

Polifoni

Paulist

cademia

de

Direito

n. 12

Primavera/Verão 2023



POLIFONIA

REVISTA INTERNACIONAL DA ACADEMIA PAULISTA DE DIREITO N. 12 NOVA SÉRIE 2023 PRIMAVERA/VERÃO

POLIFONIA - REVISTA INTERNACIONAL DA ACADEMIA PAULISTA DE DIREITO

CAPES/QUALIS A3

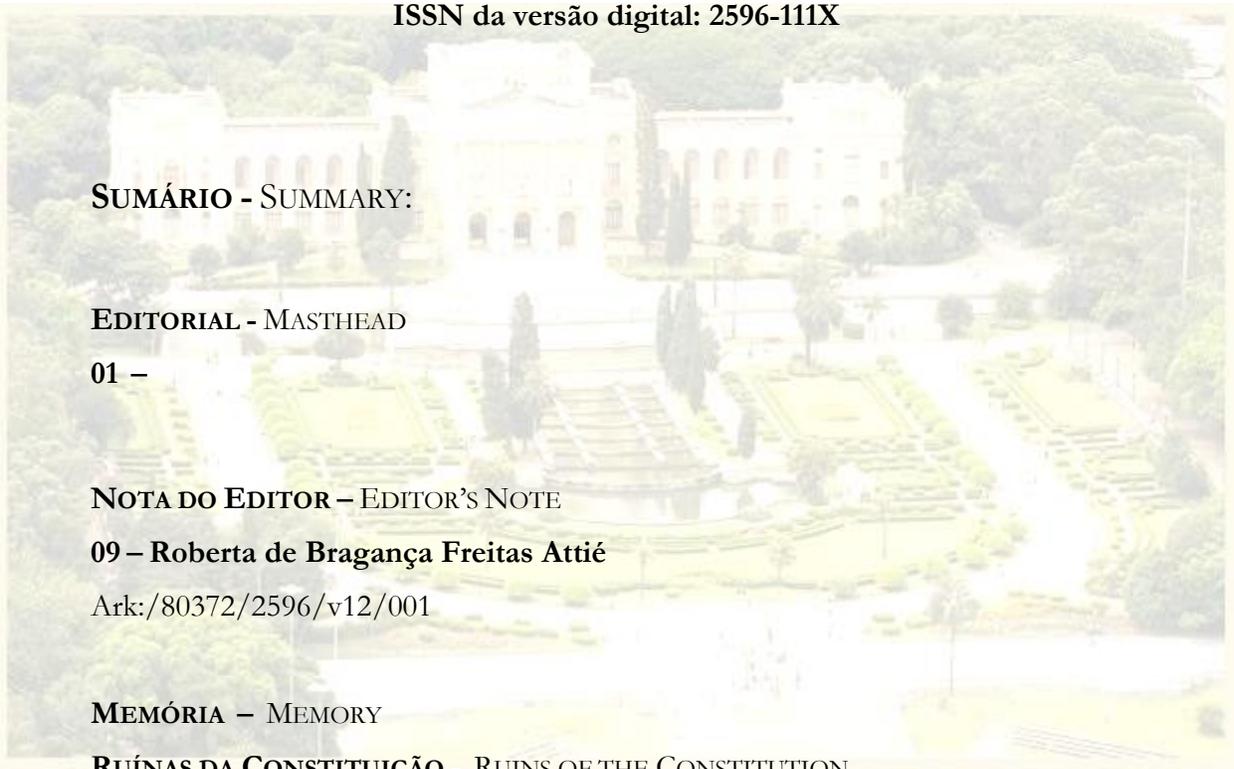
N. 12 Nova Série

2023

Edição Especial

ISSN da versão impressa: 2236.5796

ISSN da versão digital: 2596-111X



SUMÁRIO - SUMMARY:

EDITORIAL - MASTHEAD

01 –

NOTA DO EDITOR – EDITOR’S NOTE

09 – Roberta de Bragança Freitas Attié

Ark:/80372/2596/v12/001

MEMÓRIA – MEMORY

RUÍNAS DA CONSTITUIÇÃO - RUINS OF THE CONSTITUTION

12 – Ruy Barbosa

Ark:/80372/2596/v12/002

APRESENTAÇÃO - PRESENTATION

69 – Jânia Maria Lopes Saldanha

Ark:/80372/2596/v12/003

**DIREITO ELEITORAL.**

CONSTITUIÇÃO GLOBAL, INELEGIBILIDADE E OSTRACISMO: A TRADIÇÃO DO REGIME POLÍTICO DE DEFESA DA DEMOCRACIA – GLOBAL CONSTITUTION, INELIGIBILITY AND OSTRACISM: THE TRADITION OF THE POLITICAL REGIME IN DEFENDING DEMOCRACY

73 – Alfredo Attié

Ark:/80372/2596/v12/004

DIREITO ELEITORAL.

O FUTURO DA DEMOCRACIA NA “ERA DIGITAL”. O PAPEL DA ATIVIDADE JURISDICIONAL, NO PROCESSO ELEITORAL BRASILEIRO DE 2022 – THE FUTURE OF DEMOCRACY IN THE “DIGITAL AGE”. THE ROLE OF JURISDICTIONAL ACTIVITY IN THE BRAZILIAN ELECTORAL PROCESS OF 2022

89 – José Luis Bolzan de Moraes

Ark:/80372/2596/v12/005

DIREITO ELEITORAL

CONSTITUCIONALISMO GLOBAL Y LATINO AMERICANO: DEMOCRACIA Y DERECHO ELECTORAL – GLOBAL AND LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM: DEMOCRACY AND ELECTORAL LAW – CONSTITUCIONALISMO GLOBAL E LATINO-AMERICANO: DEMOCRACIA E DIREITO ELEITORAL

115 – Norma Angélica Sandoval Sanchez

Ark:/80372/2596/v12/006

DIREITO ELEITORAL

LOS NUEVOS Matices DEL POPULISMO EN MEXICO Y SU INGERENCIA EN LA DEMOCRACIA – THE NEW NUANCES OF POPULISM IN MEXICO AND ITS INTERFERENCE IN DEMOCRACY – AS NOVAS NUANCES DO POPULISMO NO MÉXICO E SUA INGERÊNCIA NA DEMOCRACIA

120 – Crescencio Valencia Juárez

Ark:/80372/2596/v12/007

DIREITO ELEITORAL

EL TEST DE PROPORCIONALIDAD EN LA RESTRICCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DESDE LA CONVENCIONALIDAD: EL CASO GARCÍA RODRÍGUEZ VS MÉXICO – THE TEST OF PROPORTIONALITY IN THE RESTRICTION OF HUMAN RIGHTS IN ACCORDANCE WITH THE CONVENTION: THE CASE OF GARCÍA RODRÍGUEZ VS MEXICO – O TESTE DE PROPORCIONALIDADE NA RESTRIÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS SEGUNDO A CONVENÇÃO: O CASO DE GARCÍA RODRÍGUEZ VS MÉXICO

139 – Lizbeth Xóchitl Padilla Sanabria



Ark:/80372/2596/v12/008

DIREITO ELEITORAL

COSTITUZIONE, CULTURA, ETNOSVILUPPO GIURIDICO E DIRITTO AMBIENTALE –
CONSTITUTION, CULTURE, LEGAL ETHNO-DEVELOPMENT AND ENVIRONMENTAL LAW
- CONSTITUIÇÃO, CULTURA, ETNO-DESENVOLVIMENTO JURÍDICO E DIREITO
AMBIENTAL

165 – Livio Perra

Ark:/80372/2596/v12/009

DIREITO ELEITORAL

CONSTITUCIONALISMO GLOBAL, NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-
AMERICANO E “IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE” NA AMÉRICA LATINA: PONTES
OU MUROS? - GLOBAL CONSTITUTIONALISM, NEW LATIN AMERICAN
CONSTITUTIONALISM, AND “IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE” IN LATIN AMERICA:
BRIDGES OR WALLS?

187 – Celso de Oliveira Santos, Maria Carolina de Souza Ribeiro de Sá e Marina
Muniz Pinto de Carvalho Matos

Ark:/80372/2596/v12/010

DIREITO ELEITORAL

DEMOCRACIA, CONSTITUCIONALISMO GLOBAL E LATINO-AMERICANO E
PRINCÍPIOS DO DIREITO ELEITORAL - DEMOCRACY, GLOBAL AND LATIN AMERICAN
CONSTITUTIONALISM AND ELECTORAL LAW PRINCIPLES

202 – Teresa Cristina Della Monica Kodama

Ark:/80372/2596/v12/011

DIREITO ELEITORAL

PANORAMA AO DIREITO DE VOTO DO DETENTO/RECLUSO NUMA PERSPECTIVA
LUSO-BRASILEIRA – DESCRIPTION FROM A LUSO-BRAZILIAN PERSPECTIVE OF THE
VOTING RIGHTS OF PEOPLE WHO ARE INCARCERATED

221 – Patrícia Pinto Alves e Paulo Roberto Meyer Pinheiro

Ark:/80372/2596/v12/012

DIREITO ELEITORAL

O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES EM PORTUGAL: O CASO PARADIGMÁTICO
DO GOVERNO DE PORTUGAL NO EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES LEGISLATIVA E
EXECUTIVA: ENTRE O DIREITO CONSTITUCIONAL E O DIREITO ADMINISTRATIVO -



THE PRINCIPLE OF SEPARATION OF POWERS IN PORTUGAL: THE PORTUGUESE GOVERNMENT'S PARADIGMATIC CASE IN THE EXERCISE OF LEGISLATIVE AND EXECUTIVE FUNCTIONS: BETWEEN CONSTITUTIONAL LAW AND ADMINISTRATIVE LAW

262 – Patrícia Pinto Alves

Ark:/80372/2596/v12/013

DIREITO ELEITORAL

SOCIEDADES NEOLIBERAIS NAS URNAS: UMA NARRATIVA RUMO AO DEVER DA LIBERDADE VIGIADA - NEOLIBERAL SOCIETIES AT THE BALLOT BOX: A NARRATIVE TOWARDS THE DUTY OF GUARDED FREEDOM

291 – Lilian de Souza Zielinski

Ark:/80372/2596/v12/014

DIREITO ELEITORAL/ JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

UMA ANÁLISE DA DISPUTA DE MEMÓRIAS SOBRE A DITADURA MILITAR BRASILEIRA (1964-1985) - AN ANALYSIS OF THE DISPUTE OF MEMORIES OF THE BRAZILIAN MILITARY DICTATORSHIP (1964-1985)

319 – André Ricardo dos Santos Lopes e Giulia Rossi Moraes

Ark:/80372/2596/v12/015

DIREITO ELEITORAL

POPULISMO PUNITIVO: TRAIÇÃO A LA DEMOCRACIA – PUNITIVE POPULISM: BETRAYAL OF DEMOCRACY – POPULISMO PUNITIVO: TRAIÇÃO DA DEMOCRACIA

345 – Leandro Eduardo Astrain Bañuelos

Ark:/80372/2596/v12/016

All Rights Reserved © Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito

ISSN da versão impressa: 2236-5796

ISSN da versão digital: 2596-111X

academiapaulistaeditorial@gmail.com/diretoria@apd.org.br

www.apd.org.br



This work is licensed under a [Creative Commons License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)



POLIFONIA - REVISTA INTERNACIONAL DA ACADEMIA PAULISTA DE DIREITO

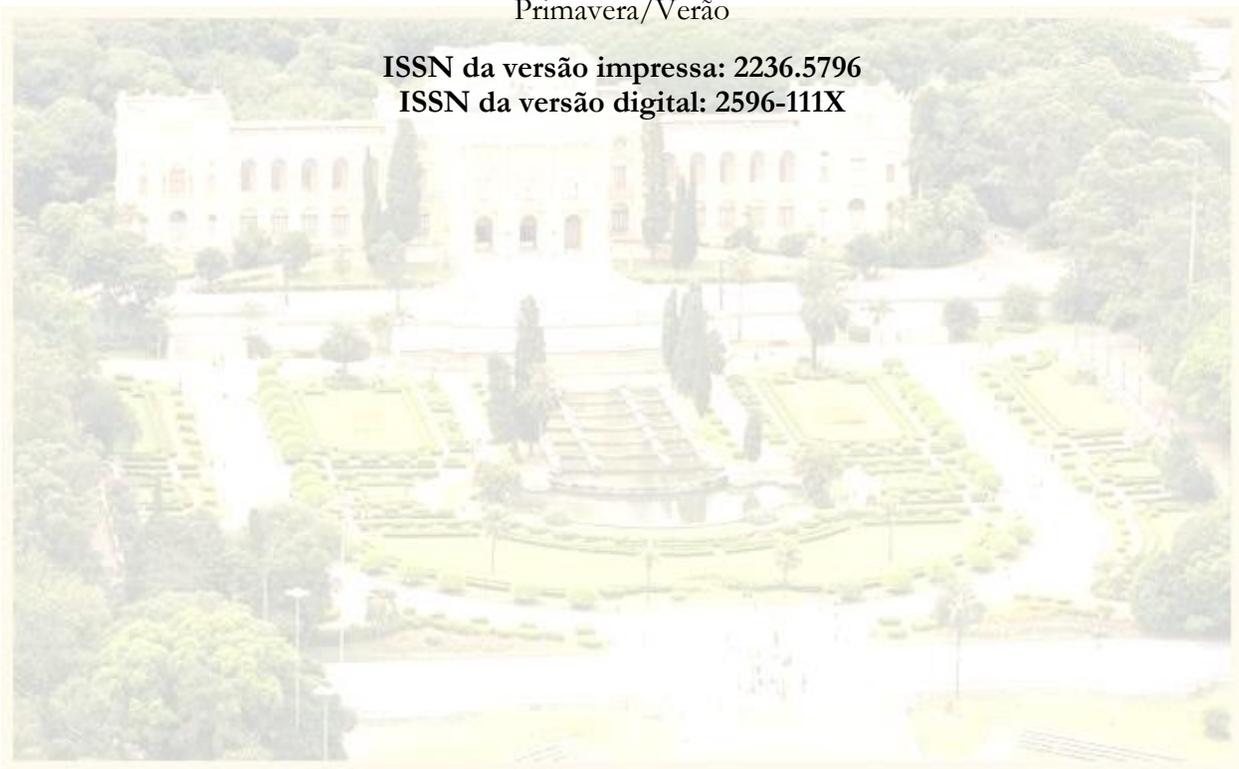
QUALIS/CAPES: A3

N. 12 Nova Série

2023

Primavera/Verão

ISSN da versão impressa: 2236.5796
ISSN da versão digital: 2596-111X



São Paulo

2023

All Rights Reserved © Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito

ISSN da versão impressa: 2236-5796

ISSN da versão digital: 2596-111X

academiapaulistaeditorial@gmail.com/diretoria@apd.org.br

www.apd.org.br



This work is licensed under a [Creative Commons License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)



POLIFONIA - REVISTA INTERNACIONAL DA ACADEMIA PAULISTA DE DIREITO

EQUIPE EDITORIAL/MASTHEAD

EDITOR CHEFE

ALFREDO ATTÍE JUNIOR - TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO (TJSP)/ESCOLA PAULISTA DA MAGISTRATURA (EPM)/NÚCLEO DE TRIBUNAIS INTERNACIONAIS UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (NETI USP)

CO-EDITORES

ROBERTA DE BRAGANÇA FREITAS ATTÍE - CENTRO INTERNACIONAL DA PAZ, JUSTIÇA, SOLIDARIEDADE E TRANSFORMAÇÃO DE CONFLITOS DE SÃO PAULO (ACADEMIA DA PAZ APD)/ CENTRO DE ESTUDOS DE DIREITO ECONÔMICO E SOCIAL (CEDES)

LÍVIO PERRA - PROFESSORE A CONTRATTO DI LEGISLAZIONE DEI BENI CULTURALI, UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SASSARI, ITÁLIA

DIRETORIA EDITORIAL

ALFREDO ATTÍE JUNIOR - TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO (TJSP)/ESCOLA PAULISTA DA MAGISTRATURA (EPM)/NÚCLEO DE TRIBUNAIS INTERNACIONAIS UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (NETI USP)

ROGÉRIO JOSÉ FERRAZ DONNINI - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO (PUCSP)/ FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA DELLA SECONDA UNIVERSITÀ DI NAPOLI - SUN

ROQUE CARRAZZA - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO (PUCSP)

WAGNER BALERA - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO (PUCSP)

DIRETORA EXECUTIVA

ROBERTA DE BRAGANÇA FREITAS ATTÍE - CENTRO INTERNACIONAL DA PAZ, JUSTIÇA, SOLIDARIEDADE E TRANSFORMAÇÃO DE CONFLITOS DE SÃO PAULO (ACADEMIA DA PAZ APD)/ CENTRO DE ESTUDOS DE DIREITO ECONÔMICO E SOCIAL (CEDES)

ASSISTENTES DE EDIÇÃO

CELSO DE OLIVEIRA SANTOS – DOUTORANDO - UERJ

JULIÁN CUASPA ROPAÍN – DOUTORANDO ANTROPOLOGIA SOCIAL - USP

GERENTE DE PRODUÇÃO EDITORIAL

DIEGO DE ANDRADE SILVA

DIAGRAMAÇÃO E ARTE

DIEGO DE ANDRADE SILVA



POLIFONIA - REVISTA INTERNACIONAL DA ACADEMIA PAULISTA DE DIREITO

CONSELHO EDITORIAL:

ALFREDO ATTÍE JUNIOR - TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO - TJSP/ESCOLA PAULISTA DA MAGISTRATURA - EPM/NÚCLEO DE TRIBUNAIS INTERNACIONAIS UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO -NETI USP

ALÍPIO DE SOUSA FILHO - INSTITUTO HUMANITAS/UFRN – UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE (RN)

ANDERSON VICHINKESKI TEIXEIRA – UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS RIO GRANDE DO SUL

ANTONIO CARLOS MORATO - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP

CARLOS EDUARDO A. BOUCALT - UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO” - UNESP

CELSO FERNANDES CAMPILONGO - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP/ UNIVERSIDADE DE NAVARRA – ESPANHA

DANIEL FRANCISCO QUINTO – UNIVERSIDADE CATÓLICA DE ANGOLA - ANGOLA

EDUARDO PELEGRINI DE ARRUDA ALVIM - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUCSP

ELZA ANTONIA PEREIRA CUNHA BOITEUX - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP

ENEIDA HADDAD - UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO” - UNESP

FLÁVIA PIOVESAN - PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO/ HARVARD LAW SCHOOL – ESTADOS UNIDOS

FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP

FRANCESCO SIDOTI - UNIVERSITÀ DI AQUILA - ITÁLIA

FAUZI HASSAN CHOUKR - FACULDADES DE CAMPINAS – FACAMP/ MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO - MPSP

GISELDA M. F. NOVAES HIRONAKA - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP

HELENO TAVEIRA TORRES - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP

HUMBERTO ÁVILA – UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL – UFRGS/UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP

ILTON GARCIA DA COSTA - UNIVERSIDADE ESTADUAL NORTE DO PARANÁ – UENP

IRINA GRACIELA CERVANTES BRAVO – UNIVERSIDAD AUTONOMA DE NAYARIT - MEXICO/ ASOCIACIÓN DE TRIBUNALES ELECTORALES DE LA REPUBLICA MEXICANA A.C.

JÂNIA MARIA LOPES SALDANHA – UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA – RS/ PÓS-GRADUAÇÃO UNISINOS – RIO GRANDE DO SUL

JAMES CAVALLARO – YALE LAW SCHOOL/WESLEYAN UNIVERSITY – ESTADOS UNIDOS

JOÃO GRANDINO RODAS - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP / CENTRO DE ESTUDOS DE DIREITO ECONÔMICO E SOCIAL - CEDES

JOSÉ JORGE RODRIGUES BRANCO - FACULDADE SANTO ANGELO - FASA/INSTITUTO NOVOS PARADIGMAS – INP – RIO GRANDE DO SUL

JOSÉ LUIS BOLZAN DE MORAIS - FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA- FDV ITAÚNA – ESPÍRITO SANTO

JOSÉ REINALDO LIMA LOPES - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP

JORGE LUÍS MIALHE - CENTRO UNIVERSITÁRIO SALESIANO DE SÃO PAULO - UNISAL

JULIO ROBERTO DE SOUZA PINTO - PÓS-GRADUAÇÃO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS – BRASÍLIA (DF)

KAZUO WATANABE - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP

LEANDRO EDUARDO ASTRAIN BAÑUELOS – UNIVERSIDAD DE GUANAJUATO - MEXICO

LÍVIO PERRA - UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SASSARI – ITÁLIA



POLIFONIA REVISTA INTERNACIONAL DA ACADEMIA PAULISTA DE DIREITO N.12 NOVA SÉRIE 2023 PRIMAVERA/VERÃO

LISBETH XÓCHITL PADILLA SANABRIA – UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO - UNAM - MEXICO
LUCIANA CORDEIRO DE SOUZA FERNANDES - UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS - UNICAMP
LUIS EDUARDO SCHOUEIRI - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP
LUIS RENATO VEDOVATO - UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS - UNICAMP
MANOEL DAVID MASSENO - INSTITUTO POLITECNICO DA BEJA - PORTUGAL
MARCUS ELIDIUS MICHELLI DE ALMEIDA - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUCSP
MARCOS ANTONIO LOPES - UNIVERSIDADE FEDERAL DE JATAÍ - GOIÁS
MARCOS AUGUSTO PEREZ - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP
MARIA CRISTINA DE CICCIO - UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CAMERINO - ITÁLIA
MARIA PEREZ PEREIRA - UNIVERSIDAD FRANCISCO DE VITORIA – ESPANHA
MARIA TERESA DE MENDONÇA CASADEI – UNIVERSIDADE CATÓLICA DOM BOSCO – MATO GROSSO DO SUL
MATILDE RIBEIRO – UNIVERSIDADE DA INTEGRAÇÃO INTERNACIONAL DA LUSOFONIA AFRO-BRASILEIRA – UNILAB - CEARÁ
MAURO JOSÉ DO NASCIMENTO CAMPELLO – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RORAIMA – UNIVERSIDADE FEDERAL DE RORAIMA - UFR
MICHEL CANUTO DE SENA - UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL - UFMS
MICHAEL J. FLOYD - CUMBERLAND SCHOOL OF LAW, SAMFORD UNIVERSITY - ESTADOS UNIDOS
RAPHAEL DE CARVALHO VASCONCELOS - UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO RIO DE JANEIRO - UFRRJ
RICARDO HASSON SAYEG - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUCSP/ CONSELHO SUPERIOR DA CAPES DO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
RICHARD ALBERT – UNIVERSITY OF TEXAS AT AUSTIN - ESTADOS UNIDOS
ROGÉRIO JOSÉ FERRAZ DONNINI - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO (PUCSP)/ FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA DELLA SECONDA UNIVERSITÀ DI NAPOLI – SUN - ITÁLIA
ROQUE ANTONIO CARRAZZA - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUCSP
ROSA MARIA BARRETO BORRIELLO DE ANDRADE NERY - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUCSP
TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUCSP
VANESSA VILELA BERBEL – INSTITUTO FEDERAL DO PARANÁ – CAMPUS PALMAS - PARANÁ
WAGNER BALERA - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUCSP
WLADIMIR CERVEIRA DE ALENCAR - UNIVERSIDADE CÂNDIDO MENDES - RIO DE JANEIRO

EQUIPE CONSULTIVA/REVISORES

CONSELHO CIENTÍFICO:

ANTONIO CARLOS MARCATO
ARNOLDO WALD
CANDIDO RANGEL DINAMARCO
ESTEVÃO MALLET
GHEYSA MARIELA ESPÍNDOLA
IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES
KATIA MARIA ABUD
MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO
MAURIDES RIBEIRO
NEWTON DE LUCCA

ANTONIO CLAUDIO MARIZ DE OLIVEIRA
ARTUR MARQUES DA SILVA FILHO
EDUARDO REALE FERRARI
FRANCISCO LUIS DE F. M. BARBUTO ATTÍE
HAMILTON DIAS DE SOUZA
JOÃO DÁCIO ROLIM
LUIZ ANTONIO RIZZATTO NUNES
MARCO AURÉLIO TAVARES
NELSON NERY JUNIOR
OTÁVIO PINTO E SILVA



POLIFONIA

REVISTA INTERNACIONAL DA ACADEMIA PAULISTA DE DIREITO

N.12 NOVA SÉRIE 2023 PRIMAVERA/VERÃO

PEDRO B. DE ABREU DALLARI

PAULO DE BARROS CARVALHO

SERGIO SEIJI SHIMURA

VICENTE PLÁ Y TREVAS

CONSELHO CONSULTIVO:

ANTONIO BENEDITO DO NASCIMENTO

ANTONIO CARLOS RODRIGUES DO AMARAL

CARLOS ROBERTO HUSSEK

CELSO ANTONIO PACHECO FIORILLO

DANIEL WILLIAN GRANADO

DOMINGOS SAVIO ZAINAGHI

FERNANDO CRESPO QUEIROZ NEVES

JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO

LUIZ FLÁVIO BORGES D'URSO

MARIA CRISTINA ZUCCHI

MILTON PAULO DE CARVALHO

NELSON MANNRICH

NELSON FARIA DE OLIVEIRA

ORESTE NESTOR DE SOUZA LASPRO

PAULO DIAS DE MOURA RIBEIRO

REGINALDO FERREIRA LIMA

RITA GIANESINI

SÉRGIO SALOMÃO SCHECAIRA

THEREZA CELINA D. DE ARRUDA ALVIM

TERESA CELINA ARRUDA ALVIM

VANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI

WAGNER MENEZES

WLADIMIR ANTONIO RIBEIRO

YOSHIAKI ICHIHARA



All Rights Reserved © Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito

ISSN da versão impressa: **2236-5796**

ISSN da versão digital: **2596-111X**

academiapaulistaeditorial@gmail.com/diretoria@apd.org.br

www.apd.org.br



This work is licensed under a [Creative Commons License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

**DE DIREITO**

N. 12 Nova Série

2023

Primavera/Verão

ISSN da versão impressa: 2236.5796**ISSN da versão digital: 2596-111X**

Todos os artigos científicos aqui publicados foram apreciados por membros do Conselho Editorial, Conselho Científico e/ou Conselho Consultivo da **Academia Paulista de Direito (APD)**, ou ainda, por Revisores especialmente convidados para a edição, com sistema de avaliação *Double Blind Peer Review*, preservando a identidade de autores e avaliadores e garantindo a impessoalidade e o rigor científico necessários para a avaliação de um artigo.

A **Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito** é uma revista empenhada em assegurar os mais elevados padrões de ética e boas práticas na publicação, baseando-se no Código de Conduta e Normas de Boas Práticas para Editores de Revistas do Comitê sobre Ética na Publicação – COPE (<http://publicationethics.org>).

Todos os colaboradores desta edição da **Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito**: concordam que a publicação de seu artigo é feita em caráter exclusivo, em meio eletrônico; cedem seus direitos autorais de publicação; autorizam a indexação de seu artigo em bases de dados nacionais e internacionais, diretórios, bibliotecas digitais e bases bibliométricas em que a **Polifonia** estiver e vier a ser inserida.

Os nomes e endereços informados na **Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito** são usados unicamente para serviços prestados por esta publicação, não sendo disponibilizados para outras finalidades ou à terceiros.

A **Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito** proporciona acesso público livre e imediato a todo seu conteúdo em ambiente virtual e não cobra nenhuma taxa para nenhum leitor fazer o download de artigos e resenhas para seu próprio uso acadêmico.

A **Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito** é licenciada por uma licença CREATIVE COMMONS: Atribuição – Não Comercial – Sem Derivações 4.0 Internacional



É permitido: copiar, distribuir, exibir e executar a obra e criar obras derivadas, sob as seguintes condições: a. ATRIBUIÇÃO de crédito ao autor original, da forma especificada pelo autor ou licenciante; b. USO NÃO COMERCIAL; c. SEM DERIVAÇÕES - Se você remixar, transformar ou desenvolver o material, não poderá distribuir o material modificado. Para cada novo uso ou distribuição, você deve deixar claro para outro, os termos da licença desta obra: Licença Jurídica (licença integral): <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/legalcode>



POLIFONIA - REVISTA INTERNACIONAL DA ACADEMIA PAULISTA DE DIREITO

QUALIS/CAPES: A3

N. 12 Nova Série

2023

Primavera/Verão

SSN da versão impressa: 2236.5796

ISSN da versão digital: 2596-111X

COLABORADORES DESTA EDIÇÃO:

ALFREDO ATTÍE JR.

CELSO DE OLIVEIRA SANTOS

GIULIA ROSSI MORAES

JOSÉ LUIS BOLZAN DE MORAIS

LILIAN DE SOUZA ZIELINSKI

LIVIO PERRA

MARINA MUNIZ P. DE CARVALHO MATOS

PATRÍCIA PINTO ALVES

TERESA CRISTINA DELLA MONICA KODAMA

ANDRÉ RICARDO DOS SANTOS LOPES

CRESCENCIO VALENCIA JUÁREZ

JÂNIA MARIA LOPES SALDANHA

LEANDRO EDUARDO ASTRAIN BAÑUELOS

LISBETH XÓCHITL PADILHA SANABRIA

MARIA CAROLINA DE S. RIBEIRO DE SÁ

NORMA ANGÉLICA SANDOVAL SANCHEZ

PAULO ROBERTO MEYER PINHEIRO

REVISORES DESTA EDIÇÃO:

CELSO FERNANDES CAMPILONGO - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP/ UNIVERSIDADE DE NAVARRA - ESPANHA

DANIEL WILLIAN GRANADO – PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUCSP

FAUZI HASSAN CHOUKR - FACULDADES DE CAMPINAS – FACAMP

FRANCISCO LUÍS DE FREITAS MARZAGÃO BARBUTO ATTÍE - NEW YORK UNIVERSITY/ CRAIG NEWMARK GRADUATE SCHOOL OF JOURNALISM AT CUNY – NY – EUA

IRINA GRACIELA CERVANTES BRAVO – UNIVERSIDAD AUTONOMA DE NAYARIT - MEXICO/ ASOCIACIÓN DE TRIBUNALES ELECTORALES DE LA REPUBLICA MEXICANA A.C.

JOSÉ JORGE RODRIGUES BRANCO - FACULDADE SANTO ANGELO - FASA/INSTITUTO NOVOS PARADIGMAS – INP

JULIO ROBERTO DE SOUZA PINTO - PÓS-GRADUAÇÃO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS – BRASÍLIA (DF)

MARCO AURÉLIO TAVARES FRANCISCO - CENTRO DE ESTUDOS DE DIREITO ECONÓMICO E SOCIAL - CEDES



NELSON FARIA DE OLIVEIRA – COMUNIDADE DE JURISTAS DE LÍNGUA PORTUGUESA – CJLP

VANESSA VILELA BERBEL – INSTITUTO FEDERAL DO PARANÁ – CAMPUS PALMAS

VICENTE PLÁ Y TREVAS – AMSUR



All Rights Reserved © Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito

ISSN da versão impressa: **2236-5796**

ISSN da versão digital: **2596-111X**

academiapaulistaeditorial@gmail.com/diretoria@apd.org.br

www.apd.org.br



This work is licensed under a [Creative Commons License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)



POLIFONIA - REVISTA INTERNACIONAL DA ACADEMIA PAULISTA DE DIREITO

POLIFONIA – SÃO PAULO LAW ACADEMY INTERNATIONAL REVIEW

NOTA DO EDITOR – EDITOR'S NOTE

O presente número de **POLIFONIA Revista Internacional da Academia Paulista de Direito**, Capes/Qualis A3, corresponde às contribuições trazidas por especialistas, pesquisadores(as), magistrados(as), juristas, brasileiros, mexicanos e italianos, para a discussão da relação entre Democracia, Constituição e Processo Eleitoral.

Trata-se de debate a respeito de um tema de atualidade e urgência, em face dos atentados contra a democracia perpetrados na América Latina, Europa e na Ásia.

Na seção Memória, traz contribuição do patrono do Constitucionalismo brasileiro, Ruy Barbosa, cuja importância para a estipulação de uma forma civil e republicana de governo continua atual e insuperada.

A **Academia Paulista de Direito** uniu-se à UNISINOS, à Asociación de Tribunales Electorales de la República Mexicana A.C., e à Escuela Judicial Electoral de la República Mexicana e agradece a participação e contribuição de todos, no início de mais uma parceria que engrandece o direito e seu processo civilizatório.



A **POLIFONIA** também enaltece a participação na organização dos Professores Alfredo Attié, Jânia Maria Lopes Saldanha, Fauzi Hassan Choukr e Irina Graciela Cervantes Bravo e dos demais organizadores(as) dos eventos.

Desejo boa leitura, que provoque o enriquecimento do diálogo e da participação.

ROBERTA DE BRAGANÇA FREITAS ATTÍE
DIRETORA EXECUTIVA DA POLIFONIA – REVISTA INTERNACIONAL DA ACADEMIA
PAULISTA DE DIREITO

RESUMO:

A **POLIFONIA Revista Internacional da Academia Paulista de Direito**, chega ao seu Número 12, trazendo as contribuições de especialistas, pesquisadores(as), magistrados(as), juristas, brasileiros, mexicanos e italianos, para a discussão da relação entre Democracia, Constituição e Processo Eleitoral.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia. Constitucionalismo Global e Latino Americano. Direito Eleitoral.

ABSTRACT:

POLIFONIA São Paulo Law Academy Journal reaches its Number 12, bringing the contributions of specialists, researchers, magistrates, jurists, Brazilians, Mexicans and Italians, to the discussion of the relationship between Democracy, Constitution and Electoral process.

KEYWORDS: Democracy. Global and Latin American Constitutionalism. Electoral Law.

AUTORA ROBERTA DE BRAGANÇA FREITAS ATTÍE

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2010-980X>

Ark: /80372/2596/v12/001



All Rights Reserved © Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito

ISSN da versão impressa: **2236-5796**

ISSN da versão digital: **2596-111X**

academiapaulistaeditorial@gmail.com/diretoria@apd.org.br

www.apd.org.br



This work is licensed under a [Creative Commons License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)



AS RUINAS DA CONSTITUIÇÃO

Senhores:

Viajando em 1819 por terras mineiras, o sabio Augusto de Saint-Hilaire teve ensejo de assistir a uma curiosa amostra dos costumes do tempo, que, com a perspicacia do bom observador, que era, nos deixou registrada nas suas *Viagens ás nascentes do São Francisco e á provincia de Goyaz*.

Poisando num albergue, em S. João d'El-Rey, viu elle, certo dia, entrar-lhe alvoroado pelo quarto um pobre mascate italiano, hospede na mesma estalagem, exclamando que lhe acabavam de furtar a mala e o dinheiro. Tendo saído ás seis horas, o homem cerrara as portas e janellas do seu aposento. Ao voltar, encontrou ainda fechada a porta; mas a janella estava aberta, e a mala desaparecera. Dahi inferiram os viajantes, como o hospedeiro, que a mala saira pela janella.

Quedavam todos juntos deante da porta do italiano, entreten-do-se em conjecturas, quando, afinal, o sabio francez os resolveu a visitarem a hospedaria. Em chegando ao pateo, um rumor das bandas do quarto roubado accusou o gatuno, que acabava de se precipitar pela janella aberta. Nisto sobrevem o ouvidor, que faz accender luzes de todos os lados, põe gente a todas as saídas e dá começo a uma rigorosa visita. Nada topa ao rés do chão. Sobe, percorre varios apartamentos e vae ter, por fim, a um, onde não se achava hospedado ninguem. Pede a chave. Estava com o caixeiro. Abre-se a porta, e dá-se com a mala intacta sobre uma mesa. Experimentam-se todas as chaves da casa na fechadura do aposento, onde se deparara a mala. Nenhuma a abria.



O juiz não teve duvidas: manda incontinenti para a cadeia o caixeiro, que tudo envidara por lograr a policia, e era, evidentemente o ladrão. Mais tarde, porém, veio Saint-Hilaire a saber que o criminoso fôra complacentemente solto, e, como elle, o albergueiro, cuja cumplicidade se havia por averiguada.

Não vos parece facil de reconstituir, com o reconto deste episodio, occorrido, ha perto de um seculo, entre os nossos maiores, a época em que elle succedia? Nas circumstancias desta miniatura não falta nenhum dos elementos de uma civilização completa: a lei, a autoridade, o inquerito, o julgamento, a condemnação. Todas as formas organicas do Estado bem constituido ahi se reúnem. A opinião se abala. Invoca-se a sanção legal. A policia acode. Intervenem a justiça. Colhe-se o delinquente. Funciona o mecanismo repressivo. Nada falta. Não é assim? Pois é como se faltasse tudo. Tudo falta; porque falta a verdade. Essa luzente superficie de legalidade está vasia. Não tem vida. Move-se, como um aparelho que o desuso e a ferrugem inutilizaram, enquanto se lhe põe mão de alguém no motor. Mas não tem uma força interior, que o anima. Dá-se-lhe um empurrão, e as peças actuam momentaneamente, rangendo e rugindo, como se houvessem de produzir o que se cuida. Mas desses instantes de agitação não sae coisa nenhuma. Zomba-se da lei. Desautora-se a justiça. Licenceia-se o crime. Toda a sociedade se envolve num grande systema de mentira. Tal era, ha noventa e quatro annos, por estas regiões, a essencia do systema colonial. Tal acabou por ser hoje, em todo o Brasil, o regimen republicano.

DUAS INVASÕES

Em tempos como aquelles não era de estranhar esse antagonismo da realidade com a disciplina das instituições civilizadoras. Pizarro, nas suas *Memorias Historicas*, nos descreve o povo, que, de outras provincias, se derramou pelas mattas de Minas, gente que só conhecia o direito da força, que se entregava a uma licenciosidade sem limites, a quem tudo era indifferente, excepto o oiro, e cujo caracter se reduzia a um composto de orgulho, ambição e audacia extremos. Do vigor de tal raça, presentemente, nada nos resta. Mas, nos costumes publicos de agora, na moral official de agora, na politica e no governo de agora, uma invasão nova dos vicios e paixões daquella éra tudo alagou, entre nós, de monte a monte, e de mar a mar: a mesma intrepidez na soberba, na cobiça e na desenvoltura; o mesmo exclusivismo da crença na força; a mesma irrefreavel licença; a mesma indifferença a tudo, menos ao



AS RUINAS DA CONSTITUIÇÃO

75

dinheiro. A tenuíssima crosta de ordem e legalidade que reveste esse fundo em ebulição de impurezas e revoltas, estala a cada linha; e, por cada interstício, por cada falha, por cada rombo, o que transuda, é o escândalo do contraste de todos os males do absolutismo com o alarde legal das excellencias da liberdade.

MENTIR E FURTAR

Estudando, no Brasil, o homem com a mesma attenção com que estudava a natureza, o celebre explorador francez viu negrejar no intimo dos nossos costumes, como a maior origem desse espirito de fraude, o mal do captiveiro, a cujo proposito nos conta uma historia cheia de sabedoria. “Não puno os meus negros, quando me mentem ou furtam”, dizia a Saint-Hilaire um cura da Bahia, outr’ora captivo da Costa d’Africa, “porque eu mentia e furtava quando era escravo.” Para se evadir ao castigo, o escravo habitua-se á mentira, e rouba, por nada ter de seu, vendo-se cercado de objectos que o tentam, e sentindo muitas vezes mal satisfeitas as suas necessidades, ou, talvez, tambem, por considerar o roubo como meio de vingança. E que motivos demoveriam o escravo de se entregar ás suas ruins tendencias? Sentimentos religiosos? Não lh’os inculcam. O receio de perder o bom nome? Não o ha para elle, mais do que para o boi ou o cavallo. Como estes, está fóra da sociedade humana. Resta o medo aos castigos. Mas estes, ás vezes, os soffre pelas causas mais leves. Como não se lhes arriscaria, por saciar os seus gostos e paixões? O proprietario de escravos, pois, vive rodeado sempre de entes necessariamente abjectos e corruptos. E’ em meio delles que se lhe educam os filhos. Os primeiros exemplos que elles terão aos olhos, são os da dissimulação e do furto. Como não se haviam de familiarizar com esses vicios e tantos outros, que a escravidão traz consigo? Lamentemos, de certo, o escravo. Mas não se lamente menos o senhor que o emprega.

OS DOIS CAPTIVEIROS

Vêde bem, senhores, si não corre parellas, exactamente com a dos africanos, a servidão actual dos brasileiros. “O imperio emancipou os negros; a Republica escravizou os brancos”, disse o senador Ellis (1), e admiravelmente o disse. O negro nada possuia de

(1) Dr. Alfredo Ellis, senador por S. Paulo, companheiro de Ruy Barbosa na chapa eleitoral para presidente e vice-presidente da Republica no quadriennio 1914-1918.



seu. Mas, em ultima analyse, que possuem, realmente, de seu, os inculcados livres de hoje, num paiz arruinado pelas dilapidações do seu governo, onde a bancarrota, varrendo o credito, ameaça arrazar a lavoura, matar de todo as industrias, annullar todos os valores? onde os tribunaes, abrigo e condição de toda a propriedade, estão á mercê dos mandões, onde a politica enche dos seus instrumentos a magistratura, onde os chefes de Estado, os ministros e a ralé dos potentados subalternos constrange, allicia, perverte os juizes?

Sentimentos religiosos? Mas toda a obra da actualidade não se empenha senão em os destruir, adulterando a liberdade em incredulidade, convertendo a neutralidade legal do Estado na systematização do atheismo. O poder, crivado de chagas, envolvido em ignominias, coberto de crimes, apresenta-se ao espirito dos cidadãos, revoltados e sem alento, como a divinização do mal triumphante. O primeiro logar da Republica, enxovalhado e detestado, reflecte a sua indignidade sobre todos os cargos da nação. A insurreição contra todas as leis, da qual o governo impõe o exemplo a todos, se communica a todos os grãos da jerarchia da autoridade, dissolvendo nas almas os laços da sujeição voluntaria, unica segurança da estabilidade na obediencia entre racionaes. O espectáculo da prosperidade geral dos ímprobos abala e destróe nos corações as raízes da fé, em todas as suas expressões: a politica, a moral christan. Nos mais profundos reservatorios do sentimento humano penetra um sopro de scepticismo, que lhe estanca as fontes, e o secca. As cabeças já não se descobrem deante dos templos. Mas a moda exige que se descubram deante da bandeira. São as idolatrias officiaes, semeadas artificialmente no terreno donde se baniu a sinceridade das crenças sagradas, como a scentelha que vegeta nos tectos abandonados e nas paredes rotas das casas em ruínas.

'O BOM NOME

Reputação? Mas que estimulo haverá, para zelar a sua o individuo, quando a da patria jaz de rastos? Quantos chegam do estrangeiro, todos falam, com a cara aos pés de verganha, no desprezo, em que se abysmou o nome brasileiro. A deshonra sentouse no governo, e dessa altura se deu a ver ao mundo como a fórmula de toda a nossa moralidade. Vendo as eminencias sociaes assaltadas á escala vista pelos aventureiros, as carreiras publicas entregues aos parasitas, os titulos do talento e dos serviços nas unhas dos incompetentes e dos cynicos, os analphabetos, os intrigantes



AS RUINAS DA CONSTITUIÇÃO

77

e os mercadores atascados na opulência e na grandeza, a insolência dos valídos, a soberba dos máos, a perseguição dos justos, os inteligentes, os activos, os necessitados, os ambiciosos, do mesmo modo como os inertes, os ricos e os nullos, se desilludiram de antigos melindres, para não aspirar senão ao dinheiro, embora mal adquirido. Desacreditada a patria, infamadas as suas dignidades, perdido o conceito dos mais altos, dos mais conspicuos, dos mais poderosos, que incentivo encontrará já agora o commum dos homens, para se matar por melindres, e fazer questão de um nome honrado?

A JUSTIÇA

Restava só o receio do castigo, o medo ás responsabilidades. Mas, por ventura, se distribuirão ellas, hoje, entre nós, muito menos ao acaso, muito menos arbitraria e desigualmente do que se distribuiam entre a escravaria negra? Os civilistas, que victoriam o candidato das suas sympathias, vão parar ao xadrez, maltratados e seviciados. Os marechalistas, que adulam com sonetos de bronze e polyanthéas de sebo os poderosos do dia, são retribuidos em cargos, propinas e mercês. Com preterições ou demissões expiam os funcionarios independentes a correção dos seus actos. Os que o publico accusa de incendiarios, e têm compadrio com o despota, os que, para o cumular de regalos, fintam o salario aos seus subalternos, os que lhe fazem a politica, fuzilando presos, bombardeando cidades, ou invadindo Estados, esses podem confiar na impunidade, e contar com a remuneração. Que freio conseguirá exercer, logo, sobre uma sociedade assim constituída, o discrimine, que entre innocentes e scelerados, entre bandidos e homens de bem, nos ensina a consciencia, e os codigos nos promettem?

EQUIVALENCIA

As duas fórmãs de sujeição humana têm o mesmo principio, o mesmo character, os mesmos mandamentos. Uma se confessa escravidão. A outra se inculca de liberdade. Mas ambas desconhecem a lei. Ambas assentam no arbitrio. Ambas recusam o direito. Ambas subjugam e degradam a obra divina. Ambas acabam por convertêr num animal ignobil e perigoso, capaz de todos os aviltamentos, dispostos a todos os attentados, movido por todos os appetites, creatura de subserviencia, egoismo e inveja, que não se teme sinão da vergasta, e não distingue o bem do mal sinão no sobreceño ou no sorriso dos senhores. Que importam as differen-



ças entre o casario das cidades e as esqualidas senzalas, entre os colxões do branco e a enxerga do negro, entre os banquetes dos palacios e as rações do eito, entre a penitenciaria e o vergalho, si essas diversidades não exprimem sinão variedades de adaptação do mesmo regimen da posse do homem sobre o homem?

As raças transportadas da selvageria ao captiveiro, nascidas e embrutecidas no seu villipendio, não sentem com mais dôr as suas cadeias e os seus supplicios brutaes do que os povos educados em seculos de civilização, depurados no christianismo e attraídos pelo exemplo das nações livres á privação da liberdade politica, a extinção das garantias individuaes, a consolidação do absolutismo rebugado na liberdade.

FÓRMAS E FÓRMAS

Depois, ainda comparando fórmas e fórmas, exterioridades com exterioridades, a que se reduzirá, realmente, a distincção entre o poder dos barões da propriedade servil e o dos caudilhos da escravidão republicana, si, debaixo desta, os cidadãos, os eleitores, os engodados com os ouropéis da Republica, em que se enrodilha agora o sr. Antonio Prado, evadido "aos ouropeis da realza"... si, digo eu, si esses pretensos homens livres, essas parcellas da soberania nacional, não estão isentas de passar pela chibata, e ser passadas pelas armas, ao talante do Cesar ou dos proconsules desta democracia, como os prisioneiros do *Satellite*, como os soldados da ilha das Cobras, como os presos no sitio de 1910, como os policiaes do Amazonas, como o tenente Calazans em Pernambuco?

Que vale toda esta civilização, declamada na eloquencia dos patrioteiros, si lhe mingúa o cimento da vida, a resistencia organica, o homem, si esses thesoiros de riqueza accumulada, essas bibliothecas, essas escolas, esses monumentos, essas capitaes reconstruidas, a gloria dessas avenidas maravilhosas, si um gesto da potestade, que maneja a força, pode varrer tudo isso com a artilharia dos seus canhões, e mergulhal-o no terror das suas mashorcas?

Rasgae até ao fundo toda essa agglomeração de imposturas, deixae-lhes embeber-se a sonda até á vasa do leito, e não achareis sinão os abysmos da mentira, cuja boca, *abominatio Domino*, se abre por toda a parte na comedia das nossas instituições.



O PARTIDO MARECHALICIO

Quando o marechal se viu empinado ao governo, como um cavento ao cimo de uma torre, uma das primeiras ganas que lhe deram, foi a de um engenheiro moderno, para sustentar a Constituição, com que elle se casára da mão esquerda já antes de viuvo e recasado. Num relance lhe aprestaram a encomenda, como da farraparia dos armarios de uma loja de adélo e dos tarecos da mobilia de uma casa rodante de ciganos se arma uma farça de aldeia. Estava o novo dono da casa do Cattete com o seu partido; e os cartazes, grudados ás esquinas com a pimponice de programmas, annunciaram que se chamava *conservador*.

O NOME DE CONSERVADOR

Conservador, elle? De que? Da Constituição e do paiz. Já se vê que o nome baptismal era escolhido nas quitandas da mentira; e os três annos de existencia do baptizado têm confirmado estupidamente as promessas do baptismo.

Maneiras de conservar, ha muitas. Elegeu uma dellas. Conservar, sustentar, manter a Constituição, isso a conserva, mantem e sustenta elle, não ha duvida nenhuma. Sustenta a Constituição como a corda sustenta o enforcado. Mantem a Constituição como o alcool mantem os restos anatomicos do cadaver. Conserva a Constituição, como a urna conserva o esqueleto do morto.

Pois o senhor de um escravo não é tambem o seu conservador? Tem elle no captivo a sua fortuna. E' a machina que trabalha pelo seu dono, a base do seu ocio, da sua nobreza e do seu luxo. Animal de tiro e carga, necessita do pasto, do abrigo e do alveitar. Dá-lh'os o proprietario, que o explora, e embruta, o desnatura, mas, com tudo isso e para tudo isso mesmo, o sustenta, o zela, o conserva, a seu modo.

Vêde o proxeneta, o rufião, o traficante de alcoices. E' o conservador por excellencia do artigo, em cujo negocio emprega a sua respeitavel actividade. Delle vive, delle goza, delle se sustenta; mas, é, ao mesmo tempo, quem, organizando o commercio da especialidade, lhe assegura a mantença, o sustento, a vida. As prostitutas têm nelle a sua providencia, a sua defesa, o seguro da sua deshonra. A sua conservação, a elle a devem.



POLITICA E PROSTITUIÇÃO

Não me levem a mal o paralelo. As ruas publicas nol-o deparam, muitas vezes, nos sitios mais elegantes das grandes cidades. Uma charutaria ou um armazem de modas servem, não raro, para dissimular, aos olhos dos que passam, as recamaras do vicio e da libertinagem. A devassidão arma os seus laços, e mercadeja as suas torpezas, com a taboleta e as vitrinas do commercio honesto.

Outra coisa não se pratica, hoje em dia, na politica brasileira, onde as doiraduras, as solennidades e as galas do governo constitucional apenas mascaram desregramentos, contubérnios e orgias não menos maculosos e desprezíveis. Por trás da fachada, com que as convenções legaes entretêm a hypocrisia de um systema liberal, reina a brutalidade e impudencia da caudilhagem na sua plenitude. A encenação, descomposta e rôta de cima abaixo, já não esconde ás vistas de ninguem as desordens e miserias amontoadas além dos bastidores. Nos typos de violencia e immoralidade que se vêem passar meio dissimulados atravéz da armação theatral, ninguem reconhecerá essas nobres imagens que o sonho republicano de 1891 reuniu na Constituição de 24 de fevereiro.

EXAGGERAÇÃO DO FEDERALISMO

Na reproducção, que levámos a mira em obter, do modelo americano, quizemos fazer, como ali, de cada antiga provincia um Estado autonomo e semi-soberano. Alguns, até, revivendo a idéa, que, nos Estados-Unidos, originou a guerra civil, e que a guerra civil deixou sepultada, levaram a theoria da independencia dos Estados até á soberania; e a propria constituinte estendeu a sua liberalidade para com elles ao ponto de os dotar com as terras devolutas, de que, por uma demasia não autorizada no grande exemplar anglo-saxonio, se expropriou a União. Tudo para significar o intuito de ampliar o federalismo até ás suas extremas.

O CORAÇÃO DA REPUBLICA

Com este objecto, o famoso artigo 6º, onde o zelo federalista do sr. Campos Salles via “o coração da republica”, circumscreveu em estreitos limites o poder central, não lhe consentindo vingar essas fronteiras sagradas, sinão para ir ao encontro da invasão estrangeira, atalhar as do territorio de um Estado por outro, manter nelles, á requisição dos seus governos, a ordem, assegurar a



AS RUINAS DA CONSTITUIÇÃO

81

observancia das leis e sentenças federaes, ou preservar a fôrma republicana federativa. Não se poderia traçar mais nitidamente a divisoria entre as duas alçadas, oppôr ás tendencias absorventes da soberania nacional barreiras mais preciosas, entrincheirar cada um dos membros da federação num dominio mais claro.

A CONQUISTA DOS ESTADOS

Mas que resta, praticamente, dessas divisas, cujo traçado lindava, com tanto relevo, nos textos constitucionaes, esse terreno vedado ás ambições do centro, depois que o marechal Hermes entrou, a fogo e sangue, no Amazonas, no Ceará, em Pernambuco, em Alagoas, na Bahia, no Rio de Janeiro, levou o incendio e o saque á Fortaleza, depôz o governador Accioly, o governador Estacio Coimbra, o governador Aurelio Vianna, o governador Alfredo Backer, entregou aos seus generaes e coroneis o Ceará, Pernambuco, Alagoas, Sergipe, e, si não tentou submeter á enorme humilhação o maior dos nossos Estados, tendo nisso cogitado com mais seriedade, ao menos constrangeu, com a insistencia da ameaça, a mudar a sua politica, e buscar na sua approximação, estipulada bem se sabe a que prego, a sua tranquillidade interior.

OS DOIS REVISIONISMOS

Em verdade, razão de sobra têm esses senhores, para serem contra a revisão da nossa lei constitucional. Podendo revel-a a manobras de forças, a fogo e cargas de baioneta ou tiros de canhão, absurdo seria exonerarem-se dessa autoridade em beneficio do paiz, que tão facilmente se lhes encanga ás vontades.

A tal respeito lembrava o *Paiz* o anno passado que um general creado na orthodoxia rio-grandense ameaçara, certo dia, desembainhar a sua espada, si o revisionismo levantasse a cabeça, que, quando Prudente de Moraes alludiu á conveniencia de regular o art. 6º, os proceres republicanos romperam em clamores da mais flammejante indignação, e que o sr. Campos Salles no Senado, se oppoz ao alvitre de resolver a intervenção com uma fórmula minuciosa, condemnando as tentativas do Congresso nesse sentido como golpes de varar, desfechados em cheio no peito do regimen.

Veio, depois, recordava ainda o órgão hermista, veio depois o partido republicano conservador, cuja linguagem, insistindo nos chavões dos seus antecessores, desfraldou a mesma bandeira de fidelidade absoluta aos dogmas constitucionaes, e, em seguida, a pla-



tafórma do marechal rendeu novo tributo de culto aos artigos desse credo.

A PLATAFORMA REPUDIADA

“Tudo fazia crer, pois, que as situações dos Estados se deviam considerar inabalaveis.” Mas, commentava o desilludido adepto do marechalismo, isso já ha dois annos, “o que ahi está é a negação de todos esses compromissos, o repudio de todos. Não valia a pena blasonar tanta intransigencia em defesa da autonomia estadual, para, depois, acceitar a victoria das deposições. Si se tivesse regulado o art. 6º, algumas das oligarchias odiosas que envergonham a republica, já se teriam desfeito sem escandalo, sem a ignobil violencia que está reduzindo as metropoles estaduaes a feitorias africanas. Tudo o que se tivesse feito, sob uma forma legal, para assegurar os direitos das opposições, para pôr cobro aos predomínios despoticos, embora parecesse violar o rigor dos principios federalistas, seria altamente patriótico. Assim, o que se está levando a cabo é a revolta contra os poderes constituídos dessas unidades da federação, sob o amparo das forças do Exército, *annulando a autonomia dos Estados, esfrangalhando o regimen. Faz-se pelo crime, deshonrando a patria, o que os revisionistas ambicionavam executar calmamente, juridicamente, dentro da constituição modificada...* Recusou-se a revisão legal, para, depois, em calafrios de medo, bater palmas á *transformação brutal e sangrenta do nosso regimen...* O edificio da constituição de 24 de fevereiro está-se lentamente desmoronando.”

Tire-se o *lentamente*, a que se oppõe a celeridade vertiginosa dessa demolição, e se terá nesse depoimento, de uma insuspeição absoluta, a *photographia* mais exacta da irrisão, a que se reduziram os direitos constitucionaes dos Estados. Entre a sua condição real e a das nossas provincias no antigo regimen, não vae, quanto á independencia em relação ao centro, outra differença que a da legalidade ao abuso. O imperador nomeava, por lei, os presidentes, e, com elles, mudava as situações locaes. Contra a lei, o presidente da Republica, si não nomeia, indica, determina, faz os governadores com que as situações estaduaes se mudam. Em que diversificará um caso do outro? Não em que diversifica da legalidade a sua transgressão.

A intervenção que a corôa assim exercia, sendo juridica, era ostensiva, honesta e limitada pelas normas constitucionaes que a regiam. A que o presidente da Republica usurpou, e desenvolve,



sendo ilícita, por directamente contraria á Constituição republicana, é inconfessavel, dolosa e illimitada como o arbitrio, que a desenfreia.

Recebendo, como recebiam, da côrte os chefes da sua administração, as provincias tinham, entretanto, nos seus corpos legislativos, por ellas eleitos, uma ampla esphera, onde exercerem a sua actividade independente. As assembléas provinciaes nunca se viram dissolvidas pelos batalhões do imperador, nem pelas sedições da anarchia, chamadas em seu auxilio, para envolver em carnavalescos arremedilhos da vontade popular a tramoia das conspirações officiaes. Mas, sob a Republica, o poder legislativo dos Estados se acha, como o seu poder executivo, nas mãos do governo federal, que, suscitando ou explorando nelles, quando lhe convém, opposições e desordens, mediante ellas apparelha as duplicatas de legislaturas estaduaes, para, dentre estas, eleger, reconhecer e impôr, *manu militari*, a do seu bando.

A intervenção, que o art. 6º autoriza, para manter a ordem nos Estados, ou restabelecer nelles o systema republicano, converteu-se em arma brutal, para os anarchizar e ensanguentar, convertendo-os, na Federação, em conquistas submissas de uma civilização absorvente. Os seus governadores são donatarios do Cattete, que dos seus congressos e das suas situações politicas dispõe, igualmente, pelas duplicatas, pelas invasões armadas, pelas occupações militares, pelas deposições, pelos bombardeios.

OS ESTADOS ESCRAVIZADOS.

Já quando se elegia o marechal Hermes, o *Jornal do Comercio*, que ninguem acoimará de opposicionismo, descrevia todo o norte do Brasil como um agglomerado ignobil de *Estados escravizados e satrapias*. Por uma singular excepção, vimol-o excluir desse rôl o Piauhy, onde o governo trata a justiça a coice d'armas no recinto do mais alto dos seus tribunaes, e, circumscrevendo-se á região septentrional do paiz, não contemplar, ao sul, nem sequer o Rio Grande, governado em clara e directa affronta á Constituição e aos principios de todos os regimens livres, pelo arrocho de uma dictadura permanente.

Assim que, senhores, desde o seu artigo 1º, a carta brasileira se transformou na mais descarada mentira. Esses Estados Unidos, que ella apresenta ao mundo enlaçados, numa União perpetua, em Republica Federativa, na sua maior parte não passam de dominios



do satrapismo local, manejado, sem limites de qualidade alguma, pela onnipotencia do centro, e circumscripções administrativas, não associadas pelos vinculos republicanos em uma democracia livre, mas fundidas pela violencia da conquista nas miserias da servidão geral.

O CASO DO RIO DE JANEIRO

Como procede essa conquista, bem o mostrou o caso do Rio de Janeiro, um Estado contiguo á Capital, onde, portanto, não se poderia, como no primeiro bombardeio do Amazonas, argumentar com a distancia, para suppôr ultrapassadas pelos seus executores as instrucções do governo central. Ahi, este actúa directamente, sem mandatarios interpostos, mediante o ministro do Interior, mais o ministro da Guerra, e o golpe é solennizado por um decreto presidencial, com a circumstancia aggravante de uma antedata.

Um bom dia, antevespera do em que ia terminar ali o periodo administrativo, tropas da União, para isso destacadas, sitiam o governador no seu palacio, vedam ingresso nas repartições publicas aos seus empregados, cercam a casa da Assembléa Legislativa, obrigam a força policial a deixar os seus postos, recolhendo-se ao quartel; e, dest'arte, o governo da União, utilizando a duplicata arranjada, monta, com a gente da sua grei, a presidencia e o Congresso do Estado, cuja politica se substitue e reorganiza tumultuariamente, eliminando-se todas as garantias e esmagando-se todas as resistencias pelo terror, embora os espoliados se vão acolher á sombra da justiça federal, por cima de cujas sentenças, rosto a rosto desautoradas, passa a violencia, tripudiando.

EXCESSOS E OMISSÕES

Com o mesmo cynismo, porém, com que se abusa da intervenção, sophismando o art. 6º, para ditar aos Estados os governos, que o centro lhes queira prescrever, designados e estabelecidos estes ao sabor da União, não ha interferencia possivel contra as demasias, a que se entregaram, ainda que ellas exorbitem de toda a medida e cheguem até á extineção radical de toda a legalidade. Violado, umas vezes, por descabidos excessos, outras se viola por omissões malignas, com resultados não menos oppressivos, essa garantia tutelar do regimen federativo.



O CASO DO AMAZONAS

Sinão, vêde o que se deu com o meu projecto de intervenção no Amazonas. O que ali occorrera, occorria e occorre, não tem parrelha ainda entre os mais inverosímeis exemplos da bestialização do poder no Brasil actual. A pretexto de uma sedição de quartel, provocada, entre as forças policiaes, pela execução do odioso contrato dos esgotos, com o qual a população não se conformava, sedição que, immediatamente, capitula num documento endereçado ao governador, o inspector da região militar bombardeia á meia-noite o quartel, no coração da cidade, e, tomado elle sem combate, fuzila vinte e um homens, rendidos, desarmados e presos.

O que se segue a essas incríveis scenas, é a selvageria no seu auge.. Baniram-se todas as leis. O ex-governador Bittencourt é esbordado na rua por agentes de policia, disso incumbidos, que o confessam, descobrindo nos seus superiores os mandantes. O vice-governador busca na fuga a salvação da sua vida, ao mesmo passo que sua mulher e suas filhas, em plena capital escapam miraculosamente de um assalto armado á sua casa. A policia ameaça, persegue e desacata pessoalmente os juizes. Os membros do Congresso garantidos por um *habeas-corporis* do Supremo Tribunal Federal, ameaçados de morte, homiziam-se, acossados e foragidos, para não morrer. Centenas de familias expatriam-se apavoradas. Empastellam-se os jornaes, e na destruição de um delles uma escolta do Exercito prende em flagrante, um filho do governador, com outros agentes da sua mais intima confiança. Uma assembléa sem autoridade procede á revisão constitucional, e, nas disposições transitorias da reforma, habilita o poder executivo a fazer taboa rasa da magistratura. O tribunal supremo do Estado impetra *habeas-corporis* do Supremo Tribunal Federal. Dilapidam-se os recursos do Estado, para distribuir dinheiro entre a officialidade bombardeadora, os sargentos, os anspeçadas, as praças de pret. O Amazonas está, grosseiramente, fóra da moral e do regimen, sem Constituição, nem legislatura, nem justiça.

O CONSTITUCIONALISMO DO SENADO

Pois bem, senhores, o Senado Federal, chamado por uma iniciativa minha a deliberar, nega a intervenção. Não só a nega, sinão que, contra todos os estylos, não me concede, siquer, a cortezia, liberalizada a todos os projectos, da passagem da primeira á segunda discussão. Logo na primeira, aquellas vestaes do nosso



constitucionalismo argüem de inconstitucionalidade o meu projecto; e, com esta preliminar, sob a direcção daquelle pudibundissimo constitucionalista que é o sr. João Luiz, se recusam a conhecer da intervenção por mim alvitada.

Eis como o senado brasileiro executa a nossa Constituição. Nesse voto entrega elle o Amazonas do sr. Pinheiro Machado e do sr. Pedrosa, com a lei marcial estabelecida pelo inspector da primeira região militar, sob o dominio do fuzil sem julgamento ou processo, abandonado á mashorca, aviltado com o suborno publico da tropa de linha pelo governador, o Amazonas com duas constituições, dois congressos e uma justiça posta á mercê do executivo, todo um Estado, a braços com uma das maiores crises economicas, á brutalidade sanguisedenta de um governo sem freios legais. A rejeição do projecto de intervenção foi o perdão amplo a todos os seus crimes, foi o applauso ás suas atrocidades, e foi, tambem, o incitamento a novos desmandos.

MATTO-GROSSO

Quereis ver agora, senhores, si no sul do Brasil não ha regiões, onde a lei republicana se pratica do mesmo modo? Attentae na situação de Matto-Grosso, descripta recentemente nas columnas editoriaes da insuspeitissima *Imprensa*, em tres dias successivos, sob o titulo *Tristes Verdades*, por uma tesmunha abonada aos olhos daquella redacção.

Naquelle Estado, attesta o depoente, “quem quizer ter garantias para a sua vida, ha de ser governista. Em o sendo, tem-nas, para commetter os mais revoltantes crimes”. Um dia, conta ella, em 1911, foram recolhidos á cadeia de Nioac dois presos politicos. Dias depois, “o juiz de direito determinou ao commandante do destacamento que fizesse fuzilar os dois politicos, cujo unico crime era terem idéas differentes das suas. De facto, no dia immediato, teve logar o fuzilamento, á margem do rio Brilhante, onde varias pessoas do povo ainda puderam encontrar as roupas das victimas. Cito-lhe este facto, observa a testemunha, para não lhe falar nas tremendas carnificinas do caudilho Bento Xavier numa das suas ultimas investidas”.

Certa occasião cáe ali nas mãos da policia um homem, que matara outro. “Pensa o senhor”, diz o informante da *Imprensa*, “que se procedeu a inquerito, ou se lhe instaurou processo? Nada! Liquidou-se o caso summariamente, estoirando-se os miolos ao pobre diabo com uma bala de carabina, dentro no xadrez onde se



AS RUINAS DA CONSTITUIÇÃO

87

achava detido. Ahí tem o que é a justiça naquella terra.” Logares por ali ha (e dizer isto é dizer tudo), nos quaes “matam os presos, para não terem de os sustentar”.

As outras cidades “estão mais ou menos nas mesmas condições”. Santa Anna do Parnahyba, onde se entendem assim os deveres da autoridade, e se cota deste modo o valor da vida humana, está na fronteira de S. Paulo. São os mesmos costumes de Bella-Vista, fronteira do Paraguay, onde o caudilho Antonio Gomes não hesita um momento em ordenar a morte dos seus desaffectedos, não tendo numero os espingardeamentos consummados a mandado seu. Em Campo Grande reinam os boiadeiros com fóros de senhores feudaes, sobresaindo entre elles um coronel, que a testemunha nomeia, creditado com um activo de dezeseite homicidios. Indus-triados por elle, apaniguados seus assassinarão alguns dos seus companheiros, e *dos corpos trucidados andaram a mostrar, pelas ruas os pedaços* ao povo como “*toicinho de porco*”. E a policia? Nada fez, sinão para lhes manter essa liberdade.

Naquelle misero Estado, os collectores, arvorados em agiotas, mercadejam com as estampilhas do sello federal, vendendo-as a preços, que se elevam ao décuplo e duas vezes o décuplo do seu valor; quasi todos os funcionarios publicos são, abertamente, commerciantes, com as suas casas de negocio estabelecidas aos olhos de todos; as cadeiras de instrução publica, inculcadamente occupadas, de ordinario se reduzem a méras sinecuras, aquinhoadas pelos boiadeiros aos seus capangas ou jagunços em remuneração dos serviços de sangue; e a policia tem por uso evitar o encargo de acudir á subsistencia dos presos, *exterminando-os a tiro*, sob o pretexto de fuga. Toda a ordem legal ali se resume na vontade absoluta do governador e seus parentes com senhorio de vida e morte sobre os seus conterraneos e servil submissão ao governo central.

