaças subnacionais e transnacionais que se apresentam em um mundo globalizado.

A questão central na qual se pode observar uma divergência quintessencial é quando Derrida admite a existência de algo para além do político:

As noções de excesso e suplemento são centrais na concepção de política de Derrida e expõe uma diferença-chave entre seu pensamento e o de Habermas, uma vez que elas implicam que a política deve admitir a existência de algo localizado além dos seus limites. Para Derrida, a justiça é e está além da lei; de outro modo, seria reduzida à imposição da lei. Lei e justiça pertencem a duas dimensões diferentes. Como a lei é o produto

³⁷ Na verdade, trata-se de uma obra de caridade arrancar essa gente das mãos de seus exploradores europeus. Tudo muito bem administrado, feito da maneira mais limpa possível. À francesa. Sob esse argumento, nossa cultura moral e política acaba comportando cenários antes inimagináveis. Alguns locais se tornaram depósitos de pessoas, onde indivíduos e famílias inteiras estão trancafiados. Julgados culpados por não preencherem os numerosos critérios de nossa hospitalidade, esses refugiados se vêem arrancados de sua e de nossa vida. Detidos, ficam até 18 meses aguardando sua expulsão sob coação física, psicológica e moral. (IMACHE, Tassadit – Le Monde Brasil – <http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=476>)

da dinâmica social e política, ela é finita, relativa e historicamente determinada. Em contraste, a justiça transcende a esfera da negociação social e da deliberação política, o que a torna infinita e absoluta. A justiça para Derrida, está além das fronteiras da política, tal como a sua inexaurível demanda (DERRIDA; BORRADORI, 2004, p. 173, 176)

Reconhecer todo esforço habermasiano em torno da sua obra é quase um imperativo, logo afirmar que é possível re(e)levá-la no que concerne a sua cuidadosa reconstrução do pensamento kantiano pela busca da tão almeja “paz perpétua”, é uma questão de maturidade.

Essa re(e)levação consiste em alargar ainda mais o projeto iniciado por Habermas, que sequer foi assimilado na contemporaneidade, para além das fronteiras jurídico-políticas. Apesar do notável avanço, que representa, não poderá ficar limitada à tolerância, à cidadania, etc, especialmente, por representar uma recusa aos não cidadãos.

Não quer isso dizer, entretanto, um rebaixamento da cidadania e do cosmopolitismo, mas um ir além da cidadania e do cosmopolitismo por meio de ambos. Isso significa repensar o conceito de soberania e do próprio Direito, de uma ordem mundial, que não perdoa a emergência do tempo e da própria vida.

As condições de hospitalidade trazidas por Derrida representam uma contribuição inestimável às teorias de inspiração germânica, à medida que abre uma porta entre uma hospitalidade, que impõe limites e condições, e uma hospitalidade irrestrita, incondicional e absoluta.

Significa, sobretudo, pensar naqueles que não têm acesso à democracia e, em outros, que por diversas razões são considerados não-cidadãos. É o acolhimento do outro absoluto, anônimo, sem vínculos em todas as suas extensões, para permitir sua estada entre nós sem o pedido de reciprocidade.

Neste sentido, o desenvolvimento de uma consciência para além da cidadania e do cosmopolitismo, movimentada pela hospitalidade no âmbito nacional e supranacional a ser cristalizado na estrutura da ONU, ou seja, que vai além da ONU. Uma espécie de (*Alter*)*Ombudsman* que registra e faz transparecer ao mundo o ek sistencial da vulnerabilidade humana.

Não será por meio de uma rude hos-ti-pitalidade que se promoverá uma (alter)mundialização, mas, sim baseado em uma hospitalidade incondicional para além da cidadania e do cosmopolitismo. A hospitalidade incondicional pressupõe a acolhida do outro considerado como outro, ou seja, na aceitação da diferença social, cultural, moral, étnica etc, do outro e, sobretudo, no aprendizado que o diferente pode proporcionar.

O mais importante do presente ensaio é o convite para essa atuação ambivalente dos diversos e infinitos (*Alter*)*Ombudsman*'s; um outro convite a pensar a importância da complementaridade entre razão comunicativa e a desconstrução. De um lado, os princípios da razão comunicativa que exigem a necessidade de se formular argumentos sólidos na fundamentação de qualquer pretensão de validade e, de outro lado, a desconstrução que passa a atacar esses pressupostos a fim de refutá-los, e neste sentido, direcioná-los na busca da perfectibilidade. Mesmo que Habermas e Derrida tenham percorrido caminhos distintos em suas teorias, existe uma convergência que pode contribuir para o amadurecimento da sociedade, do direito e da democracia.

4. O amadurecimento da democracia – acolhimento e participação social: uma questão de hospitalidade e cidadania

O *Ombudsman – Provedor de Justiça* em sua base mais alargada poderia se dar no âmbito do Direito Internacional na forma de “uma sociedade aberta de intérpretes do Direito” Internacional. Levando-se em consideração os aspectos da comunicação global, bem como a possibilidade de sua participação em Organizações Internacionais, em especial na Organização das Nações Unidas. O *Ombudsman – Provedor de Justiça* no direito comunitário – União Europeia e nos Estados nacionais atuam como instrumento de abertura e educação da cidadania. E a importância de sua disseminação, em especial nos países lusófonos é uma preocupação ocupada neste ensaio e a qual se direciona essas reflexões.

4.1. Provedor de Justiça na Organização das Nações Unidas: uma ampliação da magistratura a semelhança do Provedor de Justiça Europeu

Conforme depreendido do diálogo filosófico, verificou-se a importância que representam para a solução de diversos problemas atuais. Como dito anteriormente, são fundamentais as diferenças filosóficas e as convergências políticas entre os autores com quem dialogamos. O estudo da razão comunicativa, da teoria do discurso e a desconstrução criaram novas possibilidades para o enfrentamento dos problemas, que assustam as sociedades contemporâneas.

Não há como desqualificar os princípios da razão comunicativa na formulação de argumentos seguros como fundamento de qualquer pretensão de validade, muito menos a desconstrução que procura re(e)levar esses pressupostos. Neste sentido, é recomendável que se aproprie da noção de **institucionalização**, que implica em aceitar certo fechamento, e dos fundamentos da desconstrução, que implica na abertura para os sentidos em todos os domínios da vida. Essa abertura da linguagem trazida por ambos permite-nos superar o caráter totalizante e definitivo contido em qualquer regulamentação.

Logo, para se viabilizar mecanismos que permitam a participação social, não há como abrir mão da institucionalização de regras e procedimentos. Por outro lado, é imperioso garantir a abertura necessária para que estes mecanismos não se tornem mais um entre os tantos outros já existentes.

Mesmo que se considere em certa medida que essas reflexões sejam consideradas utópicas, é bem verdade que pode sê-lo hoje, mas com boas chances de ser a realidade do amanhã. Diante da indeterminação da vida contemporânea e do crepúsculo presente, é necessário que a esperança possa estar presente, especialmente do que se espera acerca das transformações que ocorrem no mundo. A desapropriação do memorial político e da globalização deu origem a novas conformações sociais que impactaram os Estados, desnudaram os governos e multiplicaram os atores sociais.

Portanto, o mundo encontra-se diante de duas contingências que vão se construindo ao longo de dois discursos que se enlaçam, mas

que nunca se fundem e que encontram respostas recíprocas, sem necessariamente se oporem. Mas, é certo também que essas duas lógicas exprimem suas diferenças, seus pontos convergentes e vão se descobrindo mutuamente. Nessa ambivalência, ora se surpreendem, ora se questionam, ao mesmo tempo em que são contraditórias, são indissociáveis. Participam mutuamente de uma mesma realidade sem qualquer tipo de condescendência.

Por isso a ideia é encontrar uma alternativa capaz de aliviar à represada tensão existente entre essas duas dimensões. O pensar global e o agir local abririam a primeira fenda no inquietante problema de como estender o bem-estar social e desenvolvê-lo, para além das fronteiras nacionais.

Nesse sentido, poder-se-ia falar em uma espécie radicalismo democrático intersubjetivamente construído, centrado nos Direitos Humanos, assim como foi concebida a ideia em um Estado nacional democrático, centrado nos Direitos Fundamentais e inscrito em uma Constituição. Assim, os Direitos Humanos seriam compreendidos interculturalmente, por intermédio da participação democrática dos atores que compõem as sociedades. Neste contexto, pressupõe-se a possibilidade de questionamentos acerca de todos esses conceitos, que se encontra em jogo. Assim, essa construção legítima confere integridade e coerência ao Direito Internacional.

Por outro lado, Jacques Derrida de forma singela trata da abertura para o novo, para receber o “outro”, qualquer “outro” e para com o “outro”. É o chamamento para uma política não arbitrária na qual regras não são criadas para serem fixas ou hegemônicas. É um apelo à alteridade absoluta, à responsabilidade incondicional para com o sofrimento alheio.

Trata-se de uma questão ética que deve se inscrever na ação política e que doravante deve ser entendida a partir do reconhecimento da diferença e da multiplicidade de diferenças que constituem a ordem internacional e as sociedades contemporâneas. É preciso aprender com a experiência trazida pelas crises e, a partir delas, ousar, inovar e flexibilizar, mesmo que seja necessário fazer concessões, auferindo ganhos comuns no futuro; mesmo que se desconstrua a lógica que rege o sistema econômico global. É preciso ainda reinventar a linguagem

das relações humanas e assumir novas responsabilidades para com o “outro”.

Essa é a ideia de uma Democracia *por vir* que cria um novo espaço de abertura ao incluir (*alter*)instituições, ou seja, também aquelas que não possuem qualquer representação, atores não governamentais, sociedade civil, setor privado e outras que, numa certa medida, já se encontram legitimadas na ordem internacional, mas que carecem de reforma como pressuposto do seu projeto.

Para tornar possível essa pretensão, faz-se necessário criar alternativas que ora institucionalizem o discurso oriundo da sociedade, mas possuam uma textura aberta à exterioridade e que não se fechem em si mesmas. É importante, então, que se adotem procedimentos capazes de promover a abertura das vias discursivas tanto na perspectiva local quanto global.

Este espaço, a ser inicialmente estruturado na Organização das Nações Unidas, mas que nela não se esgotaria, para uma espécie de recepção das mais diversificadas formas de opinião, convertendo-se em poder comunicacional, que exerceria, simultaneamente, um efeito de autorização sobre o legislador internacional – a fim de promover um efeito de autorização (soft Law) sobre a ordem interestatal, com objetivo de legitimar suas ações.

Acredita-se em um amplo debate em escala global, como por exemplo, aqueles discutidos em encontros da *Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas (UNFCCC)*, de caráter inclusivo e aberto para tematizar, dentre várias questões, a construção intersubjetiva dos Direitos dos Povos, sob a ótica de todas as culturas, procurando superar, inclusive, a tensão dialética entre universalismo e relativismo cultural pelas vias discursivas.

Desejável a ampliação de ações de mediação para mitigação de vários conflitos regionais, terrorismo, degradação ambiental, xenofobismo, dentre várias outras mazelas, como por exemplo, aquela ocorrida no Iêmen, por meio negociações, promovidas por emissários (*Ombudsman – Provedor de Justiça* de fato) das Nações Unidas:

O emissário das Nações Unidas para o Iêmen, Ismail Uld Sheij Ahmed, anunciou nesta sexta-feira ter iniciado os preparativos para o início de

negociações entre as facções confrontadas no conflito deste país. Ao falar ante o Conselho de Segurança, o emissário confirmou que tanto os rebeldes xiitas huthis quanto os aliados seguidores do ex-presidente Ali Abdullah Saleh “expressaram claramente que estão dispostos a aplicar a resolução 2216, inclusive uma saída negociada das principais cidades” onde se mobilizaram os rebeldes e “a entrega ao estado de todas as armas pesadas”. O governo do presidente iemenita, Abd Rabo Mansur Hadi, já tinha anunciado seu “desejo de enviar uma delegação para participar nas negociações de paz”. “Vamos começar imediatamente a trabalhar com o governo, os huthis e outros protagonistas (do conflito) para preparar uma agenda, uma data e um formato para estas negociações”, assegurou. (Revista Exame. Exame.com – <http://exame.abril.com.br/mundo/noticias/mediador-da-onu-no-iyemen-se-prepara-para-negociar-a-paz>)

O empreendimento centra-se na busca de uma esfera pública, mundial, fortalecida, aberta e capaz de influenciar no centro de tomadas de decisões. Busca essa que também se refere às ordens internas. Mesmo que uma Constituição do tipo moderna seja inviável em dimensões supranacionais e, mesmo com a ausência de uma república global, o que não é desejável, tenha-se por bases empíricas, que o atual momento do Direito Internacional caminhe em certa medida para uma forma de constitucionalização.

Assim é que se pretende responder às hipóteses inicialmente formuladas. A resposta começa pela funcionalidade da proposição: A institucionalização do *Ombudsman – Provedor de Justiça*, preliminarmente na estrutura da ONU, como mecanismo de abertura para uma nova ordem internacional de bem-estar, constituída por uma democracia global *por vir*, sempre deliberativa e para além da cidadania e do cosmopolitismo.

Recomenda-se, portanto a efetivação dessa alternativa doutrinária de inspiração sueca. Órgão teoricamente vislumbrado para assumir o encargo de defesa dos direitos dos cidadãos e não cidadãos, a partir de suas próprias queixas e denúncias, ou mesmo por meio de interposta pessoa em condições de fazê-lo. Ao *Ombudsman – Provedor de Justiça* clássico cabe refrear casos de abusos de poder ou de má prestação de serviços por parte de funcionários ou instituições públicas, mas nada

o impede de atuar em defesa e compreensão da gama de direitos internacionalmente protegidos.

No intuito de inibir e de precaver os povos (cidadãos e não cidadãos) da comunidade internacional acerca do exercício tirânico/autoritário do poder político, revela-se salutar a sua institucionalização e ainda a ampliação das atribuições e competências do *Ombudsman – Provedor de Justiça* no Direito Internacional. Oportunizando, pois, aos cidadãos globais e às diversas comunidades, ao redor do Globo, a manifestação acerca de eventuais insatisfações em relação aos seus governos e administrações instituídas. Além disso, viabilizar-se-á a abertura para a construção de um Direito Internacional mais comprometido com os objetivos de solidariedade entre os povos e de garantia aos Direitos Humanos.

Frise-se que, para o êxito de tal empreendimento, é mister que a existência de tal órgão também não seja restrita a uma única organização, mas que haja a sua previsão nos distintos Estados-nacionais (como é o caso da rede de *Ombudsman – Provedor de Justiça Europeus*) e demais organizações, com o permanente influxo comunicativo entre eles, em processo dinâmico e de constante cooperação.

O *Ombudsman – Provedor de Justiça* também atuaria como instância mediadora entre o sistema funcional e a sociedade para articular a defesa dos Direitos Humanos, do desenvolvimento sustentável, da cultura, da diversidade étnica, da diversidade de interesses, perspectivas e compreensões do mundo, da família, da cidadania, da mediação de conflitos ao mesmo tempo em que carece de sua institucionalização em um domínio global.

No que concerne à tradição jurídica, a figura do *Ombudsman – Provedor de Justiça* não é estranho ao ordenamento jurídico mundial. Atualmente, é o *Ombudsman – Provedor de Justiça* contemplado por diversas ordens constitucionais, encontrando-se consolidado no continente europeu, inclusive em âmbito de caráter supranacional, como ocorre na União Europeia, em virtude da subscrição do Tratado de Maastricht

O *Ombudsman – Provedor de Justiça Europeu* foi uma das mais importantes inovações institucionais introduzidas pelo Tratado de Maastricht e sua origem pode ser encontrada nas propostas de cida-

dania europeia, apresentadas pela Espanha na Conferência Intergovernamental de Políticas da União Europeia, de 1991.

O *Ombudsman – Provedor de Justiça* e a Comissão de Petições do Parlamento, juntamente com o Sistema Judicial da Comunidade Europeia, constituem um amplo espectro que garantem a participação dos cidadãos na vida cotidiana do bloco comunitário.

Ainda, frise-se que é atribuída ao instituto a investigação dos fatos relatados nas queixas acerca da má administração nos organismos dos órgãos comunitários. Não obstante, a atuação do *Ombudsman – Provedor de Justiça* se restringe à esfera das instituições da União Europeia, não sendo possível realizar investigações no âmbito das administrações nacionais, regionais ou locais dos Estados-membros.

Os debates que se deram no âmbito da Comissão Europeia se iniciaram em fevereiro de 1993 com a nova visão de que o *Ombudsman – Provedor de Justiça Europeu* seria um dos mais importantes elementos da cidadania europeia e vital mecanismo de fortalecimento do controle democrático.

Os dezesseis artigos em vigência do *Ombudsman – Provedor de Justiça Europeu* delineiam a função, as prerrogativas e a forma de atuação do órgão, sendo imperiosa a apreciação de suas disposições, com a finalidade de compreender a sua atuação no âmbito da União Europeia.

As queixas podem ser apresentadas por cidadãos europeus ou “estrangeiros” que se domiciliem em qualquer dos Estados-membros. O texto confere legitimidade ativa à pessoa jurídica com sede na Comunidade Europeia. Essa permissibilidade é de extrema importância, conferindo maior espaço de participação a atores sociais que, geralmente, não tem espaço no cenário internacional (em regra, apenas podem se manifestar no cenário internacional por intermédio de um Estado).

A ele é permitida a solicitação de quaisquer documentos às instituições e órgãos comunitários, podendo outrossim ceder a documentação, que compreender relevante, ao queixoso ou a terceiro interessado. A disposição correspondente ao supranarrado decorre do direito à informação, pedra angular de uma organização eminentemente democrática, como é o caso da União Europeia.

Com as informações devidamente colhidas e em sendo detectadas a existência de um caso de “má administração”, o *Ombudsman – Provedor de Justiça* entrará em contato com a instituição investigada, apresentar-lhe-á o resultado das investigações e, sempre que possível, indicará, através de uma recomendação, um projeto que permita a correção da falha.

Destarte, o novel instituto do *Ombudsman – Provedor de Justiça*, na esfera internacional, se consolida como mais um importante instrumento jurídico na proteção dos Direitos Humanos, sendo imperiosa a sua institucionalização e posterior disseminação, para que alcemos a abertura e a construção de uma comunidade internacional, efetivamente harmônica e protetora do indivíduo, sujeito primeiro e último do Direito Internacional.

Os instrumentos que se colocam ao serviço desta democracia participativa estão todos em consonância com os direitos políticos, os quais integram um ideal de status político, de cidadania ativa na participação do espaço público, de construção da opinião pública. São vários os direitos fundamentais que podem exemplificar essa ideia, assim substanciando uma opinião pública, que, sendo forte, fortalece a democracia participativa, que é componente essencial de um Estado Democrático avançado e amadurecido: (...) – *liberdade de manifestação*: a liberdade de as pessoas livremente se juntarem no sentido de exteriorizarem, para fora do agrupamento, os seus pontos de vista. (GOUVEIA, 2011, p. 917/918)

Entretanto, ao revés da experiência europeia, não há previsão expressa do órgão no texto da Carta das Nações Unidas, o que certamente embota o incremento da institucionalização do órgão em sua feição supranacional.

De outro lado, fazendo o necessário contraponto, que reclama o rigor científico, o que se tem visto na experiência europeia é uma atuação imprescindível do *Provedor de Justiça* em sua área de trabalho. Se provarmos que a ampliação do instituto pode ser muito positiva para o regime democrático, a criação do *Ombudsman – Provedor de Justiça*, no âmbito da ONU, atenderia aos anseios de uma comu-

nidade internacional democrática, permitindo que o sujeito último do Direito Internacional – o indivíduo – tenha meios de participar como ator ativo da construção desse direito do qual ele também é destinatário.

Entretanto, essa sociedade aberta deve se suprasumir no plano internacional, com a correspondente procedimentalização dessa participação no seio das Nações Unidas para que possa de alguma forma fazer este papel de *locus* discursivo e de institucionalização dos múltiplos discursos, dos mais variados povos do mundo, o que, de alguma forma, já vem ocorrendo ao longo da chamada globalização. De forma correlata daquilo que a experiência tem mostrado acerca do *Ombudsman – Provedor de Justiça* europeu

Mas, para que esta “comunicação” não se desnature (como tem ocorrido) em uma colonização da sociedade global, deve-se redobrar a importância dos Direitos Humanos. No nível global, eles poderão cumprir o mesmo papel que os direitos fundamentais cumprem no plano interno de cada Estado nacional. Os Direitos Humanos devem ser compreendidos também procedimentalmente, adotando-se uma postura de um universalismo sensível (fraco), de modo que os Direitos Humanos também se tornem e se conformem globalmente, numa posição de cooriginalidade com um modelo de democracia global.

Como não existe democracia sem pluralismo e, portanto, sem a abertura para a participação nos processos discursivos e de construção de decisões variadas (inclusiva as decisões sobre a substância dos Direitos Humanos) de todos os possíveis afetados/interessados, o papel da ONU assume a importância de institucionalizar estes discursos por intermédio de um *Ombudsman – Provedor de Justiça* em uma dimensão ainda mais abrangente.

Com a ideia de uma sociedade aberta de intérpretes do Direito Internacional, por meio de um instituto como *Ombudsman – Provedor de Justiça*, permitir-se-ia à ONU também abrir-se, legitimando as tomadas de decisões internacionais, de repercussão global. A mesma ideia aqui se aplicaria aos Direitos Humanos – de que o Direito (a norma jurídica) não mais sustenta legitimidade apenas pela característica da coerção – ao contrário, a norma é considerada legítima quando

e porque os atores globais puderam participar dos processos de sua criação.

Como a criação de uma Câmara de Comuns (baixa) para acomodar a sociedade civil organizada no âmbito da Assembleia Geral das Nações Unidas se revela – hoje – distante dos planos dos Estados que a compõe, é muito bem visto a instalação do *Ombudsman – Provedor de Justiça*, que atuaria com poder de influência em todos os órgãos da ONU, agências e mesmo a rede dos *Ombudsman – Provedores de Justiça* nacionais.

Assim, com a institucionalização do *Ombudsman – Provedor de Justiça* nas Nações Unidas, abrem-se as portas para um nova “sociedade”, que se desloca do tradicional direito das nações e passa por um direito cosmopolita, mas que caminha para além deste, significando uma sugestão de abertura para uma nova sociedade civil, compartilhada em sua multiplicidade, ao mesmo tempo em que se estabelece um vínculo jurídico entre o indivíduo e o Estado.

A legitimidade de uma instituição supranacional, como *Ombudsman – Provedor de Justiça*, consiste na possibilidade de se conjugar as contingências de uma ordem supranacional com a nacional, sem criar uma supremacia do todo sobre as partes, mas conciliando as forças do tradicional Estado-nação, que nasce do seu interior, com a necessidade de uma integração global inexorável e necessária. Ademais, para que isso seja possível, não se pode prescindir da participação dos atores não estatais.

Com isso, há, numa certa medida, o rompimento com a hospitalidade condicional (de direito, com a lei ou com a Justiça como Direito) para sua redefinição, para além da própria e aberta a uma permanentemente visitação absoluta. Nesta mesma direção, permite-se repensar o Direito Internacional e suas instituições, com o objetivo de re(e)levá-lo e redefini-lo para além do cosmopolitismo, ou seja, para além da ideia convencional de soberania, para além do Estado-nação e da internacionalidade. Trata-se da “altermundialização”.

A esta altura, surgiria uma indagação central acerca da possibilidade, mínima que seja, de conciliação entre as teorias franco-germânicas. A desconstrução de uma teoria não implica como afirma Derrida, na sua destruição, mas ampliação de seus sentidos. Assim, se um lado

Habermas aposta na razão como último *locus* de solução compartilhada entre os homens, Derrida rompe com esse logocentrismo³⁸ com o deslocamento do plano ontológico para o ético.

Como nem tudo é político é necessário promover um ajuste que implica em inscrever a ética da hospitalidade para além do político, do Estado e da cidadania. Assim, “é preciso, cosmopolitas, mais um esforço: desta feita, o de (a)fectar, infectar e aperfeiçoar a hospitalidade cosmopolita através da incondicional porque ela é, não só manifestamente insuficiente, como, em si mesma, injusta.” (BERNARDO, p. 428). Ei, aqui um apelo à perfectibilidade, no sentido de um amadurecimento permanente e de uma melhoria incessante.

Portanto, a designação desta nova internacionalidade democrática, para além do cosmopolitismo é designada por Derrida como a “Nova Internacional”, que consiste em um lugar ainda discreto e quase secreto, que se baseia na afinidade, na esperança, na fraternidade e na hospitalidade incondicional. Na realidade, constitui-se na antítese à violência, à desigualdade, à exclusão à fome e a tantas outras atrocidades cometidas em nome dos direitos do homem e do progresso humano.

Em face do que foi dito, os conceitos tradicionais de Estado – soberania, cidadania, cosmopolitismo, Direitos Humanos – abrem-se às novas possibilidades. Nesta seara, o *Ombudsman – Provedor de Justiça* encarna esta ambivalência contida na institucionalização de uma magistratura, e na abertura ao infinitamente outro que ela promove, no paradoxo entre fechar/abrir, na aporia entre as diferenças para o enriquecimento dos conteúdos do Direito, isto é, novas possibilidades para o Direito Internacional mediante a desconstrução do seu caráter totalizador, todavia sem desconsiderar sua necessidade como instrumento estabilizador.

A possibilidade de novas interpretações pode ser obtida pela ação de “ouvir”. O sentido desejado para o emprego de empregar ao termo

³⁸ Um perfil que, salientando embora a impossibilidade da Lei da hospitalidade, ipso facto, a inevitabilidade da contaminação da ética da hospitalidade pelo político-jurídico, salienta-se também a re-invenção do político e do jurídico por esta mesma ética da hospitalidade, pela anterioridade anacrónica e alógica d’A Lei da hospitalidade, assim dando conta da própria re-invenção do cosmopolitismo. (BERNARDO, p.444).

“ouvir” deve-se aproximar da acepção de “compreender”, “entender”. Esse sentido ambivalente permite ao *Ombudsman – Provedor de Justiça* criar uma abertura para receber reclamações de qualquer “outro”, absolutamente “outro”, na tentativa de perceber o quase inaudível, pois, somente a partir dessa percepção, podem surgir novas formulações.

Trata-se, sobretudo, de uma questão ética, ou melhor, de uma relação ética com o “outro”, com as diferenças e dificuldades do “outro”, para com quem deve-se ter uma responsabilidade infinita. A partir dessa dimensão ética, decorre uma responsabilidade política que, ao se comprometer com o “outro”, está sempre aberta a mudanças na busca de uma democracia por vir.

Destarte, toda responsabilidade com o (outro) recai sobre cada ser vivente. Assim, não basta a existência apenas de um articulador em sede institucional, mediador de conflitos, mas de uma infinita rede de *Ombudsman – Provedor de Justiça*. Cada indivíduo, cada entidade não governamental, deve assumir essa responsabilidade, pois na teoria e na prática, esse (*alter*)*instituto* de cunho amplamente democrático e inclusivo, capaz de viabilizar a acolhida de todos os singulares. Somos todos (*alter*)*Ombudsman’s*, na promoção da ingerência nas políticas públicas (nacionais e internacionais) e na atuação, criação e interpretação das regras aplicáveis à sociedade global. Crê-se, como isso, demonstrar a importância de uma democracia deliberativa internacional, permanente, aberta às possibilidades do amanhã e que se permita **re-construir**, sempre, incondicionalmente o mundo em que se vive, também e para além do cosmopolitismo.

A partir desses parâmetros reflexivos, com a ideia lançada acerca dessa magistratura em suas bases mais alargadas, e ao mesmo tempo reconhecendo que sua experimentação mais bem sucedida se dá na órbita nacional, como se tem confirmado no próprio continente europeu com grande amadurecimento, na América Latina com certa importância e nos países lusófonos do continente africano, ainda muito incipientes, que lançaremos luzes acerca da necessidade de se conceder um apoio incondicional a essas magistraturas recentemente instaladas nos países lusófono localizados na África.

4.2. *Provedores de Justiça nos Países Lusófonos*

Os *Ombudsman's* – *Provedores de Justiça* estão presentes nos países lusófonos. Em algumas localidades, ele se encontra mais desenvolvido e legitimado, do que em outras. Certamente em virtude da maneira como se desenvolveu o amadurecimento democrático de uma determinada comunidade.

De acordo com a Constituição Portuguesa, o *Provedor de Justiça* é considerado órgão público independente, eleito pela Assembleia da República, com garantia de inamovibilidade e imunidade, tendo competência para lidar com quaisquer atividades administrativas, destinadas à defesa dos cidadãos, diante das irregularidades e omissões cometidas pela Administração.

Configura-se obrigação do *Provedor de Justiça* apresentar um relatório anual ao Parlamento, discutido previamente pela sociedade civil. O *Provedor de Justiça* possui amplos poderes de investigação, tendo acesso a documentos e processos em todos os níveis da Administração Pública, incluídas as empresas estatais.

Maiorano assim descreve sua atuação³⁹:

Dirigir recomendações aos órgãos competentes com o escopo de corrigir os atos administrativos ilegais ou injustos para alcançar uma melhoria nos serviços da Administração; assinalar as deficiências da legislação, formulando recomendações para a elaboração de novas normas, as quais serão enviadas para o Presidente da Assembleia da República, ao Primeiro-Ministro ou o Ministro diretamente interessado e, caso necessário, aos presidentes das assembleias regionais e titulares dos governos regionais

³⁹ “Dirigir recomendaciones a los órganos competentes con el objetivo de corregir los actos administrativos ilegales o injustos a alcanzar una mejora em los servicios de la Administración; señalar las deficiencias de la legislación, formulando ‘recomendaciones’ para la elaboración de nuevas normas, las cuales serán enviadas al Presidente de la Asamblea de la República, al Primer Ministro o Ministro directamente interesado y, en caso necesario, a los presidentes de las asambleas regionales y titulares de los gobiernos de regiones autónomas; emitir ‘opiniones’, a solicitud del Parlamento, sobre cualquier asunto relacionado con su actividad; promover la divulgación del contenido y significado de cada uno de los derechos y libertades fundamentales y de los medios instituidos para su defensa.”

autônomos; emitir opiniões, mediante solicitação do Parlamento, sobre qualquer assunto relacionado com a sua atividade; promover a divulgação do conteúdo e significado de cada um dos direitos e liberdades fundamentais e dos meios institucionalizados para sua defesa. (MAIORANO *apud* SANTOS, 2001, p. 59, Tradução nossa).

O ocupante do cargo pode atuar mediante o recebimento de reclamações contra qualquer funcionário da Administração Pública ou de ofício, e seu objetivo central é a fiscalização e a correção de atos administrativos ilegais, bem como a melhoria dos serviços prestados pela Administração Pública.

Os poderes de apreciação do *Provedor de Justiça* português foram durante algum tempo restringidos à atividade administrativa, incluindo-se a administração militar. No entanto, o *Provedor de Justiça* acumula a função de providenciar a reparação de injustiças decorrentes de ilegalidades, parcialidades e má administração e aquelas que acarretam violações de Direitos Humanos. Importante ressaltar ainda que o Provedor tem a seu favor alegitimidade ativa para fiscalização abstrata de normas.

Destaca-se, sobretudo como a provedoria de justiça de Portugal atraiu para si a defesa dos Direitos Humanos Fundamentais dos cidadãos.

Assim diz Bacelar Gouveia: “é constitucionalmente localizado no seu lugar próprio, que é o de defensor dos direitos dos cidadãos, numa perspectiva que vai para além da defesa dos direitos que são fundamentais”.

O *Provedor de Justiça* é um órgão do Estado, dotado de independência, atua na defesa dos direitos dos cidadãos, por intermédio de recomendações para se assegurar a justiça e a proteção dos direitos humanos.

No Brasil as *Ouvidorias Públicas*, como são chamadas pelo Poder Público, tem sede constitucional. Por força do art. 37, § 3.º com redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19/98, estabeleceu norma geral referente à participação popular na Administração Pública, remetendo à lei ordinária a regulação das formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta.

Assim a lei regulamenta o exame das reclamações referentes à prestação de serviços pelos órgãos do Executivo, Legislativo, Judiciário, Ministério Público, Defensorias Públicas, Tribunais de Contas, Estatais e diversos serviços privados, permitindo ao *Ouvidor* intervir por meio de recomendações e propor medidas para a correção e prevenção de falhas e omissões; verificar o nível de satisfação do usuário de serviço público e privado; incentivar a participação popular na fiscalização e controle dos serviços públicos, no âmbito do Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; sugerir a expedição de atos normativos e de orientação para correção de situações de inadequada prestação de serviços públicos e promover programas de capacitação e treinamento para o desempenho das atividades de ouvidoria, visando o aprimoramento dos serviços prestados e atuando como interlocutora entre o cidadão e o governo.

Após a edição de diversas leis que ampliaram e regulamentaram o controle social no Brasil, tais como a lei de transparência dos atos do Poder Público, que consiste na disponibilização de Portal na internet de todos os dados governamentais a qualquer cidadão, sendo a transparência pública a regra e o sigilo a exceção.

A lei de acesso à informação⁴⁰ a qualquer cidadão por solicitação da parte interessada, limitada apenas aquelas classificadas por comissão especial como sigilosa, por meio de plataforma tecnológica ou por qualquer outro meio de requisição.

A lei anticorrupção que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Trata-se de atos que atentam contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

A denominada lei das estatais que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsi-

⁴⁰ O *direito de informação*: é o cerne do estatuto do direito de oposição o ‘... direito de ser informados regular e diretamente pelos correspondentes órgãos executivos sobre o andamento dos principais assuntos de interesse público relacionados com sua atividade’ (GOUVEIA, 2011, p. 919)

diárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e determina o cumprimento de regras rígidas de contratação pública, controle externo e controle social, incluindo as regras de transparência e acesso à informação dos atos praticados nos limites do estatuto regulamentado nesta norma.

A Lei de defesa e proteção do usuário de serviços públicos que prevê direitos dos cidadãos e atribuições das ouvidorias como canal de entrada das manifestações, avaliação periódica da qualidade dos serviços prestados pela administração pública.

Todo esse arcabouço legislativo conferiu as Ouvidorias Públicas um status diferenciado, na medida em que potencializou e reconheceu a sua atuação como instrumento indispensável à concretização do controle social e à garantia de direitos do cidadão brasileiro.

Vale destacar, ainda, que a edição de tantas normas que regulamentam a ética na administração pública no Brasil, sobreveio a este momento de crise política e econômica, cujas bases estão lastreadas pelas ações da Polícia Federal e do Ministério Público Federal no combate à corrupção, especialmente com o envolvimento de partidos políticos, agentes políticos, servidores públicos e empresas privadas.

Este ponto merece destaque, não tanto pelo apoio e indignação do povo brasileiro, mas pelo sofrimento das camadas menos favorecidas com o desemprego, ausência de serviços públicos básicos, falta de moradia, violência urbana e tantas outras mazelas trazidas por esta situação nacional. O povo grita

Saindo do Brasil e cruzando o atlântico em direção aos países de língua portuguesa em território africano, destaca-se a Constituição de Moçambique em seu Título XII – Da Administração Pública – em seu art. 256 instituiu o *Provedor de Justiça* que é um órgão que tem como função a garantia dos direitos dos cidadãos, a defesa da legalidade e da justiça na atuação da Administração Pública. A magistratura possui estatuto próprio que estabelece as suas competências.

A Constituição da República do Timor-Leste em seu art. 27 dispõe que o *Provedor de Direitos Humanos e Justiça* é um órgão independente que tem por função apreciar e procurar satisfazer as queixas dos cidadãos contra os poderes públicos, podendo verificar a conformidade

dos atos com a lei, bem como prevenir e iniciar todo o processo para a reparação das injustiças.

Os cidadãos podem apresentar queixas por ações ou omissões dos poderes públicos ao Provedor de Direitos Humanos e Justiça, que as apreciará, sem poder decisório, dirigindo aos órgãos competentes as recomendações necessárias. O Provedor de Direitos Humanos e Justiça é eleito pelo Parlamento Nacional, por maioria absoluta dos Deputados, para um mandato de quatro anos.

A atividade do Provedor de Direitos Humanos e Justiça é independente dos meios gratuitos e contenciosos previstos na Constituição e nas leis. Os órgãos e os agentes da administração têm o dever de colaboração com o Provedor de Direitos Humanos e Justiça.

O Provedor de Justiça é um órgão previsto na Constituição de Angola 1992. Em seu artigo 142 define como objetivo do Provedor de Justiça a defesa dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, assegurando através de meios informais a justiça e a legalidade da administração pública. Seu estatuto é de 2006 e prevê as ações do Provedor de Justiça se dá no âmbito dos serviços da administração pública, central e local, dos institutos públicos, empresas públicas ou de capitais majoritariamente públicos, concessionárias de serviços públicos ou de exploração de bens de domínio público. Com poderes de colaboração e recomendação para correção das disfunções provenientes da administração.

Em Cabo Verde a Lei n.º 29/VI/2003, procedeu à aprovação do Estatuto do *Provedor de Justiça*, como órgão do Estado independente e auxiliar do poder político, eleito pela Assembleia Nacional, cuja atribuição essencial é a defesa e promoção dos direitos, liberdades, garantias e interesses legítimos dos cidadãos, de modo a assegurar através de meios informais, a justiça, a legalidade e a regularidade do exercício dos poderes públicos. A mesma lei prevê que o provedor nomeie até dois provedores adjuntos, e ainda coordenadores e assessores que se mostrarem necessários ao desempenho das suas funções. Compete ao Governo, por força do artigo 48.º da Lei n.º 29/VI/2003, de 4 de Agosto, a aprovação da lei orgânica da Provedoria de Justiça, regulando o regime e o quadro de pessoal. Regulamentada pelo Decreto-Lei n.º 10/2014.

Em São Tomé e Príncipe somente em 2015 foi anunciada a criação de uma provedoria de justiça para atender as demandas da população.

Constituída no dia 28 de maio de 2013, em Lisboa, a Rede de Provedores de Justiça, de Comissões Nacionais de Direitos Humanos e demais Instituições de Direitos Humanos da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa, é constituída pelos Provedores de Justiça de Portugal, Angola, Moçambique e Timor-Leste, as Comissões Nacionais de Direitos Humanos de Cabo Verde, Guiné-Bissau e Moçambique, o Procurador Federal dos Direitos do Cidadão do Brasil, e, desde 2015, pelo Provedor de Justiça de Cabo Verde. Integra também esta Rede, com o estatuto de observador, a Comissão Interministerial dos Direitos Humanos de São Tomé e Príncipe. (<http://www.provedor-jus.pt/?idc=66>).

Compreende-se, portanto que são muitos os esforços para o fortalecimento do instituto nos países africanos de língua portuguesa, mas que se sabe, demanda estruturas compatíveis com a estatura da função que não lhe são concedidas. Muitas matérias jornalísticas denunciam a despreocupação ou mesmo o desinteresse dos governos de dotarem os *Provedores de Justiça* dessas localidades de condições reais de funcionamento para desempenharem suas atribuições com eficiência e a eficácia que se espera.

Mas a democracia é um processo perene e de aprendizados constantes. O mundo conectado em rede, a disseminação do empoderamento social e os esforços das comunidades lusófonas, como a iniciativa da CPLP e dos próprios *Provedores de Justiça* no exercício de suas funções poderão contribuir para o avanço de tão relevante magistratura.

Assim *Provedor de Justiça* nos países lusófonos poderão contribuir, como por exemplo, o debate acerca da governança, que implica na soma de esforços comuns, constituído pela ação dos indivíduos, instituições governamentais e não governamentais, para estabilizar os interesses tido como inconciliáveis de forma cooperativa e em nome de todos

A dimensão participativa da democracia, menos orgânica e mais informal, é a que se liga ao exercícios dos direitos de natureza política que permitem a expressão da opinião pública, que inderetamente influen-

cia as decisões políticas tomadas pelos governantes, opinião pública que se controí com base nas opiniões individuais livremente produzidas no espaço público (GOUVEIA, 2011, p. 916)

Cabe destacar, portanto, que foi construído ao longo de décadas, no cenário europeu, que tem muito a nos ensinar, a atuação do *Ombudsman – Provedor de Justiça* foi preponderante e oportuna no alcance de uma política pública inclusiva, permitindo que as pessoas, em condição de vulnerabilidade, não só fossem açambarcadas por um novo programa inclusivo, mas também tivessem a oportunidade de ampla manifestação, participando efetivamente do processo discursivo, que culminou no avanço das políticas públicas europeias. Ao concluir o relatório, o *Ombudsman- Provedor de Justiça* apresenta a síntese de sua função, que merece ser transcrita:

Ao abrir um debate público sobre a integração das pessoas com deficiência pela Comissão, o Provedor de Justiça espera ter contribuído para trazer voz aos cidadãos com deficiência, posicionando-os mais perto das instituições da União Europeia. O Provedor de Justiça espera que os resultados de sua iniciativa venham a ajudar a Comissão a reavaliar algumas de suas ações neste campo, a fim de corrigi-las se necessário e, ao fazê-lo, a servir a todos os cidadãos europeus de uma forma melhor.⁴¹

Afirma-se, portanto, a necessidade de se desenvolver políticas de cidadania em regiões que somam um grande déficit de participação popular. No contexto atual em que elas estão submetidas, negar-lhes a presença é fechar os olhos e tapar os ouvidos para a compreensão do (outro), subvertendo os valores agregados ao escopo do projeto. O estranho (o diferente) carrega em si o papel principal deste enredo, na medida em que o sentido da hospitalidade possui os contornos da

⁴¹ Segundo o trecho final do relatório: “By opening a public debate on the integration of people with disabilities by the Commission, the Ombudsman hopes to have contributed to bringing the voice of disabled citizens closer to the Union’s institutions. The Ombudsman is hopeful that the results of his initiative will help the Commission reassess some of its actions in this realm with a view to correcting them if necessary and, in so doing, to serving all European citizens better”.

abertura à alteridade, favorecendo uma atitude de cortesia, responsabilidade e acolhimento. É a partir dessa ação hospitaleira, que o projeto vai tecendo um novo ambiente por onde passa ao mesmo tempo em que transforma a realidade dos envolvidos afirmando a importância da cidadania.

5. Conclusão

A presente reflexão buscou um fundamento que fosse capaz de oferecer algumas respostas na superação dessa dogmática política-jurídica contemporânea inspirada por uma alteridade capaz de superar o velamento dos sentidos tradicionais e de transbordar o sentido contido no cosmopolitismo, na cidadania, na soberania, na política, no Direito e que seja sensível às diferenças e, socialmente equilibrada. Não só em virtude da incapacidade do Estado-nação de resolver as mazelas oriundas das relações humanas, dentre elas as questões éticas, políticas e jurídicas, mas em função de se buscar um meio alternativo para a legitimação do sistema normativo em uma esfera mais ampla.

A desconstrução do Estado, por exemplo, mas de qualquer outro signo não significa a sua abolição, mas superação do sentido tradicional que bloqueia uma nova compreensão a seu respeito. Por isso a necessidade de se discutir a ideia de um espaço internacional cosmopolita em que o sentido da cidadania seja re(e)levado assim como o próprio cosmopolitismo. Pensar além do Estado-nação significa pensar uma nova ordem internacional “altermundializada”, sem abrir mão dos procedimentos universais e institucionais, que permitem o fluxo comunicacional nesta seara.

A experiência tem mostrado que os enganos e desenganos oriundos das crises mundiais estão escoimados na falta de maturidade democrática, fruto da ausência de envolvimento, participação e mesmo a falta de espaços institucionalizados, que facilitam o discurso intercultural.