O RIO GRANDE DO SUL

Matto Grosso, porém, o riquissimo e immenso Matto Grosso, não passa de um Estado indigente e sem peso na federação, vegetando nella sem autoridade, sem industria, sem renda. Ninguem o comparará, nem de longe, em cultura, em produção, em valor economico, em influencia activa sobre os negocios do paiz, com o Rio Grande do Sul, que tem no sr. Pinheiro Machado o sobre-presidente, o presidente no sr. Hermes da Fonseca e nos srs. Rivadavia Corrêa, Herculano de Freitas, Barbosa Gonçalves, Vespasiano de Albuquerque e Alexandrino de Alencar, cinco ministros,



a saber: cinco dos sete membros do gabinete, o chefe do governo e o sobre-governo. E' um Estado que, ao presente, domina a federação, com uma desigualdade que offende, na sua essencia, as bases deste regimen, e que, nos Estados-Unidos, seu modelo, nunca se imaginaria admissivel.

A DICTADURA RIO-GRANDENSE

Si ha, entretanto, dentre os nossos Estados, um, que se possa designar como o typo da violação da fôrma republicana federativa, pelo art. 6º, exigida como essencial a todos elles, é, sem duvida nenhuma, esse; visto que a sua Constituição, em crasso antagonismo com os moldes do systema, traçados na Constituição da Republica, impoz ao Rio Grande do Sul uma dictadura organizada, absorvendo o poder legislativo no presidente, dando-lhe a attribuição de nomear o vice-presidente, seu successor, nos casos de renuncia ou morte, por todo o resto do quinquennio presidencial, e reduzindo á funcção orçamentaria a assembléa dos representantes.

O systematismo positivista não se podia realizar numa fórmula mais dura, mais oppressiva, mais radicalmente inconciliavel com as idéas communs a todos os governos constitucionaes, a todas as Constituições republicanas, a todas as republicas federativas. Todas ellas, a uma, repellem o autocratismo dessa organização, essa democracia cesareana, que concentra numa só entidade, com a prerogativa de executar a lei, a de a fazer, e admite a investidura do governo em um magistrado eleito pelo arbitrio de um homem, sem intervenção dos suffragios populares.

No Rio Grande o legislador é o presidente. Promulgar as leis, na sua phraseologia constitucional, quer dizer projectal-as, aceitar ou rejeitar discricionariamente as emendas, que se lhes offerecem, dar-lhes fôrma definitiva, e mandal-as executar, só com a reserva, praticamente nulla, de a revogar elle mesmo, si contra ella representar a maioria dos conselhos municipaes. E' elle, pois, a legislatura; elle quem "fiscaliza todos os interesses do Estado"; elle que "organiza, refôrma ou suprime os serviços"; elle que expede, "os decretos, regulamentos e instrucções", para a execução dessas leis, obra sua; elle quem tem á sua mercê o prorogar, ou não, a assembléa dos representantes; elle quem formúla o projecto do orçamento, quanto á despesa e á receita; elle quem organiza a força publica, mobiliza e utiliza a força municipal, cria e provê os cargos civis e militares; elle quem resolve sobre os limites dos municipios, exerce a jurisdicção de conhecer da illegalidade ou in-



constitucionalidade dos actos das edilidades, para os declarar sem effeito, annulla as eleições municipaes, extingue os municipios, quando entender que se não acham em condições de prover ás suas necessidades; elle quem celebra ajustes, convenções ou tratados com os outros Estados da União; elle quem demitte os juizes substitutos.

A assembléa dos representantes, essa, não cõntando com as suas attribuições dormentes, como a de mudar a capital, ou resolver sobre os limites estaduaes, a sua missão, praticamente honoraria de julgar o presidente do Estado e a incumbenciã comensinha de verificar as eleições presidenciaes, apenas se occupa em votar os orçamentos, sobre o projecto que o chefe do governo lhe apresentar, munil-o dos instrumentos de credito, para as despesas que elle mesmo lhe houver proposto, e decretar os meios necessarios aos serviços, que esse poder omnigenero, nas leis de sua propria gestação, tiver instituido.

De modo que, criadora da administração a que preside, essa autoridade omniparente, é quem cria as despesas, criando os serviços. Elemento passivo e automatico, a assembléa não tem sinão que lhe acudir com os recursos financeiros para a subsistencia dos serviços, em cuja criação não teve, nem pode ter parte nenhuma.

Com essas faculdades omnimodas, o hypertrophiado órgão absorveu todo o organismo, e, sendo o árbitro das leis, ao regular o mecanismo eleitoral, acabou com as opposições, excluiu-as de todas as assembléas electivas no Estado. O proprio sr. Borges de Medeiros, numa entrevista que teve, mais ou menos ha dois annos, com o *Correio do Povo*, reconheceu que as opposições dispõem, ali, de um quarto, quando menos, do eleitorado. Si dobrasse a proporção, creio que não exaggeraria. Mas, accetando-lhe o calculo, tal qual elle mesmo o estabelece, deveriam os democratas e federalistas reunir, na Assembléa dos representantes, que é de trinta e dois, não menos de oito membros. Pois, senhores, até hoje, nenhum dos seus candidatos, ou apenas um ali penetrou.

Nas eleições municipaes tem essas opposições vencido muitas vezes o governo. Mas sempre debalde, solva a excepção singular de S. Gabriel, devida a motivos irresistiveis; porque o presidente do Estado, nomeando intendentes provisórios, ordinariamente escolhidos entre os officiaes de policia, annulla, invariavelmente, essas eleições.

A eliminação do governo representativo é, portanto, systematica e absoluta naquelle Estado. A federação e a republica estão, ali, abolidas pela base, pela raiz, pela substancia elementar de uma e outra; a representação popular. Lá não existe o governo do povo



pelo povo. Nem poderia existir; porque, si existisse, a sua primeira manifestação activa seria a queda immediata da autocracia legal, que o esmaga.

AS OLIGARCHIAS DO ART. 6º

Eis, senhores, o que são, no Brasil, os Estados, na sua grande maioria: méras oligarchias, variamente constituidas, mas todas mais ou menos incompatíveis com os rudimentos constitucionaes do regimen. De mãos dadas com a oligarchia central, a que todas se chegam, e de que todas necessitam, um interesse commum as reúne: o de burlar o art. 6º da Constituição, subtraindo a elle os casos reaes da sua applicabilidade, e applicando-o nas hypotheses em que elle a repelle.

E' uma clava contra as situações estaduaes, quando ellas sobressaltam o archi-oligarcha do centro, como a do Rio de Janeiro em 1910 e a da Bahia ou a de S. Paulo até 1912. Quando, pelo contrario, ellas estão com a oligarchia-mãe, como actualmente a do Amazonas, é um valhaoito para as mais insignes monstruosidades contra a natureza e a essencia do regimen.

O DISTRICTO FEDERAL

A organização deste, entre nós, instituiu no Districto Federal, com certas características de municipalidade, uma circumscripção politica de um genero singular, a que dotou da mesma representação, no Senado e na Camara, que aos Estados, reservando-lhe, no art. 67, o direito de se administrar a si mesma pelas suas autoridades municipaes.

E' um semi-Estado, um quasi Estado, um Estado que não dispõe da propria Constituição como cada uma das vinte provincias que receberam esse accesso, mas ao qual se attribue parte igual á delles no governo da nação, e se reconhece o direito de se reger a si proprio, mediante mandatarios seus, sob a lei que o Congresso Nacional lhe dictar.

Desse direito, porém, o marechal o destituiu, essas leis o marechal as postergou, dessa autoridade privativa do Congresso asenhoreou-se o marechal, para enxotar das funções que a legislação federal lhe destina o Conselho Municipal, occupar com a força armada a casa, que lhe pertence, assentar nas suas cadeiras uma farandula de intrusos, e substituir aos representantes locais do povo os salteadores da sua autoridade.



AS RUINAS DA CONSTITUIÇÃO

91

De toços os nossos burgos pôdres, a capital da Republica se viu rebaixada, assim, ao mais ostentadamente espoliado. A metropole da União desceu a ser o padrão vivo, dado em modelo ás tyrantias estadoaes, da nullificação das municipalidades. Com essa amostra insolente da quebra dos fóros municipaes, no maior dos municipios brasileiros, pelo governo central se aboliu virtualmente essa autonomia dos municipios, celulas organicas da nacionalidade, a que a nossa Constituição julgou dever consagrar a homenagem de um titulo distincto e exclusivo.

A FORÇA ARMADA E A CONSTITUIÇÃO

Estipulado sob uma dictadura de origem militar, mas sob o ascendente de ministros civis, o pacto republicano assentou, num dos seus primeiros artigos, o art. 14, que as forças de terra e mar são instituições nacionaes, destinadas á defesa da patria no exterior, assim como á manutenção das leis no interior, declarando, que, obediente, nos limites da lei, aos seus superiores, a força armada é obrigada a sustentar as instituições nacionaes.

Será isto que temos visto, senhores? Será com a defesa da patria no exterior e a manutenção das leis no interior que se têm occupado, estes quatro annos, as forças de terra e mar? Será em sustentar as instituições constitucionaes que se emprega, hoje, a força armada? Não, bem o sabeis.

A DEFESA DA PATRIA

Dos cuidados com a defesa da patria a malandragem politica despreocupou inteiramente as nossas forças de terra e mar. As fronteiras desvigiadas e desguarnecidas, abandonadas e ermas, não servem senão para logares de expiação e retiro, vexame e desterro, contra os officiaes com cuja incondicionalidade não contam as facções dominantes na execução dos attentados que as aguentam. A patria são as fronteiras; e as fronteiras se acham escancaradas ao inimigo. A patria é a organização dos serviços militares; e dessa organização não resta senão o necessario á sucção do orçamento. A patria é a cultura das qualidades militares pela instrucção, pela disciplina, pelo exercicio, pela adestração para a guerra durante a paz; e a instrucção dos nossos soldados é rudimentar, nulla a sua disciplina, os seus exercicios meras paradas, a sua educação de guerra nenhuma. Forças sem habito do campo e da manobra, armas sem soldados, canhões sem artilheiros, navios sem guarnições,



apparelhos de combate sem technicos, exercitos sem instructores, nem tacticos, nem estrategistas; eis a nossa defesa armada, por terra e pelo oceano.

Em vez de se votar á defesa da patria no exterior, os nossos homens de guerra, este quadriennio, se têm dedicado, exclusivamente, á ruína da patria no interior. Insignificante para impôr ao estrangeiro o minimo respeito, o seu apparatus bellico entretém no paiz o desassocego e o terror. Ridiculo para amedrontar o inimigo, intimida e opprime a nação. Longe de sustentar as instituições nacionaes, as assola a ferro e fogo. E' com elle que se destróe a autonomia dos Estados. E' com elle que se desacatam as sentenças da justiça. E' com elle que se impõe á Republica um presidente repellido nas urnas. E' com elle que se amedronta o eleitorado, com elle que se bombardeiam capitaes brasileiras, com elle que se assegura a impunidade aos réos de lesa-nação, com elle que a presidencia actual se tem podido considerar segura, para em quatro annos liquidar a civilização brasileira.

A matança do *Satellite*, a matança da ilha das Cobras, a matança de Manáos, os dois bombardeios, maritimo e terrestre, do Amazonas, o bombardeio da Bahia, a deposição do governo fluminense, a deposição do governo pernambucano, a deposição do governo bahiano são os factos militares, perpetrados por militares, no exercicio de commissões militares, em obediencia a ordens ou considerações militares. Cessando, assim, de ser obediente ás leis e ás instituições constitucionaes, como a Constituição lh'o determina, para obedecer aos caprichos e interesses politicos, as forças de terra e mar abandonaram duplamente a defesa da patria, arruinando-se a si mesmas, e arruinando a nação. Essa campanha devastadora, que assignala o governo marechalicio como o theatro de um cyclone, não a ousaria nenhum governo, que não descansasse na communhão das armas, nas relações de camaradagem com ellas, na solidariedade do espirito de classe, nenhum governo que não tivesse cóstas num exercito, para se abrigar da indignação geral e da justiça do povo.

LEGISLAÇÃO PELO PRESIDENTE

Depois de traçar á força os seus diques, é que a Constituição, em nome da soberania nacional, lhe define os órgãos, nos tres poderes fundamentaes: o legislativo, o executivo, o judiciario. O poder legislativo estabeleceu ella no art. 16, que "é exercido *pelo Congresso Nacional*". O presidente da Republica apenas lhe sanc-



AS RUINAS DA CONSTITUIÇÃO

93

ciona e promulga os actos. Mas, não os sancionando, bastam dois terços de uma e outra çamara, para lhe inutilizar o veto; e a resolução não sancionada se promulgará sem a sanção, com todo o vigor da autoridade legislativa.

Só o Congresso, pois, legisla. Só elle, em ultima analyse, faz a lei. Nem o chefe do Estado nessa elaboração intervem, sinão para aceitar, ou não aceitar, com uma recusa meramente suspensiva, os actos do Congresso. O presidente da Republica, em summa, não faz leis: sanciona, ou, temporariamente, veta as leis feitas na Camara e no Senado. Assim o quer a Constituição da Republica. Assim o querem todas as constituições modernas. Nenhuma reconhece ao governo a competencia de votar leis.

Com o marechal Hermes, porém, cessou essa incompetencia. Num rasgo de franqueza, a sua dictadura arrogou a si a função legislativa. Pôz de lado as fórmulas larvadas, em que, nas delegações, a usurpação de ordinario se dissimula. Não legislou sob o disfarce de um regulamento. Declarou, sem reservas, que legislava. Reformou o ensino nacional com um acto, a que pôz, com todas as letras, o titulo de *lei*.

Temos uma "*lei organica* do ensino." Tal o seu baptismo official. E essa lei não teve o minimo contacto com as camaras legislativas. Concebeu-se, gerou-se e desovou-se na secretaria do Interior. Quem a projectou foi o ministro Rivadavia. Quem a discutiu e adoptou foi o ministro Rivadavia. Quem a redigiu foi o mesmo ministro com os seus assessores, em nome do presidente. E', portanto, uma lei iniciada, elaborada e votada unicamente pelo poder executivo, quando o art. 16 da Constituição categoricamente determina que só o Congresso Nacional exerce o poder legislativo, e, no art. 34, n. 30, como no art. 35, n. 3, reserva privativamente ao Congresso Nacional o direito de legislar sobre as instituições nacionaes do ensino.

A ALBARDA

Só a demencia, governando um paiz bestializado, seria capaz de tamanha grosseria na usurpação, e, numa democracia constitucional, só a perda total da vergonha entre os homens publicos deixaria de responder com uma reacção immediata e decisiva á insolencia dessa affronta mazorrada á dignidade e ás prerogativas da legislatura. Mas essa, aqui, não se mexeu: dobrou as pernas, encostou os joelhos no chão e recebeu sem estremecer o peso da albarda.



INSENSIBILIDADE

Para condemnar taes desordens e infligir a decadencias taes o estigma da indignação, a palavra, no Brasil de agora, já está gasta. Juvenal perderia o seu tempo. O açoite do Christo entre os vendilhões não causaria mossas nesses lombos callejados. Não sei mesmo si as cargas de azorrague á cossaca, si um tufão de knut russo através dessa massa anemizada a conseguiria abalar sinão com um movimento mais de humildade, cobardia e deserção geral. Do sôro que gira por essas veias, não se apura uma gota de sangue, meia duzia de globulos vermelhos. Fique o senhor de casa, a que elles servem, ou venha o senhor estrangeiro, que preparam, e por tudo estarão, em não lhes faltando o pasto, a panria e o pão, em que a negralhada se regala.

UM CONFRONTO

Por muito menos, ha mais de setenta annos, no velho Portugal de 1842, sob uma monarchia de bem acanhado liberalismo, ardeu em deflagração de eloquencia a tribuna parlamentar. Os ministros da corôa não tinham referendado nenhum acto do soberano com o nome de lei. Exorbitara, simplesmente, nos seus actos, o governo, entrando pelo terreno legislativo, mas sem nenhuma reivindicção, que o convertesse, professadamente, em legislador. Pois quereis vêr como ali se encarou e tratou esse descommedimento?

Pedia-se um *bill de indemnidade*; e Almeida Garrett, oppondo-se, disse:

“Os ministros da corôa, ou agentes do poder executivo violaram a Constituição do Estado, usurpando a autoridade das côrtes. Debaixo do *governo representativo*, e em causa ordinaria, *não ha crime maior, nem tamanho*. E’ a violação da lei escripta da carta, é a subversão do direito publico natural, que as varias leis das diversas nações podem formular differentemente, mas cuja essencia nenhuma altera, porque não pôde. Onde quer que a lei social colloque o direito de legislar, ahi fica, sagrado, inalienavel, indelegavel. E’ réo de lesa-majestade o que lhe toca. No governo absoluto, *assim como na Republica*, o preccito é o mesmo, igual a severidade da sancção.”

O grande orador, sem a videncia dos nossos progressos actuaes, perlustra differentes regimens, buscando a sorte, que em cada um encontraria temeridade semelhante:



“Que o Senado de S. Petersburgo promulgue uma lei”, dizia elle, “sem receber ukase do imperador, iam para a Siberia os membros dessa chancellaria; mas a machina forte e inteiriça daquelle simplicissimo dos governos não sentia o menor abalo, não corria o menor risco a Constituição do Estado. Que os secretarios de Estado do presidente da União Americana *fizessem uma lei, ria-se toda a União desde o golfo do Mexico até ao lago Erie, os ministros, ou talvez o presidente, iam para um hospital de doidos*, e o Senado ou a Camara dos Representantes, em Washington, podiam, sem grande inconveniente, passar á ordem do dia, *depois de alguns momentos de grande hilaridade sobre o estado do cerebro dos pobres agentes do executivo.*”

Ahi está, senhores, como se prefigura o que occorreria, no paiz donde trouxemos a nossa Constituição, nos Estados-Unidos, si um presidente, ensandecendo no seu cargo, se descocasse ao extremo de *fazer leis*. Uma gargalhada ultrahomerica abalaria o continente, e o mentecapto seria obrigado a internar-se num hospicio de alienados.

Que é, pois, o que nos resta, aqui, de um tal systema, copiado traço a traço por nós, daquelle Republica, si os nossos presidentes carimbam as suas loucuras com o nome de *leis*, e o Congresso Nacional, em vez de lhes mandar lavrar os passaportes para um hospicio de orates, se associa ao despropósito do trasvairado, concordando no delirio, que devia reprimir?

A grande intelligencia de Almeida Garrett impressionava-se com o risco dessas condescendencias entre “um povo que não conhece nem os limites da obediencia, quando vê a força, nem os termos de resistencia, quando a não vê”. Por isso, acrescentava, “temos dobrada obrigação de ser graves no exame deste processo, severos até á dureza, no pronunciar a sentença.”

DESTRUIÇÃO DA ESSENCIA CONSTITUCIONAL

Eis como a pronunciava o parlamentar, o estadista, que elle era:

“O poder executivo violou a Constituição; e não foi em nenhum dos seus accidentes, em nenhuma das suas regras governamentaes, em nenhum dos seus preceitos; *foi na essencia mesma do principio constitucional: legislou*. O corpo de delicto está feito; os réos, confessos. Aos procuradores do povo não se pergunta hoje si ha crime, ou quem são os réos; isso é já feito: pergunta-se-lhes



sómente *si hão de dar perdão aos culpados, ou perseguil-os perante o tribunal.*”

CRIME INAMNISTIAVEL

Mas, inquire-se, quando o poder executivo chega a esse *nec plus ultra* da usurpação, quando o chefe do governo legisla, tem o legislador o direito de lhe perdoar?

“A Constituição do Estado, responde o grande orador, foi violada no seu ponto capital, essencial, na base mesma do systema representativo, na unica, na mais positiva e essencial, *naquella que caracteriza a differença entre o systema representativo e o absoluto*. Não se póde, pois, denominar este facto pela expressão geral de violação da Constituição: *é a destruição da Constituição*. Não é violada a letra da carta sómente: *é violado o principio unico e transcendente de todo governo constitucional*. Ainda digo mais: *são violados os principios absolutos de todo o governo*, da monarchia representativa, do governo republicano, de todas as fórmulas politicas possiveis. Não ha governo nenhum, não o houve nunca, não é possivel havel-o, em que não estejam fixadas as pessoas ou corpos do Estado, a quem compete o poder legislativo. *Nenhuma autoridade pode amnistiar semelhante crime.*”

A RESPONSABILIDADE PRESIDENCIAL

Não se amnistiaria sob a realeza constitucional. Mas amnistiou-se, tres quartos de seculo mais tarde, sob uma constituição republicana, interpretada pelos cortezãos de um marechal. Dois largos artigos espalmou a carta da nossa democracia em submeter o presidente a uma responsabilidade estricta pelos seus actos. Duas vezes a espada tem lacerado em todos os sentidos essa Constituição, e outras tantas se baldou miseravelmente esta garantia. O caso do primeiro marechal reproduziu-se agora no segundo, com a differença, entre as duas dictaduras, que a primeira não era ímproba, e podia attenuar as suas crueldades com a violencia da guerra civil, ao passo que a segunda, estupidamente sanguinaria na paz, se tem afogado, com a desordem e a inconsciencia dos loucos, na prevaricação e na deshonestidade.

A denuncia Coelho Lisboa revolveu esse sumidoiro de crimes, juntou-os numa carga immensa, carregou essa bagagem de horrores á presença do Congresso, e, desdobrando a lei da responsabilidade do chefe do Estado, appellou para a consciencia da representação nacional.



AS RUINAS DA CONSTITUIÇÃO

97

“NÃO HA MAIS RESPONSABILIDADE”

Mas ninguem se enganaria. Ninguem se enganou. A consciencia, entre os politicos brasileiros de hoje, não passa de uma ridicula figura de linguagem. A razão de Estado, com os seus logares communs do costume, oppoz os seus embargos ao direito, e a servilidade politica, alvoroçada com o ensejo de pôr a render a sua baixaza, rompeu contra a tentativa de responsabilidade presidencial com o escandalo de um verdadeiro motim parlamentar qualificado pela *Noticia* nestas phrases memoraveis:

“O archivamento da dennuncia, conseguido por esse processo, é mais um voto de condemnação que de resgate, aos seus erros e crimes. Com elle o proprio regimen soffreu tremendo abalo. O presidencialismo teve a sua crise mais séria. Não ha mais responsabilidade, e não ha mais freio aos máos governos. A lei que punia os presidentes pelas suas transgressões do estatuto fundamental, foi acintosamente rasgada, depois de o ter sido a propria Constituição.”

Dahi em deante ninguem mais enxergou na responsabilidade presidencial sinão um tigre de palha. Não é siquer um canhão de museu, que se pudesse recolher, entre as antigualhas historicas, á secção archeologica de uma armaria. E' apenas um monstro de pagode, um gripho oriental, medonho na carrança e nas garras immoveis. A mythologia republicana compõe-se desses monstros, dominados, lá de cima, pelo colosso da imbecilidade que se entona sobre as quatro patas da sua força. Assim acabaram de montar o culto da violencia, da impudencia e da inepecia. E' uma confraria de irresponsaveis, governando, pela sua irresponsabilidade, uma nação insensivel. As vantagens desse privilegio exploram-se em commum, num systema de mutualidade cujas regras toleram ao chefe do poder executivo todos os crimes, a troco de sua protecção a todos os abusos dos seus servos.

O CONGRESSO

Quando os fiscalizados alliciam os seus fiscaes, a fiscalização, para estes, se converte num meio de vida, cujo gozo acaba por obliterar de todo, nuns e noutros, os escrupulos da moralidade. A do Congresso não cessa de baixar contiunamente, neste regimen de permutas, par a par com a do governo, como o nivel do liquido de dois vasos communicantes.



Frustrando a disposição constitucional, que circumscreve a quatro mezes a sessão annual ordinaria do Congresso, a praxe eleva hoje ao dobro, a oito mezes, a sessão ordinaria, a minima duração annual dos trabalhos parlamentares. Servindo-se da faculdade constitucional, que incumbe as duas camaras de regular cada qual a sua policia interna, o Senado franqueia o recinto das suas deliberações ás assembléas de partido, onde a sua maioria celebra com a da outra casa o conluio escandaloso, em que as duas prejulgam a eleição presidencial, assumindo a iniciativa de uma das candidaturas em luta. O deputado ou senador não pode, sob pena de perda do mandato, dirigir companhias, bancos ou empresas, que gozem favores do governo. Mas, não ha, hoje, favores do governo a empresas, companhias ou bancos, em cujo commercio não entrem, notoriamente, membros do Congresso, cotados nessa advocacia consoante o gráo da sua privança com os membros da administração, ou a sua importancia na escala do prestigio official.

Eis como se estabelece, entre os representantes da nação e o poder executivo, esse consorcio para a vida e para a morte, que os maiores excessos do poder não abalam nunca, embora a publicidade os inunde de luz, e a reprovação geral os fulmine.

O NOMEADOR GERAL

Esses costumes já não se dissimulam, sinão na tribuna ou nos jornaes. Ora, imperando elles, não admira que a Constituição Republicana, pelos seus alicerces, a moralidade eleitoral e a seriedade legislativa, se ache totalmente entregue ao cupim. O presidente, com a mesma facilidade com que nomeia os seus ministros, nomeia, igualmente, os membros do Congresso Nacional e os-governadores da maioria dos Estados. Esta bandalheira, que outro nome não tem, porque para taes falcatrúas as designações literarias já não servem, se executa ás claras no palacio do governo, toda a imprensa as regista, e os politicos desabusados que vivem de as urdir, nem se dão ao trabalho de occultar ao publico os cordéis de um jogo de caprichos, onde a sua vaidade se sente lisonjeada.

“QUEM O SR. PINHEIRO QUIZER”

Ainda em março do anno que acaba de expirar, segundo um telegramma da Bahia, estampado em varios jornaes da capital, um chefe da politica hermista naquelle Estado e o sr. Serzedello Cor-



AS RUINAS DA CONSTITUIÇÃO

99

rêa não trepidaram em dizer que “o presidente da Republica será quem o sr. Pinheiro Machado quizer.”

Pinheiro Machado, neste caso, não vem a ser sinão uma especie de euphemismo, para não dizer *marechal Hermes*; porque não é o chefe rio-grandense, com todo o officialismo da sua terra, quem valoriza o presidente, mas o presidente quem, a despeito de toda a sua nullidade, tem ás suas ordens o officialismo rio-grandense com o seu chefe parlamentar.

O MINHOCÃO

Ora abi está, senhores, o a que se aviltou a grande Republica dos Estados Unidos do Brasil, com os seus noventa annos de regimen constitucional, os seus cinco lustros de União federativa, os seus vinte e cinco milhões de almas, os seus vinte e um Estados e a sua soberania de nação, pomposamente assoalhada.

Toda essa nação, numa apathia incuravel, numa inconsciencia cada vez mais doentia do seu proprio valor, está reduzida, hoje, a simples colonia de alguns individuos, endurecidos, endinheirados e envilecidos na exploração do paiz, que treme, todo elle, deante de um homem, servido por um grupo de aventureiros, como os sertanejos de Goyaz e Matto-Grosso, de S. Francisco e do Amazonas, ante a imagem do minhocão, ou bicho d’agua.

O mysterioso companheiro dos sucurys e jacarés gigantescos, cujos mugidos enchem aquellas solidões e despovoam as margens daquelles rios, sobre cuja identidade zoologica não se entendem os naturalistas e viajantes, em torno de cujas proezas a credence rustica daquellas gentes primitivas tece as fabulas mais descompasadas, e que perpetúa a sua existencia invisivel na profundeza das aguas, daquellas grandes caudaes, não passa de um monstro imaginario. Um tóro de madeira, que deriva á superficie da corrente, basta, ás vezes, para debuxar aos olhos do viajador illudido o vulto do animal pavoroso, que a superstição dos sertões não ousa arrostar.

Tal esse poder violento e desmarcado, que reina hoje sobre o Brasil inteiro, como encarnação de uma força irresistivel. Toda a sua importancia não é mais que uma criação da nossa poltronaria. Si o povo se lhe approximasse e o encarasse e o tocasse, veria que o fantasma, ou se appellide general Pinheiro Machado, ou se denomine *marechal Hermes*, ou se chame força armada, esse ente desmedido e extraordinario das grandes profundezas politicas, não é nem o hippopotamo, nem o *lepidosiren paradoxa*, nem o *Gymno-*



tes Garapa de uma fauna de gigantes invencíveis, mas, puramente, o *minhocão* dos terrores do Araguaya.

Cure-se o Brasil do receio do minhocão. E' a sua doença. Não viva a fazer, diante dessa chimera, o que costumam na cama as creanças, quando no escuro ouvem contar de almas do outro mundo. Reaja contra o susto do bicho. Olhe o Cattete por dentro. Não se lhe tema das fanfarrarias, que não são sinão outros tantos meios de amedrontar os pusilânicos. Conte essas forças, com que se fingem armados, para o esmagar. Meça-se a si mesmo, meça os que o affrontam, e verá com que presteza todo esse farelorio se esfarela na sua farelagem, como os trapos do buxo de um boneco estripado.

A TRIBUNA

No governo do povo pelo povo a palavra é o grande poder, a tribuna a força das forças. Mas que é, hoje, senhores, a tribuna parlamentar no Brasil? O que eu já disse: uma ruína, donde se fala para um deserto. Os que, como eu, se têm cansado em buscar levantal-a, matam-se numa lida inútil, e saem de cada um desses esforços com a impressão de um duello contra uma almanjarra, um paredão ou um monte de areia. Ferra-se o abuso pela gola, como um malandrim colhido a furtar, na praça publica, á luz do dia, mostra-se na mão do tunante o objecto visível do crime, dar-deja-se em cheio sobre a scena a projecção de um holophote, e, com o apito na boca, do alto da Camara ou do Senado, se grita á policia que acuda. Mas a policia, quando se não põe a ladrar contra o zelo dos que por ella chamam, escuta como si tivesse os ouvidos encravados, deixa pender as orelhas, e vae metter o focinho na mesma cêlha onde come o ladrão.

Não foi o que se deu com a carniçaria do *Satellite*? Não foi o que se deu com o morticínio da ilha das Cobras? Não foi o que se deu com a ladroagem da prata? (3) Não foi o que se consummou com o escândalo das deposições, dos bombardeamentos, das alarvarias contra as sentenças da justiça? O clamor da opposição já não modera, já não reprime, já não corrige os desmandos. Antes os acirra, os provoca, os consolida. Do governo, actualmente, não se poderia dizer que seja uma vontade, esclarecida por uma intelligencia. E' a idiotia servida pelo capricho. Cumpra, e não bufe: tal a synthese do regimen. Quem dispõe de baionetas nos quartéis, moedas no Thesouro e votos nas Camaras, não tem que se vexar

(3) Veja adiante o capitulo "Abdições legislativas".



AS RUINAS DA CONSTITUIÇÃO

101

com o senso moral, com a opinião publica, ou com o decóro da autoridade. Sob o caudilhismo, que é a nossa Republica, a tribuna parlamentar nunca existiu, não pode existir, não existe, não existirá nunca.

Quando a revolução introduziu na França o governo representativo, levantou-se, no corpo legislativo, uma tribuna, coberta de baixos relevos, onde a Historia, a Fama, a Liberdade faziam guarda á palavra. Mas no 18 brumario, o regimen do golpe de Estado a desmontou, e as peças de marmore, que a compunham, se sumiram nos subterraneos do paço legislativo, donde vieram a resurgir, reconstituídas, quando se restabeleceram os debates parlamentares. Com o governo de julho foi na Camara Legislativa que ella se collocou, persistindo ahi até 1852, quando o crime napoleónico de 2 de dezembro a sepultou de novo no mesmo porão, onde tanto tempo descansara. Ahi dormiu outra vez quinze annos, até que, declarado o imperio liberal, voltou a tribuna primitiva á scena que dominava com a sua majestade.

Essas vicissitudes representam os revêzes e alternativas da liberdade moderna. Onde quer que o governo popular exista, como nas grandes republicas e nas monarchias republicanas do nosso tempo, ou se ensaia uma tentativa de governo do povo pelo povo, como no Japão, na Russia, na Turquia, na China, a criação da tribuna parlamentar caracteriza, para logo, a transformação operada. Mas, si as camaras legislativas decaem do seu vigor, si a sua autoridade se perde, si o poder executivo as corrompe, as acobarda, as subjuga, immediatamente a tribuna parlamentar, órgão desse elemento em declínio, se retráe, se atrophia e desaparece.

E' o que está succedendo no Brasil, onde o governo da irresponsabilidade a abdicação do Congresso Nacional esvasiaram os debates parlamentares de todo o interesse, privando-os inteiramente da sua acção natural sobre os actos do governo, a que as camaras, em vez de o reprimirem, servilmente obedecem. A eloquencia, instrumento do direito, da verdade e do bem, não tem lugar nesse degradado scenario dos seus antigos triumphos. Deslocados nesse meio hostile, os protestos do espirito constitucional, dia a dia mais raros pela sua inutilidade, soam como irrisorios anachronismos. A elles, por via de regra, se responde com a conjuração de silencio, quando não se encontra algum porcalhão, com que se mande affrontar o asseio moral dos antagonistas, ou algum zelote, bom mercador, interessado em explorar a opportunidade para um cambalacho bem pago com o governo.



O VALOR DO CONGRESSO NACIONAL

O salario não regateado com que este remunera aos seus amigos a adesão parlamentar, o exonera de ter para com o Congresso Nacional outra consideração mais que a do desprezo. A theoria deste anda pôr ahi escripta nas lições do constitucionalismo reinante. A sciencia de servir, ensinada na escola desses publicistas, tem paginas indeleveis. Um delles, quando, em dezembro de 1911, a attitude assumida pela deputação pernambucana levou a receiar que a Camara não votasse os orçamentos, pôz a situação em trócos miudos com este desplante:

“Que se seguirá a essa attitude da Camara? Nada de muito grave: o sr. presidente da Republica continuará a governar. Essa historia da Camara negar orçamento é mera sobrevivencia parlamentarista, não representando, dentro do nosso regimen constitucional, mais do que o não cumprimento do seu dever constitucional por parte do poder legislativo; *o que não tem, nem podia ter nenhuma influencia sobre a vida dos outros poderes...* Entre nós o poder executivo, exercido *pelo presidente da Republica, não depende do voto da Camara em caso algum.*”

REPUBLICANISMO DOMESTICADO

E' assim que os nossos antigos jacobinos escrevem a doutrina da insignificancia do poder legislativo, ministrando aos inimigos do presidencialismo um dos maiores argumentos, com que o poderiam tornar odioso aos olhos de todos os espiritos liberaes. O espectáculo não é novo. Os demagogos domesticados pelo absolutismo sempre foram os seus instrumentos mais incondicionaes. Dos regicidas, septembristas e carnicheiros da convenção, da communa e da commissão de salvação publica nos dias mais sanguinosos de 1793 é que saíram os mais rasteiros adutores e os serviçaes mais submissos ao imperio de Bonaparte e á realza restaurada.

Debuxando com alguns toques do seu pincel essa transmutação, de que enxameiam, nos annaes da revolução, do imperio e da monarchia reenthronizada, os mais tristes exemplos, dizia Chateaubriand, nas suas *Memorias de Alem Tumulo*: “Os revolucionarios enriquecidos começavam a se alojar nos grandes palacios vendidos do Boulevard S. Germain. A caminho de se tornarem barões e condes, não falavam os jacobinos sinão nos horrores de 1793, na urgencia de castigar os proletarios e reprimir os excessos do populacho. Bonaparte, mettendo na sua policia os Scevolas



AS RUINAS DA CONSTITUIÇÃO

103

e os Brutos, se dispunha a recamá-los e variegá-los de fitas, a maculá-los de títulos, a fazê-los trair as suas opiniões e deshonrar os seus crimes. Dia a dia se consummava a metamorphose dos republicanos em imperialistas.”

No Brasil de agora se está reproduzindo o mesmo phenomeno, tantas vezes observado pelos historiadores, moralistas e comedio-graphos, desde que Aristophanes immortalizou numa das suas creações o typo do antigo demagogo, antecipação mais ou menos exacta do actual. Com a simples invenção de um marechal amatalotado no rancho do partido, o radicalismo dos papa-monarchistas, hoje pesca-monarchistas, dos homens de 1903, 1904 e 1907, dos irreconciliaveis da intransigencia republicana se trocou, da noite para o dia, nesta subserviencia que se vê ao governo pessoal de uma espada. Conservado o nome do regimen e o seu frontespicio, os terriveis democreatas renunciaram ao demais, e, agachados hoje na barraca do caudilho, estudam o direito constitucional nos destemperos, frenesis e bravatas do dictador.

O PODER DA BOLSA

A attribuição, a cujo respeito os desertores da republica constitucional se exprimem com todo esse desdem, menoscabando-a como balda inteiramente de influencia no outro ramo de governo, posto não tenha, no regimen americano, a mesma extensão que no parlamentar, é, ainda assim, um poder vital, um dos poderes maximos do Congresso. Esse poder, o *power of the purse*, o poder do orçamento, sempre se considerou, nos paizes livres, como a cidadella da supremacia parlamentar. Debaixo do systema presidencial, o parlamento não goza de tal supremacia, e nos Estados Unidos não se cogita de que elle recuse ao governo os meios de subsistir, negando-lhe as leis de receita e despesa. Mas ali mesmo dispõe o Congresso, nas suas prerogativas financeiras, de freios bastantes para conter um presidente, cuja politica exponha a União a calamidades, ou se extravie da orbita constitucional.

No seio de uma nação como aquella, porém, não seria imaginavel uma dictadura qualquer, nem poderia acontecer que o chefe do Estado se puzesse inteiramente fóra da Constituição e das leis. Entre nós a hypothese não só é realizavel, mas vae já em mui adeantado caminho de execução. E, quando, por ventura, se acabe de consummar desgraça tamanha, quando o poder executivo, transpondo francamente as ultimas raias, onde se encerra a sua autoridade, erie uma situação totalmente revolucionaria de oppressão



e anarchia, o corpo legislativo não se ha de considerar obrigado a munil-o dos meios para ultimar os desastres da sua empresa.

Aliás, ainda nos Estados-Unidos, não se nega em absoluto a possibilidade eventual do recurso a essa medida extrema. O que se diz, é que seria um expediente anomalo e perigoso, ao qual se não deve chegar nunca sem o apoio da opinião publica, e que a camara dos representantes não se sentiu jámais bastante segura desse apoio, para lançar mão de tão desengonado alvitre.

O ORÇAMENTO NO CONGRESSO

Mas, dentro nos limites em que essa prerogativa se desenvolve normalmente, qual a estima em que entre nós a tem o Congresso, e com que seriedade a exerce?

Basta dizer que tem havido annos, como o de 1909, em que, na camara dos senadores, se votam de uma assentada, já nos tres derradeiros dias da sessão legislativa, cinco orçamentos (cinco orçamentos num só dia!) e que o mais importante delles, o da Fazenda, se adopta, naquella casa, a tempo e em termos de já não poderem os seus membros ter delle o minimo conhecimento, minguando espaço, até, para sobre elle dar parecer a commissão competente. Tal é, em 1912, o açodamento e tumulto, que muitas das emendas ao orçamento do Ministerio da Viação e Industria não se remetem á Camara dos Deputados. Com a precipitação (tamanho é) a secretaria da outra casa, ao communicar o voto do Senado sobre as emendas, que elle mantem, omitte muitas dellas, algumas dentre as mais relevantes.

Noticiando “o espantoso equivoco”, um órgão hermista, que assim o qualifica, observa que, a vingar “o perigoso precedente de, “a pretexto de enganos involuntarios”, se abrirem taes lacunas, “ficaria a secretaria do Senado com attribuições equivalentes ás do presidente da Republica no concernente á sancção, ou véto, dos actos do poder legislativo.” Na realidade, porém, essa competencia nova excederia ainda á que exerce o chefe do Estado com a prerogativa do véto; pois esta não pode recair, á escolha, sobre as partes da resolução legislativa, que não agradarem ao presidente; ha de sancionar, ou rejeitar, no seu todo a deliberação do Congresso.



AS RUINAS DA CONSTITUIÇÃO

105

O GOVERNO E O THESOIRO

Mas, senhores, não vale a pena miudear factos de estrondo tamanho como os que dizem respeito á omnipotencia do governo, presentemente, sobre as arcas do Thesoiro. O Poder Executivo gasta quanto quer, como quer e onde quer. Sem autorização legislativa se executam, na Estrada de Ferro Central, perfurações de tuncéis e duplicações de linhas avaliadas em mais de vinte mil contos de réis. Sem autorização legislativa se emprehende e remata a construção de villas operarias, com uma despesa desconhecida, indefinida, mas estimada, igualmente, em dezenas de milhares de contos. Sem autorização legislativa se envolve a nossa administração noutras obras, noutros gastos, noutras prodigalidades, e dispõe do patrimonio nacional negociando clandestinamente a alienação de um dos nossos "dreadnoughts", o *Rio de Janeiro*, não obstante o conclamar da imprensa e da tribuna.

O ARBITRIO FINANCEIRO

Todas as disposições constitucionaes, que encerram na competencia privativa do Congresso o arbitrio de legislar sobre as propriedades da nação, a função de regular, anno por anno, a despesa nacional, a tomada annual das contas do Thesoiro, são letra morta. Os estornos, os avisos reservados, os contratos sem autorização, os registros sob protesto, os creditos extraordinarios, as verbas eventuaes, as relações do governo com o Banco do Brasil, a situação abusiva de certos estabelecimentos, como a Central, que muitas vezes consomem a propria renda, antes de transitar pelo Thesoiro, essas e outras irregularidades, essas e outras facilidades, essas e outras immoralidades formam um systema de escaninhos, subterraneos e alçapões, um labyrintho de evasivas, desvios e ziguezagues, graças aos quaes se furtam á inspecção legislativa os maiores abusos, e as mais grossas prevaricações escapam ao conhecimento da autoridade constitucional. O arbitrio financeiro do presidente e seus ministros não tem limites.

ABDICAÇÕES LEGISLATIVAS

Ahi tudo é clandestinidade, tudo trapaça, tudo burla. A Constituição incumbe o Congresso de "velar na guarda da Constituição e das leis". Mas o Congresso abandona, sem reserva absolutamente nenhuma, as leis e a Constituição ás vontades do poder



executivo. A Constituição entrega privativamente ao Congresso a competência de legislar sobre a moeda. Mas o Congresso admite que, sem autorização sua, o governo, por um contrato lesivo á Fazenda Nacional e destinado a metter milhares de contos no bolso de alguns amigos, alguns parentes, alguns membros das duas Camaras, mande cunhar em Berlim sessenta mil contos de prata. A Constituição commette unicamente ao Congresso a prerogativa da amnistia. Mas o Congresso tolera que a amnistia de 1910 se converta num banho de sangue para os amnistiados. Delles, restando ainda setenta, após a ilha das Cobras e o *Satellite*, nas enxovias militares, dois annos depois só existem dez, tendo-se sumido sessenta, dos quaes em vão pede contas, na Camara, ao governo, o sr. Irineu Machado.

TRAMOIAS COM O VETO

Quando a Constituição estabeleceu um prazo certo, para resolver sobre as medidas, que o legislativo lhe submete (é o *Jornal do Commercio* quem assim se exprime), fixou um limite, que não pode ser transposto. “O executivo”, continúa o grande órgão, “não tem absolutamente o direito de guardar por duas semanas na sua gaveta as leis, que o Congresso lhe envia. A faculdade de antedatar as razões dos vetos é um abuso, que pode occasionar incidentes graves. A lei das desaccumulações tem a data de 31 de dezembro, e a negação da sanção só foi publicada no *Diario Official* de 12 de janeiro, com a indicação discutivel da antevespera, tendo-se excedido, por conseguinte, o termo deixado ao executivo”.

Com o projecto de lei sobre as condições de pagamento a individuos estranhos ao serviço federal, o excesso foi ainda mais largo. Aos 15 de janeiro o acto do Congresso deliberado em dezembro do anno anterior ainda não estava sancionado, nem vetado, quando o prazo fatal para o veto, de dez dias uteis, como é, já se achava ultimado havia muito, e, portanto, a resolução legislativa estava *ipso facto* sancionada, pois, segundo o texto constitucional, “o silencio do presidente no decendio importa a sanção.” “Legalmente, *honestamente*, pois,” (é ainda esse órgão de publicidade quem o diz) o acto era já lei, “e deveria ter sido promulgado.” Mas promulgado ainda não estava, e *acabou por ser vetado*.

A consequencia, senhores, é que esse *velo* aparente importava, na realidade, em *revogação de uma lei*. Vetando um acto legislativo já *sancionado* pelo silencio decendial do presidente,



AS RUINAS DA CONSTITUIÇÃO

107

subtraía este á legislação do paiz uma lei já perfeita e acabada. Era um genero novo de veto: o veto annullatorio da sancção já consummada e revogatorio do acto legislativo já completo.

Não pode haver, da parte do chefe da nação, inconstitucionalidade mais flagrante. Mas essa attitude criminosa ainda se agrava com a velhacaria da antedata, acto de grosseira deshonestidade, que emparelha os habitos da administração com os dos falsificadores vulgares.

Ahi está, senhores, como se porta, sob este regimen, entre nós, o chefe do poder executivo no exercicio de uma das suas mais elevadas prerogativas constitucionaes: a de collaborar com o Congresso na elaboração das leis. Por mais lassas que estejam as consciências, por maior que seja a elasticidade hoje dada á moral politica, hão de reconhecer que não se poderia attentar de modo mais crasso contra a legalidade, nem proceder com improbidade mais rasteira no desempenho das funcções do governo.

O PRESIDENTE E O VICE-PRESIDENTE

A Constituição quiz que o presidente exerça tão sómente o poder executivo. Mas o presidente legisla. A Constituição não admitte que alguém seja eleito presidente, ou vice-presidente, sem “estar no gozo dos direitos politicos”. Mas o marechal Hermes, não o estando, se houve por eleito presidente. A Constituição determina que, vagando a vice-presidencia no primeiro biennio do periodo presidencial, se proceda a nova eleição. Mas a presidencia em 1891, com a renuncia do marechal Deodoro, vagou no primeiro anno do quadriennio presidencial, e o vice-presidente, em vez de assumir a interinidade, occupou o cargo até ao cabo dos quatro annos. A Constituição, emfim, exige que o presidente e o vice-presidente sejam eleitos pelo suffragio directo da nação. Mas o marechal Hermes e o sr. Wencesláo Braz foram eleitos pelos suffragios do Congresso.

ADMINISTRAÇÃO MILITAR

Definindo as attribuições do poder executivo, entre essas lhe outorga o pacto federal a de administrar o Exercito e a Armada, mas de accordo com as leis federaes e as necessidades nacionaes. Foram, porventura, senhores, as necessidades nacionaes as que se consultaram, foi, acaso, ás leis federaes que se obedeceu, quando se mandaram ora as nossas tropas, ora os nossos vasos de guerra



depôr governos estaduaes, bombardear capitaes brasileiras, inverter situações politicas, assassinar cidadãos, marinheiros e soldados?

O INDULTO

Nenhum poder mais augusto confiou a nossa lei fundamental ao presidente do que o indulto. E' a sua collaboração na justiça. Não se lhe deu, para se entregar ao arbitrio, para se desnaturar em actos de validismo, para contrariar a justa expiação dos crimes.

Pelo contrario, é o meio, que se faculta ao criterio do mais alto magistrado nacional, para emendar os erros judiciarios, reparar as iniquidades da rigidez da lei, acudir aos arrependidos, relevando, commutando, reduzindo as penas, quando se mostrar que recaem sobre innocentes, exaggeram a severidade com os culpados, ou torturam os que, regenerados, já não merecem o castigo, nem ameaçam com a reincidencia a sociedade. Todos os chefes de Estado exercem essa função melindrosissima com o sentimento de uma grande responsabilidade, cercando-se de todas as cautelas, para não a converter em valhaoito dos máos e escandalo dos bons.

Mas que fez dessa attribuição o marechal Hermes? O cabo Francisco Borges Leal, motorista de automovel no Ministerio da Guerra, incurso no crime de homicidio, é condemnado, por sentença que o Supremo Tribunal Militar confirmou, a dez annos de prisão com trabalho. Mas, *onze dias depois*, o presidente o agracia, e, *cinco dias mais tarde*, o renomeia para o mesmo emprego nessa repartição.

O assassino Quineas Bombeiro, condemnado pelo Tribunal do Jury, em novembro de 1910, por crime de homicidio, a seis annos de prisão celllular, não obtêm provimento ao recurso, que interpôz para a Côte de Appellação. E' um facinora de nota, cliente habitual da policia, em cujas casas tem frequentes entradas. Mas alcança a graça do presidente, que mezes depois lhe perdôa, habilitando assim a féra a ter o papel, que teve, com o moleque Verissimo e Mendes Tavares, no assassinio do commandante Lopes da Cruz (4).

(4) Veja-se adiante, na conferencia *A Justiça*, o capitulo "O assassinio de Lopes da Cruz".



USURPAÇÃO FLAGRANTE

De mais pasmo que tudo isso, porém, é ainda o caso, de que só o mez passado se veio a divulgar a noticia por um requerimento, onde o engenheiro Barcellos solicitava ao Congresso Nacional relevação da responsabilidade, em que incorrera, como chefe interino de uma repartição, na qual um dos seus funcionarios subtraíra dinheiros do Estado, commettendo assim o crime de peculato. Por essa petição e seus documentos, agora se sabe que esse peculatório, delinquente, confesso e cynico, sendo condemnado pelo crime de responsabilidade, cujo autor é, foi indultado pelo presidente da Republica, o marechal Hermes.

Ora, a Constituição, dando ao chefe do executivo a prerogativa do indulto, no art. 48, n. 6, textualmente exclue dessa faculdade os crimes indicados no art. 34, n. 28, no qual se reserva privativamente ao Congresso Nacional “commutar e perdoar as penas impostas, *por crimes de responsabilidade*, aos funcionarios federaes.” Na especie, o criminoso é um funcionario, o funcionario é federal, e o crime, sendo o de peculato, é o crime de responsabilidade que o Codigo Penal qualifica nos artigos 221 a 223.

Desse crime, consequentemente, só o Congresso Nacional podia remittir ou commutar a pena. Mas o presidente da Republica, o marechal Hermes, não a commutou: perdoou-lh'a; e, para cumulo das abjecções desta época de indignidade, o juiz da execução, em vez de a recusar ao acto criminoso do governo, a esse acto que envolve, por sua vez, o chefe do poder executivo em textos implicitos da lei de responsabilidade, consummou o attentado, juntando a mais crassa prevaricação da justiça á mais atrevida prevaricação do governo.

— E' para o que servem os togados instrumentos do poder, que, sob o nome de juizes, o nepotismo introduz, gradúa e premia hoje na magistratura brasileira. Digno corteão é esse de tal côrte: côrte onde os peculatórios são os que grangeiam a clemencia do governo, côrte do peculato e da peita, onde o suborno se exalça, em doações quantiosas, até ao proprio chefe do Estado.

Essa marroada na Constituição da Republica era, ao mesmo tempo, uma pancada mortal de martinete na probidade official. O presidente não usurpava os poderes do Estado, para salvar a nação, ou a Republica, mas para desatar do castigo legal, justo e necessario, a um ladrão do Thesoiro, processado, sentenciado e confesso.



Que resta dessa Constituição? Que resta do pudor dos homens, numa época em que as armas, deslustradas pelos crimes de um marechal, lhe asseguram, por espirito de camaradagem, a irresponsabilidade em taes vergonhas?

SELECÇÃO DA MAGISTRATURA

Ao chefe do Poder Executivo cabe, constitucionalmente, nomear os juizes. Não ha encargo tão extraordinario quanto este, pelo qual se faz de um poder o arbitro na composição de outro, sobretudo quando esse, cuja sorte se lhe põe nas mãos, é o a que se incumbe a missão de interpretar as leis, de as applicar, e, quando contrarias á Constituição, não lhes obedecer. Nomear um máo juiz equivale a chamar ao templo um máo sacerdote, dotar a igreja de um máo pontifice. Si ha expiações eternas, ninguem as merece mais que o sacrilego autor de tal attentado. Um funcionario incapaz estraça a administração. Um juiz indigno corrompe o direito, ameaça a liberdade e a fortuna, a vida e a honra de todos, ataca a legalidade no coração, inquieta a familia, leva a improbidade ás consciencias e a corrupção ás almas.

NEPOTISMO E MERCANTILISMO

O padre Vieira tem uma pagina edificante sobre as nomeações imerecidas. “Querem saber os reis”, diz elle, “si os que se provêm nos officios são ladrões, ou não? Observem a regra de Christo: *Qui non intrat per ostium, est fur et latro*. A porta por onde legitimamente se entra no officio, é o merecimento; e todo o que não entrar pela porta, não só diz Christo que é ladrão, sinão que ladrão e ladrão. *Fur est, et latro*. E por que é duas vezes ladrão? Uma vez, porque furta o officio, e outra vez, porque ha de furta com elle. O que entra pela porta, poderá vir a ser ladrão; mas os que não entram por ella, já o são. Uns entram pelo parentesco, outros pela amizade, outros pela valia, outros pelo suborno, e todos pela negociação. E quem negocia, não ha mistér outra prova; já se sabe que não vae a perder. Agora será ladrão occulto, mas depois ladrão descoberto, que essa é, como diz S. Jeronymo, a differença de *fur* a *latro*.”

Ora, por onde é que se entra, hoje, para todos os cargos do Estado, mas especialmente para a magistratura, e ainda para a mais alta? Pela porta? Pelo merecimento? — Pelo merecimento, não; pelo desmerecimento. Pela entrada furtiva. Pelo esconso que



AS RUINAS DA CONSTITUIÇÃO

111

não se vê. Pelo caminho do ladrão sorrateiro. Entra-se pela *valia*, de que falava o grande prégador, isto é, pelos empenhos, pelas intercessões, pelos compadrios. Uns são os parentes. Outros, os amigos. Outros, os socios. Outros, os apadrinhadores. Outros, os mercantes. Todos, pelo negocio. Pelo negocio dos suffragios na eleição. Pelo negocio dos votos nas assembléas. Pelo negocio das apologias, ou dos silencios, na imprensa. Pelo negocio das sentenças no pretorio. Pelo negocio das batotas nos ministerios, secretarias e corredores parlamentares. Pelo negocio do dinheiro nos bancos. Negociam-se maiorias. Negociam-se chefados. Negociam-se deposições de governos, golpes de Estado, e canhoneios de cidades. A moeda, quando não é a moeda mesma, são as concessões e empresas, os mandatos e as curues, os cargos e as togas.

SABER E VIRTUDES

Eis como, neste regimen, se usa do poder, outorgado ao executivo, de prover os cargos publicos e nomear os membros da magistratura. Haveis de vos lembrar do caso celebre, em que o clamor geral da imprensa, o escandalo da opinião, a evidencia dos documentos nada valeram, para tolher o ingresso da magistratura suprema a uma creatura da politica rio-grandense (5), e de como o Senado, movido, como um theatro de bonecos, pelo seu titeriteiro, passou por cima de tudo, para consummar, sem acanhamento nem remorso, o maleficio comprovado.

Entre os textos constitucionaes ha uma disposição das mais solennes, que a ella se oppunha: a do art. 56, onde se estatúe que ao tribunal supremo só terão entrada "cidadãos de notavel reputação e saber". Sob as vontades brutaes que nos governam, porém, os menos reputados e os de saber mais notoriamente nullo são os assignalados para essas alturas. Os doutos, os scientes, os de antecedençias brilhantes e averiguada independencia, esses devem ser os suspeitos, esses tem de ser os excluidos. Porque, sob um governo que estraçoa a Constituição todos os dias, seria absurdo abrir á independencia e á integridade as portas da casa dos guardas da Constituição. O de que ali se ha mistér, é dos *canes muti* da Escriptura. Quando o poder executivo acabar de reunir uma segura maioria de votos submissos no Supremo Tribunal Federal, todas as suas sentenças começarão a ser obedecidas. Estaremos, então, livres dos *habeas-corpuz*, da responsabilidade civil

(5) O ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Pedro Mibielli.



do Estado pelas suas culpas, das declarações de inconstitucionalidade contra os attentados administrativos e legislativos.

OS RELATORIOS MINISTERIAES

Uma das normas que, na lei fundamental, organizando a publicidade nos actos do poder, concorrem para lhe estabelecer a responsabilidade, é a que no art. 51, exige de todos os ministros relatorios annuaes, endereçados ao presidente e distribuidos por todos os membros do Congresso. Mas nenhum de vós ignora que, através de tres administrações, das quaes a ultima vem a ser esta, um ministro nosso houve (6), que, demorando-se na sua pasta, seguidamente, nove annos, em vez de nove relatorios, só um apresentou. A essa omissão culposa e daminha não faltaram esculpadores graduados, um dos quaes, da tribuna do Congresso, não vacillou em a theorizar, em a elevar á altura de uma instituição, sustentando a irrelevancia do preceito constitucional e, como consequencia, o direito, para os governos, de o observarem, ou preterirem, a seu juizo.

A ruim antecedencia, aureolada com o prestigio de um nome bemquisto, arriscada a converter-se, assim, em aresto, irá encontrando imitações, que já começam; e, dest'arte, a unica especie de contas regularmente dadas ao publico, neste regimen, pelos governos da União, terá, dentro em breve, desapparecido, espessando-se de todo em trévas a sombra, a que no Brasil já se abriga o presidencialismo.

A JUSTIÇA

Não vos falarei agora dos estragos destes tres annos de dominio da força no sagrado terreno da justiça. Este assumpto de per si só requereria uma conferencia, e esta já vae sobremodo espraçada.

Mas basta lembrar-vos a empresa que se organizou e se premedita no Senado contra a instituição maxima do regimen no ignobil projecto, cuja adopção converteria o Supremo Tribunal Federal, esbulhado praticamente da sua missão de arbitro da inconstitucionalidade das leis, numa instancia subalterna áquella casa do Congresso, e apontar-vos para os destroços de *habeas-corpus* violados que cobrem a historia lastimosa destes tempos: dos *habeas-corpus* no caso do Rio de Janeiro, no caso da Bahia,

(6) O barão do Rio-Branco, então ministro das Relações Exteriores.



no caso do Amazonas, no caso do Piauí, a governadores, congressos, magistraturas, a cidadãos e funcionarios, a civis e militares, a individuos e collectividades, todos elles escarnecidos, todos conculcados, todos reduzidos a inutilidade, ante a soberana prepotencia do governo federal, seus amigos, seus ásseclas, seus agentes.

E' o travamento das vigas deste edificio; a cumieira do regimen, a chave da abobada do systema que ruiu com essa garantia das garantias, com esse poder dos poderes, o poder e a garantia da justiça, extinta, mutilada, ou enfraquecida, a qual, na forma de governo que adoptamos, seria a negação mais insultuosa dos seus modelos e o mais incomparavel de todos os generos de oppressão.

A EXPULSÃO DE ESTRANGEIROS

O recurso do *habeas-corpus* é um dos que o Congresso Nacional arrebatou aos estrangeiros com a celebre lei de expulsão, em que a escola do arbitrio triumphou contra os textos mais categoricos do nosso pacto fundamental.

Formulando a nossa declaração de direitos, que é a parte mais essencialmente vital nas constituições livres, a Constituição Brasileira "assegura", dil-o ella textualmente, "assegura" todos os direitos ali enumerados "aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no paiz".

A equiparação é obvia, literal, peremptoria, absoluta. Não ha quanto "á inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade", nos termos do artigo 72, a minima differença entre a situação dos *estrangeiros residentes no Brasil* e a dos brasileiros. Brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil são iguaes perante o art. 72 da nossa Constituição. Ella confere, nesse artigo, a todos os estrangeiros de residencia no Brasil todos os direitos que aos brasileiros confere. Nenhum dos varios direitos, pois, ali afiançados aos brasileiros se pode recusar aos estrangeiros, que no Brasil desidirem.

Não é a interpretação que extráe do texto, por exegése, ou inferencia, esta doutrina. E' a letra do texto que, positiva e materialmente, encerra esta declaração. Boa ou má, certa ou errada, conveniente ou nociva, a idéa lá está, literalmente, na linguagem formal do texto, a que o lexico e a grammatica não admittem outro sentido.

Ora, uma das comminações legaes, que o art. 72 risca (no paragrapho 20) do nosso direito é a do banimento. Nem como



pena imposta por sentença judicial o admite essa disposição. O seu enunciado, a tal respeito, é preciso. Mas o banimento é justamente o acto pelo qual se condemna um individuo a sair de um paiz, com prohibição de a elle tornar. Nenhum brasileiro, logo, pode ser banido. Portanto, banido não pode ser nenhum estrangeiro com residencia já fixada no Brasil.

Outra coisa não vem a ser a expulsão, que obriga o expulso a deixar o paiz, com inibição de voltar a elle. Será licito expulsar um brasileiro? Não. Porque? Porque a liberdade individual, que o art. 72 lhe garante, o não permitiria. Mas essa mesma liberdade, em termos identicos, assegura o mesmo artigo ao estrangeiro residente entre nós. Logo, si a expulsão do estrangeiro residente é legitima, legitima será tambem a do brasileiro; ou, si a expulsão do brasileiro não é admissivel, inadmissivel será, do mesmo modo, a do estrangeiro.

Que importa diversifique disto a justiça dos outros povos, si na lei fundamental dos outros povos não existe disposição igual, ou analoga, á do nosso art. 72 na Constituição Brasileira? Eliminemos da nossa Constituição o art. 72, e poderemos ser obrigados a aceitar como subsidiario o direito dos outros povos, que autoriza a expulsão do estrangeiro domiciliado no paiz. Mas, emquanto esse texto subsistir na Constituição Brasileira, o direito das outras nações, a ella antagonicos, não a pode supplantar. O contrario seria depôr com o direito estrangeiro o direito nacional, postergar a Constituição nacional, para observar as constituições estrangeiras.

Já se fez isto, neste mundo, em qualquer outro paiz constituido? Não. E' o Brasil quem dessa novidade tem a iniciativa, no anno da graça de 1912, debaixo da presidencia Hermes. Com essa gente, a nossa Constituição não obsta sinão ao bem. Quando se trata de embaraçar um acto de força, uma restricção de liberdade, uma commodidade policial, uma exigencia compressiva, põe-se de lado com um trambolhão o estorvo, estira-se no chão, com o cambapé de uma chicana, ou o pontapé de uma violencia, o direito, e cumpre-se o que se quer, pouco importa como. Em verdade, não se ha mistér de reformar a Constituição legalmente, quando a podemos fazer em pedaços á vontade.

A DECLARAÇÃO DE DIREITOS

Todo esse vasto art. 72, presentemente, já não é mais que uma immensa calçada, restos da grande construcção que ella re-



AS RUINAS DA CONSTITUIÇÃO

115

presentava. Da liberdade individual, que elle quiz tornar inviolavel, não sobrevive, agora, sinão o que os governos, a seu juizo, a seu sabôr, a seu capricho, toleram.

ORDENS ILLEGAES

Segundo elle (parapho 1º), só a lei nos pode obrigar a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, e, de accôrdo com elle, estabelece o nosso Codigo Penal (art. 35), que não ha crime na resistenciã a ordens illegaes. Mas, ainda o anno passado, o commandante da Brigada Policial no Rio de Janeiro baixava as mais severas instrucções, impondo aos seus guardas obediencia absoluta ás ordens recebidas, fôsse qual fôsse a natureza de que viessem a ser. Numa capital onde cada agente de policia traz na algibeira, com o seu revólver, o direito de resolver a bala o menor conflicto, bem se vê o que quer dizer a autoridade armada, quando concita os seus commandados, sob a comminação de sérias penalidades, a executarem cegamente os mandados superiores. O commandante da Brigada revogava, com esse acto, o Codigo Penal e a Constituição. Mas que não poderá, hoje, no Brasil, o commandante de uma brigada?

IGUALDADE PERANTE A LEI

Todos são iguaes perante a lei. Assim nol-o affirma, no parapho seguinte, esse artigo constitucional.

Vêde, porém, como os factos respondem á Constituição. Na Grã-Bretanha, sob a corôa de Jorge V, o archiduque herdeiro da corôa d'Austria é detido na rua e conduzido á policia como contraventor da lei, por haver o seu automovel excedido a velocidade regulamentar. As mesmas normas se observavam no Brasil, sob o sceptro de d. Pedro II, quando o carro do imperador era multado, por atravessar uma rua defesa. Num e noutro caso a lei é igual para todos: todos são iguaes ante a lei.

Mas no Brasil destes dias, debaixo do bastão do marechal Hermes, o seu secretario, por duas vezes, quando um guarda civil lhe acena ao motorista com o signal de aguardar, emquanto se dá passagem a outros carros, apeia irriminado, toma contas ao agente da lei, nota-lhe o nome, e immediatamente o manda punir com a demissão. Noutra occasião é um general do Exercito, que salta, iracundo e decomposto, do vehiculo, ameaçando com o seu revólver o policial que ousou exigir do automovel menor celeridade na carreira.



Esses exemplos, da mais alta procedencia, verificados e registrados pelos' jornaes, na metropole brasileira, desmascaram a impostura da igualdade entre nós, e mostram que valor tem, para os homens da mais eminente categoria, entre as influencias actuaes, como para os que mais perto estão do chefe do Estado, as promessas da Constituição. Essas potencias, no seu insoffrimento dos freios da legalidade, nem ao menos evitam os éscandalos da rua publica, ou observam a compostura ordinaria da boa educação. E' uma selvageria que nem o verniz supporta do mais leve decóro.

DIREITO DE REUNIÃO

A Constituição nos assevera (art. 72, paragrapho 8º), que a todos é licito o associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas, não podendo, em taes casos, intervir a policia, sinão para manter a ordem publica.

Quereis ver como esse direito se respeita nos Estados-Unidos? Posto á frente da policia de Nova-York em 1895, tomou Roosevelt em ponto de honra executar estrictamente as disposições que mandavam fechar aos domingos as casas de bebidas. Era lutar contra a potencia de Tammany Hall, dois terços de cujos chefes exerciam esse commercio, e perdiam com a medida. Contra ella se assanhou um clamor furioso. Os allemães, tão numerosos e poderosos na metropole americana, pegaram em armas contra a policia de Roosevelt, e, como expressão do seu protesto, reuniram um comicio monstruoso.

Com assombro dos convocadores, porém, é Roosevelt mesmo quem vae manter aos manifestantes o seu direito, policiando elle proprio a estrondosa assembléa popular contra elle reunida. Quando o chefe da policia newyorkina assomou no estrado, houve pasmo na multidão, e um dos allemães que marchavam no vasto prestito, antigo soldado prussiano, bradou, ao acercar-se do lugar, onde estavam as autoridades policiaes: "*Wo ist der Roosevelt?*" Onde está o Roosevelt?" Era um veterano da guerra franco-alleman, que quasi caiu de attonito, quando ouviu a resposta: "*Hier bin ich. Was willst, Kamrad?*" Eis-me aqui. Que quer você, camarada?" O allemão, tornando em si do espanto, desfechou em vivas: "*Hoch, Hoch!*" a Roosevelt; e este, vendo passar, num dos carros, um cartaz monstruoso, onde se dizia "Para a Russia, o Czar da Policia!", mandou, por um dos guardas, instar que lh'o cedessem como lembrança daquelle dia. Os homens atur-



AS RUINAS DA CONSTITUIÇÃO

117

didos, não lh'o puderam negar; e o *meeting* acabou em ovações a Roosevelt: "*Bully for Teddy!*" "*He's all right!*" "*Good boy!*"

Mais do que á sua cerveja os álleães apreciaram a tolerancia de uma autoridade íntegra e a sua confiança na lei. Vietoriosa estava a causa da legalidade no espirito mesmo dos que contra ella se tinham insurgido. Roosevelt, que, na vespera, se dizia politicamente morto: "*You may consider me politically dead*", ao outro dia dominava a situação, e todas as tabernas de New-York se fecharam aos domingos, dahi em diante.

Agora, quereis ver o reverso, o que é, no Brasil, esse direito popular? Lembrae-vos do comicio reunido ha dois mezes, no Rio de Janeiro, para se occupar com a candidatura liberal. Desde a madrugada a policia detinha asperamente e recolhia ao xadrez os membros do Club Civil, que affixavam os cartazes de convocação, meros avisos, onde simplesmente se convidava o povo a ouvir, no logar aprazado, os oradores.

Com esses prenuncios, estava claro o que a policia traçava. Traçava e executou. Graças a ella, o mais pacifico dos ajuntamentos populares, pacifico na sua gente, nos seus oradores, na sua attitude, acabou no assassinio policial de dois homens, sancionado por um inquerito com que as autoridades comprometidas acoitaram os responsaveis.

. Como se parece, senhores, como se parece o traslado brasileiro com o original americano!

DIREITO DE PETIÇÃO

Não falarei do direito de petição, que o paragrapho 9º do art. 72 nos declara outorgado, "para quem quer que seja representar aos poderes publicos, denunciar abusos, e promover a responsabilidade dos culpados".

A praxe tem por innocente esse direito. Ninguem d'elle usa, porque ninguem ignora que a responsabilidade se baniu do regimen, que os abusos são os donos do Brasil, que os poderes publicos só têm ouvidos para ouvir a si mesmos. E, si um Coelho Lisboa (7), imaginando séria essa instituição democratica, nomeia ao corpo dos julgadores constitucionaes o maior dos culpados, traz á barra do tribunal os maiores abusos, e provoca o poder publico

(7) Um dos propugnadores da candidatura marechalicia, mas que, pouco depois, se penitenciava, responsabilizando perante o Senado o marechal-presidente pelos abusos e arbitrariedades commettidos. O Senado, é bem de ver, mandou archivar a denuncia, como, aliás, sempre procedera em circumstancias identicas.



a liquidar as maiores responsabilidades, a lição de um indeferimento peremptorio ensina o indiscreto e o paiz a não tomarem nunca mais a sério a farçantaria republicana.

O CASO DOS MONARCHISTAS PORTUGUEZES

Em tempo de paz, estabelece a Constituição que todo o individuo pode entrar em territorio nacional, ou delle sair, com a sua fortuna e bens, como e quando lhe convier, independentemente de óbices policiaes.

Esta declaração, de summo alcance para o nosso desenvolvimento, franqueia o Brasil a todos os estrangeiros. Recusa á policia o direito de lhes negar entrada. Si alguma restricção lhe está subentendida, será, unicamente, a que, pela regra geral da ordem publica, sempre se subentende em amparo da moral e dos bons costumes, a todas as estipulações de liberdade. A nossa hospitalidade constitucional não poderia abranger o vicio, o crime, a escória das cidades estrangeiras: os ladrões, os *caftens*, os criminosos de toda a casta.

Mas excluir os foragidos politicos, como se annunciou que o governo brasileiro ia fazer com os monarchistas portuguezes, excluir os incursos em meros delictos de opinião, em crimes meramente politicos, crimes num paiz, virtudes noutro, crimes um dia, outro dia serviços, crimes que até os tratados de extradição, todos elles, hoje absolvem, seria calumniar a norma constitucional, subtraindo á sua protecção justamente o que ella cogitou de proteger, autorizando aos seus executores precisamente o que lhes ella quiz vedar.

Para toldar esta verdade trivialissima, sensível aos espiritos mais simples, não bastariam todos os piluleiros do constitucionalismo actual reunidos, todos os curandeiros de doenças incuraveis, chamados para socorrer, nos seus apertos juridicos, o governo do marechal.

IMPrensa E TRIBUNA

De todas as liberdades, a do pensamento é a maior e a mais alta. Della decorrem todas as demais. Sem ella todas as demais deixam mutilada a personalidade humana, asphyxiada a sociedade, entregue á corrupção o governo do Estado. Nenhuma constituição lhe abona maior amplitude que a nossa, quando institue, no art. 72, paragrapho 12, que “em qualquer assumpto é livre a manifestação do pensamento, pela imprensa ou pela tribuna,



AS RUINAS DA CONSTITUIÇÃO

119

sem dependencia de censura, respondendo cada um pelos abusos que commetter, nos casos e pela fórma que a lei determine.”

Não pode haver, no papel, garantias mais cabaes; e, quando se considera que a magistratura suprema, organizada com as condições da mais alta independencia, tem a seu cargo velar por esse, como por todos os outros direitos individuaes, armada, até, de attribuições soberanas, para se oppôr aos actos administrativos e legislativos, si attentarem contra a Constituição, chega a ser absoluta a illusão da miragem, não se concebendo que se pudesse abrigar a liberdade a trincheiras mais poderosas. Mas de tudo motejam, nestes tempos, entre nós, as forças da anarchia.

O veto da policia annulla a tribuna popular, mandando tumultuar, na metropole mesma, por agentes provocadores, os comícios onde essa tribuna se levanta, e dissolvel-os a tiros de revólver, como, ainda ha dois mezes, no celebre caso de 15 de novembro. Contra a própria tribuna parlamentar attenta, desfaçada e atrevidamente, assim na Camara dos Deputados, onde estes, em pleno debate, se têm visto até alvejado pelas armas dos secretas e malandrins policiaes, como no Senado, onde, nos dias solennes da opposição, as galerias se enchem de policiaes e soldados, para tomarem o logar ao povo, e armarem aquella inepta carranca de ameaças, em que tanto crêem os governos violentos.

Desde o principio do actual, a imprensa entrou a receber delle, na capital mesma, o tratamento dos feitores de escravaria. Para a caracterização dessas boas entradas bastava o expressivo incidente occorrido com o *Diario de Noticias*, no começo de 1911, quando a presidencia do marechal encetava a sua marcha gloriosa. Tama-nha foi a enormidade, que o *Jornal do Commercio* mesmo, com todo o seu hermismo, não se pôde conter, e, aos 6 de março, condemnou com energia o desaforo, numa nota memoravel, que merece ser registada entre os documentos permanentes da historia destes nefastos annos.

“O governo comprehendeu”, dizia elle, “que estava na obrigação moral de explicar pela sua folha, o inqualificavel acto de prepotencia da policia, intimando o secretario de um órgão opposicionista a prestar declarações, e aconselhando o alludido órgão a modificar a sua linguagem.

“Infelizmente, porém, a explicação é daquellas que não explicam nada, antes confirma a inutil violencia praticada contra a liberdade de imprensa.

“A nota official não diz uma só palavra de respeito a essa liberdade, sem a qual nenhum governo serio pode subsistir.



“Nenhum regulamento attribue á policia essa função de censura, definitivamente abolida em nosso paiz, onde as leis prefixam e determinam as responsabilidades de cada um pelos abusos que commetter.

“E’ extremamente curioso que no regimen republicano, em plena vigencia da constituição de 24 de fevereiro, uma autoridade subalterna se permitta a liberdade de chamar á ordem jornalistas, ainda quando estes, por acaso, se excedam na critica e analyse dos actos officiaes ou do momento politico.

“A Inglaterra monarchica offereceu-nos, ainda ha pouco, este exemplo edificante: o soberano do maior imperio do mundo, processando, como simples particular, um escriptor, que o injuriara.

“Entre nós, onde o chefe do Executivo é uma autoridade temporaria, e eleita pelos seus proprios concidadãos, a intervenção da policia, em assumpto de tal monta, aberrá de todos os principios de direito, e deve ser severamente censurada e combatida por todos os verdadeiros patriotas.

“Nós, por nossa parte, cumprimos o nosso dever, deixando mais uma vez expressa, nestas columnas, a mais positiva reprovação ao inqualificavel attentado.”

Desde então coube á imprensa, neste periodo administrativo, um verdadeiro martyrologio, nos grandes como nos pequenos. Estados.

Todo o publico brasileiro póde ver a estampa, em que, nas suas paginas illustradas, mostrava o *Imparcial* as ruinas da *Provincia*, do Pará, o órgão lealista de Belém. A frontaria do edificio é, na photographia, um verdadeiro crivo de balas. Naquella casa, que, si possível fôsse, deveria conservar-se numa vitrina de museu historico, alguns homens, ali de improviso colhidos pela investida, tinham soffrido um assalto de fusilaria e metralhadoras, que deixou coberto de rifles o campo de batalha, onde carroções carregados dessas armas as distribuiam, durante o combate, aos sitiantes, e as patrulhas de cavallaria assistiam curiosas e impassiveis, ao ataque de tantos contra tão poucos.

Sorte analogá tiveram: no Recife, os órgãos do jornalismo ro-sista, entre os quaes a folha mais antiga do Brasil, o *Diario de Pernambuco*; em S. Salvador, o *Diario da Bahia*, veterano talvez de sessenta annos de praça, e a *Bahia*; em Manáos, as folhas da situação destruida pelo bombardeio; na Fortaleza, a imprensa aciolysta. Outras vezes são as ameaças, as tentativas de empastelamento, a ebullição aggressiva da canalha policial, com funcionarios publicos, e, até, chefes de grandes repartições á sua testa, como



sucedeu com o *Diario de Noticias*, e *O Seculo*, na capital, e, em grãos de violencia diversos, noutros Estados, como no Rio Grande do Norte, no Piauhy, em Alagôas, em Minas mesmo, no caso de Barbacena, com o redactor da *Noite*. E por entre essas aggressões, essas intimidações, essas devastações mais ou menos selvagens, o sangue derramado, os homicidios: a morte de um jornalista da opposição numa cidade catharinense, a de Miranda Chacon, no Recife, e outros, com que a memoria me não acode.

Valeria a pena lavar essa estatistica, si para ella alguma houvesse de paciencia bastante. Desmemoriados como somos, haviamos de nos assombrar de que tantos crimes se pudessem ter commettido agora, no Brasil, contra a intelligencia humana, e de todos successivamente nos esquecessemos, delindo-se no espirito desta nacionalidade a impressão das nossas maiores desgraças tão depressa como os vestigios da chuva no areial. Veriamos então, num só quadro, a miseria, que vem a ser, entre nós, hoje, essa liberdade, origem e baluarte de todas as liberdades, orgulho e honra da civilização em todas as republicas, em todos os paizes constitucionaes.

O ARBITRIO POLICIAL

A nossa Constituição quiz amarrar as mãos ao arbitrio policial, para que não pudesse prender, reter ou deter a ninguem, sem flagrancia, mandado judicial, ou processo. Não menos de quatro paragraphos, nesse numeroso art. 72, ali se consagram, uma insistencia excepcional, a taxar regras severas contra todos os abusos a tal respeito imaginaveis.

Pois bem, senhores: a policia brasileira, arbitraria em todos os tempos, elevou, ultimamente, o arbitrio a uma habitualidade e a uma grosseria, que nos irmanam com os paizes mais animalizados pelo regimen asiatico ou africano. Quando o povo da capital se agitava nos bons dias do civilismo, caminhões-automoveis, postados ás esquinas da avenida Central, o sitio mais elegante e concorrido do Rio de Janeiro, levavam, a carradas successivas, para o xadrez e a Detenção, todos os dias, centenas e centenas de cidadãos, de todas as classes, presos unicamente por victoriarem o candidato civilista. Naquellas enxovias, onde a sequestração dos detidos se dilatava ao bel prazer do chefe, seus delegados e auxiliares, moços das melhores familias, pessoas das mais limpas, cortiam as sevicias mais dolorosas e humilhantes.

Ali reina a férula e a surra. Tal o regimen da nossa policia, desde os dias do coronel Vespasiano de Albuquerque na Central,



desde os da prisão de Andrade Figueira e a deportação do brasileiro Antonio Borlido, sob a presidencia Campos Salles.

A policia republicana destes bellos tempos, não é sómente uma instituição de aguazis e delatores, um mecanismo de espionagem e confisco arbitrario da liberdade: prende, chibateia ou vergalha, palmatôa, deporta e mata. Dispõe de todos os recursos da policia do sultão.

DIREITO DE PROPRIEDADE

Será mistér falar-vos no direito de propriedade? A Constituição o declara mantido em toda a sua plenitude. Mas a Republica lhe tem aberto immensas bréchas, ora por meio de leis que o cerceiam, como a das desapropriações na capital, ora por meio de explosões barbaras, como as que, com o concurso ou o premio do governo federal, destruíram, no Pará, os bens de Antonio Lemos, no Ceará as casas dos acciolytas, em tantos outros Estados os predios e officinas da imprensa.

Qual será o paiz civilizado, onde hoje se pudesse correr o risco de tão estúpidas barbaridades? No Brasil, todavia, ellas se multiplicam, obedecendo a intuitos politicos, mudando situações estaduaes, e causando alegrões aos homens do poder.

SIGILLO DA CORRESPONDENCIA

Violar a correspondencia alheia! E' uma baixeza, uma improbidade, uma vilania. A nossa Constituição lhe declara inviolavel o sigillo. O nosso Codigo Penal, num capitulo distincto, em sete artigos successivós, fulmina esse crime, priva dos cargos publicos os delinquentes contra esse direito, commina-lhes a pena de prisão cellular, e nem siquer aos tribunaes permite admittir em juizo as communicações particulares assim obtidas.

Pois bem, senhores; esses crimes constituem hoje o uso, a lei, a pratica geral da nossa administração. O telegrapho e o correio, são, actualmente, francos á curiosidade official. Os funcionarios, os ministros, os chefes de partido ordenam e praticam, ás escâncaras, a exploração das cartas e telegrammas alheios. Não pôde haver invasão mais odiosa, mais irritante, mais canalha do nosso direito. Mas, entre nós, os superiores não se envergonham de a prescrever aos subalternos, de com elles a perpetrar, de a pôr em costume nos serviços a que presidem.

O funcionalismo depravado nessa escola de alcovitice, acaba por se descartar inteiramente do pudor. E' um contagio de insen-



AS RUINAS DA CONSTITUIÇÃO

123

sibilidade moral, em que todos se vão contaminando. Já se não esconde a torpeza. Os seus documentos passam de mão em mão com a semcerimonia dos actos mais decentes. Não haverá, talvez, mais de um anno, que os repórteres de um dos jornaes da capital viam sobre a propria mesa do Senado cópias officiaes de telegrammas meus, entregues ao seu vice-presidente (8), cuja inspecção politica se exerce hoje sobre todo o movimento dos telegraphos brasileiros.

Mas a desenvoltura vae ainda mais longe. Não se contentam com devassar: interceptam, mutilam, occultam, subtráem, como ultimamente em telegrammas meus se me tem offerecido ensejo de experimentar.

A TORTURA POLICIAL

Já a Constituição do imperio abolia os açoites, a tortura e todas as demais penas crueis; disposição essa, que, pelos arts. 73 e 83 da Constituição republicana, subsiste no nosso direito constitucional. Mas, a despeito dessas duas constituições, os governos da Republica restabeleceram as penas crueis: a palmatoria, o azorrague, a tortura, os calaboiços e solitarias sem hygiene, luz nem ar.

Entre outros casos de suppliciamiento inquisitorio convém não esquecer o do immortal escrivão, que, no negocio dos caixotes, cujos incidentes enlamearam a policia do Rio de Janeiro, intervindo como verdugo, para extorquir confissões, teve a idéa obscena de atormentar o accusado pelos órgãos sexuaes, com a connivencia do delegado, que o apoiava, e o innocentou.

Ainda o anno passado, o *Correio da Manhã* denunciava uma autoridade policial, que, em certo districto da metropole, alem de manter dias e dias em custodia os presos, os esbordôa e os marca brutalmente, usando para isso dos lategos de borracha, agora postos em moda. Um dos repórteres desta cidade, numa conversa relatada pelo sr. Nestor Victor no mesmo jornal, sobre o crime de Paula Mattos, lhe declarava ser esse o caso unico, em que não vira arrancar-se a confissão aos accusados mediante pancadaria.

Quando esse é o uso comezinho na capital do paiz, não admira que, em certas regiões agricolas, quando se evadem os seus homens de serviço, os administradores das fazendas encarreguem a policia de bater o matto, e ensinar á palmatoria os fugitivos. “O chicote já se não pode metter”, dizia um delles ao narrador; “mas bolo é coisa que a lei permite”.

(8) O senador Pinheiro Machado.



O CHICOTE E OS “CAFTENS”

O pior de tudo, porém, está em que a voga geral dessas crueldades acabou por levar até os espiritos cultos ao esquecimento da nossa lei constitucional, lástima de que temos a expressão mais singular na propaganda, ultimamente desenvolvida, ainda entre juristas nossos, para a introdução do chicote como regimen penal contra os *caftens*.

Noventa annos ha, que, entre nós, se acha abolido, constitucionalmente, o açoite. E ninguem, em direito, nem mesmo os *caftens*, está fóra da Constituição.

Reformem a Constituição, quando os quizerem chicotear no Brasil, já que a sua condição de estrangeiros lhes assegura o privilegio, recusado agora aos nacionaes, de não serem açoitados, sem uma lei que o autorize. Mas, si a politica do direito penal houver de retrogradar á brutalidade mecanica de outras éras, para curar essas miserias moraes, quando estabelecerem o vergalho contra o caftismo internacional, não se esqueçam de que o proxenetismo tem na sociedade outros exploradores, indicados a dedo por todo o mundo, que não inspiram menos repugnancia, nem merecem menos duro estigma.

ABAIXO DO PARAGUAY

Em junho de 1911 nos vinham relatar aqui os telegrammas do Paraguay que o deputado Marcos Caballero, preso dias antes como envolvido numa conspiração contra o presidente da Republica, obtivera do Supremo Tribunal um *habeas-corpus*, e que o governo promptamente obedecera á sentença. Era o mais significativo exemplo dado, em plena guerra civil, por um dictador paraguayo.

Tratava-se dessa instituição protectora, que, entre nós, o imperio legou á republica, e que esta, na sua Constituição, liga a todos os casos de violencia ou coacção, verificadas ou imminentes, por illegalidade ou excesso de poder. Eis a theoria constitucional. Mas a pratica a desmente com estrondo. Não só os individuos, mas até autoridades constituídas têm recorrido á protecção dessa garantia. Governadores, congressos, tribunaes inteiros têm lançado mão desse grande escudo juridico, indo buscal-o na mais alta das nossas magistraturas. Mas, nem o governo da União, nem o dos Estados a querem mais acatar.

A Constituição do Brasil já vale menos do que a do Paraguay.



AS RUINAS DA CONSTITUIÇÃO

125

RECRUTAMENTO

O recrutamento é uma das antigas armas da tyrannia, que a lei republicana quiz varrer da politica brasileira. Conseguiu-o? Não. Ainda o anno passado os tribunaes do Rio Grande negavam *habeas-corpus* a cidadãos recrutados para a policia rio-grandense. O Supremo Tribunal Federal sem vacillação o concedeu. Não obstante, porém, a imprensa annunciou que o governo daquelle Estado persistia no abuso, continuando ali o recrutamento.

Mais uma garantia constitucional, que se vae.

RUINAS E RUINAS

Exige a Constituição que no provimento dos cargos publicos se observem as condições de capacidade (art. 73). Mas a capacidade é, justamente, a consideração legal, a que, na selecção para os cargos publicos, não se attende.

Manda a Constituição que aos funcionarios só se conceda a aposentadoria em caso de invalidez no serviço da nação (Art. 75). Mas o afilhadismo transformou as aposentadorias em premio aos funcionarios protegidos, e meio de abrir vagas a outros afilhados; com o que os quadros da inactividade retribuida transbordam, e o Thesoiro vem abaixo sob a mole bruta das pensões.

Determina a Constituição que, durante o estado de sitio, o governo só usará da prisão e desterro. Determina que, em se reunindo o Congresso, lhe dará logo conta, o governo, das medidas que houver empregado. Determina que se responsabilizem os autores de abusos commettidos á sombra dessa medida (Art. 80).

Eis o que ella determina. Mas como lhe obedece a ella o governo do marechal? O governo do marechal, ultrapassando a sua autoridade sob o estado de sitio, prendeu, desterrou e matou. O governo do marechal não relatou ao Congresso as providencias durante elle adoptadas, sinão tarde e insufficientemente. O governo do marechal não responsabilizou de modo nenhum os seus agentes, incursos nos actos de sangue e morte, com que o estado de sitio de 1910 a 1911 se inquinou dos mais horriveis attentados.

Estatúe a Constituição que “os funcionarios publicos são estrictamente responsaveis”, e abrange nessa responsabilidade, assim os abusos, como as omissões, assim a negligencia em todos, como a indulgencia dos superiores para com os subalternos (Artigo 82). Mas, ao contrário, hoje, a irresponsabilidade é o tecido mesmo do regimen. Responsaveis, debaixo d'elle, só os homens bons,



os innocentes, os amigos da lei, por guardarem a pureza dos seus sentimentos, terem a coragem das suas idéas, e não se meretricia-rem nesse vasto lupanar, em que homens e instituições vão apodrecendo.

Nada escapa desse exício geral. Tudo se vae, tudo se perde, tudo acaba. Tudo ruínas, ruínas e ruínas.

O TRIBUNAL DE CONTAS

Uma das influencias mais escandalosas nesse podreidoiro é a execução dos orçamentos, a distribuição das graças pecuniarias, a outorga das concessões, a celebração dos contractos administrativos.

Contra esse mal corroedor, a que tão occasionadas são as democracias, e que as dictaduras levam ao seu extremo, creou a Constituição da Republica um tribunal: o Tribunal de Contas. Esse tribunal tem cumprido o seu dever. Mas os governos o não toleram. O arbitrio, dado a elles, de lhes passar por sobre as decisões, o inutiliza nos casos mais graves. Nò da prata (9) foi baldada a sua decisão. O systema constitucional não pode lutar contra o systema das propinas, contra a advocacia administrativa, a advocacia parlamentar, a advocacia presidencial.

A barreira levantada nessa instituição ás immoralidades officiaes não logra resistir á torrente do arbitrio, que lhe embate de encontro aos alicerces. A Camara não acceitou o contraforte, com que a quiz amparar a emenda Carlos Peixoto. A cidadela solitaria não subsistirá muito tempo no meio deste esboroamento geral.

OS HOMICIDIOS OFFICIAES

Através dos destroços que juncam o campo, onde, ha vinte e quatro annos, erigimos este regimen, corre um fio de sangue, espraçado, a espaços, em largas manchas. A Constituição quiz tornar sagrada a vida humana, abolindo a pena de morte (Art. 72, paragrapho 21º). Era uma homenagem singular á sua inviolabilidade, que as constituições não costumam resguardar, entregando a materia á discreção do legislador. Saiu-nos ás avessas a precaução extraordinaria. Nunca se accenderam tanto na politica e no governo, entre nós, os instinctos homicidas. Abolida a pena de morte, mata-se agora sem pena.

(9) O contrato para a cunhagem, na Allemanha, de 60.000 contos em prata. Veja-se, a pags. 105, o capitulo "Abdicções legislativas".



O rubejar dessas placas vermelhas matiza de notas sinistras os estragos dessa ruinaria: o episodio infernal do kilometro 65 no Paraná (10); os fuzilamentos premeditados e furtivos em Santa Catharina, sob Moreira Cesar; as execuções summarias e tenebrosas de Floriano Peixoto nas ilhas do Rio de Janeiro; as degolas trueulentas e atrozes de Arthur Osear em Canudos; as carnicerias repetidas e satanicas do governo Hermes no *Satellite*, na ilha das Cobras, em Manáos. O olho de sangue ainda não seccou. Através dos restos esparsos da grande construcção desmoronada vae serpeando a veia escarlate. Haja vista a morte do tenente Calazans, executado pelo tenente Mello, em fevereiro de 1912, no Recife, e, em 1913, a das praças immoladas pelo general Bello no Amazonas.

Triste romaria, senhores, a que acabamos de fazer juntos. Nos cemiterios o espirito se eleva. São as leis eternas, que se cumprem. E' a mão do Senhor, que passa por sobre as coisas, derramando o silencio e o repouso. Quando atravessamos uma cidade morta, os testemunhos da sua extincta grandeza nos falam do tempo sem limites e do seu poder invisivel. Dos seus amphitheatros, dos seus muros, das suas pedras murmuram os seculos no mysterio na sua calada, como essa harmonia longinqua dos astros, que só as almas escutam. São destinos que passaram, fundidos na evolução da humanidade, impenetravel no termo do seu rumo como esses systemas estellares que gravitam, não se sabe para onde, no espaço infinito. A intelligencia e a consciencia se sublimam, contemplando esses espectaculos dignos do Creador de todas as coisas.

Aqui, porém, o panorama de um scenario odioso e vulgar não lembra, nos quadros deste vasto esborão, sinão a obra da imbecilidade e do mal. O que se sente é um rumor subterraneo de troglodytas mergulhados nas suas trevas. Dir-se-ia uma povoação alluída por um fervedoiro de formigas, toupeiras e ratos, abrigados sob os seus fundamentos. A esterilidade, o desamparo, a sordidez lhe envolvem os restos; e as sombras que delles se levantam, são as de uma raça, que, de cobarde, abandonou os seus penates e os seus lares á sevandijaria dos parasitas mais ignobeis.

Patriotas do *caucus* de 1909, manipuladores da eleição de 1910, idolos do Partido Republicano Conservador, manes de Quintino e Rio-Branco, mortos ainda vivos no rastro dos nossos actos, vivos mal galvanizados na morte da vossa honra, vós os que carregaes, ante a historia, com a responsabilidade desta situação, com a

(10) O fuzilamento do barão de Serro-Azul, em 1894.



sua paternidade adulterina, com o dolo do seu arremêdo eleitoral, com a sua encenação diplomática, com a “deslocação do eixo da política nacional”, com a apologia das espadas virgens, com a preconização da incompetência na pessoa do chefe do Estado, com a inoculação do veneno das ambições da incapacidade ao cérebro de um soldado inculto, com a rendição voluntária do elemento civil à força armada, trânsfugas da Constituição, patriarcalismo do medo, imagem da surdez e da cegueira, da impenitência e do endurecimento, do egoísmo e da indiferença, — que é da ordem, que é da paz, que é da legalidade, em cujo nome nos precipitastes convosco nesta aventura de suicidas?

Evocando os espantinhos da sedição militar contra a qual descobrieis o preventivo na condescendência com um capricho de quartel, appellando para os sentimentos que abatem o civismo, em vez de o despertar e o estimular, homens do azar e do palpito, do jogo e da fortuna, arriscastes, numa cartada que o demônio da cubição vos inspirava, o futuro das nossas instituições, a estabilidade da República, a salvação do Estado.

Arrastados no declive de compromissos irrecrutáveis, alienastes o thesoiro da vossa liberdade, renunciastes à estima dos vossos concidadãos, amordaçastes os remorsos da vossa consciência, para, a troca da vossa independência no Congresso, que se sumiu, da soberania da justiça, que se renegou, da moralidade da administração, que se perverteu, do crédito nacional, que falliu, da reputação brasileira, que vai rojada na lama, vemos introduzir-se na mentira da nossa democracia um servilismo ignobil, aclimar-se nos costumes do nosso regimen uma adulação abjecta, carcomer a nossa política um nepotismo inverosímil, encerrar-se a república na família do presidente com a sua camaradagem e os seus lacaios, implantarem-se nos Estados as oligarquias militares, rastejar em tudo o aulicismo com as suas degradações mais soézes, galgar o poder do ouro até ao chefe da nação em dadas pingues de interessados e subalternos, desmanchar-se em pedaços irreconstituíveis o systema da nossa defesa internacional, annuiar-se-nos os horizontes com a imminência da guerra civil, e crescer-nos aos pés, alagando o paiz, a miséria, a anarchia, o sangue.

Eu já não poderia, senhores, falar aos Brasileiros como Burke aos Inglezes, em 1792, ante a revolução franceza, dizendo-lhes que a Constituição está em perigo. A Constituição está em destroços; e o que nos ameaça agora, não é uma revolução liberal; é, com a última ruína das nossas liberdades, a perda total de nós mesmos. Não é a Constituição que se acha em perigo: é a patria, o Brasil,



AS RUINAS DA CONSTITUIÇÃO

129

a nossa integridade, a nossa collectividade, tudo o que somos, tudo o que eramos, tudo o que aspiravamos a ser, a nossa existencia mesma, nos seus elementos materiaes, como nos seus elementos mo-raes, em todas as condições da sua realidade e do seu valor, da sua actualidade e do seu futuro, da sua duração e da sua honra, do seu prestimo e do seu destino. Si nos não erguemos num grande movimento de reabilitação, a fallencia da nossa nacionalidade estará declarada.



POLIFONIA - REVISTA INTERNACIONAL DA ACADEMIA PAULISTA DE DIREITO

POLIFONIA – SAO PAULO LAW ACADEMY INTERNATIONAL REVIEW

APRESENTAÇÃO – PRESENTATION

O tema geral da presente edição da Polifonia – Revista Internacional da Academia Paulista de Direito - não é anódino, tampouco escolhido ao acaso. Ele é resultado de Seminários Acadêmicos realizados sucessivamente, no ano de 2023, na Academia Paulista de Direito e no PPGD – Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS – Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Nas duas ocasiões, estiveram presentes juristas estrangeiros, especialmente integrantes da Justiça Eleitoral do México, quanto juristas brasileiros que tratam do tema.

O Brasil recém saía de um período de eleição presidencial difícil. O sistema eleitoral brasileiro, considerado um dos mais seguros no conjunto dos Países democráticos, foi desafiado a enfrentar antigos e novos problemas que colocaram em xeque esse reconhecimento. A confiabilidade do sistema eletrônico de votação foi posta em dúvida pelo *establishment* que governou o País entre 2019 e 2022, o qual não hesitou em usar as redes sociais digitais para difundir *fake news* e manipular as emoções populares, com a evidente intenção de desestabilizar, fragilizar e deslegitimar as instituições democráticas. O fatos criminosos ocorridos na Capital Federal em 8 de janeiro de 2023, já com o novo governo democraticamente eleito no poder, foram a representação mal sucedida da aversão ao Estado Democrático de Direito nutrida por seus algozes e, em especial, aos poderes constituídos e às eleições livres, procedimental e materialmente democráticas.

Assim, os textos que ora são apresentados resultam dos esforços das duas instituições envolvidas em promover a discussão dos principais temas vinculados ao Direito Eleitoral e que, amiúde, transcendem as fronteiras estatais para adquirirem contornos globais.

Embora os ataques ao poder que o povo exerce através do voto não sejam novos, a novidade é que as tentativas destinadas a vilipendiar esse poder popular deriva, entre outras razões, do mau uso das tecnologias de informação e comunicação. Por essa razão, nesta era da revolução tecnológica digital, marcada pelo fato de que os “intangíveis” se inscrevem profundamente nos agenciamentos sociais, é que o direito eleitoral deve estar tecnicamente preparado para melhor proteger a democracia.

O contexto latino-americano, indelevelmente marcado por regimes autoritários e por populismos atrasados vê-se confrontado, mesmo depois de quatro décadas em que novas Constituições foram criadas e outras foram reformadas para reafirmar a soberania do voto em sistemas com eleições periódicas, com tentativas de profundos retrocessos democráticos.

Do mesmo modo, ainda que a jurisprudência do sistema interamericano de direitos humanos tenha condenado inúmeros Estados da região pela ruptura democrática que afastou governantes eleitos pelo voto, as derivas autoritárias não hesitam em investir contra os poderes legítimos nos quais estão ancoradas nossas democracias. Não é sem razão que nas discussões sobre Direito Eleitoral o tema da memória e da verdade deverá estar presente, porquanto é a reforma o aprimoramento das instituições que pavimentam a passagem das ditaduras para a democracia.

Temas como separação de poderes e as dinâmicas eleitorais em sociedades altamente marcadas pelos interesses do modelo econômico neoliberal têm mobilizado os juristas de diferentes sistemas e de diferentes pontos cardeais em defesa da alternância no poder e do voto secreto e universal em eleições livres. A mensagem clara trazida por esse conjunto de reflexões é que, além do Poder Judiciário dever ser independente e autônomo, como é o caso do Brasil, outras instituições centrais do Estado de Direito, como é o caso do Ministério Público e dos Partidos Políticos, devem funcionar como guardiães incondicionais das democracias contemporâneas.

As autoras e os autores dos artigos reunidos nesta edição nos apresentam de maneira competente todos esses temas democraticamente insuperáveis. A par de agregar qualidade acadêmica aos objetivos da Revista Polifonia, os textos nos permitem pensar que o Direito Eleitoral é um dos caminhos irrenunciáveis pelos quais devemos transitar e conhecer enquanto verdadeiros e genuínos artífices da democracia pelo exercício do voto. Um dia, Otávio Ianni afirmou que numa viagem sempre deixamos algo pelo caminho. No lugar, coisas novas e melhores colhemos e levamos para casa. Essa é uma boa metáfora para compreender a democracia. O longo percurso para chegar até ela pressupõe renovação e evolução para a construção de sociedades melhores. O Direito Eleitoral é um dos caminhos para realizar essa viagem.

De Paris para São Paulo/Porto Alegre, em 18 de fevereiro de 2024.

Professora Pós-Doutora Jânia Maria Lopes Saldanha¹

PPG em Direito – UNISINOS

RESUMO:

O tema geral da presente edição da Polifonia – Revista Internacional da Academia Paulista de Direito é resultado de Seminários Acadêmicos realizados sucessivamente, no ano de 2023, na Academia Paulista de Direito e no PPGD – Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS – Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Nas duas ocasiões, estiveram presentes juristas estrangeiros, especialmente integrantes da Justiça Eleitoral do México, quanto juristas brasileiros que tratam do tema.

Os ataques ao sistema eleitoral brasileiro, considerado um dos mais seguros no conjunto dos Países democráticos e os fatos criminosos ocorridos em Brasília em 8 de janeiro de 2023, foram o pano de fundo para as discussões levadas a cabo nos seminários acadêmicos.

¹ Professora da Escola de Direito da UNISINOS - Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Membro da Secretaria de Relações Internacionais da ABJD - Associação Brasileira de Juristas pela Democracia. Membro da Comissão de Monitoramento e Ações na implementação das obrigações internacionais em matéria de direitos humanos, do CNDH (2022-2024). Visiting Professor.e. UCL - Université Catholique de Lille (FR), 2022/2023/2024. Advogada. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9285450415334580>. E-mail: jantiasaldanha@gmail.com - **Ark:/80372/2596/v12/003**

Os textos que ora são apresentados resultam dos esforços das duas instituições envolvidas em promover a discussão dos principais temas vinculados ao Direito Eleitoral e que, amiúde, transcendem as fronteiras estatais para adquirirem contornos globais.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Eleitoral. Direito Comparado. O sistema eleitoral brasileiro.

ABSTRACT:

The general theme of this edition of Polifonia – Revista Internacional da Academia Paulista de Direito is the result of Academic Seminars held successively, in the year 2023, at the Academia Paulista de Direito and at the PPGD – Postgraduate Program in Law at UNISINOS – Universidade do Vale do Rio dos Sinos. On both occasions, foreign jurists were present, especially members of the Mexican Electoral Court, as well as Brazilian jurists who deal with the topic.

The attacks on the Brazilian electoral system, considered one of the safest in all democratic countries, and the criminal events that occurred in Brasília on January 8, 2023, were the backdrop for the discussions held in the seminars.

The texts presented here are the result of the efforts of the two institutions involved in promoting the discussion of the main themes linked to Electoral Law and which, often, transcend state borders to acquire global contours.

KEYWORDS: Electoral Law. Comparative Law. The Brazilian electoral system.

AUTORA JÂNIA MARIA LOPES SALDANHA

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0081-201X>

Ark: /80372/2596/v12/003

All Rights Reserved © Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito

ISSN da versão impressa: **2236-5796**

ISSN da versão digital: **2596-111X**

academiapaulistaeditorial@gmail.com/diretoria@apd.org.br

www.apd.org.br



This work is licensed under a [Creative Commons License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

CONSTITUIÇÃO GLOBAL, INELEGIBILIDADE E OSTRACISMO: A TRADIÇÃO DO REGIME POLÍTICO DE DEFESA DA DEMOCRACIA

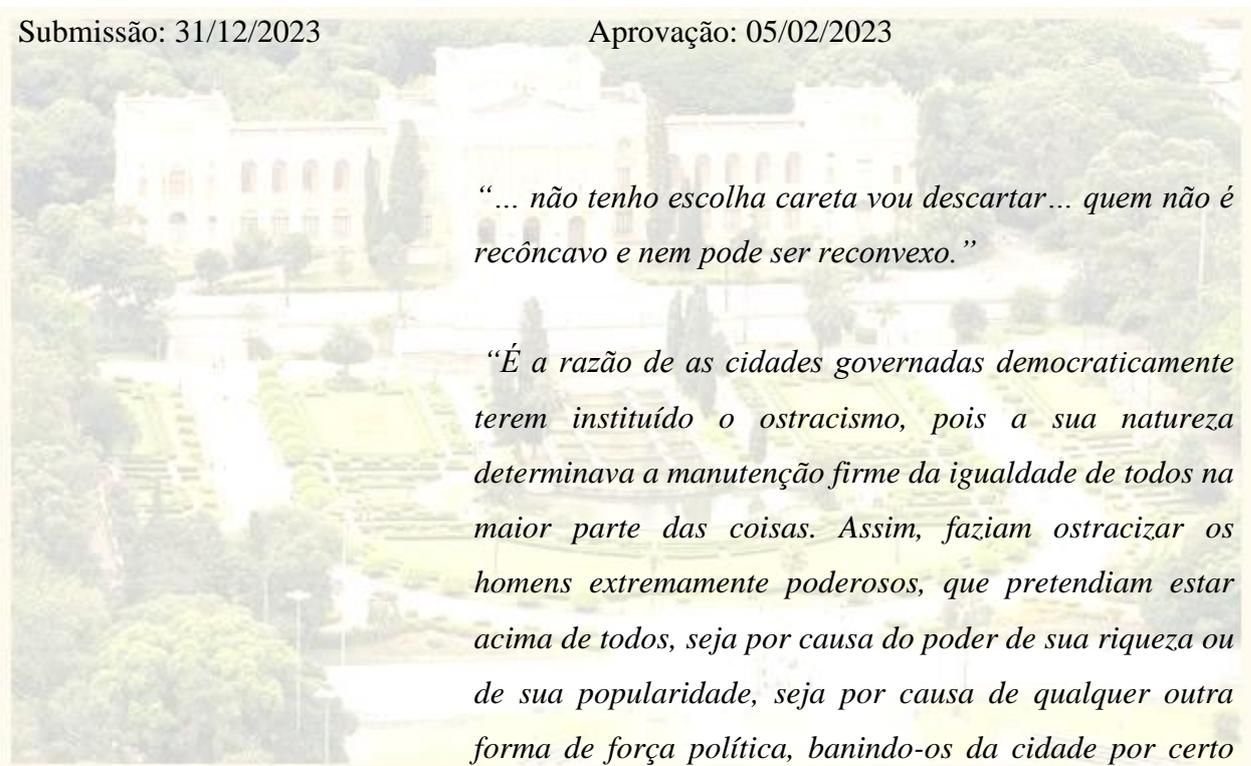
GLOBAL CONSTITUTION, INELIGIBILITY AND OSTRACISM: THE TRADITION OF THE POLITICAL REGIME IN DEFENDING DEMOCRACY

Alfredo Attié¹

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7854-7696>

Submissão: 31/12/2023

Aprovação: 05/02/2023



“... não tenho escolha careta vou descartar... quem não é recôncavo e nem pode ser reconvexo.”

“É a razão de as cidades governadas democraticamente terem instituído o ostracismo, pois a sua natureza determinava a manutenção firme da igualdade de todos na maior parte das coisas. Assim, faziam ostracizar os homens extremamente poderosos, que pretendiam estar acima de todos, seja por causa do poder de sua riqueza ou de sua popularidade, seja por causa de qualquer outra forma de força política, banindo-os da cidade por certo período”

¹ Presidente da Academia Paulista de Direito e Titular da Cadeira San Tiago Dantas. Conselheiro da Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo. Doutor em Filosofia da Universidade de São Paulo. Mestre em Filosofia e Teoria do Direito pela FD.USP, e em Direito Comparado pela Cumberland School of Law. Exerce a função de Desembargador na Justiça paulista e é Membro de instituições internacionais. É Autor de diversas obras, dentre as quais: *Direito Constitucional e Direitos Constitucionais Comparados* (São Paulo: Tirant Brasil), 2023; *Brasil em Tempo Acelerado: Política e Direito* (São Paulo: Tirant Brasil), 2021; *Towards International Law of Democracy* (Valencia: Tirant Lo Blanch), 2022; *A Reconstrução do Direito: Existência. Liberdade, Diversidade* (Porto Alegre: Fabris, 2003) e *Montesquieu* (Lisboa: Chiado, 2018). E-mail: aattiejr@gmail.com - **Ark:/80372/2596/v12/004**

RESUMO:

A democracia é o único regime que pode receber o adjetivo de político. Reconhecido como o regime do povo, no qual todos podem com Liberdade apresentar suas opiniões e sugestões - isegoria -, em uma situação de equidade – isonomia.

A inelegibilidade é um componente extremamente importante da concepção que aqui estabeleço da democracia como essencial à existência do espaço e do tempo da política. Tem como antecedente crucial o instituto do ostracismo, na cidade (democrática) antiga.

Neste texto busco definir a inelegibilidade e demonstrar quais são as consequências de seu reconhecimento ou condenação judicial, e a responsabilidade daqueles que violam os deveres decorrentes dessa declaração.

PALAVRAS-CHAVE: Estado de Direito. Democracia. Inelegibilidade. Ostracismo.

ABSTRACT:

Democracy is the only regime that can be called political. Recognized as the people's regime, in which everyone can freely present their opinions and suggestions - isegoria -, in a situation of equity - isonomy.

Ineligibility is an extremely important component of the conception that I set up here for democracy as essential to the existence of the space and time of politics. Its crucial antecedent is the institute of ostracism, in the ancient (democratic) city.

In this text I seek to define ineligibility and demonstrate the consequences of its recognition or judicial conviction, and the responsibility of those who violate the duties arising from this declaration.

KEYWORDS: Rule of Law. Democracy. Ineligibility. Ostracism.

1. COMPONENTE POLÍTICO E A GARANTIA DO DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO INTERNACIONAL - POVOS E PODER - TEMPO E O ESPAÇO PÚBLICOS - A AÇÃO – AGENCY – HUMANA

É o componente político que garante tanto ao Direito Constitucional quanto ao Direito Internacional, assim como à implicação de seus discursos e de suas práticas, ao caráter diferencial em relação a outras práticas e a outros discursos do Direito e da Teoria do Direito.

Ao mesmo tempo, o componente político indica que os discursos e práticas do Direito Internacional e do Direito Constitucional devem ser considerados como algo integral, um conjunto que compõe uma unidade, mesmo que permeada de tensões e conflitos.

A busca de um componente político que defina a possibilidade de um Constitucionalismo Global repousa na resposta à questão da possibilidade de uma concepção de uma Constituição Global que seja aderente às ideias de paideia e politeia.

Duas diferentes concepções ou tradições estão envolvidas no componente político:

a) uma que é tradicionalmente concebida como a caracterização da condição humana como especificamente política, isto é, a passagem de um estágio de ações, paixões e interações simplesmente voltadas para a sobrevivência do animal humano, para outra na qual a interação social seja baseada na comunicação de experiências e práticas de justiça e injustiça, de utilidade e nocividade, por meio do logos, procurando estabelecer um cenário comum e concepções compartilhadas do espaço público como produto de conflitos de desejos e desenhos, em um estado de igualdade.

O regime que abre caminho para esse específico modo de interação é a democracia, o único que pode realmente receber o adjetivo de político. Reconhecido como o regime do povo, no qual todos podem com Liberdade apresentar suas opiniões e sugestões - isegoria -, em uma situação de equidade – isonomia.

Isso explica por que Aristóteles, um adversário do regime democrático, reconheceu, assim mesmo, que a opinião construída por muitos é melhor do que a opinião alcançada por poucos, mesmo que, em sua concepção, superiores em qualidades, sendo, ainda, capaz de perceber que o componente político comporta uma transformação na própria e integral natureza dos seres humanos, ao ponto de, no momento em que constituem a cidade como espaço e tempo no qual esse regime se desenvolve, eles se transformam em animais políticos.

b) outra, que caracteriza a organização propriamente política de povos nativos, indígenas brasileiros, que os define como sociedades contra a forma-Estado – o Estado concebido como uma organização antipolítica.

O princípio da forma-Estado é a alienação da capacidade política – *potentia*, *puissance*, *Potenza*, *Kraft-Fähigkeit* – da sociedade, que abre espaço para regimes de governança ou governação impropriamente nomeados de políticos: regimes nos quais inexistem igualdade, mas, pelo contrário, hierarquia, subordinação e submissão.

As sociedades indígenas brasileiras permanecem caracterizadas pela ideia de que o poder é essencialmente político, isto porque ele é considerado como difuso entre todos e não concentrado nas mãos de um ou de poucos. Para construir esse tipo de regime, os membros dessas sociedades concebem mecanismos para evitar mesmo a intenção, ou a capacidade - *potestas*, *pouvoir*, *potere*, *poder*, *Macht* – daqueles que busquem capturar o poder e reinar isolados sobre a esfera pública, com exclusividade e privilégio.

O componente político é, portanto, não apenas a conexão entre povos e poder, mas, sobretudo, a concepção de que o tempo e o espaço públicos não são dados naturais, mas constituídos pela ação – *agency* – humana. Os povos constituem o político ao ocuparem o que antes era concebido e considerado privado – o reino *oiko-nômico* – e ao concederem a esse espaço/tempo a característica original de espaço e tempo comuns, de pertencimento e parceria comuns. O ente humano, então, torna-se, por esse meio, animal político – que é, em meu entender, o significado e a tradução correta da famosa passagem aristotélica, tantas vezes repetida de modo irrefletido: o ente humano devém animal político.

2. POLÍTICA - TEMPO E O ESPAÇO POLÍTICOS – CONSTITUIÇÃO GLOBAL

A política – constituída por eles - transforma os entes humanos, expandindo seu horizonte de expectativas, fazendo deles seres para a vida, cuja essência torna-se permanente adaptabilidade, em um movimento contínuo de mudanças, figurações e refigurações, configurações e reconfigurações. A política faz possível – expandindo o horizonte de percepção, de cognição e imaginação humanas – compreender a humanidade não mais como uma identidade que bloqueia a capacidade de persistir, mas como alteridade, que realiza o poder dos desejos de transcender os limites da autocentrção, do ensimesmamento, egocentrismo, egoísmo.

A política descentraliza tudo que conecta os humanos a si mesmos, fazendo-os conscientes de sua diferença fundamental, de serem outros, em seu poder de se entregar à diversidade e à pluralidade.

O espaço e o tempo políticos, em sua ação de libertar o humano de sua identidade, que o enclausura em sua finitude, destrava a concepção da liberdade como o núcleo – core – da existência humana comum, forjando um destino aberto e indefinido.

No modelo da chamada civilização ocidental – que aqui recuperando, contra o senso comum e as ideias que têm sido pregadas e difundidas desde o início da Modernidade, no Seiscentos – o Ato de ocupar é dirigido contra a prevalência do oikos da vida não só doméstica como pública, também (o modelo que podemos chamar de econômico, com a implicação de ser anticivilizacional).

Já para o caso dos povos indígenas, o ato de ocupação é derivado da concepção de experiência comum, que compreende não apenas os entes humanos, mas toda a natureza. Experiência comum, e não comunidade (koinomia), nem sociedade.

Ambas as concepções ou tradições, no que diz respeito a ser central na construção de uma Constituição Global, têm a propriedade de experienciar e enxergar o público como cosmológico, o que significa que não separa o mundo e isola seus componentes na tentativa de criar diferentes categorias e fronteiras.

Essa Constituição, portanto, será propriamente Global na medida em que não permitir o isolamento das até aqui chamadas Constituições (nacionais, muito embora, impropriamente), recuperando nelas o que há de efetivamente comum, a partir das tradições ou concepções do humano político e da política selvagem, assim em sua radicalidade intrínseca.

3. A INELEGIBILIDADE E A GRANTIA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

No restante de minha contribuição, remetendo meus leitores e minhas leitoras ao texto que aprofunda e complementa essas reflexões iniciais (ATTIÉ, Alfredo. Direito Constitucional e Direitos Constitucionais Comparados. São Paulo: Tirant, 2023) e ao método da autópsia dialógica (ATTIÉ, Alfredo. Brasil em Tempo Acelerado: Política e Direito. São

Paulo: Tirant, 2021), quero analisar uma questão que considero essencial para a compreensão dessa radicalidade, ao expor uma breve reflexão sobre o papel da denominada justiça eleitoral brasileira e as implicações da questão da inelegibilidade.

A inelegibilidade é um componente extremamente importante da concepção que aqui estabeleço da democracia como essencial à existência do espaço e do tempo da política. Tem como antecedente crucial o instituto do ostracismo, na cidade (democrática) antiga.

Tem sido pouco estudada. Aos artigos de doutrina e às decisões judiciais, muito embora contenham análises técnicas interessantes, tem faltado reflexão genuína, em meio à profusão de citações, que, como sempre, embargam a leitura, transitando entre a superfície e a repetição acrítica de velhas lições, cuja origem se desconhece. As pessoas, em geral, e os políticos e juristas, em particular, não parecem prestar atenção em sua importância para a vida e a garantia do Estado Democrático de Direito. A inelegibilidade é uma salvaguarda essencial da democracia e dos institutos e mecanismos que servem a definir e a organizar a política e seu funcionamento. Em verdade, ela leva às últimas consequências a proteção do regime constitucional.

Pretendo, assim, definir a inelegibilidade e demonstrar quais são as consequências de seu reconhecimento ou condenação judicial, e a responsabilidade daqueles que violam os deveres decorrentes dessa declaração.

A Constituição Cidadã fala da inelegibilidade logo em seu início, no contexto de suas disposições mais importantes, que referem os “Direitos e Garantias Fundamentais”. Ela está no capítulo dos “Direitos Políticos”, logo em seguida da definição de “Nacionalidade” e do rol de “Direitos Sociais” e “Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”. Essas disposições, na tônica e técnica constitucionais, só se consideram menos relevantes do que os “Princípios Fundamentais”, que abrem o texto desse diploma normativo-político, especificando o caráter essencial dos valores que definem nossa vida jurídico-política, entre eles a “Cidadania”.

Essa localização e essa importância do tema da inelegibilidade não são fruto do acaso. Ser elegível significa ter capacidade de representar o povo, no exercício das funções públicas que expressam a definição de Democracia. A Constituição o afirma: o poder pertence ao povo, que o exerce de modo direto (participação, conselhos, júris), semidireto (plebiscitos, referendos e leis de iniciativa popular) e indireto (por meio de representantes). Quando trata

de democracia indireta, exige a presença de legitimidade na representação. Essa legitimidade decorre precisamente da eleição: o povo atua por meio de “representantes eleitos”.

Representante legítimo é, portanto, representante eleito, no curso, e como resultado, de um processo eleitoral igualmente legítimo. O processo eleitoral legítimo é o que consagra as regras e valores constitucionais.

A elegibilidade é a capacidade de alguém, dotado de direitos políticos, apresentar-se, no espaço público, como candidato ao exercício de uma função conectada a um cargo eletivo. Ser elegível, portanto, é ser dotado da capacidade de estabelecer uma conexão fundamental na vida democrática, o liame da representação legítima. Essa conexão somente se torna concreta e efetiva após a eleição. Ser elegível é ser dotado de uma dignidade conferida apenas aos que cumprem os requisitos que ao povo interessou inserir na Constituição, como direitos políticos. Assim está posto no artigo 14 - que regula o exercício da “Cidadania”, ali chamada de “Soberania Popular”: o exercício do “sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos”. Se alguém forja ou fraudas o processo eleitoral, recebe a sanção da inelegibilidade. Trata-se do atentado mais grave contra a democracia e o regime constitucional que a consagra, incorpora e deve defender.

Se cidadania, soberania popular, capacidade política, eleição e condições de elegibilidade estão intimamente ligadas, isso significa que a inelegibilidade deve ser tratada como antípoda de todos esses valores, direitos e deveres constitucionais. Ser inelegível, assim, não significa apenas impossibilidade de uma pessoa ser eleita ou candidata, como a análise superficial e literal sugere.

A Constituição diz, antes de tudo, das condições objetivas de inelegibilidade, isto é, das pessoas que são inelegíveis por não possuírem alfabetização e por não se poderem alistar como eleitoras - porque estão prestando o serviço militar obrigatório, ou não completaram dezesseis anos de idade, ou não possuírem a nacionalidade brasileira. Em seguida, trata dos casos relativos de inelegibilidade, assim, por exemplo, da necessidade de desincompatibilização para a apresentação de candidatura a determinados cargos, a proibição de cônjuges e parentes de titulares de cargos públicos eletivos se apresentarem como candidatos.

Finalmente, no aspecto mais importante da inelegibilidade, a Constituição trata de defender o espaço público da política das pessoas consideradas indignas de o ocuparem. Vem o momento constitucional, portanto, de defender os valores ou princípios que havia declarado, ao impedir que determinadas pessoas pretendam desvirtuar o Estado Democrático de Direito e se utilizarem do espaço e do tempo da política para fins ilícitos. Em termos simples, o desejo do povo, expresso na Constituição, é proibir não apenas que alguns sejam eleitos, mas sobretudo que se apresentem no universo da política e se utilizem da vida democrática para destruí-la. Algo assim como o oposto do antigo provérbio chinês, que falava da bondade da árvore, que daria sombra até aos que queriam cortá-la. A Constituição não admite que a democracia permita que alguém ou um grupo se utilizem dela para a destruir. Por isso, prevê um conjunto de regras de proteção, que não podem ser objeto de debate ou opinião, sequer de liberdade de expressão. São estruturas de garantia do regime constitucional, do Estado Democrático de Direito.

4. O ÓRGÃO ESTATAL INCUMBIDO DE APRECIAR E DECLARAR A INELEGIBILIDADE

Aqui, cabe um parêntese, para explicitar a natureza do órgão estatal incumbido de apreciar e declarar a inelegibilidade. Faço isso para demonstrar que, ao contrário da interpretação corrente, a especificação de um órgão – malgrado de natureza híbrida entre o administrativo e o judicial - responsável por proceder a tal decisão, não constitui, de nenhum modo, exercício de uma função antidemocrática, muito menos contra majoritária (sic, aqui referido o termo de modo irônico, para mostrar o descompasso entre o conjunto dos manuais, jurisprudência e opiniões leigas e jurídicas sobre o tema, e a realidade da efetivação da democracia, no interior de um regime propriamente constitucional).

O caráter agudamente conflitivo do atual processo político e dos processos eleitorais e das máquinas de guerra de propaganda empregadas têm solicitado atuação mais enfática da Justiça Eleitoral. A sociedade, a imprensa e os atores questionam essa atuação. Perguntam se as resoluções e decisões, sobretudo no tema de fakenews e ofensas, são legais. Afirmam que há exagero na intervenção, que a Justiça não pode agir sem que seja provocada

pelos interessados ou pelo Ministério Público, e deixar de conceder direito de defesa aos envolvidos e prejudicados.

A solução da questão está na compreensão da natureza do trabalho desenvolvido pela Justiça Eleitoral, segundo a Constituição, o Código Eleitoral e as leis que regulam a política em tempo de eleições.

O sistema eleitoral brasileiro, por opção histórica e constitucional, é coordenado por um órgão do Poder Judiciário, a chamada Justiça Eleitoral, composta por Tribunal Superior Eleitoral, tribunais regionais e juízes eleitorais. Muito embora esteja inserido na estrutura da jurisdição, não se trata de um sistema tipicamente judicial. Ele compreende três funções distintas: a tipicamente judicial - julgar, sobretudo, os crimes eleitorais; a consultiva (inciso XII, do art. 23 do Código Eleitoral); e a função principal, que é administrativa.

É no âmbito da função administrativa que se desenvolve a maior parte do trabalho dessa Justiça atípica, assim as árduas e importantes tarefas de administrar o jogo eleitoral, que, como qualquer jogo, tem hora para começar e para terminar e deve ser jogado segundo regras estabelecidas e conhecidas dos jogadores e dos interessados.

Cabe à Justiça eleitoral administrar a eleição. Muito embora a legislação empregue o jargão judicial e denomine os protagonistas de juízes, a função que exercem é administrativa.

A analogia se dá com a função do árbitro de futebol, a quem cabe administrar o jogo, dando início e fim à partida e decidindo sobre validade de lances, infrações e sanções. Faz isso com rapidez - pois o jogo ocorre em espaço e tempo determinados - e submetido ao princípio da publicidade - com apito, cartões e gestual reconhecido pelos jogadores e pelos torcedores. Terminada a partida, tem-se o resultado, certificado pela presença e atividade cerimonial do administrador, que se veste de juiz, mas não julga.

Tomar decisões não é sinônimo de julgar. As decisões devem ser tomadas sem necessidade de provocação ou reclamação dos jogadores e terceiros. Não há um contencioso em relação ao que faz o árbitro. O caráter contencioso está no próprio jogo. Cada time busca a vitória, por todos os meios. Se ilícitos, há a punição. Vaias e xingamentos estão fora do campo e não podem influir no curso da partida, nem na atuação do árbitro. Se ofensas ocorrem dentro de campo, há punição.

É típico da função administrativa a atuação de ofício. Ao tomar conhecimento do ato ilícito, o administrador deve tomar providências. Não precisa esperar a reclamação do prejudicado, nem a representação de um terceiro, parcial ou não. Nas eleições, interessados e prejudicados podem impugnar e recorrer. A esses reclamos a lei concede garantias de processo e solução justos. Todavia, havendo faltas e sendo estabelecidas punições, as partes ficam obrigadas a não reincidir, sujeitando-se a sanções mais severas.

A eleição é um processo por meio do qual se busca legitimar a representação política, jogo de alta importância democrática e jurídica. Interessa a jogadores - partidos e candidatos - povo e agentes econômicos e sociais. Põe em xeque estabilidade e transformação institucionais. Gera engajamento - popular ou não, e de grupos de poder econômico, social e político. Dentro das regras, todos podem atuar. Fora das regras, não se admite participação. A Justiça eleitoral tem de possuir os meios para fazer com que se realize do modo mais jurídico e justo.

A seguir, no âmbito ainda híbrido de sua atribuição constitucional, a Justiça eleitoral passa a agir propriamente como órgão do Poder Judiciário, ao implementar sanções aos que buscaram aproveitar-se do processo eleitoral para obter fins ilegítimos, ou fazendo uso de meios ilegítimos, tendentes a desvirtuar a manifestação da vontade democrática, retirando do processo eleitoral o seu caráter de competição equânime para o estabelecimento do liame entre cidadania e representação política.

É nesse passo que ela atua, legitimamente, para apreciar a elegibilidade de candidatos e candidatas, no sentido de cassar candidaturas e, conseqüentemente, eventuais mandatos obtidos ilicitamente. É assim, pois, que esse órgão impõe a inelegibilidade, não retirando a validade de votos estabelecidos, mas restaurando seu valor, ao apontar para a candidatura que procedeu de maneira antidemocrática, por conseguinte, antijurídica, anticonstitucional, e retirá-la do processo ou do exercício ilegítimo do mandato. Restaurando as regras do jogo constitucional e impondo a inelegibilidade.

5. O OSTRACISMO COMO CONSEQUÊNCIA DA INELEGIBILIDADE

O antecedente nobre da inelegibilidade, como disse, na história da construção democrática, está na figura do ostracismo. O instituto era uma forma de defesa do regime

democrático. Se a democracia era uma forma de expressão da igualdade política, aqueles que pretendiam a desigualdade de condições, buscando suprimir a participação igualitária popular – o regime constitucional da democracia –, usurpando essa capacidade, que se considerava como pertencente a todos e a cada uma dos cidadãos, e visando a legislar sem atenção ao modo de exercício constitucional do regime político, esses usurpadores ou tiranos deveriam ser expulsos do espaço da política, por um tempo determinado. A introdução dessa regra, segundo a tradição, deveu-se ao pai da democracia ateniense, Clístenes. O cidadão que recebia certo número de referências, seu nome escrito em pedações de cerâmica empregados especificamente para esse fim, era expulso da cidade, condenado ao exílio por dez anos, como modo de impedir que pudesse intervir na política. A punição abrangia igualmente o recebimento e uso da renda de suas propriedades, exatamente para evitar que continuasse a agir de modo indireto ou por meio de outros cidadãos para perturbar a vida política. Não se tratava de pena comum, mas extraordinária, que atingia não a pessoa do condenado, mas um atributo derivado da condição de cidadão.

Bem assim, o que se buscava pelo ostracismo – na democracia direta - e se busca pela inelegibilidade, na democracia indireta – é impedir que alguém considerado nocivo para a vida política venha a prosseguir agindo e influenciando os demais cidadãos, no caminho da destruição do regime constitucional.

A inelegibilidade, assim como seu antecedente ilustre, o ostracismo, visam a defender a cidadania, isto é, a capacidade de participação igual no espaço da política, retirando desse espaço usurpadores, fraudadores e tiranos, que tenham capacidade de influenciar de modo nocivo o curso da vida cidadã. É a defesa da igualdade de oportunidades, na democracia indireta, de estar presente no espaço público e submeter-se à escolha popular, sem a interferência daqueles que abusam de seu poder político, social e econômico, com o objetivo de desfazer os vínculos de confiança e retirar a oportunidade dos demais, além de enganar a opinião pública, por meio de um falso discurso democrático, disfarce do despotismo.

Muito bem, o momento do texto constitucional que reflete essa antiga tradição política é o de determinar os casos de especiais de inelegibilidade, “a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato, considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta”.

Essa inelegibilidade, que visa a defender o princípio do Estado Democrático de Direito, a cidadania e a eleição, é temporária e depende de uma declaração expressa do poder público, no exercício do poder de julgar. Não diz respeito somente a questões de capacidade para se candidatar ou eleger, mas a casos seriíssimos de indignidade política, como se observa nos fatos graves descritos no artigo 1º, inciso I, alíneas e a q, inclusive, da Lei Complementar 64/1990, por exemplo, ou no artigo 22, da mesma Lei, que fala de desrespeito à Constituição e à Lei, pelo “uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político” em eleição, ainda no artigo 73, da Lei 9504/1997, que proíbe os agentes públicos de agir para afetar a igualdade entre os que se candidatam numa eleição, e de ceder imóveis ou servidores públicos para trabalhar em benefício de algum candidato ou partido.

Para se tornar inelegível, como ocorreu, por duas vezes, por exemplo, com o ex-presidente da República Bolsonaro, a pessoa precisa ter cometido um ato grave, que tenha buscado desnaturar a essência constitucional da democracia.

Essa é a natureza e a importância fatal do instituto, muito embora o olhar distraído que lhe devotam a doutrina e a jurisprudência, grave descuido em um País tão importante como o Brasil.

Essa distração tem graves consequências.

Observando o comportamento do ex-presidente, caso que aqui refiro, parece não se ter alterado após as duas condenações pelo Tribunal Superior Eleitoral. Continuou a despachar em escritório de partido político – local, aliás, em que seu passaporte foi apreendido, em decorrência de medida cautelar restritiva de direitos, estabelecida em processo de investigação pelo cometimento de “Crimes contra o Estado Democrático de Direito”, e em que foi apreendida, igualmente, minuta de ato contra o Estado Democrático de Direito -, a opinar em relação a eleições municipais, sugerindo ou indicando candidatos e vetando apoio a outros, mesmo ocupando o espaço público para se manifestar sobre a política eleitoral e partidária. Chegou a gravar vídeo, convocando a ato, em São Paulo, para falar de política, defender-se de acusações e apresentar seu ideário político, salientando que a presença do público seria o aspecto mais importante em tal comício. Mais preocupante é o fato de o ex-presidente vir recebendo de autoridades e servidores públicos civis e militares homenagens

mesmo após as condenações que o levaram à condição de inelegibilidade. Algumas autoridades, aliás, de poder executivo e legislativo, teriam confirmado presença ao evento político, realizado em ano eleitoral. Quer dizer, a condenação parece não ter sortido efeito algum, relativamente a seu próprio objeto e à finalidade da Constituição e das Leis.

O comício eleitoral se deu, sob a proteção do Estado e seu sistema de segurança, com a participação de políticos e pré-candidatos às eleições municipais, bem como pretendentes à sucessão presidencial, tendo ocorrido, inclusive, discurso de Governador de Estado e de Deputado Federal.

A presença de tamanha disparidade entre a importância da inelegibilidade e a desconsideração que lhe é devotada pelo condenado e por membros da sociedade política, pode indicar uma disfunção de nosso sistema político, claro. Isso indica a necessidade de correção desse sério problema, e não afasta a necessidade de readequação de comportamentos, por meio da atuação firme e decisiva da lei e das penas que prevê.

6. A PROIBIÇÃO DE EXERCÍCIO DE ATOS POLÍTICOS-ELEITORAIS E DE PERMANÊNCIA NO ESPAÇO PÚBLICO

É preciso, antes de tudo dizer que, ao contrário da interpretação distraída corrente, a declaração ou condenação de inelegibilidade estabelece que a pessoa fica proibida não apenas de se eleger ou de se apresentar como candidata, mas, sobretudo, de exercer os atos típicos da vida político-eleitoral e de permanecer no espaço público ou político, com a intenção ou pretensão de influenciar a escolha de partidos e, sobretudo, de eleitores e eleitoras, e os destinos políticos locais, regionais ou nacionais.

Essa interpretação que chamo de distraída é fruto da concepção arcaica do direito e da política que ainda vigora no Brasil e, em geral, nos países que preservam a mentalidade colonial. Aqui e ali, o jurista e o judiciário típicos ou tradicionais pensam no direito e na política como oligopólio e oligarquia (atributo exclusivo de poucos) e como excludentes da maioria, quer dizer, do povo. Os direitos e garantias dessa antipolítica servem a preservar essa propriedade e esse poder de poucos, visando a deixar o povo fora do espaço público. Assim, ao pretenderem fazer uma distinção entre os direitos políticos ativos e passivos, que é ilusória ao ponto de simular que o voto seria o lado ativo e o mandato político

o passivo, numa inversão enganadora da realidade e da prática corriqueira. Nesse caso, o discurso que se pretende jurídico passa a se distanciar da experiência que se pretende política. Na verdade, essa experiência é antipolítica e aquele discurso, antijurídico. Negam direitos e deveres e desfazem a titularidade do poder, expropriando-o das mãos do povo e alocando-o na esfera de atividade de alguns.

Os poucos textos e as poucas decisões que tocam no tema da inelegibilidade nem se preocupam em comentar esse problema, quanto mais em desfazer essa ideologia tosca. Fazem, isso sim, reafirmá-la, seja pelo silêncio, seja pela repetição. Uma decisão do Tribunal Superior Eleitoral, dada há vinte anos, por exemplo, fala do impedimento temporário da “capacidade passiva eleitoral do cidadão”, que consistiria na “restrição de ser votado”. Ou seja, chama o velho coronel da política de cidadão e lhe impõe a falsa restrição de ser votado, deixando-o livre para impor sua dominação sobre o povo, ao permanecer influenciando, coagindo e corrompendo o ambiente político.

É uma visão torta doutrinária e jurisprudencial, que apaga o que realmente ocorre no cotidiano da história política brasileira. A inelegibilidade deixa de ser uma punição, pela exclusão do mundo político, para se tornar um incentivo à fraude e mau exemplo para as gerações.

Ao afirmar que se trata de simples impossibilidade de ser eleito, deixando aquele que foi considerado indigno para a política circular com desfaçatez pelo ambiente público – que, hoje, inclui as redes sociais, agravando ainda mais as consequências dessa interpretação lamentável e irresponsável – prejudica-se a democracia não apenas pelo mau exemplo, mas igualmente por retirar oportunidade de presença e participação daqueles que possuem capacidade de atuar politicamente do ponto de vista constitucional. Ou seja, desaparece o dever de construção de igualdade de oportunidades, essência do sistema representativo, como definido na Constituição, e nas Lei de Inelegibilidade e Eleitoral. A Corte Interamericana de Direitos Humanos já concluiu que os direitos políticos, sendo essenciais à construção democrática, exigem proteção efetiva, precisamente para que assegurem a cidadãos e cidadãs igual oportunidade de participação efetiva na política.