Entretanto, para que seja possível uma sociedade aberta é necessária a experiência de uma cultura de singularidades, com atenção aos valores e toda a multiplicidade global. O “Eu” não é soberano de

si, pois o mundo não começa no “cogito”, mas na complexa rede de significantes em que estamos inseridos, assim como toda consciência vem de fora e os signos são incorporados pelas relações intersubjetivas. É a partir do “outro” que o “eu” se estrutura, se constitui, ou seja, só é possível entrar no “eu” pelo “outro”. Pois só é possível construir uma ordem jurídica legítima por intermédio de um diálogo permanente. Mas é necessário que existam mecanismos, que instrumentalize esse fluxo, todavia a ordem internacional permanecerá na sua velha clausura se não for cultivada a cultura da solidariedade e o reconhecimento da responsabilidade de cada um nós carrega para com o outro. Caso contrário, isso significará, em alguma medida, hegemonia, tirania e dominação.

Buscou-se, assim, estudar um instituto que na sua atuação confere primazia ao “outro”. Aquele que intermedia, que desconstrói e que re(e)leva. Aquele que é instrumento e que atua “[...] *antes-com e para ...*” a perfectibilidade do amanhã. O (*Alter*)*Ombudsman* representa a abertura para uma nova dimensão que se constitui em uma democracia *por vir* como elaborada por Jaques Derrida e pode estar estruturada procedimentalmente, como no pensamento de Jürgen Habermas.

O *Ombudsman* – *Provedor de Justiça* tradicional de inspiração sueca, concebido no seio do Estado nacional e fiduciário do Parlamento e que encontrava limites de atuação nas exatas fronteiras da Administração Pública, não mais resistirá aos impulsos globalizantes e da nova constelação constituída para além do Estado nacional. A redefinição de suas competências e a sua nova feição, que vai além do tradicional espaço de controle das disfunções administrativas, exercidas em um passado próximo, passa a dotá-lo de atribuições que abarcam a complexa tarefa de atuar em defesa e proteção dos Direitos Humanos internacionais.

Dessa forma, o (*Alter*)*Ombudsman* (muito além do *Ombudsman* Institucionalizado) se constitui como um dos elementos estruturantes dessa nova ordem internacional/nacional com o alargamento de sua atuação (uma nova aliança entre viventes) em defesa da dignidade humana contra os abusos cometidos pelos poderes constituídos ou mesmo por outros atores. Significa pensar em uma alternativa, que

não somente atue em prol da educação e defesa da cidadania, mas que transcenda este espectro para promover a defesa de qualquer ser vivo e em qualquer lugar.

Afirma-se por fim a necessidade de articular e apoiar a atuação da referida magistratura de persuasão no continente africano, em especial nos países lusófonos, cujo relatório foi destinado. Os princípios contidos nesta pesquisa com destaque para o *Ombudsman – Provedor de Justiça* evidencia este instrumento de amadurecimento democrático, na medida em que canaliza uma interloção entre governantes e governados, e portanto, deve ser considerado nestas localidades em que a democracia ainda é jovem e incipiente, como um extraordinário instrumento de educação aprimoramento democrático.

REFERÊNCIAS

- ANGOLA. Portal oficial do governo de Angola <http://www.governo.gov.ao/>
- ARAGÃO, Lúcia. **Habermas: filósofo e sociólogo do nosso tempo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.
- ARAÚJO, Luiz Bernardo Leite. Habermas e a questão do multiculturalismo. In: SIEBENEICHLER, Flávio Beno (org). **Direito, Moral, Política e Religião nas sociedades pluralistas: entre Apel e Habermas**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006.
- BERNARDO, Fernanda. A ética da hospitalidade, segundo J. Derrida, ou o porvir do cosmopolitismo por vir a propósito das cidades-refúgio, re-inventar a cidadania (II). **Revista Filosófica de Coimbra, Coimbra**, n. 22, p. 421-446, 2002.
- BERNARDO, Fernanda. Para além do cosmopolitismo kantiano: hospitalidade e “altermundialização” ou a Promessa da “nova Inter-nacional” democrática de Jacques Derrida. **Revista Portuguesa de Filosofia, Braga**, v. 61, fasc. 3-4, p. 303- 355, jul/dez, 2005.
- BORRADORI, Giovanna. **Filosofia em tempo de terror: diálogo com Habermas e Derrida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.
- CABO VERDE. Portal oficial do governo de Cabo Verde. <http://www.governo.cv/>

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 1 ed. Brasileira, 2. Ed portuguesa. Co-edição: Coimbra Editora, Revista dos Tribunais. 2008.
- CARDOSO, José Lucas. **A posição institucional do provedor de justiça**. Lisboa: Coimbra Editora, 2012.
- COSTA, Cláudio. **Filosofia da linguagem**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Azhar Ed., 2007.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **A Resposta Correta: incursões jurídicas e filosóficas sobre as teorias da justiça**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Habermas, ação estratégica e controle de constitucionalidade. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Quinze anos de Constituição: história e vicissitudes**. Belo Horizonte, Del Rey, 2004.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Hermenêutica constitucional e democracia. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, 1/2 sem. 2000.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica Jurídica e(m) debate**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- DERRIDA, Jacques. **A solidariedade dos seres vivos**. Entrevista concedida à Evando Nascimento. Disponível em: <<http://www.rubedo.psc.br/entrevistas/sovivivo.htm>> Acesso em: 02 out. 2011.
- DERRIDA, Jacques. **Força de lei**. São Paulo: Martins Fontes. 2010.
- DERRIDA, Jacques. **Gramatologia**. Tradução de Miriam Chnaiderman e Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Perspectivas, 2011.
- DERRIDA, Jacques. **Posições**. Trad. Tomaz Tadeu da Silva. Belo Horizonte: Autêntica, 2001.
- DERRIDA, Jacques; ROUDINESCO, Elisabeth. **De que amanhã ...: diálogo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.
- DUFOURMANTELLE, Anne. **Convida Jacques Derrida a falar da hospitalidade**. São Paulo: Escuta, 2003.
- DUQUE-ESTRADA, Paulo Cesar (Org). **Espectros de Derrida**. Rio de Janeiro: NAU Editora: Editora PUC-Rio, 2008.
- DUQUE-ESTRADA, Paulo Cesar. **Derrida e o pensamento da desconstrução**. Entrevista concedida a Márcia Jungues. Disponível em: <<http://revistacult.com.br/>>

- uol. com.br/home/2010/03/desconstrucao-e-incondicional-responsabilidade/> Acesso em: 02 fev. 2012.
- DUQUE-ESTRADA, Paulo Cesar. **Desconstrução e incondicional responsabilidade**. Disponível em: <<http://revistacult.uol.com.br/home/2010/03/desconstrucao-e-incondicional-responsabilidade/>> Acesso em: 02 fev. 2012.
- DUQUE-ESTRADA, Paulo Cesar. Sobretudo ... o perdão: impossibilidade, alteridade, afirmação. In: DUQUE-ESTRADA, Paulo Cesar (Org.). **Espectros de Derrida**. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2008.
- FREITAG, Barbara. **Dialogando com Jürgen Habermas**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.
- GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em Perspectiva**. Tradução Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2009.
- GALUPPO, Marcelo Campos. Hermenêutica constitucional e pluralismo. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord). **Hermenêutica e jurisdição constitucional: estudos em homenagem ao Professor José Alfredo de Oliveira Baracho**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- GAMMELTOFT-HANSEN, Hans. Trends Leading to the Establishment of a European Ombudsman. In: **The European Ombudsman: Origins, Establishment, Evolution**. Luxemburgo: Office for Official Publication of the European Communities, 2005.
- GUINÉ-BISSAU. Gov.GW portal oficial. <http://www.gov.gw/index.php?lang=pt>
- GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Direito constitucional de Moçambique**. Lisboa: IDILP, 2015.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Direito constitucional de Angola**. Lisboa: IDILP, 2014.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Direito constitucional de Timor-Leste**. Lisboa: IDILP, 2012.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de direito constitucional**. 4 ed. Vol.II, Coimbra: Almedina, 2011.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de direito internacional público**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2010.
- HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Loyola, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.

- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, 1.v.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b, 2.v.
- HABERMAS, Jürgen. Dispute on the Past and Future of International Law. Transition From a National to a Postnational Constellation. **Journal Philosophy**, Hanoi. n. 10, 2003c.
- HABERMAS, Jürgen. **Entre naturalismo e religião: estudos filosóficos**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.
- HABERMAS, Jürgen. **Era das transições**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003d.
- HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade: doze lições**. Tradução de Luiz Sérgio Repa e rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2002a.
- HABERMAS, Jürgen. **O ocidente dividido**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006.
- HABERMAS, Jürgen. **Passado como futuro**. Entrevista concedida a Michael Haller. Tradução de Flávio Beno Siebebeichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993.
- HABERMAS, Jürgen. **Crise financeira e futuro dos Estados nacionais**. Entrevista concedida a Folha de São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://direitoadministrativo-emdebate.wordpress.com/2008/11/09/entrevista-jurgen-habermas-crise-financeira-e-futuro-dos-estados-nacionais/>> Acesso em: 14. jan. 2012.
- HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro: 2002b.
- HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação pelos Direitos Humanos. In: MERLE, Jean-Crhistophe, MOREIRA, Luiz (Org.). **Direito e legitimidade: escritos em homenagem ao Prof. Dr. Joaquim Carlos Salgado por ocasião de seu decanato como professor titular de teoria geral e filosofia da faculdade de direito da UFMG**. São Paulo: Landy, 2003e.
- HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. São Paulo: Littera Mundi, 2001.
- HABERMAS, Jürgen. Euroceticismo, Europa dos Mercados ou Europa dos Cidadãos (do mundo). In: **Revista Tempo Brasileiro**, Rio de Janeiro, n. 138, p. 33-54, jul/set. 1999.

- HADDOCK-LOBO, Rafael. **Considerações sobre “posições” de Derrida.** O que nos faz pensar, n. 21. 2007. Disponível em: <<http://www.oquenofazpensar.com/mwg-internal/de5fs23hu73ds/progress?id=UTOlwt/fky>> Acesso em: 02 fev. 2012.
- HADDOCK-LOBO, Rafael. **Derrida e o labirinto de inscrições.** Porto Alegre: Zouk, 2008.
- HÄRBELE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.
- HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo.** 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.
- HERZ, Mônica. O Brasil e a Reforma da ONU. **Lua Nova-Revista de Cultura e Política**, n. 46. São Paulo: Cedec, 1999. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64451999000100004&script=sci_arttext> . Acesso em: 05 jan. 2012.
- HERZ, Mônica; HOFFMANN, Andrea Ribeiro. **Organizações internacionais: história e prática.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- KANT, Immanuel. **À paz perpétua.** Porto Alegre: L&PM, 2010.
- KANT, Immanuel. **À Paz Perpétua: Um projeto filosófico.** Tradução de Arthur Mourão. Versão Digital. 1795. Disponível em: <http://www.lusosofia.net/textos/kant_immanuel_paz_perpetua.pdf> Acesso em: 28 dez. 2011.
- KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática.** São Paulo: Martin Claret, 2004.
- KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros escritos.** Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003.
- KOZICKI, Katya. **O problema da interpretação do direito e a justiça na perspectiva da desconstrução.** p. 146-164. Disponível em: <http://www.oquenofazpensar.com/adm/uploads/artigo/o_problema_da_interpretacao_do_direito_e_a_justica_na_perspectiva_da_reconstrucao/n18Katya.pdf> Acesso em: 02 fev. 2012.
- KOZICKI, Katya; FLENIK, Marilucia. A cidadania e o Estado Democrático de Direito. In: **Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI.** Brasília: 2008. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/11_717.pdf> Acesso em: 02 fev. 2012.
- KOZICKI, Katya; LORENZETTO, Bruno Menezes. O conceito de justiça para Derrida e Lévinas. In: **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI.**

- São Paulo: 2009. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/compedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2562.pdf> Acesso em: 02 fev. 2012.
- KOZICKI, Katya; NETO, José Querino Tavares. O “eu” para o “outro”: A alteridade como pressuposto para uma (re) significação dos direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito*, v. 47. n. 0. p. 65-80. Curitiba: UFPR, 2008. p.65-80. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/viewArticle/15735>> Acesso em: 02 fev. 2012.
- LACROIX, Junstine. Patriotismo Constitucional e a identidade nacional em Jürgen Habermas. In: ROCHLITZ, Rainer (coord.). **Habermas: o uso público da razão**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direitos humanos: sua história, sua garantia e a questão da indivisibilidade**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.
- MAMAN, Jeannette Antonios. **Fenomenologia existencial do direito – crítica do pensamento jurídico brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003.
- MOÇAMBIQUE. Portal do governo. <http://www.portaldogoverno.gov.mz/>
- MONCADA, Luis S. Cabral de Oliveira. **Filosofia do direito e do estado**. São Paulo: Acadêmica, 1950.
- MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas**. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- NAÇÕES Unidas. **Carta das Nações Unidas**. 1945.
- NASCIMENTO, Evandro. **A solidariedade dos seres vivos: entrevista com Jacques Derrida**. Disponível em: <www.rubedo.psc.br/entrevis/solivivo.htm> Acesso em: 12. nov..2011.
- NASSIF, Gustavo Costa. A democratização da Administração Pública por intermédio das ouvidorias públicas baseada na visão porcedimental de J. Habermas. In: NASSIF, Gustavo Costa (Org). **Tópicos especiais de direito público e privado: direito, democracia e cidadania**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011. p.119-144.
- NASSIF, Gustavo Costa. A Ouvidoria de Fazenda, Patrimônio e Licitações Públicas de Minas Gerais. In: LYRA, Rubens Pinto; CARDOSO, Antônio Semeraro Rito (Orgs.). **Novas Modalidades de Ouvidoria no Brasil**. João Pessoa: Editora Universitária da UFPB, 2011.

- NASSIF, Gustavo Costa. A Ouvidoria Geral do Estado de Minas Gerais. In: LYRA, Rubens Pinto; PINTO, Eliana (Orgs.). **Modalidades de Ouvidoria no Brasil**. João Pessoa: Editora Universitária da UFPB, 2009.
- NASSIF, Gustavo Costa. A participação social na administração pública e a proteção dos direitos fundamentais: qual o papel das ouvidorias públicas? In: OLIVEIRA, Teresinha Rodrigues de; GONTIJO, Cynthia Rúbia Braga; SANTOS, Marlene Dária de Lima (Orgs.). **Diálogo sobre políticas públicas**. Belo Horizonte: Universidade do Estado de Minas Gerais: Faculdade de Políticas Públicas Tancredo Neves, 2008.
- NASSIF, Gustavo Costa. Os ouvidores na intermediação do diálogo entre o cidadão/Estado e o consumidor/empresa. In: LIMA, Fernanda Maria Dias de Araújo (Org.). **Mediação: Teoria e Prática**. Belo Horizonte: Ed. New Hampton Press Ltda, 2011. p.166-181.
- NOBRE, Marcos. **A teoria crítica**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 2004.
- NOBRE, Marcos. Introdução. In: NOBRE, Marcos; Terra, Ricardo (Orgs.) **Direito e Democracia: um guia de leitura de Habermas**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- OLIVEIRA, Manfredo Araujo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2001.
- PELLET, Alain; DAILLIER, Patrick, DINH, Nguyen Quoc. **Direito internacional público**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.
- PORTUGAL. Provedoria de Justiça de Portugal. **Criação do provedor de justiça**. Disponível em: <<http://www.provedor-jus.pt/antecedeprov.htm>> Acesso em: 04 dez.2006.
- ROCHA, Acílio E. A paz e a Europa cosmopolita: ‘varietas delectat’. In: **Filosofia Unisinos**, n. 6 (2), mai/ago 2005. Braga: Unisinos, 2005.
- ROCHA, Acílio E. Filosofia e a Ideia de Europa. In: **Revista Portuguesa de Filosofia**, v. 58, fasc 2, abr/jun, 2002. Braga: FACFIL-UCO, 2002. p. 223-254.
- ROCHA, Acílio E. O ideal da Europa: Gadamer e Hermenêutica da Alteridade. In: **Revista Portuguesa de Filosofia**, v. 56, fasc. 3-4, jul-dez, 2000. Braga: FACFIL- UCO, 2000. p. 319-332.
- ROCHA, Antônio Wagner Veloso. **Derrida e a essência do político em Espectros de Marx**. Disponível em: <http://www.letras.ufmg.br/poslit/08_publicacoes_pgs/Em%20Tese%2016/16%203/a_ntonowagner.pdf> Acesso em: 02 fev. 2012.
- SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça em Kant**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1995.

- SALGADO, Joaquim Carlos. Kant: revolução e reforma no caminho da constituição republicana. In: TRAVESSONI, Alexandre. **Kant e o Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.
- SALGADO, Karine. **A paz perpétua de Kant**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.
- SANTOS, Boaventura de Souza. Os processos da globalização. In: SANTOS, Boaventura de Souza (org.). **A globalização e as ciências sociais**. São Paulo: Cortez Ed. 2002.
- SANTOS, Boaventura de Souza. Para uma concepção intercultural dos direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- SIEBENEICHLER, Flávio Beno. **Jürgen Habermas: razão comunicativa e emancipação**. 4. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- SODERMAN, Jacob. The Early Years. In: **The European Ombudsman: Origins, Establishment, Evolution**. Luxemburgo: Office for Official Publication of the European Communities, 2005.
- TIMOR-LESTE. Governo do Timor-Leste. <http://timor-leste.gov.tl/>
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Vol I, 2.ved. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Vol II, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999
- TROTIGNON, Pierre. **Heidegger**. Tradução de Armindo José Rodrigues. Rio de Janeiro: Edições 70.
- UNIÃO EUROPEIA. **Decisão do Parlamento Europeu relativa ao estatuto e às condições gerais de exercício das funções de Provedor de Justiça Europeu**. Aprovada pelo Parlamento em 9 de Março de 1994. Disponível em: <<http://www.ombudsman.europa.eu/pt/resources/statute.faces>> Acesso em: 03 fev. 2012.
- VENTURA, Catarina Sampaio. **Direitos humanos e Ombudsman: paradigma para uma instituição secular**. Lisboa. Disponível em: <www.provedor-jus.pt> Acesso em: 27 ago. 2011.

WALKER SMITH, Derek Sir. **The case for a European Ombudsman**. Londres: European Conservative Group, 2008.

ZEITUNG, Frankfurter Allgemeine. Habermas realça debate sobre Europa e democracia. In: **Presseurop**. 9 Nov 2011. Disponível em: <<http://www.presseurop.eu/pt/content/news-brief/1152171-habermas-relanca-debate-sobre-europa-e-democracia>> Acesso em: 02 fev. 2012.

CORRESPONDÊNCIA

A correspondência relativa a este artigo deverá ser enviada para:

CCEDIS – Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade
Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

Campus de Campolide, 1099-032 Lisboa, Portugal

E-mail: nassif100@terra.com.br

A nulidade dos tratados internacionais¹

Invalidity of International Treaties

JORGE BACELAR GOUVEIA²

Sumário: O presente texto analisa as diversas modalidades por que se apresenta a violação do Direito Internacional Público por parte dos tratados internacionais, a qual se traduz na sua nulidade.

Mas a nulidade dos tratados internacionais está longe de ser um instituto homogéneo, podendo morfológicamente diferenciar-se tanto na gravidade das suas causas – que são os vícios que os contaminam – como na amplitude dos efeitos que lhes correspondem no objetivo de realizar a sua depreciação no tocante à respetiva validade, eficácia e até mesmo existência jurídica.

Palavras-chave: *tratado internacional, nulidade, invalidade.*

Abstract: This paper analyzes the different modalities by which shows the violation of International Law by the international treaties, which translates into a nullity.

But the invalidity of international treaties is far from being a homogeneous institute and may morphologically differentiate both the seriousness of their causes – which are the vices which contaminate – as in the range of effects that correspond to them in order to perform its legal depreciation regarding its validity, effectiveness and even legal existence.

Keywords: *international treaty; unlawfull treaties.*

¹ Entregue: 3.4.2016; aprovado: 7.7.2016.

² Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa (*Campus* de Campolide, 1099-032 Lisboa, Portugal) e da Universidade Autónoma de Lisboa. Presidente do Instituto de Direito Público. Correio eletrónico: jbg@fd.unl.pt. Investigador do CEDIS – Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

§ 1º

TRATADOS INTERNACIONAIS CONTRÁRIOS
AO DIREITO INTERNACIONAL

1. Valor e desvalor dos tratados internacionais

I. A elaboração dos tratados internacionais forçosamente fica condicionada à verificação de um conjunto de parâmetros que limitam os sujeitos internacionais na sua liberdade de disposição³.

Acolhendo o importante contributo que pode ser dado pelo Direito Estadual, *maxime* o Direito Constitucional e o Direito Administrativo, é de diferenciar, em razão da função que se cometa a esses parâmetros, bem como da respetiva consistência, entre as seguintes categorias de requisitos que se impõem aos tratados internacionais:

- os *requisitos de existência*;
- os *requisitos de validade*;
- os *requisitos de eficácia*;
- *outros requisitos*.

II. Em qualquer destes casos, estamos perante exigências que o Direito Internacional faz aplicar para considerar lícita ou correta a produção desses mesmos tratados, tendo a violação daqueles requisitos a consequência de sobre eles se aplicarem diversas sanções, na sequência de outros tantos fatores de ponderação, distinguindo-se entre:

- os *desvalores jurídicos*, que afetam a consistência intrínseca do ato jurídico-público;
- a *ineficácia jurídica*, que apenas determina a impossibilidade da produção de efeitos por motivos extrínsecos ao ato jurídico-público;

³ Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Internacional Público*, 4ª ed., Coimbra, 2013, pp. 291 e ss.

- outras consequências, como a *irregularidade* ou a *responsabilidade*, quando as anomalias detetadas não atingem a consistência do ato jurídico-público, antes se projetando sobre os respetivos autores.

2. Os requisitos de validade dos tratados internacionais

I. No tocante aos diversos requisitos que acompanham a elaboração dos tratados internacionais, podemos elencar diferentes categorias, tomando em atenção os vários elementos constitutivos do ato em causa⁴, bebendo influências na teoria do ato de Direito Público, largamente trabalhada no Direito Constitucional⁵ e no Direito Administrativo⁶:

- os *requisitos subjetivos*: dizem respeito à qualidade e à capacidade dos sujeitos internacionais outorgantes, bem como à manifestação da respetiva vontade, seja no plano funcional dos órgãos que para tanto estão habilitados, seja no plano psicológico, relativamente às exigências de expressão de uma vontade que seja livre e esclarecida;
- os *requisitos objetivos*: dizem respeito ao conteúdo e ao objeto do tratado internacional, na medida em que é internacionalmente relevante, para além de dever ser inteligível e coerente nos efeitos que contém;
- os *requisitos funcionais*: dizem respeito à conexão entre a vontade manifestada, atestada pela respetiva motivação, e os fins a alcançar, segundo uma sequência teleologicamente aceitável;

⁴ Cfr. FRANCISCO FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito Internacional Público*, 2^a ed., Coimbra, 2003, pp. 133 e ss.

⁵ Sobre a teoria da invalidade dos atos jurídico-públicos inconstitucionais, v. HANS KELSEN, *L'Illecito dello Stato*, Roma, 1988, pp. 10 e ss.; MARCELO REBELO DE SOUSA, *O valor jurídico do ato inconstitucional*, I, Lisboa, 1988, pp. 103 e ss.; JORGE BACELAR GOUVEIA, *O valor positivo do ato inconstitucional*, Lisboa, 1992, pp. 17 e ss., e *Manual de Direito Constitucional*, II, 5^a ed., Coimbra, 2013, pp. 1306 e ss.

⁶ Sobre a teoria da invalidade do ato administrativo ilegal, v. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, I, 10.^a ed., Coimbra, 1991, pp. 465 e ss.; DIÓGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, II, Coimbra, 2001, pp. 342 e ss.

- os *requisitos formais*: dizem respeito às exigências formais e procedimentais, na extrinsecação do tratado, bem como no *iter* procedimental que importa respeitar para se afirmar completo.

II. Não julgamos de aceitar uma qualquer aproximação excessiva à teoria do negócio jurídico, como fazem ALBINO DE AZEVEDO SOARES⁷ e FRANCISCO FERREIRA DE ALMEIDA, na esteira de NGUYEN QUOC DINH, PATRICK DAILLIER e ALAIN PELLET⁸, ainda que nela possamos encontrar alguns elementos úteis.

Estamos em crer que o tratado internacional, apesar da sua estrutura de vontade coletiva, está mais próximo do ato jurídico-público, como se verifica nas diversas soluções que vão sendo consagradas, o que claramente se comprova, *v. g.*, em matéria de interpretação, que é já objetivista, e não subjetivista, resultado que seria imposto pela teoria do negócio jurídico.

3. Os desvalores dos tratados internacionais antijurídicos

I. Nem sempre os tratados internacionais se conformam com o Direito Internacional que lhes é aplicável, através destes mencionados requisitos, pelo que é natural que se equacione a hipótese de eles se colocarem numa situação de infração daqueles mesmos requisitos.

A despeito da importância desta problemática, e ao contrário do que vai sucedendo no Direito Interno, a verdade é que na dogmática jusinternacionalista poucos têm sido os esforços para a enquadrar devidamente.

E o problema agrava-se mais por a CVDTE (Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados), não obstante aquela louvável preocupação regulativa, não ter tido o cuidado da separação – que é mister traçar – entre o mundo da eficácia dos tratados e o mundo dos

⁷ Cfr. ALBINO DE AZEVEDO SOARES, *Lições de Direito Internacional Público*, 4^a ed., Coimbra, 1988, pp. 167 e ss.

⁸ Cfr. NGUYEN QUOC DINH, PATRICK DAILLIER e ALAIN PELLET, *Droit International Public*, 7^a ed., Paris, 2002, pp. 188 e 189.

desvalores dos tratados antijurídicos, incluindo os dois regimes numa mesma Parte – a Parte V – que é destinada tanto à nulidade como à cessação de vigência⁹.

II. É por isso que devemos dissociar os desvalores – ou os valores negativos – dos tratados internacionais antijurídicos de outras situações conceptualmente distintas, como é o caso das situações de valor positivo e das situações de ineficácia simples.

Nestas duas hipóteses, mas por razões diferentes, não se belisca a existência e a validade dos tratados internacionais: ali porque não existem sanções que afetem o ato viciado; aqui porque apenas se afeta externamente a vigência, não por motivos intrínsecos, que tenham a ver com os seus elementos constitutivos.

Regulativamente falando, a CVDTE estabelece o quadro geral dos desvalores, sob a designação geral de nulidade, dizendo que “A validade de um tratado ou do consentimento de um Estado em ficar vinculado por um tratado só pode ser contestada de acordo com a presente Convenção”¹⁰.

Ora, importa dilucidar tais disposições acerca da nulidade dos tratados antijurídicos, no que se deve estudar, separadamente, dois tópicos que se afiguram fundamentais:

- as *causas ou os vícios que determinam a nulidade*;
- as *consequências ou os efeitos que decorrem da nulidade*.

III. Essa é uma verificação que não se faz sem um procedimento específico que seja aplicável, tendo a CVDTE a preocupação, neste ponto até exemplar, de gizar mecanismos que permitam, com segurança, esclarecer dúvidas a respeito da verificação das situações de invalidade dos tratados internacionais¹¹.

⁹ Cfr., respetivamente, os arts. 46.º e ss. e os arts. 54.º e ss. da CVDTE (Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados).

¹⁰ Art. 42.º, n.º 1, da CVDTE.

¹¹ A respeito deste procedimento, v. NGUYEN QUOC DINH, PATRICK DAILLIER e ALAIN PELLET, *Droit...*, pp. 211 e ss.; WLADIMIR BRITO, *Direito Internacional Público*, Braga, 2003, pp. 172 e ss.

O ponto de partida é a formalização dessa vontade, que incumbe ao Estado que quer fazer valer uma causa de invalidade de um tratado, por uma notificação escrita, dirigida a todos os outros Estados contratantes, dessa sua mesma pretensão.

Apresentado o pedido, o procedimento que se encontra organizado bifurca-se por duas vias alternativas:

- ou os outros Estados aceitam essa pretensão e o assunto resolve-se num contexto amigável, podendo o Estado concretizar o efeito inerente à pretensão formulada¹²;
- ou os outros Estados contestam essa pretensão e gera-se uma situação de conflito internacional, abrindo-se duas outras sub-hipóteses.

Neste contexto conflitual, a primeira possibilidade é recorrer aos diversos mecanismos gerais estabelecidos na CNU (Carta das Nações Unidas), todos eles se inserindo numa lógica de resolução pacífica de conflitos sem caráter jurisdicional¹³.

IV. Só na hipótese de por ali o assunto não ficar resolvido doze meses depois, se avança com outros procedimentos, desta feita podendo acolher duas outras possibilidades de procedimentos a adotar:

- o recurso ao TIJ (Tribunal Internacional de Justiça) na situação de violação das normas imperativas de *ius cogens*¹⁴, ou também o recurso à arbitragem¹⁵; ou podendo

¹² Como se preceitua no art. 65.º, n.º 2, da CVDTE, “Se, após o decurso de um prazo que, salvo em casos de particular urgência, não deve ser inferior a três meses a contar da receção da notificação, nenhuma Parte formular objeções, a Parte que faz a notificação pode tomar, nas formas prescritas no artigo 67.º, a medida que tiver previsto”.

¹³ Cfr. o art. 33.º da CNU (Carta das Nações Unidas) *ex vi* art. 65.º, n.º 3, da CNU.

¹⁴ Cfr. o art. 66.º, al. a), da CVDTE.

¹⁵ Arbitragem que não deixa de suscitar surpresa por estar em causa uma norma de *ius cogens* internacional, na certeza de que a arbitragem tem a possibilidade, pelo menos teórica, de atingir o núcleo de normas aplicáveis, podendo facilitar o recurso à equidade.

- “Qualquer Parte num diferendo relativo à aplicação ou à interpretação de qualquer dos outros artigos da Parte V da presente Convenção pode dar início ao procedimento indicado no anexo à Convenção, dirigindo um pedido nesse sentido ao Secretário-Geral das Nações Unidas”¹⁶, o que traduz um esquema de conciliação.

§ 2º

CAUSAS DE NULIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

4. A diversidade dos vícios dos tratados internacionais

As causas da nulidade são os vícios que, consistindo na violação do Direito Internacional, intrinsecamente inquinam os tratados internacionais celebrados, assim se distribuindo em função das diversas categorias de elementos e requisitos que foram assinalados, de acordo com a seguinte tetralogia:

- os *vícios subjetivos*;
- os *vícios objetivos*;
- os *vícios funcionais*; e
- os *vícios formais*.

5. Os vícios subjetivos

I. Os *vícios subjetivos* atingem os elementos subjetivos que integram a estrutura do tratado internacional, relacionando-se com aspetos dos sujeitos outorgantes, bem como com a expressão da sua vontade psicológica, podendo consistir nos seguintes casos:

¹⁶ Art. 66.º, al. b), da CVDTE.

- a incapacidade internacional de contratação, por se tratar de entidade sem personalidade ou capacidade jurídica internacional adequada;
- a ausência de vontade internacional de contratação, sendo fatal no caso dos tratados bilaterais;
- o erro quanto a aspetos que sejam considerados determinantes na economia do tratado;
- o dolo na medida em que implica um erro provocado que perturba a construção de uma vontade livre;
- a coação psicológica quando implica a adulteração da vontade do Estado por medo invencível;
- a coação física ou uso ou ameaça de uso da força, que suprimem a vontade do sujeito¹⁷.

II. A leitura da CVDTE permite deparar com algumas destas situações, que têm assim guarida:

- a limitação da capacidade aos Estados: só pensando nestes é que a CVDTE se organiza e aplica¹⁸;
- a verificação de uma situação de erro relevante: só o é na medida em que o erro tenha incidido “...sobre um facto ou uma situação que esse Estado supunha existir no momento em que o tratado foi concluído e que constituía uma base essencial do consentimento desse Estado em estar vinculado pelo tratado”¹⁹;

¹⁷ A importância da prevenção das situações de coação na celebração dos tratados internacionais levou mesmo a Conferência das Nações Unidas sobre o Direito dos Tratados à emissão de uma Declaração, que ficou como parte integrante da Ata Final, frisando esta preocupação nos seguintes termos: “Condena solenemente o recurso à ameaça ou ao uso da pressão, em todas as suas formas, seja militar, política ou económica, por um Estado, com o fim de coagir outro Estado a realizar um ato relativo à celebração de um tratado, em violação dos princípios da igualdade soberana dos Estados e da liberdade do consentimento”.

¹⁸ O art. 6.º da CVDTE afirma que “Todo o Estado tem capacidade para concluir tratados”.

¹⁹ Art. 48.º, n.º 1, da CVDTE, esclarecendo-se no n.º 2 dessa disposição que o regime do erro não se aplica “...quando o referido Estado contribuiu para o erro com a sua conduta ou quando as circunstâncias forem tais que ele devia ter-se apercebido da possibilidade do erro”.

- a ocorrência de um erro provocado, que é o dolo, com o intuito de enganar: “Se um Estado tiver sido induzido a concluir um tratado pela conduta fraudulenta de um outro Estado que participou na negociação, pode invocar o dolo como tendo viciado o seu consentimento em ficar vinculado pelo tratado”²⁰;
- o surgimento de um caso de coação psicológica: “A manifestação do consentimento de um Estado em ficar vinculado por um tratado obtida por coação exercida sobre o seu representante, por meio de atos ou de ameaças dirigidos contra ele, é desprovida de qualquer efeito jurídico”²¹;
- a possibilidade, mais dramática, de ter sido exercida uma coação física, aqui nem sequer havendo a expressão de uma vontade minimamente livre: “É nulo todo o tratado cuja conclusão tenha sido obtida pela ameaça ou pelo emprego da força, em violação dos princípios de Direito Internacional consignados na Carta das Nações Unidas”²².

6. Os vícios objetivos

I. Os *vícios objetivos* dizem respeito ao facto de o objeto ou de o conteúdo do tratado não ser viável no plano da sua conformidade internacional, divisando-se diferentes hipóteses, para além de outras que possam eventualmente colocar-se:

- o objeto impossível ou inexistente;
- o conteúdo proibido por violação de outras normas e princípios de Direito Internacional tidos por aplicáveis.

II. De acordo com uma perspetiva objetiva, importa observar que os efeitos previstos no tratado – ou a realidade sobre a qual esses mes-

²⁰ Art. 49.º da CVDTE.

²¹ Art. 51.º da CVDTE.

²² Art. 52.º da CVDTE, embora este preceito ainda possa dar guarida a situações de coação psicológica mais intensa, mas que ainda não configuram casos de coação física, que é a *vis absoluta*.

mos efeitos são criados – corporizam aspetos em que pode ser visível uma situação patológica, diretamente prevista na CVDTE.

Vem ela a acontecer quando se dá a infração de uma regra de *ius cogens* internacional, que já observámos sob a ótica da prevalência valorativa do Direito Internacional: “É nulo todo o tratado que, no momento da sua conclusão, seja incompatível com uma norma imperativa de Direito Internacional geral”²³.

7. Os vícios funcionais

I. Os *vícios funcionais* relacionam-se com a circunstância de a liberdade jurígena, que é conferida pelo Direito Internacional, não ser posta ao serviço dos valores que o mesmo serve, havendo que referir, pelo menos, estas duas modalidades:

- desvio de poder, quando as finalidades que são assinaladas não correspondem às motivações subjacentes;
- abuso de poder, que se manifesta na corrupção exercida sobre o representante do Estado.

II. A CVDTE apenas contempla uma situação que se pode reconduzir a uma preocupação funcionalista na contratação internacional, não se escondendo, em geral, a enorme dificuldade de juridificar estas matérias.

Esse é o caso da corrupção do representante de um Estado: “Se a manifestação do consentimento de um Estado em ficar vinculado por um tratado tiver sido obtida por meio da corrupção do seu representante, efetuada direta ou indiretamente por outro Estado que participou na negociação, aquele Estado pode invocar essa corrupção como tendo viciado o seu consentimento em ficar vinculado pelo tratado”²⁴.

III. Há ainda um outro caso, expressamente referido na CVDTE, que hipoteticamente se poderia chamar à colação, o qual se relaciona com a limitação do mandato exercido pelo representante do Estado

²³ Art. 53.º, primeira parte, da CVDTE.

²⁴ Art. 50.º da CVDTE.

na contratação: “Se o poder de um representante para manifestar o consentimento de um Estado em ficar vinculado por um determinado tratado for objeto de uma restrição especial, a inobservância desta pelo representante não pode ser invocada como tendo viciado o consentimento que ele manifestou, salvo se a restrição tiver sido notificada aos outros Estados que tenham participado na negociação, anteriormente à manifestação desse consentimento”²⁵.

8. Os vícios formais

I. Os *vícios formais* são atinentes à tramitação e ao formalismo que deve acompanhar a produção do tratado internacional:

- *vício de forma*: a exteriorização do tratado não seguir a forma que lhe é imposta, como é o caso da forma escrita, no caso em que é exigida;
- *vício de procedimento*: quando os atos praticados não forem conformes às exigências aplicáveis, faltando um desses atos ou não tiverem sido corretamente produzidos, assunto genericamente referido às ratificações imperfeitas, incluindo aspetos relacionados com a competência dos órgãos intervenientes.

II. No tocante ao primeiro aspeto, a CVDTE delimita o seu campo de atuação aos tratados celebrados por escrito, mas isso não obsta à sua validade²⁶.

O que acontece é que as suas normas, sendo aplicáveis, incluindo estas do regime da nulidade, apenas o serão enquanto configurarem Direito Internacional consuetudinário, e não já Direito Internacional Convencional que seja considerado aplicável.

III. Em relação ao outro aspeto, a CVDTE refere o tema das ratificações imperfeitas, mas de um modo globalmente remissivo para o Direito Interno, apenas aceitando a pertinência da obliteração de

²⁵ Art. 47.º da CVDTE.

²⁶ Cfr. o art. 3.º, al. a), da CVDTE.

regras procedimentais nos apertados ditames de ter sido uma “violação manifesta e disser respeito a uma norma de importância fundamental do seu Direito interno”²⁷.

§ 3º

EFEITOS DA NULIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

9. Os efeitos em geral

I. Os efeitos da nulidade dos tratados internacionais representam-se nas consequências negativas que recaem sobre os mesmos, em virtude dos vícios que os inquinam.

Se bem que muito imperfeitamente, por usar o definido na definição, é isso o que a CVDTE vem a proclamar, prescrevendo que “É nulo um tratado cuja nulidade resulte das disposições da presente Convenção. As disposições de um tratado nulo não têm força jurídica”²⁸.

Quer isto dizer que a verificação da nulidade, no âmbito de um tratado internacional, determina o apagamento dos seus efeitos, quase como que se o mesmo nunca tivesse visto a luz do dia.

II. Esse genérico efeito invalidante não é totalmente ilustrativo das particularidades com que a sua aplicação se pode defrontar, uma vez que importa aludir a diversas modalidades por que a nulidade, assim genericamente entendida, se pode consagrar, dando azo a outras tantas categorias, agora vistas sob a ótica dos efeitos, não já das causas:

- a *nulidade total e a nulidade parcial*, conforme a extensão do vício provocado na economia do tratado afetado;
- a *nulidade insanável e a nulidade sanável*, consoante os respetivos efeitos possam ou não ser contornados;

²⁷ Art. 46.º, n.º 1, *in fine*, da CVDTE.

²⁸ Art. 69.º, n.º 1, da CVDTE.

- a *nulidade forte e a nulidade fraca*, sendo os efeitos totais ou parciais, respetivamente, quando extingam ou apenas enfraqueçam os atos produzidos à sombra do tratado internacional viciado;
- a *nulidade originária e a nulidade superveniente*, sempre que se imponha deslindar entre o início da vigência do desvalor, ora desde que o ato foi praticado, ora a partir de certo momento posterior.

10. Nulidade total e nulidade parcial

I. Em relação à primeira classificação mencionada, a da extensão da nulidade, a CVDTE prefere o princípio geral de que a causa de nulidade afeta o tratado no seu todo, sendo assim, em geral, a nulidade total.

Este princípio geral é reafirmado para algumas das causas de nulidade, como é o caso da coação sobre o representante de um Estado, a coação sobre um Estado pela ameaça ou pelo emprego da força e a violação de norma imperativa de *ius cogens* internacional²⁹.

E também parece que assim é nos casos, não referidos, da nulidade resultante de vício do consentimento ou de restrição especial na expressão da vontade do Estado, partindo-se do pressuposto de que a respetiva causa afeta o tratado na sua globalidade.

II. Essa não é uma resposta uniforme porque a CVDTE, dentro de uma saudável lógica das coisas, admite a divisibilidade das disposições do tratado ferido pela nulidade, em homenagem ao princípio do aproveitamento dos atos jurídicos, desde que se verifiquem cumulativamente as seguintes condições, sendo o vício de nulidade atinente a apenas uma parte do tratado³⁰:

- as cláusulas sejam separáveis do restante articulado do tratado na sua execução;
- a não aplicação das cláusulas afetadas não ponha em causa a base essencial que presidiu à celebração do tratado; e

²⁹ Cfr. o art. 44.º, n.º 5, da CVDTE.

³⁰ Cfr. o art. 44.º, n.º 3, nas suas als. a), b) e c), da CVDTE.

- essa divisão não envolva uma injusta manutenção da parte sã do tratado.

III. A divisibilidade do tratado sujeita-se, em todo o caso, a dois regimes:

- ao da sua obrigatoriedade, que é o regime geral, mas verificando-se estes pressupostos;
- ao da sua facultatividade, podendo os Estados optar pela totalidade ou pela parte do tratado a afetar pela nulidade, tendo havido dolo ou corrupção do representante do Estado³¹.

11. Nulidade insanável e sanável

I. Quanto à segunda classificação, a subsistência de uma nulidade que tenha sido detetada pode ficar dependente do comportamento dos Estados relativamente à sua prática.

A gravidade das causas que determinam a invalidade joga-se normalmente pela inviabilidade de os Estados, pelo seu comportamento, havendo razões de ordem pública, poderem manipular os seus efeitos.

II. De um modo geral, a conduta dos Estados atingidos pela invalidade é indiferente para a sua concretização, mesmo que nada façam ou expressamente aceitem as consequências da nulidade praticada, sendo, portanto, insanável e definitiva.

Contudo, a CVDTE admite que nalguns casos a vontade do Estado lesado pela nulidade, que tem em princípio o direito de a invocar, possa ser relevante ao ponto de determinar a perda desse mesmo direito, sempre que tal Estado:

- “Aceitou expressamente considerar que o tratado (...) é válido...”;
- “Deva, em razão da sua conduta, ser considerado como tendo aceite (...) a validade do tratado...”³².

³¹ Cfr. o art. 44.º, n.º 4, da CVDTE.

³² Als. a) e b) do art. 45.º da CVDTE.

III. E quais são esses casos? Apenas as situações porventura menos graves de irregularidade no consentimento formal, da restrição do consentimento, do erro, do dolo e da corrupção³³.

Numa via adjetiva, por aqui se percebe que a nulidade, nestes moldes, pode vir a desaparecer, valendo a vontade, expressa ou tácita, como ato de convalidação da nulidade ocorrida.

12. Nulidade forte e nulidade fraca

I. No tocante à terceira classificação mencionada, o que é normal, havendo tão drástica consequência, é que se imponha o desaparecimento de todos os atos, bem como dos respetivos vestígios, celebrados ao abrigo do tratado internacional viciado, precisamente em nome da disposição que proclama que “As disposições de um tratado nulo não têm força jurídica”³⁴.

De resto, a CVDTE, neste ponto, até toma uma posição pró-ativa, porque vai além de uma visão meramente performativa e esclarece que, tendo “...sido praticados atos com base num tal tratado: a) Qualquer Parte pode pedir a qualquer outra Parte que restabeleça, tanto quanto possível, nas suas relações mútuas, a situação que existiria se esses atos não tivessem sido praticados”³⁵.

II. A CVDTE concede algumas limitações na intensidade do desvalor dos tratados internacionais, ao aceitar que em certas circunstâncias o correspondente efeito seja mais fraco, e não tão forte como sucede normalmente, assim podendo alguns atos praticados ficar preservados do efeito destruidor inerente à decretação da nulidade: “Os atos prati-

³³ Cfr. o prómio do art. 45.º da CVDTE.