Mudar a cultura jurídica e transformar o judiciário seriam conclusões mais ou menos óbvias do presente artigo. Gostaria, porém, de acrescentar dois temas muito atuais, quando vivemos, no Brasil e no Mundo, ameaças concretas à democracia e à justiça – à política e ao direito, portanto.

Falo do caso do ex-presidente, mas quero deixar claro que essas conclusões se aplicam a todos os casos.

A insistência de alguém destituído de elegibilidade – desaposado de sua capacidade política - de transitar no espaço público para fazer sua antipolítica, manejar o machado que decepa o tronco e a estrutura do regime constitucional, é ilegal e configura atentado grave à ordem pública constitucional, tornando-o sujeito à decretação de sanções que restrinjam seus direitos, inclusive a prisão cautelar, por atentado contra a ordem pública constitucional, se não em decorrência das investigações de que já é objeto, igualmente porque incita contra as instituições, mormente contra um poder constituído como o Judiciário, e contra o próprio Estado Democrático de Direito, atos antijurídicos em decorrência dos quais pode ser processado.

7. A INELEGIBILIDADE DEVE SER LEVADA A SÉRIO - CONCLUSÃO

Quanto aos que são autores e autoras de homenagens e que desejam participar da infringência à ordem pública constitucional e atentado contra o Estado Democrático de Direito, é importante também lembrar que existem deveres constitucionais que impõem comportamento diverso, assim como salvaguardas constitucionais que implicam na representação e em processos pelo cometimento de crimes de responsabilidade, assim como em procedimentos que podem levar ao mesmo destino da inelegibilidade.

É hora de levar a inelegibilidade a sério porque é tempo de defender, com todos os instrumentos constitucionais e com firme e constante vontade política, a democracia.

O tribunal que nos julga é o dos povos, na busca de construção da Constituição Global.

BIBLIOGRAFIA

ARISTOTLE. Politics. C.D.C. Reeve (trad.) Indianapolis/Cambridge: Hackett Publishing Company, 1998.

ATTIÉ Jr, Alfredo. A Reconstrução do Direito: Existência, Liberdade, Diversidade. Porto Alegre: Fabris, 2003.

ATTIÉ, Alfredo. Brasil em Tempo Acelerado: Direito e Política. São Paulo: Tirant, 2021.

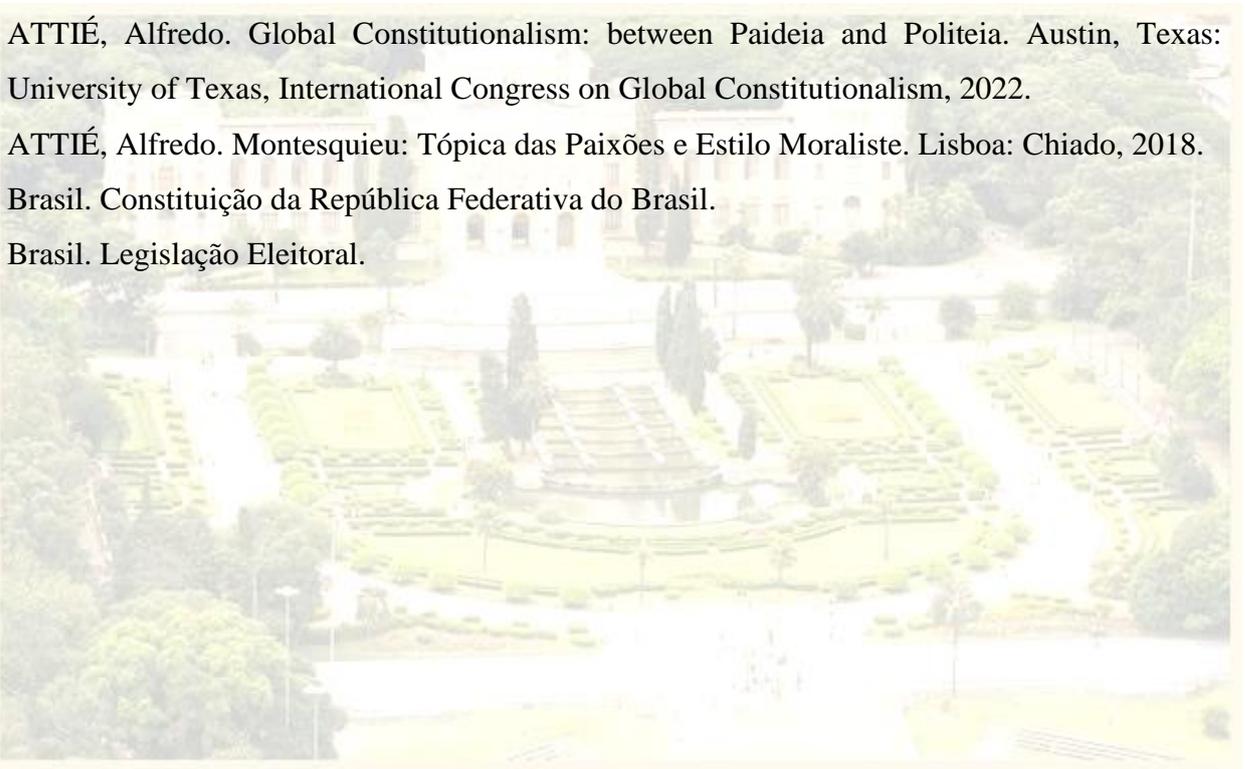
ATTIÉ, Alfredo. Direito Constitucional e Direitos Constitucionais Comparados. São Paulo: Tirant, 2023.

ATTIÉ, Alfredo. Global Constitutionalism: between Paideia and Politeia. Austin, Texas: University of Texas, International Congress on Global Constitutionalism, 2022.

ATTIÉ, Alfredo. Montesquieu: Tópica das Paixões e Estilo Moraliste. Lisboa: Chiado, 2018.

Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil.

Brasil. Legislação Eleitoral.



All Rights Reserved © Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito

ISSN da versão impressa: **2236-5796**

ISSN da versão digital: **2596-111X**

academiapaulistaeditorial@gmail.com/diretoria@apd.org.br

www.apd.org.br



This work is licensed under a [Creative Commons License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)



O FUTURO DA DEMOCRACIA NA “ERA DIGITAL”. O PAPEL DA ATIVIDADE JURISDICIONAL, NO PROCESSO ELEITORAL BRASILEIRO DE 2022¹

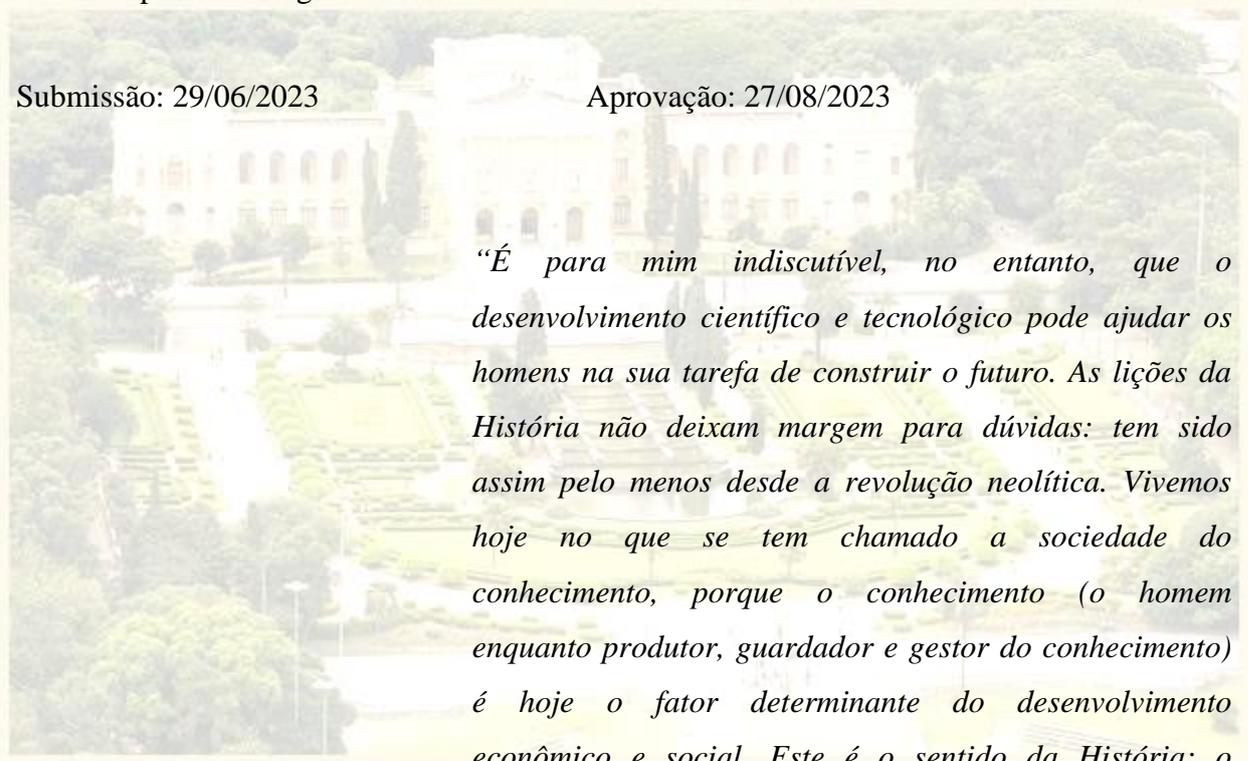
THE FUTURE OF DEMOCRACY IN THE “DIGITAL AGE”. THE ROLE OF JURISDICTIONAL ACTIVITY IN THE BRAZILIAN ELECTORAL PROCESS OF 2022

Jose Luis Bolzan de Morais²

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0959-0954>

Submissão: 29/06/2023

Aprovação: 27/08/2023



“É para mim indiscutível, no entanto, que o desenvolvimento científico e tecnológico pode ajudar os homens na sua tarefa de construir o futuro. As lições da História não deixam margem para dúvidas: tem sido assim pelo menos desde a revolução neolítica. Vivemos hoje no que se tem chamado a sociedade do conhecimento, porque o conhecimento (o homem enquanto produtor, guardador e gestor do conhecimento) é hoje o fator determinante do desenvolvimento econômico e social. Este é o sentido da História: o desenvolvimento científico e tecnológico é o caminho da

¹ Este texto faz parte do desenvolvimento do Projeto de Pesquisa como bolsista pesquisador em produtividade CNPQ/PQ. Ainda, uma primeira versão do mesmo foi construída para publicação em obra coletiva, em fase editorial, sob o título Democracia e Cidadania na “Era Digital”. Aqui, além de revisões contedutísticas, se acrescentam reflexões em torno a dados coletados ao longo da coordenação da Missão de Observação Eleitoral, certificada pelo Tribunal Superior Eleitoral, no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória (PPGD-FDV).

² Professor dos PPGDs FDV e ATITUS; Mestre em Ciências Jurídicas pela PUC-Rio; Doutor em Direitos do Estado pela UFSC (com estágio na Université de Montpellier I – France); Pós-doutoramento pela Universidade de Coimbra; Pesquisador Produtividade CNPQ, nível I-D; Coordenador GEPE&C e REPE&C; Diretor CYBER LEVIATHAN – Observatório do Mundo em Rede; Procurador do Estado do RS (aposentado); Advogado. E-mail: bolzan@hotmail.com - Ark:/80372/2596/v12/005

libertação do homem. (A. J. Avelãs Nunes, Os Trabalhadores e a Crise do Capitalismo. p. 181)

“Il potere non è una ‘risorsa scarsa’, una cosa o una sostanza ‘a somma zero’, ma una relazione la cui intensità varia con il variare dell’investimento simbólico esercitato nei diversi ambiti del sistema sociale. (G. Marramao, Contro il Potere, p. 111)”

RESUMO:

O debate em torno dos impactos das novas tecnologias nas democracias liberais modernas, no Estado de Direito como um todo, é o aspecto central do texto, no qual apresentam-se alguns aspectos que permitem compreender tais incidências, trazendo, empiricamente, referências decorrentes do acompanhamento técnico realizado no período eleitoral brasileira de 2022, demonstrando o papel do Sistema de Justiça no enfrentamento dos discursos de desinformação.

PALAVRAS-CHAVE: Estado de Direito. Democracia. Desinformação. Sistema de Justiça.

ABSTRACT:

The debate around the impacts of new technologies on modern liberal democracies, on the Rule of Law as a whole, is the central aspect of the text, which presents some aspects that allow understanding such incidences, bringing, empirically, references arising from the follow-up technical carried out in the Brazilian electoral period of 2022, demonstrating the role of the Justice System in confronting disinformation discourses.

KEYWORDS: Rule of Law. Democracy. Misinformation. Elections. Justice System.

1. NOTAS PRÉVIAS

Estas rápidas reflexões repercutem parcialmente a manifestação feita no Seminário “Democracia, Constitucionalismo Global e Latino-Americano, e Direito Eleitoral”

e “Democracia, Direitos Humanos e Crises Setoriais”, quando pudemos apontar algumas das questões que impactam as relações entre democracia e tecnologia, em especial a partir do uso massivo de plataformas digitais na experiência brasileira, particularmente desde as eleições de 2018, reiterado na recém passada, de 2022.

Por isso mesmo, aqui se retomarão algumas indicações reflexivas feitas por ocasião da palestra então realizada, anexando-se, na sequência, algumas indicações estatísticas construídas ao longo de Missão de Observação Eleitoral que coordenamos ao longo do processo eleitoral presidencial de 2022, com certificação do Tribunal Superior Eleitoral.

Com a entrada em cena de tecnologias como o ChatGPT, inicialmente merece referir que, apesar das possibilidades, este escrito não resulta de uma demanda feita a tal plataforma, mas das interrogações e elaborações resultantes da pesquisa científica do autor, inclusive no contexto de seu projeto de pesquisa como Pesquisador em Produtividade do CNPQ, no qual se interrogam as relações entre direito e tecnologia e sua repercussão nas instituições político-jurídicas modernas, sob a forma e conteúdo do Estado Liberal de Direito.

Adotamos, para isso, uma prática metodológica que faz dialogar um conjunto de autores e suas obras presentes na epistemologia que funda a produção acadêmica do signatário deste, como “acompanhantes” e “acompanhamentos” nesta escrita e que aparecerão ao longo do texto identificando as vozes silentes, mas presentes. Algo que advém da influência barthiana e waratiana na minha formação. Muitas destas vozes, em especial, aquelas que me ajudam a entender o momento atual de expectativas “buscadas e frustradas” em torno do “interregno” – desde logo alguns acompanhantes, como A. Gramsci e G. Marramao – que experimentamos enquanto as democracias liberais e suas institucionalidades se veem confrontadas com uma transformação/ruptura tecnológica que, para nós, seus contemporâneos, faz com que muitas certezas sejam abaladas e muitas interrogações sejam postas, sem que saibamos as respostas, mas apenas as intuímos ou prospectamos, sempre com os riscos de acertos e equívocos.

Assim, em duas partes, trataremos de início questões emergentes da crise democrática inaugurada, em especial, com a publicidade em torno do nomeado “caso Cambridge Analytica” para, na sequência trazermos alguns dados empíricos produzidos em relatório técnico apresentado ao Tribunal Superior Eleitora (TSE), como resultado da observação eleitoral coordenada pelo autor.

Pensar o futuro da democracia, tomando emprestada a experiência obtida com a coordenação da MOE-TSE-FDV 2022 (art. 1º, inc. V, da Portaria TSE no 651 de 13 de julho de 2022), na perspectiva político-jurídica, impõe revisitar as condições e possibilidades para a sua funcionalidade, apesar ou mesmo diante de seus limites, particularmente, no que poderíamos nomear como o “segundo pós-guerra” da Revolução da Internet – termo este utilizado por S. Rodotà, tendo, referencialmente, as circunstâncias das eleições brasileiras de 2022 e a atuação do Sistema de Justiça Eleitoral, particularmente no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral.

Por isso mesmo, na última parte trarei alguns dos dados obtidos no âmbito da Missão referida, os quais permitem uma percepção empírica, mesmo que perfunctória, do futuro da democracia e da democracia do futuro, acaso esta sobreviva como “democracia liberal-representativa”, no modelo atual, se transforme como uma espécie “democracia liberal-digital” ou seja desconstruída por uma “democracia iliberal”, na forma de um “populismo digital autoritário”.

Desenha-se, daí, um quadro tentado para tentar responder a questão que induz estas reflexões: Qual o futuro da e para as democracias liberais em um ambiente de uso de tecnologias, de regra, em confrontação direta com suas regras do jogo e, outras tantas, em contradição com alguns de seus conteúdos fundantes?

2. PASSADO, PRESENTE E FUTURO DE UMA RELAÇÃO TRANSFORMADA: DEMOCRACIA E TECNOLOGIA

O espantoso e ainda pouco conhecido, apesar e por isso mesmo do avanço, de um lado, das próprias tecnologias disponíveis e, de outro, de uma certa incapacidade metodológica, deixa o conhecimento das ciências sociais em uma espécie de fase de desconstrução. Os velhos modelos e as velhas respostas parecem inadequadas ou, no mínimo, insuficientes para dar conta dos novos fenômenos, deixando, inclusive aqueles que correram para reivindicar a novidade como o resultado querido de um projeto de avanços, como se viu entre os últimos anos do século passado e os primeiros (até 2016, talvez), em uma espécie de transe.

A necessidade de dar conta do fenômeno e dos usos das novas tecnologias em sua vertiginosa transformação têm imposto à “inteligência humana” a demanda por novas

respostas deste processo de captação e tratamento de dados impactando as escolhas democráticas é realidade inexorável da humanidade e se acentua cada vez mais com o aprofundamento da transição digital.

Ao tempo em que a revolução cibernética oportunizou comodidades e ampliou ainda mais a capacidade comunicacional humana – percebida otimistamente –, é fato que acelerou a crise do Estado de Direito e colocou em xeque o humanismo, no que identifico como a passagem de uma visão *otimista* em torno das potencialidades da tecnologia, para uma visão *cética*, quando não *pessimista* (BOLZAN DE MORAIS, 2018).

Por conta desse avanço da internet, do desenvolvimento de algoritmos, da inteligência artificial e, mais recentemente, da internet das coisas, do aprendizado de máquinas, além de outras constantes mudanças tecnológicas, passamos do analógico para o digital, da era da informação para a da quantificação, como sugerido por Éric Sadin (2018). Ainda, assistimos à transição para o *mathematical turn*, que pode ser ladeado pela substituição da linguagem simbólica da política – e do Direito, por óbvio – por um conhecimento algorítmico-numérico-funcional-utilitarista-gerencial, na linha anunciada por Amariles Restrepo (2014), Benoit Frydman (2016) e Éric Sadin (2018), cada um a seu tempo e modo.

Efetivamente, o quadro é de *corrupção do direito baseado em regras* pelo *direito das normas*, como sugerido por B. Frydman e a supremacia das fórmulas gerenciais e estatísticas, muito caras aos projetos do neoliberalismo reforçado pela tecnologia, o que pode ser expresso como *tecnoneoliberalismo* conceituado por E. Sadin.

O uso das novas tecnologias, ainda exponencializada pela crise sanitária no contexto da COVID 19, tem posto em dúvida - para além das ineficiências históricas do Estado Liberal de Direito para responder às demandas por liberdades (na sua versão inaugural) e por igualdades (na sua formatação liberal-social) e por solidariedades (no seu desenho sócio-ambiental) – a capacidade de este desenho político-jurídico responder às demandas de uma sociedade em disrupção, o que cada vez mais se evidencia com, de uma banda, o crescimento das desigualdades e a fragmentação das liberdades e, de outra, com a “liquefação” – ou até mesmo “gaseificação”- de suas estruturas institucionais, com detalhamos em nosso “Revolução da Internet. Perfilamento e microtargeting nas relações de consumo”, em parceria com Thainá Penha Pádua (2022).

A dinâmica desta Quarta Revolução Industrial, levando ao protótipo do “capitalismo de vigilância”, desenhado por S. Zuboff (2019), aponta para o enfraquecimento

completo da lógica e da dinâmica dos modelos de Estado de Direito, desvirtuando ainda mais e deixando à mostra suas “veias abertas”, parafraseando Eduardo Galeano.

O perigo do (mau) uso das novas tecnologias para a democracia está - entre outros mas suficiente para o ponto tratado neste texto -, no ponto em que servem para a debilitação da liberdade e do diálogo que permite a formação do pensamento livre e solidifica escolhas pessoais, ademais de se colocarem como veículo para ataques aos direitos humanos, disseminando ódio, preconceito, desinformação etc.

Dito de outra forma, as conexões entre democracia e tecnologia falham quando esta – e seu uso – reduzem ou inviabilizam o jogo democrático como disputa baseada em regras aceitas por todos, bem como põem em xeque conteúdos que lhe são inerentes, tais como direitos fundamentais, as mesmas regras do jogo democrático e suas instituições.

A estratégia, no campo da política, a partir da coleta e tratamento de dados de milhões de eleitores, se revelou relativamente simples, mas absurdamente letal: disseminar *fake news* – como desinformação - para desestabilizar o conhecimento, desestruturar as pessoas inculcando medo e dúvida; produzir desejos e incitar condutas, como propaganda direcionada, usar *bots* para criar perfis falsos, artificializando a preferência de candidatos nas redes sociais e, essencialmente, viralizando o discurso de ódio para persuadir, inibir ou desestimular o voto, reforçando um modelo *jihadista*³ de participação política – pôs em xeque o próprio presente e, mais, ainda, o futuro das democracias liberais, além do como pensar a cidadania neste contexto(?), o que trataremos adiante, em tópico apartado.

E não só o voto foi afetado, como também posteriores escolhas políticas fora dos processos eleitorais de seleção de representantes, agora visível no enfrentamento de questões sociais, como as sanitárias, o que se experimentou com a pandemia do Covid-19 e a intensa desinformação no entorno do tratamento, proliferação, profilaxia e controle da doença, excluindo a dialética e a reflexão contrafática.

Da antevista utopicamente “ciberdemocracia” envereda-se para a tecnodemocracia ou, pior, para uma espécie de *fakedemocracia* como nova realidade que, de um lado, não se submete às regras do jogo – aquelas a que aludia Norberto Bobbio – e, de outro, não é alcançada pelas fórmulas jurídico-políticas tradicionais alicerçadas como esteios do Estado (Liberal) de Direito, em suas diversas variantes históricas dos últimos séculos, desde sua fundação no transcurso das revoluções liberais, em especial do Século XVIII.

³ Pode-se equiparar a forma *jihadista* de cooptação e formação de *soldados da causa* ao processo utilizado nas novas mídias sociais para forjar apoiadores de candidaturas, fanatizando-os após sua adesão a grupos de mensagens ou similares, equiparando-se às *milícias urbanas*, agora *digitais*.

Ao contrário, na *fakedemocracia* tenta-se domesticar ou “subornar” as regras do jogo, corrompendo-as, até reduzi-las a um vulto espectral que evidencia uma democracia apenas aparente – uma democracia sequestrada (BOLZAN DE MORAIS, 2019a) -, cujos instrumentos são utilizados para obter certa capa de validade e legitimação.

O relato de uma ciberdemocracia ou de uma democracia algorítmica ou democracia digital – ou, ainda, *e-democracy* - sem as diferenciar aqui e agora -, precisa ser confrontado, em especial quando os meios tecnológicos que, em vez de viabilizarem um novo “sistema operativo” e um novo espaço para o exercício da democracia - quantificando e qualificando-os, bem como seus atores e práticas, como previsto/suposto no período pré-Cambridge Analytica. Apesar dos sinais já presentes -, se transformam em instrumentos de desvirtuamento dos processos tradicionais – seja da representação política (eleições), da tomada de decisão direta pelos cidadãos (referendos ou plebiscitos), seja, ainda, pela colonização do campo democrático por fatores que lhe são alheios, como o fenômeno das milícias digitais encravadas no centro do poder político brasileiro, para além dos dilemas substanciais das democracias liberais, onde a cidadania fragilizada, agora se vê submetida a perfilamentos e *microtargeting* e, assim, como que abduzida pela política “algoritmizada”, sem desconsiderar os impactos percebidos e sentidos nos conteúdos qualitativos das mesmas, quando liberdade e igualdade, para mencionar apenas dois de seus estereótipos, são afetados, se não suprimidos, erodindo o paradigma clássico do Estado de Direito, até mesmo pela confrontação inaugurada pelos ventos contrários (DELMAS-MARTY, 2016) que contrapõem liberdade e segurança, exemplificativamente (CAMPIONE, 2020).

O que tem sido nomeado como *bubble democracy*⁴, turbinada por algoritmos e *fake news*, como desinformação, libertou um sistema de correntes de opinião que “se movem em enxames de trajetórias imprevisíveis e cambiantes, alimentados, principalmente, por uma carga de ressentimento”, como identificado por M. Ainis, afetando os instrumentos de eleição e de decisão, as próprias estratégias políticas dos procedimentos decisórios, além de instaurar um ambiente de ódio e rejeição, incompatível com o caráter incluyente e de aceitação das diferenças, peculiares ao jogo democrático liberal, bem como infantilizando a cidadania, quando não a domesticando.

⁴ *Bubble democracy* ou *filter bubble* é um estado de isolamento intelectual que pode resultar de pesquisas personalizadas online quando um algoritmo adivinha seletivamente quais informações um usuário gostaria de ver com base em informações sobre ele, como localização, comportamento de cliques e histórico de pesquisas. Como resultado, os usuários ficam separados de informações que não concordam com seus pontos de vista, isolando-os efetivamente em suas próprias bolhas culturais ou ideológicas (Ver: PARISER, Eli. **The filter bubble**: How the new personalized web is changing what we read and how we think. Penguin, 2011).

Estes *exames ressentidos* colocam em xeque o paradigma da democracia liberal constitucional, outrora assentada na potência do poder político e da soberania popular – mesmo que sob a figura mítica de um cidadão livre e autônomo, capaz de raciocínio -, realçando que os conceitos de maioria e de representação não mais a garantem. Ao contrário, nesse formato, a regra da maioria pode ser usada para a imposição de uma visão autoritária do eleito, em contraposição aos projetos derrotados nas eleições.

Essa anunciada “democracia iliberal”, como nomeada por F. Zakaria - em que o golpe contra as instituições democráticas não é mais de fora para dentro, como visto no Brasil e, por toda a América Latina nas décadas de 1960 e 1970 do século passado, mas de dentro para fora, com ascensão do líder pelo voto popular (um voto, se sabe, de regra “fraudado” pelo uso das novas tecnologias da informação e comunicação – TICs) e a corrupção das estruturas constitucionais, por “poderes selvagens” (FERRAJOLI, 2011) -, acaba se assenhorando das instituições democráticas para miná-las e promover o exercício de um poder populista-autoritário.

Um poder que se descola do pressuposto de legitimação democrática, usurpando-o com o uso de estratégias que fraudam a vontade do cidadão, de um lado, e permitem a sua manipulação de outro, ensejando, com isso, o retorno a formas de populismo de base autoritária. Algo como uma pós-democracia (CROUCH, 2020), onde sobressaem organizações - milícias digitais (BOLZAN DE MORAIS, LOBO, NEMER, 2022) dedicadas à desinformação, ao ataque a pretensos opositores, à tecnopolítica autoritária e à necropolítica, esta na terminologia de A. Mbembe (2018), ou a chamada necropolítica algorítmica, como refere R. Richardson (2020).

Enfim, disseminando o medo e gerando o desalento, que corroem a noção de política como construção coletiva da vida boa para todos, sequestrando seus instrumentos e práticas, fragilizando ainda mais a cidadania política, a Revolução da Internet parece cada vez mais atuar em contradição com aquilo que originalmente lhe permitiu ser vista como meios e mecanismos para o seu aprofundamento, precisando ser revisitada, sem, por óbvio, significar isso uma espécie de neoludismo, pois, é preciso reconhecer os “nós” humanos não só como usuários dessas novas tecnologias, como também produtores das mesmas.

Com tudo isso em pauta experimenta-se uma reviravolta no pensar as relações entre democracia e tecnologia, que me leva a repensar o “futuro da democracia” e, com ela, da própria cidadania.

3. O “FUTURO DA DEMOCRACIA”. HAVERÁ DEMOCRACIA NO FUTURO?

Estes tempos sombrios exigem uma retomada de posição. A pauta democrática, apesar dela mesmas – insucessos, fracassos e debilidades – não pode significar o seu abandono. A defesa, tanto das regras do jogo – quiçá novas – quanto dos seus conteúdos, está a exigir uma retomada de posição frente à tais interfaces. O futuro da democracia está a exigira o redesenho da democracia do futuro, onde tecnologias e seus usos estejam submetidos, elas mesmas, aos limites e condições que lhe sejam impostos por instâncias de poder legítimas e legitimadas.

Hoje, há que se repensar o sentido e o conteúdos da democracia na “era digital”. Para além das “promessas incumpridas” e dos “obstáculos” ainda presentes, como resquícios da “era analógica”, as novas tecnologias e seus usos estão a exigir uma espécie de refundação do jogo democrático, impactado por uma espécie de “ressaca moral”. E, para isso, não basta incorporar soluções tecnológicas que poderiam tornas as democracias mais visíveis – poder público em público, como dizia Bobbio -, mais eficazes, até mesmo mais eficientes – melhores e mais rápidas prestações públicas -, mais abertas – ampliando a participação política -, mais plurais – desfocando das instituições de intermediação política -, etc. É necessário acompanhar, passada a fase inaugural, os impactos negativos, bem como os déificts, de tais aplicações, como se tem observado. Estar preparado para os “desvios de rota, para as inconsistências, para o “submundo” deste “mundo virtual”.

Até o momento, nenhuma destas condições se realizou ou, concretizadas as condições técnicas, estas foram subvertidas pelos usos que delas foram feitos, se é que não por sua condição instrumental à economia capitalista, acompanhando, neste aspecto, as críticas ao Estado Capitalista promovidas por Avelãs Nunes (2021). Até mesmo, a perspectiva idílica de uma sociedade sem trabalho e de indivíduos dedicados à “preguiça” – ao “ócio criativo” -, embora possível em perspectiva, até agora, no contexto do capitalismo digital (de plataformas, de vigilância, etc) ou desse tecnoneoliberalismo não parece estar no horizonte, parecendo mais próxima a dispensabilidade do humano com a anexação cada vez mais profunda da maquinaria, da técnica em suas novas formas, como que concretizando velhas e antigas distopias cinematográficas.

Os novos mecanismos de acesso à informação, desde que o Google, com seu buscador, oportunizou, em um primeiro momento, uma “janela para o mundo” desde as telas

dos computadores que se miniaturizavam dia após dia e que, na sequência foram para a palma das mãos das pessoas, com a introdução dos smartphones, pareciam ser a panaceia para uma nova era da democracia, com cidadãos com mais acesso à informações, bem como com novos meios de participação política, seja para sua organização, seja para o exercício do direito de decidir acerca dos assuntos públicos.

Porém, a *googlelización* de la identidad (CAMPIONE, 2020) aportou o dilema da *infoesfera*, tranformando-nos em “organismos informacionais interconectados” (*inforg*) (FLORIDI, 2012).

Com isso, acesso à informação transformou-se na oferta de (des)informação. O *marketplace of ideas*, foi ocupado pelo ódio, pela anti-ciência, pela pós-verdade (que se transformou em palavra do ano há pouco tempo), pelo perfilhamento e *microtargeting*. Os grupos de redes sociais viraram bolhas ocupadas em distribuir todo tipo de conteúdo e formataram-se como milícias, espelhando os modelos urbanos, a caminho de forjarem novas máfias no ambiente virtual.

O *microtargeting* e o perfilhamento dos indivíduos, viabilizado pela gestão dos dados circulantes, em cada vez maior número, e por seu tratamento, após armazenados, por meio de psicotécnicas, deram origem a novas formas de falsificação dos processos eleitorais e decisórios, como se tornou explícito com a divulgação do “caso Cambridge Analytica”, facilitado pelo comércio dos mesmos dados, como a mercadoria da nova “máscara” do capitalismo digital, por parte das proprietárias das plataformas, substituindo o petróleo como bem de valor no Século XXI, tornado célebre em capa de alguns anos atrás pela *The Economist*.

Este quadro, resumido, nos aponta para a inexorabilidade de uma retomada de rédeas. A democracia, com seus déficits, é um bem (comum) que não pode ser deixado à administração das coisas, ao modelo de negócios do Vale do Silício, à soberania dos engenheiros de software, como se a política e as relações sociais fossem problemas de engenharia, e a práticas gerenciais da “era do CEO-hacker-fundador” (FISHER, 2022).

4. A ATUAÇÃO DO SISTEMA DE JUSTIÇA ELEITORAL BRASILEIRO NAS ELEIÇÕES DE 2022. ALGUNS DADOS REFERENCIAIS, COMO ELEMENTOS EMPÍRICOS PARA A CONFRONTAÇÃO DO USO DAS MÍDIAS SOCIAIS E SEUS IMPACTOS NA E PARA A DEMOCRACIA LIBERAL.

A experiência brasileira recente serve de exemplo para a percepção de como o exercício do jogo democrático foi impactado por uma espécie de “tsunami digital” que arrasa os modelos de gestão dos processos de tomada de decisão das democracias liberais. Dito de outra forma, o jogo eleitoral no Brasil se constitui em um bom “case” para estudar a disrupção dos sistema de “regras do jogo” democrático.

As eleições de 2018, mesmo após a publicação da atuação da Cambridge Analytica no referendun do Brexit, na Inglaterra, e das eleições americanas de 2016, que se tornaram paradigmáticas - apesar de tantos outros exemplos mundo afora onde a mesma empresa esteve atuando, como relatado em livro de sua ex-funcionária Brittany Kaiser, em seu “Targeted: the Cambridge Analytica whistleblower’s inside story of how big data, Trump, and facebook broke democracy and how it can happen again” -, foram, de um lado, marcadas pelo uso das novas tecnologias de comunicação, com práticas similares para distribuição de propaganda eleitoral ‘personalizada’, constituição de grupos (bolhas) ideológicas, conteúdos antidemocráticos, etc. De outro, o que se teve foi a completa estupefação dos sistemas de gestão e controle do processo democrático que, aparentemente, foram ‘pegos de surpresa’, mesmo que esta fosse crônica de uma morte anunciada, parafraseando Gabriel García Marquez.

Na sequência do resultado do pleito, o mandato presidencial, inaugurado em 2019, manteve as práticas utilizadas no processo eleitoral que resultou na eleição do ex-presidente, inclusive quando a pandemia COVID-19 impôs uma nova realidade.

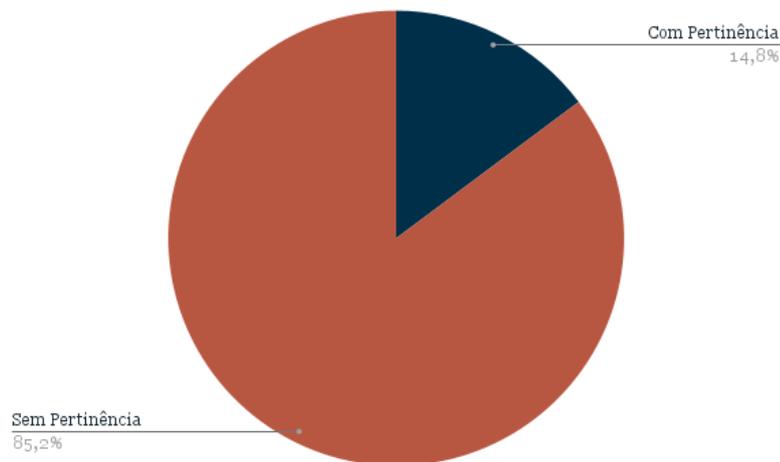
O que se teve no período 2019-2022 foi o uso massivo de meios digitais, seja em termos de comunicação digital, seja em termos de controles digitais, inaugurando, na experiência brasileira, uma nova fase nas relações entre democracia e tecnologia, desfazendo um certo “olhar mágico” em torno às potencialidades desta para o desenvolvimento e aprofundamento daquela, da mesma forma que se observava ao longo do mandato de D. Trump nos EEUUA e, de outros atores políticos mundo afora.

Chegado o ano eleitoral de 2022, transcorridas as eleições municipais de 2020, as eleições de outubro estiveram permanentemente tensionadas pelo discurso de desqualificação dos meios tecnológicos – urnas eletrônicas, em especial – que são utilizados de longa data no Brasil, bem como pelo uso das mídias digitais, para o que aqui interessa, voltado à disseminação de discursos antidemocráticos, para dizer o mínimo, além de para a formatação de práticas modelagem digital ao modo descrito no tópico anterior.

Apesar das novas práticas instauradas no âmbito do Sistema de Justiça Eleitoral, bem como da atuação da academia, de entidades da sociedade civil e da iniciativa privada, voltados à tentativa de contenção de tais usos, experimentou-se a presença constante das mesmas estratégias, agora, por candidaturas as mais diversas, de variados espectros do campo político, assim como o uso de novas plataformas digitais de mídias sociais, ainda mais radicais em seus modelos e métodos, pelo menos algumas delas, como noticiado por atores comprometidos com um mínimo de legitimidade democrática.

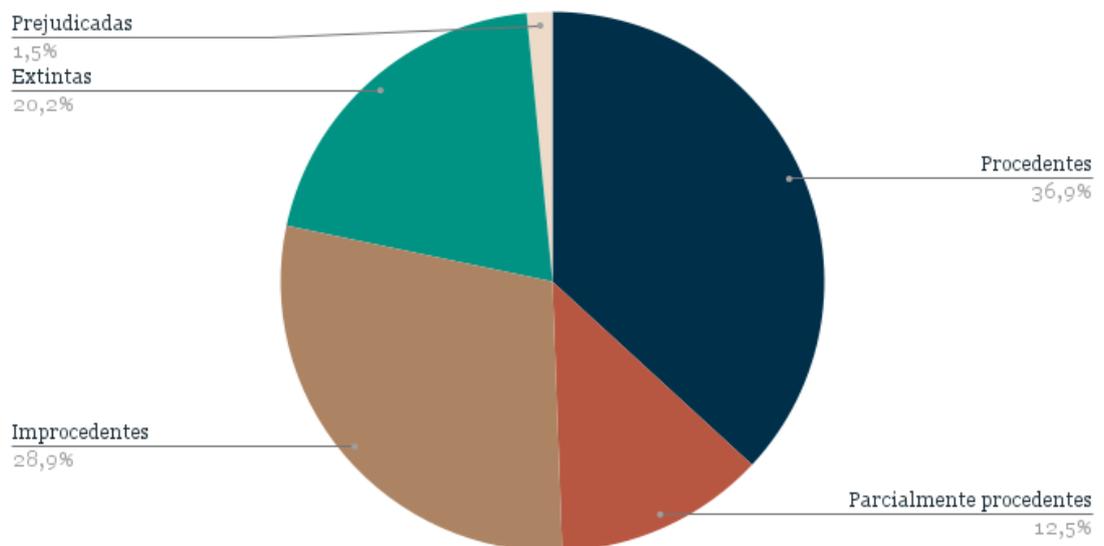
A novidade brasileira, nestas eleições, veio da tentativa hercúlea, mesmo que considerado apenas o volume da situações – ver Gráficos abaixo -, do Tribunal Superior Eleitoral, em especial, em promover uma atuação mais enérgica, seja por sua competência regulatória, seja por sua atuação administrativa, gerindo mecanismos de identificação e de verificação de conteúdos veiculados nas redes sociais, em especial, seja, por fim, por sua atuação jurisdicional, tanto como poder de polícia, quanto como responsável pela atividade decisória em face das demandas que lhe foram sendo apresentadas ao longo do processo eleitoral, como acompanhamos e evidenciamos ao longo de Missão de Observação Eleitoral Nacional oficial que capitaneamos nas últimas eleições presidenciais brasileiras.

No âmbito estrito de sua atuação jurisdicional, desconsiderada aquela como poder de polícia, bem como a de natureza administrativa – onde se ressalta as atividades dos setores de comunicação e informática do Sistema de Justiça Eleitoral, em particular do Tribunal Superior Eleitoral, do que é um bom exemplo o aplicativo Pardal – e a de natureza regulatória, com o desenvolvimento e utilização de ferramenta que captura as informações diretamente do sistema processual eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral, foram registrados 3.316 processos no total relacionados ao período eleitoral inaugurado em agosto de 2022, sendo 490 destes com pertinência temática para os objetivos do presente estudo, ou seja, que tinham por objeto questões relacionadas ao uso de plataformas de mídias sociais ou outra plataformas de busca e de divulgação, como no caso do YouTube, como se mostra abaixo:



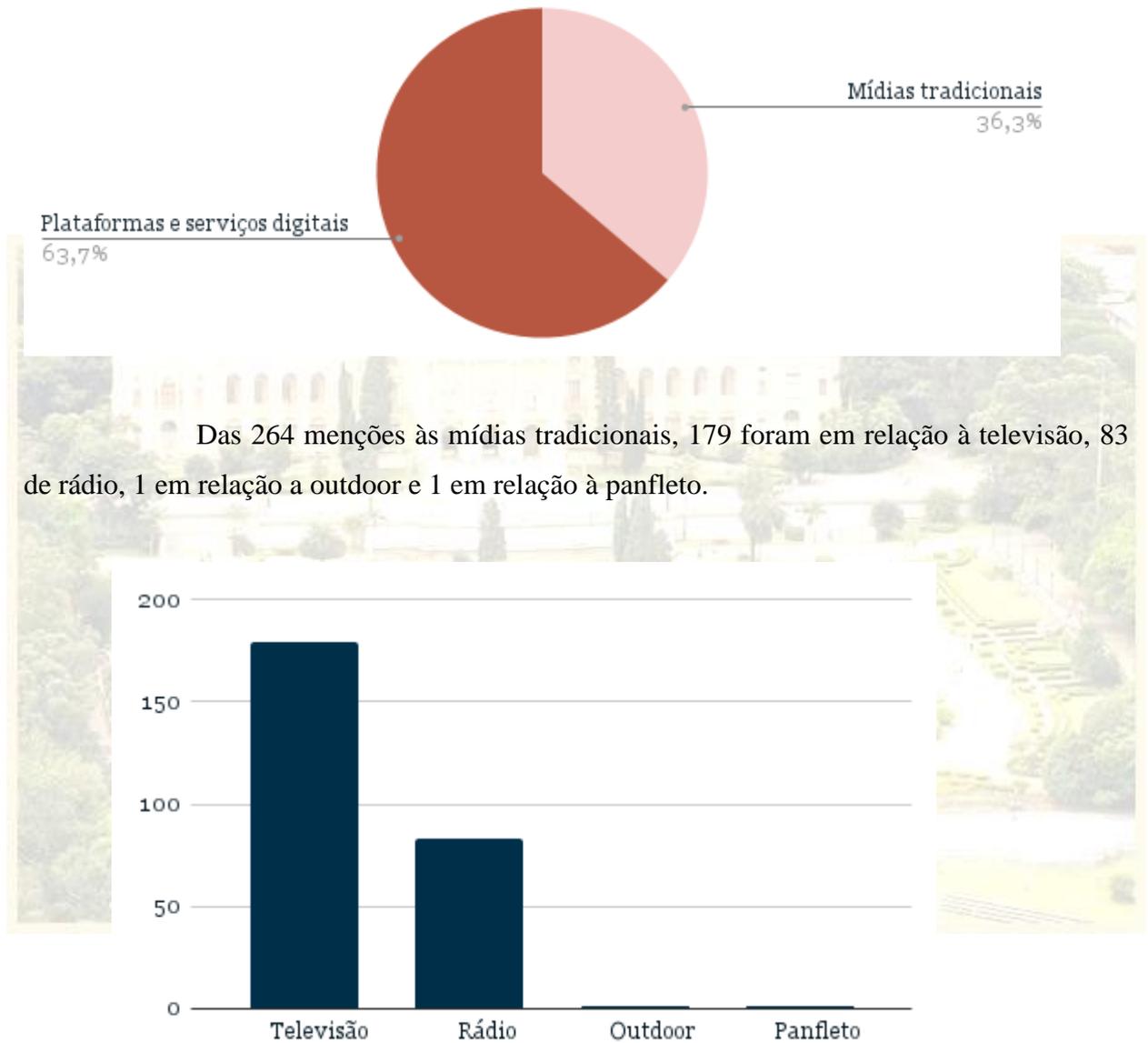
Dos 490 processos monitorados pela MOE-TSE-FDV no período mencionado, todos tiveram algum tipo de manifestação jurisdicional, majoritariamente decisões monocráticas (450 ou 91,8%), em especial liminares (396 ou 80,8%).

Das decisões de mérito, 97 foram procedentes, 33 parcialmente procedentes, 76 foram improcedentes, 53 foram de extinção sem resolução do mérito e 4 foram consideradas prejudicadas, conforme se observa no gráfico abaixo:



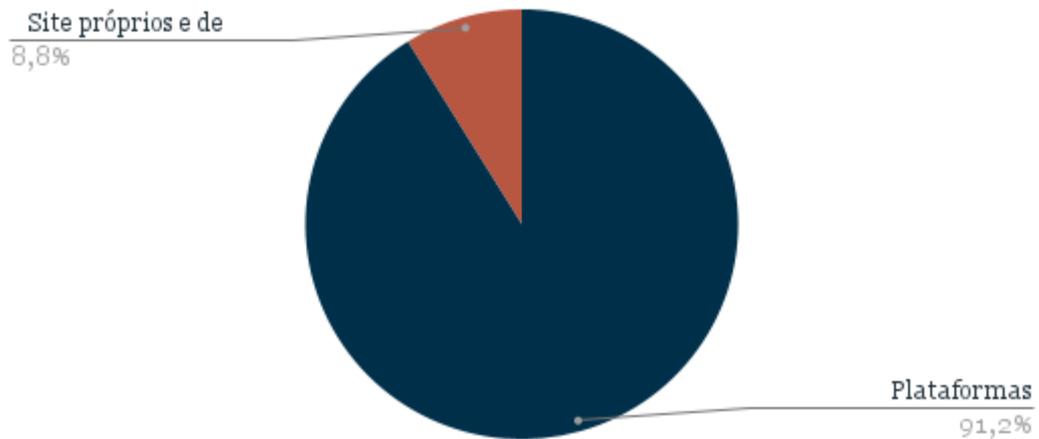
Quanto às mídias envolvidas nos processos, 264 deles mencionam mídias ditas tradicionais, como televisão, rádio, outdoors e panfletos, ao passo que 464 mencionam mídias e serviços digitais, sendo, muitas vezes, mencionadas, em um mesmo procedimento, mídias

diversas, analógicas e digitais. De qualquer modo, há que se anotar a presença, ainda marcante, dos meios analógicos de comunicação, muitas vezes em razão de suas interfaces digitais, afinal, houve uma migração das mídias tradicionais para ambientes digitais, embora mantendo o formato e meio original.



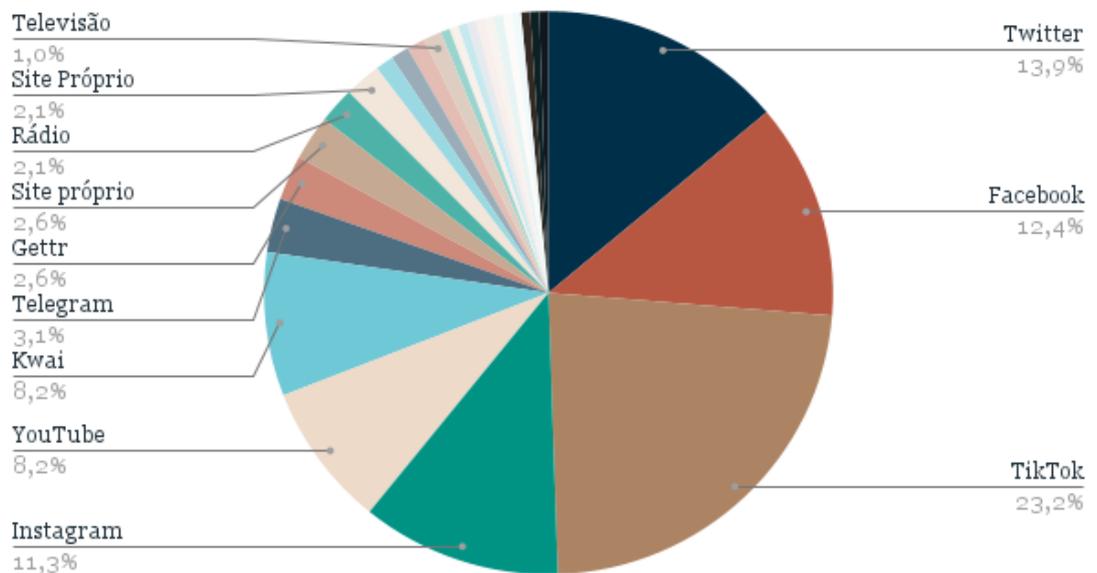
Das 264 menções às mídias tradicionais, 179 foram em relação à televisão, 83 de rádio, 1 em relação a outdoor e 1 em relação à panfleto.

Considerando apenas as mídias digitais, observa-se que 423 das menções se referem às mídias de plataformas (Google, Facebook, Instagram, Whatsapp, TikTok, Gettr, Telegram e YouTube) e 41 se referem a sites independentes.



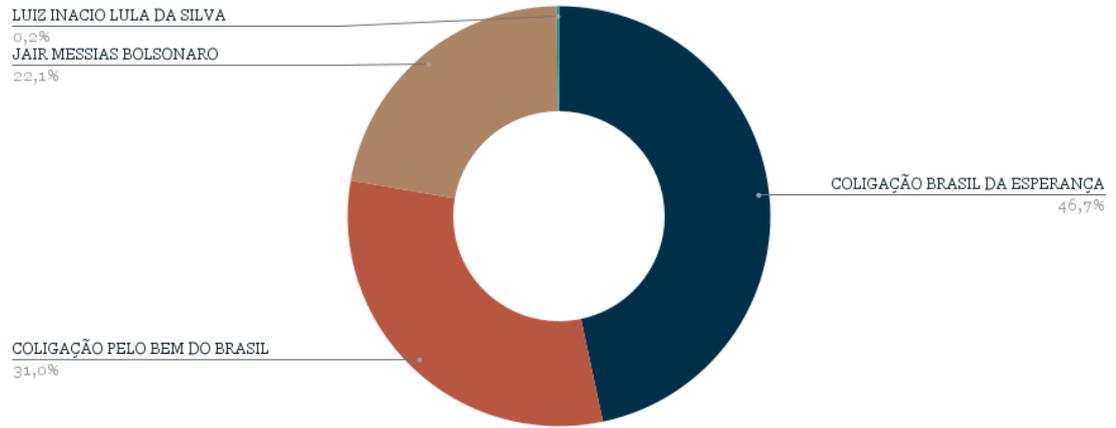
Especificamente em relação às mídias e plataformas, as que mais foram mencionadas nos processos monitorados foram o TikTok (45 menções) Twitter (27 menções), Facebook (24 menções), Instagram (22 menções), Youtube e Kwai (16 menções cada um).

Por plataforma



Em relação aos litigantes, feita a separação dos que figuram no polo ativo e passivo, considerando exclusivamente os processos em que as coligações ou os candidatos à presidência aparecem no polo ativo, verifica-se que a “Coligação Brasil da Esperança” (chapa Lula-Alckmin) demandou 245 ações e o então candidato Luiz Inácio Lula da Silva demandou em nome próprio apenas 1 vez.

Já a “Coligação Pelo Bem do Brasil” (chapa Bolsonaro-Braga Netto) demandou em 162 ações e o candidato Jair Messias Bolsonaro, em nome próprio, em 116 ações.



Considerando todos os processos monitorados, se destacam no polo ativo as coligações das candidaturas à presidência, Jair Messias Bolsonaro e o Partido Democrático Trabalhista (PDT).

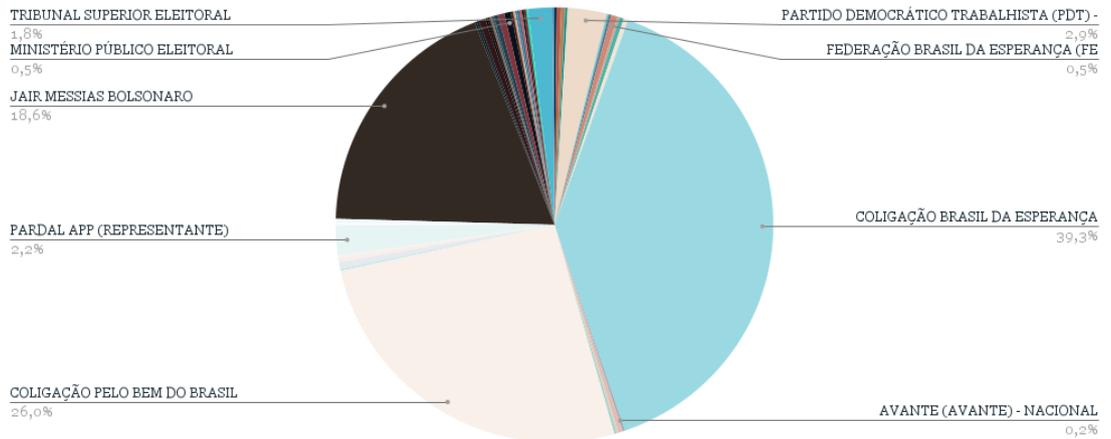
Polo Ativo	Quantidade
ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE IMPRENSA (ABI)	1
REDE SUSTENTABILIDADE (REDE) - NACIONAL	2
PARTIDO DOS TRABALHADORES (PT) - NACIONAL	2
ISRAEL MATOS BATISTA	1
PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA (PDT) - NACIONAL	18
KIM PATROCA KATAGUIRI	1
PARTIDO COMUNISTA DO BRASIL (PC DO B) - NACIONAL	1
FEDERAÇÃO BRASIL DA ESPERANÇA (FE BRASIL) - NACIONAL	3
CIRO FERREIRA GOMES	1
PABLO HENRIQUE COSTA MARCAL	2
PARTIDO LIBERAL (PL) - NACIONAL	2
COLIGAÇÃO BRASIL DA ESPERANÇA	245
AVANTE (AVANTE) - NACIONAL	1
FEDERAÇÃO PSOL REDE - NACIONAL	2
PARTIDO REPUBLICANO DA ORDEM SOCIAL (PROS) - NACIONAL	1
PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO (PSB) - NACIONAL	1
COLIGAÇÃO PELO BEM DO BRASIL	162
LUIZ INACIO LULA DA SILVA	1



SIMONE NASSAR TEBET	3
GERALDO JOSE RODRIGUES ALCKMIN FILHO	2
CARLOS NANTES BOLSONARO	1
PARDAL APP (REPRESENTANTE)	14
MANUELA PINTO VIEIRA D'AVILA	1
COLIGAÇÃO BRASIL PARA TODOS	2
JAIR MESSIAS BOLSONARO	116
ABRAHAM BRAGANCA DE VASCONCELLOS WEINTRAUB	1
PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE (PSOL) - NACIONAL	1
EDUARDO PAZUELLO	3
LUIZ HENRIQUE DIAS DA SILVA	1
ANDRE RODRIGUES COSTA OLIVEIRA	1
ANA PAULA RODRIGUES HENKEL	1
ERIKA SANTOS SILVA	1
COLIGAÇÃO PELO BEM DO BRASIL JAIR MESSIAS BOLSONARO	2
PARTIDO DOS TRABALHADORES (PT) - MUNICIPAL	3
MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL	3
GABRIEL LUIZ MONTEIRO DE OLIVEIRA	1
JAIRO SOUZA SANTOS JUNIOR	1
PARTIDO LIBERAL (PL) - MUNICIPAL	1
PARTIDO SOCIAL CRISTAO (PSC) - MUNICIPAL	1
REPUBLICANOS (REPUBLICANOS) - MUNICIPAL	1
RODINEI ESCOBAR XAVIER CANDEIA	1
NILTON ISMAEL ROSA	1
TAURUS ARMAS S.A.	1
TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL	11
FEDERAÇÃO BRASIL DA ESPERANÇA (FE BRASIL) - ESTADUAL / PR	1

É possível representar graficamente os valores acima da seguinte forma:

Quantidade

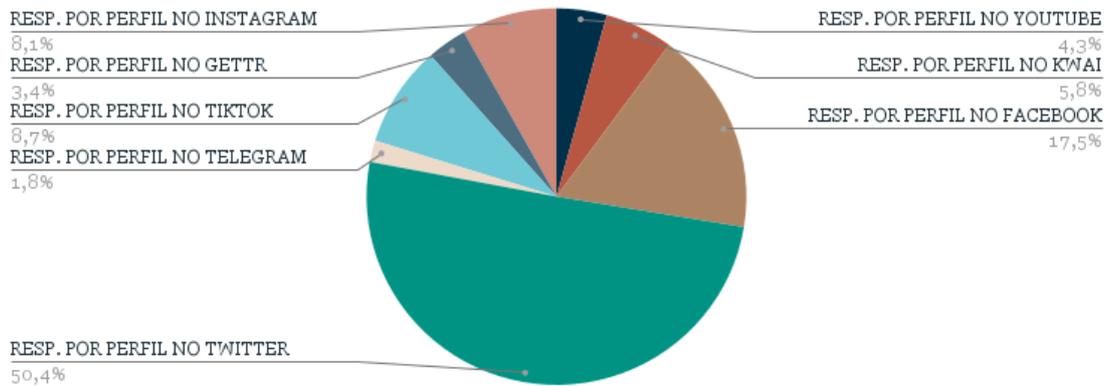


Em relação polo passivo, se destacam as demandas contra responsáveis por perfis nas diversas plataformas:

RESP. POR PERFIL NO FACEBOOK	123
RESP. POR PERFIL NO GETTR	24
RESP. POR PERFIL NO INSTAGRAM	57
RESP. POR PERFIL NO KWAII	41
RESP. POR PERFIL NO TELEGRAM	13
RESP. POR PERFIL NO TIKTOK	61
RESP. POR PERFIL NO TWITTER	354
RESP. POR PERFIL NO YOUTUBE	30
Total geral	703

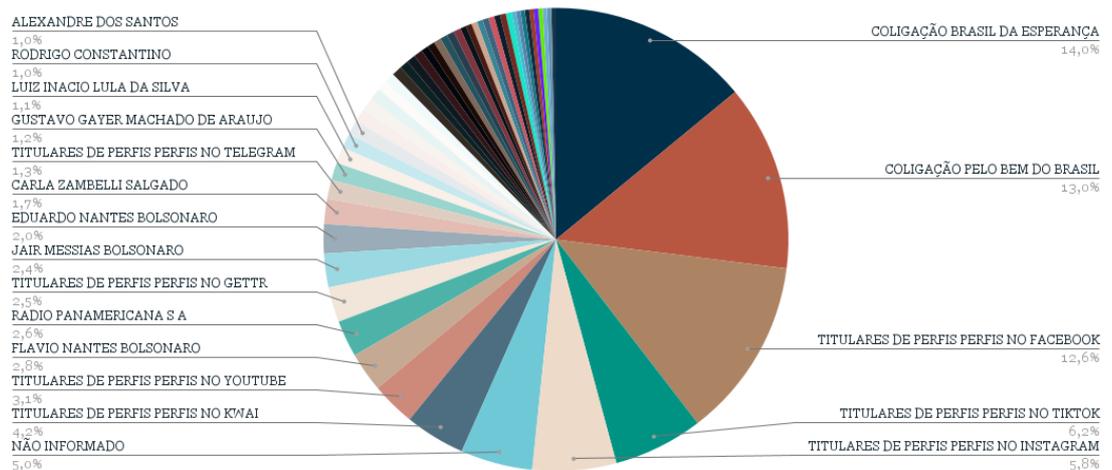
A representação de tais valores e seus percentuais é assim demonstrada:

Contagem



Considerando todos os processos, a quantidade de vezes em que as coligações figuram no polo passivo representam 14% (137 menções) como demandada a Coligação Brasil da Esperança e 13% (127 menções) como demandada a Coligação pelo Bem do Brasil. Outros réus que se destacam numericamente são os responsáveis por perfis no Facebook (12,6%) e responsáveis por perfis no TikTok (6,2%).

Em relação às pessoas físicas citadas nominalmente, se destacam Flávio Nantes Bolsonaro (2,8%), Jair Messias Bolsonaro (2,4%), Eduardo Nantes Bolsonaro (2%), Carla Zambelli (1,7%), Gustavo Gayer (1,2%) e Luiz Inácio Lula da Silva (1,1%).



Este conjunto de dados informativos, que ainda merecem e exigem detalhamento e análise, nos dão algumas pistas acerca da presença, no processo eleitoral brasileiro, das mídias, tanto tradicionais (analógicas) quanto novas (digitais), como instrumento de propaganda eleitoral e de como tais instrumentos e seus usos se projetam no jogo político, exigindo das instituições de garantia uma atuação permanente, o que põe em pauta, para além da quantificação de demandas, a qualificação da atuação do Sistema de Justiça Eleitoral para a gestão e resposta eficaz, o que muitas vezes pode resvalar nos limites postos pelo Estado de Direito à mesma legitimidade do meio jurisdicional e seus limites, até mesmo em termos de compreensão hermenêutica dos limites postos pelo legislador, sobretudo quando, como no caso brasileiro, há em alguns momentos, uma confusão e um mix legislativo-jurisdicional na atuação da Justiça Eleitoral.

Apesar da experiência acumulada, talvez o “(pen)último ato” – afinal, nunca se sabe quando poderá acontecer novamente -, tenha sido aquele que resultou no atentado à democracia institucionalizada no Brasil – aos prédios sede dos poderes da República -, praticado no 08 de janeiro de 2023, identificada como tentativa de golpe de Estado, a partir, exatamente, de uma organização baseada no uso das redes sociais como meio de chamamento, organização e promoção das mesmas estratégias já vistas desde 2018.⁵

5. E ENTÃO, PARA ONDE VAI A DEMOCRACIA?

O que esperar, então, da democracia liberal-moderna nestas circunstâncias? Haverá, ultrapassada esta fase de constrangimentos – de crise na relação democracia e tecnologia -, uma expectativa positiva em torno ao seu revigoramento, se é que se pode pretender que, em algum momento da experiência das democracias reais o “ser cidadão” significou a efetiva apropriação por este das rédeas do jogo, submetido constantemente aos constrangimentos inerentes aos limites das democracias liberais, para além até daqueles apontados por Bobbio, como os intrínsecos às dinâmicas das economias capitalistas. Também, as alternativas à lógica liberal, muitas vezes, se construíram com o abafamento das condições de participação do cidadão, muito embora isso deixe em aberto a disputa entre a liberdade

⁵ Até a data de elaboração deste texto, o Supremo Tribunal Federal já decidiu tornar réus mais de 1100 denunciados por tais atos antidemocráticos

liberal e a igualdade socialista, mesmo quando tentada a sua conjugação sob as formas variadas dos Estados (Liberais) Sociais.

Esta mesma tecnologia que pode potencializar os conteúdos materiais das democracias – como já tratamos em outro momento -, tem sido elemento importante na fragilização de outros tantos, como quando pensamos em termos de liberdade e *privacy* ou quando percebemos o quanto a igualdade vem constrangida pelas mesmas novas tecnologias, impactando o acesso a serviços, a bens, a empregos, etc.

Ou seja, a dualidade intrínseca à técnica mais uma vez se explicita e põe em cena a necessidade de estar-se atento, seja na perspectiva de uma retomada de protagonismo das autoridade pública, seja das instituições “de garantia”, seja por aquelas “de governo”, da mesma forma que não se pode perder do horizonte o tema dos limites postos pelo Estado de Direito para a atuação das suas próprias instituições, formal e materialmente.

Há que se por um freio aos ataques à democracia, muitas vezes em nome dela mesma, assim como manter-se nos seus limites, para não se perder a dimensão substantiva deste projeto.

Pensar a democracia nesta era digital aponta para vários caminhos.

Desde logo, enfrentar a emergência dos ataques à democracia e à cidadania com o uso destas tecnologias para confrontá-la, bem como para disseminar desinformação, ódio, misoginia, etc, além de promover uma gestão baseado no perfilamento dos cidadãos e no uso do *microtargeting*.

Depois, na perspectiva substantiva, apropriar o desenvolvimento tecnológico para utilizá-los como instrumentos para uma melhor e mais ampla qualidade de vida para todo/as.

Ainda, há que se revisar o conteúdo dos catálogos de direitos para atualizá-los, assim como renová-los em razão de tudo que advém desta disrupção, incluindo, aqui, para além da proteção e promoção adequada daqueles já reconhecidos – e não concretizados – nas gerações/dimensões anteriores, aquilo que decorre desta nova etapa histórica.

Há que se fazer avançar o jogo democrático incorporando os desenvolvimentos tecnológicos que permitiriam um aprofundamento ainda maior dos mecanismos que qualificam as formas da democracia, assegurando mais e maior participação do cidadão nos assuntos públicos, considerando, ainda, que tais conteúdos já não se circunscrevem aos limites postos pela territorialidade da estatalidade moderna.

Tudo isso, tendo presente a situação de estresse, para dizer o mínimo, que a democracia experimenta atualmente com o retorno de lógicas autoritárias e populistas, como também o déficit de realização dos conteúdos de todas as suas dimensões (individual, social, ambiental, agora complexificada ainda mais pela digital).

Se buscarmos na experiência contemporânea, um bom indicador parece advir das estratégias europeias, no âmbito da União Europeia e suas instituições, em particular as Diretrizes Éticas para uma IA confiável, nas quais ressaem sete pontos que podem contribuir para pensar o futuro da democracia, que podem ser resumidos: (1)necessidade de controle humano para avaliar os efeitos dos sistemas de IA sobre os direitos fundamentais, (2)análise da vulnerabilidade destes sistemas, (3)garantia a proteção da privacidade, (4)assegurar a transparência dos mesmos, (5)adoção mecanismos para evitar preconceitos ou discriminações, (6)medição e redução do impacto ambiental, bem como de seus efeitos sociais, inclusive democráticos e (7)estabelecimento de mecanismos de prestação de contas, auditoria, redução de efeitos negativos, além de meios para obtenção de compensações.

Em perspectiva, estes poderiam ser indicadores gerais para orientar a adoção de mecanismos e práticas que façam o poder político se impor aos subterfúgios da revolução digital para fazer transitar o poder para fora, definitivamente, da política, aos moldes do capitalismo do Vale do Silício.

BIBLIOGRAFIA

AINIS, Michele. **Internet, isto não é democracia**. Entrevista concedida ao Jornal La Repubblica, em 17 de março de 2018, republicado na Revista IHU ON LINE, traduzido por Moisé Sbardelotto. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/577190-internet-isto-nao-e-democracia-artigo-de-michele-ainis>. Acesso em: 23 mar. 2020.

ANISTIA INTERNACIONAL. Relatório. *Você matou meu filho: homicídios cometidos pela polícia militar na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Anistia Internacional, 2015.

ANSELMINI, Manuel. **Populismo: teorie e problemi**. Milano: Mondadori, 2017.

AMARILES. David Restrepo. **The mathematical turn: l'indicateur Rule of Law dans la politique de développement de la Banque Mondiale**. Disponível em: https://www.academia.edu/5751766/The_Mathematical_Turn_Lindicator_Rule_of_Law_dans_la_politique_de_d%C3%A9veloppement_de_la_Banque_Mondiale?auto=download. Acesso em 29 de setembro de 2016.

AVELÃS NUNES, António José. **O capitalismo e suas máscaras**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021

AVELÃS NUNES, António José. **Os Trabalhadores e a Crise do Capitalismo**. 2ª. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch. 2022

BOBBIO, Norberto: **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; LOBO, Edilene. **A democracia corrompida pela surveillance ou uma fake democracia distópica**. In: BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis (Org.). *A Democracia Sequestrada*. São Paulo: Tirant lo Blanch. 2019a, Pp. 27-42.

BOLZAN DE MORAIS, J. L.; LOBO, E. **Rule of Law, New Technologies and Cyberpopulism**. *Revista Justiça Do Direito*, 33(3), 2019b. Pp. 89-115.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **Estado e Constituição e o “fim da geografia”**. In: *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito. N. 12. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, Pp. 69-82.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **O fim da geografia institucional do Estado**. A crise do Estado de Direito. In: *Constituição, Sistemas Sociais e Hermnêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito. N. 13. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2017, Pp. 77-98.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis (Org). **Estado & Constituição**. O “fim” do Estado de Direito. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; LOBO, Edilene; NEMER, David. **Democracia em perigo: compreendendo as ameaças das milícias digitais no Brasil**. *Revistas Estudos Eleitorais*. V. 15, N. 2. 2021. p. 352-378

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. O Estado de Direito “Confrontado” pela “Revolução da Internet”! *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*. V. 13. N. 3. 2018. p. 876-903.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; FESTUGATTO, Adriana Martins Ferreira. **A Democracia Desinformada**. *Eleições e fake news*. Col. Estado & Constituição. N. 20. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2021.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; PÁDUA, Thainá Penha. **Revolução da Internet**. *Perfilamento e microtargeting nas relações de consumo*. Belo Horizonte: Conhecimento. 2023

CAMPIONE, Roger. **La plausibilidad del derecho en la era de la inteligencia artificial**. *Filosofía carbónica y filosofía silícica de derecho*. Madrid: Dykinson. 2020

CASSESE, Sabino. **La democrazia e i suoi limiti**. Milano: Mondadori, 2017.

CROUCH, Colin. **Postdemocrazia**. Roma-Bari: Economica Laterza, 2020.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Aux quatre vents du monde**. Petit guide de navigation sur l'océan de la mondialisation. Paris: Seuil. 2016

EMPOLI, Giuliano Da. **Os engenheiros do caos**. 1ª ed. São Paulo: Vestígio, 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **Poteri Selvaggi. La crisi dela democrazia italiana**. Roma-Bari: Laterza. 2011.

FISCHER, Max. **The Caos Machine**: the inside story of how social media rewired our minds and our world. New York: Little, Brown and Company. 2022

FRYDMAN, Benoit. **Fim do Estado de Direito**. Governar por standards e indicadores. Col. Estado & Constituição. N. 17. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2016.

FRYDMAN, Benoit. **Le management comme alternative à la procédure**. Disponível em: <https://www.google.com.br/#q=Le+management+comme+alternative+%C3%A0+la+proc%C3%A9dure>. Acesso em 07 de março de 2023.

GRAGNANI, Juliana. **Exclusivo: investigação revela exército de perfis falsos usados para influenciar eleições no Brasil**. BBC Brasil em Londres. 08 de dez. 2017. <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-42172146>. Acesso em: 06 de março 2023.

GROSHEK, J.; & Koc-Michalska, K.. Helping populism win? Social media use, filter bubbles, and support for populist presidential candidates in the 2016 US election campaign. **Information, Communication & Society**, 20(9), 2017, p. 1389-1407.

HAN, Byung-Chul. **Psicopolítica** – O neoliberalismo e as novas técnicas de poder. Belo Horizonte: Âyiné, 2018.

KAYSER, Brittany. **Targeted**: the Cambridge Analytica whistleblower's inside story of how big data, Trump, and facebook broke democracy and how it can happen again. New York: HarperCollins. 2019.

MARRAMAIO, Giacomo. **Contro il Potere**. Filosofia e scrittura. Milano: Bompiani. 2011

MBEMBE, Achille. **Necropolítica**. São Paulo: N1 Edições, 2018.

MULIERI, Alessandro. **Democrazia totalitaria**: una storia controversa del governo popolare. Roma: Donzelli editore, 2019.

NEMER, David. **Grupos pró-bolsonaro no whatsapp não se desmobilizaram com a vitória**. Pelo contrário, estão mais radicais. THE INTERCEPT BRASIL, de 24/08/2019b. Vide: <https://theintercept.com/2019/08/23/grupos-pro-bolsonaro-whatsapp-estao-mais-radicaais/>. Acesso em 28 nov. 2019.

NEMER, David. Disentangling Brazil's Disinformation Insurgency, *NACLA. Report on the Americas*, v. 53, n. 4, p. 406-413, 2021.

NEMER, David. **Tecnologia do Oprimido**: Desigualdade e o mundano digital nas favelas do Brasil. Editora Milfontes, 2021.

NEMER, David. **Technology of the Oppressed**: Inequity and the Digital Mundane in Favelas of Brazil. MIT Press, 2022.

NOBLE, Safiya Umoja. **Algorithms of oppression**: How search engines reinforce racism. NYU Press, 2018.

NORMAN, Don. **The design of everyday things**: Revised and expanded edition. Basic books, 2013.

PARISER, Eli. **The filter bubble**: How the new personalized web is changing what we read and how we think. Penguin, 2011.

RESTREPO, Amariles. **The mathematical turn**: L'indicateur rule of law dans la politique de développement de la banque mondiale. Gouverner par les standards et les indicateurs: de Hume au rankings, Bruylant Brussels, p. 193–234, 2014.

RICHARDSON, Rashida. Government Data Practices as Necropolitics and Racial Arithmetic. **Data and Pandemic Politics**, n. 1, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.26116/datajustice-covid-19.001>. Acesso em 05 de março de 2023

ROSANVALLON, Pierre. **La legitimidad democrática**. Imparcialidad, reflexividad y proximidad. Trad. Heber Cardoso. Barcelona: Paidós, 2010.

SADIN, Éric. L'humanité augmentée. **L'administration numérique du monde**. Paris: L'Echappée, 2013.

SADIN, Éric. **La Vie Algorithmique**. Critique de la raison numérique. Paris: Échappée. 2015.

SADIN, Éric. **L'Intelligence artificielle ou l'enjeu du siècle**. Anatomie d'un antihumanisme radical. Paris: Échappée. 2018.

SADIN, Éric. **Critica della ragione artificiale**: una difesa dell'umanità. Roma: Luiss University Press, 2019.

TAKER, Aria. **Fake news on WhatsApp swayed Brazil's election. India should be worried**. Matéria de 31 de outubro de 2018. Disponível em: <https://qz.com/india/1445013/whatsapp-fake-news-helped-bolsonaro-win-brazil-is-india-next/>. Acesso em: 18 de março de 2023.

TORET, Javier. **A extrema-direita construiu as melhores máquinas de guerra digitais.** Entrevista concedida a Patrícia Simón, publicada por La Marea em 27 de janeiro de 2022, traduzida e reproduzida pela RBA em 29 de janeiro de 2022. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/595971-a-extrema-direita-construiu-as-melhores-maquinas-de-guerra-digitais>; e <https://www.lamarea.com/2020/01/27/javier-toret-la-extrema-derecha-ha-construido-las-mejores-maquinas-de-guerra-digitales-la-tecnopolitica-del-1/>. Acesso em 29 de fevereiro de 2023.

TURBINATI, Nadia. **Io, il popolo.** Bologna: Il Molino, 2020.

WERTHEIM, Margareth. **Uma história do espaço de Dante à Internet.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

WILLIAM, Jorge. **Ex-marqueteiro de Bolsonaro escreve primeiro artigo depois de briga com Carlos: 'O Partido dos Robôs sem Voto'.** Matéria de 06 de junho de 2020. Agência O GLOBO. Disponível em: Acesso em: <https://blogs.oglobo.globo.com/sonar-a-escuta-das-redes/post/ex-marqueteiro-de-bolsonaro-rompe-o-silencio-em-artigo-o-partido-dos-robos-sem-voto.html> 12 de março de 2023.

ZAKARIA, Fareed. **The Future of Freedom: Illiberal Democracy at Home and Abroad,** W. Norton & Company; 2007.

ZUBOFF, Shoshana. **The age of surveillance capitalism: the fight for a human future at the new frontier of power.** Public Affairs, 2019.

All Rights Reserved © Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito

ISSN da versão impressa: 2236-5796

ISSN da versão digital: 2596-111X

academiapaulistaeditorial@gmail.com/diretoria@apd.org.br

www.apd.org.br



This work is licensed under a [Creative Commons License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

**CONSTITUCIONALISMO GLOBAL Y LATINO AMERICANO: DEMOCRACIA Y
DERECHO ELECTORAL**

**GLOBAL AND LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM: DEMOCRACY AND
ELECTORAL LAW**

**CONSTITUCIONALISMO GLOBAL E LATINO-AMERICANO: DEMOCRACIA E
DIREITO ELEITORAL**

Norma Angélica Sandoval Sánchez

Ark:/80372/2596/v12/006

Submissão: 12/07/2023

Aprovação: 09/09/2023





**Seminario Internacional
"Constitucionalismo global y
Latino-Americano: Democracia
y Derecho Electoral "**

**Mtra. Norma Angélica
Sandoval Sánchez**

Brasil, abril de 2023

**JUZGAR CON PERSPECTIVA
DE GÉNERO**

**Mtra. Norma Angélica
Sandoval Sánchez**

Brasil, abril de 2023

Juzgar con perspectiva de género

Es una obligación de las y los operadores de justicia y se resume en su deber de impartir justicia sobre la base del reconocimiento de la particular situación de desventaja en la cual históricamente se han encontrado las mujeres como consecuencia de la construcción que socioculturalmente se ha desarrollado en torno a la posición y al rol que debieran asumir, por lo que con este reconocimiento, quienes realicen la función de juzgar, podrán identificar las discriminaciones que pueden sufrir las mujeres, ya sea directa o indirectamente, con motivo de la aplicación del marco normativo e institucional mexicano.

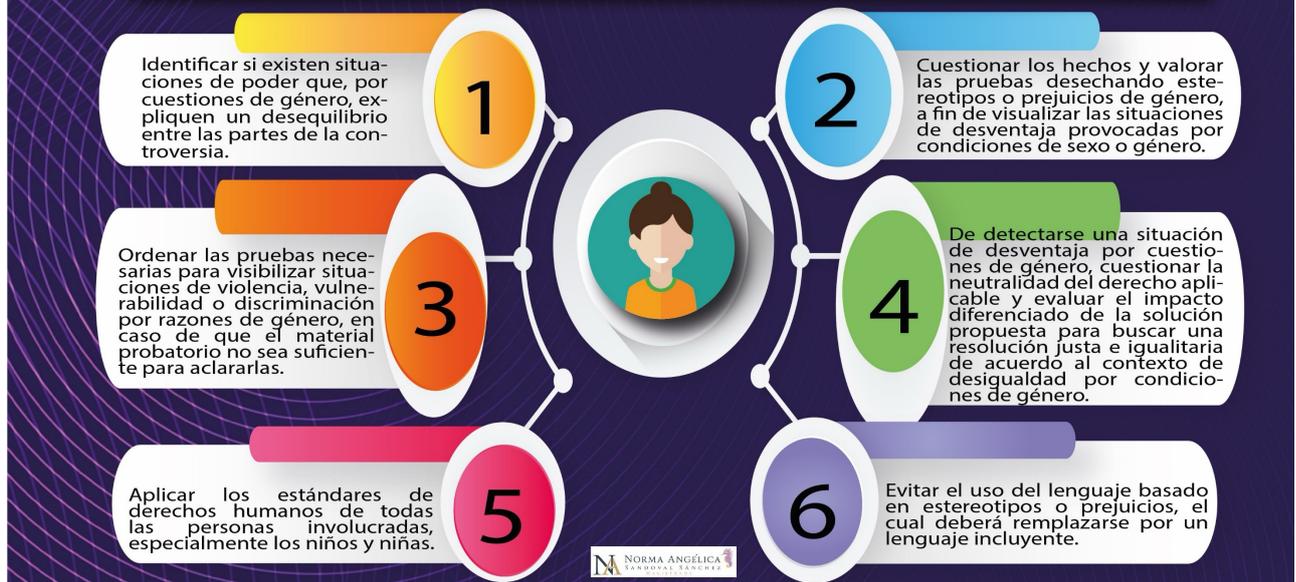
Esta obligación se actualiza de oficio, su cumplimiento NO está sujeta a petición de las partes.

Juzgar con perspectiva de género

Aplicabilidad: obligación intrínseca a la labor jurisdiccional, sin petición de parte, que debe realizarse en casos graves de violencia contra las mujeres.

Metodología: exige cumplir seis pasos, que pueden resumirse en la necesidad de detectar posibles situaciones de desequilibrio de poder entre las partes como consecuencia de su género, seguida de un deber de cuestionar la neutralidad de las pruebas y el marco normativo aplicable, así como de recopilar las pruebas necesarias para visualizar el contexto de violencia o discriminación, y finalmente resolver los casos prescindiendo de cualesquier carga estereotipada que resulte en detrimento de mujeres u hombres.

Acceso a la justicia en condiciones de igualdad. Elementos para juzgar con perspectiva de género.



Las sentencias son vitales para lograr el mejoramiento en la convivencia de la sociedad y la participación activa de ambos géneros en un ambiente armónico y de respeto, garantizando el acceso a la justicia.






**TRIBUNAL
ELECTORAL**
DEL ESTADO DE PUEBLA



**Mtra. Norma Angélica
Sandoval Sánchez**
Magistrada del Tribunal
Electoral del Estado de Puebla

 **@NormAngelik**

LOS NUEVOS MaticES DEL POPULISMO EN MEXICO Y SU INGERENCIA EN LA DEMOCRACIA

THE NEW NUANCES OF POPULISM IN MEXICO AND ITS INTERFERENCE IN DEMOCRACY

AS NOVAS NUANCES DO POPULISMO NO MÉXICO E SUA INGERÊNCIA NA DEMOCRACIA

Crescencio Valencia Juárez¹

Submissão: 21/06/2023

Aprovação: 17/07/2023

RESUMEN:

En el presente artículo, se pretende realizar una perspectiva clara en cuanto al estudio del populismo, desde su inicio más emblemático en Rusia, como la manera tan simple que utilizaron los romanos con la aplicación del termino panem et circenses, demostrando que el populismo latinoamericano no puede entenderse sin aquellos.

Es de mencionar que en la consolidación del populismo como estrategia política se sientan las bases para conformar un nuevo pacto de dominación que establece nuevas formas de relación entre Estado y sociedad.

Durante el desarrollo del presente se lleva a cabo un repaso crítico del Populismo en sus albores así como una vista durante el desarrollo del mismo sin soslayar el populismo latinoamericano, permitiendo llegar a algunas conclusiones y buscando extraer las consecuencias teóricas de lo expuesto desde sede nacional en México.

¹ Licenciado en Derecho, Maestro en Derecho, Especialista en justicia Electoral, Especialista en Interpretación Jurídica Europea, Diplomado en derecho Electoral, Derecho Notarial, Derecho de Amparo y Derecho Registral, Magistrado y ex Magistrado Presidente del Tribunal Electoral del Estado de México, Secretario del Consejo Directivo de la ATERM 2013-2017, Premio AMIJ 2019. E-mail: cvalenciaj@live.com.mx - Ark:/80372/2596/v12/007

Se realiza un estudio de la aplicación del populismo tomando en consideración la manera en cómo fue ejecutada desde los Romanos con su principio panem et circenses hasta la manera actual de realizar política en Latinoamérica y la actual forma de hacer política en México, a partir de los discursos y usos de lenguaje del actual mandatario nacional.

Cuando hablamos de un tema como lo es el populismo (entendido desde el aspecto simple o complejo) sabemos que nos estamos refiriendo a un fenómeno social y político central, que nos permite acercarnos tanto al conocimiento como a la aplicación y la evolución social y política de los países que lo han llevado a cabo. La centralidad del fenómeno es la que amerita justamente un mayor esfuerzo para señalar sus características.

PALABRAS CLAVE: Populismo. Populismo Latinoamericano. Populismo como Estrategia Política. Estado y Sociedad. Democracias Modernas.

ABSTRACT:

In this article, it is intended to carry out a clear perspective regarding the study of populism, from its most emblematic beginning in Russia, as the very simple way that the Romans used with the application of the term panem et circenses, demonstrating that populism Latin America cannot be understood without those.

It is worth mentioning that in the consolidation of populism as a political strategy, the foundations are laid to form a new pact of domination that establishes new forms of relationship between State and society.

During the development of the present, a critical review of Populism at its dawn is carried out, as well as a view during its development without ignoring Latin American populism, allowing to reach some conclusions and seeking to extract the theoretical consequences of what is exposed from the national headquarters in Mexico.

A study of the application of populism is carried out taking into consideration the way in which it was executed from the Romans with its panem et circenses principle to the current way of doing politics in Latin America and the current way of doing politics in Mexico, from the speeches and uses of language of the current national president.

When we talk about a subject such as populism (understood from the simple or complex aspect) we know that we are referring to a central social and political phenomenon, which allows us to approach both the knowledge and the application and the social and political evolution of the countries that have carried it out. The centrality of the phenomenon is precisely what deserves a greater effort to point out its characteristics.

KEYWORDS: Populism. Latin American Populism. Populism as a Political Strategy. State and Society. Modern Democracies.

SUMÁRIO: RESUMEN; I. EL POPULISMO Y SU RELACION CON EL REGIMEN DEMOCRATICO; II. NOTAS CONCLUSIVAS EN TORNO A LA REALIDAD MEXICANA; FUENTES DE CONSULTA.

I. EL POPULISMO Y SU RELACION CON EL RÉGIMEN DEMOCRÁTICO

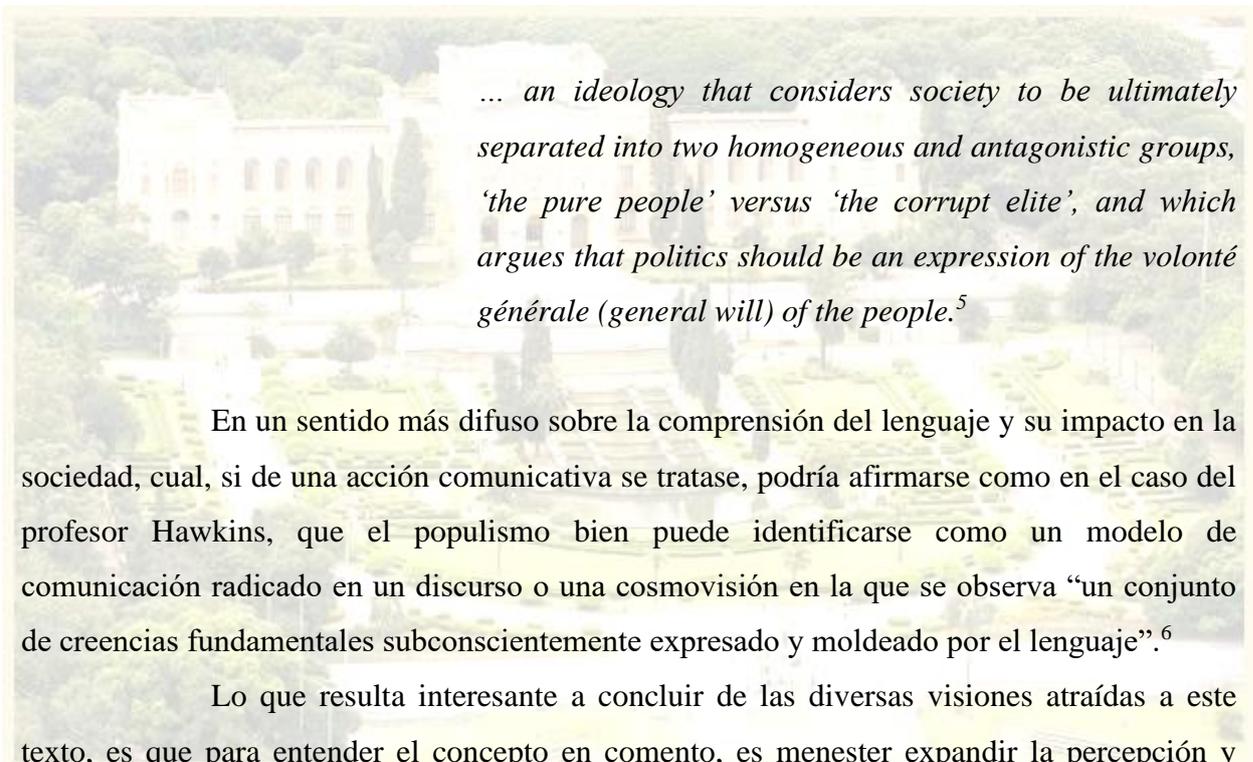
Para abordar un tema como lo es el Populismo, creo pertinente el delimitar circunstancias específicas del concepto, como lo son, su aplicación y su finalidad, a fin de no caer en la polisemia cultural o política, sin soslayar los elementos históricos de este aperiodo político.

Para conocer y entender el significado de la palabra populismo, es menester contemplar su inicio, con la intención de relacionar tanto la aplicación actual como la manera en que fue tratada en sus albores, siendo la idea primigenia de este texto el vincular y definir al populismo como un elemento inherente a la vida política, siendo un componente fundamental para su realización el ser humano como un *zoon politikon* un "hombre nacido para asociarse políticamente", para vivir en sociedad², y en tanto la razón poblacional se deba a la vida democrática, la idea del populismo vendrá aparejada a esta forma de gobierno, dejando claro que el populismo y su aplicación no es un hecho reciente o solo imputable a las sociedades democráticas de la actualidad.

El Populismo es una actividad recurrente en las democracias modernas, tildado y tratado últimamente como una suerte de patología política, pero al igual que la democracia hunde sus raíces en la Grecia clásica, particularmente, en la Atenas de Pericles, cuyos personajes y accionar político presentan interesantes paralelos con los ejemplos observados en la actualidad, desde Perón en Argentina, Hugo Chávez en Venezuela, Evo Morales en Bolivia, Donald Trump en Estados Unidos y un ejemplo más cercano el Presidente López Obrador en México.

² Cfr. ARISTÓTELES, *Política*, Edit. Gredos, España, 1994.

El entendimiento del concepto Populismo, ha sido multifacético, no llegando a conciliar una sola forma en la que éste aparece o se materializa, así, por ejemplo, podremos afirmar como lo hace Weylan que se trata de una estrategia política, a través de la cual un líder personalista busca o ejerce el poder del gobierno a través del apoyo directo, no institucionalizado y sin mediación de un gran número de seguidores³; O bien, concebirlo como un estilo personalizado de ejercer la política por parte de un “líder”, como así lo entendieran, por ejemplo Roberts y Moffit y Tormey⁴; Incluso, en un sentido mucho más familiar para nuestros días, en México, bajo la expectativa de que el populismo es una ideología, como así lo afirmara Mudde, derivado de sus múltiples debates intelectuales con el profesor Jan Jagers, llegando a la conclusión de que el populismo es:



*... an ideology that considers society to be ultimately separated into two homogeneous and antagonistic groups, 'the pure people' versus 'the corrupt elite', and which argues that politics should be an expression of the *volonté générale* (general will) of the people.⁵*

En un sentido más difuso sobre la comprensión del lenguaje y su impacto en la sociedad, cual, si de una acción comunicativa se tratase, podría afirmarse como en el caso del profesor Hawkins, que el populismo bien puede identificarse como un modelo de comunicación radicado en un discurso o una cosmovisión en la que se observa “un conjunto de creencias fundamentales subconscientemente expresado y moldeado por el lenguaje”.⁶

Lo que resulta interesante a concluir de las diversas visiones atraídas a este texto, es que para entender el concepto en comento, es menester expandir la percepción y aplicación de facto del populismo, debemos de comprender que éste no solo se circunscribe a estos postulados; es parte inherente de la democracia y parte de la vida política de la sociedad

³ Weyland, Kurt, “Clarifying a Contested Concept: Populism in the Study of Latin American Politics”, en *Comparative Politics*, Vol. 34, No. 1, pp. 1-22, 2001.

⁴ ROBERTS, K. M., “Neoliberalism and the Transformation of Populism in Latin America. The Peruvian Case”, en *World Politics*, Washington, D. C., n. 48, p. 82-116, 1995. También así en: MOFFITT, B. y TORMEY, S., “Rethinking populism: Politics, mediatisation and political style”, en *Political Studies*, núm. 62(2), pp. 381-397, 2014.

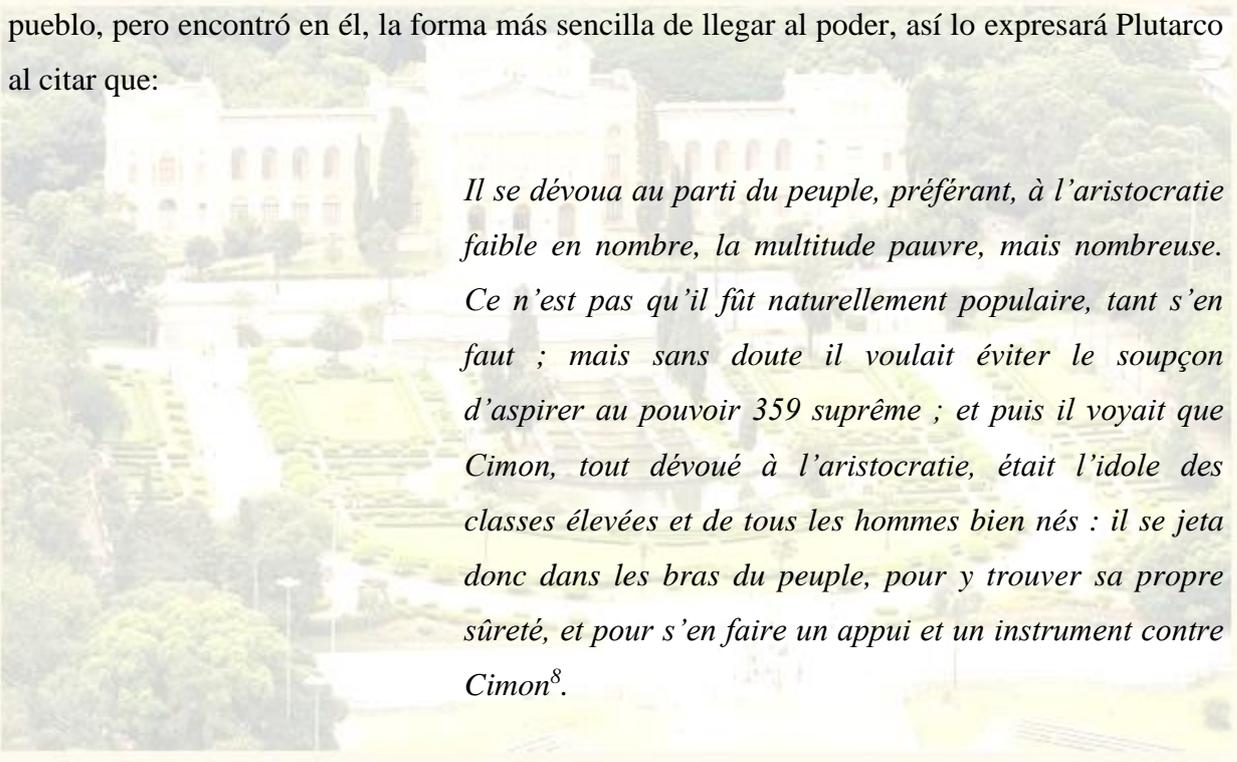
⁵ “... una ideología que considera que la sociedad está en última instancia, separada en dos grupos homogéneos y antagónicos, “el pueblo puro” contra “la élite corrupta”, y que sostiene que la política debería ser una expresión de la voluntad general del pueblo.” Mudde, Cass, “The populist zeitgeist”, en *Government and Opposition*, núm. 39, pp. 541-563, Cambridge University Press, 2004.

⁶ HAWKINS, Kirk, *Venezuela's chavismo and populism in comparative perspective*, New York, Cambridge University Press, 2010, p. IX.

en general, puesto que “no existe ninguna intervención política que no sea hasta cierto punto populista”.⁷

La idea de exponer la similitud entre la aplicación del populismo actual y las realizadas en diferentes espacios históricos, es determinar los elementos específicos que componen al populismo como parte inherente de la vida democrática.

Un ejemplo del que podemos partir se da durante los años 495 a. C.- 429 a. C., con Pericles, un político y orador ateniense, quien tomó la causa del pueblo, de la multitud, en contra sentido de la causa de la aristocracia, de los pocos y los ricos, incluso muy a pesar de que, como narrara Plutarco, la vida de juventud de Pericles, bien pudiera parecer que era totalmente contraria a ello, puesto que Pericles, al parecer, sentía una repugnancia hacia el pueblo, pero encontró en él, la forma más sencilla de llegar al poder, así lo expresará Plutarco al citar que:



*Il se dévoua au parti du peuple, préférant, à l'aristocratie faible en nombre, la multitude pauvre, mais nombreuse. Ce n'est pas qu'il fût naturellement populaire, tant s'en faut ; mais sans doute il voulait éviter le soupçon d'aspirer au pouvoir suprême ; et puis il voyait que Cimon, tout dévoué à l'aristocratie, était l'idole des classes élevées et de tous les hommes bien nés : il se jeta donc dans les bras du peuple, pour y trouver sa propre sûreté, et pour s'en faire un appui et un instrument contre Cimon*⁸.

Por cuanto hace a la vida del político Pericles, podemos ver una similitud en cuanto a la aplicación del populismo, siendo el rasgo visible la representación de la causa de los muchos en contra de los pocos, del pueblo contra la oligarquía, una actividad que no se ha visto mermada, por el contrario, sigue siendo opción para tomar representatividad y posición en la vida democrática de cualquier Estado o nación.

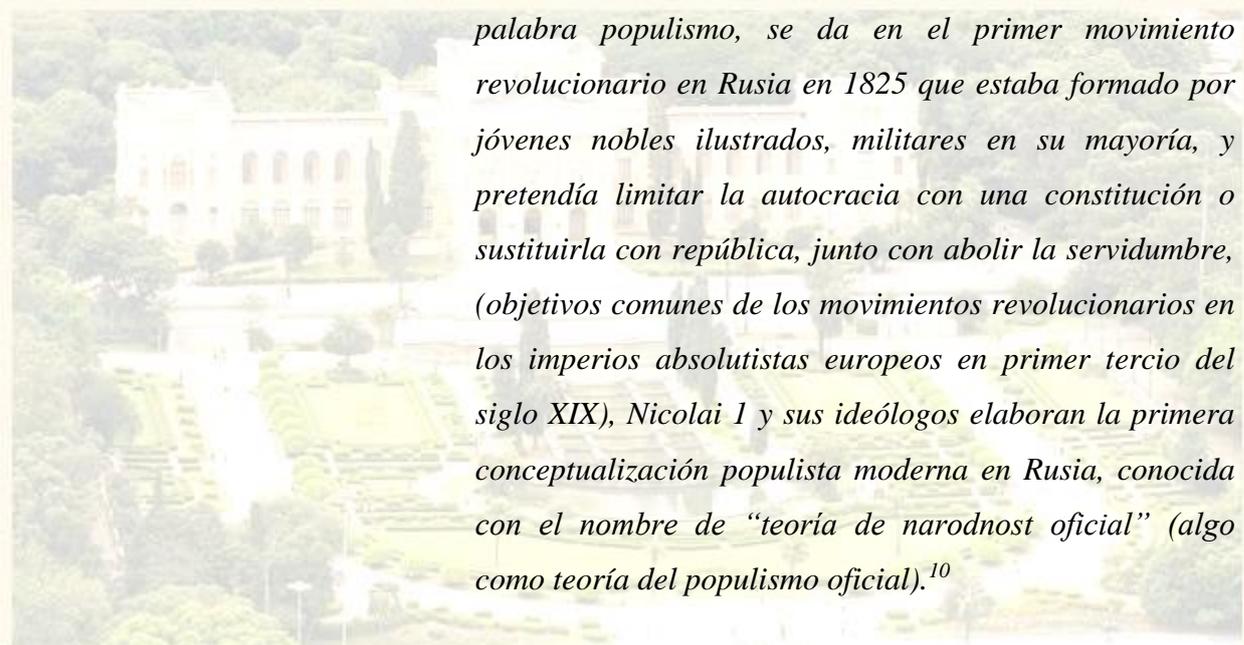
En el ejemplo que se expone con Pericles, se resalta el punto medular por el que el populismo sigue siendo una de las herramientas para encontrar un lugar dentro de la

⁷ LACLAU, Ernesto, *La razón populista*, 2ª ed., FCE, México, 2006, p. 185.

⁸ PLUTARQUE, *Les vies des hommes illustres*, T. I, *Vie de Périclès*, Traducción al francés de Alexis Pierron, Charpentier, Libraire-Éditeur, 1853, disponible en: <http://remacle.org/bloodwolf/historiens/Plutarque/periclespierron.htm>, [Consultado en fecha 17/03/2023]

representación social: Pericles solo notó que “el descontento popular fue creando una explosiva coyuntura: una plebe resentida y susceptible enfrentada a una elite insensible a sus demandas y dispuesta a mantener sus privilegios”⁹, actividad suficiente para hacerse portador de la voz del pueblo. Desde entonces, el resultado de tan nociva combinación ha sido el caldo de cultivo para todo ambicioso político, que, mediante el uso del discurso y la conformación de una apariencia de liderazgo, crea un activismo político para el ejercicio del poder.

Avanzando con el camino, podemos afirmar claramente siguiendo el pensamiento de Ulianova que:



Tras aplastar el primer indicio de acuñamiento en la palabra populismo, se da en el primer movimiento revolucionario en Rusia en 1825 que estaba formado por jóvenes nobles ilustrados, militares en su mayoría, y pretendía limitar la autocracia con una constitución o sustituirla con república, junto con abolir la servidumbre, (objetivos comunes de los movimientos revolucionarios en los imperios absolutistas europeos en primer tercio del siglo XIX), Nicolai I y sus ideólogos elaboran la primera conceptualización populista moderna en Rusia, conocida con el nombre de “teoría de narodnost oficial” (algo como teoría del populismo oficial).¹⁰

El movimiento pretendía la abolición de la esclavitud y el fin del antiguo régimen instaurado hasta ese entonces, movimiento que fue iniciado por una lucha ideológica de los oprimidos contra el sistema, dando así los primeros pincelazos para poder definir el populismo.

Otro ejemplo calificador en el uso del populismo como herramienta política, se da en el territorio americano, de manera más específica en Estados Unidos, durante el año 1890, derivado del desplazamiento sufrido en el sector agrícola, desde donde, en principio se

⁹ CLAVIJOS, José, “Los antiguos orígenes del populismo moderno”, en *Nexos*, octubre 3, 2019. [Consultado en fecha 17/03/2023] Disponible en: <https://redaccion.nexos.com.mx/los-antiguos-origenes-del-populismo-moderno/>

¹⁰ ULIANOVA, Olga, “Experiencias populistas en Rusia”, en *Revista de Ciencia Política*, vol. XXIII, núm. 1, 2003, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile, p. 165.

apreció “la pérdida de la primacía que hasta entonces había tenido la actividad agrícola, significando también, un claro desplazamiento social en la concentración de la riqueza.

Como ejemplo de este dramático cambio, basta considerar que para 1900 los granjeros tenían menos de la mitad de la riqueza nacional,¹¹ se puede advertir que tanto de lo sucedido en Rusia como en Estados Unidos, existen claras diferencias y a la vez notables similitudes, muchas de las cuales ya se han enunciado implícitamente, pero que cabe resaltar cuando menos las siguientes:

- a) Ambos movimientos se originaron en buena medida por el rechazo a la industrialización y urbanización que ya en ese entonces estaban experimentando ambas sociedades;
- b) La marcada discrepancia económica;
- c) El hastío social en relación a la evidente desigualdad laboral; y,
- d) La idea inseparable de una mejor realidad, siendo evidente que ambos populismos estaban inspirados por una utopía retrospectiva.

En ambos casos se aprecia también una exaltación valorativa de la gente común, del hombre sencillo, del pueblo, que posee virtudes morales en otros sectores sociales más desprotegidos, sobre todo en contra de los gobernantes y acaudalados, del sector con mayor poder adquisitivo, de los opresores contra los oprimidos.

En los temas expuestos no se pretende caer en la trampa de detenerse y explicar cada caso perdiendo de vista el tema. La finalidad es encontrar una respuesta integral a todos ellos en conjunto, puesto que de los acontecimientos nombrados se podría deducir que los populismos referidos no tienen ninguna comparación y/o similitud existente entre ellos, tanto en la manera en la que iniciaron como los postulados o ideales que expresan.

El análisis de los casos no causa distracción con respecto al estudio del fenómeno, más bien lo revalida, puesto que en los presentes populismos, se observa la similitud en función a la “profunda lógica democratizante, porque da voz a los excluidos y les promete una inclusión radical en un nuevo orden en que la plebe –“los de abajo”– se convertirá en *populus* –el pueblo soberano”¹², reafirmando la idea de que el populismo no lo conforma el fenómeno *per se*, lo compone la estructura del ideal, la manera de civilizar o enardecer cierto sector poblacional, que a la percepción de este sector se pueda deducir una

¹¹ GARCÍA JURADO, Roberto, “Las raíces del populismo Los movimientos populistas del siglo XIX en Rusia y Estados Unidos”, en *Argumentos*, vol.23, no.63, México, 2010, p. 277.

¹² PANIZZA, Francisco, “Fisuras entre populismo y democracia en América Latina”, en *Stockholm Review of Latin American Studies*, 2008, p. 83.

falta o evidente carencia de uno o varios derechos, garantías o posibilidades, ya sean objetivas y/o subjetivas, pero si inmediatamente exigibles aun contrario.

Los populismos ocurrieron durante la época en que se conformó la sociedad de clases, en donde los valores culturales de tipo comunitario fueron sustituidos por los valores creados en el ambiente urbano industrial, sectorizando los beneficios de un grupo vencedor a un grupo vencido, el populismo, entonces, es expresión de un proceso de secularización,¹³ “para comprender las relaciones de clase hay que tomar en cuenta tanto el populismo de las grandes esferas, de las élites burguesas y de clase media que instrumentaliza a las masas y manipula su conciencia, como el populismo de masas, que en momentos de crisis tiende a asumir un carácter revolucionario”.¹⁴

Con base en ello, tenemos, por ejemplo, lo referido por Jürgen para quien “los populistas ven amenazado el bienestar de la “gente simple” por las grandes organizaciones y corporaciones de la economía y de la política, en fábricas, grandes bancos, agrupaciones industriales y trust, en las burocracias estatales y privadas, los aparatos de partidos, los parlamentos y otros agentes intermedios entre pueblo y gobierno”¹⁵. Nuestro autor, expone con claridad el principio básico del populismo, una idea en la que siempre existe el oprimido y el opresor, el bien y el mal, el sistema contra los desvalidos, el concepto de dualidad, en torno a esta percepción que puede o no ser real, teniendo como fin inmediato el adeptos de más seguidores y simpatizantes a este movimiento.

Algunos de los autores que proponen la existencia de una trinidad de elementos en la conformación del populismo son, Hawkings y Rovira,¹⁶ para quienes, éste, reviste una concepción maniquea del mundo fundada en: a) donde todo puede reducirse a una lucha permanente entre el bien y el mal; b) una concepción de “pueblo” en la que adopta la forma de una comunidad homogénea y virtuosa; y c) una elite que es corrupta y viciosa por definición.

¹³ IANNI, Octavio, “Populismo y relaciones de clase”, en GERMANI, G., y otros, «Democracia representativa y clases populares», en Gino Germani y otros, *Populismo y contradicciones de clase en Latinoamérica*, 2ª ed., México, Serie Popular Era/21

¹⁴ GONZALES, Osmar, “Los orígenes del populismo latinoamericano: Una mirada diferente”, en *Cuadernos del Cendes*, vol.24, n.66, pp.75-104. Disponible en:

http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1012-25082007000300005&lng=es&nrm=iso

¹⁵ HANS-JÜRGEN, Phule, “Populismo en América Latina”, en *Revista de Ciencia Política de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, 1987, v. IX, pp. 85-107, p. 88

¹⁶ HAWKINS, K. A. y ROVIRA Kaltwasser, C., “The Ideational Approach to Populism”, en *Latin American Research Review*, 52(4), 2017.

Por su parte, al tratar el populismo norte americano del 1890, Laclau¹⁷ afirma que para conocer el punto de partida para el nacimiento y el éxito de un movimiento populista, debemos centrarnos en: a) Descontento general con el *status quo* existente; b) Construcción de una cadena equivalencial de demandas centradas en torno a unos pocos símbolos altamente investidos; y, c) Desafío al sistema político como un todo.

Otro expositor del trinomio del populismo, esta vez desde su vertiente de uso del lenguaje mediante el discurso es Antonio Alonzo Marcos, para quien la forma de advertir el populismo desde el discurso se da mediante tres elementos a saber: a) la identificación del líder con el pueblo, con sus sentimientos con su dolor. El líder viene del pueblo, es uno con él y nunca dejará de serlo; b) El líder populista es utopista en su discurso, cortoplacista en su acción; y, c) El populista suele señalar un culpable como origen o causa última de todas las desgracias que azotan a un determinado país.¹⁸

Como se puede colegir, los tres postulados expuestos conllevan una similitud, puesto de otra manera y a fin de simplificar lo dicho lo reflejamos de la siguiente manera:

APARTADO	Postulado Hawkings y Rovira,	Postulado Laclau	Postulado Alonzo Marcos
A)	a) donde todo puede reducirse a una lucha permanente entre el bien y el mal;	b) Construcción de una cadena equivalencial de demandas centradas en torno a unos pocos símbolos altamente investidos existente	a) la identificación del Líder, con el pueblo, con sus sentimientos con su dolor, el líder viene del pueblo, es uno con él,
B)	b) una concepción de “pueblo” en la que adopta la forma de una comunidad homogénea y virtuosa;	a) Descontento general con el statu quo	b) el líder populista es utopista en su discurso, cortoplacista en su acción,
C)	c) una elite que es corrupta y viciosa por definición	c) Desafío al sistema político como un todo	c) el populista suele señalar un culpable como origen o causa última de todas las desgracias que azotan a un determinado país

¹⁷ LACLAU, Ernesto, *La razón populista*, op. cit., p. 220.

¹⁸ ANTONIO ALONZO, Marcos, “Los populismos de siempre: una explicación desde la historia de ideas”, en *Boletín IEEE*, Nº 7 (Julio - septiembre), 2017, pp. 14-15.

Con relación a lo expuesto por los diversos autores, se observa que la definición del populismo se encuentra integrada por una trilogía, al momento de realizar un estudio de estos postulados se colige que son a su vez similares en lo referido, pues cada uno hace alusión a un fenómeno social tan específico como reiterativo en la vida democrática del *zoon politikon*.

Así, en el apartado A) podemos percatarnos que existe como característica principal, la ausencia del bienestar social, la dolencia y falta de un bien, servicio o solicitud que puede ser socialmente objetivo o que se gesta a partir de la diferencia con otro sector poblacional, sin que este sea necesario, afecte o no directamente a la población.

Por cuanto hace al apartado B), la manera en cómo se utiliza el populismo, ya sea en el discurso político, la postura ideológica, la estrategia a seguir o estilo que se utiliza, es bajo la concepción de una sociedad meramente utópica, donde cada elemento es igual a los demás y no existe diferencia social para ninguno. Así, se entiende como en Bobbio, que “cuando se dice que la izquierda es igualitaria y la derecha no igualitaria, no se quiere decir en absoluto que para ser de izquierda sea preciso proclamar el principio de que todos los hombres deben ser iguales en todo, independientemente de cualquier criterio discriminatorio, porque ésta sería no sólo una visión utópica —a la cual, hay que reconocerlo, se inclina más la izquierda que la derecha, o quizás sólo la izquierda— sino, peor, una mera declaración de intenciones a la cual no parece posible dar un sentido razonable”¹⁹, dejando en claro que la igualdad que se promulga es la de una sociedad sin clases, sin distinciones ni requerimientos o excentricidades, siendo “necesario además observar que también en las teorías de los utópicos el principio «igualdad de todos en todo» tiene que ser siempre acogido con la más amplia cautela”.²⁰

En relación al apartado C), podemos darnos cuenta que el discurso que se maneja es de corte de reproche, donde los “populistas apelan a la categoría pueblo o explotan el descontento de los de abajo con los de arriba, de los pobres con los ricos, dando libre palabra a un sector tomado como vulnerable, ya sea por un corte económico, de discriminación, o simplemente político, el elemento principal de este apartado es la confrontación con lo establecido, la clase baja contra la clase alta, el sistema contra los oprimidos, dando cuenta que siempre existe una opulencia y una precariedad.

¹⁹ BOBBIO, Norberto, *Derecha e Izquierda. Razones y significados de una distinción política*, 8ª ed., Taurus, Roma, 1997, p. 140.

²⁰ *Ibidem*, p. 141.

De esta manera se desprende que el populismo en cualquiera de sus aplicaciones “no enfatiza lo ideológico, se caracteriza por un discurso popular-confrontacional (contra las oligarquías y las instituciones, y crea permanentemente enemigos), goza de capacidad de movilización y se dirige a un segmento policlasista, pese a que pone el énfasis en los segmentos de menores recursos económicos”.²¹

Otro de los atributos y características que compone el populismo es, como en la generalidad de movimientos sociales, la existencia de un líder carismático en el cual basar la dominación y el apoyo de sus seguidores “siempre pertenece a las clases medias o superiores, mientras que el apoyo es de una «masa disponible» (lo que revela el carácter manipulable de las poblaciones marginales) compuesta básicamente por los recién llegados del campo, quienes se suman a la clase obrera ya existente”²², como ya se ha visto, la masa social disponible la conforma, sectores poblacionales que sufren de un modo y otro la indiferencia de la sociedad, desde puntos diferentes y/o los elementos, como pueden ser, económicos, étnicos, laborales, sociales, educativos, etc, siendo expresado el proceso desde movimientos de masas hasta la lucha de clases, dando como producto o resultado el Populismo, como base fundamental de las crisis sociales.

De esta manera se hace notable que el populismo se gestó como una ideología que identifica la voluntad del pueblo con la justicia y la moral, puesto que nace de la discrepancia social o desde un sector vulnerable, con independencia de lo que se exija, pero pugnando por una igualdad relativamente coherente, siempre acompañado del movimiento social con tildes contrarios a lo políticamente instaurado. Definiendo en efecto, la articulación de demandas conservadoras o elitistas que reclaman soberanía para regir los destinos de una comunidad que garantice su lugar justo “arriba”, tomando por ende, que la demanda proviene de un sector menos beneficiado o de “abajo”.

A pesar de lo expuesto, cuando hablamos de populismo (como quiera que se le entienda) sabemos que nos estamos refiriendo a un fenómeno central para acercarnos al conocimiento de la evolución social y política. La centralidad del fenómeno es la que amerita justamente un mayor esfuerzo para señalar sus características.

Lo que no podemos negar es que, como lo refiere Octavio Ianni el populismo corresponde a una etapa determinada en la evolución de las contradicciones entre la sociedad nacional y la economía dependiente. Afirma que para llegar a un análisis cabal del fenómeno

²¹ Ulloa, César, *El populismo en escena ¿Por qué emerge en unos países y en otros no?*, FLACSO-Ecuador, 2017.

²² GONZALES, Osmar, *op. cit.*, p.

del populismo es necesario primero reconocer el grado de madurez política que muestran las clases populares, para después poder aquilatar mejor las posiciones que aquellas generaron y consolidaron. La naturaleza del gobierno populista se caracteriza por tratar de combinar las tendencias del sistema social y las imposiciones de la dependencia económica.²³

Se trata de un fenómeno que se mueve en la obscuridad, un fantasma que se cierne sobre el mundo, como una ideología que se encuentra fuertemente emparentada con el movimiento comunista y que poco a poco comienza a conquistar cada vez más espacios. Un fenómeno que tiende a desestabilizar el orden político, económico y social de toda una región al limitar los poderes de los grupos que han gozado del control político y económico establecido.²⁴

Con relación a esto, Ghira y Ernest vinculan al populismo con los últimos eventos acaecidos, a finales del siglo XIX y principio del siglo XX, en relación a los sucesos que guardan similitud, pero, desde el punto de vista que se aborda en este artículo, podemos determinar que no se trata de eventos acaecidos en diferentes puntos históricos que no se puedan tildar cómo sucesos aislados, mucho menos como hechos propios únicamente de alguna ideología.

Por este hecho es que se pueden encontrar grandes tendencias dentro del populismo, una de estas es la oportunidad de darle prioridad a una revolución social nacida desde abajo, cuyas necesidades sean socialmente reprochables, de grupos realmente vulnerables, es decir, que el populismo no solo es una doctrina, es una manera de operar como elemento de mediación entre puntos de vista y visiones particulares diferentes.

II. NOTAS CONCLUSIVAS EN TORNO A LA REALIDAD MEXICANA.

Desde lo expuesto, el populismo deja de ser una estrategia, un estilo, una ideología, o un discurso. El populismo se vuelve así en una herramienta de cambio dentro de la población social, un mecanismo para hacer valer las diferencias existentes en el sector poblacional, que no solo se limita a la existencia en una sociedad democrática, pues como podemos ver, los elementos que se exponen en este artículo como parte integral del populismo son:

²³ IANNI, Octavio, *Populismo y relaciones de clase*, *op. cit.*

²⁴ IONESCU, Ghita y GELLNER, Ernest, *Populismos. Sus significados y características nacionales*, Amorrortu, Buenos Aires, 1969.

- A. *La ausencia del bienestar social, la dolencia y falta de un bien, servicio o solicitud que puede ser socialmente objetivo o que se gesta a partir de la diferencia con otro sector poblacional.*
- B. El requerimiento de la igualdad que se promulga es el de una sociedad sin clases, sin distinciones ni requerimientos o excentricidades.
- C. Un discurso donde los populistas apelan a la categoría pueblo o explotan el descontento de los de abajo con los de arriba, de los pobres con los ricos, dando libre palabra a un sector tomado como vulnerable, ya sea por un corte económico, de discriminación, o simplemente político, el elemento principal de este apartado es la confrontación con lo establecido, la clase baja contra la clase alta, el sistema contra los oprimidos, dando cuenta que siempre existe una opulencia y una precariedad.

Como podemos observar, el populismo puede ser tildado como un actuar demagógico, pero una vez estudiados los puntos que anteceden, se puede advertir que el populismo es una forma de hacer valer un estado de indefensión de cierto sector poblacional, de demandas sociales que no han sido respondidas o simplemente se han ignorado por parte de un sector de menores necesidades, si bien se puede advertir de hechos sociales fuertemente reprimidos, como lo fueron lo expuesto en Rusia y Estados Unidos, no menos cierto es que estos puntos pueden ser exigidos de manera más simple, por sectores poblacionales que exigen cierta circunstancia en específico, pero que la negación a esta no representa una violación o detrimento.

Pero, por otro lado bien marcado, más apegado a la demagogia, se puede observar que el populismo es una herramienta política para la conquista del poder. Así analizado, le acierta la razón a Laclau cuando denuncia que el populismo no tiene un criterio para distinguir la demanda por “comida” o “tierra”, de la demanda por “ver las calles sin homeless”. Ambas pueden afectar las identidades construidas y convertirse en un espacio de acción política²⁵.

En relación a lo expuesto “no se trata de negar que mujeres, trabajadores, indígenas, campesinos, sean víctimas de situaciones que producen dolor o sufrimiento”²⁶, sino que, primero, para sostener que una situación es injusta e ilegítima se requiere de un discurso que construya esas situaciones como tales, aún con la presencia de discursos que signifiquen

²⁵ LACLAU, E., “Antagonismo, subjetividad y política”, en *Debates y Combates*, año 2, núm. 3, pp.7-37, 2012.

²⁶ DUSSEL, Enrique, *Ética de la liberación. En la edad de la globalización y de la exclusión*, Trotta, Madrid, 1998.

una situación como injusta, se requiere de procesos de subjetivación política para que exista un antagonismo.

Sólo cuando existe ese corrimiento subjetivo y la emergencia de algún tipo de acción, es cuando el sujeto se constituye. De esta manera, es un desafío teórico, pero fundamentalmente político, pensar el modo en que estas posiciones de subordinación pasan a configurarse en espacios de subjetivación y producción de antagonismos sociales.

Del movimiento social se aprecia la existencia de la equivalencia entre demandas insatisfechas y el de la frontera con ese otro que produce la situación injusta (el gobierno, el Estado, la clase dominante, la oligarquía, las elites, los políticos, etcétera.). Cabe destacar que los elementos en juego para establecer las equivalencias se varían en cada caso y dependen de las construcciones históricas y las memorias colectivas, es por ello que la expansión de demandas equivalentes produce “demandas populares”, después de un proceso primario de producción de una subjetividad popular.²⁷

El sujeto que puede advertir el conjunto de demandas insatisfechas podría superponerse como portavoz de los sectores “vulnerables”, sin que este hecho represente la respuesta inmediata a las peticiones existentes, así, se da la apariencia de un sujeto popular, como lo refiriera Laclau.

Sin embargo, al momento en que congenian situaciones favorables sobre una persona ávida de poder como lo son, la adquisición del poder y sobre esto el adjudicarse como portavoz de los sectores “vulnerables”, dan como resultado un representante autoritario, que tratará de eludir cualquier situación que lo despoje del nicho de poder en que se encuentra.

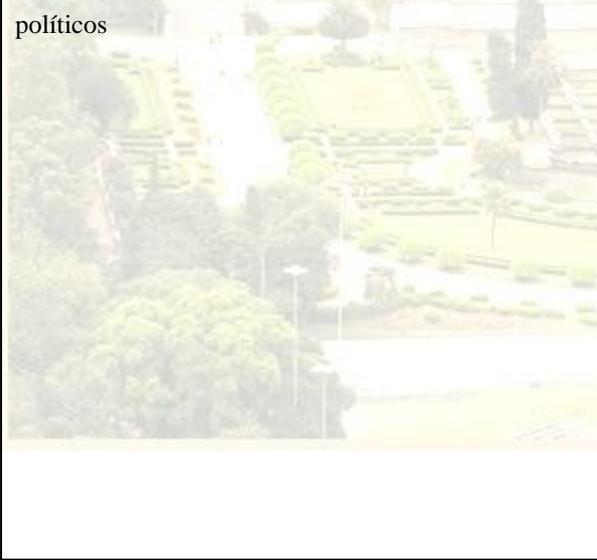
Steven Levitsky y Daniel Ziblatt conciben, a partir de un trabajo de Linz²⁸, cuatro señales de advertencia en la conducta del político que ostenta tal cargo y poder, que pueden ayudar a identificar a una persona autoritaria:

1. *rechaza, ya sea de palabra o mediante acciones, las reglas democráticas del juego,*
2. *niega la legitimidad de sus oponentes,*
3. *tolera o alienta la violencia o*
4. *indica su voluntad de restringir las libertades civiles de sus opositores, incluidos los medios de comunicación.*

²⁷ RETAMOZO, Martín, “La teoría del populismo de Ernesto Laclau”, en *Estudios Políticos*, núm. 41, México, p. 172.

²⁸ Redish, Martín. “A Pardon for Arpaio Would Put Trump in ncartered Territory” *New York Times*, 27 de agosto de 2017

La tabla que a continuación se reproduce, muestra cómo evaluar a los políticos en atención a estos cuatro factores. Steven Levitsky y Daniel Ziblatt.²⁹

<p>1. Rechazo (o débil aceptación) de las reglas democráticas del juego.</p> 	<p>¿Rechazan la Constitución o expresan su voluntad de no acatarla? ¿Sugieren la necesidad de adoptar medidas antidemocráticas, como cancelar elecciones, incumplir o suspender la Constitución, prohibir determinadas organizaciones o restringir los derechos políticos o civiles básicos? ¿Pretenden usar (o aprueban el uso de) medidas extraconstitucionales para cambiar el Gobierno, como golpes militares, insurrecciones violentas o manifestaciones masivas destinadas a forzar un cambio en el Gobierno? ¿Intentan socavar la legitimidad de las elecciones, por ejemplo negándose a aceptar unos resultados electorales creíbles?</p>
<p>2. Negación de la legitimidad de los adversarios políticos</p> 	<p>¿Describen a sus rivales como subversivos o contrarios al orden constitucional establecido? ¿Afirman que sus rivales constituyen una amenaza existencial, ya sea para la seguridad nacional o para el modo de vida imperante? ¿Describen sin argumentos a sus rivales de otros partidos como delincuentes cuyo supuesto incumplimiento de la ley (o potencial para incumplirla) los descalifica para participar de manera plena en la esfera política? ¿Sugieren de manera infundada que sus rivales son espías extranjeros que trabajan secretamente en alianza con (o a sueldo de) un Gobierno foráneo, normalmente de un país enemigo?</p>
<p>3. Tolerancia o fomento de la violencia.</p>	<p>¿Tienen lazos con bandas armadas, con fuerzas paramilitares, con milicias, guerrillas u otras organizaciones violentas ilegales? ¿Han patrocinado ellos mismos o sus aliados de partido linchamientos a adversarios? ¿Han apoyado de manera tácita la violencia de sus partidarios negándose a condenarla y penalizarla sin ambigüedades? ¿Han elogiado (o se</p>

²⁹ LEVITSKY, Steven y ZIBLATT, Daniel, *Cómo mueren las democracias*, Editorial Planeta, México, 2018, pp. 33-34.

	han negado a condenar) otros actos destacados de violencia política, tanto pasados como acontecidos en otros lugares del mundo?
4. Predisposición a restringir las libertades civiles de la oposición, incluidos los medios de comunicación	¿Han apoyado leyes o políticas que restringen las libertades civiles, como ampliar las leyes por libelo o difamación o aprobar leyes que limitan el derecho de manifestación, las críticas al Gobierno o a determinadas organizaciones civiles o políticas? ¿Han amenazado con adoptar medidas legales u otras acciones punitivas contra personas críticas pertenecientes a partidos de la oposición, la sociedad civil o los medios de comunicación? ¿Han elogiado medidas represivas adoptadas por otros Gobiernos, ya sea en el pasado o en otros lugares del mundo?

Tomando en consideración el cuadro que antecede, nos percatamos que el populismo también puede servir como un medio de control, donde el representante carismático una vez que se ha hecho del poder, propicia la disgregación de la sociedad, enfatizando las diferencias entre los sectores sociales, desde la percepción económica hasta la ideológica, azuzando la inconformidad del sector que él representa o dice representar, alimentando la idea de los buenos contra los malos, la opulencia opresora contra los pobres oprimidos, ideas que, como ya hemos visto, benefician solo a quien las vende, manteniéndolo así en el poder y con la idea de que él representa a los oprimidos, una característica más de este tipo de representantes es que desconoce las instituciones ya establecidas y aquellas que dieron certidumbre a su acenso.

Habiendo obtenido el apoyo mediante el sufragio del voto y una vez como Regente, su principal pugna se encuentra en desacreditar las instituciones que validaron su trayecto, tildándolas de conspirar (siendo muy enfáticos en la diferencia y la manera en cómo lo hace ver) no contra su persona, sino contra los requerimientos del pueblo, una vez que él se enajena de su persona y se concibe como portador de la vox populi, todas las necesidades no son de él, son de las necesidades sociales, “que él representa”.

Ejemplo claro y de inmediata referencia es el actuar del presidente Andrés Manuel López Obrador, quien durante su camino al acenso a la presidencia de México, fue partidario de los sectores “vulnerables”, formándose de manera mediática como gente del pueblo, utilizando un discurso que lo acompañaría hasta la actualidad, el pugnar por un discurso que evidenciara la discrepancia social y económica de la población, recalcando la

idea de un grupo arbitrario, “la elite”, discurso ampliamente usado en el populismo y al momento de hacerse de adeptos a su causa, circunstancia que se ha manejado desde un principio, extremar las percepciones en buenos y malos, a favor o en contra.

El Presidente Andrés Manuel al inicio de su gobierno, implementó una ronda de prensa que se realiza de Lunes a Viernes en un horario de 7 a 9 de la mañana, denominada “las mañaneras”, durante este tiempo, informa sobre temas diversos, sin embargo, cuando se abordan tópicos que tienen relación con grupos ajenos a MORENA, a quienes tildo como “la mafia del poder”, toma un discurso propenso a desvirtuar todas las acciones realizadas por estos, afirmando que sus rivales constituyen una amenaza para la estabilidad nacional³⁰.

Durante los discursos del Mandatario se puede advertir un tipo de lenguaje que enfatiza la desigualdad social, apelando a la categoría de pueblo, explotando el descontento existente entre la población más vulnerable y la gente acaudalada, de los pobres contra los ricos, siendo elemento principal e inmutable de este discurso la confrontación con “la mafia del poder”, dirigiendo su mitin en relación a un pueblo sumergido en la precariedad y un sector oligárquico inmerso en la opulencia. Durante estas charlas matutinas expone situaciones carentes de datos reales, fuentes de consulta o información expedida por autoridades con la expertis en los temas, por el contrario, al momento de ser cuestionado o contradicho sobre sus fuentes de información refiere “tener datos diferentes” exhibiendo de esta manera la falta de fundamento científico u objetivo.

Durante la estancia en la silla presidencial, Andrés Manuel ha dirigido su alocución al rechazo de las reglas democráticas, socavando el prestigio del Instituto Nacional Electoral, tildándolo de corrupto, pasando por alto que la persona que precede una Institución no es la Institución misma.

Durante las mañaneras, el discurso más usado por el representante del poder Ejecutivo Federal apela a circunstancias que siempre llevan implícita la idea de nosotros los buenos, la mafia del poder los malos, donde expone que, el Gobierno que él precede es un gobierno sin errores, un gobierno integro, aduce que él es la voz del pueblo, se despersonaliza para volverse la representación de los oprimidos por el sistema. Situación que a decir de los autores de la obra “Cómo mueren las democracias”, muestra, sin lugar a dudas, la existencia de una persona peligrosa para la democracia, ávida por el poder y tendencialmente autoritaria.

³⁰ Steven Levitsky y Daniel Ziblatt, Como mueren las DEMOCRACIAS, © 2018: Editorial Planeta, S. A

IV. FUENTES DE CONSULTA

ANTONIO ALONZO, Marcos, “Los populismos de siempre: una explicación desde la historia de ideas”, en *Boletín IEEE*, N° 7 (Julio - septiembre), 2017.

ARISTÓTELES, *Política*, Edit. Gredos, España, 1994.

BOBBIO, Norberto, *Derecha e Izquierda. Razones y significados de una distinción política*, 8ª ed., Taurus, Roma, 1997.

CLAVIJOS, José, “Los antiguos orígenes del populismo moderno”, en *Nexos*, octubre 3, 2019. [Consultado en fecha 17/03/2023] Disponible en: <https://redaccion.nexos.com.mx/los-antiguos-origenes-del-populismo-moderno/>

DUSSEL, Enrique, *Ética de la liberación. En la edad de la globalización y de la exclusión*, Trotta, Madrid, 1998.

GARCÍA JURADO, Roberto, “Las raíces del populismo Los movimientos populistas del siglo XIX en Rusia y Estados Unidos”, en *Argumentos*, vol.23, no.63, México, 2010.

GONZALES, Osmar, “Los orígenes del populismo latinoamericano: Una mirada diferente”, en *Cuadernos del Cendes*, vol.24, n.66, pp.75-104. Disponible en:

HANS-JÜRGEN, Phule, “Populismo en América Latina”, en *Revista de Ciencia Política de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, 1987, v. IX, pp. 85-107.

HAWKINS, K. A. y ROVIRA Kaltwasser, C., “The Ideational Approach to Populism”, en *Latin American Research Review*, 52(4), 2017.

HAWKINS, Kirk, *Venezuela's chavismo and populism in comparative perspective*, New York, Cambridge University Press, 2010.

http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1012-25082007000300005&lng=es&nrm=iso

IANNI, Octavio, “Populismo y relaciones de clase”, en GERMANI, G., y otros, «Democracia representativa y clases populares», en Gino Germani y otros, *Populismo y contradicciones de clase en Latinoamérica*, 2ª ed., México, Serie Popular Era/21.

IONESCU, Ghita y GELLNER, Ernest, *Populismos. Sus significados y características nacionales*, Amorrortu, Buenos Aires, 1969.

LACLAU, E., “Antagonismo, subjetividad y política”, en *Debates y Combates*, año 2, núm. 3, pp.7-37, 2012.

LACLAU, Ernesto, *La razón populista*, 2ª ed., FCE, México, 2006.

MOFFITT, B. y TORMEY, S., “Rethinking populism: Politics, mediatisation and political style”, en *Political Studies*, núm. 62(2), pp. 381-397, 2014.

MUDDE, Cass, “The populist zeitgeist”, en *Government and Opposition*, núm. 39, pp. 541-563, Cambridge University Press, 2004.

PANIZZA, Francisco, “Fisuras entre populismo y democracia en América Latina”, en *Stockholm Review of Latin American Studies*, 2008.

PLUTARQUE, *Les vies des hommes illustres, T. I, Vie de Périclès*, Traducción al francés de Alexis Pierron, Charpentier, Libraire-Éditeur, 1853, disponible en: <http://remacle.org/bloodwolf/historiens/Plutarque/periclespierron.htm>, [Consultado en fecha 17/03/2023]

RETAMOZO, Martín, “La teoría del populismo de Ernesto Laclau”, en *Estudios Políticos*, núm. 41, México.

ROBERTS, K. M., “Neoliberalism and the Transformation of Populism in Latin America. The Peruvian Case”, en *World Politics*, Washington, D. C., n. 48, p. 82-116, 1995.

ULIANOVA, Olga, “Experiencias populistas en Rusia”, en *Revista de Ciencia Política*, vol. XXIII, núm. 1, 2003, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile.

Ulloa, César, *El populismo en escena ¿Por qué emerge en unos países y en otros no?*, FLACSO-Ecuador, 2017.

Weyland, Kurt, “Clarifying a Contested Concept: Populism in the Study of Latin American Politics”, en *Comparative Politics*, Vol. 34, No. 1, pp. 1-22, 2001.

All Rights Reserved © Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito

ISSN da versão impressa: **2236-5796**

ISSN da versão digital: **2596-111X**

academiapaulistaeditorial@gmail.com/diretoria@apd.org.br

www.apd.org.br



This work is licensed under a [Creative Commons License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

EL TEST DE PROPORCIONALIDAD EN LA RESTRICCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DESDE LA CONVENCIONALIDAD: EL CASO GARCÍA RODRÍGUEZ VS MÉXICO

THE TEST OF PROPORTIONALITY IN THE RESTRICTION OF HUMAN RIGHTS IN ACCORDANCE WITH THE CONVENTION: THE CASE OF GARCÍA RODRÍGUEZ VS MEXICO

O TESTE DE PROPORCIONALIDADE NA RESTRIÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS SEGUNDO A CONVENÇÃO: O CASO DE GARCÍA RODRÍGUEZ VS MÉXICO

Lizbeth Xóchitl Padilla Sanabria ¹

Submissão: 12/07/2023

Aprovação: 09/09/2023

RESUMEN:

De acuerdo con la operatividad de las restricciones al ejercicio de los Derechos Humanos en el Estado Mexicano, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de los expedientes varios 293/11 y 1396/11 han determinado que el Derecho Convencional es inaplicable en el caso de que dichas restricciones se encuentren en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de forma expresa. Incluso, el tema de las restricciones a los Derechos Humanos va más allá, pues utilizando la propia Constitución Mexicana, la Suprema Corte de México ha determinado extenderlas a través de su propia jurisprudencia, lo que implica que ni siquiera es necesario que las mismas se encuentren de forma expresa a nivel constitucional, sino que, a través de la Jurisprudencia, pueden restringir cualquier Derecho Humano, incluso,

¹ Doctora en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, Posdoctora por el CONACYT para investigadores de alto nivel académico, Egresada de la Tercera Escuela de Verano en Dogmática Penal y Procesal Penal de la George August Universität en Gottigën, Alemania, Estancia de Investigación en Sevilla, España, Estancia de Investigación en Valencia, España, Estancia de investigación en Lecce, Italia, Maestranda en Derecho Administrativo y Políticas Públicas por la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Profesora de Carrera Titular "A", Definitiva en la Facultad de Estudios Superiores Acatlán de la Universidad Nacional Autónoma de México. E-mail: padilla_liz_2@hotmail.com - **Ark:/80372/2596/v12/008**

aquellos que por mandato convencional y constitucional no se pueden restringir ni suspender en términos de lo que disponen los artículos 29, párrafo segundo y 27, párrafo segundo, el primero de ellos de la Constitución Mexicana y el segundo de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Lo anterior ha traído la violación sistemática de Derechos Humanos, respaldada por la legalidad mexicana, que a todas luces violenta los derechos humanos de las personas, sobre todo en el ámbito del derecho punitivo, como lo son el derecho penal, fiscal, administrativo, disciplinario y laboral.