³⁴ Sobre as consequências da verificação das nulidades nos tratados internacionais, v. ALBINO DE AZEVEDO SOARES, *Lições...*, pp. 173 e ss.; NGUYEN QUOC DINH, PATRICK DAILLIER e ALAIN PELLET, *Droit...*, pp. 213 e ss.; WLADIMIR BRITO, *Direito...*, pp. 174 e ss.; JÓNATAS E. M. MACHADO, *Direito Internacional*, 3ª ed., Coimbra, 2003, pp. 346 e ss.; BENEDETTO CONFORTI, *Diritto Internazionale*, 7ª ed., Padova, 2005, pp. 118 e ss.

³⁵ Art. 69.º, n.º 2, al. a), da CVDTE.

cados de boa-fé, antes de a nulidade ter sido invocada, não se tornam ilícitos apenas por força da nulidade do tratado”³⁶.

Claro que a própria CVDTE também esclarece que os Estados que provocaram a viciação dos tratados internacionais não podem prevalecer-se dessa mesma situação, essencialmente não podendo gozar do estatuto de partes que estejam de boa-fé³⁷.

III. Acresce ainda que a CVDTE encara um regime especial para as situações de violação das normas de *ius cogens*, não só porque aqui a nulidade pode ser originária ou superveniente, mas fundamentalmente porque determina um dever positivo de estar em conformidade com a nova realidade que passou a ser designada pela norma de *ius cogens* internacional que foi violada, não havendo lugar, aparentemente, à salvaguarda de situações de boa-fé³⁸.

13. Nulidade originária e nulidade superveniente

I. No que é concernente à quarta classificação mencionada, leva-se em consideração o momento que em ocorreu o vício que passou a inquinar o tratado internacional, sendo normal que a nulidade se apresenta na veste de nulidade originária, afetando o tratado logo à sua nascença.

A fundamental razão para que isto suceda prende-se com a dimensão organizatória que está presente no procedimento de conclusão dos tratados, por força da aplicação do princípio *tempus regit actum*: são relevantes, para a apreciação da validade dos atos jurídico-públicos, as regras existentes no momento em que o mesmo foi elaborado, não tendo as normas organizatórias qualquer virtualidade de aplicação retroativa.

II. Isso já não sucede, porém, com as normas de teor material, essas permanentemente limitando o conteúdo que se inscreve nas opções dos atos jurídico-públicos.

³⁶ Art. 69.º, n.º 2, al. b), da CVDTE.

³⁷ Cfr. o art. 69.º, n.º 3, da CVDTE.

³⁸ Cfr. o art. 71.º da CVDTE.

Isso também acontece com o Direito Internacional: se o conteúdo de um tratado se tornar contrário a uma norma de *ius cogens* posterior, essa norma fulmina-o de nulidade, mas neste caso é superveniente porque vigora a partir do aparecimento da norma parâmetro com a qual o tratado entrou em colisão, não a partir do momento em que o tratado entrou em vigor, que foi antes³⁹.

§ 4º

CONSTRUÇÃO DOGMÁTICA DA NULIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

14. Razão de ordem

I. A apresentação do regime da nulidade dos tratados internacionais, nas suas causas e nos seus efeitos, está ainda longe de ser suficientemente esclarecedora acerca das singularidades que podem ser detetadas⁴⁰.

Alguma doutrina tem perguntado – e com toda a razão – se não é viável transpor para o Direito Internacional a destriça, de créditos

³⁹ Cfr. os arts. 64.º e 71.º da CVDTE, sendo isso motivo para alguns frisarem o desacerto da figura da invalidade neste caso. Mas a doutrina do Direito Constitucional conhece bem a inconstitucionalidade superveniente, em que faz sentido falar de invalidade e não em cessação de vigência, por caducidade.

⁴⁰ Sobre a invalidade dos tratados internacionais, v. ADRIANO MOREIRA, *Direito Internacional Público*, Lisboa, 1983, pp. 74 e ss.; ALBINO DE AZEVEDO SOARES, *Lições...*, pp. 167 e ss.; EDUARDO CORREIA BATISTA, *Direito Internacional Público*, I, Lisboa, 1998, pp. 276 e ss.; JOAQUIM DA SILVA CUNHA e MARIA DA ASSUNÇÃO DO VALE PEREIRA, *Manual de Direito Internacional Público*, 2ª ed., Coimbra, 2004, pp. 278 e ss.; ADHERBAL MEIRA MATTOS, *Direito Internacional Público*, 2ª ed., Rio de Janeiro/São Paulo, 2002, pp. 117 e ss.; NGUYEN QUOC DINH, PATRICK DAILLIER e ALAIN PELLET, *Droit...*, pp. 188 e ss.; WLADIMIR BRITO, *Direito...*, pp. 128 e ss.; FRANCISCO FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito...*, pp. 133 e ss.; JOSÉ FRANCISCO REZEK, *Direito Internacional Público*, 10ª ed., São Paulo, 2006, pp. 69 e ss.; JORGE MIRANDA, *Curso de Direito Internacional Público*, 3ª ed., Cascais, 2006, pp. 88 e ss.

firmados no Direito Interno, Direito Público e Direito Privado, entre a nulidade e a anulabilidade, de acordo com os seus mais significativos traços individualizadores⁴¹.

II. Ou, indo mais longe, também se pode perguntar se não é possível alargar esse leque a outras categorias menos comuns, como é o caso da inexistência jurídica, aquilatando até que ponto pode ela ser aplicável no Direito Internacional dos Tratados.

15. Nulidade absoluta e nulidade relativa: os termos da distinção

I. Depois do estudo que pudemos fazer, nos limites que se impõem a uma visão que só pode ser panorâmica, estamos em crer que se aproxima mais da verdade o entendimento que se mostra favorável à introdução de uma separação fundamental na nulidade, apartando as categorias da nulidade absoluta e da nulidade relativa.

Essa afirmação apoia-se num conjunto de elementos que permitem fazer racionalmente tal divisão, ainda que nem sempre ela seja uniforme, o que dificulta mais tal tarefa.

Ela tem, todavia, o mérito de ir um pouco mais fundo no regime das causas e dos efeitos da invalidade dos tratados internacionais, recebendo as boas influências do Direito Interno, embora os resultados estejam bastante distantes da sofisticação já aqui alcançada.

II. São dois os fatores que permitem distinguir entre a nulidade absoluta e a nulidade relativa⁴²:

- o *critério da sanabilidade do correspondente vício*;
- o *critério da divisibilidade dos tratados viciados*.

⁴¹ Para uma explicitação acerca destas modalidades, à luz da CVDTE, v. ALBINO DE AZEVEDO SOARES, *Lições...*, pp. 173 e ss.; ADHERBAL MEIRA MATTOS, *Direito...*, pp. 126 e ss.; NGUYEN QUOC DINH, PATRICK DAILLIER e ALAIN PELLET, *Droit...*, pp. 208 e ss.; WLADIMIR BRITO, *Direito...*, pp. 169 e ss.; FRANCISCO FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito...*, pp. 144 e ss.

⁴² Cfr. FRANCISCO FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito...*, pp. 144 e ss.

Em relação ao primeiro elemento, cumpre dizer que a alegação da nulidade nem sempre pode acontecer, uma vez que, quanto a algumas das causas da nulidade, essa invocação não produz efeitos se entretanto tiver acontecido a sua aceitação, expressa ou tácita, o que já não sucederá em relação a outras causas, sanção que assim se exprime através da emissão de um novo ato, que é unilateral e que pode ser tácito.

Em relação ao outro critério, refira-se que nem todas as causas de nulidade permitem que se possa invocar a sua operatividade por referência a uma parte do tratado, nalguns casos isso só acontecendo para a totalidade do tratado.

III. A *nulidade absoluta* inclui as causas que são mais graves na violação dos princípios e normas de Direito Internacional, sendo de elencar os seguintes vícios como causa dessa categoria:

- a coação sobre o representante de um Estado;
- a coação sobre um Estado pela ameaça ou pelo emprego da força;
- a violação de norma internacional de *ius cogens*.

IV. A *nulidade relativa* é menos grave, isso sendo possível avaliar pelas respetivas causas:

- a irregularidade na conclusão interna do tratado;
- a restrição especial ao poder de manifestar o consentimento;
- o erro;
- o dolo;
- a corrupção do representante de um Estado.

16. A nulidade absoluta como categoria residual

I. Pode ainda perguntar-se se não há uma regra geral, perante a ausência de indicação de uma ou de outra, acerca da categoria de nulidade tida por prevalecente.

Estamos em crer que essa regra é a da nulidade absoluta porque os dois critérios assinalados só se aplicam aos casos que tenham sido diretamente considerados como de nulidade relativa.

Eis uma questão que não é retórica: pode ter todo o interesse para a descoberta de outros vícios que não tenham sido arrolados pela CVDTE e em relação aos quais se deve legitimamente perguntar em que vertente se integram: se nulidade absoluta ou se nulidade relativa.

II. Uma última questão a suscitar refere-se à possibilidade de se invocar outros possíveis desvalores no caso de ter havido a prática de tratados internacionais antijurídicos.

Uma delas, embora não seja este o seu lugar, é certamente a da ineficácia jurídico-internacional em resultado da violação de parâmetros tidos por aplicáveis, nomeadamente a falta de publicidade, no seio da ONU (com o particularismo de ser uma inoponibilidade, que não deixa de refletir uma desvantagem).

Também se pode pensar na própria *inexistência jurídica*, que não tem qualquer acolhimento direto na CVDTE, tomando mesmo esta posição em relação à sua consideração no âmbito da nulidade absoluta, como acontece com a ameaça ou o emprego da força.

Não se vê como não autonomizar a *inexistência jurídica*: seria sumamente chocante que certos atos pudessem ser protegidos pelo princípio da boa-fé ou que até não fossem desconsiderados só porque uma visão mais literalista os não tivesse englobado na tabela de nulidades que a CVDTE diretamente contempla.

CORRESPONDÊNCIA

A correspondência relativa a este artigo deverá ser enviada para:

CEDIS – Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade
Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
Campus de Campolide, 1099-032 Lisboa, Portugal
E-mail: jbg@fd.unl.pt

O Novo Código de Processo Civil Brasileiro: Um Código de Princípios¹

The New Brazilian Civil Procedure Code: A Code of Principles

LEONARDO OLIVEIRA SOARES²

Resumo: No artigo, após breve contextualização histórica, foram examinados os princípios fundamentais do CPC/2015, destacando sua relevância para aplicação e interpretação da nova legislação no Estado Democrático de Direito brasileiro.

Palavras-chave: *Novo Código de Processo Civil brasileiro, princípios fundamentais, celeridade processual, Estado Democrático de Direito.*

Abstract: The fundamental principles of the new Brazilian Civil Procedure Code were examined in this article, after a brief historical context, highlighting its relevance to the application and the proper interpretation of this new statute in the Brazilian Democratic Rule of Law.

Keywords: *New Brazilian Civil Procedure Code, fundamental principles, celerity the proceedings, Democratic State of Law.*

¹ Entregue: 3.2.2017; aprovado: 5.5.2017.

² Procurador do Estado de Minas Gerais, atualmente na condição de Advogado Regional em Ipatinga. Mestre em Direito Processual pela PUC-MG. Membro da Academia Brasileira de Direito Processual e do Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Professor de Teoria Geral do Processo e Processo Civil na Faculdade de Direito de Ipatinga (MG).

A busca de delineamento de um sistema dogmático íntegro e adequado que leve a sério os princípios do modelo constitucional de processo e que aplique normas de tessitura aberta, torna imperiosa uma compreensão precisa da teoria dos princípios e da adequada leitura que o Novo CPC procura viabilizar para a melhoria do acesso à justiça democrático (Alexandre Franco Melo Bahia; Dierle Nunes; Flávio Quinaud Pedron e Humberto Theodoro Jr. NOVO CPC. Fundamentos e Sistematização. Lei 13.105, de 16.03.2015. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. 2015).

De boas intenções o inferno está cheio.

1. Introdução

Após mais de cinco anos de tramitação no Congresso Nacional, foi sancionada e publicada no Diário Oficial da União de 17 de março de 2015, a Lei 13.105, por intermédio da qual foi criado o CPC/2015.

Em virtude do significativo alcance da mudança, previu o legislador, no art. 1.045, o prazo de um ano de *vacatio legis*.

Assim, em 18 de março de 2016, entrou em vigor cogitado diploma legal,³ que será, no texto, alvo de abordagem eminentemente jurídica.

Justifica-se a diretriz eleita para a exposição com uma razão muito simples, a saber: da mesma maneira que o ilegítimo funcionamento do Congresso Nacional pátrio não nos leva, necessariamente, à conclusão de que se deve fechar o Congresso e abandonar o sistema democrático representativo, crê-se que o insatisfatório funcionamento da justiça brasileira não seja motivo para considerar o instituto devido processo

³ Considerado que a publicação da Lei 13.105 ocorreu em 17 de março de 2015 e o disposto no art. 8.º, § 1.º, da Lei complementar 95, de 26 de fevereiro de 1998, acrescentado pela Lei complementar 107, de 26 de abril de 2011, segundo o qual: “A contagem do prazo para entrada em vigor das leis que estabeleçam período de vacância far-se-á com a inclusão da data da publicação e do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subsequente à sua consumação integral”. Para chegar-se a essa conclusão, consideraram-se o prazo de 12 meses e a data de publicação da Lei 13.105, no caso, 17 de março de 2015. Vale frisar, o período de *vacatio legis*, **demarcado em Lei**, não foi computado em dias. Dessa maneira, a entrada em vigor ocorreu no primeiro dia útil subsequente: 18 de março de 2016.

legal como algo nocivo, prejudicial ao reconhecimento de direitos no Estado Democrático de Direito brasileiro.

Dito isso, antes de tratar do tema de fundo do estudo, oportuno se afigura realizar ligeira contextualização histórica.

2. Breve contextualização

Sabe-se que o CPC de 1973 foi elaborado para realidade institucional diversa, na qual a maior parte dos conflitos envolvia demandas individuais, de ordem patrimonial, a envolver, linhas gerais, as figuras de credor e devedor.

Além disso, o número de demandas àquela época sob apreciação do Poder Judiciário era infinitamente inferior ao quadro atual.⁴

Esse panorama, entretanto, foi sensivelmente modificado, notadamente com a promulgação da CF/1988.

De fato, pois a acertada constitucionalização de inúmeros novos direitos, aliada a inércia, a ineficácia mesma do Estado brasileiro em assegurar o cumprimento dos direitos fundamentais, originou explosão de demandas de toda sorte. Para ficar com um exemplo mais recente, basta pensar no fenômeno da chamada “judicialização da saúde”.

Aliado a isso, e diante da complexidade das relações jurídicas oriundas de novos ramos do direito, por exemplo, o direito consumerista, surgiram e continuam a surgir demandas de massa ou, se preferir, repetitivas para as quais o Código de 1973 não oferecia soluções satisfatórias.

A rigor, nem mesmo faria sentido que o CPC então elaborado se ocupasse desses temas, já que, insista-se, regulava o funcionamento da justiça voltada para solucionar conflitos de natureza prioritariamente individual e de cunho patrimonialista.

Essa mudança de cenário, somada a deficiências de ordem de pessoal e de gerenciamento de demandas, levou o Poder Judiciário bra-

⁴ De acordo com dados do Relatório Justiça em Números de 2015, aproximadamente 100 milhões de demandas, das quais 92% tramitam em primeiro grau de jurisdição. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/politica-nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-jurisdicao/dados-estatisticos-priorizacao>>. Acesso em: 30.07.2016.

sileiro, já na década de 90 do século passado, a experimentar série de dificuldades no desempenho de sua missão constitucional.

Para tentar debelar a crise, foram implementadas diversas reformas pontuais na legislação processual brasileira, *v.g.*, as Leis 11.232/2005 e 11.238/2006.

Como não era difícil prever, tais reformas acabaram por desconfigurar a estrutura sistêmica primitiva do CPC, ora revogado.

Não bastassem esses argumentos, capazes (será?) por si só de justificar a elaboração de novo código, havia, também, a necessidade de redigir-se CPC que se apresentasse compatível com o modelo constitucional de processo previsto na Constituição brasileira de 1988.

Código, enfim, que estivesse de acordo com a denominada Carta Cidadã, apto, portanto, a oferecer tutela adequada às novas espécies de direitos fundamentais.

Independentemente das muitas críticas que o CPC/2015 comporta, como, de resto, toda e qualquer criação humana, é fato que nós, operadores do direito, a partir de 18 de março de 2016, estamos a vivenciar a experiência de atuar, pela primeira vez no Brasil, consoante regras do jogo democraticamente elaboradas.

Apresentada essa brevíssima visão panorâmica, já se pode lançar olhar sobre as diretrizes gerais do sistema criado.

Tal mirada leva em conta que uma das justificadas para a elaboração de novo CPC consistia precisamente em disponibilizar melhor organização do conjunto de regras disciplinadoras do exercício da jurisdição.

3. Visão sistêmica do CPC/2015, a partir de suas normas fundamentais

Diferentemente do Código Buzaid, composto de 5 livros, o CPC/2015 foi estruturado da seguinte forma: Parte geral (dividida em 6 livros), Parte Especial (composta de 3 livros), Livro complementar (que cuida das disposições finais e transitórias).

Sob a óptica sistêmica, e já debruçando propriamente sobre o tema da abordagem, merece registro a inserção, no Livro I, da parte geral do CPC/2015, de título dedicado às normas fundamentais da jurisdição cível pátria.

Ou seja, o CPC/2015 dedicou o capítulo inicial do livro I à parte geral aplicável à jurisdição cível como um todo, mas sem caráter de exclusividade, conforme se verá mais adiante no escrito.

O capítulo, que vai dos artigos 1.º ao 12, recebeu a denominação “Das normas fundamentais sobre o processo civil”.

Sobre esse capítulo e algumas de suas implicações nos demais livros do CPC/2015, é que se irá tecer, doravante, uma e outra considerações.

Destaca-se, em primeiro lugar, que o legislador não só previu normas, princípios fundamentais, mas princípios fundamentais de estatura constitucional.

Assim, consolidou-se, no plano legislativo, a chamada constitucionalização do processo, já consagrada no campo doutrinário.

Fenômeno, por óbvio, que não se restringe ao direito processual, eis que todos os ramos do direito devem ser compreendidos à luz da Constituição Democrática brasileira.

De toda maneira, presencia-se expresso reconhecimento, por parte do legislador infraconstitucional, de que sua atividade, como, de resto, a do Judiciário, submete-se, deve submeter-se, salienta-se, aos ditames do Texto Constitucional pátrio.

Antes de abordar alguns destes princípios fundamentais, observação de ordem conceitual merece ser feita.

Dessa maneira, na presente exposição, os princípios serão considerados como diretrizes normativas voltadas à realização de determinado fim (jurídico).⁵ Ou seja, as normas fundamentais de que se vai cuidar correspondem a diretrizes a partir das quais deverá atuar a jurisdição no Estado Democrático de Direito brasileiro, quer se trate de processo de conhecimento, quer se trate de processo ou fase executiva.

Vejam-se, então, alguns dos princípios fundamentais contemplados no CPC/2015.

⁵ Para análise da estrutura principiológica do CPC/2015, vide BAHIA, Alexandre Franco Melo; NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud e THEODORO JR., Humberto. *NOVO CPC. Fundamentos e Sistematização*. Lei 13.105, de 16.03.2015. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. 2015. p. 45-68.

3.1. Princípio da inafastabilidade

O primeiro princípio a ser abordado é o da inafastabilidade, previsto no art. 3.º, caput, do CPC/2015.

Dito dispositivo reproduz, linhas gerais, o comando inserto no art. 5º, XXXV da CF/1988, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário a alegação de lesão ou ameaça a direito”.

A promessa de acesso à justiça no CPC/2015 veio, contudo, disposta sob a forma do que a doutrina denomina de sistema multiportas.⁶

Por outras palavras, além da garantia de que os conflitos poderão ser submetidos ao exame e decisão pelo juiz, colocou-se à disposição das partes formas ditas alternativas de solução de conflitos, tais como a arbitragem, a conciliação e a mediação.⁷

O que se tem de novo, no particular, é a tentativa de profissionalizar tais formas alternativas, notadamente a conciliação e a mediação.

Para tanto, previu-se, no art. 165 do CPC/2015, que os Tribunais poderão criar Centros de conciliação e mediação.

A profissionalização, no caso, será alcançada a partir da exigência de que os conciliadores e mediadores deverão preencher parâmetros curriculares mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça.

Há, inclusive, no art. 174 do CPC/2015, a previsão de instalação de centros de conciliação e mediação para o Poder Público.

Aqui, chama-se a atenção para um ponto: é verdade que a autocomposição se constitui em adequada forma de resolução de conflitos. De outro lado, a previsão destes Centros não pode, em termos práticos, instituir cultura obrigatória de composição “amigável” de conflitos,

⁶ Ao propósito, confira-se FAGUNDES CUNHA, J.S. Da conciliação, da mediação e da arbitragem endoprocessual e o novo Código de Processo Civil. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*. Ano 1, nº 2, 2015. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/2/2015_02_1095_1129.pdf>. Acesso em: 05.06.2015 e CRUZ E TUCCI, José Rogério. Novo Código de Processo Civil traz mudanças na audiência de conciliação. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-06/paradoxo-corte-cpc-traz-mudancas-audiencia-conciliacao>> Acesso em: 04.08.2016.

⁷ Em 29 de junho de 2015, foi publicada a Lei 13.140, que disciplina o procedimento da mediação.

como forma de diminuir o número de processos e a sobrecarga de trabalho, hoje inegavelmente experimentada pelo Poder Judiciário nacional.

De fato, pois, nesse caso, haverá manifesta violação à autodeterminação das partes e, a rigor, à promessa de acesso à justiça, prevista no art. 5.º, XXXV, da CF/1988.

Sem contar que a expressão “composição amigável obrigatória” se constitui, ao fim e ao cabo, em explícita e, por que não dizer, absurda contradição de termos.

3.2. Princípio da primazia do julgamento de mérito e da duração razoável do processo

Em seguida, no art. 4.º do CPC/2015, cuidou-se do princípio da primazia do julgamento de mérito.

Esse princípio pode ser sintetizado na conhecida assertiva, qual seja “o processo não é um fim em si mesmo”. Por outras palavras, o processo existe para responder a demanda levada à análise do Poder Judiciário.

Para viabilizar o exame de mérito, o CPC/2015 conferiu ao juiz, no art. 139, IX, poderes para determinar o suprimento dos pressupostos processuais e o saneamento dos vícios processuais.

Não bastasse essa determinação de ordem geral, portanto, aplicável em todos os graus de jurisdição e espécies de módulos, o CPC/2015, no art. 932, parágrafo único, especificou que o relator, ao exercer o juízo de admissibilidade recursal, deverá conceder à parte recorrente o prazo de 5 dias para sanar irregularidade ou juntar documento.

Daí se conclui que, acertadamente, foi priorizado o julgamento de mérito, tanto no primeiro grau de jurisdição quanto no plano recursal.

Ainda no art. 4.º do CPC/2015, encontra-se a previsão de que a solução integral do conflito deverá ocorrer dentro de um prazo razoável.

Bem, o princípio da duração razoável está consagrado, na Europa, desde a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de 1950, sendo previsto, também, na Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, da qual o Brasil é signatário, e na Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos de 1981.

Há, pois, consenso mundial, e nem poderia ser diferente, quanto à necessidade de o serviço público de justiça produzir resultados úteis.

Para alcançar tal intento, o CPC/2015 prevê série de mecanismos.

A título de exemplo, no art. 191, institui-se técnica de gerenciamento do tempo, denominada calendário processual.⁸

Oriunda do direito francês, por meio dessa técnica será possível às partes e ao juiz, de comum acordo, ajustarem prazos para a prática de atos processuais, inclusive realização de audiências, atendendo às peculiaridades do caso concreto, no propósito de obter-se desfecho mais célere para a demanda.

Além disso, nos artigos 303 e 304, disciplina o CPC/2015 a chamada estabilização da tutela antecipada de urgência.⁹

Dita técnica visa a abreviar o procedimento.

Para que haja a estabilização, bastará que o réu não interponha recurso, no caso, o agravo de instrumento, da decisão liminar.

Embora o texto legal mencione apenas a ausência de recurso, o oferecimento de contestação irá configurar inequívoco ato de resistência, a impedir, de igual modo, a estabilização da medida. Ou seja, não sendo impugnada a decisão antecipatória, nem oferecida oposição à pretensão deduzida pelo autor, o juiz irá extinguir o processo por meio de sentença.

No prazo de 2 anos, qualquer das partes poderá instaurar nova demanda para reformar, invalidar ou modificar a decisão em foco.

3.3. Princípios da boa fé e da cooperação

Nos artigos 5.º e 6.º do CPC/2015, estão previstos os princípios da boa fé e da cooperação.

Estes princípios guardam intimação relação com a noção de comunidade de trabalho desenvolvida (também) no direito processual ale-

⁸ Sobre o tema, confira-se ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo. *Revista de Processo*. ano 36. vol. 193. São Paulo: RT, mar. 2011.

⁹ A respeito, vide SOARES, Leonardo Oliveira. Observações pontuais sobre o módulo cognitivo padrão na Lei 13.105/2015. *RePro* 250/125-126.

mão. Remetem, pois, à ideia de que autor, juiz e réu têm uma espécie de interesse comum (será mesmo?) no desfecho da atividade jurisdicional.

Em suma, o princípio da boa fé impõe aos sujeitos da relação processual, a todos eles, é bom que se diga, o dever de agir de forma objetivamente ética no processo.

Afinal, se mesmo nos contratos e demais negócios jurídicos, em que prepondera o interesse primário de credor e devedor, impõe-se a observância da boa fé objetiva, por maior força de razão, no âmbito do devido processo legal, o agir conforme os ditames da boa fé também deve ser a tônica. Do contrário, a jurisdição poderá ser direcionada para atender prioritariamente interesses particulares, nem sempre legítimos, vale sublinhar.

No plano do princípio da cooperação, e dando ênfase ao papel do órgão jurisdicional,¹⁰ ressalta-se que o juiz tem, basicamente, os deveres:

- a) De esclarecimento, notadamente quanto às postulações das partes, o que, numa grosseira comparação, corresponderá a uma espécie de embargos declaratórios às avessas de que o juiz deverá lançar mão para bem compreender e analisar os pleitos de autor e réu.
- b) De consulta, que veda manifestações *ex officio* quanto à matéria fática ou jurídica.
- c) De prevenção, a partir do qual cabe ao órgão jurisdicional alertar a parte para a existência de obstáculos formais que possam prejudicar ou mesmo inviabilizar o exame de mérito.

A hipótese de emenda da petição inicial contempla exemplo do princípio da cooperação no CPC/2015.

Isso porque, nos termos do art. 321 do CPC/2015, ao verificar que a inicial não contempla determinada exigência legal, deverá o juiz não só intimar o autor para emendar a inicial, mas indicar, com precisão, o que deve ser corrigido.

Apenas na hipótese de o requisito previamente apontado não ser preenchido, poderá o juiz, enfim, indeferir a inicial.

¹⁰ Esclareça-se que não se está a defender necessária colaboração direta entre as partes do processo, haja vista a amplitude do constitucional direito de ampla defesa no Estado Democrático de Direito brasileiro.

3.4. Princípio do contraditório dinâmico

Dando sequência à abordagem, há o princípio do contraditório dinâmico.

Esse princípio engloba o direito de as partes influenciarem a decisão, além da proibição de o juiz proferir decisões surpresa no processo.

Como os artigos 7.º, 9.º e 10 do CPC/2015 cuidam da garantia do contraditório, será feita rápida análise conjunta de tais dispositivos.

Isso para destacar, uma vez mais,¹¹ que a inserção desses dispositivos poderá representar a grande contribuição do CPC/2015 para a democratização do processo jurisdicional brasileiro.

E de que forma tal contribuição irá se materializar? Explica-se. Ao romper com a noção tradicional de vínculo de subordinação, no qual autor e réu estariam sujeitos ao poder do juiz, propicia-se, em ambiente de igualdade, que os argumentos de fato e de direito apresentados pelas partes sejam considerados, tornando, nessa perspectiva, as partes como coautores da decisão judicial.

3.5. Princípio da transparência ou da impessoalidade processual

Prosseguindo, veja-se a norma contida no art. 12 do CPC/2015.¹²

Conforme esse dispositivo, os processos aptos para julgamento deverão observar ordem cronológica de conclusão, sendo que a lista contendo essa ordem deverá ficar à disposição das partes, seja na secretaria do juízo, seja na rede mundial de computadores.

Destaca-se que tal ordem de julgamento não é inflexível, comportando exceções, por exemplo, em se tratando de requerimento de medidas urgentes.

¹¹ A respeito, vide SOARES, Leonardo Oliveira. Observações pontuais sobre o módulo cognitivo padrão na Lei 13.105/2015. *RePro* 250/127-129.

¹² O PLC 168/2015, convertido na Lei 13.256, publicada em 05 de fevereiro de 2016, modificou o CPC/2015 para estabelecer que a ordem de julgamento será “preferencialmente” a estabelecida no artigo em tela. Em termos práticos, de pouca ou nenhuma utilidade se apresentará o dispositivo alterado, haja vista a maleabilidade do respectivo comando.

Em primeira leitura, o artigo poderia ser visto como uma espécie de desconfiança do legislador em relação aos juizes. Prefere-se, contudo, analisar o dispositivo tão só pela óptica da transparência, tentativa de se organizar o exercício da função jurisdicional, a partir de um dado objetivo, qual seja, a data em que os autos em condições de julgamento foram “enviados”, ainda que virtualmente, ao juiz.

Para conferir autonomia à diretriz contida no art. 12, diferenciando-a dos princípios da isonomia e da publicidade dos julgamentos, assegurados nos artigos 7.º e 11 do CPC/2015, esse dispositivo geral será chamado de princípio da transparência ou da impessoalidade processual.

Ainda dois últimos princípios, de índole infraconstitucional, é verdade, merecem ser analisados.

3.6. Princípio da aplicação imediata

Tal princípio encontra-se disposto no art. 14 do CPC/2015.

Aludido comando normativo estatui que os processos em curso no Brasil, aproximadamente 100 milhões nos dias de hoje,¹³ deverão seguir as disposições do futuro CPC, desde que se observe a teoria do isolamento dos atos processuais

Linhas gerais, pode dizer-se que os atos processuais praticados até 17 de março de 2016 permanecerão válidos, devendo, daí em diante, a cadeia procedimental ser regida pelo CPC/2015.¹⁴

Acredita-se que, em primeiro momento, poderá haver significativa perturbação no funcionamento do Poder Judiciário.

Entre outros fatores, em virtude do desconhecimento mesmo das novas regras processuais, ou, ainda, pela equivocada, maliciosa ou não, interpretação do alcance da teoria do isolamento dos atos processuais.

¹³ Consoante dados divulgados pelo CNJ no relatório Justiça em Números de 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/politica-nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-jurisdicao/dados-estatisticos-priorizacao>>. Acesso em: 30.07.2016.

¹⁴ Caso a faculdade em concreto para a prática do ato no processo tenha como termo inicial data anterior a 18 de março de 2016, haverá de ser observada a lei processual vigente, no caso, o art. 1.211 do CPC de 1973. Ainda que o ato, efetivamente, venha a ser praticado após o dia 18 de março de 2016.

3.7. Princípio da subsidiariedade mitigada

Finalmente, prevê o artigo 15 do CPC/2015 a incidência supletiva e subsidiária de suas regras, na ausência de normas que regulem processos eleitorais, militares e administrativos,

Aqui, chama-se a atenção para um ponto particular, a saber, o CPC/2015 poderá se oferecer como possível fonte normativa para a democratização da Administração Pública brasileira.

Isso porque, ao menos numa primeira leitura, tanto o princípio do contraditório dinâmico¹⁵ quanto o princípio da fundamentação analítica, abordados faz pouco, deverão ser observados nos procedimentos instaurados na órbita executiva.

Desse modo, os argumentos, seja do servidor público, seja do administrado, deverão ser levados em conta no momento decisório, não podendo o Administrador Público proferir decisões surpresa que venham imputar responsabilização ao servidor, ou mesmo negar direitos ao administrado/cidadão.

Em suma, a mesma oxigenação, por assim dizer, que se espera venha a ocorrer no plano da jurisdição, poderá ser experimentada na esfera da Administração Pública, o que, ao fim e ao cabo, irá contribuir, oxalá, para o fortalecimento institucional do regime democrático brasileiro.

4. A título de conclusão

Dito isso, finaliza-se a exposição justificando a escolha do título: “O novo Código de Processo Civil brasileiro: um Código de princípios”.

Bem, já houve época em que era comum ser utilizada a expressão “ali vai um homem de princípios” quando se pretendia enaltecer o caráter de uma pessoa, ressaltando os propósitos de suas ações.

¹⁵ Em defesa da aplicação do princípio da não surpresa nos processos instaurados no âmbito da Administração Pública, consulte-se SOARES, Leonardo Oliveira. A democratização da Justiça. *Jornal Estado de Minas, Caderno Direito & Justiça*, edição de 26 de fevereiro de 2016 e SOUZA, Artur César. Aplicação subsidiária do novo CPC ao processo administrativo. *RePro* 256/445.

Nesse sentido, poder-se-ia supor que se está a depositar todas as fichas no CPC/2015.

Realmente, pois, ao dedicar parte geral a princípios prioritariamente constitucionais, estaria cogitado Código supostamente comprometido com nobilíssimo propósito, qual seja, dar concretude ao justo processo civil, ao *giusto processo civile*, para empregar expressão bem ao gosto da mais moderna doutrina processual.

Afirmo-lhe, então, crédulo leitor, que a implementação de tais propósitos dependerá, em essência, da atuação prática de todos aqueles que estejam envolvidos na prestação da tutela jurisdicional, ou melhor, no denominado sistema multiportas de acesso à justiça.

Em síntese, acertou o legislador ao consagrar o capítulo inicial do CPC/2015 às normas fundamentais regentes da jurisdição pátria.

Com efeito, pois aludidos comandos, conforme visto ao longo do texto, podem proporcionar, dentre outros desdobramentos, maior brevidade na resolução de conflitos, sem prejuízo, em todo caso, da democratização do processo de construção de decisões, em vista da valorização do diálogo entre os respectivos interessados.

No particular, merece destaque a roupagem legislativa conferida à garantia constitucional do contraditório, vetor central para a resolução de conflitos no Estado Democrático de Direito brasileiro.

A consagração de normas fundamentais não levará, entretanto, a uma, por assim dizer, obrigatória tomada de decisões compatíveis com o modelo constitucional de processo disposto na CF/1988, seja na seara jurisdicional, seja na esfera da Administração Pública.

Afinal, não dispõe de vida própria o direito processual, como, de resto, o direito, em seu todo considerado.

Bem por isso, pode encerrar-se o escrito relembrando a sábia advertência popular, segundo a qual “de boas intenções o inferno está cheio”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo. *Revista de Processo*. ano 36. vol. 193. São Paulo: RT, mar. 2011.

- BAHIA, Alexandre Franco Melo; NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud e THEODORO JR., Humberto. *NOVO CPC. Fundamentos e Sistematização*. Lei 13.105, de 16.03.2015. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. 2015.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Dados estatísticos. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoeps/politica-nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-jurisdicao/dados-estatisticos-priorizacao>>. Acesso em: 30.07.2016.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. Novo Código de Processo Civil traz mudanças na audiência de conciliação. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-06/paradoxo-corte-cpc-traz-mudancas-audiencia-conciliacao>>. Acesso em: 04.08.2016.
- FAGUNDES CUNHA, J.S. Da conciliação, da mediação e da arbitragem endoprocessual e o novo Código de Processo Civil. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*. Ano 1, nº 2, 2015. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/2/2015_02_1095_1129.pdf>. Acesso em: 05.06.2015.
- SOARES, Leonardo Oliveira. Observações pontuais sobre o módulo cognitivo padrão na Lei 13.105/2015. *Revista de Processo*. ano 40. vol. 250. São Paulo: Ed. RT, dez. 2015.
- _____. A democratização da Justiça. *Jornal Estado de Minas, Caderno Direito & Justiça*, edição de 26 de fevereiro de 2016.
- SOUZA, Artur César. Aplicação subsidiária do novo CPC ao processo administrativo. *Revista de Processo*. ano 41. vol. 256. p. 441-454. São Paulo: Ed. RT, jun. 2016.

CORRESPONDÊNCIA

A correspondência relativa a este artigo deverá ser enviada para:

Endereço: Avenida Paladium, n. 950, apto 301, Imbaúbas, CEP 35-160-272, Ipatinga, MG (Brasil)

E-mail: soares.leonardooliveirassoares@gmail.com

Tensão entre os discursos da razão instrumental da globalização e da razão política do estado constitucional¹

Tension between the speeches of the instrumental reason of globalization and the political reason of the Constitutional State

MÁRIO LÚCIO QUINTÃO SOARES²

Resumo: Este artigo procura desvendar o significado do processo de globalização nos tempos atuais. Analisa-se a razão instrumental utilizada neste processo que perpassa os limites territoriais dos Estados, no sentido de construir os pilares da Lex Mercatoria. A global governance passa a ditar as regras das relações internacionais sem nenhum escrúpulo. Resta repensar a razão política do Estado constitucional, pautada em direitos fundamentais, como ideologia para fundamentar a resistência democrática às exigências do mercado. A partir desse discurso, estrutura-se a boa governança, sedimentada na pluralidade e na diversidade.

Palavras-chave: *globalização, razão instrumental, razão política, democracia, boa governança, global governance, pluralidade e diversidade.*

Abstract: This article seeks to unravel the significance of the globalization process in current times. It analyses the instrumental reason used in this process that passes the territorial boundaries of the States, in order to construct the pillars of the Law Merchant. The global governance starts to dictate the rules of international relations with no scruples. It remains to be rethought the political reason of

¹ Entregue: 2.4.2016; aprovado: 3.7.2017.

² Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela UFMG. Professor de Direito Constitucional e Direito da União Europeia dos Cursos de Doutorado, Mestrado e Bacharelado da Faculdade Mineira de Direito da PUC/Minas. Presidente do Centro de Estudos de Direito Público. Membro Consultor da Comissão de Estudos Constitucionais do CFOAB. Membro do Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Conselheiro Federal da OAB/MG.

the Constitutional State, guided by fundamental rights, as an ideology to justify the democratic resistance to market demands. From this speech, it is structured the good governance, sedimented in plurality and diversity.

Keywords: *Globalization, instrumental reason, political reason, democracy, good governance, global governance, plurality and diversity.*

1. Introdução

No limiar do terceiro milênio, exige-se a compreensão dos novos desafios constitucionais, contemplando os processos de internacionalização, globalização e regionalização, mediante a percepção das permanências constitucionais e das interações regulatórias dinamizadas por normas constitucionalmente estruturantes.³

Nesse sentido, identifica-se no atual momento constitucional a disseminação de concepções neoliberais que corroem as diversificadas sociedades, subordinando-as à *lex mercatoria*.

A globalização caracteriza-se como processo policêntrico, concentrando vários domínios de atividade, dentre os quais a economia, a política, a tecnologia, a militar, a cultural e a ambiental.

Revela-se, assim, a contradição entre a ampliação de espaços econômicos e sociais, necessários ao desenvolvimento da existência humana, que extrapolam as fronteiras estatais, e a redução drástica dos espaços políticos, evidenciada na legitimação política do sistema, na qual se prioriza a eficiência em detrimento do princípio democrático.

O discurso da *global governance* torna-se sedutor, ao perceber o mundo como fábula, recortada por metáforas e fantasias, dentre elas a multiplicação de objetos e serviços, acessíveis a todos.

Tais fantasias alimentam o imaginário coletivo. As bases materiais dessa mitificação situam-se na realidade da tecnologia atual em que a

³ Vide CANOTILHO, J. J. Gomes, in “Brançosos” e interconstitucionalidade. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional, Coimbra: Editora Almedina, 2006, p. 283.

técnica apresenta-se ao cidadão comum como uma mescla de mistério e banalidade.⁴

Quando o sistema político dominante incorpora o sistema técnico contemporâneo, traz consigo seu imaginário, carregado de formas de relações econômicas implacáveis, que não aceitam discussão e exigem obediência imediata.

Além disso, proclama-se o fim das ideologias e da história, restando uma única alternativa,⁵ dotada de forças irresistíveis e irreversíveis, apta a governar a história, dominada pela economia de mercado: a *global governance*.

Não obstante, o Estado constitucional, mesmo debilitado pelo discurso da globalização, permanece ponto de referência e marco de resistência obrigatório no qual se sedimentam os parâmetros reguladores da vida social e se definem e se expressam democraticamente os princípios valorativos norteadores de uma comunidade política, ou seja, o discurso da razão política.⁶

Daí a tensão permanente entre as fabulações da globalização econômica, com sua lógica de cálculo de custos e benefícios, em discurso sobre a razão instrumental, e os fundamentos democráticos do Estado constitucional, com sua lógica de legitimidade política, em discurso sobre a razão política.

Neste artigo, pretende-se fazer leitura interdisciplinar sobre a aludida tensão que resulta em novos momentos constitucionais, abrangendo origem e alcance do processo de globalização, a *mondialisation fractale*, a refundação do Estado, os fundamentos do constitucionalismo global, e a exigência da *good governance* para legitimação política dos contextos nacionais e internacional.

⁴ SANTOS, Milton, in Por uma outra globalização do pensamento único à consciência universal. Quinta Edição. Rio de Janeiro/São Paulo, 2001, p. 18 e seq.

⁵ TINA – Sigla formulada com as iniciais de *There is no alternative*.

⁶ VEGA Garcia, Pedro de, Mundialização e Direito Constitucional: a crise do princípio democrático no constitucionalismo atual., in Estado e Constituição. Obra coletiva organizada por Agassiz de Almeida Filho e Francisco Bilac Moreira Pinto, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p.477 e seq.

2. A gênese e efeitos da Globalização

Desde as fantasias do doutrinarismo tecnocrático, perpassando pelos discursos do fim das ideologias e da história, testemunha-se a pretensão de sujeição dos postulados da razão política às novas exigências da razão tecnocrática e instrumental.

Deve-se, entretanto, mensurar o impacto que a globalização e a *global governance* provocaram nos sistemas democráticos tradicionais.

Na década de 80, em plena crise do Welfare State, no âmbito interno estatal, houve o primeiro impacto, quando renegou-se o discurso keynesiano⁷, substituído pelo ordoliberalismo, com sua fábula: a ‘Constituição da liberdade’⁸.

Simultaneamente, no plano internacional, questionou-se a habilidade e eficiência do sistema interestatal vigente para solucionar seus crônicos problemas.

Na nova fábula, o conceito de democracia, como método pelo qual se determina o que é válido como lei, encontrou seu fundamento na economia de mercado, renegando a soberania popular.

Com o Consenso de Washington⁹, sugeriu-se receituário da *global governance*, com medidas destinadas a debelar a inflação e estabilizar os sistemas econômicos dos Estados nacionais, sob o monitoramento do FMI e assessoramento financeiro do Banco Mundial.

Restringiu-se, então, a atuação estatal, praticamente extinguindo suas funções reguladoras, com o intuito de liberar a economia das

⁷ John Maynard KEYNES já advertia, na década de 40 do século passado, sobre o perigo que defrontava a experiência democrática ante as forças do mercado financeiro mundial.

⁸ Preconiza a liberdade econômica, sobretudo a propriedade privada dos meios de produção, tendo como suporte uma ordem livre e democrática, definida por regras e leis, fundada na afirmação da pessoa humana e nos seus direitos de liberdade. Vide a obra sobre Constituição da liberdade de VON HAYEK, F. *Die Verfassung der Freiheit*, Tübingen, 1969.

⁹ Proposta de reforma do Estado desenvolvida por tecnocratas do FMI e do Banco Mundial, assessorados por economistas norte-americanos, preocupados com a fragilidade econômica e instabilidade política dos sistemas capitalistas periféricos e, paralelamente, em afirmar a hegemonia dos Estados Unidos da América, após o débacle da União Soviética.

ingerências do poder público e equilibrar o orçamento interno dos Estados.