Ante ese panorama, era eminente la llegada de casos mexicanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tales como los casos Tzompaxtle Tecpile, así como García Rodríguez, ambos contra el Estado Mexicano; los cuales evidencian las violaciones a los Derechos Humanos por diversas autoridades mexicanas hacia las personas.

PALABRAS CLAVE: Derechos Humanos. Restricción a los Derechos Humanos. Convencionalidad. Test de proporcionalidad.

ABSTRACT:

In accordance with the operability of the restrictions on the exercise of human rights in the Mexican State, the Supreme Court of Justice of the Nation, through the cases of several 293/11 and 1396/11 has determined that Conventional Law is inapplicable in the event that these restrictions are found in the Political Constitution of the United Mexican States in an express manner. Even the issue of restrictions on human rights goes beyond, since using the Mexican Constitution itself, the Supreme Court of Mexico has determined to extend them through its own jurisprudence, which implies that it is not even necessary for them to be expressly found at the constitutional level, but through Jurisprudence may restrict any human rights, even those which, by conventional and constitutional mandate, cannot be restricted or suspended in terms of what is provided for in articles 29, second paragraph and 27, second paragraph, of the Mexican Constitution and the second paragraph of the American Convention on Human Rights.

The above has brought about the systematic violation of human rights, backed by Mexican legality, which clearly violent human rights of individuals, especially in the field of punitive law, such as criminal, fiscal, administrative, disciplinary and labour law.

In the light of this scenario, the arrival of Mexican cases before the Inter-American Court of Human Rights, such as the Tzompaxtle Tecpile cases, as well as García Rodríguez, both

against the Mexican State; they demonstrate the violations of human rights by various Mexican authority towards persons.

KEYWORDS: Human Rights. Restriction of Human Rights. Convencionalidad. Proportionality Test.

I. LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS A TRAVÉS DE LAS “RESTRICCIONES LEGALES” EN EL DERECHO MEXICANO

En todo Estado que forme parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, es decir, que haya ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, la operatividad de sus derechos domésticos deben adecuarse o ir acorde a los consagrados por la convencionalidad, así lo señalan los artículos 1 y 2 de dicha Convención:

PARTE I - DEBERES DE LOS ESTADOS Y DERECHOS PROTEGIDOS

CAPITULO I - ENUMERACION DE DEBERES

ARTÍCULO 1.

Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Bajo ese tenor, no debería haber ninguna duda sobre la operatividad de los Derechos Humanos, pues cada Estado debería adecuar su legislación doméstica al respecto.

Sin embargo, no es así, pues de acuerdo a los temas políticos, económicos y en general sociales, las autoridades de los Estados, en específico México, han creado diversos mecanismos legales (los cuales pueden ser legítimos o ilegítimos) para restringir los Derechos Humanos.

En el caso del Estado Mexicano, los derechos humanos no solamente se restringen específicamente desde la propia constitución, sino que, el método más usual y, además más efectivo es la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual determina su obligatoriedad en la propia Constitución Mexicana y en la Ley de Amparo, como se señala a continuación:

Artículo 94 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

La ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los Tribunales del Poder Judicial de la Federación sobre la interpretación de la Constitución y normas generales, así como los requisitos para su interrupción

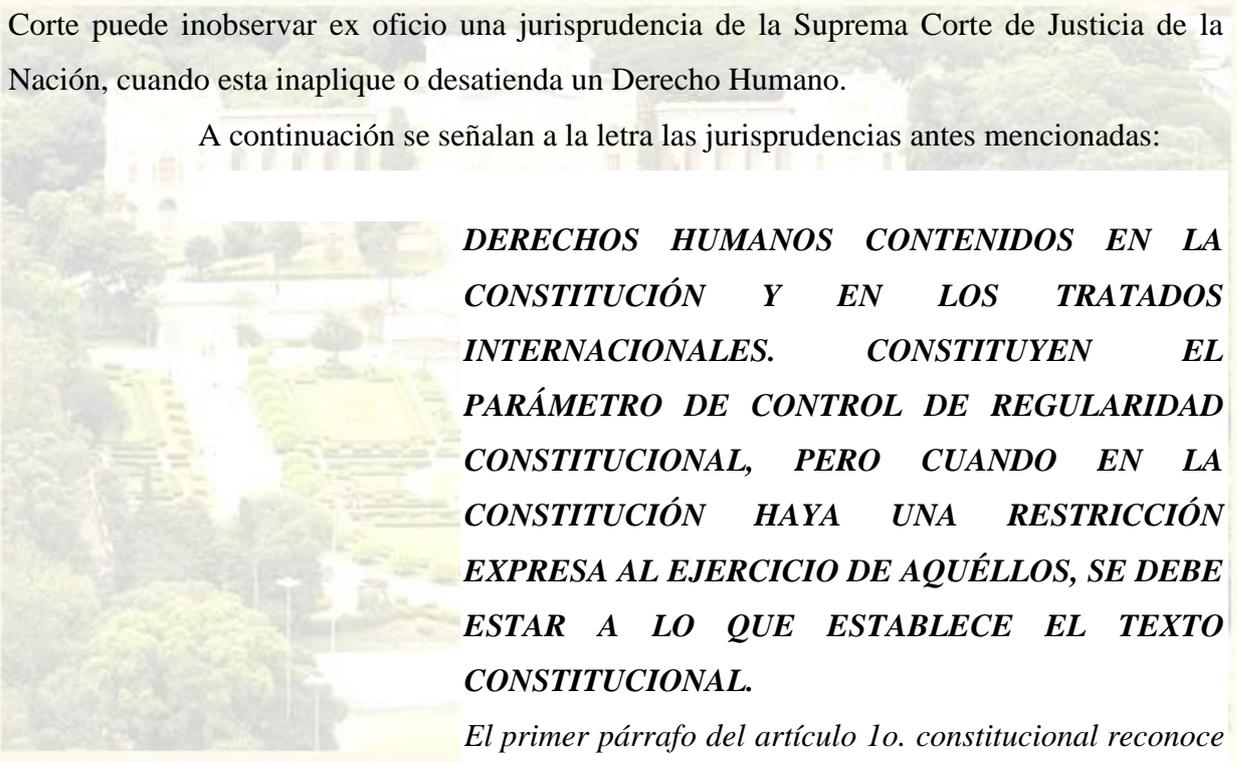
Artículo 217 de la Ley de Amparo:

La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia de la Nación será obligatoria para todas las autoridades jurisdiccionales de la Federación y de las entidades federativas, con excepción de la propia Suprema Corte.

Es así como la jurisprudencia de la Corte Mexicana encuentra justificación para su obligatoriedad con respecto a su observación por parte de todas las autoridades por debajo de la misma.

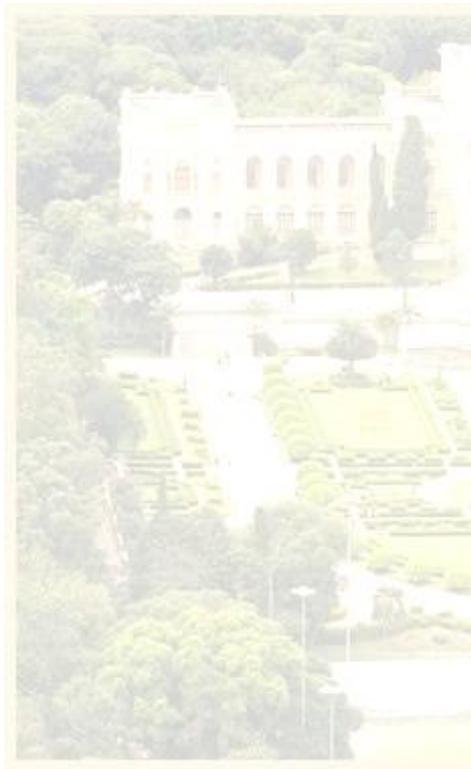
Ante tal situación, la Corte Mexicana ha emitido en especial, dos jurisprudencias, marcadas con los números de registro digital 2006224 y 2008148, en la cual la primera de ellas, básicamente señala que cuando en la Constitución Mexicana exista la restricción de un Derecho Humano, las autoridades deben estar a lo que señala la Constitución, sin tomar en consideración el Derecho Humano contenido en la Convencionalidad; por su parte, la segunda señala que ninguna autoridad por debajo de la Corte puede inobservar ex officio una jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuando esta inaplique o desatienda un Derecho Humano.

A continuación se señalan a la letra las jurisprudencias antes mencionadas:



DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL.

El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiéndose que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o.,



cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.

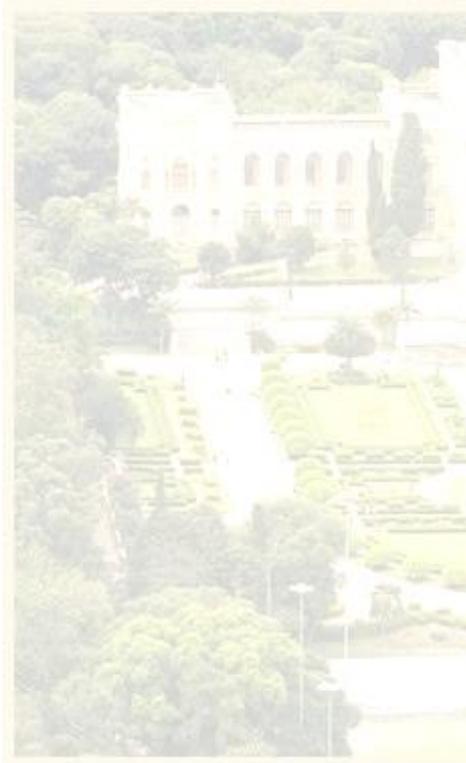
Contradicción de tesis 293/2011. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. 3 de septiembre de 2013. Mayoría de diez votos de los Ministros: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien se reservó su derecho a formular un voto concurrente; Margarita Beatriz Luna Ramos, quien se manifestó a favor de las consideraciones relacionadas con la prevalencia de la Constitución y se apartó del resto; José Fernando Franco González Salas, quien indicó que

formularía un voto concurrente; Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, quien manifestó que haría un voto aclaratorio y concurrente para explicar el consenso al que se llegó y el sentido de su voto a pesar de que en los límites tuvo un criterio distinto; Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien se reservó el derecho de formular el voto concurrente; Luis María Aguilar Morales, con reservas respecto de las consideraciones y, en su caso, realizaría un voto concurrente; Sergio A. Valls Hernández, reservándose el derecho de hacer un voto concurrente; Olga Sánchez Cordero de García Villegas, reservándose su derecho a voto concurrente en relación con los límites; Alberto Pérez Dayán, quien se manifestó a favor del reconocimiento de la prevalencia constitucional y Juan N. Silva Meza, quien se reservó su derecho de formular voto concurrente para aclarar su posición de entendimiento constitucional del texto propuesto y, a reserva de ver el engrose, aclararía u opinaría sobre las supresiones que se pretenden hacer, sin variar su posición en el sentido; votó en contra: José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta.

Tesis y/o criterios contendientes:

Tesis XI.1o.A.T.47 K y XI.1o.A.T.45 K, de rubros, respectivamente:

"CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE INTERNA. LOS TRIBUNALES MEXICANOS ESTÁN OBLIGADOS A EJERCERLO." y **"TRATADOS INTERNACIONALES. CUANDO LOS CONFLICTOS SE SUSCITEN EN RELACIÓN CON DERECHOS HUMANOS, DEBEN UBICARSE A NIVEL DE LA CONSTITUCIÓN."**; aprobadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del



Décimo Primer Circuito, y publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXI, mayo de 2010, páginas 1932 y 2079, y tesis I.7o.C.46 K y I.7o.C.51 K, de rubros, respectivamente:

"DERECHOS HUMANOS, LOS TRATADOS INTERNACIONALES SUSCRITOS POR MÉXICO SOBRE LOS. ES POSIBLE INVOCARLOS EN EL JUICIO DE AMPARO AL ANALIZAR LAS VIOLACIONES A LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES QUE IMPLIQUEN LA DE AQUELLOS." y

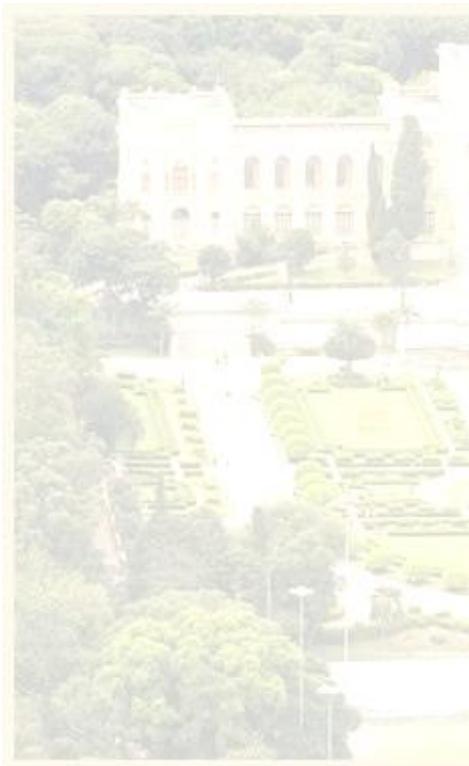
"JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL. SU UTILIDAD ORIENTADORA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS."; aprobadas por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito,

y publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomos XXVIII, agosto de 2008, página 1083 y XXVIII, diciembre de 2008, página 1052.

El Tribunal Pleno, el dieciocho de marzo en curso, aprobó, con el número 20/2014 (10a.), la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a dieciocho de marzo de dos mil catorce.

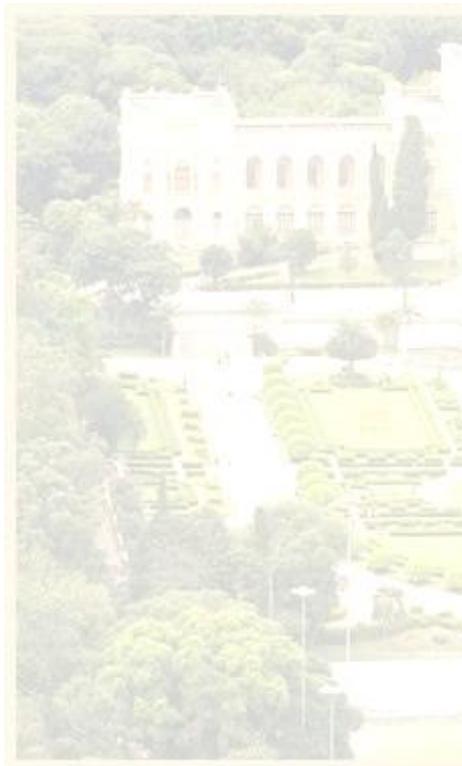
Esta tesis se publicó el viernes 25 de abril de 2014 a las 09:32 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 28 de abril de 2014, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. NO ES SUSCEPTIBLE DE SOMETERSE A CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y/O CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO POR



ÓRGANOS JURISDICCIONALES DE MENOR JERARQUÍA.

La obligación de las autoridades jurisdiccionales contenida en los artículos 1o. y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de realizar un control de constitucionalidad y/o convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos y dar preferencia a los contenidos en la propia Ley Suprema y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario contenidas en cualquier norma inferior, no contempla a la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, porque el artículo 94 constitucionalestablece que será obligatoria para todos los órganos jurisdiccionales de conformidad con lo que disponga la ley y, en este caso, la Ley de Amparo así lo indica tanto en la abrogada como en el artículo 217 de la vigente; de ahí que no privan las mismas razones que se toman en cuenta para inaplicar una disposición emitida por el legislador cuando viola derechos humanos de fuente constitucional o convencional. Cabe precisar que en los casos en los que se pudiera advertir que una jurisprudencia del Alto Tribunal desatiende o contradice un derecho humano, cualquiera que sea su origen, existen los medios legales para que se subsane ese aspecto. En conclusión, aun partiendo del nuevo modelo de interpretación constitucional, no es posible determinar que la jurisprudencia del Máximo Tribunal del país pueda ser objeto de la decisión de un órgano de menor grado que tienda a inaplicarla, como resultado del ejercicio de control de convencionalidad ex officio, porque permitirlo daría como resultado que perdiera su carácter de



obligatoria, ocasionando falta de certeza y seguridad jurídica.

Contradicción de tesis 299/2013. Entre las sustentadas por el Octavo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Tercera Región, con residencia en Guadalajara, Jalisco, y el Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Circuito. 14 de octubre de 2014. Mayoría de siete votos de los Ministros Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Luis María Aguilar Morales, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alberto Pérez Dayán; Arturo Zaldívar Lelo de Larrea votó contra consideraciones; votaron en contra: José Ramón Cossío Díaz y Juan N. Silva Meza. Ausentes: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Sergio A. Valls Hernández. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretario: Alfonso Francisco Trenado Ríos.

Tesis y/o criterios contendientes:

El sustentado por el Octavo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Tercera Región, con residencia en Guadalajara, Jalisco, al resolver el amparo directo 122/2013, y el diverso sustentado por el Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Circuito, al resolver el amparo directo 210/2013.

El Tribunal Pleno, el primero de diciembre en curso, aprobó, con el número 64/2014 (10a.), la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a primero de diciembre de dos mil catorce.

Cómo se puede observar de dichos documentos, la Suprema Corte Mexicana tiene todos los elementos jurídicos para restringir el Derecho Humano que considere mediante

la emisión de una jurisprudencia; o los demás Poderes de la Unión, tales como el Legislativo y Ejecutivo, mediante una reforma a la Constitución Mexicana.

Lo anterior, coarta cualquier posibilidad de realizar un control de convencionalidad, utilizando el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con respecto a una restricción a los mismos, ya sea vía jurisprudencial o constitucional, es decir, no se pudo hacer uso del principio pro persona para poder inaplicar una restricción al ejercicio de los Derechos Humanos.

Esto ha traído como consecuencia la violación sistemática de los Derechos Humanos de las personas, ya sea, por vía penal, administrativa, laboral, disciplinaria o fiscal, pues el argumento más sencillo que tiene la autoridad y que no requiere, en términos prácticos, de una validez sustantiva, es la restricción a los derechos humanos mediante la jurisprudencia de la Corte y la Constitución mexicana.

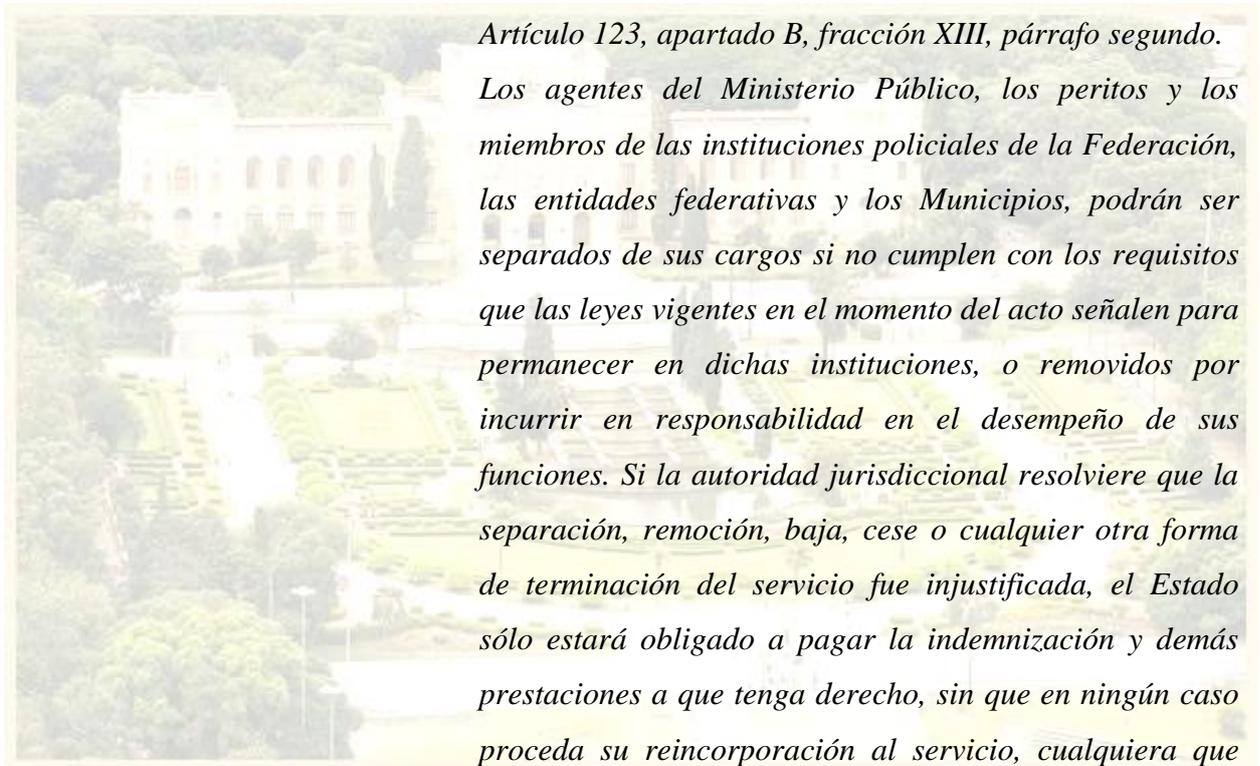
Lo que determina a las autoridades a no hacer uso de los Derechos Humanos contenidos en la Convencionalidad y, por ende, del llamado control de Convencionalidad, ni mucho menos aplicar los test de proporcionalidad, que junto con la presunción de inocencia, le dan razón jurídica con su aplicación al Debido Proceso contenido en el artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Algunos ejemplos de la violación de los Derechos Humanos desde el ámbito constitucional mexicano los encontramos en los temas de la “Prisión Preventiva Oficiosa” y en “la restricción para reincorporar al empleo a los Policías, Peritos Públicos o Ministerios Públicos”, aún en caso de que ganen el procedimiento administrativo o laboral que determinó su separación del cargo, los cuales encontramos de forma expresa en los artículos 19, párrafo segundo y 123, apartado B, fracción XIII, párrafo segundo, ambos de la Constitución Mexicana:

Artículo 19 Constitucional.

El juez ordenará la prisión preventiva oficiosamente, en los casos de abuso o violencia sexual contra menores, delincuencia organizada, homicidio doloso, feminicidio, violación, secuestro, trata de personas, robo de casa habitación, uso de programas sociales con fines electorales, corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones, robo al transporte de carga en cualquiera de sus

modalidades, delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, así como los delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad, y de la salud.



Artículo 123, apartado B, fracción XIII, párrafo segundo. Los agentes del Ministerio Público, los peritos y los miembros de las instituciones policiales de la Federación, las entidades federativas y los Municipios, podrán ser separados de sus cargos si no cumplen con los requisitos que las leyes vigentes en el momento del acto señalen para permanecer en dichas instituciones, o removidos por incurrir en responsabilidad en el desempeño de sus funciones. Si la autoridad jurisdiccional resolviere que la separación, remoción, baja, cese o cualquier otra forma de terminación del servicio fue injustificada, el Estado sólo estará obligado a pagar la indemnización y demás prestaciones a que tenga derecho, sin que en ningún caso proceda su reincorporación al servicio, cualquiera que sea el resultado del juicio o medio de defensa que se hubiere promovido.

Es así como, en el caso de las restricciones a los Derechos Humanos desde la vía jurisprudencial y constitucional, es nula toda posibilidad de acudir a un control de convencionalidad para determinar, mediante el principio pro persona, si existe en dichas restricciones la violación de un derecho humano.

Lo anterior implica, que la convencionalidad, a diferencia de lo que se pretende con el derecho internacional de los derechos humanos, es nula o inexistente en el caso de las

restricciones domésticas a los Derechos Humanos, es decir, el Estado Mexicano se encuentra bajo una dictadura respaldada por su propia Constitución y por su Tribunal Constitucional, pues basta la emisión de una jurisprudencia por la Corte Mexicana o una reforma a su Constitución General para que el Derecho Humano determinado a nivel convencional no tenga validez o ni siquiera sea existente para los ciudadanos mexicanos.

II. LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS QUE CAMBIA EL PARADIGMA DE LAS RESTRICCIONES A LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO: EL CASO GARCÍA RODRÍGUEZ VS MÉXICO

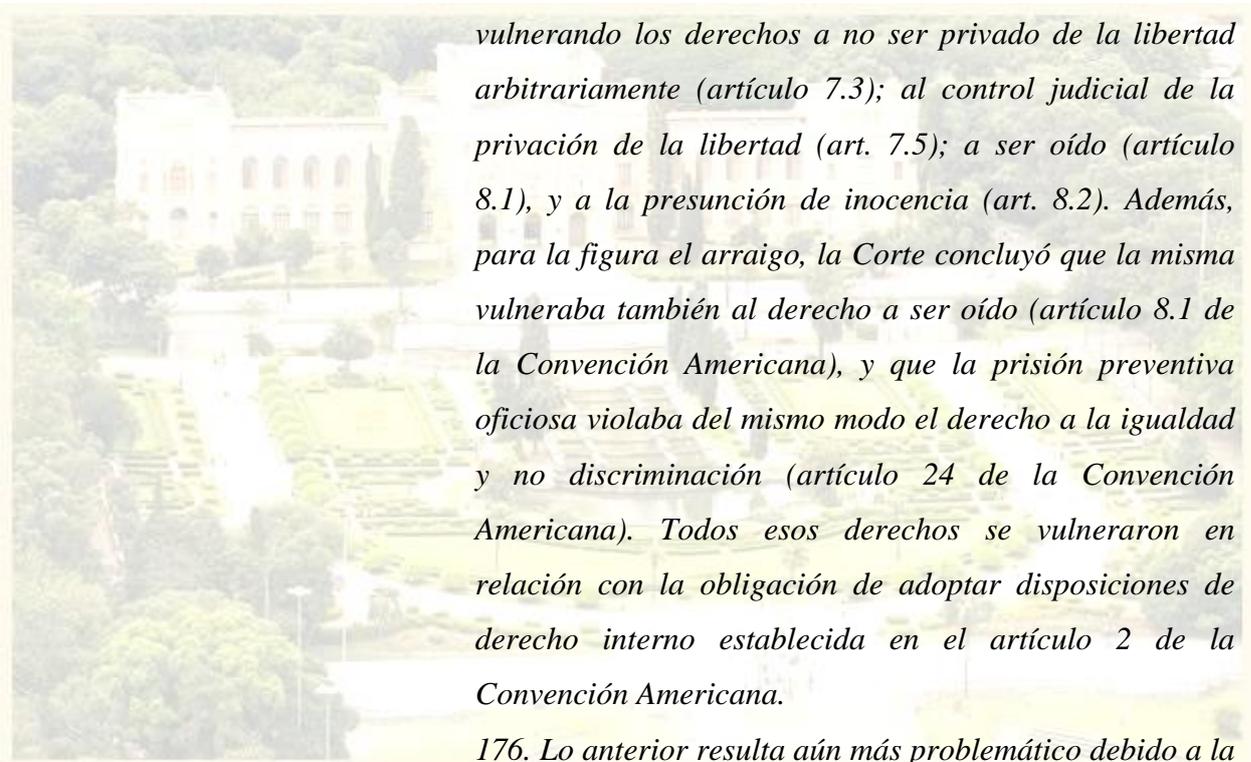
Ante el panorama desolador que se observa en México en materia de Derechos Humanos, sobre todo con respecto a la operatividad de sus restricciones, hace 18 años llegó ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos el caso de los señores García Rodríguez y Reyes Alpizar, los cuales se encontraban privados de su libertad sin haber recibido una sentencia y cuyos argumentos de la autoridad para justificar dicho hecho fueron precisamente dos instrumentos de restricción a los Derechos Humanos: La prisión preventiva y el arraigo.

La prisión preventiva sin una justificación previa por el Ministerio Público, es decir, sin justificar la necesidad de cautela, la pertinencia, la idoneidad y necesidad de la misma, y muchos menos, mediante un debate ante un control judicial que le permitiera a defensa el principio del contradictorio y, por ende, el derecho a la defensa.

En el caso del arraigo, una detención sin justificación antes de permitírseles siquiera el derecho a la defensa, sólo por simple sospecha, en un lugar no determinado para detenciones y con posterioridad, judicializar el asunto ante un juez penal, quien decretó, en ese entonces, el auto formal prisión y su detención arbitraria.

Bajo ese tenor y después de haber analizado el caso en concreto y escuchando a las partes en audiencia pública, la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó condenar al Estado Mexicano. Cabe señalar que una de las defensas del Estado fueron precisamente las restricciones a los Derechos Humanos, invocando el expediente varios 293/11 y 1396/11; sin embargo, la CoIDH fue contundente y determinó la operatividad de

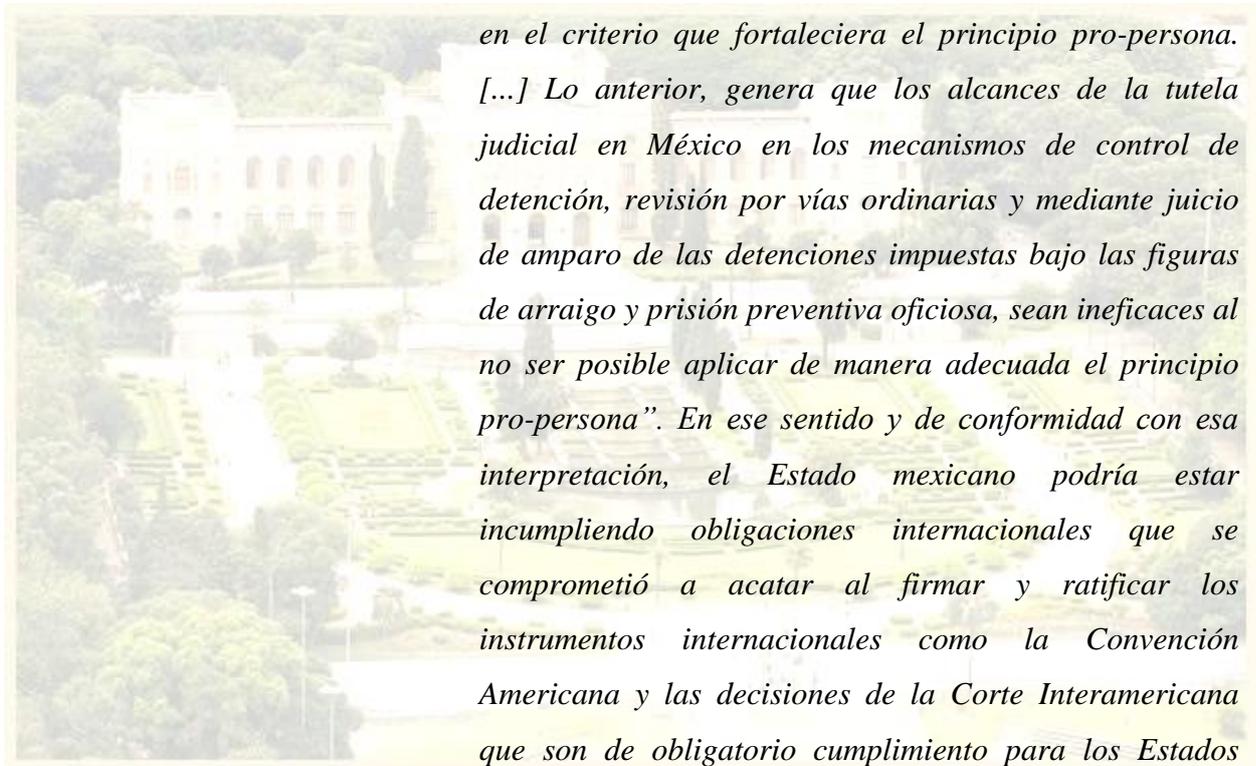
dichas restricciones bajo los siguientes rubros, de acuerdo a los puntos 175, 176, 177 de dicha sentencia:



175. En los acápites anteriores, el Tribunal determinó que tanto la figura del arraigo contenida en el artículo 154 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México de 2000 como la de la prisión preventiva contenida en el artículo 319 del mismo Código y 19 de la Constitución de acuerdo a su texto reformado en el año 2008, resultaban contrarias a la Convención Americana vulnerando los derechos a no ser privado de la libertad arbitrariamente (artículo 7.3); al control judicial de la privación de la libertad (art. 7.5); a ser oído (artículo 8.1), y a la presunción de inocencia (art. 8.2). Además, para la figura el arraigo, la Corte concluyó que la misma vulneraba también al derecho a ser oído (artículo 8.1 de la Convención Americana), y que la prisión preventiva oficiosa violaba del mismo modo el derecho a la igualdad y no discriminación (artículo 24 de la Convención Americana). Todos esos derechos se vulneraron en relación con la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno establecida en el artículo 2 de la Convención Americana.

176. Lo anterior resulta aún más problemático debido a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de México en la contradicción de tesis 293/2011208, por medio de la cual aceptó que las restricciones expresas contenidas en la Constitución Nacional desplazaban a las normas internacionales, entre las cuales se encuentra las de la Convención Americana y las demás integrantes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En ese sentido, según indicó el perito José Ramón Cossío Díaz, “los jueces y magistrados del Poder Judicial de la

Federación están obligados a acatar lo resuelto en la contradicción de tesis 293/2011 y en el expediente varios 1396/2011, so pena de ser sancionados, sin que puedan plantear su desavenencia o cuestionar los criterios del Pleno o las salas de la propia Suprema Corte”. Además, según ese perito, al aceptarse que las restricciones constitucionales prevalecen frente a los derechos de fuente convencional y a la jurisprudencia y las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “se hace nugatoria la posibilidad de avanzar en el criterio que fortaleciera el principio pro-persona. [...] Lo anterior, genera que los alcances de la tutela judicial en México en los mecanismos de control de detención, revisión por vías ordinarias y mediante juicio de amparo de las detenciones impuestas bajo las figuras de arraigo y prisión preventiva oficiosa, sean ineficaces al no ser posible aplicar de manera adecuada el principio pro-persona”. En ese sentido y de conformidad con esa interpretación, el Estado mexicano podría estar incumpliendo obligaciones internacionales que se comprometió a acatar al firmar y ratificar los instrumentos internacionales como la Convención Americana y las decisiones de la Corte Interamericana que son de obligatorio cumplimiento para los Estados Parte.



177. En cuanto a lo anterior, corresponde recordar que este Tribunal ha señalado de forma constante que las distintas autoridades estatales tienen en la obligación de ejercer ex officio un control de convencionalidad entre las normas y prácticas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Para llevar a cabo esa tarea, las autoridades internas deben tener

cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte, como última intérprete última de la Convención.

Es sumamente enriquecedor, y es precisamente el punto álgido que ha otorgado este cambio de paradigma en la operatividad de las restricciones a los Derechos Humanos en México y en todo el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, e incluso para todos los Estados que forman parte del mismo, y hasta para el Sistema Universal de Derechos Humanos que la Corte Interamericana haya señalado de forma expresa los expedientes varios en México 293/11 y 1396/11, así como la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, determinando que no son las autoridades mexicanas las que pueden indicar si se acude a la convencionalidad o no, ni tampoco serán estas las últimas interpretes de los Derechos Humanos, sino que será la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Señalándole al Estado Mexicano, que toda su normatividad, así como prácticas jurídicas (jurisprudencia) debe pasar por el análisis del control de convencionalidad.

Lo anterior implica que las autoridades mexicanas, aún en caso de que exista una restricción expresa al ejercicio de los Derechos Humanos, sea vía convencional o constitucional, esta se debe someter a un control de convencionalidad ex officio por cualquier autoridad pública, es decir, no solamente las judiciales, sino que también las administrativas y legislativas.

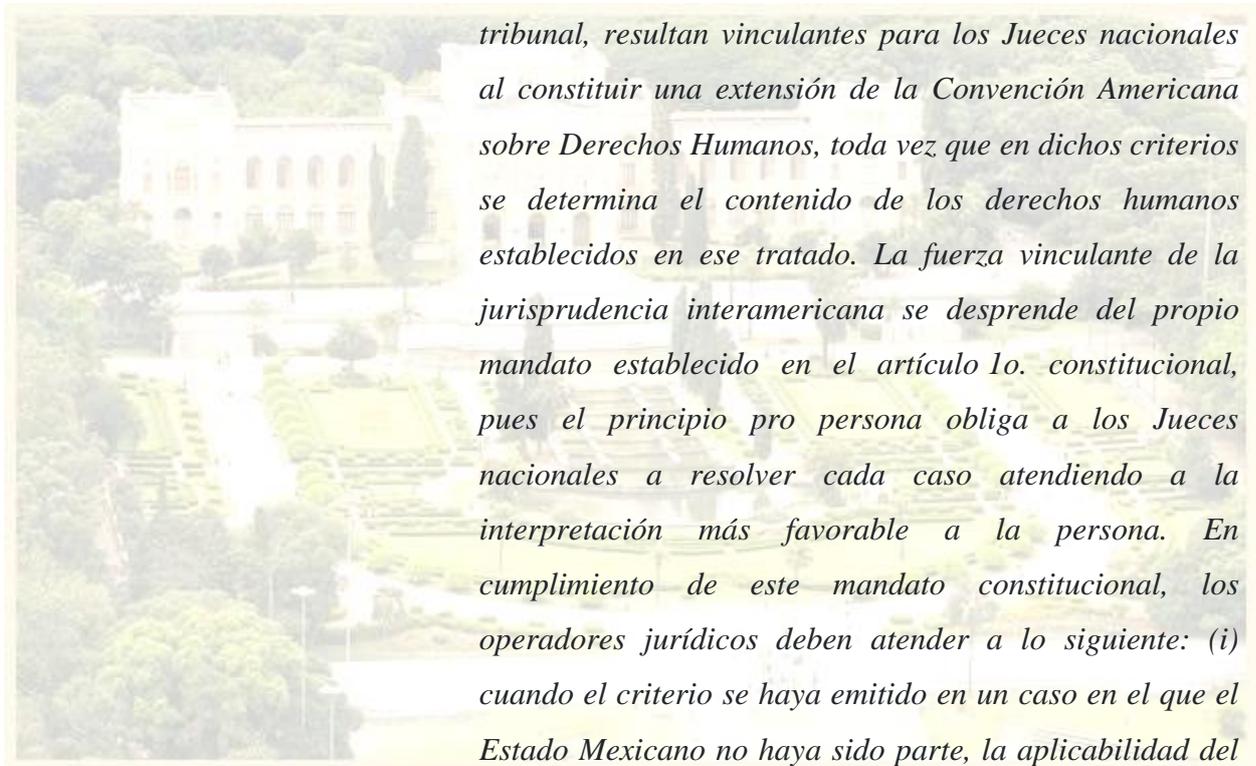
Es importante señalar que, bajo este caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no señala como requisito *sine qua non* la reforma constitucional que elimine la figura de la prisión preventiva o el arraigo, sino que señala de forma contundente que aún y cuando no exista dicha reforma y tales figuras se encuentren en la constitución, o incluso, en una jurisprudencia, deberá realizarse un control de convencionalidad con respecto a las mismas, bajo el principio *pro persona*.

Cabe señalar, que desde la propia jurisprudencia de la Corte Mexicana, las sentencias y jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es obligatoria para todos los jueces mexicanos y, por consecuencia, para todas las autoridades mexicanas, sean administrativas, judiciales o legislativas; y caso de que las prácticas jurídicas mexicanas (leyes, constitución o jurisprudencia) no sean acordes a dichas sentencias, se tendrán que aplicar la que favorezca con mayor amplitud a la persona, lo anterior con base en el principio *pro personae*.

Así los señala la jurisprudencia numero de registro digital 2002225:

JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA.

*Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los Jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado. La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo 1o. constitucional, pues el principio pro persona obliga a los Jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona. En cumplimiento de este mandato constitucional, los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente: (i) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado Mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y **(iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos.** (Énfasis añadido por la autora)*



Contradicción de tesis 293/2011. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. 3 de septiembre de 2013. Mayoría de seis votos de los Ministros: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, José Ramón Cossío Díaz, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Sergio A. Valls Hernández, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Juan N. Silva Meza; votaron en contra: Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Luis María Aguilar Morales, quien reconoció que las sentencias que condenan al Estado Mexicano sí son vinculantes y Alberto Pérez Dayán. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta.

Tesis y/o criterios contendientes:

Tesis XI.1o.A.T.47 K y XI.1o.A.T.45 K, de rubros, respectivamente:

"CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE INTERNA. LOS TRIBUNALES MEXICANOS ESTÁN OBLIGADOS A EJERCERLO." y **"TRATADOS INTERNACIONALES. CUANDO LOS CONFLICTOS SE SUSCITEN EN RELACIÓN CON DERECHOS HUMANOS, DEBEN UBICARSE A NIVEL DE LA CONSTITUCIÓN."**;

*aprobadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito, y publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXI, mayo de 2010, páginas 1932 y 2079, y tesis I.7o.C.46 K y I.7o.C.51 K, de rubros, respectivamente: **"DERECHOS HUMANOS, LOS TRATADOS INTERNACIONALES SUSCRITOS POR MÉXICO SOBRE LOS. ES POSIBLE***



INVOCARLOS EN EL JUICIO DE AMPARO AL ANALIZAR LAS VIOLACIONES A LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES QUE IMPLIQUEN LA DE AQUÉLLOS." y **"JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL. SU UTILIDAD ORIENTADORA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS."**;

aprobadas por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, y publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomos XXVIII, agosto de 2008, página 1083 y XXVIII, diciembre de 2008, página 1052.

El Tribunal Pleno, el dieciocho de marzo en curso, aprobó, con el número 21/2014 (10a.), la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a dieciocho de marzo de dos mil catorce.

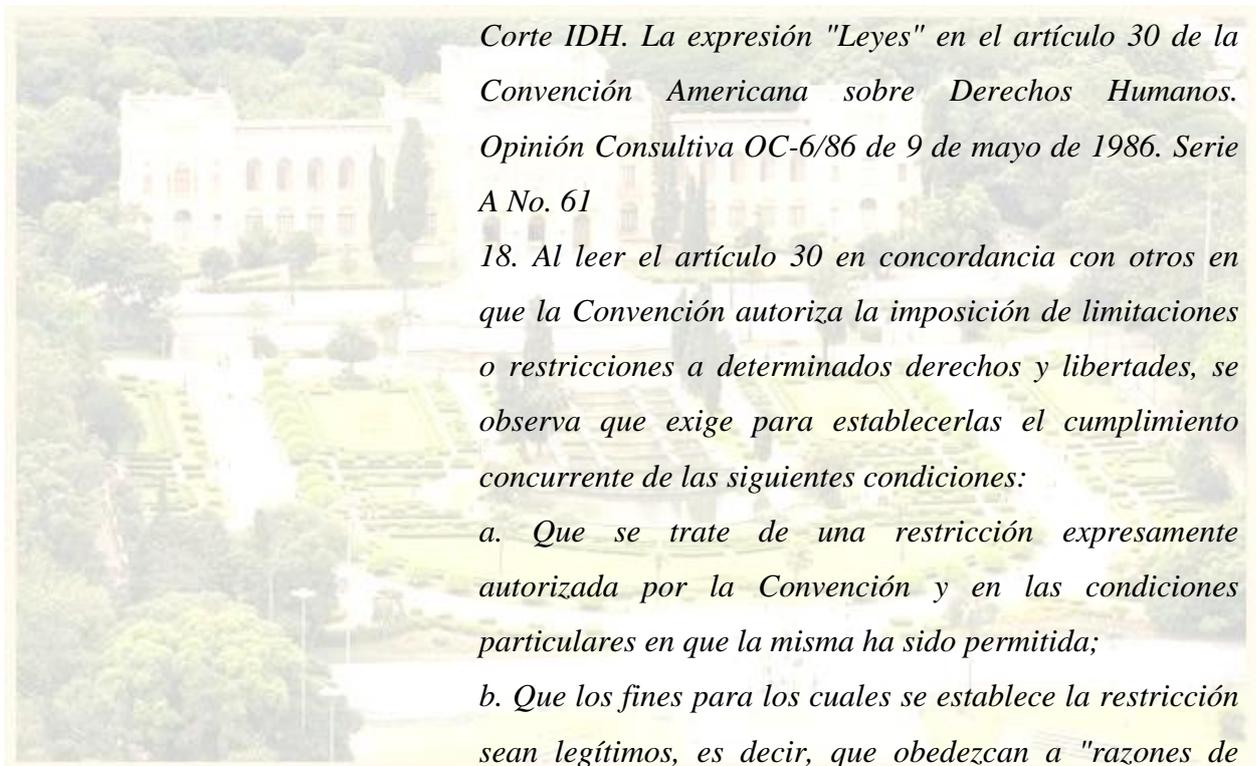
Un dato importante en este punto es que dicha jurisprudencia también deviene del expediente varios 293/11 mediante el cual las autoridades mexicanas pretenden restringir los Derechos Humanos.

En ese tenor es en el que las autoridades mexicanas se encuentran en problemas jurídicos, ya sea por ignorancia de la convencionalidad y de la propia sentencia en análisis, o por temor a ser reprimidos, denunciados o investigados ante sus autoridades lo que trae como resultado la violación de derechos humanos de personas, muchas de ellas privadas de la libertad bajo los puntos antes citados. En esa perspectiva, me parece que el instrumento idóneo para determina y operar una restricción al ejercicio de los Derechos Humanos es el test de proporcionalidad.

III.LA OPERATIVIDAD DE LAS RESTRICCIONES A LOS DERECHOS HUMANOS MEDIANTE EL TEST DE PROPORCIONALIDAD A NIVEL CONVENCIONAL Y LOCAL

A nivel convencional la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre los lineamientos que se requieren a efecto de la posibilidad de restringir un Derecho Humano (al respecto es necesario señalar que el tema de la restricción no es aplicable a todos los derechos, sino que existen algunos que no se pueden restringir ni suspender, ello en términos de los que prescribe el artículo 27, párrafo segundo de la Convención en comento, y que, además, se encuentra en la Constitución Mexicana en el artículo 29, párrafo segundo).

Al respecto en la opinión consultiva 6/86, la CoIDH ha señalado en cuanto al test de restricción de un Derecho Humano:



Corte IDH. La expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A No. 61

18. Al leer el artículo 30 en concordancia con otros en que la Convención autoriza la imposición de limitaciones o restricciones a determinados derechos y libertades, se observa que exige para establecerlas el cumplimiento concurrente de las siguientes condiciones:

a. Que se trate de una restricción expresamente autorizada por la Convención y en las condiciones particulares en que la misma ha sido permitida;

b. Que los fines para los cuales se establece la restricción sean legítimos, es decir, que obedezcan a "razones de interés general" "y no se aparten del "propósito para el cual han sido establecidas". Este criterio teleológico, cuyo análisis no ha sido requerido en la presente consulta, establece un control por desviación de poder; y

c. Que tales restricciones estén dispuestas por las leyes y se apliquen de conformidad con ellas.

35. En consecuencia, las leyes a que se refiere el artículo 30 son actos normativos enderezados al bien común, emanados del Poder Legislativo democráticamente

elegido y promulgados por el Poder Ejecutivo. Esta acepción corresponde plenamente al contexto general de la Convención dentro de la filosofía del Sistema Interamericano. Sólo la ley formal, entendida como lo ha hecho la Corte, tiene aptitud para restringir el goce o ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención.

Es decir, no permite la convencionalidad la restricción de un Derecho Humano de facto por ninguna autoridad pública y bajo el derecho doméstico, sino que se debe hacer con base en el contexto convencional, es decir, de acuerdo a la Convención Americana de Derechos Humanos, así como de su jurisprudencia.

De acuerdo a lo anterior, la restricción de los Derechos Humanos en México bajo la jurisprudencia y las normas constitucionales a toda luces viola la convencionalidad, entendidas estas prácticas como contrarias a los derechos a ser oído (artículo 8.1), y a la presunción de inocencia (art. 8.2) y el derecho a la igualdad, no discriminación y al acceso a una tutela judicial efectiva (artículo 24 de la Convención Americana).

Por tanto, el test de proporcionalidad a nivel convencional determina los siguientes puntos:

- a) La restricción debe estar autorizada bajo los rangos de la convencionalidad y de acuerdo a casos similares en que fueron aprobadas.
- b) Que el fin de la restricción sea legítimo, entiéndase este punto como los argumentos, datos de pruebas, necesidad y pertinencia social para que dicha restricción sea operativa.
- c) Que se cumpla con los dos principios anteriores más el principio de legalidad en el derecho doméstico.

Y tal y como lo señala la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuando no pueda haber una conciliación jurídica entre la jurisprudencia o ley nacional con la convencional, se determinará la aplicación de la norma que proteja con mayor amplitud al sujeto.

El Dr. Daniel Vázquez señala al respecto:

Para Nash, la proporcionalidad en estricto supone que la restricción no solo logre el objetivo buscado como sino que, lo consiga afectando en la menor medida posible el goce o ejercicio del derecho restringido como de tal forma que si hay una alternativa menos gravosa, debe aplicarse dicha alternativa. Si bien este criterio se parece mucho al de necesidad, se trata de un criterio distinto. Mientras en el criterio de necesidad se debe verificar que la restricción del derecho sea necesaria para el objetivo buscado, que no haya otra alternativa. Una vez que esto ha quedado claro, no hay otra alternativa, el principio de proporcionalidad en sentido estricto supondría mirar si el derecho restringido puede ser menos afectado de lo que, en principio se está proponiendo. De esta forma, la proporcionalidad en sentido estricto, en esta propuesta, es un problema que gira en torno al grado de la restricción.²

Por tanto, el test de proporcionalidad convencional estará por encima de cualquier test de proporcionalidad a nivel local, tal y como lo señalamos en los puntos 175, 176 y 177 del Caso García Rodríguez vs México.

Rubén Sánchez Gil nos señala:

El principio de proporcionalidad y las exigencias de sus subprincipios, expresan un conjunto calidad que toda medida también tiene un nexo con el contenido de la deliberación política, convirtiéndose entonces en un límite constitucional a la actuación del legislador que éste debe respetar. Impone realizar un fino examen, frecuentemente profundo y sutilísimo, sobre la relación entre un

² Vázquez, Daniel, *Test de razonabilidad y derechos humanos: Instrucciones para armar. Restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020, p. 64

*determinado interés público u otro principio — no sólo tutelado sino exigido constitucionalmente— que incidiría en un derecho fundamental y la efectividad de este último y plantea argumentos que obligan a ir mucho más allá de la indudable legitimidad constitucional de aquel.*³

Es así como cualquier norma jurídica que restrinja Derechos Humanos, aún y cuando se encuentre en la propia Constitución, o Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Mexicana, aún y cuando sea obligatoria para todas la autoridades, deben ser analizada por las autoridades públicas mediante un control de convencionalidad, bajo las reglas que determina la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como última interprete de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como todos sus instrumentos jurídicos, incluido también el Sistema Universal de Derechos Humanos.

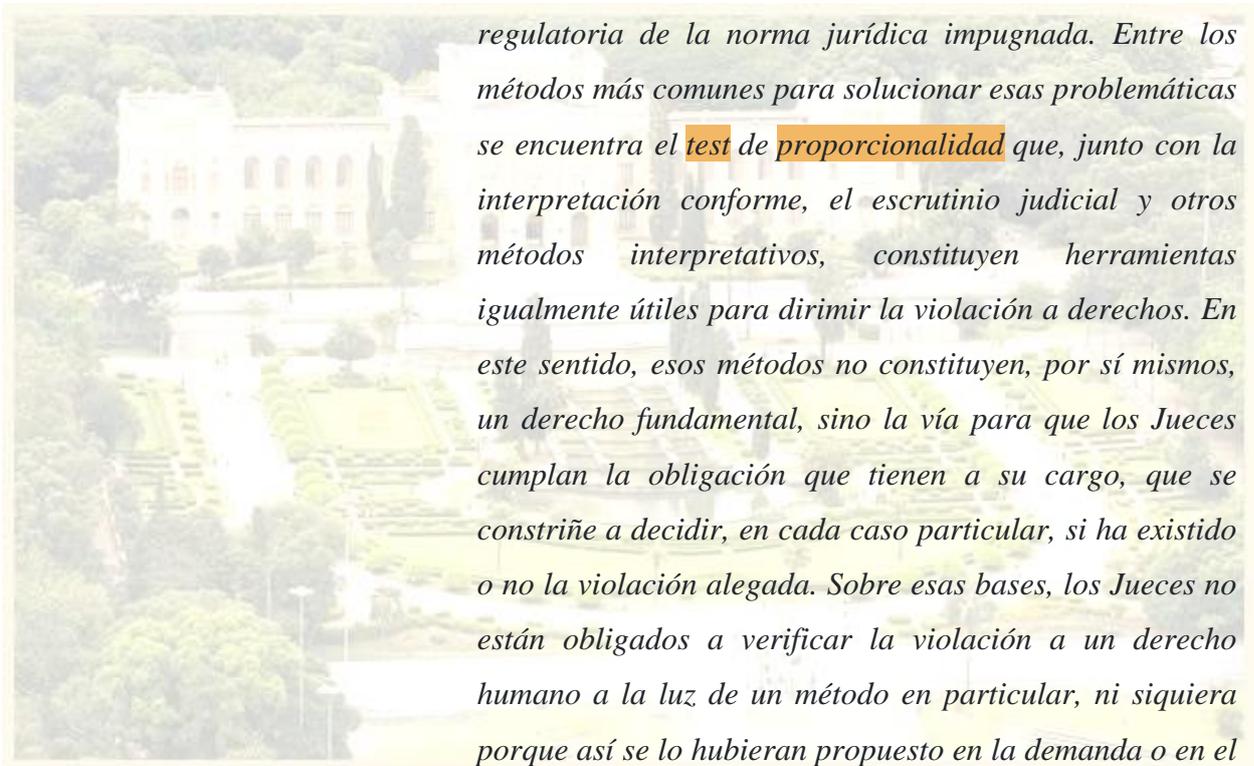
Sin embargo, la Jurisprudencia mexicana demerita la operatividad del test de proporcionalidad, y al enfrentarlo con las jurisprudencias que restringe derechos humanos, no lo aplican en el área de dichas restricciones, así lo señala el máximo tribunal mexicano:

TEST DE PROPORCIONALIDAD. AL IGUAL QUE LA INTERPRETACIÓN CONFORME Y EL ESCRUTINIO JUDICIAL, CONSTITUYE TAN SÓLO UNA HERRAMIENTA INTERPRETATIVA Y ARGUMENTATIVA MÁS QUE EL JUZGADOR PUEDE EMPLEAR PARA VERIFICAR LA EXISTENCIA DE LIMITACIONES, RESTRICCIONES O VIOLACIONES A UN DERECHO FUNDAMENTAL.

Para verificar si algún derecho humano reconocido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o por los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte se ha transgredido, el juzgador puede emplear diversos métodos o herramientas argumentativas que lo ayuden a constatar si existe o no la violación

³ Sánchez, Gil Rubén, *El principio de proporcionalidad*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2020, p. 39

*alegada, estando facultado para decidir cuál es, en su opinión, el más adecuado para resolver el asunto sometido a su conocimiento a partir de la valoración de los siguientes factores, entre otros: a) el derecho o principio constitucional que se alegue violado; b) si la norma de que se trata constituye una limitación gradual en el ejercicio del derecho, o si es una verdadera restricción o impedimento en su disfrute; c) el tipo de intereses que se encuentran en juego; d) la intensidad de la violación alegada; y e) la naturaleza jurídica y regulatoria de la norma jurídica impugnada. Entre los métodos más comunes para solucionar esas problemáticas se encuentra el **test de proporcionalidad** que, junto con la interpretación conforme, el escrutinio judicial y otros métodos interpretativos, constituyen herramientas igualmente útiles para dirimir la violación a derechos. En este sentido, esos métodos no constituyen, por sí mismos, un derecho fundamental, sino la vía para que los Jueces cumplan la obligación que tienen a su cargo, que se constriñe a decidir, en cada caso particular, si ha existido o no la violación alegada. Sobre esas bases, los Jueces no están obligados a verificar la violación a un derecho humano a la luz de un método en particular, ni siquiera porque así se lo hubieran propuesto en la demanda o en el recurso, máxime que no existe exigencia constitucional, ni siquiera jurisprudencial, para emprender el **test de proporcionalidad** o alguno de los otros métodos cuando se alegue violación a un derecho humano.*



De acuerdo a lo anterior, en mi obra “La Metodología Geométrica para la operatividad dogmática y procesal del Derecho Punitivo: Especial referencia al Derecho Disciplinario” señalo:

Cualquier norma de rango constitucional o secundaria y/o documento emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación que contravengan los estándares mínimos de Derechos Humanos que prevé el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos debe ser inaplicada de oficio por las propias autoridades y/o a petición de parte; lo anterior, toda vez que las mismas están obligadas a la protección y garantía de los mismos.⁴

Bajo esa perspectiva, la norma jurídica restrictiva debe ser operada mediante el método deductivo, es decir, primero debe pasar por el análisis del test de proporcionalidad a nivel convencional, posteriormente los contenidos en la norma doméstica.

IV. CONCLUSIONES

Primera. Existen determinados Derechos Humanos que se pueden restringir y suspender, a excepción de los contenidos en los artículos 29, párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 27, párrafo segundo de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Segunda. Los Derechos Humanos no se pueden restringir de plano, ni aunque se encuentre dicha restricción expresa en la Constituciones de los Estados que conforman al Sistema Interamericano, ni tampoco en su Jurisprudencia.

Tercera. Los Derechos Humanos sólo podrán restringirse cuando cumplan con estándares de convencionalidad de protección multinivel de Derechos Humanos mediante un test de proporcionalidad.

Cuarta. El test de proporcionalidad básico para restringir los Derechos Humanos es el contenido en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, posteriormente, se podrán aplicar los test de proporcionalidad contenidos en la legislación doméstica del Estado que se trate.

⁴ Padilla, Sanabria Lizbeth Xóchitl, *La Metodología Geométrica para la operatividad dogmática y procesal del derecho punitivo: Especial referencia al Derecho Disciplinario*, 2022, p. 48

Referencias bibliográficas

Padilla, Sanabria Lizbeth Xóchitl, *La Metodología Geométrica para la operatividad dogmática y procesal del derecho punitivo: Especial referencia al Derecho Disciplinario*, 2022.

Sánchez, Gil Rubén, *El principio de proporcionalidad*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2020.

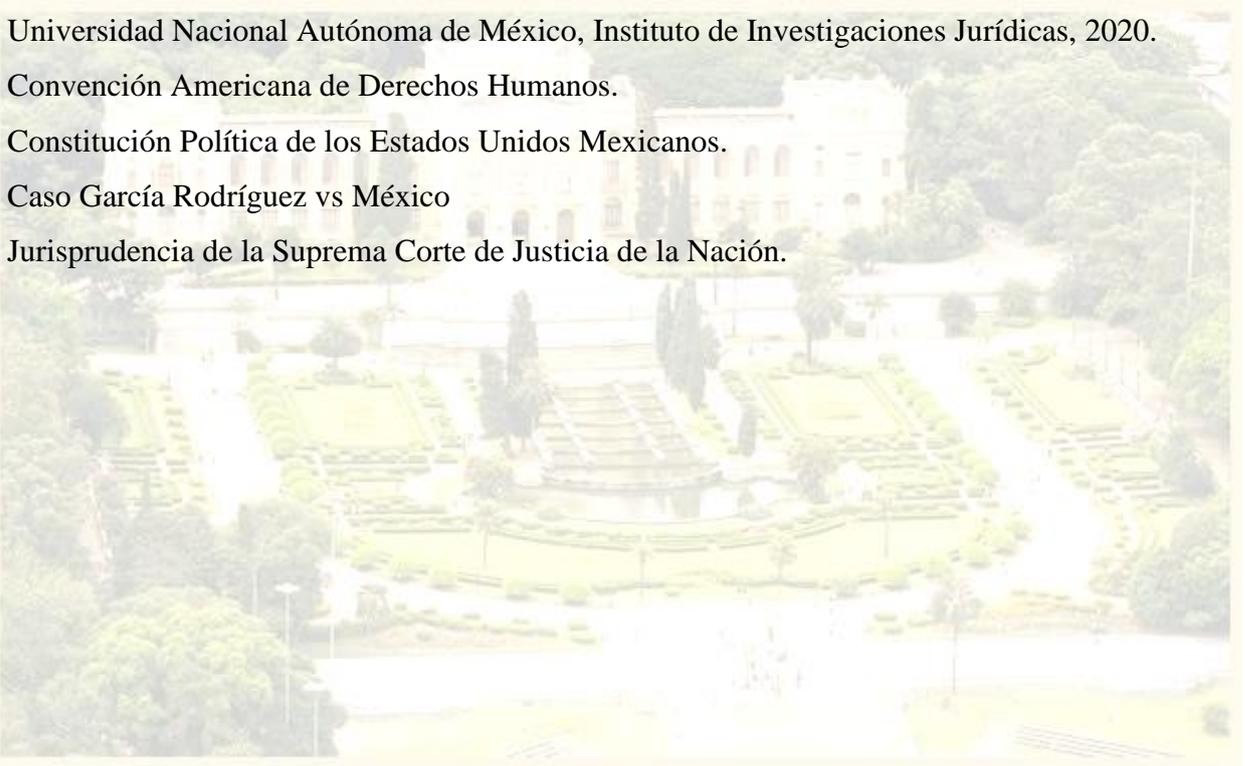
Vázquez, Daniel, *Test de razonabilidad y derechos humanos: Instrucciones para armar. Restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020.

Convención Americana de Derechos Humanos.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Caso García Rodríguez vs México

Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.



All Rights Reserved © Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito

ISSN da versão impressa: 2236-5796

ISSN da versão digital: 2596-111X

academiapaulistaeditorial@gmail.com/diretoria@apd.org.br

www.apd.org.br



This work is licensed under a [Creative Commons License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)



**COSTITUZIONE, CULTURA, ETNOSVILUPPO GIURIDICO E DIRITTO
AMBIENTALE**

**CONSTITUTION, CULTURE, LEGAL ETHNO-DEVELOPMENT AND
ENVIRONMENTAL LAW**

**CONSTITUIÇÃO, CULTURA, ETNO-DESENVOLVIMENTO JURÍDICO E
DIREITO AMBIENTAL**

Livio Perra¹

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1045-1206>

Submissão: 12/06/2023

Aprovação: 30/07/2023

RIASSUNTO:

Nel presente lavoro, l'autore indaga i rapporti tra Costituzione e cultura. Nello specifico, l'analisi verte sull'esame della possibilità di assumere la Costituzione come espressione della cultura. Viene, cioè, indagato come una Costituzione, oltre ad essere un testo giuridico, sia espressione della cultura di un popolo. In seguito, è osservato come i valori culturali influenzino le riflessioni politiche e giuridiche. L'attenzione è, poi, dedicata all'analisi dei valori culturali presenti nelle Costituzioni. Inoltre, sono analizzati alcuni fenomeni di etnosviluppo giuridico presenti in alcune Costituzioni, con particolare riferimento alla materia ambientale. Nell'osservazione dei rapporti tra Costituzione e cultura, l'analisi teorica è accompagnata dall'esame degli esempi tratti da diverse esperienze costituzionali.

¹ A.A. 2022/2023 Professore a contratto di Legislazione dei beni culturali, Università degli Studi di Sassari (Italia). Pesquisador Associado do Centro Internacional de Direitos Humanos de São Paulo (CIDHSP/APD), da Academia Paulista de Direito, vinculado à Cadeira SanTiago Dantas. 2020 Diplomado en Derecho Administrativo, Centro Latinoamericano de Derechos Humanos y Grupo de Investigación de Derecho Público Global de la Universidad de La Coruña. 2019 Diplomado en Diseño de Políticas Públicas, Laboratorio de Innovación Pública de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral. 2017 Diplomado en Defensa Internacional de los Derechos Humanos, Escuela de Práctica Jurídica de la Universidad de Zaragoza y Centro Latinoamericano de Derechos Humanos. E-mail: lperra@uniss.it - Ark:/80372/2596/v12/009

PAROLE CHIAVE: Costituzione. Cultura. Valori culturali. Etnosviluppo giuridico. Diritto ambientale.

ABSTRACT: In this work, the author investigates the relationship between the Constitution and culture. Specifically, the analysis focuses on examining the possibility of considering the Constitution as an expression of culture. In other words, it is investigated how a Constitution, in addition to being a legal text, is an expression of the culture of a people. Later, it is observed how cultural values influence political and legal reflections. Attention is then dedicated to the analysis of the cultural values present in the Constitutions. Furthermore, some legal ethno-development phenomena present in some Constitutions are analysed, with particular reference to environmental matters. In observing the relationship between the Constitution and culture, the theoretical analysis is accompanied by the examination of examples drawn from different constitutional experiences.

KEYWORDS: Constitution. Culture. Cultural values. Legal ethno-development. Environmental law.

SOMMARIO: 1 Introduzione. 2 Costituzione come espressione della cultura. 3 I diritti della natura. 4 I diritti bioculturali. 5 I valori culturali influenzano le riflessioni politiche e giuridiche. 6 Etnosviluppo giuridico. 7 Conclusioni. Bibliografia.

1. INTRODUZIONE

Il presente lavoro è dedicato all'analisi dei rapporti tra Costituzione e cultura. La Costituzione non è solamente un testo giuridico, ma essa esprime la cultura di tutto un popolo. In essa confluiscono i valori, l'eredità culturale, le speranze di un popolo. A tal fine, l'attenzione si concentra, dapprima, sull'analisi della Costituzione nella sua veste di espressione della cultura.

I valori culturali influenzano le riflessioni politiche e giuridiche ed essi sono presenti nei testi costituzionali. L'autore indaga, in seguito, i rapporti tra la cultura e il diritto ambientale attraverso l'esame di diverse esperienze costituzionali. In particolare, sono esaminati la genesi e l'affermazione dei diritti della natura e il riconoscimento della categoria dei diritti bioculturali. L'analisi sulla genesi e l'affermazione dei diritti della natura è

incentrata sull'esperienza dell'Ecuador, in quanto in tale Paese l'affermazione dei diritti della natura avviene a livello costituzionale. In seguito, dopo aver delineato la definizione di diritti bioculturali, viene analizzato il riconoscimento da parte della Corte Costituzionale colombiana della categoria dei diritti bioculturali, intesa come unione tra le disposizioni concernenti i diritti alle risorse naturali e quelle riguardanti i diritti alla cultura delle comunità etniche, presenti in varie parti della Costituzione della Colombia.

In entrambe le due esperienze esaminate emergono stretti rapporti tra la materia ambientale e la cultura. Nei diritti della natura la cultura e i suoi valori contribuiscono alle riflessioni politiche e giuridiche. L'assemblea costituente di Montecristi sposa una concezione che abbandona la visione antropocentrica, riconosce la natura come soggetto e le attribuisce veri e propri diritti. Nella Costituzione dell'Ecuador sono presenti, oltre all'utilizzo dei termini in lingua indigena, concetti e valori permeati dalla cultura e dalla cosmovisione indigena.

Nei diritti bioculturali, oltre la stretta connessione tra i diritti alle risorse naturali e i diritti alla cultura delle comunità indigene ed etniche, emerge l'inscindibile relazione tra territorio e cultura. Il territorio incarna in sé valori religiosi, politici, sociali, economici e ludici e diventa essenziale per la stessa esistenza della comunità etnica.

Dopo aver indagato specificatamente l'influsso dei valori culturali nelle riflessioni politiche e giuridiche, l'autore analizza la possibilità di ricondurre la genesi e l'affermazione dei diritti della natura e il riconoscimento della categoria dei diritti bioculturali al fenomeno dell'etnosviluppo giuridico. Questa possibile qualificazione si spiega alla luce del fatto che entrambe le categorie (i diritti della natura e i diritti bioculturali) siano poste come possibili soluzioni alle problematiche ambientali. In tal senso, il passato e la cultura divengono la base su cui poggiare le riflessioni utili alla risoluzione di problematiche attuali, che trovano due diverse espressioni in materia ambientale: i diritti della natura e i diritti bioculturali.

2. COSTITUZIONE COME ESPRESSIONE DELLA CULTURA

Il termine Costituzione denota diversi significati nel linguaggio giuridico e politico (GUASTINI, 1999, p. 162). Tra di essi è utile evidenziare i quattro significati principali individuati da Riccardo Guastini (1999, p. 162):

- Constituição como “ordenamento político de tipo “liberal””²;
- Constituição como “un certo conjunto de normas jurídicas [...], l’insieme di norme - in qualche senso fondamentale - che caratterizzano e identificano ogni ordinamento”³;
- Constituição como “documento normativo que ha tale nome (o un nome equivalente)”⁴;
- Constituição como “particolare testo normativo dotato di certe caratteristiche “formali”, o che abbia un peculiare regime giuridico”⁵.

La Costituzione è, dunque, un testo giuridico, un insieme di norme, ma non solo. Occorre ora osservare quali altre accezioni possa assumere il termine Costituzione con particolare riferimento alla cultura.

Il termine cultura viene ricondotto a differenti significati (PERRA, 2022, p. 16). Nel presente lavoro, giova richiamare la definizione di cultura formulata da Juan Ansión (1994, 12). Egli afferma che:

*le culture non sono cose, appartengono al mondo interiore delle persone. Una cultura è un insieme di modi consueti e condivisi di vedere il mondo, di fare le cose, di risolvere i problemi, di relazionarsi con gli altri, con la natura e con se stessi. È un modo di vedere e conoscere il mondo, se per conoscere non comprendiamo solo la relazione con il mondo attraverso il nostro intelletto, ma anche mediante i nostri affetti, il nostro senso etico ed estetico e, in generale, tutto il nostro corpo*⁶ (ANSIÓN, 1994, p. 12).

² “Ordenamiento político de tipo “liberal””.

³ “Un cierto conjunto de normas jurídicas [...], el conjunto de normas - en algún sentido fundamentales - que caracterizan e identifican todo ordenamiento”.

⁴ “Documento normativo que tiene ese nombre (o un nombre equivalente)”.

⁵ “Particular texto normativo dotado de ciertas características “formales”, o sea de un peculiar régimen jurídico”.

⁶ “Las culturas no son cosas, pertenecen al mundo interno de las personas. Una cultura es un conjunto de formas acostumbradas y compartidas de ver el mundo, de hacer las cosas, de resolver problemas, de relacionarse con los demás, con la naturaleza y con uno mismo. Es una manera de ver y conocer el mundo, si por conocer no entendemos solamente la relación con el mundo mediante nuestro intelecto, sino también a través de nuestros afectos, nuestro sentido ético y estético y, en general, todo nuestro cuerpo”.

Ora, occorre domandarsi se la Costituzione possa essere identificata come una espressione della cultura. A tal proposito, Peter Häberle (2002, p. 194) evidenzia come le Costituzioni non siano solo dei testi giuridici. Egli ritiene che:

la Costituzione non è solamente un ordine giuridico per i giuristi che essi interpretano secondo vecchie e nuove regole; essa ha una efficacia essenziale anche come guida per i non giuristi: per i cittadini. La Costituzione non è solamente un testo giuridico né un accumulo di norme superiori, è anche espressione di uno stato di sviluppo culturale, un mezzo di autorappresentazione di un popolo, uno specchio della sua eredità culturale e un fondamento delle sue nuove speranze⁷ (HÄBERLE, 2002, p. 194).

Da tali argomenti, si comprende come in una Costituzione confluiscono i valori di un popolo, la sua cosmovisione, i suoi valori e le sue aspirazioni. Essa, pertanto, esprime la cultura di un popolo. Se esse sono il frutto di una elaborata cultura giuridica, allo stesso tempo rappresentano una cultura che trascende dal mero mondo del diritto per incarnare la visione del mondo, i valori sedimentati nella tradizione di tutto un popolo e pone le basi per la futura convivenza dei cittadini, andando a sottolineare quali sono le speranze e le aspirazioni dello stesso popolo.

3. I DIRITTI DELLA NATURA

Nel presente lavoro, si sceglie di analizzare i diritti della natura nell'esperienza dell'Ecuador, in quanto essi trovano la propria affermazione nella Costituzione del 2008.

⁷ “La Constitución no es solamente un orden jurídico para juristas que ellos interpretan según viejas y nuevas reglas; ella tiene una eficacia esencial también como guía para los no juristas: para los ciudadanos. La Constitución no es solamente un texto jurídico ni tampoco una acumulación de normas superiores, es también expresión de un estado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación de un pueblo, un espejo de su herencia cultural y un fundamento de sus nuevas esperanzas”.

L'Ecuador nel secondo comma dell'articolo 10 della Costituzione riconosce la natura come soggetto. Nello specifico, è affermato che: “la natura sarà soggetto di quei diritti che le riconosce la Costituzione”⁸.

Per quanto concerne i diritti della natura, la Costituzione dell'Ecuador distingue tra due tipologie: i diritti della natura all'esistenza e i diritti alla restaurazione.

Nell'articolo 71 della Costituzione dell'Ecuador è previsto al primo comma che: “la natura o Madre Terra, dove si riproduce e realizza la vita, ha il diritto al rispetto integrale della sua esistenza, al mantenimento e alla rigenerazione dei suoi cicli vitali, della sua struttura, delle sue funzioni e dei suoi processi evolutivi”⁹. Nel primo comma dell'articolo 72 della stessa Costituzione è affermato che: “la natura ha il diritto alla restaurazione”¹⁰.

I diritti della natura sono una categoria del tutto autonoma rispetto ai diritti degli esseri umani relativi all'ambiente. In particolare, Alberto Acosta (2011, p. 354-355) rileva la presenza nella Costituzione di due differenti categorie di diritti: i diritti ecologici (i diritti della natura) e i diritti ambientali (si pensi ad esempio al diritto degli esseri umani a vivere in un ambiente sano ed ecologicamente equilibrato, di cui all'articolo 14 della Costituzione dell'Ecuador)¹¹.

Nei diritti della natura essa è titolare dei medesimi diritti. La Costituzione dell'Ecuador prevede l'intervento degli esseri umani per intraprendere le iniziative e promuovere le azioni necessarie alla tutela dei diritti della natura. È, cioè, contemplata la possibilità che gli esseri umani possano sostituirsi alla natura per curare tali incombenze. In particolare, il secondo comma dell'articolo 71 della Costituzione dell'Ecuador stabilisce che: “ogni persona, comunità, popolo o nazione potrà esigere dall'autorità pubblica il compimento dei diritti della natura”¹².

La Costituzione dell'Ecuador accoglie una impostazione che si distanzia dalla visione antropocentrica. La natura viene annoverata tra i soggetti e le sono attribuiti veri e propri diritti. Il cambio di prospettiva giunge nel mondo giuridico a seguito dell'attività dei popoli indigeni, che hanno portato la loro cosmovisione nelle riflessioni politiche e giuridiche. I valori della cultura dei popoli indigeni hanno influenzato anche l'attività dell'Assemblea

⁸ “La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución”.

⁹ “La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos”.

¹⁰ “La naturaleza tiene derecho a la restauración”.

¹¹ Si veda a tal proposito anche: GUDYNAS, 2011a, p. 87-88.

¹² “Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza”.

Costituente. Dalla lettura della Costituzione dell'Ecuador emerge, oltre l'utilizzo di termini indigeni accanto alla lingua spagnola, l'ingresso di concetti di matrice indigena. Alla natura, intesa nell'accezione occidentale, si affianca il termine Madre Terra [*Pacha Mama*] (ACOSTA, 2011, p. 341; GUDYNAS, 2011a, 87; GUDYNAS, 2011b, p. 241, PERRA, 2021, p. 29)¹³. Il concetto di natura si arricchisce di significato, essa viene intesa come la Madre Terra e confluisce nella Costituzione un rapporto uomo-natura, permeato dalla visione indigena. La natura non è pensata solo ad uso e consumo dell'essere umano, ma l'essere umano stesso è considerato parte della natura, dove in tale insieme di vita il benessere generale è strettamente collegato al benessere di ciascuna parte e viceversa. Nella Costituzione dell'Ecuador sono presenti vari riferimenti al Buon Vivere (*Sumak Kawsay* in lingua quechua), come obiettivo da raggiungere. Si tratta del buon vivere che si raggiunge attraverso la convivenza armoniosa tra tutti gli esseri umani e tra essi e la natura.

Dalla lettura della Costituzione dell'Ecuador emerge una stretta connessione tra diritto ambientale e cultura. La cultura diviene la forza ispiratrice delle riflessioni politiche e giuridiche, che portano ad innovare il diritto ambientale, riconoscendo la natura come soggetto e attribuendole diritti e, in tal modo, ad abbandonare la visione antropocentrica.

4. I DIRITTI BIOCULTURALI

Al fine di analizzare il riconoscimento della categoria dei diritti bioculturali, operato dalla Corte Costituzionale della Colombia nella sentenza T-622 del 2016, occorre dapprima delineare la definizione di tale categoria.

La categoria dei diritti bioculturali è composta da un insieme di diritti umani o diritti collettivi ed essa “protegge e si fonda sul ruolo di *stewardship* che alcune comunità locali e alcuni gruppi indigeni hanno mantenuto nei confronti dell'ambiente” (ZANETTI, 2019, p. 269). La relazione tra le comunità e il proprio ambiente viene, pertanto, considerata alla luce della categoria dei diritti bioculturali in termini di “amministrazione”¹⁴ (BAVIKATTE; BENNETT, 2015, p. 8).

La Corte Costituzionale della Colombia con la sentenza T-622 del 2016 individua nei diritti bioculturali il *trait d'union* tra i diritti alle risorse naturali e i diritti alla

¹³ Infra § 5.

¹⁴ “Stewardship”. Si veda a tal proposito anche: PERRA, 2021, p. 125.

cultura delle comunità etniche¹⁵. La stessa Corte analizzando la Costituzione colombiana, afferma che “i diritti bioculturali cercano di integrare in una stessa clausola di protezione le disposizioni disperse in materia di diritti alle risorse naturali e alla cultura delle comunità etniche”¹⁶, che si trovano nella Costituzione colombiana negli articoli 7, 8, 79, 80, 330 e 55 transitorio¹⁷.

In particolare, l’articolo 7 della Costituzione colombiana afferma che: “ lo Stato riconosce e protegge la diversità etnica e culturale della Nazione colombiana”¹⁸ e l’articolo 8 della medesima Costituzione prevede che: “è obbligo dello Stato e delle persone proteggere le ricchezze culturali e naturali della Nazione”¹⁹.

L’articolo 79 della Costituzione colombiana prevede che:

tutte le persone hanno il diritto di godere di un ambiente sano. La legge garantirà la partecipazione della comunità nelle decisioni che possono riguardarla.

È dovere dello Stato proteggere la diversità e l’integrità dell’ambiente, conservare le aree di speciale importanza ecologica e promuovere l’educazione per il raggiungimento di questi fini²⁰.

L’articolo 80 della medesima Costituzione stabilisce che:

lo Stato pianificherà la gestione e l’utilizzo delle risorse naturali, per garantire il loro sviluppo sostenibile, la loro conservazione, restaurazione o sostituzione.

¹⁵ Si veda: Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-622/16, 5.12.

¹⁶ “Los derechos bioculturales buscan integrar en una misma cláusula de protección las disposiciones dispersas en materia de derechos a los recursos naturales y a la cultura de las comunidades étnicas”.

¹⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-622/16, 5.12.

¹⁸ “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”.

¹⁹ “Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación”.

²⁰ “Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo.

Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines”.

Inoltre, dovrà prevenire e controllare i fattori del deterioramento ambientale, irrogare le sanzioni legali ed esigere il risarcimento dei danni causati.

Allo stesso modo, coopererà con altre nazioni alla protezione degli ecosistemi situati nelle zone di frontiera²¹.

L'articolo 330 della stessa Costituzione prevede che:



in conformità con la Costituzione e le leggi, i territori indigeni saranno governati da consigli formati e regolamentati secondo gli usi e i costumi delle loro comunità e eserciteranno le seguenti funzioni:

- 1. Vigilare per l'applicazione delle norme giuridiche sugli usi del suolo e il popolamento dei loro territori.*
- 2. Disegnare le politiche, i piani e i programmi di sviluppo economico e sociale dentro il proprio territorio, in armonia con il Piano Nazionale di Sviluppo.*
- 3. Promuovere gli investimenti pubblici nei loro territori e vigilare sulla loro dovuta esecuzione.*
- 4. Percepire e distribuire le sue risorse.*
- 5. Vigilare sulla preservazione delle risorse naturali.*
- 6. Coordinare i programmi ed i progetti promossi dalle diverse comunità nel proprio territorio.*
- 7. Collaborare al mantenimento dell'ordine pubblico dentro il proprio territorio in accordo con le istruzioni e disposizioni del Governo Nazionale.*
- 8. Rappresentare i territori dinnanzi al Governo Nazionale e alle altre entità nei quali sono integrati.*
- 9. Quelle indicate dalla Costituzione e dalla legge.*

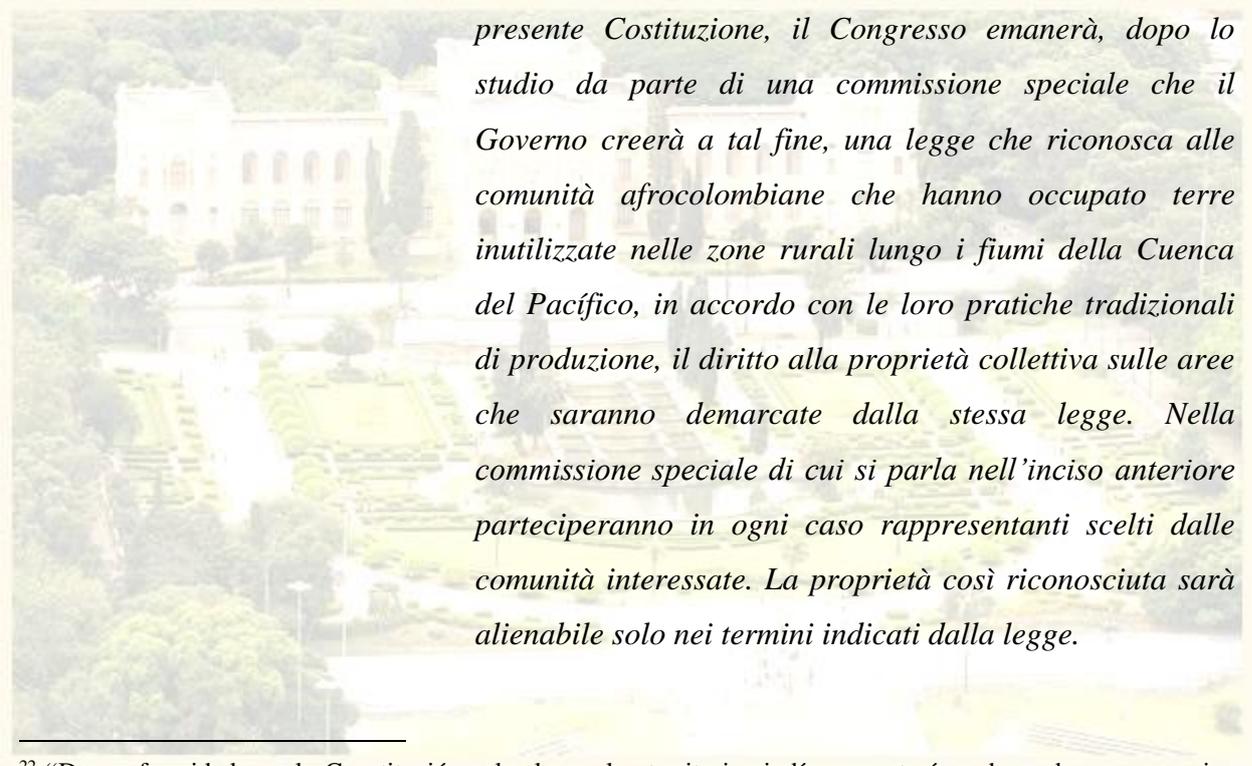
²¹ “El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución.

Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados.

Así mismo, cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas”.

Paragrafo. Lo sfruttamento delle risorse naturali nei territori indigeni avverrà senza pregiudizio dell'integrità culturale, sociale ed economica delle comunità indigene. Nelle decisioni che si adottano riguardo al suddetto sfruttamento, il Governo promuoverà la partecipazione dei rappresentanti delle rispettive comunità²².

L'articolo 55 transitorio afferma che:



entro i due anni successivi all'entrata in vigore della presente Costituzione, il Congresso emanerà, dopo lo studio da parte di una commissione speciale che il Governo creerà a tal fine, una legge che riconosca alle comunità afrocolombiane che hanno occupato terre inutilizzate nelle zone rurali lungo i fiumi della Cuenca del Pacífico, in accordo con le loro pratiche tradizionali di produzione, il diritto alla proprietà collettiva sulle aree che saranno demarcate dalla stessa legge. Nella commissione speciale di cui si parla nell'inciso anteriore parteciperanno in ogni caso rappresentanti scelti dalle comunità interessate. La proprietà così riconosciuta sarà alienabile solo nei termini indicati dalla legge.

²² “De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones:

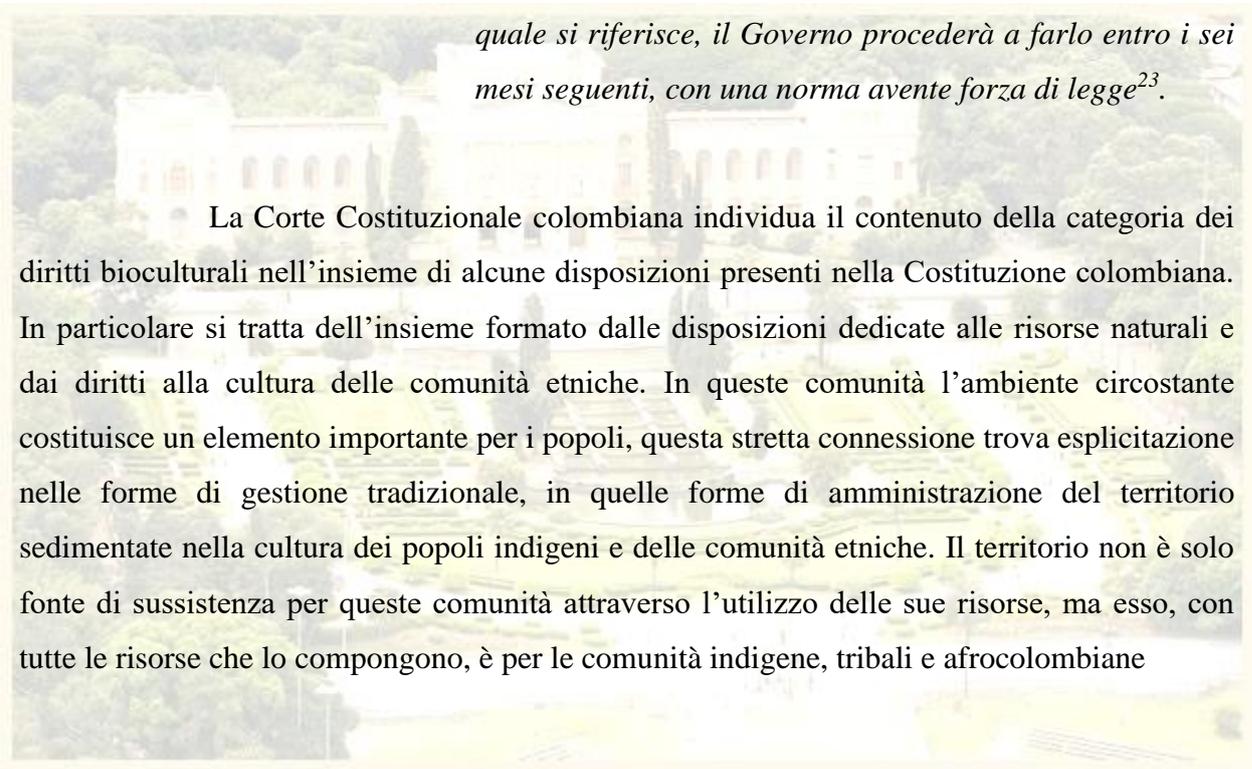
1. Velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios.
2. Diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo.
3. Promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución.
4. Percibir y distribuir sus recursos.
5. Velar por la preservación de los recursos naturales.
6. Coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en su territorio.
7. Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno Nacional.
8. Representar a los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren; y
9. Las que les señalen la Constitución y la ley.

Paragrafo. La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades”.

La stessa legge stabilirà meccanismi per la protezione dell'identità culturale e i diritti di queste comunità per la promozione del loro sviluppo economico e sociale.

Paragrafo 1. Quanto disposto nel presente articolo potrà applicarsi ad altre zone del Paese che presentino condizioni similari, con lo stesso procedimento, con il previo studio e con il parere favorevole della commissione speciale ivi prevista.

Paragrafo 2. Se decorso il termine indicato in questo articolo il Congresso non abbia emanato la legge alla quale si riferisce, il Governo procederà a farlo entro i sei mesi seguenti, con una norma avente forza di legge²³.



La Corte Costituzionale colombiana individua il contenuto della categoria dei diritti bioculturali nell'insieme di alcune disposizioni presenti nella Costituzione colombiana. In particolare si tratta dell'insieme formato dalle disposizioni dedicate alle risorse naturali e dai diritti alla cultura delle comunità etniche. In queste comunità l'ambiente circostante costituisce un elemento importante per i popoli, questa stretta connessione trova esplicitazione nelle forme di gestione tradizionale, in quelle forme di amministrazione del territorio sedimentate nella cultura dei popoli indigeni e delle comunità etniche. Il territorio non è solo fonte di sussistenza per queste comunità attraverso l'utilizzo delle sue risorse, ma esso, con tutte le risorse che lo compongono, è per le comunità indigene, tribali e afrocolombiane

²³ “Dentro de los dos años siguientes a la entrada en vigencia de la presente Constitución, el Congreso expedirá, previo estudio por parte de una comisión especial que el Gobierno creará para tal efecto, una ley que les reconozca a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva sobre las áreas que habrá de demarcar la misma ley.

En la comisión especial de que trata el inciso anterior tendrán participación en cada caso representantes elegidos por las comunidades involucradas.

La propiedad así reconocida sólo será enajenable en los términos que señale la ley.

La misma ley establecerá mecanismos para la protección de la identidad cultural y los derechos de estas comunidades, y para el fomento de su desarrollo económico y social.

Paragrafo 1o. Lo dispuesto en el presente artículo podrá aplicarse a otras zonas del país que presenten similares condiciones, por el mismo procedimiento y previos estudio y concepto favorable de la comisión especial aquí prevista.

Paragrafo 2o. Si al vencimiento del término señalado en este artículo el Congreso no hubiere expedido la ley a la que él se refiere, el Gobierno procederá a hacerlo dentro de los seis meses siguientes, mediante norma con fuerza de ley”.

intimamente legato alla loro esistenza e sopravvivenza dal punto di vista religioso, politico, sociale, economico e anche ludico; pertanto non costituisce un oggetto di dominio, ma un elemento essenziale degli ecosistemi e della biodiversità con cui interagiscono quotidianamente [...]. È per quello che per le comunità etniche il territorio non ricade su un singolo individuo - come si intende sotto la concezione classica del diritto privato - ma su tutto il gruppo umano che lo abita, in modo che acquisisca un carattere eminentemente collettivo²⁴.

La ricomprensione dei diritti alle risorse naturali e alla cultura delle comunità etniche in una unica categoria di diritti, denominati diritti bioculturali, per questi motivi trova ragion d'essere nelle strette connessioni che intercorrono tra l'ambiente, i popoli che vi abitano e la loro cultura. I modi di gestione tradizionali manifestano, dunque, la stessa cultura. Si tratta di una cultura che esprime l'intero cosmo di tali gruppi umani, dove l'essere umano nelle formazioni comunitarie risulta inscindibilmente legato all'ambiente, dove si esplica la dimensione religiosa, politica, sociale, economica e ludica dell'intero gruppo. La tutela del territorio diviene presidio dell'esistenza della comunità, della sua storia e della sua cultura. Se venisse meno la protezione dell'ambiente di tali comunità, non si tratterebbe solo della perdita di tutte o parte delle risorse naturali, ma ciò colpirebbe la stessa conservazione e preservazione della cultura dei popoli indigeni, tribali ed etnici. I medesimi gruppi, a seguito di un simile evento, potrebbero perfino ricevere un attacco alla loro identità come popolo. In tal senso, la Corte Costituzionale colombiana evidenzia che i territori:

sono intimamente legati alla loro esistenza e sopravvivenza come gruppi culturalmente differenziati, dal punto di vista religioso, politico, sociale ed economico. Per questa ragione, il riconoscimento dei diritti alla proprietà, al possesso e all'uso delle terre e dei

²⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-622/16, 6.3.: “intimamente ligado a su existencia y supervivencia desde el punto de vista religioso, político, social, económico e incluso hasta lúdico; por lo que no constituye un objeto de dominio sino un elemento esencial de los ecosistemas y de la biodiversidad con los que interactúan cotidianamente [...]. Es por ello que para las comunidades étnicas el territorio no recae sobre un solo individuo -como se entiende bajo la concepción clásica del derecho privado- sino sobre todo el grupo humano que lo habita, de modo que adquiere un carácter eminentemente colectivo”.

territori occupati ancestralmente in forma collettiva è fondamentale per la loro permanenza e sopravvivenza²⁵.

Seguendo la riflessione della Corte, emerge che il rispetto dei diritti bioculturali diviene il presidio non solo dell'ambiente in quanto tale e della cultura delle comunità etniche, ma dell'intero sistema dove si esplica la vita comunitaria e di quell'insieme di forme di gestione e di amministrazione tradizionale dei territori.

Giova ricordare, come afferma Giulia Sajeve, che i diritti bioculturali “sono definiti come l'insieme dei diritti di cui i popoli indigeni e le comunità locali hanno bisogno per mantenere il proprio ruolo di custodi dell'ambiente che li circonda” (SAJEVA, 2019, p. 277). Si tratta, pertanto di una categoria di diritti posta a tutela del ruolo di amministratore del proprio territorio delle comunità indigene ed etniche, fondato sul rapporto particolare che esse hanno con l'ambiente circostante e nelle forme frutto della loro tradizione.

5. I VALORI CULTURALI INFLUENZANO LE RIFLESSIONI POLITICHE E GIURIDICHE

Nel mondo politico i partiti si fanno portatori delle istanze, dei valori e delle aspirazioni del proprio elettorato. Nelle assemblee costituenti vi è una intensa discussione e una mediazione tra le varie componenti politiche, finalizzate a trovare i punti di equilibrio che rappresentino tutto un popolo.

Nelle discussioni politiche e giuridiche, in generale, i valori culturali possono far ingresso e arricchire le riflessioni. Vari sono gli esempi che possono essere adottati. Nella presente trattazione giova richiamare l'esempio tratto in materia ambientale dall'esperienza costituente dell'Ecuador. La Costituzione del 2008 riconosce la natura come un soggetto che ha veri e propri diritti²⁶. Nella genesi di un nuovo e innovativo sistema di protezione ambientale che nobilita la natura al rango di soggetto, hanno contribuito le riflessioni scaturite da una visione della natura diversa da quella di matrice occidentale. La cosmovisione

²⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-622/16, 6.3.: “están íntimamente ligados a su existencia y supervivencia como grupos culturalmente diferenciados, desde el punto de vista religioso, político, social y económico. Por esta razón, el reconocimiento de los derechos a la propiedad, posesión y uso de las tierras y territorios ocupados ancestralmente de forma colectiva es fundamental para su permanencia y supervivencia”.

²⁶ Si veda a tal proposito: Articolo 10, comma 2 della Costituzione dell'Ecuador: “la natura sarà soggetto di quei diritti che le riconosce la Costituzione [la naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución]”.

indigena ha fatto ingresso nelle riflessioni politiche e giuridiche. Al concetto occidentale di natura viene affiancato quello indigeno di *Pacha Mama* (ACOSTA, 2011, p. 341; GUDYNAS, 2011a, p. 87; GUDYNAS, 2011b, p. 241, PERRA, 2021, p. 29)²⁷. La natura viene, cioè, considerata anche nella accezione di Madre Terra con tutto il carico simbolico e spirituale che essa porta con sé. La concezione di una natura (Madre Terra) personificata da vita a una antropomorfizzazione giuridica, dove la natura non è più un oggetto, ma viene inserita nella categoria dei soggetti. I diritti della natura vengono attribuiti ad essa in una veste di autonomia rispetto a collegamenti o relazioni che possano intercorrere con gli esseri umani. Si tratta, perciò, di una categoria di diritti che prescinde dai diritti degli esseri umani. Gli esseri umani svolgono un ruolo importante con riferimento ai diritti della natura, essi agiscono per reclamarne il rispetto²⁸, sostituendosi ad essa per curarne gli interessi, ma senza intaccare la titolarità dei diritti che resta in capo alla natura. Leggendo la Costituzione dell'Ecuador si possono osservare anche i valori culturali dei popoli indigeni. Tra i tanti esempi, salta subito agli occhi l'utilizzo accanto alla lingua e ai concetti di matrice europea di quelli indigeni e lo spazio dedicato al *Buen Vivir* (*Sumak Kawsay*) tra gli obiettivi da perseguire. Il *Buen Vivir* è inteso nella visione indigena, secondo cui esso può essere ricondotto al concetto di “vita in pienezza”²⁹ (HUANACUNI MAMANI, 2010, p. 13). Si tratta di un buon vivere i cui cardini sono la convivenza armoniosa tra gli esseri umani e il rispetto della natura.

Dall'esempio del riconoscimento della natura come soggetto e dell'affermazione dei diritti della natura nella Costituzione dell'Ecuador, si evince che i valori della cultura hanno influenzato le riflessioni politiche e giuridiche, che hanno portato ai dibattiti sfociati, nell'attività dell'Assemblea Costituente di Montecristi. Nella Costituzione dell'Ecuador accanto ai valori e ai concetti di matrice occidentale sono presenti quelli indigeni. Una sensibilità ambientale e un diverso rapporto uomo-natura, rispetto a quello predicato nel mondo giuridico fino a tale momento, si mostrano e tracciano la strada che porta all'ideazione di un nuovo sistema di protezione ambientale di stampo non antropocentrico.

Altro esempio dell'influenza dei valori culturali nelle riflessioni giuridiche può essere tratto dal riconoscimento della categoria dei diritti bioculturali, operato della Corte Costituzionale colombiana nella sentenza T-622 del 2016.

²⁷ Supra § 3.

²⁸ Si veda a tal proposito: Articolo 71, comma 2 della Costituzione dell'Ecuador: “ogni persona, comunità, popolo o nazione potrà esigere dall'autorità pubblica il compimento dei diritti della natura [toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza]”.

²⁹ “Vida en plenitud”.

Il fatto che la Corte riconduca le disposizioni presenti in diverse parti della Costituzione colombiana sui diritti alle risorse naturali e alla cultura delle comunità etniche alla categoria dei diritti bioculturali, spinge a pensare fuori dalle visioni classiche del diritto privato riguardanti la proprietà, il possesso e la stessa concezione giuridica di territorio di matrice europea. La stessa Corte individua stretti legami inscindibili tra le comunità etniche e il loro territorio. La cultura diviene la fonte da cui emergono le forme tradizionali di amministrazione dei territori. Si tratta di forme radicate nei secoli o nei millenni e parte integrante di quel bagaglio culturale delle comunità. Il territorio non viene inteso solo nella sua sfera di risorsa economica e di fonte di sussistenza per i popoli che vi abitano. Il territorio indigeno, tribale, afrocolombiano viene considerato unitamente al simbolismo e significato religioso, politico, sociale, economico e ludico di queste comunità. L'amministrazione del territorio è parte della cultura, di quella cultura che contraddistingue ciascun popolo. In questa amministrazione del territorio è presente non solo una semplice gestione, ma l'espressione della cosmovisione della comunità. La connessione tra le comunità etniche e il loro ambiente risulta talmente forte che lo stesso territorio diviene il luogo dove si svolgono le pratiche e le attività tradizionali. La Corte rileva l'importanza di tali pratiche e attività tradizionali per le comunità agricole indigene, etniche o campesine, sottolineando che:

le pratiche e le attività che sviluppano tradizionalmente fanno parte del loro sviluppo di vita e, in qualche maniera, questa relazione tra l'attività abituale, le tradizioni e lo spazio nel quale le sviluppano e le fanno sussistere, li costituisce come comunità con una stessa identità culturale³⁰.

Per questo motivo, per comprendere e riconoscere la categoria dei diritti bioculturali, è necessario considerare nelle riflessioni politiche o giuridiche l'intimo e stretto rapporto che intercorre tra le comunità etniche e il proprio ambiente, come parte integrante della cultura. Altresì, diventa necessario cimentarsi con i valori riconosciuti ai territori dalla tradizione secolare e millenaria, uscendo dalle logiche del diritto privato di matrice occidentale, che considera principalmente il territorio in termini di proprietà e possesso.

³⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-622/16, 5.53.: “Las prácticas y actividades que desarrollan tradicionalmente hacen parte de su desarrollo de vida y, de alguna manera, esa relación entre el oficio, las tradiciones y el espacio en el que lo desarrollan y subsisten, los constituye como comunidades con una misma identidad cultural”.

Occorre, cioè, considerare la visione della proprietà comunitaria delle comunità etniche e la visione che esse hanno del territorio, con i significati che esso riveste sul piano religioso, politico, sociale, economico e ludico. L'amministrazione tradizionale dei territori è, perciò, frutto di usi e consuetudini, le quali possono essere comprese e interpretate alla luce dei valori culturali che caratterizzano le singole comunità.

6. ETNOSVILUPPO GIURIDICO

Occorre ora comprendere se l'affermazione dei diritti della natura e il riconoscimento della categoria dei diritti bioculturali possa essere ricondotta al fenomeno dell'etnosviluppo giuridico.

A tal fine, si rende necessario preliminarmente individuare la definizione di etnosviluppo. Nel presente lavoro si sceglie di fare riferimento alla definizione di etnosviluppo delineata da Guillermo Bonfil Batalla. Egli afferma che:

“per etnosviluppo si intende l'esercizio della capacità sociale di un popolo per costruire il suo futuro, utilizzando a tal fine gli insegnamenti della sua esperienza storica e le risorse reali e potenziali della sua cultura, in accordo con un progetto che si definisce secondo i suoi propri valori e aspirazioni”³¹ (BONFIL BATALLA, 1982, p. 133).

Il termine etnosviluppo giuridico viene utilizzato nel presente lavoro per identificare quel fenomeno con il quale il mondo giuridico utilizza gli insegnamenti del passato, la tradizione per addivenire a nuove costruzioni giuridiche, a nuove categorie e all'affermazione o al riconoscimento di nuovi diritti.

Dinnanzi alle problematiche ambientali, emergono come possibili soluzioni, tra le tante presenti nello scenario globale, l'affermazione dei diritti della natura e il riconoscimento della nuova categoria dei diritti bioculturali.

³¹ “Por etnodesarrollo se entiende el ejercicio de la capacidad social de un pueblo para construir su futuro, aprovechando para ello las enseñanzas de su experiencia histórica y los recursos reales y potenciales de su cultura, de acuerdo con un proyecto que se defina según sus propios valores y aspiraciones”.

Nei diritti della natura, partendo dall'osservazione della loro genesi, occorre osservare come dall'ingresso dei valori culturali indigeni nelle riflessioni politiche e giuridiche giunga la spinta propulsiva per abbandonare la classica visione giuridica antropocentrica. In particolare, fa ingresso una diversa concezione di natura rispetto a quella occidentale. La natura o Madre Terra è una entità personificata, che racchiude significati sacrali, culturali che si traducono nella ricomprensione di essa tra i soggetti contemplati dall'ordinamento giuridico e la conseguente attribuzione di veri e propri diritti.

In tali termini, la genesi e l'affermazione dei diritti della natura possono essere ricondotti nell'alveo di quel fenomeno che può essere denominato etnosviluppo giuridico.

Nei diritti bioculturali, il centro è posto sugli usi e sulle consuetudini che caratterizzano l'amministrazione dei territori da parte delle comunità etniche. Si tratta di una gestione che presuppone un rapporto intimo e uno stretto legame tra le comunità etniche, la loro cultura e il loro territorio. I valori sottesi al territorio entrano in gioco nella comprensione della stessa categoria dei diritti bioculturali, dove per comprendere le pratiche di gestione e amministrazione del territorio non si può prescindere dai valori culturali, dai significati religiosi, politici, sociali, economici e ludici incarnati dallo stesso territorio nella visione delle medesime comunità.

Nei diritti bioculturali confluiscono i “diritti alla terra, alle risorse naturali, all'autogoverno, alla diversità culturale” (SAJEVA, 2019, p. 277). Il riconoscimento dei diritti bioculturali, pertanto, parrebbe trovare giustificazione sugli “interessi dei popoli indigeni e delle comunità locali all'autogoverno e alla conservazione e promozione dei propri stili di vita” (SAJEVA, 2019, p. 277) e su “l'interesse alla protezione dell'ambiente” (SAJEVA, 2019, p. 277).

In tal modo, dinnanzi alle problematiche ambientali attuali una delle possibili soluzioni potrebbe ravvisarsi nel riconoscimento dei diritti bioculturali, riscoprendo, valorizzando e promuovendo le pratiche tradizionali di amministrazione del territorio delle comunità indigene ed etniche.

Una perplessità su questa nuova categoria, in tal modo intesa come rispondente a entrambi gli interessi, potrebbe sorgere dall'accompagnare ai diritti bioculturali “la responsabilità di essere e restare sostenibili dal punto di vista ambientale” (SAJEVA, 2019, p. 277)³².

³² Si veda a tal proposito anche: ZANETTI, 2019, p. 271-272.

Ora, occorre comprendere se il riconoscimento dei diritti bioculturali possa essere assimilato al fenomeno dell'etnosviluppo giuridico e in quale misura.

La categoria dei diritti bioculturali riunisce in sé i diritti alle risorse naturali e i diritti alla cultura delle comunità etniche. Un ruolo centrale assume la gestione e l'amministrazione dei territori da parte di comunità indigene ed etniche attraverso gli usi, le consuetudini e le forme sedimentate nel corso degli anni, dei secoli e dei millenni nella cultura di tali popoli.

Seppure con le perplessità sollevate da Giulia Sajeve (2019, p. 277) e Gianfrancesco Zanetti (2019, p. 271-272) riguardo alla mitizzazione dell'ecosostenibilità delle forme di amministrazione dei territori da parte delle comunità indigene ed etniche, si osserva come dinnanzi alle problematiche ambientali, il mondo giuridico riscopre nell'amministrazione secondo la tradizione di tali comunità una possibile e percorribile strada, che porti ad una gestione delle risorse naturali e a un governo ambientale rispettoso della natura e delle sue entità. In questo senso, il riconoscimento dei diritti bioculturali e, in particolare, le forme tradizionali di amministrazione del territorio delle comunità indigene ed etniche si pongono come funzionali ad una maggiore ecosostenibilità nella gestione ambientale. In questo modo, si potrebbe ritenere che il riconoscimento dei diritti bioculturali possa essere ricondotto all'etnosviluppo giuridico, quando le forme tradizionali di amministrazione dei territori diventano la chiave per agire nel presente: alle problematiche ambientali, si risponde anche con la riscoperta dei valori culturali e con le forme di amministrazione dei territori delle comunità indigene ed etniche.

Pertanto, accanto al nobile intento di riconoscere una pari dignità a tutte le culture dei popoli che compongono i Paesi, la genesi e l'affermazione dei diritti della natura e il riconoscimento dei diritti bioculturali si pongono anche come strumenti che uniscono passato e presente e, attraverso la scoperta e la valorizzazione dei valori, della cosmovisione e delle forme tradizionali di amministrazione del territorio dei popoli indigeni e delle comunità etniche, forniscono nuovi angoli prospettici su cui poggiare nuove forme di protezione ambientale e una gestione dei territori che sia ecosostenibile.

7. CONCLUSIONI

L'obiettivo del presente lavoro è l'analisi dei rapporti tra la Costituzione e la cultura. In particolare, l'autore analizza e sottolinea la teoria secondo cui la Costituzione non sia da intendere solo come un testo normativo, ma essa rappresenti l'espressione della cultura dell'intero popolo. In tal senso, si rileva come nelle Costituzioni confluiscono i valori, l'eredità culturale e le speranze di ciascun popolo.

Dapprima l'attenzione si concentra sull'analisi della Costituzione, intesa come espressione della cultura.

In seguito, l'autore nell'esaminare l'ingresso dei valori culturali nelle Costituzioni, con specifico riferimento alla materia ambientale, analizza l'esperienza della genesi e dell'affermazione dei diritti della natura in Ecuador. È, inoltre, esaminato il riconoscimento della categoria dei diritti bioculturali da parte della Corte Costituzionale colombiana.

Le due esperienze osservate mostrano come vi sia una forte relazione tra cultura e diritto ambientale e come questa stretta relazione emerga dalla Costituzione dell'Ecuador e dalla lettura delle disposizioni costituzionali operata dalla Corte Costituzionale colombiana. L'intreccio tra cultura e ambiente trova espressione nella genesi e affermazione dei diritti della natura. La cultura e i suoi valori divengono fonte di ispirazione per abbandonare l'antropocentrismo e costruire un nuovo sistema di protezione ambientale, che ricomprenda la natura nella categoria dei soggetti e attribuisca ad essa veri e propri diritti.

Nei diritti bioculturali il centro è posto sulle forme di gestione e amministrazione dei territori da parte delle comunità indigene ed etniche. Queste forme affondano le proprie radici negli usi e nelle consuetudini adagiate sulla cultura di tali comunità in anni, secoli e millenni. Per comprendere tale categoria e le forme di amministrazione proprie di ciascuna comunità non si può prescindere dalla lettura operata attraverso i valori, la cultura e la cosmovisione della stessa comunità. La connessione tra cultura e forme di amministrazione del territorio è tale che presuppone la concezione di territorio di matrice indigena. Non può, cioè, essere colta facendo affidamento alle sole categorie del diritto privato di matrice occidentale. Occorre, pertanto, pensare al territorio non solo in termini di proprietà o possesso, ma alla luce della proprietà comunitaria. La stessa visione del territorio contempla contenuti di carattere religioso, politico, sociale, economico e

ludico, che sono inscindibili da esso e che divengono essenziali ai fini della stessa esistenza di ciascuna comunità indigena ed etnica.

Queste due categorie di diritti (i diritti della natura e i diritti bioculturali) si sposano con le esigenze di protezione ambientale e, in tal senso, l'autore indaga la possibilità di ricondurre le due esperienze esaminate al fenomeno dell'etnosviluppo giuridico.

In questa ottica, oltre il nobile intento di ascoltare la voce di tutti i popoli che compongono i Paesi e riconoscere su un piano paritario le loro culture, l'autore rileva nell'affermazione dei diritti della natura e nel riconoscimento dei diritti bioculturali l'esplicarsi di diverse forme di etnosviluppo giuridico, in quanto tali categorie vengono a porsi come possibili soluzioni alle problematiche ambientali. Il mondo giuridico trae ispirazione dal passato, dai valori e dalla cosmovisione indigena nel costruire i sistemi, che contemplano i diritti della natura e riscopre le forme tradizionali di amministrazione e gestione dei territori delle comunità indigene ed etniche nei diritti bioculturali. L'innovazione giuridica poggia le sue radici sul passato per addivenire nel presente alla creazione e al riconoscimento di due nuove categorie: i diritti della natura e i diritti bioculturali.

BIBLIOGRAFIA

ACOSTA, Alberto. Los Derechos de la Naturaleza. Una lectura sobre el derecho a la existencia. IN: ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza (orgs.), **La naturaleza con derechos. De la filosofía a la política**. Quito: Abya-Yala, 2011, p. 317-367.

ANSIÓN, Juan. La interculturalidad como proyecto moderno. **Páginas**, Lima, v. 19, n. 129, p. 9-16, 1994.

BAVIKATTE, Kabir Sanjay; BENNETT, Tom. Community stewardship: the foundation of biocultural rights, **Journal of Human Rights and the Environment**, v. 6, n. 1, p. 7-29, 2015. Disponibile in: <http://www.elgaronline.com/view/journals/jhre/6-1/jhre.2015.01.01.xml>. Accesso: 08 maggio 2023.

BONFIL BATALLA, Guillermo. El etnodesarrollo: sus premisas jurídicas, políticas y de organización. In: BONFIL BATALLA, Guillermo; IBARRA, Mario; VARESE, Stefano; VERISSIMO, Domingos; TUMIRI, Julio; et al. **América Latina: Etnodesarrollo y Etnocidio**. San José: Ediciones FLACSO, 1982, p. 131-145.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. **Sentencia T-622/16**. Disponibile in: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-622-16.htm>. Accesso: 08 maggio 2023.

GUASTINI, Riccardo. Sobre el concepto de Constitución [Traducción del italiano por Miguel Carbonell], **Cuestiones Constitucionales**. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n. 1, p. 161-176, 1999. Disponibile in: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5566>. Accesso: 08 maggio 2023.

GUDYNAS, Eduardo. Desarrollo, derechos de la naturaleza y Buen vivir despues de Montecristi. In: WEBER, Gabriela (orgs.). **Debates sobre cooperación y modelos de desarrollo. Perspectivas desde la sociedad civil en el Ecuador**. Quito: Centro de Investigaciones CIUDAD y Observatorio de la Cooperación al Desarrollo, 2011a, p. 83-102.

GUDYNAS, Eduardo. Los derechos de la Naturaleza en serio. Respuestas y aportes desde la ecología política. In: ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza (orgs.). **La naturaleza con derechos. De la filosofía a la política**. Quito: Abya-Yala, 2011b, p. 239-286.

HÄBERLE, Peter. La Constitución como cultura [Traducción del texto italiano, remitido por el Prof. Haberle, de Francisco Fernández Segado, a partir de la inicial traducción de Rafael Rubio Núñez, revisada y profundamente modificada], **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 6, p. 177-198, 2002. Disponibile in: <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/anuario-iberoamericano-de-justicia-constitucional/numero-6-enerodiciembre-2002/la-constitucion-como-cultura-1>. Accesso: 08 maggio 2023.

HUANACUNI MAMANI, Fernando. **Buen Vivir / Vivir Bien. Filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales andinas**. Lima: Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas – CAOI, 2010.

PERRA, Livio. **I sistemi di protezione ambientale di Ecuador e Bolivia e l'affermazione dei diritti della natura**. Lago (CS): Il Sileno Edizioni, 2021. Disponibile in: <https://www.ilsileno.it/edizioni/ebooks/>. Accesso: 08 maggio 2023.

PERRA, Livio. **Il genocidio culturale**. Lago (CS): Il Sileno Edizioni, 2022. Disponivel em: <https://www.ilsileno.it/edizioni/ebooks/>. Accesso: 08 maggio 2023.

SAJEVA, Giulia. Un passo avanti e un passo indietro nell'Antropocene: Rights for Ecosystem Services, comunità locali e REDD, **Diritto & Questioni Pubbliche**, v. 19, n. 1, p. 275-289, 2019. Disponibile in: http://www.dirittoequationipubbliche.org/page/2019_n19-1/index.htm Accesso: 08 maggio 2023.

ZANETTI, Gianfrancesco. Diritti bioculturali: percorrendo la strada che separa diverse tradizioni, **Diritto & Questioni Pubbliche**, v. 19, n. 1, p. 267-272, 2019. Disponibile in: http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2019_n19-1/index.htm. Accesso: 08 maggio 2023.



All Rights Reserved © Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito

ISSN da versão impressa: **2236-5796**

ISSN da versão digital: **2596-111X**

academiapaulistaeditorial@gmail.com/diretoria@apd.org.br

www.apd.org.br



This work is licensed under a [Creative Commons License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

CONSTITUCIONALISMO GLOBAL, NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E “IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE” NA AMÉRICA LATINA: PONTES OU MUROS?

GLOBAL CONSTITUTIONALISM, NEW LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM, AND “IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE” IN LATIN AMERICA: BRIDGES OR WALLS?

Celso de Oliveira Santos¹

Maria Carolina de Souza Ribeiro de Sá²

Marina Muniz Pinto de Carvalho Matos³

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8759-0538>

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0017-4428>

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4176-603X>

Submissão: 18/04/2023

Aprovação: 20/06/2023

RESUMO:

Este estudo investiga os contrastes entre o Constitucionalismo Global como expressão transnacionalizada do Neoconstitucionalismo em relação às propostas críticas latino-americanas consubstanciadas no Novo Constitucionalismo Latino-Americano e *Ius Constitutionale Commune* na América Latina. Concluiu-se que a proposta do Constitucionalismo Global, não sendo intrinsecamente refratária, admite contribuições das

¹ Doutorando em Direito Internacional (UERJ/FAPERJ), Mestre pela FD USP. Coordenador Adjunto e Pesquisador do CIDHSP/APD, da Academia Paulista de Direito, vinculado à Cadeira SanTiago Dantas. Membro da Comissões de Relações Internacionais e dos Direitos dos Imigrantes e Refugiados da OAB/SP e estagiário-docente do NEPEDI/UERJ. E-mail: osantoscelso@gmail.com - **Ark:/80372/2596/v12/010**

² Mestre em Direito Internacional pela UERJ. Bacharela em Direito pela UFRJ. Membro da Clínica Interamericana de Direitos Humanos da UFRJ (Clínica IDH-UFRJ). Pesquisadora do Núcleo Interamericano de Direitos Humanos (NIDH-UFRJ) e do Núcleo de Estudos e Pesquisa em Direito Internacional (NEPEDI-UERJ). E-mail: munizmarina@gmail.com - **Ark:/80372/2596/v12/010**

³ Mestranda em Direito Internacional pela UERJ. Bacharela em Direito pela UFBA. Pesquisador do CIDHSP/APD, da Academia Paulista de Direito, vinculado à Cadeira SanTiago Dantas e do Núcleo de Estudos e Pesquisa em Direito Internacional (NEPEDI-UERJ). E-mail: mariacarolina0613@gmail.com - **Ark:/80372/2596/v12/010**

expressões constitucionalistas regionalizadas, exercício que, sobretudo, configura uma via de participação direta na formulação e na aplicação do direito em qualquer âmbito territorial.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo Global. Novo Constitucionalismo Latino-Americano. *Ius Constitutionale Commune* na América Latina.

ABSTRACT:

This study explores the contrasts between Global Constitutionalism as a transnationalized expression of Neoconstitutionalism in relation to critical Latin American proposals embodied in the New Latin American Constitutionalism and *Ius Constitutionale Commune* in Latin America. It concludes that the proposal of Global Constitutionalism, not being intrinsically refractory, admits contributions of regional constitutionalist expressions, in an exercise that, above all, configures a way of direct participation in the formulation and application of the law in any territorial scope.

KEYWORDS: Global Constitutionalism. New Latin-American Constitutionalism. *Ius Constitutionale Commune* in Latin America.

1. INTRODUÇÃO - CONSTITUCIONALISMO GLOBAL (PARA QUEM)?

Transcorrido quase um século desde as primeiras tentativas de sintetizar um regime jurídico e institucional em escala global com estrutura pretensamente universalizada⁴, discutem-se externalidades negativas que derivam entropicamente da própria complexificação do direito internacional (DIN), que ganhou proporções expressivas a partir da terceira onda de democratização⁵, dando ensejo a debates sobre as consequências da chamada “fragmentação do direito internacional” em “regimes autocontidos”⁶, a partir da identificação de institutos e conteúdos jurídicos que vigem e são aplicados conforme a sua inserção geopolítica.

⁴ FRIEDMANN, Wolfgang. **Mudança da Estrutura do Direito Internacional**. 1ª ed. em língua portuguesa (Trad.: Id. *The Changing Structure of International Law*). São Paulo, Freitas Bastos, 1971. pp. 51-55.

⁵ HUNTINGTON, Samuel. **A Terceira Onda. Democratização no final do século XX**. São Paulo: Ática, 1994. p. 23.

⁶ KOSKENNIEMI, Martti. **Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law**. Report of the Study Group of the International Law Commission. UN Doc. A/CN.4/L.682. 13 April 2006. pp. 5-45.

O Constitucionalismo Global (CG) pode ser encarado tanto como um projeto de centralização jurídica e política⁷ da sociedade internacional, quanto como uma “abordagem jurisprudencial”⁸, que tem o objetivo comum de concretizar as pretensões universalizantes do DIN, sobretudo em matéria de Direitos Humanos (DH), estendendo sua abrangência.

No entanto, a epistemologia colonial reproduzida e perpetuada no DIN atual resume também a universalização da epistemologia etnocentrista europeia que aponta o conhecimento do outro como “local”, atribuído à “cultura”, pautando o “pluralismo cultural” como força oposta à consolidação do direito internacional. Em larga medida, essa universalização ocorreu com a movimentação do capital, o que criou uma linha divisória entre norte e sul. O constitucionalismo aparece como um meio, é um momento político relacionado à ideia de “civilização”, ordem social, conformação dos movimentos sociais radicais, e que excluem objetivos de redistribuição material⁹.

Desta forma, o CG surge como um movimento de estabilização da ordem econômica neoliberal global, que permite o fluxo de capitais, exclui a economia da tomada de decisão – esvaziando pautas sociais –, e protege o direito de propriedade – criando e proporcionando o desenvolvimento livre do mercado de forma não transparente, congelando a distribuição das riquezas em escala global. O DIN, através do CG, seria o criador e legitimador da globalização, implicando, contudo, a supressão das suas contestações e de outras narrativas que não a nortenha¹⁰, perpetuando a geopolítica do conhecimento¹¹.

Nessa perspectiva, o novo constitucionalismo latino-americano se insere no marco de uma integração entre os estados da região e em aparente oposição ao neoconstitucionalismo, cuja lógica perpetua a geopolítica do conhecimento na toada do constitucionalismo global¹², operando por meio da integração entre tais estados, mas a partir do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), que funciona como limitação de poder. Isto porque, no âmbito de tal sistema, a Convenção Americana sobre Direitos

⁷ PETERS, Anne. **Los méritos del constitucionalismo global**. Revista Derecho del Estado n.o 40, enero-junio de 2018, p. 4.

⁸ KUMM, Mattias. **On the History and Theory of Global Constitutionalism**. In: Suami, Takao Peters, Anne Vanoverbeke, Dimitri Kumm, Mattias (Ed.): *Global Constitutionalism from European and East Asian Perspectives*, ISBN 978-1-108-26487-7, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 168-199.

⁹ SCHWÖBEL-PATEL, Christine. **(Global) Constitutionalism and geopolitics of knowledge**. In: ALBERT, Richard; SCHÜTZE, Robert. *The Global South and Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press. 2020. pp. 69-73.

¹⁰ *Ibid.* pp. 74-82

¹¹ *Ibid.* pp. 67-69.

¹² CYRILLO, Carolina. **O Constitucionalismo Sul-Americano: uma introdução**. In: PEDRA, Adriano Sant’ana; FABRIZ, Dauri Cesar; SILVA, Heleno Florindo; OMMATI, José Emílio Medauar; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Perspectivas Latino-Americanas Sobre o Constitucionalismo no mundo*. Belo Horizonte: Editora Conhecimento. 2021. pp. 31-37.

Humanos (CADH), pode ser observada como uma constituição, que garante a democracia, atuando como um “atracadouro de fontes do direito internacional” ou espinha dorsal responsável por entrelaçar costumes, princípios e tratados de DH, sendo, por fim, o parâmetro normativo de interpretação destes¹³.

Propõe-se, assim, o presente estudo para investigar, em caráter preliminar, se há interfaces harmônicas entre o CG e o *Ius Constitutionale Commune* na América Latina (ICCAL), ou pontos de convergência que tornariam possível inscrever tal perspectiva decolonial no movimento do constitucionalismo global; ou se este movimento necessariamente implicaria a perpetuação da herança colonialista que permeia o DIN e o próprio CG.

2. CONTEXTUALIZANDO O (NEO?)CONSTITUCIONALISMO

Constitucionalismo é uma expressão que refere genericamente, em diversos cenários históricos e geopolíticos, à limitação do exercício do poder público pelo direito por meio da sintetização de um regime de governo pautado pela constituição do respectivo território.

Luís Roberto Barroso divide em dois modelos as expressões do constitucionalismo no mundo, derivando uma do contratualismo, o iluminismo e o liberalismo, com precedência histórica da Revolução Inglesa e tendo a outra grande influência da Revolução Francesa e da Independência dos Estados Unidos da América.

Explica que a constituição estadunidense de 1787 e a francesa de 1791 estabeleceram parâmetros de constitucionalismo diversos: no constitucionalismo europeu, a constituição é essencialmente política, afinal, não é aplicada imediatamente pelo Poder Judiciário, vigendo o “princípio” da “supremacia do parlamento”¹⁴ e sendo impossível o controle de constitucionalidade das leis; já no modelo estadunidense, ficou estabelecido o princípio da “supremacia da constituição”¹⁵, no qual tem também reconhecida sua dimensão jurídica, o que fundamenta o controle de constitucionalidade e a inaplicabilidade escoeita de normas incompatíveis com a constituição.

¹³ LEGALE, Siddharta. **A Corte Interamericana como Tribunal Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, cap. 2.

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto e CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone (orgs.) **Constitucionalismo Democrático ou neoconstitucionalismo como Ideologia Vitoriosa do Século XX**. Revista Publicum 4:14, 2018, p. 4.

¹⁵ *Idem*, pp. 4-5.

O modelo estadunidense, segundo Barroso, prevaleceu, frutificando três tendências: a supremacia da constituição, o controle de constitucionalidade e a atuação proativa das cortes constitucionais em proteção aos direitos humanos. A partir da 2ª Guerra Mundial, o estado constitucional de direito desenvolve-se em substituição ao estado legislativo de direito, de modo que as leis agora, para ter vigência, dependem do rito da sua aprovação, mas também de uma compatibilidade material com o texto constitucional, até ali prescindida.

A Constituição Brasileira de 1988 está circunscrita ao momento emergente da terceira onda de democratização teorizada por Huntington, e também no contexto do neoconstitucionalismo latino-americano, que foi preconizado a partir da Carta Constitucional Mexicana de 1917, dentre outras experiências que orientaram alterações constitucionais resultantes de processos sociopolíticos. Ao passo que estas experiências renovadoras do constitucionalismo no continente induziram avanços na promoção de direitos e na participação social, discute-se se este fenômeno originou os problemas identificados por Roberto Gargarella como “dissonância democrática” e “hiperpresidencialismo”¹⁶.

Hiperpresidencialismo refere-se à separação dos poderes e à organização dos estados americanos, que, na visão do autor, compuseram normas que estruturam a distribuição da autoridade para o controle do estado, de modo, no entendimento do autor, desproporcional, configurando excesso de poderes concentrado na pessoa do chefe do Poder Executivo.

Dissonância democrática, a seu turno, refere-se a um grau de incompatibilidade entre a inexpressiva reformulação do conjunto apelidado “sala de máquinas”¹⁷ e uma efetiva garantia dos direitos recém-reconhecidos de forma homogênea, dificultando que o constitucionalismo contemporâneo cumprisse suas promessas por entraves que se apresentam na sua própria configuração, ao momento da aplicação da norma jurídica em face dos atos políticos e das demandas sociais.

Para Luís Roberto Barroso, as três maiores conquistas da Constituição de 1988 foram “a estabilidade institucional, a estabilidade monetária e a inclusão social”¹⁸. As justificativas do autor para se contentar com a suposta estabilidade institucional e monetária do Brasil se dão sempre em comparação a períodos de abusos e violações mais graves — e já

16 GARGARELLA, Roberto. **Reconstructing Constitutionalism in the Americas. The Problem of “Democratic Dissonance”**. Session 6 - Constitutional Failures; Constitutional Revivals. SELA 2018 - Democracy, Austerity and Law.

17 GARGARELLA, Roberto. **Latin American Constitutionalism, 1810-2012: the engine room of constitution**. USA: Oxford University Press. 2013.

18 BARROSO, Luís Roberto e CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone (orgs.) **Constitucionalismo Democrático ou neoconstitucionalismo como Ideologia Vitoriosa do Século XX**. Revista Publicum 4:14, 2018.

revelados — de regimes anteriores, não tendo havido nenhuma ponderação nem empírica, nem teórica, para sustentar a afirmação de que o Brasil vive estabilidade seja na sua microeconomia, seja na sua institucionalidade, especialmente nos anos mais recentes. Contudo, é compreensível que sua posição de julgador do STF lhe comprometa com certos posicionamentos, em que pese a incoerência de se postular o judiciário como um proativo salvador da Constituição enquanto, a bem da verdade, o mesmo Tribunal também cumpre a função histórica de cancelar injustiças e ilegalidades, ainda que tenha desempenhado esse personagem em alguns julgamentos referentes à ampliação de liberdades civis.

Barroso também situa o atual constitucionalismo brasileiro como corolário da superação de três paradigmas: o formalismo jurídico (como expressão de apego excessivo ao texto legal como limite para atuação judicial), o positivismo (removendo a separação existente entre moral e direito, apesar de remover também separações com outros campos do conhecimento) e o legalismo (que deu lugar à centralidade da constituição em detrimento das categorias de direito privado sobre as quais os ramos do direito se desenvolveram desde os códigos napoleônicos).

O autor também evidencia a proposição do neoconstitucionalismo latino-americano com significado de despreço pelo formalismo e pelo positivismo jurídico aliado à centralidade da constituição e aos seus resultados (nomeadamente, elaboração de constituições analíticas, expansão global da jurisdição constitucional e ascensão institucional do Poder Judiciário).

Pautando a ascensão do Poder Judiciário no contexto do neoconstitucionalismo, Barroso a contextualiza no reconhecimento da necessidade de um Judiciário forte e independente, no descontentamento com a política de majoritariedade (que gerou crise de representatividade), bem como de funcionalidade parlamentar e na profusão da judicialização de interesses individuais como fruto da modernização da sociedade. Para Barroso, o fenômeno neoconstitucionalista sofre de “exacerbação”, tornando necessário diferenciar judicialização (solução de problemas relevantes pelo Poder Judiciário) de ativismo judicial (atitude hermenêutica proativa, que teve seu significado deturpado para torná-lo depreciativo).

Neste tópico, as ideias de Barroso encontram aquelas de Gargarella, mantendo-se na ordem do dia os conflitos originados pela circunstância de um Poder Executivo excessivamente dotado de prerrogativas, em contato com um Judiciário ativo, que também demonstrou fragilidades (embora em menor proporção) relacionadas à imposição da norma

jurídica sobre a prática política. As tensões entre os poderes desgastam e podem levar a anomalias ou irregularidades na condução do governo na perspectiva em que afetam a própria estabilidade do estado de direito, além de gerar confusão no debate público e minar a confiança nos regimes.

Retomando a ideia clássica do constitucionalismo e aplicando-a à realidade atual, fruto da experiência neoconstitucional celebrada por Barroso como “ideologia vitoriosa do Século XX”, surge a preocupação de encontrar soluções para as falhas e limitações que o neoconstitucionalismo apresenta no que diz respeito ao cumprimento das promessas políticas e sociais circunscritas à teoria descrita por Barroso, assim como com relação às próprias matrizes epistemológicas que a sustentam.

Na próxima seção, serão abordadas algumas das principais propostas teóricas latino-americanas com vistas à identificação e ao tratamento dos problemas neoconstitucionais.

3. PROPOSIÇÕES REGIONAIS – O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E O *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE* NA AMÉRICA LATINA

Roberto Gargarella oferece outra narração histórica sobre o constitucionalismo latino-americano, segundo a qual possui cinco períodos, sendo o último chamado de “novo-constitucionalismo latino-americano”, tendo como expoente as constituições da Colômbia, Venezuela, Equador e Bolívia.

Para o autor, as portas da “sala de máquinas das constituições latino-americanas” estariam trancadas, justamente pelo esvaziamento feito pelas elites, que despolitizam o processo constitucional, tirando-o do alcance do povo. Dessa forma as constituições estimulariam a participação popular e o reconhecimento de grupos minoritários marginalizados, mas a parte da organização do poder, logo, do estado, estaria fechada ao povo, evidenciando o caráter autoritário¹⁹.

O novo constitucionalismo latino-americano se apresenta, segundo o autor, como um processo, ainda em curso, de contestação da lógica constitucional da região, advinda de movimentos sociais mais que de teorias dogmáticas, mas que não deixa de criar um

¹⁹ GARGARELLA, Roberto. *Latin American Constitutionalism, 1810-2012: the engine room of constitution*. USA: Oxford University Press. 2013.

discurso acadêmico de politização. Siddharta Legale enumera cinco características que caracterizam o constitucionalismo regional:

“(i) “vocação de importar direito estrangeiro”; (ii) formas de presidencialismo mais extremas do que o modelo norte-americano; (iii) tensões entre o Estado laico e a Igreja; (iv) tensões entre o majoritarismo e as demandas da “angústia da desigualdade” e do problema constitucional da propriedade; (v) os problemas e desafios do pluralismo e do multiculturalismo²⁰”.

Legale descreve o novo constitucionalismo latino-americano a partir de marcos históricos, filosóficos e teóricos. O marco histórico aponta para uma transformação de movimentos sociais cujo fim foram novas constituições. O primeiro que descentraliza o poder são as constituições do Brasil (1988) e da Colômbia (1991); o segundo trabalha para melhorar os mecanismos de democracia participativa, a exemplo da Venezuela (1999); já o último trabalha no aprofundamento em direitos de reconhecimento das populações originárias, lidando com o multiculturalismo e construção de estados plurinacionais, criando um diálogo entre o constitucionalismo tradicional e as idiossincrasias dos povos indígenas, sendo exemplos o Equador (2008) e a Bolívia (2009)²¹.

Para Carolina Cyrillo, o novo constitucionalismo latino-americano surge no marco da integração entre os estados da América Latina, se opondo ao tipo de integração passada que ocorreu em decorrência dos regimes ditatoriais na região, bem como do neoconstitucionalismo, importado para a região²².

Já a filosofia por trás do novo constitucionalismo latino-americano advém da epistemologia do sul de Boaventura de Souza Santos e Maria Paula Meneses, sendo uma contestação da visão hegemônica europeia, que advém da criação de uma linha entre o norte e o sul, não geográfico, mas epistemológico, em que o conhecimento nortenho é exportado e o conhecimento do sul é desqualificado, descartado e não reconhecido. Assim, a quebra de tal

²⁰ LEGALE, Siddharta. **Curso de teoria constitucional interamericana**. Edição Kindle. 2021. p. 140.

²¹ *Ibid*, p. 141.