A economia de mercado passou a funcionar em redes, para atender a liberdade total de deslocamento de capitais, em escala mundial, servindo-se da proliferação de inovações financeiras e tecnológicas.¹⁰

Cada elemento do processo de produção procurou situar-se em espaços privados, em qualquer lugar do planeta, escolhido em função de custos de produção, das desregulamentações locais e/ou ausência ou pouca probabilidade de riscos de investimentos.

O policentrismo, peculiar à globalização, norteou a função desses vários subsistemas autônomos, articulados com a política econômica mundial e, em rede, com outros subsistemas parciais pertinentes.

Houve, no entanto, certa precipitação na adoção de medidas neoliberais em economias assimétricas, bem como não se planejou desenvolvimento equilibrado e sustentável de cada Estado, em consonância com suas identidades.

Por outro prisma, acentuou-se a centralidade do consumo, manifesta na interferência das relações de consumo no cotidiano do cidadão comum.

Entretanto, com a adoção do receituário do Consenso de Washington, alteraram-se as relações de trabalho, que se tornaram instáveis, resultando em expansão do desemprego e na queda do salário médio do trabalhador.

Delineou-se, por conseguinte, uma situação contraditória da fábula da multiplicação de objetos e serviços, cuja acessibilidade se demonstrou, desse modo, improvável, e, paralelamente, a oferta dos próprios objetos, de consumos tradicionais, foi reduzida para parcela significativa da população.

Para MILTON SANTOS, a globalização em si pode ser considerada um retrocesso quanto à noção de bem público e de solidariedade, do qual é emblemático o encolhimento das funções sociais e políticas do Estado constitucional, gerando, em vez de abundância e riqueza, autêntica fábrica de perversidades.¹¹

¹⁰ Com explosão de investimentos estrangeiros diretos.

¹¹ SANTOS, Milton, op. cit. p. 38.

O próprio Conselho Nacional de Inteligência (CNI), órgão dos Estados Unidos da América, traça um quadro trágico para as consequências da globalização:

“Sua evolução será agitada, marcada pela volatilidade financeira crônica e uma brecha econômica cada vez mais ampla(...) A estagnação econômica, a instabilidade política e a alienação cultural fomentarão os extremismos étnicos, ideológicos e religiosos, acompanhados de distúrbios e violência.”¹²

“É como se o feitiço virasse contra o feiticeiro”.

3. Mondialisation fractale

Do processo de globalização, criou-se um mundo peculiar de fabulações, que se aproveitou do alargamento dos espaços sociais e econômicos, para consagrar o discurso único, fundado em dois pilares básicos:

- a) **Informação** – ao se disseminar imagens e imaginário, enfatiza-se o **mito da formação da aldeia global** ou a difusão instantânea das notícias. Verifica-se, ainda, uma relação umbilical entre o mundo da produção destas e o mundo de produção das coisas e das normas.
- b) **Economia de mercado** – ao se produzir economização e monitorização da vida pessoal, entroniza-se o **mito do mercado mundial competitivo**, com sua *global governance*, dotado de mecanismos de produção normativa instrumentais.

Nesse processo de globalização, há, pois, a pretensão de tudo transformar-se em mercado, inclusive o próprio aparelho ideológico estatal e os comportamentos políticos.

¹² CHOMSKY, Noam, in *Hegemonia e supervivência*, Trad. Carlos José Restrepo. Bogotá: Grupo Editorial Norma, 2004, p. 295.

Os franceses¹³ denominam esse processo de aniquilamento das relações sociais e políticas no âmbito estatal de **mondialisation fractale**, dado o caráter migratório, volátil, fragmentário e irregular dos mercados mundiais.¹⁴

HABERMAS, em sua Teoria da Ação Comunicativa,¹⁵ problematiza, de forma instigante, o fenômeno da globalização econômica e a racionalidade instrumental que condiciona suas atuações. Em sua reflexão, submetem-se a essa racionalidade, em definitivo, o mundo da sociedade civil e da economia¹⁶, e o mundo da política e do Estado.¹⁷

A solução para a questão, suscitada por HABERMAS, dá-se, através da contraposição, entre a racionalidade instrumental e as esferas por ela definitivamente dominadas, cognominadas como racionalidade comunicacional, situadas no mundo da vida.

O mundo da vida consiste no resgate do último reduto de liberdade no qual os cidadãos interagem e compartilham de sua existência cotidiana¹⁸ e podem encontrar, ainda, espaços para o consenso fundado em uma comunicação ou em uma deliberação, de forma livre de coação externa, ou seja, não perturbados pela ação do dinheiro e do poder, estabelecendo situação discursiva ideal.¹⁹

4. A refundação do Estado no processo de Globalização

Para tornar competitivo o mercado interno, houve a refundação do Estado, sob a ótica neoliberal, mediante mutações constitucionais²⁰, no sentido de fragmentar a ação política do Estado, extinguir os seus monopólios e assegurar processo de privatização de setores estratégicos da economia.

¹³ Dentre outros, MANDELBROT, in *Les Objets fractals* e GEISEN, in *L'Éthique*.

¹⁴ VEGA Garcia, Pedro de, op. cit. p. 482.

¹⁵ HABERMAS, Jürgen, in *Teoria de la Acción Comunicativa – Racionalidad de la acción y racionalización social*, Madrid: Taurus, 1987, p.178 e seq.

¹⁶ Seu critério de medida é o dinheiro.

¹⁷ Seu critério de referência é o poder.

¹⁸ Família, amizade, trabalho, vizinhança, dentre outros.

¹⁹ *Ideale sprechsituation*.

²⁰ Ou verdadeiras mutilações constitucionais.

Na realidade, nessa refundação do Estado a soberania estatal viu-se enfraquecida e subvertida, pois a própria fragmentação da ação política estatal (*politics*) em múltiplas políticas públicas (*policies*) implicou fragilidade da representação política e valorização da razão instrumental.

Assim, a diluição da soberania, em favor da *global governance*, decorreu tanto da delegação de competências para as instituições supranacionais visando à construção do Estado-comunidade, quanto para as corporações multinacionais economicamente poderosas, que se envolvem no exercício do poder, sem legitimidade e não se submetendo às responsabilidades usuais dos órgãos do Estado.

A questão crucial, em mundo globalizado, consiste em aquilatar como o poder estatal há de controlar, democraticamente, o movimento no sentido da delegação dos serviços públicos a essas entidades particulares, sem perda de suas prerrogativas de poder público.²¹

Para CANOTILHO, trata-se de perda de poder e enfraquecimento do princípio democrático, dada a demonstração de impotência de governo democraticamente legitimado para arcar e responder, com eficiência, às novas demandas dos serviços públicos.²²

No âmbito interno estatal, sucedeu, ainda, a proliferação das administrações independentes, dimensionadas pelo alto grau de especialização de seus serviços, tais como Bancos centrais autônomos e agências reguladoras, dentre outras.

Em sua atuação, estas administrações consideram-se alheias a quaisquer tipos de motivações oriundas da representação política.

O Estado, em face de tais vicissitudes da globalização, matizadas pelo discurso da razão instrumental, se desvaneceu, gradativamente, e a sociedade civil se descaracterizou e os cidadãos foram subtraídos de seus espaços políticos.

Assiste-se até o presente momento à vulneração dos direitos clássicos da liberdade²³ e ao retrocesso na compreensão dos direitos sociais,

²¹ Vide, neste sentido, QUINTÃO SOARES, M. L. in Estado e Constituição. Obra coletiva organizada por Agassiz de Almeida Filho e Francisco Bilac Moreira Pinto, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 48 e seq.

²² CANOTILHO, op. cit. p. 292.

²³ Para SCELLE, a teoria clássica da liberdade configura regras que garantam aos sujeitos de direito, dentro das diversas coletividades do direito das gentes, o exercício

em nome da *global governance*, sob a inspiração da metafísica de liberdade de HAYEK e do racionalismo crítico de POPPER.

5. Fundamentos do constitucionalismo global

Para CANOTILHO²⁴, fez-se lugar comum a referência à deslocação do mundo dos Estados para o mundo das constelações pós-nacionais.

Nesse contexto, os Estados procuraram se integrar em comunidades políticas supraestatais ou em sistemas políticos internacionais.

Daí, partindo-se do pressuposto do estreitamento entre as fronteiras entre o Direito Constitucional e Direito Internacional, os problemas pertinentes ao Estado e à Constituição só devem lograr reconhecimento jurídico e político sob a ótica do Direito Constitucional Internacional.²⁵

Persiste, no entanto, uma questão constitucional no âmago do constitucionalismo global: a regulação de outras dinâmicas sociais relacionadas com a digitalização, privatização e rede global.

Os contornos jurídicos dessa regulação são abordados pelas seguintes teorias:

- a) **a mera transferência do paradigma constitucional nacional ou estatal** – teoria cosmopolita que pretende erigir a Carta das Nações Unidas ao *status* e exercício de um poder político mundialmente legitimado;²⁶
- b) **a ideia de constituição supranacional sem Estado** – composta por sujeitos constitucionais internacionais, com caráter heterogêneo e plural, tais como as organizações internacionais, as uniões internacionais de trabalhadores, as organizações não

individual ou coletivo de um poder de ação regulamentado, de forma discricionária, nos domínios essenciais da atividade humana. SCALLE, Georges, in *Précis de Droit des Gens – Principes e systématique – Deuxième partie*. Paris: Recueil Sirey, 1934, p. 16.

²⁴ CANOTILHO, op. cit. p.284.

²⁵ Vide, nesse sentido, R.UERPMANN, in *Internationales Verfassungsrecht*, in *Juristenzeitung*, 2001, p. 565 e seq.

²⁶ Vide HABERMAS, Jürgen, in *Die posnationale Konstellation Polische Essays*, Frankfurt, Suhrkamp, 1998.

governamentais e o próprio indivíduo como titular de direitos fundamentais e de direitos humanos;²⁷

- c) a **constituição global dos direitos fundamentais** – pacto com eficácia normativa, que incide nas instâncias políticas e nos centros de poder econômico;²⁸
- d) a **rede de constituições sociais globais** – apresenta-se como um constitucionalismo *societal*, com esquemas regulatórios para a Internet, sistemas de saúde, bioética, etc.

Para se perscrutar o alcance dessas teorias, faz-se mister analisar o déficit democrático do constitucionalismo global.

A *global governance*, ao priorizar a eficácia, jamais se preocupou com a legitimação política. Ademais, seus agentes não são democraticamente legitimados, bastando observar as estruturas internas das organizações internacionais que não se sujeitam aos princípios democráticos.

Tal característica da *global governance*, devido a seu incipiente e pouco democrático arcabouço regulatório, acarreta falta de controle e responsabilidade de suas ações, permitindo arbitrariedades e impunidade.

Os modelos de democracia cosmopolita²⁹ e/ou deliberativa³⁰ sugerem, no plano internacional, uma complexa estrutura democrática em rede, contemplando referendos, no plano internacional, e a interlocução entre os governos nacionais e o parlamento supraestatal, que deve ser ampliada aos ombudsmanns internacionais, aos tribunais supraestatais e às agências internacionais sujeitas à publicidade crítica.

O intuito, todavia, da *global governance* é de encaminhar-se para uma verdadeira ruptura dos paradigmas constitucionais, radicalizando

²⁷ Vide WALTER, Christian, “Constitutionalizing (Inter)national governance: Possibilities for and limits to the development of na International Law”, in German Yearbook of International Law, 2001, p. 44, 170 e seq.

²⁸ Vide MUCHBINSKI, Peter, “Human Rights and Multinationals: is there a problem?”, in International Affairs, 2001, p. 77, 31 e seq.

²⁹ De acordo com David HELD.

³⁰ HABERMAS, Jürgen, in Between Facts and norms, Cambridge: Polity Press, 1996, p.289 e seq.

o discurso no *Societal Constitutionalism*, voltado para as constituições civis globais.

Para CANOTILHO, o problema do constitucionalismo societal consiste em saber sobre a possibilidade e a fórmula da democracia deliberativa ser estendida a atores sociais nos contextos nacionais e internacional.³¹

As constituições civis globais devem ser juridicizadas, ou seja, conter mecanismos de produção normativa que lhes forneçam quadros jurídicos regulatórios, necessários à sua legitimação.

Nesses textos constitucionais supraestatais, de forma incipiente, evidenciam-se a regulação jurídica da constituição civil, hierarquia normativa dentro dos esquemas peculiares de sua constituição social, a organização constitucional, parcialmente informal, com procedimentos e processos, e uma pretensão de controle material das ações de seus atores.

Todavia, de acordo com sua própria nomenclatura, as constituições civis globais pretendem ser parciais³², e, em consonância com discurso da razão instrumental, limitadas a determinados sistemas sociais, tais como economia, ciência, meio-ambiente e cultura.

6. A boa governança no contexto nacional

Dialeticamente, surge no constitucionalismo global um movimento de resistência à tirania dos mercados, proveniente do sistema de valores e princípios que demarcam a realidade constitucional.

Sugere-se, portanto, o redimensionamento do Estado constitucional, sob a égide da boa governança (*good governance*), em busca da condução responsável dos assuntos estatais.

Pelo prisma normativo, a constituição deve ser compreendida como fórmula ética de convivência, alicerçada em sistema de valores e princípios regulatórios, para que a boa governança possa legitimar o verdadeiro Estado constitucional.

³¹ CANOTILHO, op. cit. p. 295.

³² Não almejam ser constituições mundiais.

A *good governance*, no plano interno, ao resgatar o discurso da razão política, pode recuperar algumas das perspectivas do New Public Management, sem precisar de enfatizar sua razão instrumental, e, paralelamente, deve reforçar os procedimentos democráticos da governabilidade, da responsabilidade e da legitimação do sistema político.³³

A boa governança funda-se, por conseguinte, no pleno exercício da democracia, assente no Estado de direito, com seus pressupostos básicos:

- a) identidade coletiva;
- b) deliberações que legitimem as ações políticas estatais;³⁴
- c) sistema político eficiente e responsável;
- d) primado da ética na gestão de recursos públicos;
- e) reconhecimento, por parte de uma comunidade política, de uma responsabilidade compartilhada;
- f) e a outorga de necessárias competências aos órgãos estatais incumbidos de prevenir e combater a corrupção.

Para CANOTILHO, trata-se de governança responsável, vinculada à essência do Estado, pois o desenvolvimento sustentável, centrado na pessoa humana, pressupõe o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais.³⁵

Faz-se necessário repensar o aparelho ideológico estatal, corrigindo suas distorções, a partir da reconstituição de fórmulas éticas de convivência sedimentadas no paradigma Estado constitucional.

Nessa perspectiva, o verdadeiro resgate do Estado constitucional pode ser implementado com as seguintes medidas:

- a) revitalização da sociedade civil na qual se fundamenta sua estrutura;

³³ CANOTILHO, op. cit. p. 326 e seq.

³⁴ Com processos decisórios transparentes e imparciais.

³⁵ CANOTILHO, op. cit. p. 328.

- b) democratização das forças políticas, através de mecanismos eleitorais incisivos e transparentes³⁶,
- c) racionalização dos meios de produção, por intermédio da criação de instrumentos constitucionais que possibilitem a permanente distribuição de rendas.³⁷

A constituição deve converter-se, então, em verdadeiro sistema de preceitos, dotado de força jurídica vinculante, que, ao irradiar sua legitimidade em eficientes mecanismos de controle do poder, acaba por contrapor-se às *fabulações* da razão instrumental da globalização.

Como requisito para uma ordem internacional democrática, há de se evitar a recepção constitucional de institutos jurídicos inadequados à realidade estatal de cada Estado e viabilizar a incorporação de institutos que contribuam para a efetivação da cidadania plena e coletiva a todos os segmentos sociais.³⁸

7. A boa governança no contexto do constitucionalismo global

No âmbito estatal, torna-se indispensável uma Teoria do Estado dentro da Teoria da Constituição, como pré-compreensão desta, para recortar com profundidade teórica os princípios essenciais do paradigma Estado de Direito.

No âmbito internacional, deve ser recepcionada a *good governance*, devidamente acompanhada dos seguintes princípios:

- a) da transparência e da coerência dos atos normativos e ações dos órgãos e mecanismos nacionais e internacionais;

³⁶ A reengenharia constitucional, possuindo os recursos instrumentais necessários à afirmação do Estado democrático de direito, é essencial às reformas constitucional e eleitoral, no sentido de incrementar o desenvolvimento e a promoção social, permitindo a emancipação política de seus cidadãos.

³⁷ Principalmente nos Estados subdesenvolvidos.

³⁸ QUINTÃO SOARES, M. L., op. cit., p. 53 e seq.

- b) da subsidiariedade para otimizar as atividades estatais e supraestatais;³⁹
- c) da eficiência na atuação dos órgãos estatais e supra estatais;
- d) da reciprocidade no tratamento entre os Estados e as organizações internacionais;
- e) do primado do princípio democrático nas relações internacionais, reduzindo o déficit democrático do constitucionalismo global.

Apesar do aniquilamento de algumas de suas funções clássicas, o Estado constitucional, ainda, afirma-se como ponto de referência do princípio democrático e marco de resistência obrigatório, em mundo globalizado, ao preservar competências para poder fixar suas diretrizes básicas, ditar o direito e de instaurar procedimentos de cooperação internacional.

Tais procedimentos denotam uma tendência de resistência à tirania dos mercados, ampliando o discurso do good governance, visando à democratização da *global governance*.

Nessa perspectiva, acentua-se a interdependência, no plano internacional, dos Estados constitucionais, condicionando as questões governamentais ao multilateralismo e às intrincadas regulações internacionais.

Ao ajustar-se à economia de mercado e acomodar os fluxos da globalização, os Estados, paralelamente, articularam-se, em sistemas de interlocução, altamente institucionalizados, merecendo citação o **Grupo dos sete**, destinado às grandes potências econômicas, e o **Grupo dos Quinze**, que amplia a discussão a outros Estados com maior grau de desenvolvimento.⁴⁰

Dentre as outras interlocuções, com pretensões informais de coordenação de políticas públicas, em termos internacionais, contrapõem-

³⁹ Em especial no papel a ser desempenhado pela sociedade civil, conscientizada para acompanhar as tarefas de interesse geral, respondendo às demandas contemporâneas e organizando, de maneira distinta, as competências e atribuições do que seja privado ou público, fazendo com que o Estado renuncie a certas tarefas de interesse geral, confiando-as às coletividades mais próximas do cidadão comum.

⁴⁰ Observa-se, ainda, o modo informal de governança da Comissão Trilateral.

-se, ideologicamente, o Fórum Econômico Mundial e o Fórum Social Mundial.

Por outro prisma, a livre circulação de bens, serviços e até pessoas exigiu a consolidação de espaços econômicos essenciais ao processo de integração regional.

Nesse sentido, certos Estados, de acordo com seus interesses regionais, aglutinaram-se em blocos econômicos, evoluindo ou não, em sucessivas etapas, de zona de livre comércio⁴¹, para união aduaneira⁴², chegando a atingir uma união monetária, política e de mercado.⁴³

Além disso, esboça-se uma progressiva constitucionalização do Direito Internacional no conteúdo jurídico-constitucional da estrutura organizacional das instituições internacionais, nos pactos e convenções sobre direitos humanos e no Direito Econômico internacional.

Por sua vez, a *good governance* vê-se conduzida por novos atores, vinculados à sociedade civil, ongs e outros movimentos sociais, imbuídos da construção de uma nova cidadania, centrada na pessoa humana e não tão-somente em espaços para as liberdades econômicas.

Esta nova cidadania, denominada *cosmopolita*, deve acatar o discurso da razão política⁴⁴, tendo como pressuposto o exercício da *good governance* pelos Estados constitucionais.

No contexto internacional, esta cidadania, em consonância as novas constelações políticas pós-nacionais, exige a redefinição do significado e do alcance das políticas econômicas internacionais, principalmente as monitoradas pelo FMI e pelo Banco Mundial.

Refletindo esta tendência, explicita DUPUY,⁴⁵ o Banco Mundial aprovou, em 1992, termo de compromisso entre os Estados desenvolvidos e os em desenvolvimento, consignando princípios diretivos para o tratamento e regulação de investimentos estrangeiros, sugerindo um catálogo de práticas recomendáveis nas relações comerciais.

⁴¹ Caso do NAFTA.

⁴² No caso do MERCOSUL, trata-se de união aduaneira imperfeita.

⁴³ Caso da UNIÃO EUROPÉIA.

⁴⁴ Consolidado em intertexto aberto.

⁴⁵ DUPUY, Pierre-Marie, in *Droit International Public*, 3^a Ed. Paris: Dalloz, p. 505 e seq.

Percebe-se também uma gradativa normatização multilateral do investimento internacional, construída pelas decisões da OMC, procurando estabelecer rédeas éticas para as complexas atividades comerciais(trims).

Mesmo assim, devem ser criados mecanismos eficazes, estribados no sistema internacional de direitos humanos, para delinear normas regulatórias que controlem e responsabilizem os atores internacionais envolvidos na *global governance*.

CORRESPONDÊNCIA

A correspondência relativa a este artigo deverá ser enviada para:

Avenida João Pinheiro, 146, Conjunto 1108, Bairro de Lourdes, Belo Horizonte
Minas Gerais, Brasil

E-mail: Mlquintao@yahoo.com.br

Reflexões sobre o Estado Laico e o Controle de Constitucionalidade suscitado por Associações Religiosas¹

Considerations on the Secular State and the Constitutional Control Uphold by Religious Associations

ROBERTO DIAS²
ISADORA CHANSKY COHEN³

Resumo: Neste artigo, examinaremos a constitucionalidade da Proposta de Emenda Constitucional, em tramitação no Congresso Nacional brasileiro, que pretende incluir as associações religiosas de âmbito nacional entre os legitimados a propor Ação Direção de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Após analisar a liberdade e a igualdade religiosas num Estado laico, discutiremos se, num Estado laico, é constitucionalmente legítimo admitir que as associações religiosas atuem como porta-vozes de credos específicos, defendendo valores calcados em uma determinada moral, podendo propor ações judiciais que questionem, perante o Supremo Tribunal Federal, a constitucionalidade de leis e atos normativos.

Palavras-chaves: *Estado laico – Liberdade religiosa – Igualdade religiosa – Controle da constitucionalidade – Legitimidade ativa de associações religiosas.*

Abstract: The purpose of this article is to analyze the proposal of amendment to the Brazilian Constitution in order to grant powers to religious associations to

¹ Entregue: 7.5.2016; aprovado: 9.9.2016.

Artigo publicado, originalmente, na Revista Direito Público, RDU, Porto Alegre, Volume 13, nº 73, 2017, 122-146, jan-fev 2017.

² Advogado, Doutor em Direito Constitucional, Professor de Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e do Curso de Administração Pública da Fundação Getúlio Vargas (EAESP – FGV-SP), Coordenador do Curso de Graduação da FGV Direito SP

³ Advogada, Mestranda em Direito e Desenvolvimento pela FGV Direito SP, ex-pesquisadora da SBDP – Sociedade Brasileira de Direito Público, responsável pela Unidade de Parcerias Público-Privadas do Governo do Estado de São Paulo.

question the constitutionality of Brazilian laws, which is currently being examined by the Brazilian National Congress. For that purpose, we shall firstly analyze the principles of religious freedom and religious equality in a secular state and, after that, whether certain religious associations should or should not have powers to, in defense of values based in a particular moral, propose lawsuits before the Brazilian Supreme Court to question the constitutionality of laws and other normative acts.

Keywords: *Secular State – Religious Freedom – Religious Equality – Control of Constitutionality Control.*

1. Introdução

Pretendemos, neste artigo, analisar a viabilidade constitucional de incluir as associações religiosas de âmbito nacional entre os legitimados a propor Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) e Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC).

Como se sabe, o art. 103 da Constituição brasileira de 1988 arrola aqueles que podem propor tais ações de controle concentrado e abstrato da constitucionalidade. Desse rol consta o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, os partidos políticos com representação no Congresso Nacional e a confederação sindical ou a entidade de classe de âmbito nacional.⁴

Desde 2011, tramita na Câmara dos Deputados uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC 99/2011) que pretende acrescentar ao referido art. 103 um dispositivo que confere capacidade postulatória às associações religiosas de âmbito nacional para propor Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade de leis ou atos normativos.

A questão central sobre a qual pretendemos refletir neste ensaio é a seguinte: é viável constitucionalmente permitir que associações religio-

⁴ Para uma análise da legitimidade ativa para propor ADI e ADC, ver Luís Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, especialmente p. 181 a 192 e 255 a 257.

sas, num Estado laico, atuem como porta-vozes de credos específicos, defendendo valores calcados em uma determinada moral, podendo propor ações judiciais que questionem, perante o Supremo Tribunal Federal, a constitucionalidade de leis e atos normativos?

2. O Estado laico: liberdade e igualdade religiosas

A Constituição Federal estabelece, em seu art. 19, I⁵, a chamada *laicidade estatal*. Esta norma, embora não seja uma novidade – já que positivada nas Constituições brasileiras desde a proclamação da República⁶ – enfrenta, ainda hoje, alguns desafios para manter-se “viva”.

Quando a Constituição Cidadã⁷ trata desse postulado, impõe a existência de um Estado aconfessional, assegurando a separação entre Estado e religião. É dizer: as religiões não intervirão na atuação do Estado. E a recíproca também é exigida: o Estado não intervirá nos cultos religiosos e nas igrejas. Assim, além de desvincular da religião as atividades estatais, o princípio da separação entre igrejas e Estado impõe, também, um atuar estatal negativo, já que determina que o Estado não interferirá na organização e no estabelecimento de igrejas de quaisquer cultos.

Essa ideia, que assegura a liberdade individual de pleno exercício de qualquer religião (sem intervenção ou imposição estatal) encontra-se albergada no artigo 5º, VI, da Constituição brasileira:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a

⁵ “Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público”.

⁶ A esse respeito, interessante a leitura de artigo de Rodrigo Pereira e Teófilo Tostes Daniel e entrevista com Procuradores da República, Paulo Thadeu Gomes da Silva, Jefferson Aparecido Dias e Paulo Gustavo Guedes Fontes, disponível em <http://www.prr3.mpf.gov.br/component/content/275?task=view> (acesso no dia 1º de dezembro de 2014).

⁷ Assim tem sido conhecida a Constituição brasileira de 1988.

inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias

Infere-se da leitura do artigo destacado que tanto a liberdade de consciência, crença e culto é assegurada, quanto a igualdade religiosa também o é.

Da ideia de garantia da liberdade religiosa⁸ decorre a necessidade de atuação negativa do Estado para assegurar, sem qualquer intervenção, que todos possam exercer seu direito de professar qualquer fé.

Assim, o primado da separação entre igreja e Estado e a liberdade religiosa despontam como fatores determinantes para que o próprio indivíduo possa decidir sobre assuntos que respeitam a sua esfera privada, pessoal, não cabendo ao Estado interferir em suas convicções morais e religiosas. Com isso, não poderá o Estado obrigar qualquer pessoa a agir de maneira contrária aos seus valores e à sua religião. Daí depreende-se o dever estatal de não fazer, de não estabelecer qualquer valor que ganhe caráter positivo a qualquer cidadão.⁹

Portanto, num Estado secular, os dogmas de igrejas de quaisquer credos não podem impor, coercitivamente, uma conduta ou uma abstenção às pessoas, por meio do Estado.¹⁰ Como explica Flávia

⁸ Para uma análise da relação entre Estado e Religião, com ênfase na experiência portuguesa, ver Jorge Bacelar Gouveia, *Direito, Religião e Sociedade no Estado Constitucional*, Belo Horizonte, Arraes, 2013.

⁹ Nesse sentido, Jorge Miranda argumenta que a “liberdade religiosa não consiste apenas em o Estado a ninguém impor qualquer religião ou a ninguém impedir de professar determinada crença. Consiste ainda, por um lado, em o Estado permitir ou propiciar a quem seguir determinada religião o cumprimento dos deveres que dela decorrem (em matéria de culto, de família ou de ensino, por exemplo) em termos razoáveis. E consiste, por outro lado (e sem que haja qualquer contradição), em o Estado não impor ou não garantir com as leis o cumprimento desses deveres” (Jorge MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, Tomo IV, p. 357-359).

¹⁰ Ver Flávia PIOVESAN, “Direitos sexuais e reprodutivos: aborto inseguro como violação aos direitos humanos”, p. 68, nota de rodapé n. 36.

Piovesan,¹¹ a confusão entre Estado e religião “implica a adoção oficial de dogmas incontestáveis, que, ao impor uma moral única, inviabilizam qualquer projeto de sociedade aberta, pluralista e democrática”. “A ordem jurídica em um Estado Democrático de Direito não pode se converter na voz exclusiva da moral de qualquer religião. Os grupos religiosos têm o direito de constituir suas identidades em torno de seus princípios e valores, pois são parte de uma sociedade democrática. Mas não têm o direito de pretender hegemonizar a cultura de um Estado constitucionalmente laico.”

Conjuga-se com a atuação negativa um agir positivo do Estado, que nasce a partir do ideal de isonomia trazido pelo *caput* do artigo 5º acima transcrito. A função positiva, assim, é marcada por um agir efetivo por parte do Estado, no sentido de ensinar a todos os credos e crentes as mesmas condições de exercício de sua liberdade religiosa, coibindo, também, atitudes que embaracem a liberdade religiosa e de culto.

Da conjunção entre essas duas funções – positiva e negativa – e do ideal de garantia de liberdade e igualdade religiosas, origina-se a ideia de *neutralidade* estatal. A partir dessa concepção, reconhece-se a possibilidade de um agir positivo por parte do Estado limitado no dever estatal de se abster de qualquer imposição religiosa.

A ideia de neutralidade encontra-se bem definida em voto do Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, proferido na Suspensão de Tutela Antecipada 389/SP, que enaltece como se dá o equilíbrio entre a *atuação* e a *abstenção* estatal:

Não há dúvida de que o direito fundamental à liberdade religiosa (art. 5º, VI, da Constituição) impõe ao Estado o dever de respeitar as escolhas religiosas dos cidadãos e o de não se imiscuir na organização interna das entidades religiosas. Trata-se, portanto, do dever de neutralidade axiológica do Estado diante do fenômeno religioso (princípio da laicidade), revelando-se proscrita toda e qualquer atividade do ente público que favoreça determinada confissão religiosa em detrimento das demais, conforme estabelecido no art. 19, I, da Constituição.

¹¹ Flávia PIOVESAN, *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*, p. 20.

É certo, porém, que a neutralidade axiológica por parte do Estado não se confunde com a ideia de indiferença estatal. Em alguns casos, imperativos fundados na própria liberdade religiosa impõem ao ente público um comportamento positivo, que tem a finalidade de afastar barreiras ou sobrecargas que possam impedir ou dificultar determinadas opções em matéria de fé¹².

Pode-se dizer, então, que a desvinculação entre igrejas e Estado, à luz do princípio constitucional da laicidade, se presta a fazer com que as atividades públicas sejam independentes de quaisquer confissões e não relacionadas a elas, justamente com o intuito de assegurar a liberdade e, também, a igualdade religiosas¹³. Essa neutralidade, que

¹² STA 389 / SP – São Paulo: Relator: Min. Presidente Gilmar Mendes. Julgamento: 20.11.2009. A ementa desse acórdão tem a seguinte redação: “Agravamento em Suspensão de Tutela Antecipada. 2. Pedido de restabelecimento dos efeitos da decisão do Tribunal a quo que possibilitaria a participação de estudantes judeus no Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) em data alternativa ao Shabat. 3. Alegação de inobservância ao direito fundamental de liberdade religiosa e ao direito à educação. 4. Medida acautelatória que configura grave lesão à ordem jurídico-administrativa. 5. Em mero juízo de delibação, pode-se afirmar que a designação de data alternativa para a realização dos exames não se revela em sintonia com o princípio da isonomia, convolvendo-se em privilégio para um determinado grupo religioso 6. Decisão da Presidência, proferida em sede de contracautela, sob a ótica dos riscos que a tutela antecipada é capaz de acarretar à ordem pública 7. Pendência de julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 391 e nº 3.714, nas quais este Corte poderá analisar o tema com maior profundidade. 8. Agravamento Regimental conhecido e não provido.”

¹³ A este respeito e à luz do preceituado pelo artigo 5º parece-nos que, embora o Estado não possa se imiscuir na esfera de cada uma das confissões, poderia, sim, atuar positiva e efetivamente, com vistas a garantir igualdade de oportunidades para todas as crenças, sem – é claro – afrontar a liberdade religiosa. A atuação negativa e positiva do Estado compõe um pêndulo bastante delicado, mas que se mostra imprescindível para a compreensão das polêmicas questões que são enfrentadas envolvendo a laicidade do Estado. Neste sentido, é interessante transcrever trecho de artigo recentemente publicado no jornal *O Estado de S. Paulo*, por José Reinaldo de Lima Lopes e Oscar Vilhena Vieira, para quem “A concepção de uma sociedade fundada em identidade não religiosa ou racial passou a ser inerente à própria ideia de direitos humanos. Ela tem por base a noção de que cada ser humano é moralmente livre: pode escolher seus ideais e sua forma de vida sem dar satisfações a autoridades ou vizinhos, desde que tal escolha não cause dano a outrem, ou, como dizia Thomas Jefferson em defesa da liberdade religiosa em sua Virgínia natal, ‘desde que não quebre minha perna nem furte minha carteira’. Tem ainda por fundamento outra noção: a de que o valor moral

garante a concepção de uma sociedade desvinculada de determinada identidade religiosa, traz em seu cerne o ideal de que cada indivíduo é moralmente livre e que todos, independentemente de sua ideologia, devem receber do Estado tratamento isonômico.¹⁴

Assim, o caráter laico do Brasil e a postura de neutralidade daí decorrente acentuam a impossibilidade de o Estado se imiscuir na esfera estritamente privada dos cidadãos. O primado da separação entre igreja e Estado, bem como a garantia de liberdade religiosa, constituem-se como fatores determinantes para que o próprio indivíduo possa decidir sobre assuntos que respeitam a sua esfera privada, pessoal, não sendo função do Estado definir ou impor determinado comportamento que esbarre nessa autonomia individual, a não ser em casos em que essa autonomia fra direitos da coletividade.

Essa ideia, fruto da laicidade estatal, é bem analisada em passagem do voto do Ministro Joaquim Barbosa, proferido quando do julgamento da ADI n. 3.510, em que se discutiu a constitucionalidade de pesquisas com células-tronco embrionárias. De acordo com o entendimento do Ministro:

A conjugação da laicidade do Estado e do primado da autonomia privada conduz a uma importante conclusão: os genitores dos embriões produzidos por fertilização *in vitro*, têm a sua liberdade de escolha, ou

de todos é igual, não havendo por que discriminar moralmente quem pensa diferente, age diferente, tem uma religião diferente ou simplesmente é diferente. A igualdade universal, base do discurso dos direitos humanos, impõe que todos – independentemente de qualquer estado, escolha ideológica ou característica pessoal – recebam da autoridade pública exatamente o mesmo tratamento. Em resumo, esse ideal deixa cada um livre para perseguir seus próprios ideais absolutos, desde que não os identifique com os ideais da República” (José Reinaldo de Lima Lopes e Oscar Vilhena Vieira, “Religião e Direitos Humanos”, *O Estado de S. Paulo*, 22 de abril de 2013, <http://opinio.estado.com.br/noticias/geral,religiao-e-direitos-humanos-imp-,1023910>, acesso no dia 1º de dezembro de 2014.

¹⁴ Jónatas Eduardo Mendes Machado menciona, também, que, enquanto o discurso teológico-confessional é exclusivista e defensor de uma “concepção de verdade objetiva”, o discurso jurídico-constitucional é inclusivo e “não homogeneizante, na medida em que se apoia num princípio de igual dignidade da pessoa humana e num conceito alargado de liberdade subjetiva”. (Jónatas Eduardo Mendes Machado, *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*, p. 181).

seja, a sua autonomia privada e as suas convicções morais e religiosas respeitadas pelo dispositivo ora impugnado. Ninguém poderá obrigá-los a agir de forma contrária aos seus interesses, aos seus sentimentos, às suas ideias, aos seus valores, à sua religião, e à sua própria convicção acerca do momento em que a vida começa. Preservam-se, portanto, a esfera íntima reservada à crença das pessoas e o seu sagrado direito à liberdade.

A passagem acima evidencia o fato de que a religião se insere na esfera íntima de cada indivíduo. A liberdade de crença e religião resguarda, justamente, a autonomia privada de cada um agir de modo compatível com seus próprios ideais religiosos, na justa medida em que isso se mantenha adstrito à esfera individual. Isso quer dizer que, ao passo em que é defeso ao indivíduo exercer de forma plena o seu direito à liberdade religiosa, da mesma forma esta liberdade não poderá significar a restrição do exercício da liberdade de terceiros.

O que se está a dizer, em outras palavras, é que a dimensão da liberdade religiosa de cada pessoa encontra limites e fronteiras na liberdade religiosa do outro, conforme já referimos anteriormente. O exercício desta liberdade é, sim, pleno, desde que não haja violação da autonomia privada dos outros indivíduos.

E daí se depreende, inclusive, que a liberdade de crença e de religião deve ser compreendida como um conteúdo do princípio da isonomia, um dos valores fundamentais de todo o ordenamento jurídico. Isso porque toda e qualquer crença poderá ser professada, e ninguém será impedido de crer naquilo que bem entender, também não poderão ser compelidos a crer em algo ou em alguém.

Embora a Constituição, aparentemente, torneie em seu corpo normativo¹⁵ limites bem definidos para o âmbito de atuação do Estado e

¹⁵ Não trataremos da polêmica questão acerca do preâmbulo constitucional e da força normativa da expressão: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade, e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

para a esfera em que se insere a atividade religiosa, o desdobramento prático da desvinculação entre Estado e fé faz surgir questões bastante delicadas e demonstra que a linha que separa a igreja do Estado – e que se apresenta constitucionalmente, como se infere da leitura dos artigos destacados acima, como uma linha bem definida – é, na realidade, tênue e quase que pontilhada.

Esta não é uma dificuldade enfrentada somente no Brasil. Outras experiências vivenciadas ao redor do mundo, em Estados que são constitucionalmente laicos, ilustram os entraves práticos surgidos em torno da neutralidade estatal nesse campo¹⁶. No Brasil, podemos citar – sem sequer nos aproximarmos do esgotamento do tema – casos interessantes que foram levados à apreciação do Supremo Tribunal Federal e que demonstram, de alguma forma, como se instala o diálogo entre o Estado e a fé.

Exemplos que trouxeram à tona a discussão acerca da laicidade estatal são as ações julgadas pelo Supremo Tribunal Federal que funcionaram como gatilhos para o debate sobre o ensino religioso nas escolas

FEDERATIVA DO BRASIL”. Interessante, neste sentido, a leitura da ADI nº 2.076/AC (Rel. Min Carlos Velloso, decisão 15.08.2002), por meio da qual o Supremo Tribunal Federal descartou a hipótese de que o preâmbulo produziria efeitos vinculantes: “EMENTA: CONSTITUCIONAL. CONSTITUIÇÃO: PREÂMBULO. NORMAS CENTRAIS. Constituição do Acre. I – Normas centrais da Constituição Federal: essas normas são de reprodução obrigatória na Constituição do Estado-membro, mesmo porque, reproduzidas, ou não, incidirão sobre a ordem local. Reclamações 370-MT e 383-SP (RTJ 147/404). II – Preâmbulo da Constituição: não constitui norma central. Invocação da proteção de Deus: não se trata de norma de reprodução obrigatória na Constituição estadual, não tendo força normativa. III. – Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente”. Neste mesmo acórdão, vale lembrar passagem do voto do Ministro Sepúlveda Pertence: “tomado em seu conjunto, esta locução ‘sob a proteção de Deus’ não é uma norma jurídica, até porque não se teria a pretensão de criar obrigação para a divindade invocada”.

¹⁶ Como exemplo, podemos citar o caso da proibição do uso do véu islâmico integral (burca e niqab) em espaços públicos da França e o questionamento sobre a exposição de crucifixos nas escolas públicas italianas. Para a questão dos crucifixos nos Tribunais brasileiros, ver Daniel Sarmento. “O crucifixo nos Tribunais e a laicidade do Estado. Revista de Direito do Estado, Ano 2, nº 8: 75-90, out./dez. 2007.

públicas¹⁷, o reconhecimento da união homoafetiva¹⁸, a pesquisa com células-tronco embrionárias¹⁹ e a autorização para a interrupção da gravidez no caso de feto anencéfalo²⁰ – somente para citar alguns dos casos mais polêmicos.

No processo de julgamento de todas essas ações, o Supremo funcionou como um palco de diálogo entre diversos atores, que em seus discursos tangenciavam (quando não mergulhavam em) questões envolvendo a relação entre Estado e religião.

Recentemente, outra iniciativa – desta vez tendo como arena o Poder Legislativo – fez emergir a tensão que se instala ao redor da concepção do Estado leigo. Essa iniciativa, da Câmara dos Deputados, é a Proposta de Emenda à Constituição n° 99/2011, que foi aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania – CCJC, mediante parecer exarado no início de 2013.

3. A PEC 99/2011²¹

Em 19 de outubro de 2011, o Deputado Federal João Campos, juntamente com outros deputados federais – denominados conjuntamente como Frente Parlamentar Evangélica do Congresso Nacional –, apresentou Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 99/2011 para acrescentar as *associações religiosas de âmbito nacional* ao rol de legitimados, autorizados pelo art. 103 da Constituição, para a propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC).

¹⁷ Trata-se da ADI 4439 proposta, em 2 de agosto de 2010, pela Procuradoria-Geral da República que questiona o art. 11, § 1º, do acordo entre o Estado brasileiro e a Santa Sé (Decreto 7.107/2010), que determina a oferta de “ensino católico e de outras confissões” na rede pública de ensino do país.

¹⁸ ADI 4277 e ADPF 132, de 05/05/2011.

¹⁹ ADI 3510, de 29/05/2008.

²⁰ ADPF 54, de 12/04/2012.

²¹ O trâmite desta Proposta de Emenda à Constituição encontra-se disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=524259> (acesso em 1º de dezembro de 2014).

A redação atual do mencionado artigo 103 da Constituição, que define – taxativamente – aqueles que podem propor ADI e ADC é a seguinte:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

- I – o Presidente da República;
- II – a Mesa do Senado Federal;
- III – a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV – a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
- VI – o Procurador-Geral da República;
- VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII – partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

De acordo com a referida proposta, o artigo 103, acima destacado, passaria a vigorar com o inciso “X – *associações religiosas de âmbito nacional*”. A justificação, colacionada no corpo da PEC²², apresenta alguns motivos como ensejadores da proposta, merecendo destaque, de forma resumida²³: (i) a necessidade de preservação da liberdade de culto e de religião; (ii) a tolerância religiosa como instrumento de convivência social e pacífica; (iii) a dicotomia entre o Estado e as religiões e a consolidação da autonomia privada de organização das

²² http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=A046EF02F44E167B7126D98EF3FF3380.node2?codteor=931483&filename=PEC+99/2011 (acesso em 02 de dezembro de 2014).

²³ De acordo com o relatório do parecer da CCJC, a PEC tem como objetivo: “Segundo o Autor, o objetivo da proposição é o de garantir a todas as associações religiosas de caráter nacional o direito subjetivo de promover ações para o controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos que venham a interferir direta ou indiretamente no sistema de liberdade religiosa ou de culto inscrito na Constituição Federal, na defesa racional e tolerante dos direitos primordiais conferidos a todos os cidadãos indistintamente e coletivamente aos membros de um determinado segmento religioso”.

confissões religiosas; (iv) a natureza jurídica das associações religiosas e sua função de guarda da liberdade de culto; e (v) a necessidade de garantir a tais associações o direito subjetivo de promoverem ações para o controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos, na defesa racional e tolerante dos direitos primordiais conferidos a todos os cidadãos indistintamente e coletivamente aos membros de um determinado segmento religioso, observados o caráter nacional de sua estrutura.

O documento, apelidado de “PEC Evangélica”, foi aprovado, em 27 de março de 2013, pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) da Câmara dos Deputados, por meio de reunião deliberativa ordinária que aprovou parecer²⁴ exarado pelo relator, Deputado Bonifácio de Andrada.

Conforme defende o Relator, a proposta apresentada deve ser admitida, uma vez que atende aos requisitos formais de admissibilidade, se adéqua ao ordenamento jurídico e não viola cláusulas pétreas constitucionais. Isso porque – de acordo com o que diz o parecer –, a ampliação do rol de legitimados definidos no artigo 103, representaria uma contribuição à ordem jurídica:

Considero perfeitamente aceitável as razões para esta Proposta de Emenda Constitucional, pois as associações religiosas representam um segmento da mais alta importância para a vida nacional, sendo adequada à ordem jurídica este tipo de contribuição visto que deverá partir de grupos de elevada influência na vida social do país.

Há temas e questões que somente as lideranças religiosas podem focalizar tendo em vista as sensibilidades das mesmas para determinados assuntos que informam de maneira básica a prática do direito entre nós. A interpretação de muitas leis necessita da contribuição dos setores religiosos.

Mas, não há porque se distinguir grupos religiosos, seja católico, evangélico, judaico ou maometano para fundamentar as razões da presente Proposta de Emenda Constitucional, pois o que se pretende demo-

²⁴ http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=998401&filename=Parecer-CCJC-04-06-2012 (acesso no dia 02 de dezembro de 2014).

*craticamente é estender a todas as entidades religiosas prerrogativas de participar do processo decisivo de manutenção da ordem jurídica no país tendo em vista os interesses morais de todas as crenças.*²⁵

A leitura do trecho transcrito suscita importantes debates a respeito da laicidade estatal. As reflexões acerca desses pontos de dúvida – os quais serão apresentados a seguir – figurarão como fio condutor do presente ensaio. Este artigo, entretanto, não se propõe a apresentar soluções definitivas para cada uma das questões postas, mas, sim, fomentar uma discussão crítica acerca da norma que prescreve a laicidade estatal e sua relação com a PEC 99/2011.

Os argumentos sustentados pelo relator para aprovar a PEC 99/2011 embasam-se no ideal de que as religiões exercem *elevada influência na vida social do país*. Ainda que assumíssemos essa afirmação como uma premissa verdadeira, o fato de as religiões ocuparem um papel socialmente importante, por si só, justificaria a inclusão de *associações religiosas de âmbito nacional* no rol estabelecido pelo artigo 103 da Carta?

Segundo argumento desenvolvido pelo relator Andrada, haveria necessidade da participação de setores religiosos para interpretação de muitas leis e, sendo assim, seria legítimo atribuir a estas *associações* capacidade postulatória para a propositura de ADI e ADC.

Para responder a essa questão, é necessário considerar o panorama até então apresentado. Nesse sentido, é preciso avaliar se a participação das lideranças religiosas se prestaria a assegurar o exercício democrático da liberdade religiosa e, também, da igualdade entre todas as crenças, o que se materializaria em uma lógica contrária ao proselitismo religioso.

O discurso apresentado no parecer que aprova a PEC 99/2011 feita pela Frente Parlamentar Evangélica do Congresso Nacional se sustenta na ideia de existirem lideranças religiosas – as tais associações religiosas de âmbito nacional – que poderiam participar ativamente da instauração de processos destinados ao questionamento da constitucionalidade de determinado regramento.

²⁵ Trecho extraído do parecer exarado pelo Deputado Bonifácio de Andrada e mencionado na nota anterior.

Essa participação das *lideranças religiosas*, de acordo com o relator, se prestaria a assegurar o exercício democrático da liberdade religiosa, em vista dos interesses morais de *todas* as crenças. Se levarmos em conta, entretanto, que o termo *liderança religiosa* já carrega em seu bojo um viés discriminatório, não estaríamos atribuindo à laicidade estatal somente uma dimensão focada na garantia de *liberdade* sem considerar a proteção ao valor da *igualdade*, tão caro ao Estado Democrático de Direito?

Esse aspecto será desenvolvido adiante e servirá como um dos pontos de reflexão sobre a viabilidade jurídica da medida proposta pela Bancada Parlamentar Evangélica. Seria interessante avaliar se o envolvimento dessas associações no diálogo que é feito via ADI e ADC seria, de fato, o meio mais apropriado para assegurar essa representatividade religiosa. E se a proposta, caso aprovada, não feriria o caráter laico do Estado brasileiro.

Assim, é de se perguntar se não haveria outros meios franqueados pelo ordenamento jurídico a tais grupos religiosos para a participação na feitura e discussão de leis?

4. O rol de legitimados para a propositura da ADI e da ADC

Antes de desenvolvermos qualquer posicionamento a respeito das questões apresentadas acima, é preciso entender em que contexto a pretensão inclusão das *associações religiosas de âmbito nacional* no rol de legitimados a propor ADI e ADC está inserida.

Para isso, apresentaremos, a seguir, um breve panorama a respeito do papel da ADI e da ADC assim como uma explicação sumária a respeito da legitimação para a propositura de tais demandas. Esse painel geral tem como objetivo traçar linhas gerais acerca da função desses instrumentos e do papel desses atores, especialmente para destacar o caráter *coletivo* dessas ações e os desígnios, igualmente *públicos*, que devem ser perquiridos pelos seus propositores.

Os institutos analisados encontram fundamento primário na própria Constituição Federal, conforme os artigos 102 e 103, e são regulamentados pela Lei Federal nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.

Tais ações se prestam a proteger a Constituição Federal. Todo ato normativo exarado, desde seu nascimento, tem presunção relativa de constitucionalidade. Em vista da posição hierarquicamente superior ocupada pela Constituição em nosso sistema jurídico, assume-se que toda norma infraconstitucional guarda pertinência com ela, até que se demonstre o contrário.

A Ação Declaratória de Constitucionalidade tem como finalidade transformar esta presunção *iuris tantum* em presunção absoluta, de forma a certificar a legitimidade do ato em face da Carta Constitucional. Já a Ação direta de Inconstitucionalidade²⁶ se presta a desconstituir esta presunção relativa de constitucionalidade do ato normativo, de forma a fazer com que a Corte Suprema – guardiã máxima da Constituição – reconheça a inconstitucionalidade da norma questionada e a invalide, tornando nulos os seus efeitos²⁷.

Tanto a ADI quanto a ADC figuram, no ordenamento jurídico, como verdadeiros mecanismos que ensejam o exercício do controle de constitucionalidade das normas infraconstitucionais. Mais ainda, estas espécies postulatórias são remédios constitucionais que provo-

²⁶ As ações aqui analisadas configuram-se como “demandas dúplices”, nos termos do artigo 24 da Lei 9.868/99. Isso porque, conforme se nota da redação de mencionado artigo, sua ambivalência é caracterizada pelo fato de ambas as demandas possuírem o condão de gerar juízo de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade: “Art. 24. Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória”.

²⁷ Via de regra, a declaração de inconstitucionalidade feita pelo Supremo Tribunal Federal opera com efeitos *ex tunc*. Não obstante, importante ressaltar a possibilidade de *modulação de efeitos* da decisão, conforme previsão do art. 27 da Lei 9.868/99. De acordo com a redação deste artigo, “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”. Sobre a modulação temporal dos efeitos da decisão do STF no controle da constitucionalidade, conferir, dentre outras, a seguinte obra: DIAS, Roberto; LAURENTIIS, Lucas de. “A segurança jurídica e o Supremo Tribunal Federal: modulação dos efeitos temporais no controle da constitucionalidade”. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coords.). Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 205-221.

cam o controle *concentrado* – já que somente pode ser exercido pelo Supremo – e *abstrato*, uma vez que não analisam um caso concreto. Ademais, os efeitos da decisão proferida recaem sobre todos, e não atingem tão somente as partes atuantes do processo –, conforme se pode inferir da leitura do artigo 102, § 2º, da Constituição:

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Como se pode ver, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade e as Ações Declaratórias de Constitucionalidade ocupam, na sistemática jurídica, papel *sui generis*. Conforme se depreende do texto constitucional, estas ferramentas são (juntamente com a ADPF)²⁸ aquelas que podem ser empregadas para a provocação do Supremo em via de controle concentrado e abstrato.

Esta função carregada pela ADI e pela ADC já demonstra seu caráter abstrato e, portanto, supraindividual. São espécies de ação em que os titulares do direito de propositura das demandas atuam na defesa de interesses que pertencem à coletividade. Trata-se de legitimação extraordinária, uma vez que aqueles que figuram no polo ativo postulam em nome próprio, mas o fazem em nome de direito alheio, em defesa da Constituição Federal e, como consequência, agem de forma a tutelar interesses públicos. Este é o entendimento exarado pelo STF, conforme se depreende da leitura do trecho abaixo destacado, extraído do acórdão proferido quando do julgamento da ADI-MC 1.434:

CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE – PROCESSO DE CARÁTER OBJETIVO – IMPOSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO DE SITUAÇÕES INDIVIDUAIS E CONCRETAS. – O

²⁸ A ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental está prevista no art. 102, § 1º, da Constituição Federal, dispositivo este regulamentado pela Lei nº 9.882/99.

controle normativo de constitucionalidade qualifica-se como típico processo de caráter objetivo, vocacionado exclusivamente à defesa, em tese, da harmonia do sistema constitucional. A instauração desse processo objetivo tem por função instrumental viabilizar o julgamento de validade abstrata de ato estatal em face da Constituição da República. O exame de relações jurídicas concretas e individuais constitui matéria juridicamente estranha ao domínio do processo de controle concentrado de constitucionalidade. A tutela jurisdicional de situações individuais, uma vez suscitada a controvérsia de índole constitucional, há de ser obtida na via do controle difuso de constitucionalidade, que, supondo a existência de um caso concreto, revela-se acessível a qualquer pessoa que disponha de interesse e legitimidade (CPC, art. 3)²⁹.

Conforme se verifica da leitura do trecho acima transcrito, o processo, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, reveste-se de caráter objetivo, o que implica dizer que qualquer nota de subjetividade deve ser afastada³⁰. Isso se dá em função do fato de a decisão proferida atingir tantos quantos estejam sob a égide da Constituição Federal, e não somente as partes litigantes. Até porque, sequer se poderia entender tais demandas como *contendadas*, uma vez que não há *lide*. Não há, da mesma forma, que se falar em contraposição de interesses

²⁹ ADI 1.434 MC, de 29/08/1996.

³⁰ “Ao contrário do que normalmente ocorre nos ditos processos subjetivos, a coisa julgada nas ações de controle concentrado de constitucionalidade opera com efeitos erga omnes (art. 28, p. único, da Lei 9.869/99; art. 102, p. 2, da CF). Isto quer dizer que, quanto aos seus limites subjetivos, ela atinge tantos quantos sejam os sujeitos submetidos à jurisdição do STF, ainda que não participantes do processo em que tal decisão se formou. Assim, decretada a inconstitucionalidade de um ato normativo, será ele expurgado do ordenamento jurídico, independentemente de ato do Senado Federal; do mesmo modo, declarada a sua constitucionalidade, instituir-se-á sobre ele a presunção absoluta (e não mais relativa) de conformidade com a Constituição, de modo que qualquer sujeito poderá aproveitar-se dessa declaração independentemente de novo reconhecimento judicial.” DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos processuais da ADIN (ação direta de inconstitucionalidade) e da ADC (ação declaratória de constitucionalidade). DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). *Ações constitucionais*. Salvador: JusPodivm, 2006. p. 339-428. A respeito do tema, conferir também BARROSO, Luis Roberto, *O Controle da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

intersubjetivos, já que o que está em jogo é a relação de validade entre normas (infraconstitucionais, em relação à Constituição).

Como se vê – e aí, mais uma vez, vale ressaltar –, o interesse tutelado é de *todos* os atingidos pela Constituição, já que o que se pretende, por meio de ADI e ADC, é fazer valer, com extensão e abrangência máximas, a supremacia da Constituição³¹.

O rol dos legitimados, como se pode intuir, deve ter sido cuidadosamente esculpido. Os entes integrantes dos incisos do artigo 103 da Constituição, representam uma coletividade³² e desempenham função de *custos legis*, no sentido de que lutam pelo resguardo dos *valores constitucionais*, os quais devem pautar qualquer ato normativo existente.

Em consequência de tais demandas acarretarem resultados aplicáveis *erga omnes*, os agentes que possuem legitimação ativa para sua propositura são justamente os *representantes* de uma coletividade – coletividade esta abraçada pelos anseios constitucionais e afetadas por qualquer descumprimento das diretrizes estabelecidas pela Constituição.

É importante, ainda, salientar que há, com relação ao próprio elenco definido pela Constituição, divisão em dois grupos de legitimados *ad causam* para propositura de ADI e ADC: (i) os legitimados universais, que têm legitimidade presumida para a propositura de demanda envolvendo *qualquer* assunto; e (ii) os legitimados especiais, que devem demonstrar vínculo de afinidade com o tema discutido nessas ações.

Para este último grupo – integrado por confederações sindicais, entidades de classe de âmbito nacional, Mesas das Assembleias Legis-

³¹ “Doutrina e jurisprudência já firmaram o entendimento de que a propositura de ADIN ou ADC leva à instauração de um processo eminentemente objetivo, porquanto despido de qualquer carga de subjetividade. Sim, trata-se de processo destituído de partes em litígio; não conta com a presença de lide, contendores, tampouco de interesses intersubjetivos em choque. Não cuida do julgamento de caso concreto, mas, sim, da constitucionalidade da lei em tese, de uma relação de validade entre normas. No processo objetivo não subsiste o contraditório clássico – com partes atuando e defesa de interesses contrapostos” DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos processuais da ADIN (ação direta de inconstitucionalidade) e da ADC (ação declaratória de constitucionalidade). DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). *Ações constitucionais*. Salvador: JusPodivm, 2006. p. 339-428.

³² Teceremos comentários sobre a figura da pertinência temática adiante.

lativas e Governadores³³ –, o STF reputou ser necessária a demonstração da chamada *pertinência temática*, justamente com intuito de restar evidente que, no caso concreto, determinado agente seria, de fato, o melhor porta-voz do interesse coletivo tutelado. Aqui, mais uma vez, chamamos a atenção para o aspecto coletivo dessas demandas. O juízo de *representação adequada*, que o Supremo faz diante da apreciação de cada demanda, tem como objetivo aferir se a condução de determinado processo será feita em defesa de interesses objetivos e extraconcretos.

O que se pode dizer, no fim das contas é que tais ações são, inquestionavelmente, caracterizadas como demandas coletivas. Os aspectos que caracterizam a natureza coletiva são, conforme já apontado, (i) seu objeto: tais ações intentam a defesa do sistema constitucional e, por conseguinte, resguardam um interesse maior de *todos* os que são abraçados pelos valores impressos pela Constituição; (ii) seus efeitos: o julgamento de tais demandas produzirá efeitos sobre todos, indistintamente, que tenham seus direitos tutelados pela Constituição; e (iii) legitimidade para sua propositura: a legitimidade extraordinária, somente daqueles elencados no art. 103 (e repetido no artigo 2º da Lei 9.868/99), para postularem objetivamente em nome da coletividade.

5. Os desdobramentos da laicidade estatal e a tentativa de inclusão de associações religiosas de âmbito nacional no rol de legitimados para a propositura de ADI e ADC

Em face do panorama apresentado, analisaremos as afirmações que serviram como embasamento para a aprovação – até o momento – da PEC 99/2011. Não temos a pretensão de esgotar o tema ou formular conclusões inquestionáveis a respeito de cada um dos pontos aqui abordados.

³³ ADI 1.507-MC-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 06/06/97: “a legitimidade ativa da confederação sindical, entidade de classe de âmbito nacional, Mesas das Assembleias Legislativas e Governadores, para a ação direta de inconstitucionalidade, vincula-se ao objeto da ação, pelo que deve haver pertinência da norma impugnada com os objetivos do autor da ação”.

Para, então, contextualizar as conclusões que apresentaremos a seguir e retomar a importância da proteção de ambos os valores resguardados constitucionalmente – não somente a liberdade, mas também a igualdade –, nos valem de voto proferido no ano de 2010 pelo Ministro Gilmar Mendes.

O trecho que destacamos a seguir contempla, justamente, as diretrizes que foram consideradas na pesquisa realizada para a elaboração deste artigo e que justificam a complexidade da questão e o cuidado que deve ser tomado no tratamento das formas de atuação religiosa para que estas não venham a macular a proteção constitucional da laicidade estatal, essencial à sobrevivência de um Estado Democrático de Direito.

Conforme se verifica, estão abrangidos na fala do Ministro os seguintes aspectos, os quais já foram pincelados nas linhas introdutórias deste texto e que retomamos, justamente, por servirem como fio condutor para obtenção das conclusões apresentadas: (i) a necessidade de preservação da liberdade religiosa e da isonomia entre as diversas crenças (face ao entrelaçamento entre os princípios da laicidade, da igualdade, da liberdade de crença e religião e o princípio da autonomia privada); (ii) as dimensões do *fecere* e do *non facere* estatal, para que efetivamente sejam assegurados todos os valores constitucionais que revestem as atuações religiosas; e (iii) a verificação da existência de outros meios disponíveis para fazer valer os direitos (religiosos) preservados.

O que se deve promover é a livre competição no ‘mercado de ideias religiosas’, expressão que, segundo Jônatas Machado, teria sido cunhada com base no pensamento de Oliver Wendell Holmes e Stuart Mill (MACHADO, Jônatas. Liberdade Religiosa numa comunidade constitucional inclusiva; dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. In: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1996, p. 176). Nesse contexto é que surgem as mencionadas ações positivas do Estado em se tratando de matéria religiosa, buscando-se afastar sobrecargas sobre determinadas confissões religiosas, principalmente sobre as minoritárias, e impedir influências indevidas no que diz respeito às opções de fé. Vê-se, pois, que tais ações somente se revelam legítimas se pré-ordenadas à manutenção do livre fluxo de ideias religiosas e se comprovadamente não exista outro meio menos gravoso de se atingir esse desiderato. Deve-

*-se também ter o cuidado de que a medida adotada estimule a igualdade de oportunidades entre as confissões religiosas e não, ao contrário, seja fonte de privilégios ou favorecimentos.*³⁴

As palavras do Ministro Gilmar Mendes servem para instigar a avaliação da pertinência constitucional do envolvimento de tais associações religiosas no debate viabilizado por meio da propositura das ações constitucionais aqui estudadas. Não questionamos o fato de que grupos religiosos – majoritários e minoritários – possam se articular no Parlamento para que seus interesses ganhem força no debate de ideias no campo das discussões, proposições e decisões do Poder Legislativo. Mas isso autoriza uma alteração constitucional para permitir que as associações religiosas de âmbito nacional, num Estado laico, possam proporção ADIs e ADCs perante o Supremo Tribunal Federal? Isso promoveria a livre competição no mercado de ideias religiosas? Ou reforçaria a hegemonia de religiões majoritárias em detrimento das minoritárias? Há outros meios de se atingir esse livre debate, perante o Judiciário, sem que se tenha a alteração da Constituição para incluir, no rol dos legitimados a propor ADI e ADC, as associações religiosas de âmbito nacional?

A afirmação de que as religiões exercem *elevada influência na vida social do país* – tal como argumentado pelo relator da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados para aprovação da PEC 99/2011 – deve ser analisada com cautela. Determinada confissão religiosa está autorizada constitucionalmente a exercer influência na vida *daquelas que com ela compactuem*. Mas o ordenamento jurídico, num Estado laico, não contempla mandamentos calcados em uma determinada moral ou fé. Estas (moral e a fé) são compostas e formadas por valores individuais, que norteiam o atuar de cada indivíduo, que em nome de seus princípios religiosos poderão adotar determinado comportamento.

Ao contrário da dimensão particular que é impactada pela crença, qualquer alteração de ordem jurídica atingirá a *todos*, coletiva, indistinta e igualmente, independentemente da fé professada.

³⁴ MS 28960 MC/DF. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 08.09.2010.

Neste sentido, o que se legalmente pode exigir de um indivíduo é, pura e simplesmente, um comportamento *jurídico* respaldado em lei, e não um comportamento *moralmente aceito por determinada fé*. A crença e a fé pautam, influenciam ou determinam a livre tomada de decisão dos fiéis que professam aquela confissão e que com ela compactuam. São diferentes de *comandos* normativos que se impõem, coletivamente, a todos os que estejam abraçados pela norma jurídica.

O que queremos demonstrar é que a medida pretendida com a PEC 99/2011 pode não se coadunar com o sistema constitucional em vista da incompatibilidade da esfera ocupada pela religião – íntima e inerente a cada indivíduo – com a abrangência dos efeitos do julgamento de ADI e ADC, que se estendem a *todos* os que estejam sujeitos à ordem constitucional. As palavras transcritas abaixo sintetizam a ideia aqui considerada:

A secularização do direito e a laicidade do Estado baseadas na tese meta-jurídica da separação do direito da moral, em virtude da qual o direito positivo não somente é uma coisa diferente da moral, como nem sequer deve refletir uma determinada moral, proibindo um comportamento como crime só porque é considerado pecado (...)

O direito e o Estado, em virtude deste princípio, não escarnam valores morais e também não têm o dever de afirmar, apoiar ou reforçar a (ou uma determinada) moral ou a (ou uma determinada) cultura, mas apenas têm o dever de tutelar os cidadãos, garantindo os seus direitos. O estado não tem portanto de se meter na vida moral dos cidadãos, defendendo ou impedindo estilos morais de vida, crenças ideológicas ou religiosas, opções ou atitudes culturais. O seu dever é apenas o de garantir a igualdade, a segurança e os mínimos vitais. (...) É precisamente nesta sua neutralidade moral, ideológica e cultural, e portanto na sua não invasão da vida privada das pessoas a não ser para proibir condutas que prejudiquem terceiros, que reside a laicidade do direito e do Estado liberal³⁵.

³⁵ FERRAJOLI, Giovanni. O “bem jurídico” como problema teórico e como critério de política criminal. Trad. de Heloisa Estellita. Revista dos Tribunais, v. 776, 2000, p. 410, citado pelo Ministro Cesar Peluso, no Habeas Corpus n° 82959.

Neste sentido, a legitimação de tais agentes religiosos para propositura das ações constitucionais aqui abordadas teria, eventualmente, o condão de viabilizar um alcance muito mais amplo a uma moral religiosa majoritária, que poderia atingir a esfera coletiva, que extrapola os fiéis de uma determinada confissão.

O controle concentrado de constitucionalidade, do qual a ADI e a ADC figuram como instrumentos principais, tem como característica primordial a produção de decisão com efeitos *erga omnes*. Como compatibilizar essa característica especialíssima desse tipo de controle com a defesa de interesses calcados em valores que somente se aplicariam aos crentes de determinadas religiões?

É à luz deste contexto que devemos entender a separação das esferas de influência da fé e de influência da norma. Os valores religiosos não estão positivados no ordenamento jurídico, de modo que a sua observância será somente “obrigatória” para aqueles que creem em sua validade. Por isso atinge, “individual e conjuntamente”, somente àquelas pessoas que optem por acreditar nas diretrizes religiosas de determinada fé. Por outro lado, o direito positivo, objeto da ADI e da ADC, vinculará a todos, independentemente de qualquer “adesão”.

A atribuição de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada norma independe, em um Estado laico, de um juízo religioso de admissibilidade. E é nesse diapasão que seria até temerário possibilitar às associações religiosas de âmbito nacional a utilização de aparato eminentemente político e coletivo – ADI e ADC – para afirmação de diretrizes e princípios teológicos.

Ora, se a ADI e a ADC se prestam, justamente, a proteger a Constituição Federal e, por consequência, o ordenamento jurídico como um todo, os legitimados para a sua propositura nada mais fazem do que garantir, a todos, a integridade dos valores constitucionais. Qual seria, então, o sentido de se permitir que associações religiosas, que atuam como porta-vozes de credos específicos e falam em defesa de valores calcados em uma determinada moral, pudessem ser legitimadas à propositura de ações que almejam a guarda de valores que não são fundados em ideais confessionais? Como caracterizar a pertinência temática de grupos religiosos em defesa da ordem constitucional?

Mas claro que a questão não é simples. Há uma preocupação, aliás muito relevante – inclusive manifestada na justificação da PEC 99/2011³⁶ –, quanto à necessidade de se estabelecer mecanismos que previnam e que combatam eventual atuação lesiva à liberdade religiosa por parte do Estado.

Suponhamos que houvesse cerceamento da liberdade religiosa por meio de uma atuação indevida ou abusiva do Estado, em função da edição de ato normativo incompatível com os valores resguardados pelo artigo 5º, inciso VI, da Constituição. Neste caso, os *fiéis* de determinada crença, que tivessem seu direito de exercício pleno da liberdade religiosa ameaçado ou afrontado, não teriam armas constitucionais para combater essa violação? Este questionamento deve ser entendido (e respondido) à luz do ordenamento jurídico, concebido sistemicamente.

É preciso dizer que não defendemos a alienação dos agentes religiosos do processo de feitura e discussão das normas, até porque este seria um posicionamento verdadeiramente inconstitucional, já que a liberdade de expressão e de manifestação de fé e de crença são valores caros e protegidos pelo ordenamento jurídico pátrio.

Sobre este aspecto, a atuação de representantes religiosos que se proponham a defender a pluralidade de crenças, no sentido de resguardar a possibilidade de atuação pacífica de cada uma delas, poderia ser interessante para o desenho legislativo.

Assim, seria legítimo defender a participação de entidades voltadas a assegurar as liberdades de exercício de todas as confissões religiosas, desde que o debate enfrentasse, justamente, os limites coletivos (considerando as dimensões tanto de liberdade quanto de igualdade) de influência das religiões nas questões relacionadas aos direitos e garan-

³⁶ Com este paradigma, considerando que os agentes estatais no exercício de suas funções públicas, muitas vezes se arvoram em legislar ou expedir normas sobre assuntos que interferem direta ou indiretamente no sistema de liberdade religiosa ou de culto nucleado na Constituição, faz-se necessário garantir a todas as Associações Religiosas de caráter nacional o direito subjetivo de promoverem ações para o controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos, na defesa racional e tolerante dos direitos primordiais conferidos a todos os cidadãos indistintamente e coletivamente aos membros de um determinado segmento religioso, observados o caráter nacional de sua estrutura.

tias constitucionais e, por outro lado, buscasse conferir o exercício amplo das diversas crenças (e aí, não somente das religiões, mas até mesmo a defesa de valores ateístas) em situações em que, como efeito eventual da edição de determinada lei, houvesse potencial constrição ou constrangimento de sua atuação.

Entretanto, quanto a esta atuação, que aqui convencionamos denominar de “atuação neutra”, é preciso apresentar certas ponderações: embora idealmente se demonstre interessante conferir voz a esses representantes para que se obtenha uma solução legislativa plural, que garanta a liberdade de crença, parece-nos utópico se atingir, por essa via, a construção de um fórum que confira efetiva igualdade de condições de acesso e representatividade de todas as crenças.

Isso porque a liberdade de crença, religião, credo e expressão, como mencionamos, é contornada pela própria ideia de igualdade: quando concluímos que o limite do exercício da liberdade de um indivíduo é, justamente, a não interferência na liberdade dos demais indivíduos, reconhecemos uma esfera coletiva de aplicabilidade do princípio da liberdade. E o ingrediente que marca essa dimensão pública e confere ponderação ao exercício ilimitado da liberdade é a própria igualdade, que pauta a atuação do sujeito por meio do reconhecimento do *outro* como igualmente detentor dos mesmos direitos, deveres e garantias.

Essa visão, que aqui expomos, se comunica, em grande parte, com a forma organizacional de algumas crenças, que não comporta estruturas bem definidas e não contempla, portanto, a figura de um “porta-voz” dos ideais, o que, de modo concreto e prático, poderia inviabilizar a participação oficial, e em paridade de condições, de tais credos no debate plural institucionalizado.

O discurso apresentado no parecer que aprova a PEC 99/2011 feita pela Frente Parlamentar Evangélica do Congresso Nacional se sustenta na ideia de existirem *lideranças* religiosas – as tais associações religiosas de âmbito nacional – que poderiam participar ativamente da instauração de processos destinados ao questionamento da constitucionalidade de determinado regramento.

A legitimação de *associações religiosas de âmbito nacional* para propositura das ações constitucionais já carrega consigo um fator discriminatório relevante. Isso se deve ao fato de haver no Brasil, de

acordo com o CENSO 2010³⁷, mais do que 40 religiões diferentes e, como é de se supor, nem todas elas são constituídas na forma de agremiações nacionais com estrutura e organização hierárquica formal, com instrumentos constitutivos ou com autoridades religiosas que as representem.

Assim, a representação por meio de *associações religiosas de âmbito nacional* seria um privilégio de determinados grupos religiosos. Conceder capacidade postulatória somente para estes “representantes” religiosos, por si só, já representaria uma verdadeira afronta ao princípio da igualdade, à luz do qual a liberdade religiosa deve ser compreendida.

Para abranger de forma ampla todas as religiões, seria possível conceder capacidade postulatória para as *organizações religiosas*. Este termo se compatibilizaria, inclusive, com a redação do artigo 44³⁸, *caput* e §1º, do Código Civil, conforme alterada, que consagra a vitória da luta³⁹ de determinadas igrejas pelo reconhecimento de que a estruturação interna e o funcionamento destas entidades os distinguem de associações comuns. Mas até mesmo neste caso, possivelmente, teríamos uma discriminação daqueles que não professam religião alguma. As *organizações religiosas* abrangem a representação de ateus? Parece-nos que não. E aí, até mesmo a atuação “neutra” das entidades religiosas por meio de ADI e ADC seria medida que macularia a Constituição, justamente por não contemplar a dimensão de igualdade que fundamenta a liberdade religiosa.

Ademais, já há, abraçados pela Constituição Federal, instrumentos legítimos de garantia da liberdade confessional. Além da garantia de acesso ao Judiciário que propicia às *associações religiosas* a capaci-

³⁷ <http://censo2010.ibge.gov.br/> (acesso no dia 09.12.2014).

³⁸ “Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado: I – as associações; II – as sociedades; III – as fundações; IV – as organizações religiosas; V – os partidos políticos; VI – as empresas individuais de responsabilidade limitada. § 1º São livres a criação, a organização, a estruturação interna e o funcionamento das organizações religiosas, sendo vedado ao poder público negar-lhes reconhecimento ou registro dos atos constitutivos e necessários ao seu funcionamento.”

³⁹ Sobre o tema da luta contra a redação original do artigo 44 do Código Civil, interessante a leitura do trabalho de Ricardo Mariano, *A reação dos evangélicos ao novo Código Civil*, disponível pelo link <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/viewFile/57/57> (acesso em 09.12.2014).

dade postulatória de defesa de seus interesses em juízo, o ordenamento jurídico brasileiro fornece a essas entidades outros tantos meios de se fazer ouvir, seja antes ou durante o processo da feitura de normas, seja em momento posterior, quando de seu eventual questionamento.

A título de exemplo, pode-se citar a própria formação das bancadas parlamentares evangélicas e, também, o instrumento das audiências públicas para a elaboração das normas, por meio das quais se garante a participação de todos os segmentos da sociedade para enriquecer o processo legislativo e o debate a respeito dos direitos tutelados pelas normas criadas.

Se o que se deseja, entretanto, é a representatividade de organismos religiosos perante o Judiciário, a garantia do acesso a este Poder, constitucionalmente assegurado, e a série de remédios judiciais disponíveis dão conta de resguardar o exercício pleno de todos os direitos e interesses individuais.

Em havendo violação a direitos ou interesses religiosos, um indivíduo ou uma *associação religiosa* poderão se valer das ações judiciais – previstas na Constituição ou em leis – para questionar as medidas cerceadoras do exercício pleno da liberdade religiosa. A decisão judicial produzirá coisa julgada, cujos efeitos poderão ser estendidos ao próprio indivíduo ou aos membros do grupo representado pela *associação religiosa*, conforme o caso.

Isso se coaduna com a lógica de preservação dos valores religiosos para serem exercidos pelos professantes de determinada fé e promove a defesa de direitos e interesses de tais indivíduos, o que parece se enquadrar muito melhor aos objetivos confessionais pretendidos do que uma ADI ou uma ADC.

Mas é preciso chamar atenção para um aspecto bastante interessante a respeito da representatividade obtida por meio de ADI e ADC, que extrapola a esfera meramente jurídica de assegurar um direito, e que se revela, propriamente, como instrumento de visibilidade social e política importante.

As figuras da ADI e da ADC devem ser compreendidas como verdadeiras motrizes de execução de políticas, não devendo tal motor ser compreendido como mero remédio constitucional. Sua propositura, por repercutir diretamente no âmbito da Corte Constitucional

Suprema, deve ser tida como importante material definidor das estruturas básicas de toda uma ordem que muito importa à sociedade como um todo.

É preciso perceber e enaltecer o papel de tais ações, que cada vez mais adquire importância que extrapola o caráter jurídico de instrumento que se presta a sanar vícios legislativos, e atinge a função de “protesto”, por meio do qual representantes da sociedade demonstram seu descontentamento com questões políticas e sociais que pautam a organização e cotidiano da sociedade brasileira.

À luz do entendimento do papel que se revestiu o Supremo Tribunal Federal nos últimos tempos, e do constante debate a respeito da judicialização da política, é possível traçar e identificar os motivos que levam as associações religiosas a perseguir o objetivo de se fazer representar em sede desses instrumentos de controle concentrado de constitucionalidade. Este comentário é respaldado pelas palavras de Oscar Vilhena Vieira:

Surpreendente, no entanto, tem sido a atenção que os não especialistas têm dedicado ao Tribunal; a cada habeas corpus polêmico, o Supremo torna-se mais presente na vida das pessoas; a cada julgamento de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, pelo plenário do Supremo, acompanhado por milhões de pessoas pela “TV Justiça” ou pela internet, um maior número e brasileiros vai se acostumando ao fato e que questões cruciais de natureza política, moral ou mesmo econômicas, são decididas por um tribunal, composto por onze pessoas, para as quais jamais votaram e a partir de uma linguagem de difícil compreensão, para quem não é versado em direito⁴⁰.

Interessante notar, assim, que o canal escolhido para discutir as questões que esbarram na dialética entre a fé e o Estado não se deu de forma aleatória. Revela-se, na realidade, como uma alternativa estraté-

⁴⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. “Supermocracia”. *Revista Direito GV*. São Paulo 4(2), p. 441-464, jul-dez 2008. O artigo também está disponível na internet <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/viewFile/35159/33964> (acesso no dia 09.12.2014).

gica, que se dá pelo reconhecimento de que os setores da sociedade civil passam cada vez mais a perceber o Supremo como uma instância não somente decisória, mas também como um “palco de visibilidade” para questões que envolvam os mais diversos âmbitos sócio-organizacionais.

O que se denota é que a atuação política da Corte, não estando adstrita tão somente a questões inerentes à esfera jurídica, acaba proporcionando um meio eficiente de chamar a atenção e disseminar diversas ideias e valores de vários segmentos da sociedade.

Sem a intenção de aprofundamento do tema, é preciso se dizer que, ainda que não se legitimem as associações religiosas à proposição de ADI e ADC, a participação de tais entidades nos debates realizados no palco do Supremo Tribunal Federal pode se dar por outros meios, como as audiências públicas⁴¹ e o *amicus curiae*,⁴² criados para garantir a participação de entidades representativas da sociedade nos processos julgados pela Corte.

A figura do *amicus curiae*, em especial, representa a participação de terceiros no processo de decisão da ADI e ADC, para auxiliar a Corte, fornecendo argumentos acerca da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade de dispositivo questionado:

A razão de ser que primordialmente justifica a intervenção do “amicus curiae” apoia-se na necessidade de pluralizar o debate em torno da constitucionalidade, ou não, de determinado ato estatal, em ordem a conferir maior coeficiente de legitimidade democrática ao julgamento

⁴¹ A Lei 9868, no art. 9º, § 1º, e art. 20, § 1º, prevê as audiências públicas no âmbito das ADIs e ADCs: “§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.”

⁴² Sobre o *amicus curiae*, ver BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. O tema está disciplinado pelo art. 7º da Lei 9.868/99: Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. § 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.”

*a ser proferido, pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de fiscalização normativa abstrata*⁴³

As organizações religiosas, em diversas oportunidades, se fizeram ouvir por meio de participação ativa, utilizando-se destes citados instrumentos, exercendo, sempre que a elas franqueado, o seu direito a voz⁴⁴.

Ou seja, mesmo em face do reconhecimento acerca da inquestionável representatividade que ganham as questões levadas à apreciação da Suprema Corte, não é possível se constatar o cerceamento da participação das associações religiosas nos debates relacionados à validade das leis. Isso porque até mesmo se a legitimidade *ad causam* para a propositura de ADI e ADC não for franqueada a tais associações, ainda assim – e por meio menos gravoso – se assegura a participação desses atores religiosos nas discussões de questões que lhes sejam pertinentes.

Daí, mais uma vez, se poder afirmar que não se pretende calar as organizações religiosas, mas tão somente reconhecer que, para os fins pretendidos – de defesa de direitos pertencentes a uma coletividade – os meios já existentes e oferecidos pela ordem jurídica são suficientes para garantir efetiva participação e atuação de entidades confessionais.

⁴³ ADI 3268 MC/RJ. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em 20.10.2004

⁴⁴ Como exemplo da participação ativa de tais agentes, podemos citar os processos em que representantes religiosos atuaram como intervenientes nas discussões que apoiaram a análise feita pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal a respeito das matérias discutidas nas ADI 4439 de 02/08/2010, ADI 3510 de 29/05/2008 e ADPF 54, de 12/04/2012. Naquelas ocasiões, figurando como *amicus curiae* ou se fazendo representar em sede das audiências públicas realizadas, entidades religiosas – tais como a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) e a Conferência dos Religiosos do Brasil – manifestaram e fundamentaram suas opiniões a respeito de temas relacionados à possibilidade de realização de pesquisas com células tronco embrionárias, à viabilidade de realização da interrupção da gestação de fetos anencefálicos e à legitimidade de se ministrar ensino religioso confessional nas escolas públicas. Vale lembrar que na ADI 4439, que discute o ensino religioso nas escolas públicas, a Associação Brasileira de Ateus e Agnósticos foi aceita como *amicus curiae*.

BIBLIOGRAFIA

- BARROSO, Luis Roberto, *O Controle da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.434 MC. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 29/08/1996.
- BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.507-MC-AgR, Relator: Min. Carlos Velloso. Julgamento: 06/06/1997.
- BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.076/AC, Relator: Min Carlos Velloso. Julgamento: 15/08/2002.
- BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus nº 82959, Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 23/02/2006.
- BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510/DF: Relator Min. Ayres Britto. Julgamento: 29/05/2008.
- BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal, STA nº 389 / SP- São Paulo: Relator: Min. Presidente Gilmar Mendes. Julgamento: 20.11.2009.
- BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal, Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº MS 28960 MC/DF. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 08.09.2010.
- BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Julgamento: 05/05/2011.
- BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Julgamento: 05/05/2011.
- BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4439. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Julgamento: 05/03/2012.
- BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal, ADPF nº 54. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 12/04/2012.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012
- DIAS, Roberto; LAURENTIIS, Lucas de. A segurança jurídica e o Supremo Tribunal Federal: modulação dos efeitos temporais no controle da constitucionalidade. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta;

- DAL POZZO, Augusto Neves (Coords.). Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 205-221.
- DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos processuais da ADIN (ação direta de inconstitucionalidade) e da ADC (ação declaratória de constitucionalidade). In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.) Ações constitucionais. Salvador: JusPodivm, 2006. p. 339-428.
- FERRAJOLI, Giovanni. O “bem jurídico” como problema teórico e como critério de política criminal. Trad. de Heloisa Estellita. Revista dos Tribunais, v. 776, 2000.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Direito, religião e sociedade no Estado Constitucional*, Belo Horizonte, Arraes, 2013.
- LOPES, José Reinaldo de Lima; VIEIRA, Oscar Vilhena. *Religião e Direitos Humanos*. O Estado de S. Paulo. Disponível em <<http://opinio.estadao.com.br/noticias/geral,religiao-e-direitos-humanos-imp-,1023910>> (acesso em 1º de dezembro de 2014).
- MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 2003.
- MARIANO, Ricardo. *A reação dos evangélicos ao novo Código Civil*. Disponível em <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/viewFile/57/57>> (acesso em 09.12.2014).
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional, Tomo IV – Direitos Fundamentais*. 9ª ed. Coimbra: Coimbra, 2012.
- PEREIRA, Rodrigo; DANIEL, Teófilo Tostes. *República e Estado Laico e entrevista com Procuradores da República, Paulo Thadeu Gomes da Silva, Jefferson Aparecido Dias e Paulo Gustavo Guedes Fontes*. Acesso disponível por meio do link <<http://www.prr3.mpf.gov.br/component/content/275?task=view>> (acesso em 1º de dezembro de 2014).
- PROVESAN, Flávia Cristina. Direitos Humanos e Justiça Internacional: Um estudo Comparativo dos Sistemas Regionais Europeu, Interamericano e Africano. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006, v. , p. 257-257
- PROVESAN, Flávia Cristina. Direitos sexuais e reprodutivos: aborto inseguro como violação aos direitos humanos. In: Daniel Sarmento e Flávia Piovesan. (Org.). *Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Euta-*

násia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 53-72.

SARMENTO, Daniel. *O crucifixo nos Tribunais e a laicidade do Estado*. Revista de Direito do Estado, Ano 2, n° 8: 75-90, out./dez. 2007

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supermocracia*. *Revista Direito GV*. São Paulo 4(2), p. 441-464, jul-dez 2008. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/viewFile/35159/33964>> (acesso em 09.12.2014).

CORRESPONDÊNCIA

A correspondência relativa a este artigo deverá ser enviada para:

CEDIS – Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade
Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
Campus de Campolide, 1099-032 Lisboa, Portugal

E-mail: roberto.diasdasilva@uol.com.br; isadora.chansky@gmail.com

A Crise do Dogmatismo e Implicações Jurídico-Políticas¹

The Crisis of Dogmatism and its Juridical-Political Implications

ROSEMIRO PEREIRA LEAL²

Resumo: Muito se fala em crise sem que se explique em que linha de reflexão lógica está sendo suscitada uma crítica à crise para abertura temática em áreas do Direito e da Política. O artigo, de modo sucinto, pretende incursionar na relação crise-crítica tão utilizada pelos adeptos da dogmática analítica e do historicismo.

Palavras-chave: *crise, crítica, non-liquet, democracia, republicanismo, direito e política.*

Abstract: Too much has been said about crisis without explaining, however, in which line of logic reflection a critic to the crisis has been raised for a thematic research in Law and Politics. In a succinct way, this article intends to enter the crisis-critic nexus, a relation that is quite often (mis-)used by scholars of analytic dogmatics and historicism.

Keywords: *crisis, critic, non-liquet, democracy, republicanism, law and politics.*

Introdução

A crise atual do dogmatismo não encontra solução pela velha concepção de Saint-Simon (1807)³ que balizou as obras de Hegel a Marx

¹ Entregue: 1.3.2016; aprovado: 9.10.2016.

² Doutor em Direito Constitucional pela UFMG, professor da UFMG e da PUC/Minas (Bacharelado, Mestrado e Doutorado), Advogado Consultor.

³ SAINT-SIMON, Claude Henri. Introduction aux travaux scientifiques du XIX^e si è cle – in Nicola Abbagnano, verbete “crise”, Dicionário de Filosofia, Martins Fontes Editora, SP, 1998, p. 222.

e dos demais discípulos do historicismo. Não mais é possível entender a “crise” como lugar histórico da **crítica** para corrigir os desacertos da modernidade iluminista que avança insistentemente como **técnica** que se aperfeiçoa por uma **ciência** que não investiga os fundamentos da técnica, ocupando-se apenas de seus efeitos economicistas (mercantilistas) imediatos. Fazer e desfazer litígios de modo fecundo e abundante é uma ambição enfermiza que vai muito além do princípio do prazer que tanto empolga a comunidade jurídica de nossos dias. Esse é um **tema** que interessa à contemporaneidade dos estudos do Direito, se visto também na concepção de Agamben⁴. Entretanto, limita-se aqui a uma exposição sucinta das interfaces mais complexas do tema sem que se pretenda adentrá-lo em forma de artigo jurídico-científico de abertura e fechamento em largas implicações no discurso das diversas áreas do direito.

O *Non-Liquet* e a Crise do Direito

A proibição do *non-liquet*⁵ por séculos a fio promoveu a construção do Direito por uma Ciência Dogmática caracterizada pela lógica das decisões egressa de juízos de certeza, conveniência e equidade, e por uma racionalidade induzida da natureza ou da natureza humana. A decisão judicial autodeterminou-se ante a decisão jurídica em face do caráter retórico do princípio da legalidade⁶. Nesse cenário, a judicialização da política e a politização da magistratura se fazem pela jurisprudência dos interesses na base instituinte e constituente do Direito e a jurisprudência dos conceitos no nível constituído dos direitos pela atividade jurisdicional abonadora dos mesmos interesses de uma sociedade política pressuposta⁷ a que pertencem os decisores antes mesmo de decidirem.

⁴ AGAMBEN, Giorgio. O que é contemporâneo? E outros ensaios. Editora Argos, SC, 2009.

⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Processual da Decisão Jurídica, Editora Landy, SP, 2002, p. 37

⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. Processo como Teoria da Lei Democrática, Editora Fórum, BH, 2010, p. 131.

⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. Idem, p. 36

O Estado, nessa conjuntura, identifica-se com o mercado de troca de vantagens pessoais, funcionais e institucionais, pouco importando se o sistema é aberto ou fechado em concepções luhmannianas, positivistas, jusnaturalistas, hermenêuticas, logicistas, crítico-verificacionistas ou sociologistas-justificacionistas. A democracia é um emblema pelo simulacro de uma constitucionalidade jurídica suscetível a flexibilidades em seus conteúdos pelos juízos de livre convencimento de seus intérpretes engastados em tribunais de excelsos saberes já pré-compreendidos no empirismo convencionalista e no realismo mecanicista⁸ que orientam a ideologia da dominação social. Direitos fundamentais confundem-se com direitos individuais com prevalência da retórica dos direitos humanos⁹ implementáveis pela via de ações afirmativas¹⁰ de cunho político-judicialista. Veda-se, assim, distinguir paradigmas de Estado que são a maior conquista teórica da atualidade dos estudos jurídicos à busca de uma nova conceituação de Democracia que não é mais herdeira da Paidéia grega e de seus conseqüentários mítico-totalitaristas.

A tópica de Viehwig¹¹ foi o reforço que faltava à obra de Vico¹² para a mistificação aculturalizada do direito onde o Estado é o cinturão mítico protetor de uma sociedade (rede linguística) achada no fluxo dos séculos como doadora e fonte de direitos para os civis¹³ (os patrimonializados) guiarem a criação e o sentido das leis para todos. Assim, o debate que se trava entre o DIREITO, POLÍTICA e CRISE, há de adrede explicitar qual paradigma de Direito e Estado encaminha a existência de uma coletividade de pessoas a propiciar o exercício da *praxis* e da *lexis* caracterizadoras da formação da *politeia*. Esta que

⁸ POPPER, K. R.. Conhecimento Objetivo – uma abordagem evolucionária, tradução de Milton Amado, Edusp e Editora Itatiaia (MG), 1975, ps. 41 a 107.

⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. A teoria neoinstitucionalista do Processo – uma trajetória conjectural, Arraes Editores, BH, Minas Gerais, 2013, p. 62

¹⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. Isonomia Processual e Igualdade Fundamental a propósito das retóricas ações afirmativas, *in* Relativização Inconstitucional da Coisa Julgada, temática processual e reflexões jurídicas, Del Rey Editora, BH, Minas Gerais, ps. 78-86

¹¹ VIEHWEG, Theodor. Tópica e Jurisprudência, Departamento de Imprensa Nacional, Brasília, DF, 1979

¹² VICO, Giambattista. A Ciência Nova, Editora Record, RJ-SP, 1999

¹³ ARISTÓTELES. A Política, Atena Editora, SP, Biblioteca Clássica, vol. XXXIX, 5ª edição, 1957, ps. 13-15

é a atividade do bem-estar-entre-os-homens (isegoria), não podendo desgarrar-se, segundo o sansimonismo, de sua imanente *organicidade* historicamente estruturada e, por isso, devendo, ela própria, inaugurar um momento CRÍTICO ante possíveis ambiguidades e contradições para debelar a CRISE (ruptura histórica) que seria prejudicial à preservação de sua unidade estabelecida desde sempre (mito da sociedade universal).

O que Popper adverte é que a crise é permanente, não há um momento de crise na história a implantar uma crítica como análise irrefutável dos fatos hostis a uma ordem originária e universal continuamente portadora de “organicidade” (harmonia e paz) para os homens. A política como arte do convívio social do homem para torná-lo mais solidário é um mito que se dogmatizou pelo ensino de Aristóteles numa de suas obras mais densas: “A Política”. Nesta, Aristóteles¹⁴ concebe o homem como “um animal sociável em grau mais elevado que as abelhas e todos os outros animais que vivem juntos”. E acrescenta que “o Estado se coloca antes da família e antes de cada indivíduo, pois o todo deve, forçosamente, ser colocado antes das partes”, sendo o Estado, portanto, “uma reunião de famílias”. Também afirma que a “sociedade constituída por diversos pequenos burgos forma uma cidade completa, nascida principalmente da necessidade de viver, ela subsiste para uma vida feliz. Eis por que a cidade se integra na natureza, pois foi a própria natureza que formou as primeiras sociedades”.

Vê-se que o Estado para Aristóteles se reporta a um conjunto de famílias que formam uma cidade que, por sua vez, é produto da natureza criadora das sociedades. Em Aristóteles a natureza é prodigiosa, generosa e benévola, porque, além de gestar as instituições políticas e sociais, já lhes confere a inerência do bem e do justo que devem sobrepor-se ao mal e ao injusto. O homem, nessa contingência, é mera extensão instrumental da razão de ser da natureza. Não seria absurdo concluir das induções aristotélicas que os modelos liberal e social de Estado têm gênese nessas cogitações em que o econômico-individual cede lugar ao todo social que devia prevalecer sobre as

¹⁴ ARISTÓTELES, Idem, p. 18

partes (os indivíduos). Aqui o binômio universalismo-comunitarismo se vislumbra na POLÍTICA de Aristóteles, mas, em qualquer dos vértices dessa dualidade, há falanges, também produzidas pela natureza, dos que devem mandar e dos que devem obedecer, o que se daria por igual virtude para todos.

Exsurge em Aristóteles a inteligência predestinada da autoridade para comandar o sentido das coisas para os que obedecem. Para Aristóteles, a grandeza da autoridade se faz pela perfeição dos “que a ela se submetem”¹⁵. Se a autoridade falha, a culpa é sempre dos desobedientes, transgressores das leis da autoridade. O delinquente (rapinoso) é o que arruína e rouba a paz social, é para Aristóteles o que viola o saber inato da autoridade. Nesse passo, é que se pode estabelecer um elo histórico entre a TÓPICA que institui juízos que proíbem o *non-liquet* e a autoridade que os tem imanentes a si mesmas como fonte inesgotável de suprimento das lacunas que possam ocorrer na aplicação do Direito.

Por isso, a democracia em Aristóteles, como governo de um povo desobediente, é uma degenerescência do republicanismo (governo em que todos são bons e justos), significando que o maior teor republicano é que torna a democracia mais autêntica e promotora da igualdade social. Aliás, a Constituição Brasileira vigente não perde o lastro republicano em seu discurso jurídico como ênfase em afirmar a existência de democracia. Em Aristóteles, o importante é que, pouco importa se tirania, aristocracia, oligarquia, democracia, o *imperium* da autoridade não se desfaz. O Estado como doação da natureza e ente totalizador das partes (indivíduos) é imanente à própria autoridade que é a mantenedora natural de seus fins agregadores. A expressão Estado-juiz é herdeira desse imanentismo. A autoridade é o antídoto contra a *crise* do Estado e, de conseguinte, o Estado sempre se mostra homogêneo e perene em sua totalidade ética (Aristóteles-Hegel) advinda da natureza, cujas contradições são aparentes pelos vícios da vontade humana e não pela essência benévola e harmoniosa da própria natureza (daqui o justo, o belo, o bom).

¹⁵ Aristóteles, *idem*, p. 18

A Relação Direito e Política

Como salientado, a relação Direito e Política exige esclarecimento entre Direito e Sociedade a partir das teses de Aristóteles. Certamente o Direito, como expressão de largo espectro semântico desde a antiguidade clássica aos nossos dias, não se distingue da lei, assumindo o caráter de gênero normativo do qual a lei é espécie. A Política, nesse marasmo jurídico, apresenta-se como atividade gestora do Direito antes mesmo de criar a lei. O Direito, por normas *interna-corporis*, já se faz presente antes mesmo de encontrar sua validade como lei para todos indistintamente. A lei é, de longo tempo, interdita por um **Direito Político** que é subjacente a uma sociedade pressuposta que antecede a comunidade jurídica constitucionalizada.

De conseguinte, impor-se-ia distinguir Estado-de-Direito e Estado-Democrático-de-Direito que, na contemporaneidade, não acolhe um Direito que não tenha fonte no princípio da reserva legal. Acontece que, por ser retórico o princípio da legalidade, a lei que lhe presta obediência autoriza a sua própria transgressão em situações em que a lei é lacunosa, estabelecendo assim um círculo vicioso da lei para o Direito e do Direito para a lei. Então, o Estado-Democrático-de-Direito, diferente dos modelos de Estado Liberal e Estado Social de Direito, contrapõe-se a um Direito que propicia essa mutabilidade (metamorfose) crônica e obscurantista. É esse o grande desafio do século XXI que não pode dispensar o estudo do mito do poder constituinte originário.

Em torno desse problema, escrevi as obras “Processo como Teoria da Lei Democrática” que foi mencionada na introdução desta exposição, bem como conjecturei uma teoria do Estado e da Constituição que denominei “Teoria Neoinstitucionalista do Processo” resumida em ensaio que compõe a coleção da Arrais Editores, BH, que recebeu merecidamente o nome do insigne professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz. As obras referidas de minha autoria, ao se ampararem em pesquisas de temas não examinados (proibidos) pela Ciência Dogmática do Direito (que fundamenta a operacionalização dos paradigmas anacrônicos de Estados liberal e social de direito), preconizam a elaboração de um *Código Processual de Fiscalidade Institucional* com especializada densidade procedimental e de acesso irrestrito pelo

direito fundamental de petição a reger uma atuação ampla de todos os destinatários normativos quanto à vigilância incessante da eficácia do sistema jurídico à obtenção de *transparência preventiva* da gestão pública. Assim, a democratização procedimental processualizada é impeditiva de práticas delituais que, por não sofrerem fiscalidade *ex-ante* de sua consumação, geram danos gravosos à coletividade com a fantasiosa exaltação dos órgãos repressores (policiais) que se louvam em tarefas detetivescas como meio de se notabilizarem como exímios combatentes da criminalidade reforçados por uma judicatura não identificada com o Estado Democrático de Direito.

CORRESPONDÊNCIA

A correspondência relativa a este artigo deverá ser enviada para:

CEDIS – Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade

Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

Campus de Campolide, 1099-032 Lisboa, Portugal

E-mail: lealrosemiro@gmail.com

II - PARECERES

A Exoneração e a Nomeação das Chefias Militares de Timor-Leste: Invalidade por Inconstitucionalidade e Competência Jurisdicional¹

JORGE BACELAR GOUVEIA²

CONSULTA

Díli, 16 de março de 2016

Sua Excelência
Senhor Professor
Doutor Jorge Bacelar Gouveia

Assunto: pedido de parecer

Na sequência de anteriores contactos informais tidos com Vossa Excelência, venho solicitar-lhe um parecer sobre a questão jurídico-constitucional que emerge dos atos de exoneração e de nomeação das chefias militares praticados por S. E. o Presidente da República Democrática de Timor-Leste, os quais mereceram a discordância clara e frontal do VI Governo Constitucional que chefo, por razões constantes da petição inicial que anexo.

A Constituição da República Democrática de Timor-Leste (CRDTL) dispõe, na alínea m) do artigo 86.º, que compete ao Presidente da

¹ Parecer de Direito inédito. Entregue: 22.6.2017; aprovado: 8.8.2017.

² Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa (*Campus* de Campolide, 1099-032 Lisboa, Portugal) e da Universidade Autónoma de Lisboa. Presidente do Instituto de Direito Público. Correio eletrónico: jbg@fd.unl.pt. Investigador do CEDIS – Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

República “*Nomear e exonerar, sob proposta do Governo, o Chefe do Estado Maior General das Forças Armadas, o Vice-Chefe do Estado Maior General das Forças Armadas e os Chefes do Estado Maior das Forças Armadas, ouvido, nos últimos casos, o Chefe do Estado Maior General das Forças Armadas*”.

Esta disposição constitucional é complementada pela *Lei da Defesa Nacional* (Lei n.º 3/2010, de 21 de abril) e pelo *Estatuto dos Militares das Falintil – Forças de Defesa de Timor-Leste* (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 7/2014, de 12 de março), cujas cópias também anexo.

No dia 9 de fevereiro p.p., sem que tal tenha sido proposto pelo Governo, S. E. o Presidente da República Democrática de Timor-Leste exonerou o chefe do Estado Maior General das Forças Armadas e o Vice-Chefe do Estado Maior General das Forças Armadas. Fê-lo através do Decreto do Presidente da República n.º 3/2016, de 9 de fevereiro.

Ainda no citado dia 9 de fevereiro p. p., também sem que lhe tenha sido proposto pelo Governo, S. E. o Presidente da República Democrática de Timor-Leste nomeou um novo Chefe do Estado Maior General das Forças Armadas. Fê-lo através do Decreto do Presidente da República n.º 4/2016, de 9 de fevereiro.

Os Decretos do Presidente da República acima identificados aguardam a necessária publicação no Jornal da República, pelo que os atos que contêm não são ainda eficazes.

Face à disposição constitucional acima referida e às normas legais que a complementam, pergunta-se:

1. O ato constante do Decreto do Presidente da República que, sem proposta do Governo, exonerou o Chefe do Estado Maior General das Forças Armadas e o Vice-Chefe do Estado Maior General das Forças Armadas é constitucional e legal?
2. O ato constante do Decreto do Presidente da República que, sem proposta do Governo, nomeou um novo Chefe do Estado Maior General das Forças Armadas é constitucional e legal?
3. Sendo inconstitucionais e ilegais, tais atos estão sujeitos à apreciação e pronunciamento dos tribunais?

4. É conciliável com o princípio da constitucionalidade a existência de decisões de órgãos do Estado cuja constitucionalidade não esteja sujeita à apreciação e pronunciamento dos tribunais?

Ciente de que Vossa Excelência dará a melhor atenção a este pedido, reitero-lhe os melhores cumprimentos.

DR. RUI MARIA DE ARAÚJO
Primeiro-Ministro de Timor-Leste

I

INTRODUÇÃO

1. O tema do Parecer de Direito

1.1. O tema deste Parecer de Direito prende-se com a definição do regime jurídico – constitucional e legal – da exoneração e nomeação das chefias militares do Estado Maior General das Forças Armadas, nos termos em que o mesmo que se encontra estatuído na Constituição da República Democrática de Timor-Leste de 2002, bem como na legislação ordinária pertinente: a Lei de Defesa Nacional, o Estatuto Orgânico das FALINTIL – FDTL e o Estatuto dos Militares das FALINTIL – Forças de Defesa de Timor-Leste.

Mas como muito bem se frisou na Consulta, o tema do Parecer não é apenas teórico, uma vez que o esclarecimento daquele regime jurídico tem implicações concretas em relação a dois atos que foram praticados: um de exoneração dos anteriores Chefe e Vice-Chefe do Estado Maior General das Forças Armadas (CEMGFA e VCEMGFA) e o outro de nomeação de um novo Chefe do Estado Maior General das Forças Armadas de Timor-Leste.

Por isso mesmo, além da apreciação de Direito Substantivo que interessa fazer, é de considerar, paralelamente, o estudo do Direito Adjetivo, que se consubstancia nos mecanismos jurídico-processuais

que facultam a deteção – para posterior eliminação – de eventuais inconstitucionalidades e ilegalidades que tenham sido perpetradas.

1.2. Os atos jurídico-públicos sob apreciação são os seguintes:

- o *Decreto do Presidente da República n.º 3/2016, de 9 de fevereiro* – o ato do Presidente da República de exoneração tanto do Major-General Lere Anan Timur do cargo de CEMGFA como do Brigadeiro-General Filomeno da Paixão Jesus do cargo de VCEMGFA, sem qualquer proposta prévia por parte do Governo; e
- o *Decreto do Presidente da República n.º 4/2016, de 9 de fevereiro* – o ato do Presidente da República de nomeação do Major-General (no mesmo ato promovido de Brigadeiro a General) Filomeno da Paixão de Jesus para o cargo de CEMGFA, sem que o Governo o tivesse proposto para tal cargo.

1.3. Do ponto de vista constitucional, é à *Constituição da República Democrática de Timor-Leste (CRDTL) que compete estabelecer o enquadramento jurídico fundamental sobre a matéria, o que pode ser observado no conjunto das competências que aquele articulado atribui ao Presidente da República.*

É de suma importância analisar o art. 86.º da CRDTL, o qual – sob a epígrafe “Competência quanto a outros órgãos” – integra preceitos pertinentes à exoneração e nomeação das chefias militares na respetiva alínea m).

O texto constitucional de Timor-Leste em vigor é ainda o texto originário³, aprovado pela Assembleia Constituinte em 22 de março de 2002, tendo entrado em vigor a 20 de maio desse mesmo ano⁴.

³ Cfr. o respetivo texto em Jorge Bacelar Gouveia, *As Constituições dos Estados de Língua Portuguesa*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2014, pp. 519 e ss.

Sobre a Constituição de Timor-Leste, numa sua apreciação global, v. AAVV, *Constituição Anotada da República Democrática de Timor-Leste* (coord. de Pedro Bacelar de Vasconcelos), Direitos Humanos – Centro de Investigação Interdisciplinar, Braga, 2011; Jorge Bacelar Gouveia, *Direito Constitucional de Timor-Leste*, IDiLP, Lisboa-Díli, 2012, pp. 201 e ss.

⁴ Nos termos do art. 170.º da Constituição da República Democrática de Timor-Leste (CRDTL).

1.4. Na indagação desse regime jurídico, é igualmente de consultar um conjunto de legislação – integrando o Direito Militar de Timor-Leste – que concretiza e desenvolve aspetos que são apenas perfunctoriamente definidos ao nível constitucional.

São três esses diplomas legislativos:

- a *Lei de Defesa Nacional* (LDN) – a Lei n.º 3/2010, de 21 de abril;
- o *Estatuto Orgânico das FALINTIL-FDTL* (EOF) – Decreto-Lei n.º 15/2006, de 8 de Novembro; e
- o *Estatuto dos Militares das FALINTIL – Forças de Defesa de Timor-Leste* (EMF) – Decreto-Lei n.º 7/2014, de 12 de março.

1.5. É ainda de observar, no plano do Direito Legal numa dimensão processual, a legislação que operacionaliza a vertente prática da defesa da constitucionalidade dos atos jurídico-públicos que foram tomados, para o que é de analisar dois diplomas fundamentais:

- a lei processual da fiscalização da constitucionalidade; e
- a lei processual do contencioso administrativo.

1.6. A definição do regime jurídico da nomeação e exoneração das chefias militares – *maxime* a nomeação e a exoneração do CEMGFA – não pode contextualmente desprender-se do sistema de governo constitucionalmente fixado, pois este tópico é um elemento que só poderá ser devidamente interpretado no conjunto dos freios e contrapesos que envolvem a pluralidade de órgãos jurídico-públicos regulados por um texto constitucional.

2. A sequência das questões

2.1. Porém, só na aparência tal esforço doutrinal que se pede se traduzirá num percurso linear no tema que foi globalmente recortado porque é indispensável localizar os núcleos que vão ocupar o fio condutor do presente Parecer de Direito, os quais corresponderão, de

resto, às certas perguntas colocadas na Consulta do mesmo, e que se passa a sintetizar:

- *a constitucionalidade e ilegalidade da exoneração e nomeação das chefias no tocante aos cargos de Chefe e Vice-Chefe do Estado Maior General das Forças Armadas (CEMGFA) de Timor-Leste, numa lógica de Direito Substantivo; e*
- *a sindicabilidade judicial da antijuridicidade – constitucional e legal – dessas decisões, inquirindo-se ainda, no caso de resposta afirmativa, sobre os termos em que se pode realizar a fiscalização daqueles atos, numa lógica de Direito Adjetivo.*

2.2. A cada um destes dois núcleos corresponderá uma parte do Parecer, seguindo-se esta sequência:

- *o primeiro núcleo é o da discussão da juridicidade dos dois decretos presidenciais de exoneração e de nomeação das chefias militares do Estado Maior General das Forças Armadas, considerando a Constituição e a legislação ordinária aplicável;*
- *o outro núcleo é o da discussão da competência dos tribunais timorenses na apreciação da validade dos decretos presidenciais sob a perspectiva da deteção dos respetivos vícios de antijuridicidade, considerando a singularidade de estarem em causa não apenas atos de jaez político como – e sobretudo – atos discricionários do Presidente da República, num ambiente em que se registam restrições ao exercício da fiscalização da constitucionalidade relativamente a estes atos.*

2.3. No fim, enunciaremos as *conclusões* a que tivermos chegado, referindo-as por cada uma destas duas partes em que os assuntos tenham sido versados.

II

A INVALIDADE POR INCONSTITUCIONALIDADE DOS ATOS PRESIDENCIAIS DE EXONERAÇÃO E NOMEAÇÃO DAS CHEFIAS MILITARES

3. A exoneração e a nomeação das chefias do EMGFA através de um percurso procedimental

3.1. Nos termos do art. 86.º, al. m), da CRDTL, “Compete ao Presidente da República relativamente aos outros órgãos: (...) m) Nomear e exonerar, sob proposta do Governo, o Chefe do Estado Maior General das Forças Armadas, o Vice-Chefe do Estado Maior General das Forças Armadas e os Chefes de Estado Maior das Forças Armadas, ouvido, nos últimos casos, o Chefe do Estado Maior General das Forças Armadas”⁵.

Este preceito constitucional é depois confirmado pelo Direito Legal Militar, sendo de evidenciar três dos seus diplomas básicos:

- a Lei de Defesa Nacional (LDN);
- o Estatuto Orgânico das FALINTIL-FDTL (EOF);

⁵ Art. 86.º, al. m), da CRDTL.

- o Estatuto dos Militares das FALINTIL – Forças de Defesa de Timor-Leste (EMF).

Vejamos o que cada um deles preceitua a este respeito.

3.2. A LDN é o diploma axial do Direito Legal Militar de Timor-Leste, competindo-lhe a regulação legislativa em matéria de Defesa Nacional, sendo certo que “O Estado Timorense garante, nos termos da Constituição, a independência nacional, a integridade do seu território e a liberdade e a segurança das populações aí residentes de qualquer agressão ou ameaça externa”⁶.

A LDN especificamente prevê no seu articulado, como disposição central quanto ao problema que nos ocupa, que “O CEMGFA é oficial general nomeado e exonerado pelo Presidente da República, por proposta do Governo, precedida da audição do Conselho Superior de Defesa Militar e do Conselho Superior de Segurança e Defesa, através do membro do Governo com competência em matéria de Defesa Nacional”⁷.

Esta é uma disposição que depois se confirma por outras particulares disposições, a saber:

- “O Presidente da República exerce as competências em matéria de Defesa Nacional previstas na Constituição, na presente lei e na demais legislação em vigor, nomeadamente: (...) e) Nomear e exonerar, sob proposta do Governo, o CEMGFA e o Vice-CEMGFA”⁸;
- “Ao Governo compete, em matéria de Defesa Nacional, nomeadamente: (...) f) Propor ao Presidente da República a nomeação e a exoneração do CEMGFA”⁹;
- “O Primeiro-Ministro é politicamente responsável pela direção da Política de Defesa Nacional, competindo-lhe, nomeadamente:

⁶ Art. 1.º da Lei de Defesa Nacional (LDN).

⁷ Art. 29.º, n.º 2, da LDN.

⁸ Art. 14.º, n.º 1, al. e), da LDN.

⁹ Art. 16.º, n.º 2, al. f), da LDN.

(...) d) Propor ao Conselho de Ministros, conjuntamente com o membro do Governo responsável pela Defesa, a nomeação e a exoneração do CEMGFA, Vice-CEMGFA e Comandantes das Componentes”¹⁰;

- “Compete ao Conselho Superior de Defesa Militar dar parecer, sempre que solicitado pelo membro do Governo com competência em matéria responsável pela área da Defesa Nacional, em matérias de competência do Governo no âmbito da Defesa Nacional”¹¹.

É finalmente de não esquecer o papel do Governo na Política de Defesa Nacional: “O Governo é o órgão de soberania responsável pela condução e execução da política em matéria de Defesa Nacional e o órgão superior das Forças Armadas, nos termos da Constituição e da lei”¹².

3.3. O EOF é um diploma de 2006, o qual – regulando o funcionamento das Forças Armadas timorenses – alude às questões do regime da designação das suas mais altas chefias, em preceitos que confirmam tudo quanto se referiu no âmbito da LDN:

- “O Governo é o órgão executivo da política de defesa nacional e o órgão superior da administração das F-FDTL”¹³;
- “O Chefe do Estado Maior General das F-FDTL é nomeado e exonerado pelo Presidente da República, sob proposta do Governo”¹⁴;
- “O Vice-Chefe do Estado Maior General das F-FDTL é nomeado e exonerado pelo Presidente da República, sob proposta do Governo, ouvido o Chefe Estado Maior General das F-FDTL”¹⁵.

¹⁰ Art. 17.º, al. d), da LDN.

¹¹ Art. 20.º, n.º 3, da LDN.

¹² Art. 16.º, n.º 1, da LDN.

¹³ Art. 7.º, n.º 1, do Estatuto Orgânico das Falintil (EOF).

¹⁴ Art. 8.º, n.º 2, do EOF.

¹⁵ Art. 9.º, n.º 2, do EOF.

3.4. O EMF é o diploma que contempla a condição estatutária dos militares timorenses, diploma extenso e que fixa, ao pormenor, toda a dinâmica das suas carreiras, sendo de transcrever estas disposições que, tal como o EOF, identicamente confirmam o disposto na CRDTL e na LDN:

- “1. O CEMG das F-FDTL é um oficial general nomeado e exonerado pelo Presidente da República, por proposta do Governo, precedida da audição do Conselho Superior de Defesa e Segurança, através do membro do Governo com competência em matéria de Defesa Nacional”¹⁶;
- “2. O Vice-CEMG das F- FDTL é nomeado e exonerado pelo Presidente da República, sob proposta do Governo, ouvido o CEMG das F-FDTL e precedida de audição do Conselho Superior de Defesa e Segurança”¹⁷.

3.5. Em termos constitucionais, *eis uma competência presidencial que se apresenta no âmbito de um procedimento jurídico*¹⁸, o qual integra, pelo menos, três fases:

- *uma fase de impulso ou iniciativa* – “...sob proposta do Governo...”, prevista constitucionalmente, à qual ainda se vai acoplar a intervenção, legalmente estatuída, de dois órgãos consultivos, a saber: o Conselho Superior de Defesa Militar e o Conselho Superior de Segurança e Defesa;
- *uma fase decisória* – a tomada da decisão no sentido da escolha dos titulares, no caso de nomeação, ou no sentido da cessação das suas funções, no caso de exoneração; e
- *uma fase de eficácia* – a vigência da decisão, através da sua publicação no jornal oficial¹⁹, após o que pode produzir efei-

¹⁶ Art. 74.º, n.º 1, do Estatuto Militar das Falintil (EMF).

¹⁷ Art. 74.º, n.º 2, do EMF.

¹⁸ Quanto ao conceito e importância do procedimento na elaboração de atos jurídico-públicos, v. Jorge Bacelar Gouveia, *Direito Constitucional de Timor-Leste*, pp. 453 e ss.

¹⁹ Nos termos do art. 5.º da Lei n.º 1/2002, de 7 de agosto.

tos jurídicos, que ficam dependentes daquela formalidade externa.

3.6. A conceção procedimental da tomada destas decisões é reflexo da necessidade que é sentida tanto pela CRDTL como por aqueles três diplomas legais de conjugar diversas vontades, as quais se afiguram relevantes para a finalidade da escolha dos altos dirigentes das Forças Armadas, atenta a delicadeza da matéria e a sua repercussão nos planos político e administrativo.

Não se trata, pois, de um ato instantâneo, e muito menos de um ato isolado do Chefe do Estado, numa decisão que, embora sendo tomada por este discricionariamente, deve ser inserida num procedimento que se inicia no Governo e não no Presidente da República.

4. A amplitude do condicionamento da “proposta do Governo” na decisão presidencial final de exonerar e nomear as chefias do EMGFA

4.1. Se não parece suscitar qualquer controvérsia o facto de a decisão presidencial, na exoneração e nomeação das chefias do EMGFA, implicar um procedimento jurídico que compreende fases até à prolação daquele ato final, já o mesmo não se pode dizer do tipo de limitação jurídica que a proposta do Governo implica na liberdade dessa decisão presidencial final.

Torna-se, pois, necessário discorrer um pouco sobre as várias alternativas que se suscitam na modelação da amplitude que aquela “proposta do Governo” ao Chefe de Estado pode conter.

4.2. Um primeiro resultado que parece seguro é, simplesmente, o de considerar que sem a proposta do Governo não pode haver sequer qualquer decisão presidencial.

Quer isto dizer que a proposta do Governo, independentemente do seu teor, se apresenta como uma iniciativa que abre o procedimento decisório respetivo, sem a qual aquela decisão não se poderá legitimamente produzir.

Está aqui presente um procedimento para a formação de um ato jurídico-público em que a iniciativa do mesmo é constitucionalmente – e também do ponto de vista legal – atribuída ao Governo, o que não tem nada de extraordinário e é frequente em múltiplas decisões dos titulares de órgãos de soberania, mesmo no Direito Constitucional de Timor-Leste.

4.3. Todavia, cumpre ir mais fundo e perceber a amplitude do condicionamento que a proposta do Governo acarreta na decisão final do Presidente da República, sendo agora de colocar diversas hipóteses, na omissão da CRDTL e da legislação ordinária sobre o assunto, o que nem sempre sucede em ordens jurídicas congêneres:

- *a proposta do Governo ser de um nome, o qual, sendo rejeitado, não permitiria ao Presidente da República efetuar a designação de outra pessoa que não tivesse sido a indicada*, devendo o Governo repetir uma nova proposta com outro nome, ou nada fazer, mantendo-se em prolongamento de funções quem está no cargo;
- *a proposta do Governo ser de um nome, o qual, sendo rejeitado, permitiria ao Presidente da República a escolha de outra pessoa*, valendo aqui a iniciativa do Governo como uma simples abertura de um procedimento de escolha, que conseqüentemente permitiria a amplificação da decisão presidencial para outras personalidades diversas da que fora indicada;
- *a proposta do Governo ser de vários nomes* – designadamente, uma lista tríplice de nomes – *e devendo a decisão presidencial recair sobre um deles*, e jamais podendo escolher alguém que não constasse dessa lista.

Como parece evidente, estas três hipóteses – e outras ainda seriam imagináveis – não são equivalentes do ponto de vista da amplitude que conferem ao Chefe de Estado na sua margem de escolha, estabelecendo-se uma distinção entre uma mera *discricionariedade disjuntiva* – de nomear ou não nomear certa pessoa – e uma *discricionariedade alternativa* – de nomear esta ou aquela pessoa, ou de não nomear nenhuma delas.

4.4. Perante a ausência de quaisquer elementos literais constitucionais e legais sobre a configuração da proposta inicial do Governo na abertura deste procedimento de seleção das chefias militares, pode recorrer-se a costumes constitucionais que eventualmente se reconheçam nestas matérias²⁰.

Cabe, a este propósito, referir o costume de em Portugal em certos casos paralelos – como sucede com a designação do Presidente do Tribunal de Contrás ou do Procurador-Geral da República – ser habitual que o Chefe de Estado solicite uma proposta ao Governo com uma *lista tríplice*, da qual um dos nomes será o escolhido, jamais podendo tal decisão recair sobre nome que não tenha sido proposto.

Mas essa é uma conduta costumeira de outro país – ou, pelo menos, de praxe ou até de mera cortesia política... – e nem se vê como fosse possível fazer uma sua qualquer “transplantação” para a realidade jurídico-política de Timor-Leste.

4.5. Só que tal possibilidade, no limite, está na dependência do Governo, que ao aceitar a indicação de uma lista tríplice, está a auto-limitar o seu poder de iniciativa no procedimento, ainda que muitas vezes essa limitação seja mais aparente do que real se entender sugerir três nomes nos quais haja um que manifestamente sobressaia na sua competência e qualidade, não deixando dúvidas da preferência pela sua escolha por parte do Chefe de Estado.

Nada havendo que o imponha e não se descortinando qualquer costume constitucional nesse sentido, julga-se que o assunto se deve resolver dentro da primeira hipótese aventada: *a decisão final deve ater-se a dizer “sim” ou “não” ao nome proposto e apenas isso.*

A eventualidade de a proposta do Governo ser apenas considerada como a mera abertura do procedimento, podendo depois o Chefe de Estado escolher o nome que bem entendesse, contrariaria flagrante-

²⁰ Isto no pressuposto de que as fontes do Direito Constitucional não são apenas de teor legal.

Sobre as diversas fontes do Direito Constitucional em geral, v. AAVV, *Constituição Anotada...*, pp. 22 e 23; Jorge Bacelar Gouveia, *Direito Constitucional de Timor-Leste*, pp. 184 e ss.

mente a orientação constitucional de legitimação da pessoa a escolher através de uma prévia indicação por parte do Governo.

Por outra parte, essa interpretação também seria abertamente posta em causa pela legislação ordinária timorense, que ao impor a audição de órgãos consultivos, nitidamente supõe que a escolha final só possa recair sobre os nomes em relação aos quais houve essa auscultação, e não quaisquer outros: se assim não fosse, isso inutilizaria por completo a função inerente a tais audições, com uma manifesta relevância no sentido de se obter uma legitimação prévia da pessoa a escolher por parte do meio castrense.

5. A juridicidade da exoneração e nomeação presidenciais das chefias do EMGFA sem proposta do Governo à luz da unidade de sentido da Constituição de Timor-Leste

5.1. Para além daquilo que decorre, sem qualquer dúvida, dos diversos preceitos que definem a competência exclusiva do Governo na “proposta da exoneração e da nomeação das chefias do EMGFA” (a decidir depois pelo Presidente da República), *justifica-se que paralelamente se faça uma contextualização de tais normas no espírito da Constituição, à luz de um importante princípio de hermenêutica constitucional, o princípio da unidade da Constituição*²¹.

Esta é uma necessidade tanto mais ingente quanto é certo ser o texto constitucional, na constelação dos textos legislativos, o mais compromissório de todos, pelo que tal atividade se apresenta, como bem se compreenderá, singularmente árdua.

5.2. Uma primeira resposta – que sempre padeceria de um sério problema de superficialidade – seria a de considerar que o Presidente da República jamais estaria submetido àquele tipo de restrição, embora a mesma seja constitucionalmente prevista (como podemos

²¹ Sobre este princípio interpretativo do Direito Constitucional, v. Jorge Bacelar Gouveia, *Manual de Direito Constitucional*, I, 5.^a ed., Almedina, Coimbra, 2013, pp. 589 e ss.

demonstrar), em nome da sua posição constitucional de Comandante Supremo das Forças Armadas, além de ser, protocolarmente, o órgão mais representativo da República, de resto colocado em primeiro lugar na sequência sistemática que o articulado constitucional apresenta dos diversos órgãos de soberania²².

Decerto que não se desconhece esta sua posição, a qual se consubstancia no art. 74.º da CRDTL, nestes seus dois preceitos:

- “O Presidente da República é o Chefe do Estado, símbolo e garante da independência nacional, da unidade do Estado e do regular funcionamento das instituições democráticas”²³; e
- “O Presidente da República é o Comandante Supremo das Forças Armadas”²⁴.

Estamos, assim, em face de uma cláusula geral, mas ela – como sucede, aliás, com todas as cláusulas gerais – não pode ser desligada das outras disposições constitucionais.

Acrescendo à alusão genérica de ser o “Comandante Supremo das Forças Armadas”, a posição constitucional do Chefe de Estado ainda beneficia de outras disposições, agora particulares, que densificam, nessa sua exata medida, aquela cláusula geral, não se indicando agora – porque já feito – a sua competência na nomeação e na exoneração das chefias militares.

5.3. Para se obter um resultado metodologicamente seguro no que tange ao estatuto jurídico-constitucional do Presidente da República, não pode desconsiderar-se a conciliação que se impõe fazer entre essa cláusula geral e estas normas específicas.

Ora, se é certo que as normas específicas confirmam a proeminência do Chefe de Estado, não é menos certo que, dogmaticamente, elas do mesmo passo balizam a sua competência, nesta área da Defesa Nacional, dentro do conceito de “competência partilhada”, como se

²² Cfr. os arts. 74.º e ss. da CRDTL.

²³ Art. 74.º, n.º 1, da CRDTL.

²⁴ Art. 74.º, n.º 2, da CRDTL.

*demonstra à saciedade pela leitura dos seguintes preceitos constitucionais*²⁵:

- *na decretação dos estados de exceção*: “Compete exclusivamente ao Presidente da República: (...) g) Declarar o estado de sítio ou o estado de emergência, mediante autorização do Parlamento Nacional, ouvidos o Conselho de Estado, o Governo e o Conselho de Defesa e Segurança”²⁶;
- *na declaração de guerra e na feitura da paz*: a) Declarar a guerra, em caso de agressão efetiva ou iminente, e fazer a paz, sob proposta do Governo, ouvido o Conselho Superior de Defesa e Segurança e mediante autorização do Parlamento Nacional ou da sua Comissão Permanente”²⁷;
- *na celebração de convenções internacionais na área da defesa e segurança*: “Compete ao Presidente da República, no domínio das relações internacionais: (...) d) Conduzir, em concertação com o Governo, todo o processo negocial para a conclusão de acordos internacionais na área da defesa e segurança”²⁸.

5.4. É por isto que se deve concluir que aquela cláusula geral desvitaliza os peculiares poderes de iniciativa de que o Governo dispõe?

Nitidamente que não e há que realizar a concordância interpretativa entre todas as disposições, parecendo que se pode alcançar um resultado racional.

Tal solução passa pelo reconhecimento de que as normas que especificamente conferem o poder de iniciativa a outros órgãos forçam a que, no plano hermenêutico, essa conciliação favoreça o sentido da norma especial – a que dá competência ao Governo no início do pro-

²⁵ Além daquele preceito que no caso nos ocupa e que já tivemos ocasião de transcrever.

²⁶ Art. 85.º, al. g), da CRDTL. Cfr. também o art. 115.º, n.º 2, al. c), da CRDTL.

²⁷ Art. 87.º, al. a), da CRDTL. Cfr. o idêntico preceito constante do art. 85.º, al. h), da CRDTL. Cfr. ainda o art. 115.º, n.º 2, al. b), da CRDTL.

²⁸ Art. 87.º, al. c), da CRDTL.

cedimento – em detrimento de um sentido interpretativo que pudesse expropriar o alcance da participação governamental, não lhe reconhecendo juridicidade.

Até porque se pode sempre dizer que a cláusula geral se cumpre na sua essência porque a decisão, se bem que limitada pela iniciativa governamental, é só e apenas do Chefe de Estado.

5.5. Todavia, se se quiser fazer finca-pé numa hermenêutica constitucional que sobrevalorize as cláusulas gerais – e esse não é o nosso caminho –, do mesmo jeito se pode atingir idêntica conclusão porque o Governo beneficia, também ele, de uma própria cláusula geral nesta matéria – de uma verdadeira “contra-cláusula” geral governamental, dir-se-ia – e que confere a este órgão a condução da política do país: “O Governo é o órgão de soberania responsável pela condução e execução da política geral do país e o órgão superior da Administração Pública”²⁹.

Significa isto que em matéria de Defesa Nacional – uma das componentes da política geral do país – se depara com duas cláusulas gerais parcialmente sobrepostas, atribuindo contrários papéis a dois órgãos de soberania.

Daí que o “desempate hermenêutico” só possa ser dado por normas específicas, e nesta matéria o resultado favorece sempre o Governo.

Esta cláusula geral do Governo na condução da política geral é ainda importante para desfazer a ideia errada de que tal órgão não teria uma qualquer competência genérica nesta matéria, o que se comprova não ser exata, com base neste art. 103.º da CRDTL.

Em resumo: a função das cláusulas gerais é, a bem dizer, dupla: sintetizar as competências de que já se dispõe; servir de norma competencial na previsão de alguma competência que não tenha sido particularmente cometida a outro órgão.

²⁹ Art. 103.º da CRDTL. Cfr. também o art. 115.º, n.º 1, al. a), da CRDTL, que sujeita essa condução à responsabilidade política que o Governo tem perante o Parlamento Nacional, não deferindo aqui qualquer papel ao Presidente da República.

5.6. *Este problema deve ser finalmente perspetivado sob a lógica do princípio da separação dos poderes³⁰, que a CRDTL consagra na sua maior atualização, sob a vertente da interdependência dos poderes, dizendo o seguinte: “Os órgãos de soberania, nas suas relações recíprocas e no exercício das suas funções, observam o princípio da separação e interdependência dos poderes estabelecidos na Constituição”³¹.*

Eis a formulação hodierna da separação dos poderes, assim se redescobrimo a essência original da conceção de Montesquieu: cada distinta função jurídico-pública tem meios de interação com as outras, as faculdades de estabelecer e de impedir.

Este vem a ser um caso em que dois órgãos de soberania – o Presidente da República e o Governo – colaboram entre si para a produção do resultado final, que é o da nomeação ou exoneração das chefias militares, ilustrando este caso com evidência uma interdependência de poderes.

Entender o contrário e atribuir apenas ao Chefe de Estado o “domínio completo” deste procedimento significaria cair numa “confusão de poderes”, o que é muito distinto da separação e interdependência de poderes.

6. A “proposta do Governo” na exoneração e nomeação das chefias do EMGFA como requisito de natureza jurídica

6.1. Descrito o regime jurídico aplicável ao procedimento de exoneração e nomeação das chefias do EMGFA, *verifica-se que no caso em apreço dos Decretos Presidenciais n.º 3 e n.º 4 – respetivamente, de exoneração dos anteriores CEMGFA e VCEMGFA e de nomeação do novo CEMGFA – não se encontra qualquer proposta do Governo no sentido de fazer desencadear a abertura de tais procedimentos.*

³⁰ Sobre a teoria da separação de poderes, v. AAVV, *Constituição Anotada...*, pp. 242 e ss.; Jorge Bacelar Gouveia, *Direito Constitucional de Timor-Leste*, pp. 226 e ss.

³¹ Art. 69.º da CRDTL.

A pergunta a fazer é esta: *a omissão dessa iniciativa, que é a proposta do Governo, considera-se formalidade obrigatória, ou apenas se deve avaliar como uma mera praxe ou cortesia político-institucional?*

6.2. O normal é que os preceitos mencionados nos articulados constitucionais devam possuir valor jurídico, situando-se dentro da órbita da juridicidade, e não se coloquem como elementos extrajurídicos, mesmo que normativos para outras ordens que não sejam jurídicas.

É necessário partir de uma presunção – ainda que *iuris tantum* – de que quando o legislador constitucional, no caso proliferamente secundado pelo legislador ordinário, refere a existência de formalidades as entende juridicamente relevantes, não as invocando em vão, ao não lhes atribuir um valor jurídico próprio.

6.3. Só assim não será se esse for um resultado que se deduza de fenómenos anómalos que venham a retirar juridicidade a tais formalidades.

Um deles é a verificação de um costume *contra-Constitutionem* que eventualmente viesse a determinar a cessação de vigência de tal procedimento³², o que não se antolha que tenha acontecido, não só porque a LDN, o EOF e o EMF repetem tal exigência como sobretudo por a prática anterior – agora quebrada por estes dois decretos presidenciais – se alinhar no caminho exatamente inverso.

Outra possibilidade é a ocorrência de uma qualquer revisão constitucional que tivesse eliminado este preceito constitucional, o que não sucedeu até ao momento e desde a entrada em vigor da CRDTL³³.

A conclusão segura é a de que a formalidade da iniciativa do procedimento de exoneração e nomeação do CEMGFA se mostra juridicamente relevante, sendo regulada pelo Direito Constitucional e pelo Direito Militar.

³² Quanto aos limitados termos da relevância do costume contra a Constituição, v. Jorge Bacelar Gouveia, *Direito Constitucional de Timor-Leste*, pp. 184 e ss.

³³ Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *Direito Constitucional de Timor-Leste*, pp. 201 e ss.

7. A “proposta do Governo” na exoneração e nomeação das chefias do EMGFA como requisito jurídico de validade

7.1. Fixado o âmbito jurídico da regulação da formalidade de o Governo dever iniciar, junto do Presidente da República, o procedimento de exoneração e nomeação das chefias do EMGFA, *coloca-se uma segunda dúvida, a qual diz respeito à determinação das consequências da preterição dessa formalidade, que se sabe juridicamente devida.*

Cura-se de averiguar o seguinte: *sendo uma formalidade jurídica, tem ela a virtualidade de conduzir ao desvalor jurídico do ato praticado pelo Chefe de Estado, no sentido de acarretar a sua invalidação?*

7.2. *Prima facie*, esta pergunta não faria sentido porque, tratando-se de uma formalidade obrigatória, seria de supor que o Direito fulminaria a sua violação com a desvalorização do ato que a desrespeitasse, pelo que seria automaticamente de considerar que à preterição daquela formalidade se seguiria a invalidade do respetivo ato.

É que a inconstitucionalidade só se mostra verdadeiramente operativa quando confrontada com as reações que o Direito Constitucional organiza para a hipótese desse incumprimento, com incidência em dois níveis, numa dimensão sancionatória que comporta por força do princípio da constitucionalidade³⁴:

- a desvalorização dos atos jurídicos inconstitucionais; e
- a responsabilização dos autores de tais atos.

A importância desta matéria é tão significativa que já no tempo do Estado Romano era bem conhecida a classificação que teorizava várias categorias de normas jurídicas precisamente na sua relação com

³⁴ Quanto ao Direito sancionatório, que aqui encontra uma das suas múltiplas aplicações, Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, 6.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1984, pp. 162 e ss., e *Teoria Geral do Direito e do Estado*, 3.^a ed., Martins Fontes, São Paulo, 2000, pp. 71 e ss.; Marcelo Rebelo de Sousa, *O valor jurídico do ato inconstitucional*, I, Livraria Cruz, Braga, 1988, pp. 19 e ss.; Jorge Bacelar Gouveia, *Manual de Direito Constitucional*, II, 5.^a ed., Almedina, Coimbra, 2013, p. 1219.

a existência de normas secundárias de tipo sancionatório para o caso da sua violação:

- a) a *lex imperfecta* – desprovida de sanção;
- b) a *lex minus quam perfecta* – assistida de sanções para os infratores, mas o ato antijurídico permanecia válido;
- c) a *lex perfecta* – assistida da invalidade do ato antijurídico;
- d) a *lex maius quam perfecta* – que cumulava a invalidade do ato antijurídico com outro tipo de sanções³⁵.

7.3. A verdade, porém, é que em casos pontuais o Direito pode admitir que a preterição de formalidades não tenha a normal consequência da desvalorização do ato jurídico que a desconsiderou.

E isto pode surgir por intermédio de dois eixos jurídico-dogmáticos:

- *tratar-se, simplesmente, de um valor positivo de um ato antijurídico, inconstitucional, ilegal ou ilícito; ou*
- *tratar-se de uma irregularidade, através da qual nada de mal acontece ao ato praticado em violação de alguma regra ou princípio aplicável, ainda que possam advir consequências para o respetivo autor.*

Em qualquer desses casos, depara-se com a temática das relações que se estabelecem entre a violação do Direito por parte de atos jurídicos e as consequências que surgem – para esses atos jurídicos e para os seus autores – dessas mesmas violações, podendo não haver uma exata correspondência entre si³⁶.

³⁵ Quanto aos contornos e importância desta classificação, v. João de Castro Mendes, *Introdução ao Estudo do Direito*, Lisboa, 1983, p. 71; João Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 1983, pp. 95 e 96; Jorge Bacelar Gouveia, *O valor positivo do ato inconstitucional*, AAFDL, Lisboa, 1992, p. 20, e *Manual...*, II, p. 1219; José de Oliveira Ascensão, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, 13.^a ed., Almedina, Coimbra, 2005, p. 126.

³⁶ Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *Manual...*, II, pp. 1216.

7.4. A solução deste problema está na própria CRDTL, através da formulação que faz do *princípio da constitucionalidade*³⁷, que integra o princípio geral do Estado de Direito³⁸.

O texto constitucional é muito claro, neste ponto, em dois dos seus preceitos iniciais:

- “A soberania reside no povo, que a exerce nos termos da Constituição”³⁹; e
- “O Estado subordina-se à Constituição e às leis”⁴⁰.

7.5. Isto implica que, sendo esta uma exigência inserta no próprio texto constitucional, logo depois secundado pela lei ordinária, a sua violação é sinónimo de uma inconstitucionalidade⁴¹, que se consubstancia numa discrepância entre o padrão superior aferidor da conformidade da Ordem Jurídica – que é a Constituição – e o objeto inferior que à mesma se deve submeter – o ato jurídico praticado e que a viola.

Ora, nos termos constitucionais, a produção de inconstitucionalidades tem uma resposta explícita, o que nem sempre sucede em vários textos constitucionais, que apenas enunciam a conclusão da inconstitucionalidade, nada esclarecendo quanto ao que a mesma depois traz em termos práticos.

Não é isso o que se passa porque a CRDTL é bem veemente naquilo que comina para os atos jurídicos que infrinjam as suas normas e os seus princípios: “As leis e os demais atos do Estado e do poder local só são válidos se forem conformes com a Constituição”⁴².

³⁷ Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *Direito Constitucional de Timor-Leste*, p. 226.

³⁸ Sobre o princípio do Estado de Direito na Constituição de Timor-Leste, incluindo este princípio da constitucionalidade, v. AAVV, *Constituição Anotada...*, pp. 19 e ss.; Jorge Bacelar Gouveia, *Direito Constitucional de Timor-Leste*, pp. 217 e ss.

³⁹ Art. 2.º, n.º 1, da CRDTL.

⁴⁰ Art. 2.º, n.º 2, da CRDTL.

⁴¹ Quanto ao conceito e modalidades de inconstitucionalidade, v., por todos, Jorge Bacelar Gouveia, *Direito Constitucional de Timor-Leste*, pp. 569 e ss.

⁴² Art. 2.º, n.º 3, da CRDTL.

Aqui se estipula que a consequência geral da prática de uma inconstitucionalidade é a da invalidade dos respetivos atos jurídicos inconstitucionais.

Simetricamente, não se prevê qualquer outra consequência contrária que bloqueie este resultado de a desconformidade ser considerada como uma inconstitucionalidade, nem mesmo no caso particular que estamos analisando.

8. A falta de “proposta do Governo” na exoneração e nomeação das chefias do EMGFA como causa de invalidade mesmo considerando a sua natureza de formalidade procedimental

8.1. Aferida a obrigatoriedade jurídica, bem como comprovada ser a invalidade como a consequência de respetiva inconstitucionalidade, *resta saber quais as consequências concretas que impendem sobre o procedimento que se está a apreciar e que consiste na preterição da proposta do Governo na emissão dos decretos presidenciais, ponderando a natureza organizatória de tal inconstitucionalidade.*

Se se chegou à conclusão de que há um ato que não está conforme à Constituição, a decorrência dessa desconformidade, sendo uma inconstitucionalidade, é ela redundar na invalidade do ato praticado.

A linearidade desta resposta carece, porém, de algum aprofundamento tomando nota da natureza da desconformidade assinalada, que foi a ausência de uma proposta inicial por parte do Governo, lembrando que se trata de um ato jurídico cuja decisão central compete ao Chefe de Estado.

8.2. Por um lado, é de indagar se a esta preterição de formalidade, não deixando de ser uma inconstitucionalidade, não terá o texto constitucional atribuído um significado menos severo, podendo apenas avaliá-la como uma formalidade de cunho secundário, sem a virtualidade de desembocar nas nefastas consequências da invalidade do ato jurídico praticado.

Assim será se tal resposta for expressa pelo texto constitucional, na medida em que a regra geral é a de que a uma inconstitucionalidade

corresponde a invalidade jurídica do ato que com a Constituição é desconforme.

Ora, no caso em apreço, não se regista em todo o texto constitucional qualquer regra ou princípio do qual se possa extrair uma exceção a esta orientação geral de que a inconstitucionalidade praticada – qualquer que ela seja – implica a invalidade do correspondente ato jurídico praticado.

De resto, no texto da CRDTL – ao invés do que sucede, por exemplo, na Constituição Portuguesa, no seu famoso art. 277, n.º 2⁴³ – não há qualquer desvio admitido a esta consequência geral, pelo que, no plano literal, o problema tem uma solução fácil: a resposta é negativa quanto à descoberta dessa exceção⁴⁴.

8.3. A procura de uma solução excecional que permitisse salvar a validade dos atos presidenciais praticados obliterando a formalidade da iniciativa obrigatória do Governo poderia ainda perscrutar-se, de um modo implícito, na própria essência do requisito em causa: *um requisito de mera validade procedimental, que não se colocaria no âmago da discricionariedade presidencial na tomada da decisão*⁴⁵.

No entanto, esta conclusão, para além de desvalorizar um requisito procedimental imposto pela Constituição e reforçado pelo Direito ordinário, ignoraria grosseiramente a arquitetura jurídico-constitucional do estatuto das Forças Armadas⁴⁶.

⁴³ O qual tivemos ocasião de estudar aprofundadamente: Jorge Bacelar Gouveia, *O valor positivo do ato inconstitucional*, pp. 43 e ss.

⁴⁴ Frisando esta orientação geral da invalidade como consequência dos atos inconstitucionais em Timor-Leste, Jorge Bacelar Gouveia, *Direito Constitucional de Timor-Leste*, pp. 576 e 577.

⁴⁵ Sobre os diversos requisitos de validade dos atos jurídico-públicos, incluindo também os requisitos procedimentais, v. Jorge Bacelar Gouveia, *A Dissolução da Assembleia da República – uma nova Perspetiva da Dogmática do Direito Constitucional*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 127 e ss., e *Direito Constitucional de Timor-Leste*, pp. 427 e ss.

⁴⁶ Além de que, na substância das coisas, a CRDTL não opera qualquer consequência, em termos práticos, entre, por um lado, a inconstitucionalidade material, e, do outro lado, a inconstitucionalidade organizatória (orgânica, formal e procedimental), ao contrário do que faz a CRP, no referido art. 277.º, n.º 2.

Não é por acaso que na designação das mais altas chefias militares o Governo tem este poder de iniciativa, poder que ainda é reforçado se se considerar a designação das chefias dos três ramos das Forças Armadas: é que ao Governo cabe a condução da política de Defesa Nacional.

Além disso, convém não esquecer que as Forças Armadas incorporam-se na Administração Pública Militar, que integra um dos braços da Administração Direta do Estado, intimamente dependente do Governo.

A intervenção do Presidente da República não é de tipo executivo porque no desenho constitucional de Timor-Leste o Chefe de Estado não governa, apenas preside, conferindo-lhe o articulado constitucional alguns pontuais poderes de intervenção em matéria de Forças Armadas e Defesa Nacional.

Só que isso não chega para lhe entregar um poder exclusivo, o qual seria sempre desviante em relação à cláusula geral que confere ao Governo a direção da política de Defesa Nacional.

Mesmo nos casos em que o Chefe de Estado intervém, é sempre na lógica das competências partilhadas em que o Governo detém uma importante iniciativa na prática de atos mais simbólicos ou de maior solenidade: a decretação do estado de guerra e a feitura da paz também dependem da iniciativa do Governo.

III

A JURISDIÇÃO COMPETENTE PARA O JULGAMENTO DA INVALIDADE POR INCONSTITUCIONALIDADE DOS ATOS PRESIDENCIAIS DE EXONERAÇÃO E NOMEAÇÃO DAS CHEFIAS MILITARES

9. Garantia da Constituição e fiscalização da constitucionalidade

9.1. *O outro núcleo temático sobre o qual se impõe uma explicitação – sendo, porventura, o mais complexo de todos – é concernente a saber a quem incumbe, no plano jurisdicional, a intervenção para detetar a existência de atos jurídico-públicos inconstitucionais, daí tirando as devidas consequências na respetiva desvalorização.*

Eis um assunto fundamental no Constitucionalismo Contemporâneo e que nos países dos sistemas romano-germânicos, em cuja linhagem se filia Timor-Leste, se desenvolveu de um modo decisivo no século XX.

Trata-se de reconhecer a proeminência do poder judicial, para além do seu ancestral papel na resolução de litígios, agora também na dilucidação de aspetos atinentes à preservação do “bloco da constitucionalidade”, descobrindo a existência de inconstitucionalidades e, depois, fulminando-as com a desvalorização dos respetivos atos de poder público.

9.2. É assim que hoje os países em Estado de Direito Democrático não podem prescindir de mecanismos jurisdicionais que se destinem à tarefa de garantir a Constituição⁴⁷.

E o poder jurisdicional tem aqui um lugar privilegiado por força das suas características de independência e imparcialidade, às quais se alia o próprio estatuto dos titulares dos respetivos tribunais, com todas as garantias que lhe estão associadas, tudo em conjunto contribuindo para a consolidação de um Estado de Direito que encontra na Função Jurisdicional um dos seus elementos de referência.

9.3. Naturalmente que o princípio da fiscalização judicial da constitucionalidade dos atos jurídico-públicos não tem de ser interpretado e aplicado pelos países sempre da mesma forma, havendo variantes a assinalar segundo duas tradições estabelecidas, que são, *brevitatis causa*, a tradição norte-americana e a tradição austríaca⁴⁸.

Timor-Leste não escapa a esta orientação geral e assume a existência de uma fiscalização judicial da constitucionalidade, ainda que com elementos próprios, o que se procurará ilustrar.

10. A fiscalização da constitucionalidade no Direito Constitucional de Timor-Leste em geral

10.1. Este é um assunto de que se ocupa o Título I da Parte VI da CRDTL, sobre a *Garantia da Constituição*, percebendo-se que o texto constitucional timorense está longe de desconhecer o fenómeno: pelo contrário, *mostra-se muito atento à questão, dedicando-lhe relevantes orientações, o que confirma, também neste tópico, o desejo da efetividade de um Estado de Direito*⁴⁹.

⁴⁷ Relacionando a fiscalização da constitucionalidade com a garantia da Constituição, Jorge Bacelar Gouveia, *Direito Constitucional de Timor-Leste*, p. 569.

⁴⁸ Quanto aos modelos de fiscalização judicial da constitucionalidade, v. Jorge Bacelar Gouveia, *Direito Constitucional de Timor-Leste*, pp. 584 e ss., e *Manual...*, II, pp. 1235 e ss.

⁴⁹ Sobre a fiscalização da constitucionalidade em Timor-Leste numa perspetiva geral, v. Carlos Bastide Horbach, *O controle de constitucionalidade na Constituição de Timor-Leste*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XLVI,

A fiscalização da constitucionalidade no sistema constitucional timorense corresponde a um sistema misto, nele se incorporando elementos oriundos dos dois principais modelos indicados.

Em contrapartida, importa desde já arredar do sistema timorense vigente a presença de quaisquer elementos próprios da fiscalização política da constitucionalidade, em qualquer das suas modalidades, porque as entidades que levam a cabo esse controlo são sempre pertença da função jurisdicional.

10.2. *O sistema de fiscalização da constitucionalidade em Timor-Leste, de acordo com a CRDTL, é um sistema jurisdicional, com intervenção de uma pluralidade instâncias judiciais, cobrindo grande parte dos atos jurídico-públicos:*

- é um sistema jurisdicional, e não político, porque esta tarefa está cometida a órgãos de soberania que são tribunais;*
- é um sistema difuso e concentrado porque a intervenção de fiscalização é atribuída tanto aos tribunais em geral como especificamente ao Supremo Tribunal de Justiça, este tendo a última palavra;*
- é um sistema preventivo e sucessivo porque a fiscalização incide tanto no procedimento de elaboração de certos atos jurídico-públicos como fundamentalmente depois de os atos jurídico-públicos estarem concluídos;*
- é um sistema de fiscalização da inconstitucionalidade por ação e por omissão porque se controla a inconstitucionalidade que se traduz na violação da Constituição tanto por ação como por omissão.*

n.º 2 de 2005, pp. 1031 e ss.; Florbela Pires, *Fontes do Direito e procedimento legislativo na República Democrática de Timor-Leste*, in AAVV, *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, II, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 125 e 126; AAVV, *Constituição Anotada...*, pp. 467 e ss.; Jorge Bacelar Gouveia, *Direito Constitucional de Timor-Leste*, pp. 587 e ss.; Rodrigo Torquato Maia, *O controle de constitucionalidade em Timor-Leste e Portugal e o acesso do juiz à Constituição*, in AAVV, *Estudos sobre o Constitucionalismo no Mundo de Língua Portuguesa*, I, AAFDL, Lisboa, 2015, pp. 357 e ss.

10.3. Do ponto de vista da proteção da Ordem Constitucional – também designada, na esteira da famosa expressão francesa, por “bloco da constitucionalidade” – *a fiscalização da constitucionalidade assume-se como total*, pois que tudo o que ali se integra (os princípios e as normas constitucionais) serve de parâmetro aferidor do respetivo juízo jurisdicional.

Que assim é, confirma-o a presença de vários preceitos constitucionais, que unanimemente apontam no sentido da coincidência do parâmetro da constitucionalidade com o bloco da constitucionalidade:

- *a formulação do princípio da constitucionalidade*: “As leis e os demais atos do Estado e do poder local só são válidos se forem conformes com a Constituição”⁵⁰;
- *a faculdade atribuída aos tribunais em geral de poderem proceder à fiscalização da constitucionalidade*: “Os Tribunais não podem aplicar normas contrárias à Constituição ou aos princípios nela consignados”⁵¹.

Não se julgue que esta seria uma solução óbvia porque nem sempre se realiza, como é desejável, a exata sobreposição do parâmetro de constitucionalidade com o bloco da constitucionalidade.

10.4. É ainda de considerar a *fiscalização da legalidade reforçada*, ainda que, na sua Parte VI, a CRDTL não se lhe refira a título específico, embora globalmente atribua ao Supremo Tribunal de Justiça a competência para fiscalizar a legalidade dos atos jurídico-públicos: “Apreciar e declarar a inconstitucionalidade e ilegalidade dos atos legislativos e normativos dos órgãos do Estado”⁵².

Isto mesmo veio o Tribunal de Recurso confirmar no Processo n.º 4/2003, sobre a fiscalização abstrata da Lei do Orçamento Geral do Estado para 2003: “Deste modo, podemos assentar que o sistema de fiscalização da legitimidade de normas, previsto na Cons-

⁵⁰ Art. 2.º, n.º 3, da CRDTL.

⁵¹ Art. 119.º da CRDTL.

⁵² Cfr. o art. 126.º, n.º 1, al. a), da CRDTL.

tituição de Timor-Leste, compreende os dois institutos de controlo: controlo de constitucionalidade das normas e controlo de legalidade de leis”⁵³.

10.5. Na perspetiva dos atos jurídico-públicos que se submetem à fiscalização da constitucionalidade, *a opção da CRDTL alinha-se com a preocupação de fazer esse exame sobre as fontes do Direito em geral*⁵⁴, o que se depreende não apenas do enunciado do princípio da constitucionalidade como da definição de inconstitucionalidade, a qual se prende com o facto de haver “normas contrárias à Constituição...”⁵⁵.

Esta delimitação do objeto geral de fiscalização da constitucionalidade, mercê do facto de em diversas ocasiões se omitir a natureza do ato fiscalizando, faculta alcançar uma maior abrangência naquilo que se controla, aí se incluindo alguns atos jurídico-públicos não normativos, e outras fontes não voluntárias, embora tudo tenha de ficar dependente da lei do processo constitucional ainda em falta.

A lista de atos e fontes que podem submeter-se ao juízo da constitucionalidade apresenta-se bastante lata, incluindo fontes intencionais e fontes espontâneas de Direito, inserindo atos de Direito Público e atos de Direito Privado.

10.6. Os órgãos que intervêm na fiscalização da constitucionalidade, dentro da sua inserção geral na judicatura, são de variada índole, em razão de outros tantos critérios de classificação.

Todos eles têm de comum o facto de integrarem os tribunais como órgãos de soberania, nas suas diversas ramificações, sendo independentes e imparciais, de acordo com o estatuto de inamovibilidade e de irresponsabilidade dos respetivos titulares, os magistrados judiciais.

⁵³ Acórdão do Tribunal de Recurso de 27 de outubro de 2008.

⁵⁴ Quanto ao recorte do objeto da fiscalização da constitucionalidade, a partir do conceito de norma, tomando por referência o sistema português, v. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a ed., Almedina, Coimbra, 2003, pp. 932 e ss.; Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, VI, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 154 e ss.; Jorge Bacelar Gouveia, *Manual...*, II, pp. 1350 e ss.

⁵⁵ Art. 120.º da CRDTL.

Pode ser discutido até que ponto o sistema timorense de fiscalização da constitucionalidade é apenas protagonizado pelos tribunais ou se pode, além disso, ser desenvolvido por outras estruturas que, à luz da CRDTL, se aproximam do universo da função jurisdicional: os tribunais arbitrais e os julgados de paz.

Na medida em que estas estruturas exercem uma competência jurisdicional delegada pela CRDTL, implicitamente lhes é conferida a competência de fiscalização da constitucionalidade, havendo ainda um outro argumento funcional: a circunstância de, a não ser assim, a fiscalização jamais poderia exercer-se porque aqueles tribunais produziam decisões insuscetíveis de recurso, dessa forma se vedando que os tribunais estaduais, a intervirem depois, pudessem alguma vez efetuar um exame de constitucionalidade.

11. O problema processual da fiscalização judicial da constitucionalidade de atos jurídico-públicos não normativos

11.1. Mas a apresentação do regime geral da fiscalização da constitucionalidade em Timor-Leste deixa-nos *a dúvida sobre o modo como se realiza essa mesma fiscalização nos casos em que o objeto processual – o ato jurídico sobre o qual se pede uma intervenção judicial fiscalizadora na mira de lhe detetar vícios de inconstitucionalidade que o invalidem – não se reveste de uma feição jurídico-normativa.*

Esta é uma incerteza que está longe de se apresentar despropositada porque aquele objeto processo processual é expressamente definido pela CRDTL nos seguintes termos, considerando os dois tipos de fiscalização que diretamente interessam⁵⁶:

- *fiscalização abstrata*: “Ao Supremo Tribunal de Justiça compete, no domínio das questões jurídico-constitucionais: (...)”

⁵⁶ E deixando de parte os outros dois tipos de fiscalização da constitucionalidade: a fiscalização preventiva – que não tem aqui aplicação – e a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão – porque se trata de um ato, não de uma omissão jurídica, para estes efeitos.

- a) Apreciar e declarar a inconstitucionalidade e ilegalidade dos atos legislativos e normativos dos órgãos do Estado”⁵⁷;
- *fiscalização concreta*: “Os tribunais não podem aplicar normas contrárias à Constituição ou aos princípios nela consagrados”⁵⁸; “Ao Supremo Tribunal de Justiça compete, no domínio das questões jurídico-constitucionais: (...) d) Decidir, em sede de recurso, sobre a desaplicação de normas consideradas inconstitucionais pelos tribunais de instância”⁵⁹.

Ora, daqui se deduz que se tal objeto processual não for constituído por “normas jurídicas dos órgãos do Estado” – ou, pelo menos no caso da fiscalização abstrata, pelos seus “atos legislativos”, não contendo normas em sentido material – sobre o mesmo não poderá recair o exercício daquele poder jurisdicional de fiscalização da constitucionalidade?

Claro que não: essa resposta negativa seria um total absurdo jurídico-político, na medida em que, se assim fosse, os atos não normativos – a não ser os legislativos – escapulir-se-iam ao “império da Constituição”...

11.2. É certo que em relação a preceito semelhante a doutrina e a jurisprudência em Portugal construíram um controverso alargamento de tal conceito, de acordo com uma *aceção funcional de norma*, através do qual o objeto da fiscalização poderia ser não apenas o de norma em sentido material, mas igualmente certos atos legislativos desprovidos de tal conteúdo normativo⁶⁰.

Por outro lado, no âmbito da fiscalização concreta, também se tem procedido à extensão de tal objeto através da construção do conceito da norma *ad hoc* de aplicação que em cada decisão judicial necessariamente o juiz comum idealiza naquilo que para si é a Constituição, com a qual confronta o ato impugnando⁶¹.

⁵⁷ Art. 126.º, n.º 1, al. a), da CRDTL.

⁵⁸ Art. 120.º da CRDTL.

⁵⁹ Art. 126.º, n.º 1, al. d), da CRDTL.

⁶⁰ Cfr., por todos, Jorge Bacelar Gouveia, *Manual...*, II, pp. 1242 e ss.

⁶¹ Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *Manual...*, II, pp. 1268 e 1269.

Não só esta construção lusa é discutível como a mesma dificilmente se aplicaria a Timor-Leste, perante a inexistência de qualquer pronunciamento sobre o assunto por parte da sua jurisprudência.

Como quer que seja, a resultado nunca seria o da aceitação de uma imunidade constitucional porque sempre haveria um outro caminho – mais sinuoso e tortuoso, certamente – para se chegar à possibilidade de os tribunais judiciais invalidarem um ato jurídico público por ser inconstitucional, ainda que isso não integre o conceito de fiscalização judicial da constitucionalidade.

11.3. *Obviamente que esta discussão assenta no pressuposto – que não se julga poder ser posto em crise – de que os atos presidenciais praticados jamais representam qualquer conceito de norma jurídica, seja em termos formais, seja em termos materiais:*

- formalmente, os decretos presidenciais não o são certamente, pois não têm a forma de lei e os atos legislativos são da autoria do Parlamento Nacional e do Governo; e*
- materialmente, os decretos presidenciais em causa configuram a exoneração e a nomeação de titulares de cargos públicos, o que por definição não pode ser considerado como um ato normativo, porquanto desprovidos das fundamentais características da generalidade e abstração.*

12. O “acesso à Constituição” como dimensão do acesso à Justiça e do direito à tutela jurisdicional efetiva

12.1. *A interrogação que se segue é esta: qual a solução para a sindicabilidade judicial de atos jurídico-públicos que, violando a Constituição, não sejam normas jurídicas, aparentemente se excluindo do recorte do objeto processual sujeito aos mecanismos da fiscalização da constitucionalidade no âmbito específico em que este regime está previsto pela CRDTL, tendo como órgão de cúpula o Supremo Tribunal de Justiça?*

A resposta verdadeira – que é constitucionalmente implícita e indireta, o que não deixa de obter idêntica fidedignidade – é a de que tal controlo judicial deve igualmente existir sobre os atos jurídico-públicos não normativos, ainda que se admita que não nos exatos moldes que estão delineados para a fiscalização da constitucionalidade que tenha as normas jurídicas como objeto processual típico⁶².

12.2. A primeira parte desta resposta afirmativa ao problema colocado é, ao invés do que se possa supor, de natureza substantiva, decorrendo da conclusão de que, em Estado de Direito Democrático, não seria concebível que se impedisse o controlo dos tribunais sobre atos jurídico-públicos inválidos e, por consequência, se autorizasse a sua permanência na Ordem Jurídica.

O fundamento para o conhecimento judicial dos atos jurídico-públicos não normativos viciados de inconstitucionalidade que acarreta a sua invalidade é inerente à própria ideia de Estado de Direito Democrático, na vertente do princípio da constitucionalidade, expressamente referida pela CRDTL.

⁶² O mesmo problema enfrentámos no estudo do ato de dissolução da Assembleia da República, tendo então chamado a atenção para a necessidade de não deixar de haver sindicabilidade judicial de todos os atos jurídico-públicos, ainda que quanto a este em especial a sua normatividade pudesse ser facilmente defendida.

Escrevemos na altura contra essa posição favorável à não sindicabilidade de atos políticos não normativos, como em geral quanto aos atos jurídico-públicos (Jorge Bacelar Gouveia, *A Dissolução...*, pp. 149 e 150):

“Eis uma conclusão, contudo, que não resiste a duas evidências que se impõem a partir do texto constitucional:

- de um lado, a impossibilidade da fiscalização da constitucionalidade não cria propriamente imunidades de fiscalização judicial, mas somente impede o funcionamento de uma estrutura específica de fiscalização da constitucionalidade, que é a justiça constitucional;
- do outro lado, um Estado de Direito a sério não pode viver sem que se retirem todas as forçosas consequências da separação dos poderes, e sem dúvida que uma delas é a da efetivação da intervenção judicial em todos os atos que violem a Constituição, devendo nesse caso considerar-se a jurisdição comum como a jurisdição residual”.

12.3. Mas tal cláusula geral de Estado de Direito Democrático não se concretiza apenas no princípio da constitucionalidade, que implica uma construção hierarquizante da Ordem Jurídica, encimada pela Ordem Constitucional.

O princípio do Estado de Direito Democrático identicamente contém, numa sua dimensão processual, a possibilidade de, no plano adjetivo, se afirmar o respeito por tal princípio da constitucionalidade através da função jurisdicional e dos tribunais como protagonistas da mesma.

É isso o que se retira do importante direito fundamental de acesso à justiça, através do qual se afirma que “A todos é assegurado o acesso aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos”⁶³.

O que se garante é o direito a uma ação judicial, qualquer que ela seja, para fazer valer direitos subjetivos ou a própria juridicidade objetiva, não tanto agora cuidar do sistema processual que para o efeito se erigiu.

Aliás, este direito tem precisamente a função de estabelecer o primado do Direito Substantivo sobre o Direito Adjetivo, porquanto o Direito Substantivo não pode ser cerceado por meros mecanismos processuais que sempre devem visar, precisamente, a sua plena realização prática⁶⁴.

12.4. Deste modo, e sendo seguro que os tribunais não podem deixar de aplicar a Constituição a todos os atos que sejam submetidos ao seu julgamento como primeiro estalão do Direito aplicável, pouco importando se são normativos ou não, se são públicos ou privados, se são ou não do Estado, *a pergunta que se põe de seguida é a de como se operacionaliza tal controlo quando foi o próprio texto constitucional a, aparentemente, reduzir a possibilidade da fiscalização da constitucionalidade somente a normas jurídicas, simetricamente de tal fiscalização excluindo os atos não normativos.*

⁶³ Art. 26.º da CRDTL.

⁶⁴ Cfr. AAVV, *Constituição Anotada...*, pp. 105 e ss.

13. A imprópria solução “interna” do alargamento do objeto processual da fiscalização judicial concreta da constitucionalidade

13.1. Uma primeira resposta para autorizar o pronunciamento dos tribunais no sentido de invalidarem atos jurídico-públicos inconstitucionais não normativos seria supostamente de encontrar dentro da fiscalização judicial da constitucionalidade.

Infelizmente, a ausência de uma lei processual de fiscalização da constitucionalidade impede que algumas das soluções que, no plano constitucional surgem incertas ou incompletas, se apresentem desenvolvidas pela margem de liberdade de conformação – ou discricionariedade legislativa, como se queira – que a Constituição nesta matéria atribui ao legislador ordinário e que poderiam constar daquela lei, que não existe até ao momento.

Só que não cremos que ela pudesse ser a via adequada porque a invalidação de um ato jurídico-público inconstitucional não normativo não integra, conceptualmente, o edifício constitucional da fiscalização judicial concreta da constitucionalidade.

13.2. É certo que a doutrina e a jurisprudência constitucionais portuguesas se têm afadigado – e, diga-se, com sucesso – no esforço do alargamento do parâmetro que serve de base à tomada de decisões judiciais em litígios dirimidos no âmbito da fiscalização concreta da constitucionalidade.

E têm chegado à conclusão de que tal parâmetro – perante uma mesma norma que Portugal tem em relação à solução vigente em Timor-Leste – interessa não tanto o recorte dessa norma, como muito mais o parâmetro que o tribunal, no caso, percecionou para servir de “base constitucional” para considerar o caso, nos atos praticados e que são o objeto processual, como conforme ou desconforme à Constituição.

13.3. Só que a tarefa do tribunal neste outro momento – afinado o parâmetro, normativo ou interpretativo *ad hoc*, a aplicar, e ao decidir pela validade ou invalidade de atos jurídico-públicos que constituem o objeto processual (o mesmo raciocínio se fazendo a res-

peito dos atos jurídico-privados, ainda que estes sofram uma menor intensidade regulativa por parte do texto constitucional) – *já não é de fiscalização da constitucionalidade, mas de julgamento comum na aplicação do Direito, sendo o Direito Constitucional parte desse Direito aplicável.*

Assim é porque para a CRDTL o conceito de fiscalização concreta da constitucionalidade pressupõe uma relação triangular:

- (i) a Constituição, nas suas normas e princípios, de um lado;
- (ii) uma norma ou parâmetro que com ela entra em conflito, de outro; e
- (iii) um objeto processual, por fim.

Ora, com base neste triângulo, um dos seus lados – o do objeto processual – não se pode duplicar em objeto processual *proprio sensu* – o ato em apreciação e cuja validade se contesta frente ao bloco da constitucionalidade – e ser, em simultâneo, parâmetro que se considera inconstitucional em ordem à sua desaplicação: o ato inválido não é parâmetro de si próprio!

13.4. Dogmaticamente, *o nosso problema não é resolúvel através alargamento do parâmetro da fiscalização judicial concreta da constitucionalidade porque este tipo de controlo pressupõe aquele mencionado triângulo e ele aqui não existe.*

Mesmo que se considerasse os atos presidenciais que foram praticados – que não são normativos – como passíveis de serem alcançados a parâmetro da fiscalização judicial concreta da constitucionalidade pelos tribunais, o resultado nunca se obteria porque o tribunal estaria perante uma tarefa logicamente impossível de apreciar a validade constitucional de um ato jurídico-público desaplicando a esse ato jurídico-público esse mesmo ato jurídico-público por ele ser inconstitucional...

Não pode ser porque o objeto processual se confundiria com o parâmetro de apreciação da sua constitucionalidade, numa estranha fusão entre o pedido e a causa de pedir.

14. A adequada solução “externa” da fiscalização judicial da juridicidade administrativa

14.1. *É por isso que a via de solução para o problema prático colocado é a possibilidade de a inconstitucionalidade e subsequente invalidade dos decretos presidenciais em causa serem julgados no âmbito da jurisdição administrativa.*

Assim se resolveria o problema de se não deixar qualquer vazio quanto à verificação da constitucionalidade dos atos jurídico-públicos no caso de não funcionar a jurisdição a quem a Constituição especificamente atribuiu a fiscalização da constitucionalidade, no quadro em que funciona com tal conceito e respetivo *nomen iuris*.

Por outra parte, seria sempre de afastar que, no suposto de haver uma jurisdição administrativa, a competência processual pudesse pertencer aos tribunais comuns, os quais não lidam com a juridicidade dos atos do poder público, a não ser em casos excecionais.

Ainda que todo este esforço se vá fazer assinalando as dificuldades próprias que derivam da ausência de uma lei reguladora do contencioso administrativo, a despeito do facto de a CRDTL assegurar a existência de uma jurisdição administrativa, a qual só pode funcionar na plenitude com uma lei ordinária que defina o estatuto de tais tribunais e que, ao mesmo tempo, organize processualmente as respetivas fases.

14.2. *O primeiro pressuposto fundamental está cumprido, que é o pertinente à existência constitucional de jurisdição administrativa, sendo esta uma das várias jurisdições constitucionalmente integradas na categoria dos tribunais, e que são os seguintes⁶⁵:*

- Supremo Tribunal de Justiça e os outros tribunais judiciais;
- Tribunal Superior Administrativo, Fiscal e de Contas e tribunais administrativos de primeira instância; e
- os tribunais militares⁶⁶.

⁶⁵ Sobre os diversos tribunais previstos na CRDTL, v. AAVV, *Constituição Anotada...*, pp. 381 e ss.; Jorge Bacelar Gouveia, *Direito Constitucional de Timor-Leste*, pp. 410 e ss.

⁶⁶ Cfr. o art. 123.º da CRDTL.

14.3. *O segundo pressuposto que importa considerar é o de saber se os atos presidenciais em causa se encontram submetidos à jurisdição administrativa na delimitação que a CRDTL faz desta por referência à jurisdição comum.*

Eis uma questão que se poderia tornar complexa dada a assimetria na densidade regulativa que o texto constitucional utiliza para a definição de ambos os âmbitos de intervenção, sendo a jurisdição comum residual – além das áreas específicas próprias em que é competente – e, por contraste, sendo a jurisdição administrativa, fiscal e de contas recortada por alusão a certos atos e certas relações jurídicas específicas de poder público.

A leitura de um dos preceitos da CRDTL não autoriza qualquer dúvida a respeito da competência que este atribuiu à jurisdição administrativa nesta matéria: “Compete aos Tribunal Superior Administrativo, Fiscal e de Contas e aos tribunais administrativos e fiscais de primeira instância: (...) b) Julgar os recursos contenciosos interpostos das decisões dos órgãos do Estado e dos seus agentes”⁶⁷.

14.4. Tudo quanto se acaba de dizer é suficiente para dilucidar esta questão e concluir, pacificamente, sobre a competência dos tribunais administrativos quanto à apreciação da invalidade por inconstitucionalidade dos atos presidenciais em crise?

Ainda não porque subsistem cinco problemas que se levantam e que são os seguintes:

- *a ausência de lei do contencioso administrativo;*
- *a natureza política dos atos presidenciais;*
- *o teor discricionário dos atos presidenciais;*
- *a instância competente para conhecer os atos presidenciais; e*
- *a ausência de publicação no jornal oficial dos atos presidenciais.*

Cumprir ver cada um deles de per si.

⁶⁷ Art. 129.º, n.º 4, al. b), da CRDTL.

15. A operacionalização da jurisdição administrativa perante a ausência de lei ordinária sobre o contencioso administrativo

15.1. *O primeiro dos problemas enunciado é, decerto, o mais fácil deles todos, pois que, estabelecendo a CRDTL uma jurisdição, não pode a exequibilidade da mesma ficar dependente de uma qualquer realidade constitucional e sobretudo da inércia legislativa*⁶⁸.

Sem qualquer dúvida que a ausência dessa legislação configura *uma inconstitucionalidade por omissão*, devidamente prevista pela CRDTL, mas sempre os seus efeitos seriam escassos em face de um possível bloqueio do funcionamento do contencioso administrativo.

Mas não seria por intermédio deste tipo de fiscalização da constitucionalidade que – como se de um ato de “mágica constitucional” se tratasse – surgiria tal lei reguladora do contencioso administrativo, já que os efeitos da decisão de inconstitucionalidade por omissão, nesta perspetiva de uma lei em falta, são apenas declarativos, não se atribuindo ao julgador poderes de substituição da função legislativa inadimplente⁶⁹: “O Presidente da República, o Procurador-Geral da República e o Provedor de Direitos Humanos e Justiça podem requerer junto do Supremo Tribunal de Justiça a verificação de inconstitucionalidade por omissão de medidas legislativas necessárias para concretizar as normas constitucionais”⁷⁰.

15.2. *A solução deste primeiro problema passa – provisoriamente e até essa legislação ser criada – pela aplicação da lei processual civil,*

⁶⁸ Com idêntico problema já nos tínhamos confrontado no Direito de Timor-Leste em matéria de imunidades de titulares de cargos políticos perante a inadequação da legislação processual penal aplicável.

Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *A suspensão de funções dos membros do Governo criminalmente acusados na Constituição da República Democrática de Timor-Leste*, in *Revista de Direito Público*, ano II, n.º 4, Julho-Dezembro de 2010, pp. 247 e ss.

⁶⁹ Sobre a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão em Timor-Leste, v. AAVV, *Constituição Anotada...*, pp. 475 e 476; Jorge Bacelar Gouveia, *Direito Constitucional de Timor-Leste*, pp. 610 e ss.

⁷⁰ Art. 151.º da CRDTL.

*que aqui funciona como lei processual subsidiária, nas suas duas dimensões*⁷¹:

- quer na sua dimensão de Direito Judiciário, ao conferir aos tribunais comuns a autoridade judicial para resolver os litígios que sejam inerentes à atuação administrativa jurídico-pública;
- quer na sua dimensão de Direito Processual, fazendo aplicar-se a lei processual civil⁷².

15.3. Naturalmente que isto supõe as devidas adaptações, em atenção às características próprias dos atos administrativos que sejam objeto de tal intervenção judicial, tanto na perspectiva dos poderes de cognição de que os tribunais sobre os mesmos possam exercer, como no recorte dos atos da atividade administrativa no sentido de sobre os mesmos funcionalmente se exercer um poder jurisdicional da sua apreciação no contexto do princípio da separação dos poderes.

Seja como for, eis um resultado irrecusável em nome de um traço fundamental do direito de acesso à Justiça e à tutela jurisdicional efetiva – e o acesso à justiça administrativa não pode ser exceção – como direito fundamental diretamente aplicável⁷³.

É a lei ordinária que está dependente da Constituição; não é a Constituição que está dependente da lei ordinária...

16. A extensão da competência da jurisdição administrativa aos atos da função política do poder público

16.1. O segundo problema assinalado é mais complexo e consiste em saber se esta jurisdição administrativa – sobre a qual, contudo e sem

⁷¹ Quanto à distinção entre Direito Judiciário e Direito Processual, v. Jorge Bacelar Gouveia, *Direito Constitucional de Timor-Leste*, pp. 41 e 42.

⁷² É essa também a opinião expandida na obra coletiva, AAVV, *Constituição Anotada...*, pp. 408 e 409.

⁷³ Ainda que a CRDTL não o refira explicitamente, a aplicabilidade direta não pode deixar de ser um elemento fundamental deste direito, liberdade e garantia, sob pena de um perigoso esvaziamento desta categoria de direitos fundamentais.

Sobre a aplicabilidade direta dos direitos, liberdades e garantias em geral, v. Jorge Bacelar Gouveia, *Manual...*, II, pp. 997 e ss.

lei ordinária, apenas se sabe o que sobre ela a CRDTL, explicitamente, diz no art. 129.º e, implicitamente, se supõe através de princípios e direitos fundamentais – *pode conhecer os atos jurídico-públicos da função política*.

Indubitavelmente que no imaginário de muitos juristas está a ideia de que a jurisdição administrativa não pode julgar atos jurídico-públicos da função política, com a consequência de ser materialmente incompetente para conhecer casos que sejam atinentes à sua invalidade por inconstitucionalidade.

Se assim fosse, o resultado não seria catastrófico porque sempre restaria a jurisdição dos tribunais comuns como jurisdição residual para conhecer litígios e objetos processuais que não pudessem ser julgados por qualquer outra jurisdição.

16.2. É essa a posição expressa do Direito Administrativo Processual Português, em cujo Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais se pode ler o seguinte: “Está nomeadamente excluída do âmbito da jurisdição administrativa e fiscal a apreciação de litígios que tenham por objeto a impugnação de: a) Atos praticados no exercício da função política e legislativa”⁷⁴.

Mesmo em Portugal, depois de uma profunda e inteligente reforma do contencioso administrativo em 2002, esta não deixa de ser uma solução controversa, dado que, sendo casos de atos jurídico-públicos da função política que não possam ser sindicados em sede de fiscalização da constitucionalidade, a jurisdição natural para deles tomar conhecimento seria, em primeiro lugar, o Tribunal Constitucional – porque o há autonomizado – e, depois, os tribunais administrativos.

Os tribunais comuns só aparecem aqui como “terceira escolha”, o que diz tudo sobre o “acerto” desta solução...

⁷⁴ Art. 4.º, n.º 3, al. a), do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais de Portugal, aprovado pela Lei n.º 13/2002, de 19 de fevereiro, tendo sido revisto pela última vez pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro.

Cfr. o texto em Jorge Bacelar Gouveia, *Novo Código do Procedimento Administrativo e Legislação Complementar*, 2.ª ed., Quid Juris, Lisboa, 2015, p. 114.

16.3. Simplesmente, os termos em que esta questão se coloca em Timor-Leste – e, por isso, quando a lei do contencioso administrativo for feita não pode ignorar esta realidade – são assaz diversos daqueles que semelhante tópico tem em Portugal.

É que para a CRP a jurisdição administrativa e fiscal afigura-se competente para conhecer os “...litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais”⁷⁵.

Ora, não é assim em Timor-Leste, para cujo texto constitucional a cláusula de competência dos tribunais administrativos é mais ampla, e não alude apenas às relações jurídico-administrativas.

Refere também, de um modo amplo e genérico, que “Compete ao Tribunal Superior Administrativo, Fiscal e de Contas e aos tribunais administrativos e fiscais de primeira instância: (...) b) Julgar os recursos contenciosos interpostos das decisões dos órgãos do Estado e dos seus agentes”⁷⁶.

16.4. Isto permite concluir que a delimitação da jurisdição administrativa em Timor-Leste – e não se referindo agora a parte financeira e fiscal – não se afere apenas em função dos litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais.

Ela igualmente integra, além daquilo que a lei ordinária vier a adicionar, a discussão da validade – por inconstitucionalidade ou ilegalidade, tanto faz – de atos jurídico-públicos, independentemente de pertencerem ou não a uma relação jurídica administrativa.

E a verdade é que há atos jurídico-públicos do Estado que podem não integrar aquele tipo de relação jurídica.

16.5. Ora, vem a ser esse o caso específico que nos ocupa, os atos presidenciais de exoneração e nomeação de chefias militares, inválidos por inconstitucionalidade.

Cumprem-se os requisitos que se estabelecem na cláusula constitucional e que o julgador supletivo, na ausência de lei de contencioso administrativo, só tem de respeitar:

⁷⁵ Art. 212.º, n.º 3, da CRP.

⁷⁶ Art. 129.º, n.º 4, al. b), da CRDTL.

- *é um ato do Estado* – o Presidente da República, ao decidir como órgão unipessoal, formula uma vontade que é imputada ao Estado; e
- *é um ato inválido, por inconstitucionalidade e ilegalidade* – o recurso contencioso significa a pronúncia judicial no sentido de averiguar da prática de violações do Direito aplicável, na lógica da tutela da juridicidade, e não na lógica da tutela do mérito, daí retirando as inevitáveis consequências.

16.6. *Perante esta conclusão, torna-se ocioso saber, com concisão, se os atos presidenciais em apreciação são mesmo atos jurídico-públicos da função política, não suscitando qualquer dúvida de que não são atos legislativos e muito menos jurisdicionais.*

A inutilidade dessa discussão reside na circunstância de para o texto constitucional timorense a jurisdição administrativa ser competente em função da autoria do ato, não em razão da função jurídico-pública a que o mesmo pertence. Logo, se nenhuma distingue, todas são relevantes, desde que não haja norma especial a excluí-lo.

De todo o mesmo, julga-se que estes atos presidenciais são verdadeiramente atos políticos, na modalidade dos atos governativos⁷⁷, ainda que as chefias militares dirijam um departamento da Administração Pública.

17. A intensidade da competência da jurisdição administrativa sobre os atos jurídico-públicos essencialmente discricionários

17.1. *O terceiro problema elencado refere-se ao teor discricionário dos atos presidenciais que foram praticados, igualmente lembrando uma velha ideia segundo a qual, havendo discricionariedade, não poderia fazer sentido a intervenção dos tribunais.*

⁷⁷ Para uma introdução ao mundo complexo e nebuloso da função política e dos atos políticos, v. Jorge Bacelar Gouveia, *Direito Constitucional de Timor-Leste*, pp. 431 e ss.

Esse foi um dogma que muito tempo dominou o panorama da Ciência do Direito Administrativo, por duas razões fundamentais:

- por um lado, *porque o contencioso administrativo deveria ser sempre de mera legalidade*, e não imiscuir-se em questões de mérito, o que sucederia se pudesse conhecer do âmago da discricionariedade; e
- por outro lado, *porque o contencioso administrativo deveria sempre respeitar o princípio da separação dos poderes*, o que não aconteceria se julgasse as decisões de discricionariedade, as decisões que se situariam na essência de uma outra função jurídico-pública, precisamente a função administrativa do foro da Administração Pública, diversa da função jurisdicional que competiria aos tribunais.

17.2. Reconhecendo, embora, o acerto científico do que resta hoje destas conceções, não se deixa de assinalar um salto de gigante que o desenvolvimento do Estado de Direito trouxe nesta matéria.

A que nos parece fundamental reconhecer é que, não havendo decisões administrativas puramente discricionárias, mesmo naquilo que tenham de discricionário, tal não significa a sua total “impermeabilidade” aos princípios e aos valores fundamentais da Ordem Jurídica e da Constituição⁷⁸.

É assim que mesmo as decisões discricionárias podem ser julgadas jurisdicionalmente quando aqueles princípios são violados, tendo-se tornado obsoletas as conceções que defendiam a presença de espaços de intervenção administrativa totalmente imunes aos valores e aos princípios imperativos que o Direito possui.

17.3. Curiosamente, esta é uma dificuldade que no caso em análise dos atos presidenciais inválidos por inconstitucionalidade nem sequer se coloca.

⁷⁸ Discutimos este tema também aquando da análise do ato de dissolução da Assembleia da República, em que se manifesta uma larga margem de discricionariedade política. Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *A Dissolução...*, pp. 156 e ss.

E porquê: *porque o que está em apreciação não é a margem de decisão discricionária, mas antes a margem de decisão vinculada, sobre a qual não há qualquer hesitação quanto à competência de os tribunais administrativos intervirem.*

Essa margem de decisão vinculada não respeitada foi a preterição da formalidade obrigatória de o Presidente da República ter decidido sem proposta do Governo.

18. A instância hierárquica competente na pluralidade de tribunais administrativos

18.1. *O quarto problema referido consiste no aquilatar da instância judicial competente para julgar a impugnação dos atos presidenciais praticados, já se sabendo que a jurisdição administrativa é competente para o efeito.*

A dúvida agora reside no facto de esta jurisdição, nos termos constitucionais, se apresentar com, pelo menos, dois níveis:

- o “Tribunal Superior Administrativo, Fiscal e de Contas”; e
- os “tribunais administrativos e fiscais de primeira instância”⁷⁹.

E ao contrário do que sucede com os tribunais que pertençam à jurisdição administrativa (e também fiscal), a “jurisdição de contas” é sempre considerada uma instância única, pelo que se a nossa dúvida fosse do foro financeiro esta discussão não teria razão de ser.

18.2. Ainda sabemos que, globalmente, na ausência da instalação desta jurisdição administrativa, exerce transitoriamente tal poder jurisdicional o Tribunal de Recurso, tal como a CRDTL o dispõe nas suas normas transitórias⁸⁰: “Depois da entrada em funções do Supremo Tribunal de Justiça e enquanto não forem criados os tribunais referidos

⁷⁹ Art. 129.º, n.º 4, proémio, da CRDTL.

⁸⁰ Cfr. AAVV, *Constituição Anotada...*, pp. 407 e ss., e pp. 515 e 516.

no art. 129.º, as respetivas competências são exercidas pelo Supremo Tribunal e demais tribunais judiciais”⁸¹.

Apenas foi criada uma “Câmara de Contas” – que não tem competências na área da jurisdição administrativa, mas somente financeira – e é o Tribunal de Recurso ainda a instância judicial comum superior porque até ao momento não foi instalado o Supremo Tribunal de Justiça, nos termos da CRDTL: “Até à instalação e início de funções do Supremo Tribunal de Justiça todos os poderes atribuídos pela Constituição a este tribunal são exercidos pela Instância Máxima da organização judicial existente em Timor-Leste”⁸².

18.3. É então preciso saber, na ausência da lei do contencioso administrativo que pudesse elucidar, qual das duas instâncias que existem em Timor-Leste – o Supremo Tribunal de Justiça (este ainda provisoriamente como Tribunal de Recurso) e os tribunais distritais – é a competente para intervir, no contexto de esta parcela da função jurisdicional ser exercida pelos tribunais comuns, por não instalação dos tribunais administrativos.

Noutra perspetiva, como a lei processual que se aplica – a lei processual civil, em termos gerais – não contempla a realidade idiossincrática do contencioso administrativo, não é aí de esperar uma qualquer resposta direta sobre este assunto.

18.4. Entende-se que se pode extrair uma orientação implícita do texto constitucional, ainda que as alusões textuais não se refiram à repartição da competência jurisdicional em função da hierarquia dos tribunais administrativos havendo estes dois níveis.

Se o texto constitucional admite, pelo menos, esses dois níveis, não é de supor que queira atribuir toda a competência ao primeiro nível, reservando para o segundo – o Tribunal Superior Administrativo, Fiscal e de Contas – a competência apenas exercida em recurso de uma primeira decisão judicial do tribunal administrativo de primeira instância.

⁸¹ Art. 164.º, n.º 1, da CRDTL.

⁸² Art. 164.º, n.º 2, da CRDTL.

Isso por uma razão analógica com a dignidade dos órgãos do Estado, pelo menos daqueles que são de soberania, que beneficiam de uma intervenção apenas dos tribunais superiores noutras matérias, como sucede com a ativação da responsabilidade criminal.

Um raciocínio paralelo se pode aplicar quando se trata de impugnar os atos que sejam praticados por esses órgãos de soberania – e no caso do presente Parecer versa-se atos do principal órgão de soberania, o Presidente da República.

De resto, *a pouca e esparsa legislação ordinária que alude à intervenção da jurisdição administrativa – apesar de ainda não haver a legislação sobre o contencioso administrativo – já faz essa distinção, atribuindo ao tribunal superior – por enquanto, o Tribunal de Recurso no lugar do Supremo Tribunal de Justiça, não existindo Tribunal Superior Administrativo – certas competências em relação a atos de órgãos do Estado, não a cometendo aos tribunais distritais de primeira instância: veja-se o exemplo da impugnação das decisões do Conselho Superior da Magistratura Judicial, a qual, segundo o Estatuto dos Magistrados Judiciais (aprovado pela Lei n.º 8/2002, de 9 de setembro), deve ser feita junto do tribunal superior, e não no tribunal de primeira instância⁸³.*

19. A inclusão na competência da jurisdição administrativa dos atos jurídico-públicos não publicados

19.1. *O quinto e último problema é atinente ao facto de os decretos presidenciais em causa não terem sido publicados no jornal oficial de Timor-Leste.*

Não interessa agora perscrutar as razões para que isso não tenha sucedido – e percebe-se que até podem ter sido louváveis razões de prudência político-militar – e, ao invés, avaliar qual a repercussão dessa omissão na sua sindicabilidade jurídico-administrativa.

⁸³ Cfr. AAVV, *Constituição Anotada...*, p. 408.

Cuida-se, sim, de saber se a ausência dessa publicação – que, nos termos constitucionais e legais, determina a “ineficácia jurídica”⁸⁴, por motivos extrínsecos, dos atos jurídicos sujeitos a tal formalidade – tem alguma consequência na inviabilização da intervenção da jurisdição administrativa.

19.2. Demais a mais, esta é uma questão que foi diretamente versada no Acórdão do Tribunal de Recurso, de 2 de março de 2016, tendo então este alto tribunal concluído que a falta de publicidade dos atos presidenciais em causa teria comprometido a possibilidade da intervenção da jurisdição administrativa.

Escreve, em certo trecho, o Tribunal de Recurso nessa decisão: “Para além disso, só os actos administrativos definitivos e executórios podem ser impugnados judicialmente, sendo certo que, nos termos do art. 48.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 32/2008, a falta de publicidade dos actos, quando legalmente exigida, implica a sua ineficácia. Ora, o acto em questão está sujeito a publicação no jornal oficial (art. 5.º, n.º 2, al. g), da Lei n.º 1/2002, de 7 de agosto), o que ainda não ocorreu, pelo que, para já ou seja neste momento, ainda não produz qualquer efeito jurídico, e também por isso o recurso não seria admissível”⁸⁵.

Portanto, para o Tribunal de Recurso, a resposta à pergunta formulada é positiva: sim, a falta de publicação dos atos presidenciais em apreciação determina a impossibilidade do seu julgamento por eventuais motivos de inconstitucionalidade e de ilegalidade porque ainda não seriam atos executórios⁸⁶.

⁸⁴ Nos termos do art. 73.º, n.º 2, da CRDTL, “A falta de publicidade dos atos previstos no número anterior ou de qualquer ato de conteúdo genérico dos órgãos de soberania e do poder local implica a sua ineficácia jurídica”.

Cfr., em termos doutrinários, AAVV, *Constituição Anotada...*, pp. 257 e 258; Jorge Bacelar Gouveia, *Direito Constitucional de Timor-Leste*, pp. 467 e 468.

⁸⁵ Acórdão do Tribunal de Recurso no processo n.º 1, recurso Contencioso/Cível/2016/TR, p. 7.

⁸⁶ Ainda que aquele alto tribunal, no trecho que transcrevemos, tivesse usado o binómio “definitividade/executoriedade”, conceitos que não são propriamente sinónimos, aqui só naturalmente interessando o segundo.

19.3. Com o devido respeito pelos venerandos juízes conselheiros, *essa não pode ser a resposta no específico campo em que nos movemos, que é o da juridicidade constitucional de atos do poder público.*

Desde logo, cumpre realçar que, dogmaticamente, esta ineficácia tem uma raiz meramente externa ao vício do ato, vício procedimental esse que não desaparece no caso de haver a publicação do mesmo.

A inconstitucionalidade de que estamos falando é intrínseca, afetando no seu cerne a estrutura e os requisitos de validade dos atos jurídicos em causa.

Daí que não possa uma instância judicial escudar-se no simples incumprimento de uma formalidade externa para se eximir de conhecer vícios internos desta gravidade e que comprometam o respeito pelo Direito, *maxime* o respeito pela Constituição.

19.4. Noutra perspetiva, a resposta simples que foi dada segundo a qual a não publicação, produzindo a ineficácia dos atos jurídicos, impediria a sua apreciação jurisdicional desconhece por completo toda a elaboração constitucional, jurisprudência e doutrinal acerca da possibilidade de se conhecer a inconstitucionalidade de atos ou normas não publicados no jornal oficial ou, em geral, a problemática de serem sindicáveis em sede de fiscalização da juridicidade, atos jurídicos que não sejam eficazes por motivos meramente extrínsecos.

Vale a pena lembrar toda essa construção para que se possa chegar a uma solução contrária mas convincente àquela a que chegou o Tribunal de Recurso e afirmar, com toda a plausibilidade, que não é por um ato não ter sido publicado que deixará de poder ser apreciado na deteção dos respetivos vícios internos de inconstitucionalidade, num natural desvio que se assinala em relação à Teoria do Contencioso Administrativo neste específico problema.

Do ponto de vista jurídico-positivo, *se a CRDTL aceita a sindicabilidade de atos que ainda não estão perfeitos, por maioria de razão se deve aceitar o controlo de atos já perfeitos, mas que ainda não sejam eficazes: é o que sucede com a fiscalização preventiva da constitucionalidade.*

É também isso o que sucede no âmbito da fiscalização abstrata, pois que é necessário supor a possibilidade de submeter a um juízo

de fiscalização atos que ainda não tenham produzido efeitos – porque ainda não publicados ou submetidos a uma cláusula suspensiva, condição ou termo – ou que já tenham produzido os seus efeitos – porque foram entretanto revogados ou cuja vigência terminou por caducidade, mas tendo produzido nefastos efeitos porque inconstitucionais.

19.5. Na medida em que produzirão ou produziram efeitos jurídicos de um modo inconstitucional, tem plena justificação que tais atos – a despeito de não terem sido publicados e de, por isso, não serem eficazes *qua tale* – sejam objeto de uma sindicância em apreciação judicial de constitucionalidade.

De outro modo, não apenas se aceitaria manter na Ordem Jurídica efeitos que tivessem sido inconstitucionalmente produzidos – os efeitos jurídicos já emitidos por atos entretantos extintos – como também não se agiria com as cautelas devidas para se antecipar um julgamento de inconstitucionalidade, evitando a tempo a entrada em vigor na Ordem Jurídica de certos atos inconstitucionais que, pela sua gravidade, justificam essa tutela antecipada.

Isso o requer o princípio do Estado de Direito, no prisma da juridicidade constitucional, cobrindo na plenitude a procura, lá nos mais recônditos lugares onde se possam esconder, dos efeitos jurídicos inconstitucionalmente produzidos, por mais distantes ou específicos que sejam os respetivos atos.

IV

CONCLUSÕES

20. Enunciado das Conclusões

Do exposto, conclui-se o seguinte:

- a) A exoneração e a nomeação das chefias do EMGFA, no Direito Constitucional e Legal de Timor-Leste, considerando a CRDTL, a LDN, o EOF e o EMF, têm uma natureza procedimental, pelo que aquela decisão final, ainda que da competência do Presidente da República, fica dependente de uma proposta do Governo, que tem o valor de uma competência exclusiva de impulso procedimental;
- b) Este poder de iniciativa procedimental afigura-se como uma exigência juridicamente obrigatória para a regularidade do procedimento de exoneração e nomeação das chefias do EMGFA, apenas dispondo o Presidente da República de um poder discricionário final de aceitar ou rejeitar o nome proposto pelo Governo, não possuindo também aquela exigência um qualquer sentido de praxe ou cortesia política;
- c) Esse é um resultado que se extrai de uma leitura sistemática da CRDTL na medida em que é ao Governo que compete a condu-

- ção geral da política do país, apenas gozando o Chefe de Estado de pontuais competências na área da Defesa Nacional, mas que não têm a virtualidade de absorver todo o procedimento de exoneração e nomeação das chefias do EMFA, nem esse seria o resultado do reconhecimento de ser o Presidente da República o Comandante Supremo das Forças Armadas, cláusula geral bem mais limitada se comparada com a cláusula geral em favor do Governo, segundo a qual a este competem todos os domínios da governação, incluindo a matéria da Defesa Nacional;
- d) Pertencendo ao foro jurídico, a preterição desta formalidade da emissão de uma prévia proposta governamental é um vício de procedimento que implica a inconstitucionalidade do ato jurídico-público presidencial, desconformidade que desembocará, em face da ausência de qualquer exceção, na invalidade desse ato final, na modalidade de invalidade organizatória;
 - e) No plano processual, o Direito de Timor-Leste reconhece o princípio do Estado de Direito, na ótica do princípio da constitucionalidade, pelo que os tribunais em geral e o Supremo Tribunal de Justiça em particular têm uma competência expressa na fiscalização judicial da constitucionalidade dos atos jurídico-públicos inconstitucionais, assim recebendo a crucial incumbência de defesa da Constituição;
 - f) Ainda que o conhecimento pelos tribunais da invalidade por inconstitucionalidade daqueles atos presidenciais suscite dúvidas, a conclusão não poderá deixar de ser a possibilidade da sua decretação judicial;
 - g) Mas isso não será feito no âmbito da fiscalização concreta da constitucionalidade porquanto esta pressupõe um triângulo no qual entram a Constituição, a norma a desaplicar e o ato objeto processual, não sendo isso o que se verifica na averiguação da invalidade por inconstitucionalidade dos decretos presidenciais em causa;
 - h) Daí que a solução para a sindicabilidade judicial da invalidade por inconstitucionalidade de tais atos presidenciais deva fazer-se através da jurisdição administrativa, a qual se apresenta adequada ao conhecimento da juridicidade de atos do poder

- público, especialmente dos órgãos do Estado, mesmo enfrentando as diversas dificuldades que se levantam nesse âmbito;
- i) O problema da ausência de lei reguladora do contencioso administrativo resolve-se pela aplicação subsidiária da lei processual civil, sendo claro que o acesso à Justiça e o direito à tutela jurisdicional efetiva não pode ser boicotado pela inércia do legislador ordinário;
 - j) O problema da natureza política dos atos presidenciais pode ser contornado por a norma constitucional não limitar a intervenção dos tribunais administrativos unicamente aos litígios emergentes das relações jurídicas administrativas, mas aceitar que também possam conhecer os recursos contenciosos dos atos praticados pelos órgãos do Estado, e o Presidente da República é decerto um deles;
 - k) O problema concernente ao carácter discricionário dos atos presidenciais em questão é um falso problema porque se trata de solicitar a intervenção da jurisdição administrativa na parte vinculada – e não discricionária – daqueles atos, a qual consiste na preterição de uma formalidade juridicamente obrigatória, o impulso prévio através da proposta do Governo, que nunca existiu;
 - l) O problema que se reporta à escolha da instância judicial competente perante a pluralidade de tribunais administrativos previstos na CRDTL logicamente se resolve, em face da prática de um ato do Chefe de Estado, com a intervenção da mais alta instância judicial administrativa, o Tribunal Superior Administrativo, Fiscal e de Contas, com competências temporariamente atribuídas ao Supremo Tribunal de Justiça, que são exercidas pelo Tribunal de Recurso;
 - m) O problema relativo à falta de publicação no jornal oficial dos atos presidenciais em crise não tem qualquer tradução na impossibilidade da intervenção da jurisdição administrativa porque esta não está impedida de conhecer a invalidade jurídica por vícios intrínsecos de inconstitucionalidade, o que não se confunde com a ineficácia, que é determinada pela ausência de uma conduta extrínseca do ato, fazendo-se aqui um para-

lelo com a fiscalização da constitucionalidade, que admite não apenas a fiscalização de atos revogados e não vigentes como ainda de atos em formação.

Este é, salvo melhor, o parecer de

PROF. DOUTOR JORGE BACELAR GOUVEIA

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
e da Universidade Autónoma de Lisboa
Advogado, Árbitro e Jurisconsulto

Lisboa, 6 de maio de 2016.

III - ATIVIDADE DO INSTITUTO DO DIREITO DE LÍNGUA PORTUGUESA

Carreira Universitária: da Precariedade à Estabilidade¹

FLÁVIO G. I. INOCÊNCIO²

Resumo: Este artigo constitui uma pequena reflexão sobre o estado do Ensino Superior em Angola e procura analisar alguns dos problemas no sector, entre os quais a precariedade e a estabilidade dos académicos e apresenta algumas propostas entre as quais a necessidade de uma Fundação para a Ciência em Angola, a necessidade de extinção e/ou fusão de instituições do Ensino Superior com menor qualidade e a necessidade de promover a qualidade e a meritocracia entre outras.

Palavras-Chave: *Ensino Superior, Precariedade, Estabilidade, Carreira, Educação, Universidade, Intelectual, Académico.*

Abstract: This article is a small reflection about the state of Higher Education in Angola and analyses some of the problems in the sector such as the precariousness and stability of academics and offers some proposals such as the necessity of the creation of a Foundation for Science in Angola, the necessity of extinction and/or merger of Higher Education institutions with less quality and the need to promote quality and meritocracy among others.

Keywords: *Higher Education, Precariousness, Stability, Career, Education, University, Intellectual, Academic.*

¹ Entregue: 11.9.2016; aprovado: 12.12.2017.

² Professor na Universidade de Coventry e Agostinho Neto. O presente texto constitui a apresentação do autor no Colóquio Internacional “*Ensinar, Investigar & Praticar o Direito*” no dia 15 de Agosto de 2014 na Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto. O Colóquio foi organizado pela Universidade Agostinho Neto (UAN), o Instituto do Direito de Língua Portuguesa (IDiLP) e o Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (CEDIS) da Universidade Nova de Lisboa. O texto foi escrito de acordo com as regras ortográficas em vigor na República de Angola.

A Precariedade

Antes de mais importa clarificar alguns conceitos e definir a *precariedade* como a fragilização da relação jurídico-laboral e a retirada de um nível mínimo de protecção conferida ao trabalhador.

Em geral, nas relações jurídico-laborais a precariedade é um fenómeno cada vez mais frequente nas sociedades hodiernas e a carreira universitária não é excepção, principalmente num País onde cerca de um terço da população activa está desempregada. Por essa razão, não é alheio o discurso que propaga a necessidade de *fragilização (flexibilização)* das relações de trabalho e liga a flexibilização à uma maior eficiência e um aumento da produtividade.

Num País em desenvolvimento como Angola, com um PIB per capita de cerca de 5000 USD/Ano e um índice de Desenvolvimento Humano (IDH) ainda muito baixo, *será que é expectável exigir-se estabilidade na carreira universitária, quando muitos dos nossos cidadãos?* A nosso ver, a estabilidade na carreira universitária tem uma grande razão de ser e está relacionada com a necessidade de se criar *um espaço livre de discussão* para que o intelectual público possa desenvolver o *saber científico* sem qualquer constrangimento ou condicionamento, *visando o progresso social e o melhoramento das sociedades* em que se insere. Por contraste, a precariedade condena o intelectual público à uma situação em que não pode desenvolver livremente as suas capacidades para o bem social.

Sem medo de errar podemos afirmar de forma clara e inequívoca que a carreira universitária em Angola é ainda uma miragem e não é por acaso que a carreira universitária é vista por muitos como apenas o “*dar aulas*” e uma carreira apenas reservada para “*falhados*” que não conseguem empregos reais.

Frequentemente, o docente em Angola é visto como um miserável pela sociedade em geral e muitas vezes incompreendido pela sua família e os seus amigos que não entendem a sua *opção de vida*.

Para muitos em Angola, este *modus vivendi* não é aceitável e não é um verdadeiro trabalho e este aspecto está relacionado com problemas profundos na nossa sociedade que venera os heróis da música e da dança, tendo apenas uma *visão unidimensional da*

cultura, excluindo o mundo científico desta noção de cultura mais alargada.

O Poder Político em geral motivado em parte por razões menos claras também é parcialmente responsável pelo *status quo* das Universidades em Angola porque contribuiu para a precarização da carreira universitária ao expandir o ensino superior, sem esperar o tempo devido para a criação de condições para essa mesma expansão.

A precariedade na carreira universitária não é apenas um problema com relevância na relação contratual entre empregador e empregado, mas acima de tudo gera um *sentimento de alienação* e retira quaisquer incentivos aos docentes universitários como *intelectuais públicos* para contribuírem com os seus saberes e conhecimentos para a Universidade e o mundo científico.

Aqui é preciso distinguir as Universidades Públicas das Universidades Privadas, sabendo nós que muitas Universidades Privadas somente foram criadas para gerar receitas para os seus accionistas, cobrando *propinas exorbitantes aos seus alunos (entenda-se clientes)* e pagando *salários miseráveis* aos seus docentes e é caso para dizer, num verdadeiro “*negócio da China*”.

Já abordamos alguns aspectos da precariedade, mas *como é que se opera a precariedade na carreira em Universitária em Angola?*

Sem apresentar uma lista exaustiva, podemos identificar algumas características:

- a) A *exclusão de muitos académicos promissores* da vida universitária por causa da *dificuldade de acesso aos melhores lugares* na Universidade pelos *melhores* por alguns problemas associados aos concursos públicos, em especial pela *ausência* destes.
- b) Uma *diferenciação clara entre várias categorias de docentes* cujo critério máximo de diferenciação é o da *antiguidade* e não o *mérito que é aferido* pela publicações científicas.
- c) A exigência imposta pelas Instituições de Ensino Superior aos docentes *que ministrem o máximo de aulas possíveis*, sendo que porque a remuneração está ligada ao número de aulas lecionadas e não à produção científica.

- d) A *ausência de vínculos jurídico-laborais duradouros* e a continuada existência de situações de precariedade laboral principalmente através de contratos a termo certo (ainda que sejam *contratos administrativos de provimento*) ou a *existência de meros contratos orais de prestação de serviços* entre os docentes e a Universidade (principalmente nas Universidades Privadas).
- e) A *dificuldade na evolução profissional* dos docentes universitários.
- f) A permanência de *salários miseráveis* nas Universidades Públicas e Universidades Privadas ligados exclusivamente às aulas ministradas.
- g) A existência de “*turbo-professores*” sem as qualificações mínimas para dar aulas ou fazer investigação científica por serem mais “*baratos*” para as Instituições, principalmente as Privadas.
- h) A *falta de condições para o exercício da vida académica*, em especial a total ausência de Bibliotecas dignas desse nome, acesso a *recursos de investigação electrónicos* (por exemplo em Direito a falta de acesso à base de dados como a *LexisNexis* e a *Westlaw* e outras bases de dados nacionais e estrangeiras), acesso às melhores revistas académicas internacionais (em formato físico e formato digital através da *Athens* por exemplo).
- i) A *ausência de quaisquer apoios institucionais* que permitam aos docentes participarem em encontros científicos nacionais e internacionais.
- j) A *ausência de qualquer tipo de filantropia por parte da esmagadora maioria classe empresarial Angolana* no que concerne ao mundo científico, nem que seja para deixar um legado e revela o tipo de classe empresarial que temos e é caso para perguntar: *onde estão os nossos Rockefellers, Vanderbilts ou Carnegies?* Talvez o problema esteja nas preferências culturais dos nossos empresários que preferem *oferecer pão e circo às massas*.

Para muitas Universidades, a falta de dinheiro não é justificação para a ausência de Bibliotecas decentes, em especial quando a *aquisição de veículos automóveis*, por exemplo ultrapassa em largas vezes o orçamento alocado para livros, laboratórios e material científico.

Em muitos casos, a inércia institucional e letargia dos membros dos Conselhos Científicos das próprias instituições do Ensino Superior não permite inovações institucionais no Ensino Superior, uma vez que estes Conselhos nem sequer consideram as fantásticas oportunidades criadas pelas novas tecnologias, exemplo disso é a possibilidade de se criarem *Revistas Académicas* online a preços muitíssimo baixos, outro exemplo é a criação de *Fóruns e Centros de Investigação transnacionais com recurso às novas tecnologias e recurso a fontes de financiamento externas quando não haja recursos disponíveis em Angola*.

Pelo que referimos anteriormente, temos de concluir pela impossibilidade actual de um ambiente institucional que permita a investigação científica e a exclusiva dedicação à carreira universitária. *Por conseguinte, a precariedade veio para ficar e afecta a todos, os bons e os maus, os trabalhadores e menos trabalhadores e o mérito ainda não se faz sentir.*

A Estabilidade

Abordar o tema da *precariedade* da carreira universitária implica abordar necessariamente o tema da *estabilidade* da carreira universitária. Por isso podemos colocar as seguintes perguntas: *Qual é natureza da carreira universitária? E qual é a finalidade da mesma?*

A estabilidade na carreira universitária visa acima de tudo criar um ambiente institucional para a produção de saber e do conhecimento científico por parte dos intelectuais, que é medido acima de tudo pela produção científica em termos de obras sujeitas à *arbitragem científica* (*Peer-Review*) e não pelo número de horas leccionadas, como muitos pensam em Angola.

A necessidade de uma reforma institucional na Universidade Angolana em geral é uma urgência e é inadiável, sob pena de estarmos a condenar uma geração inteira de quadros do Ensino Superior em Angola à *indigência* e acima de tudo estaremos a *frustrar expectativas* porque a realidade é que ainda não se produz conhecimento científica de forma sistematizada em Angola.

Algumas propostas singelas:

- 1) Inserção dos docentes universitários em várias categorias profissionais em função das *necessidades de ensino* nas várias Instituições de Ensino Superior avaliados pelo *seu grau académico* e pelas *obras publicadas sujeitas à arbitragem científica (Peer-Review)*.
- 2) Ao contrário do que muitos afirmam, o *Mundo Académico Angolano não pode ser divorciado do Mundo Académico Internacional* e por isso as Universidades Angolanas devem promover activamente as *parcerias internacionais* com as melhores Universidades do mundo e isso implica uma *mudança qualitativa* nos Professores que têm de conhecer várias Línguas, em especial o *Inglês que é a Língua Franca da Ciência Internacional*.
- 3) *Extinguir, refundar ou criar ex nihilo* algumas instituições de Ensino Superior em *parceria com as melhores Universidades do Mundo*, como fizeram os Estados do Golfo Pérsico, e que se exija um conjunto amplo de condições como a existência de Bibliotecas dignas de nome e acesso a recursos electrónicos, laboratórios entre outros meios científicos.
- 4) A criação de uma *Fundação para a Ciência* em Angola com recursos provenientes do Orçamento Geral do Estado e da *Contribuição para Formação dos Quadros Angolanos que nos termos do artigo 57.º da Lei de Tributação das Actividades Petrolíferas* é um verdadeiro imposto às Associadas da Sonangol e através dessa Fundação estabelecerem-se *Centros de Investigação e Investigadores* por Excelência, no nosso País em parceria com instituições internacionais.
- 5) Acima de tudo é necessário abandonar o populismo e *permitir o acesso por concurso público transparente e aberto aos melhores académicos à Universidade*, sejam formados em Angola ou no estrangeiro e o *critério deve ser o mérito* que é aferido pela obra científica dos académicos entre outros critérios relevantes.
- 6) Criar um *Ranking interno* em Angola com critérios internacionalmente aceites para avaliação e acreditação do Ensino

Superior, das Universidades e dos Cursos seguindo os *rankings* mais utilizados: *Institute of Higher Education (Shangai Shio Tong University)*, *Times Higher Education* and *US News and World Report*, *QS World University Rankings*.

Acima de tudo, é preciso ver a Universidade como um espaço de discussão e debate científico que visa o progresso social. A Universidade deve ser um centro de conhecimento que produz *saber científico* e contribui para o *progresso e melhoramento da sociedade* e essa é a finalidade da vida académica e a carreira universitária deve reflectir essas finalidades e terminamos com as palavras do célebre **Jeremy Bentham**: “*Uma Universidade existe com o propósito de abrir para cada geração sucessora, desde que as condições de cada caso o admita, o tesouro acumulado dos pensamentos da humanidade*”³.

³ Jeremy Bentham, *Inaugural Address at University of St. Andrews*, London: Longmans, 1867, p. 77

REVISTA DO DIREITO DE LÍNGUA PORTUGUESA

NORMAS TÉCNICAS

1. Apresentação dos originais inéditos

Envio para o correio eletrónico ines.braga@fd.unl.pt, em duas versões, uma com a identificação do autor e a outra não, ao cuidado da Secretária da ReDiLP – Revista do Direito de Língua Portuguesa, Dr^a Inês Braga. Programa elegível: *Winword*. Os textos em português devem ser entregues segundo as normas do Acordo Ortográfico de 1990.

Os textos devem ser inéditos e apresentar, no início, um título, um resumo e cinco palavras-chave, em português e em inglês. Os autores devem indicar a sua afiliação institucional, bem como o seu correio eletrónico.

A Direção aceita propostas de textos enviados pelos autores e compromete-se a uma resposta, quanto à sua aceitação, no prazo de 120 dias, não se responsabilizando pela devolução dos originais não solicitados.

A seleção dos textos entregues é feita mediante um sistema de *double blind peer review*, através da consulta de especialistas nas respetivas áreas temáticas, a designar pela Direção, e sem prévia identificação do autor. A publicação só será feita havendo parecer favorável nesse sentido, podendo o autor ser convidado a reformular o seu texto, segundo as orientações do correspondente parecer que o convida ao respetivo aperfeiçoamento.

2. Limites dos textos

Artigos: 100 000 caracteres (= 55 pp. de 30 lin. de 60 caracteres)

Recensões: 7 500 caracteres (= 4 pp. de 30 lin. de 60 caracteres)

Comentários: 15 000 caracteres (= 8 pp. de 30 lin. de 60 caracteres)

3. Citações bibliográficas

É obrigatória a observância das seguintes normas editoriais, no caso de citações:

Primeiras citações – exemplos:

- Jorge Bacelar Gouveia, *Manual de Direito Internacional Público*, I, 3.^a ed., Coimbra, Almedina, 2008, pp. 29 e ss.
- António José Telo, *História Contemporânea de Portugal – do 25 de Abril à atualidade*, I, Lisboa, Editorial Presença, 2007, pp. 11 e ss.
- Valério de Oliveira Mazzuoli, *Curso de Direito Internacional Público*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006, pp. 25 e ss.

Citações seguintes – exemplos:

- Jorge Bacelar Gouveia, *Manual...*, cit., pp. 155 e ss.

4. Tabela de preços de publicidade

A ReDiLP – *Revista do Direito de Língua Portuguesa* aceita publicidade adequada ao tipo de publicação.

Tabela de preços: página – 1 000 €.

Os pedidos devem ser dirigidos à Secretária da ReDiLP.

5. Normas de edição

É obrigatória a observância das normas editoriais da Revista, a que obedece o presente número e explicitam-se algumas dessas normas:

- fazem-se parágrafos nas notas;
- apenas se usa **negrito** nos títulos;
- o destaque é feito pelo itálico (e não pelo **negrito** ou sublinhado).
- toda a frase deve terminar por pontuação (ponto, reticências, exclamação, interrogação).

Exemplos de grafias aceites e de grafias rejeitadas, desde que, na língua portuguesa, seguindo já o Acordo Ortográfico de 1990, em vigor:

ACEITE	NÃO ACEITE
“ ”	« »
”.	.”
não?	não ?
Diz ¹ .	diz ² .
” ³	4”
Diz ⁵ .	diz. ⁶
“Esta decisão”, diz Gouveia	“ <i>Esta decisão</i> ”, diz Gouveia
“poder”	“ poder ”

6. Revisão das provas

A revisão de provas será feita pela Redação, não podendo estes alterar os originais entregues. Só excecionalmente será feita pela Direção.

7. Direção da ReDiLP – *Revista do Direito de Língua Portuguesa*

IDiLP – Instituto do Direito de Língua Portuguesa:
Campus de Campolide, 1099-032 Lisboa, Portugal
Correio eletrónico do Presidente: presidente@idilp.net
Correio eletrónico da Secretária: ines.braga@fd.unl.pt
Sítio eletrónico: www.idilp.net

ReDILP – REVISTA DO DIREITO DE LÍNGUA PORTUGUESA

Conselho Científico

Por ordem alfabética do primeiro nome

Angola: Prof. Doutor Carlos Feijó (Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto); Prof. Mestre Carlos Teixeira (Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto); Prof.^a Doutora Elisa Rangel (Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto); Prof. Doutor José Otávio Serra Van-Dunem (Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto); Prof. Doutor Raúl Araújo (Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto)

Brasil: Prof. Doutor Carlos Henrique Soares (Professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais); Prof. Doutora Cláudia Gonçalves (Professora da Universidade Federal do Maranhão); Prof. Doutor Evaldo Xavier (Doutor em *Utroque Iure* e Pós-Doutor pelo European University Institute de Florença); Prof. Doutor Fernando Horta Tavares (Professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais); Prof. Doutor Fernando Menezes de Almeida (Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo); Prof. Doutor Gustavo Nassif (Professor do Centro Universitário Newton Paiva e da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais); Prof.^a Doutora Lídia Ribas (Universidade Federal de Mato Grosso do Sul); Prof. Doutor Luís Roberto Barroso (Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro); Prof. Doutor Fernando Campos Galuppo (Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais); Prof. Doutor Mário Lúcio Quintão Soares (Professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais); Prof. Doutor Maurício Ferreira Cunha (Professor da Faculdade de Direito de Poços de Caldas); Prof.^a Doutora Zamira Assis (Professora da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais)

Cabo-Verde: Prof. Mestre José Pina Delgado (Professor do Instituto Superior de Ciências Jurídicas e Sociais de Cabo Verde); Prof. Mestre Mário Silva (Professor do Instituto Superior de Ciências Jurídicas e Sociais de Cabo Verde)

Guiné-Bissau: Prof. Doutor Emílio Kafft Kosta (Professor da Universidade Lusófona)

Macau: Prof. Doutor Jorge Godinho (Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Macau); Dr. Paulo Cardinal (Assessor da Assembleia Legislativa da Região Administrativa Especial de Macau); Prof. Doutor Gabriel Tong; Prof.^a Mestre Yi Wa Jiang (Professora Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Macau)

Moçambique: Prof. Doutor Armando Dimande (Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane); Prof. Doutor Benjamim Alfredo (Professor da Escola Superior de Direito do Instituto Superior de Ciências e Tecnologia de Moçambique e da Faculdade de Economia da Universidade Eduardo Mondlane); Prof. Mestre Gildo Espada (Professor Assistente da Escola Superior de Direito do Instituto Superior de Ciências e Tecnologia de Moçambique); Prof. Mestre Henriques José Henriques (Professor Assistente da Escola Superior de Direito do Instituto Superior de Ciências e Tecnologia de Moçambique); Prof. Mestre João Nguenha (Professor Assistente da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane e da Escola Superior de Direito do Instituto Superior de Ciências e Tecnologia de Moçambique)

Portugal: Prof.^a Doutora Ana Prata (Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa); Prof. Doutor António Manuel Hespanha (Professor Catedrático Aposentado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa); Prof. Doutor Carlos Ferreira de Almeida (Professor Catedrático Aposentado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa); Prof.^a Doutora Cláudia Trabuço (Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa); Prof.^a Doutora Constança Urbano de Sousa (Professora Associada da Universidade Autónoma de Lisboa); Prof. Doutor Diogo Freitas do Amaral (Professor Catedrático Aposentado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa); Prof. Doutor Fernando Alves Correia (Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra); Prof.^a Doutora Helena Pereira de Melo (Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa); Prof. Doutor Jorge Duarte Pinheiro (Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa); Prof. Doutor José Lebre de Freitas (Professor Catedrático Aposentado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa); Prof. Doutor Nuno Piçarra (Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa); Prof.^a Doutora Patrícia Jerónimo (Professor Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho)

São Tomé e Príncipe: Dr. Silvestre Leite (juiz-conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça e do Tribunal Constitucional de São Tomé e Príncipe)

Timor-Leste: Dr. Bruno Lencastre (Advogado e Assessor do Vice-Primeiro-Ministro de Timor-Leste); Dr. Cláudio Ximenes (Presidente do Tribunal de Recurso de Timor-Leste); Dr. Rui Vaz (Advogado e Assessor do Parlamento Nacional de Timor-Leste)

I – DOCTRINA

Cláudia Maria da Costa Gonçalves

Democracia e Direito à Participação Popular: a experiência das comunidades eclesiais de base

Flávio Inocêncio

Direito do Comércio Internacional: a Emergência da Nova *Lex Mercatoria*

Gustavo Costa Nassif

O Amadurecimento da democracia participativa a partir da institucionalização do Provedor de Justiça na Organização das Nações Unidas – ONU e sua atuação nos países lusófonos

Jorge Bacelar Gouveia

A nulidade dos tratados internacionais

Leonardo Oliveira Soares

O Novo Código de Processo Civil Brasileiro: Um Código de Princípios

Mário Lúcio Quintão Soares

Tensão entre os discursos da razão instrumental da globalização e da razão política do estado constitucional

Roberto Dias / Isadora Chansky Cohen

Reflexões sobre o Estado Laico e o Controle de Constitucionalidade suscitado por Associações Religiosas

Rosemiro Pereira Leal

A Crise do Dogmatismo e Implicações Jurídico-Políticas

II – PARECERES

Jorge Bacelar Gouveia

A Exoneração e a Nomeação das Chefias Militares de Timor-Leste: Invalidez por Inconstitucionalidade e Competência Jurisdicional