²² CYRILLO, Carolina. O Constitucionalismo Sul-Americano: uma introdução. *In*: PEDRA, Adriano Sant’ana; FABRIZ, Dauray Cesar; SILVA, Heleno Florindo; OMMATI, José Emílio Medauar; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Perspectivas Latino-Americanas Sobre o Constitucionalismo no mundo**. Belo Horizonte: Editora Conhecimento. 2021. p. 31-37.

colonialismo do conhecimento viria do reconhecimento e inclusão do conhecimento das populações indígenas. Clama-se por diversidade de fontes²³.

Aqui o multiculturalismo se insere como uma forma de politização do sul, contra o neocolonialismo que advém do neoliberalismo. É uma retomada do conhecimento, por vias política, cultural, econômica, se aproximando do pensamento decolonial.

Por fim, Siddharta Legale explica que o marco teórico é a busca dos movimentos sociais na região por pluralismo cultural, jurídico, econômico, social²⁴. Sendo assim, a construção do novo constitucionalismo está pautada na direção de baixo para cima, negando construções que sejam impostas de cima para baixo. de forma teórica doutrinária ou dogmática. Faz sendo assim um estado plurinacional ou multicultural, em contraposição à construção estatal nos moldes clássicos.

Em paralelo a esse movimento interno dos estados, que tem como ponto comum uma identidade latino-americana, há o movimento de construção de um *Ius constitutionale commune latino-americano* (ICCAL, em inglês). Este movimento está caracterizado pela internacionalização da justiça, calcada nos direitos humanos para satisfazer os direitos fundamentais das constituições dos estados da região.

Um ponto de convergência com o novo constitucionalismo latino-americano é o ICCAL também se apresentar com um viés transformativo, que observa o diagnóstico explicitado por Gargarella, bem como as desigualdades sociais e políticas, objetivando propor mudança por meio de um escopo normativo positivo de realização da democracia, do estado de direito e dos Direitos Humanos (DIDH), assim como por um discurso jurídico²⁵.

A ideia do ICCAL é o trabalho conjunto das constituições e do direito internacional para garantias comuns, além do reforço, em uma via de mão dupla, do bloco constitucional e convencional, como uma orientação comum para as diversas ordens jurídicas²⁶. Desta forma, o discurso gira em torno do *corpus iuris* da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do direito constitucional comparado.

O ICCAL, apesar de ter América Latina no nome, possui projeções mais universalistas, globais, que regionalistas, no sentido de se demarcar como um discurso de oposição ao norte. Sendo assim, nasce de semelhanças regionais, da conjuntura e contexto de

²³ LEGALE. *Op. Cit.* p. 142.

²⁴ LEGALE. *Op. Cit.* p. 143.

²⁵ BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: observations on transformative constitutionalism.* In: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia. **Transformative Constitutionalism in Latin America: the emergence of a new ius commune.** Oxford: Oxford University Press. 2017. P. 28.

²⁶ *Idem.*

tentar achar soluções jurídicas para implementar o direito internacional dos direitos humanos, o estado de direito e a democracia, se projetando para o global²⁷²⁸.

Flávia Piovesan entende o ICCAL como uma corrente transformativa que quer avançar na proteção dos direitos humanos, na democracia e no estado de direito; fortalecer o SIDH e construir uma cultura jurídica que reafirma princípios comuns do constitucionalismo latino-americano²⁹.

A origem do ICCAL também teria uma justificativa do contexto da região, uma necessidade de respostas para as desigualdades regionais, sobretudo no que tange aos povos originários e à população afrodescendente, afinal, os indicadores sociais apontam para uma sistemática discriminação, exclusão e violência em relação a tais grupos³⁰. Ademais, a região, de forma conjunta, sofreu com regimes autoritários e com centralização excessiva de prerrogativas no Poder Executivo, induzindo o aludido “hiperpresidencialismo”.

Sendo assim, conforme os escritos de Flavia Piovesan, o SIDH trabalha para sanar os déficits nacionais de proteção dos direitos humanos, sobretudo no recorte interseccional dos grupos socialmente vulneráveis. Assim, o ICCAL advém desse fortalecimento do sistema regional de proteção do ser humano, que nasce em um período de ditaduras, mas, ao longo do tempo, consegue fazer a comunicabilidade entre democracia, estado de direito e direitos humanos com os estados³¹. Observa-se que é um movimento de diálogo que sai do âmbito internacional para o nacional.

A Corte IDH consolida sua jurisprudência, fazendo com que se avance na consolidação do ICCAL. Piovesan aponta alguns temas importantes para tal, como a jurisprudência sobre casos de violações que eram legados do regime autoritário, casos sobre justiça transicional, casos relacionados à independência do Poder Judiciário, casos relacionados a violações de direitos de grupos socialmente vulneráveis e violações de direitos sociais – judicializados a partir dos direitos civis e políticos da CADH.

²⁷ “Regionalism always has the potential to be particularistic. By contrast, many authors emphasize that the Latin American discourse of *Ius Constitutionale Commune* must be embedded in a global, universal discourse.¹⁶ ICCAL is also light years away from the idea of a distinct Latin American international law.¹⁷ Its qualification as “Latin American,” therefore, does not imply any principled demarcation from the “West” or the “North,” as opposed, for example, to the appeal in Asia to “Asian values.”¹⁸ The attribute “Latin American” points rather toward the description of a region for which a common legal discourse appears particularly fruitful”. *Ibid.* P. 30.

²⁸ Anota-se que pouco se questiona sobre o conteúdo desse direito humano, sobre a forma dessa democracia e desse estado de direito, e que há pouca preocupação com o discurso da representação e pluralidade.

²⁹ PIOVESAN, Flávia. *Ius Constitutionale Commune em América Latina: contexto, challenges and perspectives*. In: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia. **Transformative Constitutionalism in Latin America: the emergence of a new ius commune**. Oxford: Oxford University Press. 2017. p. 50.

³⁰ PIOVESAN. *Op. Cit.* p. 50.

³¹ PIOVESAN. *Op. Cit.* p. 52.

Essa emergência do ICCAL pelo SIDH se dá por este último ser um *locus* de diálogo, sobretudo com a sociedade civil, que tem acesso à justiça internacional por meio da litigância estratégica, havendo uma comunicação intensa entre diferentes atores, que constroem, portanto, padrões regionais comuns de direitos humanos. Estes que são trazidos para o âmbito nacional por meio do controle de convencionalidade também³².

É possível observar que tanto o novo constitucionalismo latino-americano, quanto o ICCAL, se pautam na renovação pós-ditaduras das constituições da região, uma vez que a estrutura de poder não tem efetividade em cumprir com os projetos constitucionais. Contudo, o ICCAL é similar ao movimento de orientação jurídica feito pelo constitucionalismo global, uma vez que sua natureza é mais prática, instrumental dentro dos ordenamentos, dando mecanismos de interpretação e instrumentalizando o direito na sua orientação política, social e econômica, se afastando da dogmática acadêmica³³. Assim, enquanto o ICCAL é originado de cima para baixo, do internacional para o nacional, o novo constitucionalismo latino-americano faz o movimento contrário, vem de baixo para cima, dos movimentos sociais para as instituições, sendo algo nacional que se observa em outros estados da região.

No que tange ao pluralismo, ele está inserido em um discurso global, mas contém características latino-americanas. A ênfase do ICCAL também é a composição dos direitos dos povos originários e africanos, como é a do novo-constitucionalismo latino-americano, o que perpassa por reconhecimento de ordenamentos normativos próprios, trazendo o vocabulário particular:

“As teorias pluralísticas podem ser divididas em dois grupos. A abordagem radical trata o conflito como uma luta pelo poder, que mal pode ser protegida pela racionalidade jurídica. A abordagem dialógica, ao contrário, parte da constatação de que as várias instituições costumam responder umas às outras em uma relação estável e legalmente orientada, embora usualmente protejam sua independência institucional. Conflitos fundamentais aqui são a exceção; colaboração construtiva é a regra. Os representantes da Ius

³² *Ibid.* p. 62.

³³ BOGDANDY. *Op. Cit.* p. 32.

*Constitutionale Commune latino-americana optam por tal pluralismo dialógico e reconstroem a interação entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e os judiciários nacionais de acordo com este modelo colaborativo*³⁴.

Diante dessas epistemologias paralelas, cabe debater o lugar delas perante o constitucionalismo global. Para Christine Schwöbel-Patel, o constitucionalismo global é um mecanismo de perpetuação da geopolítica do conhecimento, cuja oposição é a corrente decolonial. A epistemologia colonial pode ser resumida na universalização da epistemologia etnocentrista europeia que aponta o conhecimento do outro como “local” atribuído à “cultura”. Essa universalização ocorreu com a movimentação do capital, o que criou a linha divisória entre norte e sul³⁵.

A partir do início do século XX, o constitucionalismo global surge como um momento de estabilização da ordem econômica neoliberal global, como um projeto expansionista da geopolítica do conhecimento, que permite o fluxo de capitais, exclui a economia distributiva da tomada de decisão, esvaziando pautas sociais, protege o direito de propriedade, criando e proporcionando o desenvolvimento livre do mercado de forma não transparente, congelando a distribuição das riquezas em escala global. O direito internacional, através do constitucionalismo global, seria o criador e legitimador da globalização³⁶.

Para Schwöbel-Patel o constitucionalismo global não poderia ser decolonial e abarcar as epistemologias não nortenhas, uma vez que o projeto decolonial é uma postura de luta, de pensar fora das estruturas construídas e impostas. Assim, as restrições do constitucionalismo apreenderiam os eventos de luta política. Portanto, um constitucionalismo do sul só seria possível com a politização dos processos³⁷.

³⁴ *Ibid.* p. 47.

³⁵ SCHWÖBEL-PATEL, Christine. (Global) Constitutionalism and geopolitics of knowledge. In: ALBERT, Richard; SCHÜTZE, Robert. *The Global South and Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University press. 2020. p. 67-69.

³⁶ SCHWÖBEL-PATEL. *Op Cit.* pp. 74-82

³⁷ SCHWÖBEL-PATEL. *Op Cit.* pp.83-85.

4. CONCLUSÃO

O novo constitucionalismo latino-americano, com sua filosofia de epistemologia do sul, de forma libertária, e as constituições de estados plurinacionais do terceiro ciclo, conforme acima exposto, por ser feita a partir de movimentos sociais, abre portas para a politização dos processos constitucionais na região.

Já o ICCAL, como dito, se aproxima do movimento feito pelo constitucionalismo global, podendo ser feitas críticas semelhantes às que este são feitas. Contudo, mesmo que não se reconheça como uma oposição ao constitucionalismo global e se constitua por semelhanças, estas se dão a partir da jurisprudência da Corte IDH, que, como exposto possui pontos de contatos relevantes com o novo constitucionalismo latino-americano, sobretudo no discurso de como conceber os direitos dos povos originários e dos afrodescendentes.

Sendo assim, nesses pontos de contato entre ICCAL e o novo constitucionalismo latino-americano, os mesmos funcionam como uma ponte de mão dupla, com o novo constitucionalismo latino-americano trazendo o diálogo decolonial, preenchendo o conteúdo dos direitos humanos da região, e o ICCAL, com sua vocação universalista, complementando o direito internacional, de forma a sua aplicação se adequar às necessidades da região.

A ideia de projetar globalmente ideias partidas do ICCAL, ou do Novo Constitucionalismo, no entanto, torna-se um jogo de espelhos dentro desta mesma perspectiva – já que, à primeira vista, tratar-se ia da tentativa de impor, ou, em hipótese branda, persuadir, os estados dos demais continentes a adotar mecanismos e valores que não necessariamente seriam coincidentes com aqueles localmente tradicionais nos supostos destinos desta semente teórica.

No entanto, sobressai à ideia de que esses constitucionalismos latino-americanos emergentes – como teorias e práticas de aplicação e interpretação da norma jurídica a partir de uma perspectiva de contestação, com vistas ao aprimoramento das estruturas jurídico-políticas e das condições materiais da realidade social – não necessariamente dispõem do poder geopolítico referido por Schwöbel-Patel para exercer hegemonias ou passar à condição de estados opressores.

Neste sentido, entende-se possível encampação pelo constitucionalismo global de categorias, conceitos, institutos e mecanismos jurídicos característicos dos constitucionalismos regionais recentes, não havendo óbice explícita na sua concepção.

Em relação aos demais estados do sul global, por outro lado, não se trataria de uma iniciativa expansionista, mas configuraria uma postura que, ultrapassando a crítica discursiva, agiria diretamente para ocupar espaços nos debates acadêmicos e empíricos e participar propriamente da construção de uma futura institucionalidade do direito internacional, pautada e construída a partir da igualdade entre sujeitos, que, por sinal, não é exclusiva da América Latina.

BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luís Roberto e CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone (orgs.) Constitucionalismo Democrático ou neoconstitucionalismo como Ideologia Vitoriosa do Século XX. Revista Publicum 4:14, 2018.

BOGDANDY, Armin von. Ius Constitutionale Commune en América Latina: observations on transformative constitutionalism. In: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia. Transformative Constitutionalism in Latin America: the emergence of a new ius commune. Oxford: Oxford University Press. 2017.

CYRILLO, Carolina. O Constitucionalismo Sul-Americano: uma introdução. In: PEDRA, Adriano Sant'ana; FABRIZ, Daury Cesar; SILVA, Heleno Florindo; OMMATI, José Emílio Medauar; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Perspectivas Latino-Americanas Sobre o Constitucionalismo no mundo. Belo Horizonte: Editora Conhecimento. 2021.

FRIEDMANN, Wolfgang. Mudança da Estrutura do Direito Internacional. 1ª ed. em língua portuguesa (Trad.: Id. The Changing Structure of International Law). São Paulo, Freitas Bastos, 1971.

GARGARELLA, Roberto. Latin American Constitutionalism, 1810-2012: the engine room of constitution. USA: Oxford University Press. 2013.

GARGARELLA, Roberto. Reconstructing Constitutionalism in the Americas. The Problem of "Democratic Dissonance". Session 6 - Constitutional Failures; Constitutional Revivals. SELA 2018 - Democracy, Austerity and Law.

HUNTINGTON, Samuel. A Terceira Onda. Democratização no final do século XX. São Paulo: Ática, 1994.

KOSKENNIEMI, Martti. Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission. UN Doc. A/CN.4/L.682. 13 April 2006.

KUMM, Mattias. On the History and Theory of Global Constitutionalism. In: Suami, Takao Peters, Anne Vanoverbeke, Dimitri Kumm, Mattias (Ed.): Global Constitutionalism from European and East Asian Perspectives, ISBN 978-1-108-26487-7, Cambridge University Press, Cambridge.

LEGALE, Siddharta. A Corte Interamericana como Tribunal Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

PETERS, Anne. Los méritos del constitucionalismo global. Revista Derecho del Estado n.o 40, enero-junio de 2018.

PIOVESAN, Flávia. Ius Constitutionale Commune em América Latina: contexto, challenges and perspectives. In: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia. Transformative Constitutionalism in Latin America: the emergence of a new ius commune. Oxford: Oxford university press, 2017.

SCHWÖBEL-PATEL, Christine. (Global) Constitutionalism and geopolitics of knowledge. In: ALBERT, Richard; SCHÜTZE, Robert. The Global South and Comparative Constitutional Law. Oxford: Oxford University press. 2020.

All Rights Reserved © Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito

ISSN da versão impressa: 2236-5796

ISSN da versão digital: 2596-111X

academiapaulistaeditorial@gmail.com/diretoria@apd.org.br

www.apd.org.br



This work is licensed under a [Creative Commons License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

DEMOCRACIA, CONSTITUCIONALISMO GLOBAL E LATINO-AMERICANO E PRINCÍPIOS DO DIREITO ELEITORAL

DEMOCRACY, GLOBAL AND LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM AND PRINCIPLES OF ELECTORAL LAW

Teresa Cristina Della Monica Kodama¹

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7462-1251>

Submissão: 12/06/2023

Aprovação: 30/07/2023

RESUMO:

Este estudo busca tratar dos Princípios Constitucionais Fundamentais, e como todos os cidadãos devem conhecer a Magna Carta para saberem os seus direitos, os deveres e as obrigações, para que possam exercer plenamente a cidadania, inclusive o direito à participação na escolha dos governantes pelo voto, pela soberania e escolhendo o rumo a ser seguido pelo país.

O direito ao exercício dos direitos civis, políticos, socioeconômicos, de participação e contribuição para o bem-estar de toda a coletividade, devem ser de conhecimento de todos os cidadãos, culminando na concretização dos direitos humanos.

A democracia e a soberania popular latino-americana denotam uma construção, com muito ainda merecendo ser feito para que o direito e os cidadãos possam exercer plenamente os seus direitos, no tocante às relações exteriores e à Constituição.

A incumbência do Novo Constitucionalismo deve ser de criar mecanismos ou de ter novas teorias no tocante aos princípios normativos visando sanar lacunas constitucionais, cessando conflitos normativos, dando subsídios para que haja a interpretação do caso concreto.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia. Constitucionalismo. Direito Eleitoral.

¹ Procuradora do Estado de São Paulo aposentada. Participou como Membro Efetivo de diversas Comissões da Ordem dos Advogados do Brasil. Autora de cartilhas e de artigos jurídicos. Ex-Conselheira do Conselho Estadual da Condição Feminina. Ex-Coordenadora da Coordenação de Políticas para a Mulher do Estado de São Paulo da Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania. Colaboradora do IPAM – Instituto Paulista dos Magistrados no Projeto “Eu Tenho Voz”. Diretora da ABA – Associação Brasileira de Advogados, Jabaquara. Presidente da Comissão Nacional da Arte e Cultura da ABA – Associação Brasileira de Advogados. E-mail: tdmkodama@gmail.com - Ark:/80372/2596/v12/011

ABSTRACT:

This study seeks to address the Fundamental Constitutional Principles, and how all citizens must know the Magna Carta to know their rights, duties and obligations, so that they can fully exercise citizenship, including the right to participate in the choice of rulers by voting. , for sovereignty and choosing the direction to be followed by the country.

The right to exercise civil, political, socioeconomic rights, participation and contribution to the well-being of the entire community, must be known to all citizens, culminating in the realization of human rights.

Latin American democracy and popular sovereignty denote a construction, with much still deserving to be done so that the law and citizens can fully exercise their rights, with regard to foreign relations and the Constitution.

The task of New Constitutionalism must be to create mechanisms or have new theories regarding normative principles aiming to remedy constitutional gaps, ending normative conflicts, providing support for the interpretation of the specific case.

KEYWORDS: Democracy. Constitutionalism. Electoral Law.

SUMÁRIO: I. Introdução. II. A democracia grega e a contemporânea. III. Os Princípios Constitucionais Fundamentais IV. Democracia e Relações Exteriores. V. Constituição Federal e Relações Exteriores. VI. Princípios que regem as relações internacionais do Brasil. VII. Conceito, características e classificação de Constitucionalismo. VIII. Neoconstitucionalismo e o Novo Constitucionalismo Latino-Americano. IX. Direito Eleitoral. X. Princípios do Direito Eleitoral. XI. Conclusão. XII. Bibliografia.

SUMMARY: I. Introduction. II. Greek and contemporary democracy. III. The Fundamental Constitutional Principles IV. Democracy and Foreign Affairs. V. Federal Constitution and Foreign Affairs. SAW. Principles governing Brazil's international relations. VII. Concept, characteristics and classification of Constitutionalism. VIII. Neoconstitutionalism and New Latin American Constitutionalism. IX. Electoral Law. X. Principles of Electoral Law. XI. Conclusion. XII. Bibliography.

I - INTRODUÇÃO

A sociedade exigia um Estado Democrático de Direito onde os cidadãos teriam a possibilidade de se expressarem, de exercerem os seus direitos, onde teriam seus direitos, deveres e obrigações, resultando em uma sociedade mais justa, solidária e igualitária.

A todas as pessoas são dados direitos ao exercício dos direitos civis, políticos, socioeconômicos, participação e contribuição com a sociedade.

Foram instituídos preceitos que se encontram nos Direitos e Garantias Individuais, sendo elencadas temáticas importantíssimas para o Estado Democrático, como as Organizações do Estado e dos Poderes, a Defesa do Estado e das Instituições Democráticas, a Tributação e do Orçamento, a Ordem Econômica e Financeira, a Política Agrícola e Fundiária e a Reforma Agrária, o Sistema Financeiro Nacional, a Ordem Social, as Disposições Constitucionais Gerais e as Diversas Emendas Constitucionais.

Preceitos progressistas foram estabelecidos na Constituição de 1988, tais como a igualdade de gêneros, a discriminação e criminalização do racismo, a vedação plena da tortura, e a prevalência dos direitos sociais essenciais aos cidadãos como a saúde, a segurança, a educação e o trabalho.

O princípio da igualdade, sem qualquer forma de discriminação por motivo de sexo, idade, credo, etnia, orientação sexual ou estado civil, e da viabilidade de todos os integrantes da convivência social, objetivando a liberdade e a justiça, resultando na plenitude do exercício da cidadania.

O Artigo 1º, da Constituição Federal dispõe sobre o direito à cidadania, sendo esta como seus fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, da livre iniciativa e o pluralismo político.

O exercício da cidadania deve ser feito diuturnamente, fazendo com que todos tenham direito à moradia, ao voto, ao vestuário, à educação, à saúde e à segurança. Toda a sociedade deve lutar para que esses direitos sejam exercidos por todos.

Nesse breve estudo, iremos trazer algumas questões que são de extrema importância para a toda a sociedade, no que se refente à democracia, a democracia grega e a contemporânea e relações exteriores.

Todas as pessoas têm o direito ao exercício dos direitos civis, políticos, socioeconômicos, participação e contribuição para o bem-estar de toda a coletividade, sendo

que esse direito deve ser exercido continuamente, por todos, para a concretização dos direitos humanos.

O princípio da igualdade constante na Magna Carta deve ser respeitado sem discriminação, tendo como objetivos a liberdade e a justiça.

O Artigo 1º da Lei Maior define democracia como seus fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, da livre iniciativa e o pluralismo político.

Ser cidadão é exercer plenamente a cidadania onde impera o respeito e a participação das decisões da sociedade na melhoria de vida de todas as pessoas, pensando no próximo, nas pessoas desafortunadas, fazendo com que elas tenham direito à moradia, ao voto, ao vestuário, à educação, à saúde e à segurança.

Caso não sejam tomadas providências, os direitos dos cidadãos não serão exercidos de modo pleno.

Este artigo mostrará quanto a democracia e as normas constitucionais vigentes organizam internamente o Estado e a participação da sociedade, com as ações relacionadas às Relações Exteriores, no chamado Novo Constitucionalismo Latino-Americano e o Direito Eleitoral.

É importante verificar que as relações são vistas em virtude de atuações externas do Governo e como atingem os diversos segmentos da sociedade.

Iremos mencionar alguns avanços da democracia e da participação dos cidadãos no exercício da plenitude da cidadania, a partir do Novo Constitucionalismo Latino-Americano no tocante à democracia, a Constituição, as Relações Exteriores e ao Direito Eleitoral.

II - A DEMOCRACIA GREGA E A CONTEMPORÂNEA

A palavra democracia tem a sua origem no grego antigo - *dēmokratía* ou "governo do povo" - que tem a criação a partir de *demos* ou "povo" e (*kratos* ou "poder") no século V a.C. para demonstrar os sistemas políticos existentes nas cidades-Estados gregas.

Democracia trata-se de um regime político onde os cidadãos têm os direitos políticos e participam, de modo igualitário, de forma direta, ou com representantes eleitos, para a criação de Leis, por meio de sufrágio universal.

Muitos textos feitos em Atenas, embasaram a construção do regime democrático, sendo que a ideia daquela época não é a mesma na era contemporânea.

Existia uma sociedade com direitos mais amplos, com o término dos privilégios aristocráticos, resultando em uma diferenciada de governo.

A democracia é o governo que pertence ao povo, onde todos têm o direito de participar da vida política de seu país, com ampliação do direito ao voto.

Todos os menores de 16 (dezesseis) anos e os maiores de 70 (setenta) anos, e os que têm pouca escolaridade, podem exercer o direito à cidadania, escolhendo seus representantes políticos, sem distinção de religião, de cunho político, de etnia, econômica e de orientação sexual.

Para os gregos, para a cultura ateniense, democracia era bastante diferente de hodiernamente, onde se excluía as mulheres, os escravos, os estrangeiros e os menores de 18 (anos) das questões de cunho político.

As mulheres, pela cultura de Atenas, eram tidas como seres inferiores e os escravos eram marginalizados, sendo que, para eles não teriam a compreensão para escolherem os governantes na pólis.

As instituições políticas da cultura ateniense refletiam valores diferenciados que eram anteriores ao nascimento da democracia grega.

O ideal democrático influencia-se pelas diferenças políticas dos intelectuais que defenderam os objetivos do movimento iluminista no século XVIII.

Também devemos levar em conta que o nosso ideal democrático é influenciado pelas discussões políticas dos intelectuais que defenderam os ideais do movimento iluminista, no século XVIII.

Com o passar do tempo, novas ideias, com novas possibilidades, estão marcando a sociedade pela diversidade.

III - OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS

Para que seja assegurado o exercício dos direitos sociais e individuais foram editados pelos legisladores, na elaboração da Magna Carta, os princípios fundamentais, os princípios constitucionais que servem de embasamento para toda a sociedade, tendo por

finalidade assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, o bem-estar, a segurança, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça.

Os princípios fundamentais – a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político - constituem o Estado Democrático e são a base da conduta dos cidadãos na sociedade e constam no Artigo 1º, incisos I a V, da Constituição.

Os fundamentos encontram-se na Lei Maior, sendo consideradas garantias constitucionais, resultando no poder político exercido pela independência e pela supremacia, com a possibilidade do uso da forma legítima e a independência perante à comunidade internacional, culminando na autonomia de atuação, no exercício dos direitos políticos a todos da sociedade com a plenitude do exercício da cidadania, conferindo a todos os cidadãos uma vida digna, com acesso à saúde, à educação, à moradia, à alimentação, ao transporte, dentre outros direitos.

Também se faz necessário atribuir a magnitude do valor social do trabalho, com remuneração digna pelo trabalho exercido, inclusive abrilhantando a todas as mulheres que merecem receber salários em igualdade de condições e com os mesmos direitos.

É importante a existência de vários partidos políticos, com a garantia de liberdade de associação, de livre manifestação, de discussão de diversas maneiras e de temáticas, seguindo os princípios que regem a todos da sociedade, para que se efetive o Estado Democrático de Direito com a participação de toda a sociedade.

Algumas considerações são necessárias no tocante aos fundamentos do Estado Democrático de Direito que se encontram em destaque no Artigo 1º, da Constituição Federal de 1988.

Na soberania, o poder político se caracteriza pela independência e pela supremacia, com independência ante a comunidade internacional, com o reconhecimento interno.

Há diferença entre a soberania e a autonomia, sendo que a soberania se caracteriza pelo poder político independente e superior, e a autonomia é a margem de liberdade que é conferida aos demais entes.

Quando se trata de cidadania, vislumbramos que são concedidos os direitos políticos para a população, com efetivo e pleno direito pela sociedade, sem prejuízo dos demais direitos existentes, resultando na participação democrática.

A todos são concedidos os direitos à alimentação, à saúde, ao transporte, à moradia, à educação, dentre outros direitos, assegurando a todos os cidadãos a dignidade da pessoa humana, nos moldes elencados na Constituição Federal.

Há um reflexo na ordem econômica constante na Lei Maior, quando tratamos do fundamento do valor social do trabalho, sendo que ao trabalhador é garantido o direito de receber remuneração de acordo com o trabalho.

O pluralismo político assegura a existência de vários partidos políticos, garantindo a liberdade de associação, manifestação e discussão de vários modos.

A Teoria da Separação de Poderes, se encontra no Artigo 2º, da Constituição Federal, delimitando os Poderes, as funções de cada um, sendo que cada um dos Poderes tem função predominante típica ou essencial.

A função do Legislativo é de legislar, de produzir as Leis.

O Executivo deve aplicar as Leis, satisfazendo as necessidades e administrando os recursos públicos.

Ao Judiciário cabe a função jurisdicional, onde a aplicação da Lei pelo Estado, a cada caso que é submetido à apreciação do Judiciário.

IV - DEMOCRACIA E RELAÇÕES EXTERIORES

Devemos refletir se a política externa constitui uma política de Estado e de Governo.

É fundamental a tomada de decisões em termos de política externa, pois há vários interesses de inúmeras pessoas e grupos que serão atingidos pela relação internacional com outros países.

O apoio e a união de todos os segmentos da sociedade – dos partidos políticos, da oligarquia - é de suma importância para a implementação de políticas de interesse de toda a coletividade.

A importância de se agregar os grupos internos para que haja um posicionamento, é vital, pois, assim é que se faz política, em sistemas poliárquicos, sendo que o Poder Legislativo e o Poder Executivo influenciam na constituição da política.

Na relação de âmbito internacional vislumbra-se o intercâmbio comercial,

cultural, institucional e financeiro, com a contribuição de avanços tecnológicos que facilitam as comunicações, aumentando as transações comerciais tão importantes, resultando em um campo mais específico de Direito Internacional Público.

Uma das mais modernas tendências do Direito Internacional Público é a democratização, ante a pluralidade de pessoas ou de sujeitos de direito, com o surgimento de pluralidade de ordenamentos jurídicos, convivendo com outras regras embasadas na vontade de personagens principais que não se referem aos Estados.

O conjunto de regras do ordenamento jurídico do Estado interfere nos demais ordenamentos jurídicos difundidos na mesma sociedade e interagindo com os ordenamentos jurídicos mencionados.

Uma das características do sistema internacional atual é a heterogeneidade das formas de governo dos Estados que o congregam, sendo que há um grau de imprevisibilidade acentuado, resultando na adoção de opacidade e o conhecimento especializado no que se refere às relações exteriores.

V - CONSTITUIÇÃO FEDERAL E RELAÇÕES EXTERIORES

Há princípios constitucionais que ditam regras no que se refere às Relações Exteriores, sendo chamados de conformadores, que determinam a importância das políticas do legislador constituinte.

Vislumbramos, assim, os princípios fundamentais, os princípios constitucionais impositivos e os princípios-garantia.

Os princípios políticos constitucionais se expressam como princípios constitucionais fundamentais, precisos em normas-princípio. Distinguem-se dos princípios jurídicos constitucionais, que são informadores da ordem jurídica nacional e constituem princípios derivados dos fundamentais.

Só há a utilidade de uma Lei Constitucional, quando estiver diante de uma situação real existente em um país.

O rol constante no Artigo 4º, da Constituição Federal é uma inovação no sistema que deve reger as relações exteriores no Brasil.

Os princípios contidos na Magna Carta estão presentes na comunidade internacional, também como disciplinadores de direito da ordem jurídica interna.



O Constitucionalismo não é encontrado em alguns países do terceiro mundo e em alguns países da América Latina, sendo que o Novo Constitucionalismo seria uma democracia consensual.

Há questionamentos sobre a relação do Novo Constitucionalismo Latino-Americano e a democracia, onde a soberania popular exerce a legitimação de seu poder por meio de um texto constitucional.

Houve um impacto na política externa de alguns países, ante a redemocratização dos países latino-americanos, resultando em uma cooperação internacional.

VI - PRINCÍPIOS QUE REGEM AS RELAÇÕES INTERNACIONAIS DO BRASIL

No Artigo 4º da Constituição Brasileira estão elencados os princípios que regem as relações internacionais do Brasil com outros entes soberanos e/ou com outros organismos internacionais, a saber:

“Art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações

internacionais pelos seguintes princípios:

I – independência nacional;

II – prevalência dos direitos humanos;

III – autodeterminação dos povos;

IV – não-intervenção;

V – igualdade entre os Estados;

VI – defesa da paz;

VII – solução pacífica dos conflitos;

VIII – repúdio ao terrorismo e ao racismo;

IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;

X – concessão de asilo político.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e

cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.”.

A independência nacional rege-se pelo princípio da soberania nacional e não se submeterá a nenhum outro ordenamento jurídico.

No tocante a prevalência dos direitos humanos, esses direitos estão acima hierarquicamente do que outro bem jurídico.

Na autodeterminação dos povos, resulta no respeito à soberania dos outros países, inexistindo a necessidade de tutela estrangeira.

No que se refere a não-intervenção, há a proibição do Estado em interferir no funcionamento interno do Governo de outro país, sendo a não aceitação de invasão por outros países.

No princípio da igualdade entre os Estados, há a premissa de Direito Internacional Público onde a igualdade, relativa e não absoluta, está associada ao princípio da reciprocidade, diminuindo a distância existente entre os Estados.

Sempre devemos pregar a paz entre as nações, sendo este o princípio de defesa da paz, resultando na solução pacífica dos conflitos, outro princípio que rege as relações internacionais.

Princípios importantíssimos são de repúdio ao terrorismo e ao racismo.

Outro princípio de grande relevância trata-se da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, onde deve existir a integração e o auxílio mútuo entre os países.

Foi criada em 1987 a ABC - Agência Brasileira de Cooperação.

Há o princípio da concessão de asilo político ao estrangeiro que estiver sendo perseguido por questões políticas, de etnia, religiosa ou pelas violações de direitos humanos.

Por derradeiro, houve a criação do Mercosul – Mercado Comum do Sul, em que há a cooperação, a integração econômica, política e cultural dos povos da América Latina, sendo este mais um princípio que rege as relações internacionais do Brasi.

VII - CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E CLASSIFICAÇÃO DE CONSTITUCIONALISMO

O Constitucionalismo valoriza a Constituição, decorrente do movimento político-jurídico-social que resultou no aperfeiçoamento do conceito, do conteúdo de Constituição, sendo detentor do poder nos Estados.

Faz-se necessário tecer considerações sobre o Constitucionalismo antigo e o moderno.

Podemos afirmar que o Constitucionalismo antigo ocorreu entre a antiguidade clássica e o final do século XVIII, destacando-se o Estado hebreu, das Cidades-Estados gregas, romana e inglesa.

No Constitucionalismo hebreu, havia uma preponderância da religião, sendo o poder do governante limitado pelos dogmas da religião.

A participação dos cidadãos no processo político limitava o poder de quem governava. Existia o exercício da democracia.

No tocante ao Constitucionalismo romano, o poder do governante era limitado entre os diferentes órgãos políticos. Estabeleceu-se o governo republicano.

O poder do governante se limitava nos documentos escritos, não considerados os documentos como Constituições, no Constitucionalismo inglês.

Na Inglaterra vigorava a supremacia do Parlamento, sem a possibilidade de controle de constitucionalidade dos atos parlamentares.

O documento limitador, na Idade Média, foi a Constituição de 1215, sendo que, na idade considerada moderna, podem ser destacados os seguintes documentos, *Petition of Rights* (1628); *Habeas Corpus Act* (1679); *Bill of Rights* (1689); *Act of Settlement* (1701).

A necessidade de limitação e controle do poder político foi uma característica comum a todos os movimentos do Constitucionalismo antigo.

No Constitucionalismo moderno havia uma característica dos Estados terem as Constituições escritas.

Surgiram as Constituições formais e escritas e a influência das revoluções liberais.

Há uma divisão entre o Constitucionalismo clássico, também considerado liberal, e social.

No Constitucionalismo clássico surgem as Constituições escritas, consagrando os Direitos Fundamentais.

No Constitucionalismo social há a incorporação dos direitos sociais e leis trabalhistas, nas Constituições dos Estados, o surgimento das garantias institucionais e a separação de poderes.

Surge na América Latina, após a segunda guerra e se fortalece nos anos de 1980, o Constitucionalismo contemporâneo ou o Neoconstitucionalismo, tendo como características as normas, o concreto, os Direitos Fundamentais e o desenvolvimento da interpretação de textos.

A Constituição impõe-se como imperativa e superior.

Há o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, da soberania popular, resultando da premissa de que todo o poder emana do povo.

O detentor do poder é o povo, mas se exercita por meio dos representantes do povo, pelo plebiscito, pela iniciativa popular e pelo referendo.

VIII - NEOCONSTITUCIONALISMO E O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

Procurando avançar nas desigualdades econômicas e sociais, no Novo Constitucionalismo Latino-Americano há o rompimento dos paradigmas do constitucionalismo.

A Constituição é o principal elemento da ordem jurídica dos países do ocidente.

As Constituições, após a 2ª Guerra Mundial, têm o objetivo de assegurar os direitos fundamentais, como o da dignidade da pessoa humana. Surge, assim, o Neoconstitucionalismo como novo modelo do Estado democrático de direito.

Na América Latina surge um movimento denominado *Novo Constitucionalismo Latino-Americano*, onde há um novo significado que possibilite a inclusão de todas as classes sociais do Estado, podendo ser considerado um Estado plurinacional, com conceitos de legitimidade, participação popular e pluralismo.

No Constitucionalismo Latino-Americano, alguns países passaram a reformular o projeto político-democrático analisando a fundamentação, a legitimidade e a normatização da Constituição, devendo expressar a vontade soberana do povo, a identidade, a cultura, os valores e a forma de organização social e política.

Deve existir a participação popular de forma direta, preservando-se as garantias dos Direitos Fundamentais, do controle de constitucionalidade e regras com limitação de poderes políticos, sociais, econômicos e culturais.

No Novo Constitucionalismo Latino-Americano há um novo modelo de organização do Estado e do Direito, com a efetivação e a ampliação dos Direitos Fundamentais.

Em verdade, seria uma democracia participativa, com a participação dos cidadãos em decisões.

As novas Constituições têm legitimidade, pois atendem os anseios sociais e políticos.

São características formais do Novo Constitucionalismo, o conteúdo inovador, extenso número de artigos, linguagem simples e atribuição de poder constituinte ao povo.

No conteúdo inovador há a criação um enlevo social que atenda os anseios das classes sociais.

As novas Constituições Latino-Americanas são extensas e examinadas detalhadamente.

A linguagem simples presente no texto constitucional deve ser compreensível para toda a população.

As características materiais do Novo Constitucionalismo são a participação popular constante, a constitucionalização de novos direitos, a normatividade constitucional e a participação na economia.

Essas características são de fácil compreensão quando verificamos o texto da Constituição dos países latino-americanos, onde o Novo Constitucionalismo surgiu de uma dinâmica constitucional, no reconhecimento de novos direitos, mormente, dos povos originários que tiveram reconhecimento e estão sendo respeitados.

O Novo Constitucionalismo busca a criação de uma relação entre o Governo e a soberania popular, com a pactuação dos poderes constituídos.



A constitucionalização de princípios de relações exteriores tem sido marcante nos textos atuais.

IX - DIREITO ELEITORAL

O Direito Eleitoral está ligado aos princípios da democracia e da soberana do povo, com o exercício pleno dos direitos políticos da participação no Estado e o direito ao voto, onde constam as normas que devem ser cumpridas, dando autenticidade às eleições pela participação e representação popular.

Os conteúdos são regidos por Princípios do Direito Eleitoral, sendo de extrema importância interpretarmos as normas eleitorais, para aplicação do Direito Material e Processual.

X - PRINCÍPIOS DO DIREITO ELEITORAL

Os princípios do Direito eleitoral são:

- 1) a lisura das eleições;
- 2) da autenticidade eleitoral;
- 3) do aproveitamento do voto;
- 4) da celeridade;
- 5) da anualidade ou anterioridade;
- 6) da moralidade eleitoral.

O Princípio do Direito Eleitoral está previsto no Artigo 23 da Lei das Inelegibilidades, a saber:

“O Tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida, atentando para circunstâncias ou fatos,



ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral”.

Conta a eleição com candidatos – homens e mulheres - iguais perante a Lei, isentos de abuso do poder econômico e político, sendo isentos de corrupção e fraudes.

No que se refere ao Princípio da Autenticidade Eleitoral, os procedimentos devem ser pelas garantias de igualdade e de liberdade, com eleições livres, nas esferas Nacional, Estadual e Municipal.

Todos os candidatos e candidatas devem estar em igualdade de condições e de oportunidades, sendo o voto igualitário e secreto, com a apuração realizada corretamente, denotando a plena autenticidade das eleições e do Estado Democrático de Direito.

O Artigo 219, *caput*, do Código Eleitoral assim dispõe:



“Na aplicação da lei eleitoral o juiz atenderá sempre aos fins e resultados a que ela se dirige, abstendo-se de pronunciar nulidades sem demonstração de prejuízo”.

Sempre deve ser preservada a soberania nacional nos casos de análise de nulidade como vícios eleitorais, podendo ser convalidadas, caso a nulidade não seja arguida no momento oportuno, preservando-se a votação.

Sobre o Princípio da Celeridade deve prevalecer a brevidade com que devem ter as decisões da Justiça Eleitoral.

Merece destaque o constante no Artigo 257, parágrafo único, do Código Eleitoral:

“A execução de qualquer acórdão será feita imediatamente, através de comunicação por ofício, telegrama, ou, em casos especiais, a critério do presidente do Tribunal, através de cópia do acórdão”.

A resolução de decisões deve ser rápida, vez que podem ocorrer durante o processo eleitoral.

Por sua vez, o Princípio da Anualidade ou Anterioridade está previsto no Artigo 16, da Constituição de 1988, ora transcrito:

“A Lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até 1 (um) ano da data de sua vigência”.

Em assim sendo, a alteração material do processo eleitoral será publicada um ano antes da data da eleição.

No processo formal, por não atingir a segurança jurídica, não é impedido pelo Princípio da Anualidade ou Anterioridade.

Um dos princípios importantíssimos do Direito Eleitoral é o Princípio da Moralidade Eleitoral que se encontra no parágrafo 9º, do Artigo 14, da Lei Maior, que dispõe o quanto segue:



“Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta”.

Para o Direito Eleitoral, a moralidade o mandato deve ser obtido por intermédios da licitude e da ética.

Um dos princípios basilares do Direito Administrativo se encontra no *caput*, do Artigo 37, da Magna Carta, que assim dispõe:

“A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade,

impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte”.

XI - CONCLUSÃO

Nesse estudo, pudemos tratar dos Princípios Constitucionais Fundamentais, sendo que todos os cidadãos devem conhecer a Magna Carta para saberem os seus direitos, os deveres e as obrigações, para que possam exercer plenamente a cidadania, inclusive o direito à participação na escolha dos governantes pelo voto, pela soberania e escolhendo o rumo a ser seguido pelo país.

O direito ao exercício dos direitos civis, políticos, socioeconômicos, de participação e contribuição para o bem-estar de toda a coletividade, devem ser de conhecimento de todos os cidadãos, culminando na concretização dos direitos humanos.

O princípio da igualdade deve ser respeitado plenamente para se alcançar a cidadania, sem discriminação por motivo de sexo, idade, religião, orientação sexual, etnia ou estado civil, e da viabilidade de todos os integrantes da convivência social, objetivando a liberdade e a justiça.

No Artigo 1º da Constituição Federal está consagrado o direito à cidadania, e define democracia tendo como seus fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, da livre iniciativa e o pluralismo político.

Para a plenitude do exercício da cidadania, deverá existir o respeito e a participação das decisões da sociedade para a melhoria de vida e de toda a coletividade, e deve ser permanente e diário.

A sociedade está se organizando, exercitando a cidadania no Estado Democrático de Direito e a América Latina está se tornando cada dia mais democrática.

O Novo Constitucionalismo Latino-Americano avançou em diversas questões.

Ocorreram mudanças de regime em vários países latino-americanos, transformando a relação externa desses países, com a existência de maior cooperação internacional.

A democracia e a soberania popular latino-americana denotam uma construção, com muito ainda merecendo ser feito para que o direito e os cidadãos possam exercer plenamente os seus direitos, no tocante às relações exteriores e à Constituição.

No Novo Constitucionalismo há as normas constitucionais que se legitimam democraticamente pelo Neoconstitucionalismo, estando vinculado à vontade popular, com o exercício pleno da cidadania, inclusive para alteração de texto constitucional.

Houve alteração no que se refere às relações jurídico-políticas no Novo Constitucionalismo Latino-Americano, dando espaço aos povos originários.

Há grande importância na participação social, no poder originário, na proteção do meio ambiente e nos indígenas, nos povos originários.

A incumbência do Novo Constitucionalismo deve ser de criar mecanismos ou de ter novas teorias no tocante aos princípios normativos visando sanar lacunas constitucionais, cessando conflitos normativos, dando subsídios para que haja a interpretação do caso concreto.

No Novo Constitucionalismo verificamos que ocorreram avanços e progressos, sendo que a América-Latina está caminhando para mudanças significativas na estruturação de poder, mas há um longo caminho a ser percorrido.

XII - BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**, 1ª ed., 2008;

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, Malheiros Editores, 24ª edição, 2009;

BRANDÃO, Pedro Augusto Domingues Miranda. **O novo constitucionalismo pluralista latino-americano**, Lumen Juris, 2015;

BRASIL. **Código Eleitoral** - http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737compilado.htm;

BRASIL. Constituição 1988. **Constituição Federal**, Associação dos Advogados de São Paulo, 2ª ed., 2009;

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7. Ed., Editora Almedina, 2003;

CENEVIVA, Walter, **Direito Constitucional Brasileiro**, 3. ed., Saraiva, 2003;

CHIMENTI, Ricardo Cunha; SANTOS, Maria Ferreira dos; ROSA, Márcio Elias Rosa;

CAPEZ, Fernando, **Curso de Direito Constitucional**, 5ª ed., revista e atualizada, Editora Saraiva, 2008;

COSTA, Daniel Castro Gomes da. **Curso de Direito Processual Eleitoral.**, Fórum, 2018;

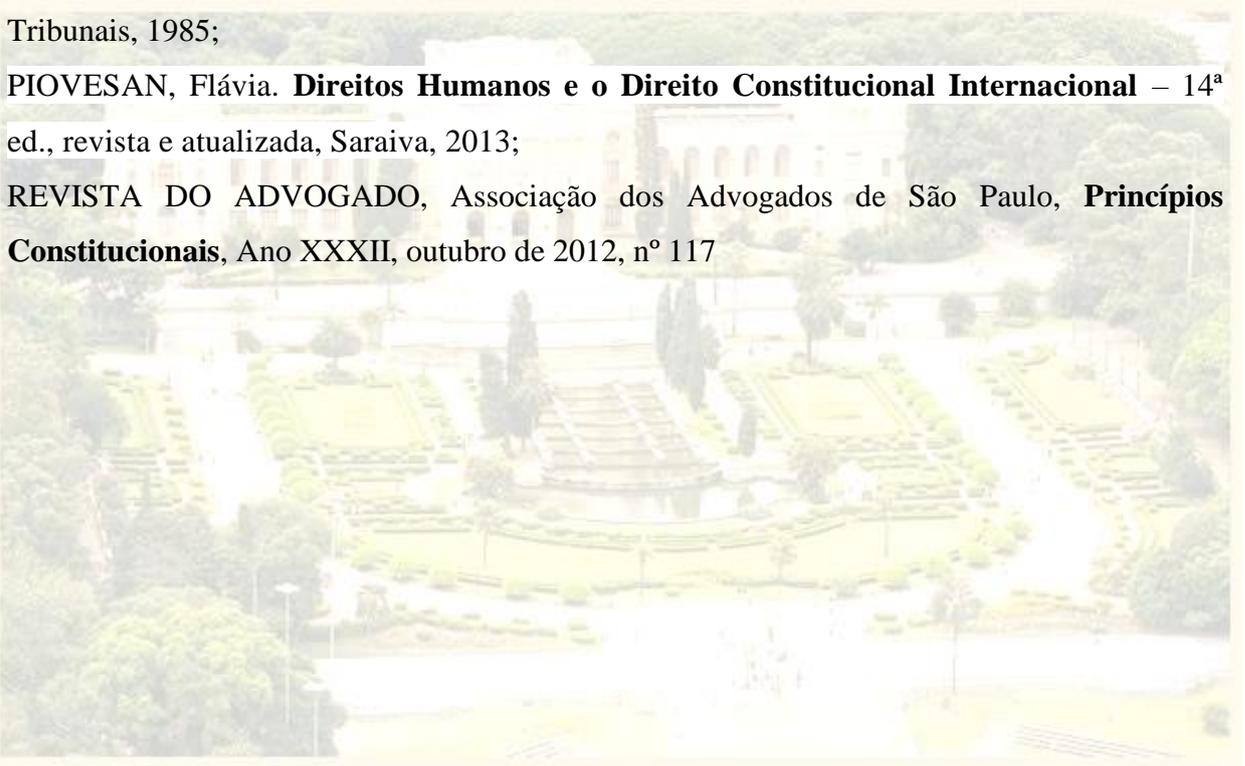
DINIZ, Maria Helena, **Norma Constitucional e seus Efeitos**, Editora Saraiva, 7ª ed., atualizada, 2006;

GRAU, Eros Roberto, **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**, 13ª ed. revista e atualizada, 2008;

MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito Administrativo Brasileiro**, 11. ed., Revista dos Tribunais, 1985;

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional** – 14ª ed., revista e atualizada, Saraiva, 2013;

REVISTA DO ADVOGADO, Associação dos Advogados de São Paulo, **Princípios Constitucionais**, Ano XXXII, outubro de 2012, nº 117



All Rights Reserved © Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito

ISSN da versão impressa: 2236-5796

ISSN da versão digital: 2596-111X

academiapaulistaeditorial@gmail.com/diretoria@apd.org.br

www.apd.org.br



This work is licensed under a [Creative Commons License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)



PANORAMA AO DIREITO DE VOTO DO DETENTO/RECLUSO NUMA PERSPECTIVA LUSO-BRASILEIRA

DESCRIPTION FROM A LUSO-BRAZILIAN PERSPECTIVE OF THE VOTING RIGHTS OF PEOPLE WHO ARE INCARCERATED

Patrícia Pinto Alves¹

Paulo Roberto Meyer Pinheiro²

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7150-0737>

Submissão: 31/07/2023

Aprovação: 10/09/2023

RESUMO:

O objetivo deste artigo é realizar uma análise crítica das Constituições de Portugal e do Brasil, focalizando nos dispositivos ordinários que levam à suspensão e/ou perda dos direitos políticos das pessoas em detenção. Nele, serão apresentadas visões opostas à doutrina majoritária em ambos os países, que aceitam a restrição legal desses direitos em prol do instituto do sufrágio universal.

O estudo buscará questionar as reais dificuldades estruturais, alegadas pelos Tribunais Eleitorais como justificativa para não conceder o direito de voto a presos provisórios e adolescentes maiores de 16 anos. Além disso, demonstrará a ilegalidade da suspensão desse direito para presos condenados com sentenças transitadas em julgado. Também será abordada a temática do voto do preso a partir de uma perspectiva teórica. Por fim, o artigo pretende

¹ Pesquisadora do Centro Internacional de Direitos Humanos de São Paulo (CIDHSP/APD), da Academia Paulista de Direito, vinculado à Cadeira San Tiago Dantas. Professora Adjunta Convidada, no ensino superior, na Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico do Porto - Portugal. Doutora em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Portugal. Investigadora jurídica em centros de investigação jurídica Portugueses e Internacionais. Autora de várias publicações jurídicas. Conferencista. Juiz-árbitra em matéria de Direito Público no CAAD - Centro de Arbitragem Administrativa (suspensa a pedido) e Juiz-árbitra no TRIAVE - Centro de Conflitos de Consumo do Tâmega, Ave e Sousa (suspensa a pedido). E-mail: pmpa@estg.ipp.pt e patriciapintoalves26@gmail.com - **Ark:/80372/2596/v12/012**

² Assessor e Coordenador de Pós-Graduação, bem como Docente de Graduação e Pós-Graduação da Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Doutorando em Direito Público - Desafios sociais, incerteza e direito (2016) pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - FDUC. Mestre em Direito Constitucional Público e Teoria Política (2016) pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Bacharel em Direito (2009) e em Administração de Empresas (2001) pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Participa do grupo de estudo e pesquisa: Ensino e Pesquisa no Direito - GEPEDI (2014) pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. E-mail: paulomyr@gmail.com e paulomeyer@unifor.br - **Ark:/80372/2596/v12/012**

evidenciar que o próprio Estado é responsável pelas dificuldades enfrentadas na reinserção dos ex-detentos no mercado de trabalho, uma vez que o título de eleitor é um documento essencial para a contratação legal de trabalhadores.

A metodologia adotada neste estudo jurídico envolverá a análise da doutrina de Portugal, Brasil e outros países, bem como a jurisprudência pertinente, além de informações online confiáveis sobre o assunto. Será dada devida importância ao Direito Comparado para enriquecer a análise.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia. Direito Eleitoral. Direitos fundamentais. Sistema de Governo.

ABSTRACT:

The purpose of this article is to carry out a critical analysis of the Constitutions of Portugal and Brazil, focusing on the ordinary devices that lead to the suspension and/or loss of political rights of people in detention. In it, opposing views will be presented to the majority doctrine in both countries, which accept the legal restriction of these rights in favor of the institute of universal suffrage.

The study will seek to question the real structural difficulties, alleged by the Electoral Courts as a justification for not granting the right to vote to pre-trial detainees and adolescents over 16 years of age. In addition, it will demonstrate the illegality of suspending this right for prisoners convicted with final judgments. The issue of the prisoner's vote will also be addressed from a theoretical perspective. Finally, the article intends to show that the State itself is responsible for the difficulties faced in the reintegration of former prisoners into the labor market, since the voter registration card is an essential document for the legal hiring of workers.

The methodology adopted in this legal study will involve the analysis of the doctrine of Portugal, Brazil and other countries, as well as the relevant jurisprudence, in addition to reliable online information on the subject. Due importance will be given to Comparative Law to enrich the analysis.

KEYWORDS: Democracy. Election Law. Fundamental rights. Government system.

SUMÁRIO: 1. Nota Prévia; 2. A democracia; 3. O Direito Eleitoral; 4. O direito fundamental ao voto dos reclusos; 5. O sistema de Governo; 6. Breves notas conclusivas; 7. Referências bibliográficas.

SUMMARY: 1. Previous note; 2. The democracy; 3. The Election; 4. The fundamental right to vote of people who are incarcerated; 5. The Government system; 6. Concluding notes; 7. Bibliographic references.

1. NOTA PRÉVIA

Na República Portuguesa, vigora atualmente um regime democrático pleno, dado que há lugar a eleições presidenciais, legislativas, autárquicas e europeias, sendo que o voto é secreto, livre e pessoal. Contudo, releva também a influência do sistema de Governo em Portugal, sendo que atualmente em Portugal vigora o sistema de Governo Semipresidencialista. Propomo-nos no presente texto jurídico a doutrinar acerca do direito eleitoral dos reclusos portugueses enquanto cidadãos que são e na qualidade de direito fundamental, em nosso prisma, de que são suscetíveis, ou seja, a dignidade enquanto pessoas humanas não lhes deve ser vedada, inclusivamente, estando os mesmos abrangidos pelo direito de sufrágio.

Na República Federativa do Brasil, o sistema eleitoral é um sistema misto. As eleições são realizadas a cada dois anos e os cargos em disputa variam a cada eleição. Há sistemas diversos como o sistema proporcional, sistema majoritário e o sistema de coligações. Os eleitores votam usando urnas eletrônicas; seguras e confiáveis. Monitoradas por observadores internacionais e pelas autoridades eleitorais brasileiras para garantir que sejam justas e transparentes. No entanto, o sufrágio ao detento atende somente à duas categorias, que seria àqueles em situação de prisão provisória e os adolescentes internos com medida socioeducativa. Os demais detentos que cumpram pena em estabelecimentos carcerários não podem participar do pleito.

Nunca se deu tanto destaque à democracia como nos dias que correm. Mas, para que haja uma verdadeira democracia, há a necessidade de se respeitarem os direitos fundamentais das / os cidadãs /aos, como é exemplo o direito de voto, que deve ser exercido

de forma livre, secreta e pessoal, assim como os direitos humanos que também devem assistir àquelas / es.

Em Portugal, via de regra, não é pelo facto de uma pessoa ser reclusa que perde o direito de voto, sendo que ao abrigo do disposto no artigo (art.º) 4.º da Constituição da República Portuguesa (doravante designada por CRP), artigo cuja epígrafe é «Cidadania portuguesa», consideram-se cidadãs / ãos portuguesas / es todas / os aquelas / es que como tal sejam havidos pela lei ou então por convenção internacional ⁽³⁾.

É ainda de realçar a relevância do artigo 14.º da CRP ⁽⁴⁾, artigo este cuja epígrafe é «Portugueses no estrangeiro», e de onde advém que “[o]s cidadãos portugueses que se encontrem ou residam no estrangeiro gozam da protecção do Estado para o exercício dos direitos e estão sujeitos aos deveres que não sejam incompatíveis com a ausência do país”, julgando nós da nossa parte que também os reclusos que sejam portugueses e se encontrem presos em país estrangeiro, via de regra, gozam do seu direito de voto aquando da existência de eleições no seu país de origem, havendo legitimamente lugar a discriminação positiva nesta sede também em respeito pelo princípio da igualdade, princípio constitucional normativo este que advém do artigo 13.º da CRP (na íntegra) ⁽⁵⁾, e, do disposto nos n.ºs 1 e 4, respetivamente, do artigo 15.º da CRP ⁽⁶⁾, artigo este cuja epígrafe é «Estrangeiros, apátridas, cidadãos europeus». Neste seguimento, ao abrigo do disposto no n.º 1 do artigo 15.º da CRP, tomamos conhecimento de que “[os] estrangeiros e os apátridas que se encontrem ou residam em Portugal gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres do cidadão português ⁽⁷⁾”, o que da nossa parte entendemos que também estes estrangeiros e apátridas que se se encontram, ou então, que tenham residência em território português e residam em território português também gozam dos mesmos direitos e deveres, inclusive civis e políticos das/os cidadãs/ãos portuguesas/es, tendo assim também acesso ao direito de voto nos mesmos moldes que as/os portuguesas/ es, o que da nossa parte julgamos que também é extensível às pessoas estrangeiras e apátridas que sejam reclusas em Portugal, via de regra ⁽⁸⁾. Note-se que ao abrigo do disposto no n.º 4 do artigo 15.º da CRP, a lei pode conceder a estrangeiros

³Vd, o disposto no artigo 4.º da CRP, pesquisável em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=4&tabela=leis (acesso em: 14.05.2023).

⁴ Vd, o disposto no artigo 14.º da CRP, pesquisável em: (acesso em: 14.05.2023).

⁵ Esta é a nossa posição. Vd, ainda, o disposto no artigo 13.º da CRP, pesquisável em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=4&tabela=leis (acesso em: 14.05.2023).

⁶ Vd, o disposto nos n.ºs 1 e 4, respetivamente, do artigo 15.º da CRP, pesquisável em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=4&tabela=leis (acesso em: 14.05.2023).

⁷ Vd, o disposto no n.º 1 do artigo 15.º da CRP, pesquisável em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=4&tabela=leis (acesso em: 14.05.2023).

⁸ Esta é a nossa posição.

residentes no território português, em condições de reciprocidade, capacidade eleitoral ativa e passiva para a eleição dos titulares de órgãos de autarquias locais ⁽⁹⁾, ou seja, de municípios e de freguesias. É ainda de sublinhar que ao abrigo do disposto no n.º 5 do artigo 15.º da CRP, a lei pode ainda conceder, em condições de reciprocidade, aos cidadãos dos Estados-membros da União Europeia residentes em território português o direito de elegerem e serem eleitos Deputados ao Parlamento Europeu, sendo que, via de regra, julgamos da nossa parte que as pessoas reclusas que se encontrem em território português nessa condição também devem estar habilitadas a votar para as eleições europeias quando haja lugar a estas ⁽¹⁰⁾.

De acordo com o artigo 38 do atual Código Penal Brasileiro ⁽¹¹⁾, é estabelecido que "o preso mantém todos os direitos não afetados pela perda da liberdade, e todas as autoridades devem respeitar sua integridade física e moral." Além disso, o artigo 3º da Lei de Execução Penal – LEP ⁽¹²⁾ também afirma que "ao condenado e ao internado serão garantidos todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei." No entanto, essa garantia entra em conflito com o artigo 15 da Constituição Federal, que veda a cassação dos direitos políticos, exceto nos casos de condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos.

Essa contradição resulta em uma controvérsia normativa que levanta várias questões, mas uma certeza: os presos provisórios não devem ter seus direitos políticos negados, uma vez que ainda não possuem uma condenação definitiva. Ao suspenderem a cidadania ativa dos presos provisórios e privá-los do direito de voto, estados como São Paulo violam o princípio constitucional da presunção de inocência ⁽¹³⁾.

Nas últimas eleições de 2012, o Brasil contava com 140.646.446 eleitores ⁽¹⁴⁾, e apenas 8.871 presos provisórios puderam exercer seu direito de voto em 22 estados. Considerando que havia 191.024 presos provisórios ⁽¹⁵⁾, na época, apenas 4,6% desse grupo conseguiu plenamente exercer sua cidadania.

Dessa forma, surgem questionamentos relevantes sobre essa contradição normativa que serão abordados neste estudo: 1. O que são os Direitos Políticos? 2. A

⁹ *Vd.*, o disposto no n.º 4 do artigo 15.º da CRP, pesquisável em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=4&tabela=leis (acesso em: 14.05.2023).

¹⁰ Esta é a nossa posição.

¹¹ Decreto-Lei n.º 2.848 de 07 de dezembro de 1940 - Código Penal Brasileiro.

¹² Lei n.º 7.210 de 11 de julho de 1984 - Lei de Execuções Penais (LEP).

¹³ Artigo 5º, LVII da CF/88: "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

¹⁴ Informes do Tribunal Superior Eleitoral – TSE. Disponível em: e Acesso em 26 de setembro de 2013.

¹⁵ Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN. Relatório de junho de 2012. Disponível em: Acesso em 14 de outubro de 2013.

suspensão dos Direitos Políticos é um efeito automático da condenação criminal ou uma pena adicional? 3. Quais são as consequências dessa suspensão em relação às dificuldades enfrentadas na reintegração do egresso no mercado de trabalho?

2. A DEMOCRACIA

Péricles (¹⁶) (Frazão, 2019, e Alves, 2022, p. 319 e nota 739) entrou na vida política como auxiliar de Efiltes (¹⁷) (LA HISTORIA.NET e Alves, 2022, p. 319 e nota 740), chefe dos democratas em Atenas. Com a morte de Efiltes, que foi assassinado em 462 a. C., Péricles conquistou a maioria dos votos do Bulé, ou Conselho de 500 (quinhentos) membros, encarregados de eleger os dez “estrategos” ou generais, para procederem à chefia da cidade grega. Uma vez no poder, Péricles iniciou uma árdua defesa da democracia naquela época. Péricles fez uma série de reformas, tendo ainda reduzido a autoridade do Areópago (que era a Assembleia de Juízes daquela época). Péricles construiu muralhas de proteção da cidade, transformando a cidade de Atenas em uma cidade armada, para assegurar a privilegiada posição geográfica, política e económica da mesma. Dado que a economia de Atenas consistia no comércio pelo porto de Pireu, Péricles manteve alianças com outras cidades, para salvaguardar a expansão da cidade de Atenas (¹⁸) (Alves, 2022, p. 319).

Em alguns dos seus escritos, tal como «*A República*», Platão (¹⁹) (Frazão, 2019) definia a democracia como o estado no qual reina a liberdade e descreve uma sociedade utópica dirigida pelos filósofos, únicos conhecedores da verdadeira realidade, que ocupariam

¹⁶ Péricles viveu entre 490 e 429 a.C., tendo sido um político da cidade de Atenas. *Vd.*, Frazão, Dilva (Biblioteconomista e professora), «Péricles, Político ateniense». In: **Biografia de Péricles**. (Última atualização desta informação em 19.08.2019), informação pesquisável em: <https://www.ebiografia.com/pericles/> (acesso em: 25.08.2021). *Vd.*, Patrícia PINTO ALVES, **Direito Constitucional, Ensinaamentos**. (Lisboa, 2022), *Quid Juris*, p. 319 e ss e elenco bibliográfico lá citado, e nota 739.

¹⁷ Efiltes viveu em Atenas entre 495 e c. 457 a.C., tendo sido um político Ateniense. Efiltes foi membro do partido democrático, tendo-se esforçado para liberar a cidade de Atenas do domínio aristocrático, juntamente com Péricles. Reformada a Constituição, o poder judicial passou para a Assembleia Popular e para o Conselho dos Quinhentos. *Cfr.*, e para mais desenvolvimentos, *vd.*, LA HISTORIA.NET, «Biografia de Efiltes». In: **La Historia**, informação pesquisável em: <https://lahistoria.net/biografia/efialtes> (acesso em: 25.08.2021). A tradução da língua espanhola para a língua portuguesa é nossa. *Vd.*, Alves, Patrícia Pinto, **Direito Constitucional, Ensinaamentos**. *cit.*, (2022), p. 319 e ss e elenco bibliográfico lá citado, e nota 740.

¹⁸ Acerca da democracia, vamos seguir aqui bem de perto, o nosso, Alves, Patrícia Pinto, **Direito Constitucional, Ensinaamentos**. *cit.*, (2022), p. 319 e ss e elenco bibliográfico lá citado.

¹⁹ É de referir que o nascimento de Platão, em Atenas, na Grécia, deu-se provavelmente no ano 427 a.C. Platão, era discípulo do filósofo Sócrates, e viveu entre 427 e 347 a.C., tendo sido um filósofo grego da antiguidade, havido como um dos principais pensadores da história da filosofia. *Vd.*, e para mais desenvolvimentos, Frazão, Dilva, (Biblioteconomista e professora), «Platão, Filósofo grego da antiguidade». In: **Biografia de Platão**. (Última atualização desta informação 13.08.2019), informação pesquisável em: <https://www.ebiografia.com/platao/> (acesso em: 25.08.2021).

o lugar dos monarcas, tiranos e oligarcas. Mas Platão ficou desiludido com a forma como a política era direcionada naquele tempo, essencialmente depois de algumas experiências frustradas no ramo da política ⁽²⁰⁾ (Medeiros, 2013).

Discípulo de Platão e mestre de Alexandre o Grande, Aristóteles ⁽²¹⁾ (Frazão) deixou-nos um importante legado, ou seja, a obra política mais prestigiada na antiguidade clássica e na Idade Média, «*A Política*». Em «*A Política*», o primeiro Tratado conhecido acerca da natureza, funções e divisão do Estado e as várias formas de Governo, Aristóteles defendeu, assim como Platão, o equilíbrio e a moderação na prática do poder, apesar de considerar impraticáveis muitos dos conceitos de Platão. Para Aristóteles, a pólis era o ambiente adequado à desenvoltura das aptidões humanas e, como o homem é (era), por natureza, um animal político, a associação é natural, não sendo por esse motivo convencional. Na procura do bem, o homem forma(va) a comunidade, que se organiza(va) pela distribuição das tarefas especializadas. Aristóteles compreendia que o homem nascia para viver em sociedade e por tal razão não poderia isentar-se da sociedade. Aristóteles buscou demonstrar que apenas na cidade-Estado o homem seria capaz de desenvolver todas as suas capacidades. A pólis seria, então, a cidade que torna(va) possível a felicidade obtida pela vida criativa da razão [a denominada («*bios theoretikos*»)]. À felicidade individual dev(ia)e corresponder o bem comum e, desta feita, uma cidade feliz [(a denominada «*polis eudaimon*»)] ⁽²²⁾ (Medeiros, 2013).

Acerca da «democracia directa», é de referir que a democracia Ateniense desenrolou-se de 508 a. C a 322 a. C., tendo a democracia direta funcionado, e funcionaria, apenas em unidades políticas de pequena dimensão territorial. Sustentada pelo princípio da soberania popular, os cidadãos eram uma pequena minoria da população da cidade. A soberania era praticada de acordo com a regra da maioria e do braço levantado na tomada de

²⁰ *Vd*, e para maiores desenvolvimentos, Medeiros, Alexsandro M., «História da Democracia». In: **Sabedoria Política | Um site dedicado ao estudo da política**, 2013, e elenco bibliográfico lá citado, pesquisável em: <https://www.sabedoriapolitica.com.br/products/historia-da-democracia/> (acesso em: 25.08.2021). A tradução da obra de Platão pertence a Alexsandro M. Medeiros. Os itálicos utilizados no corpo do texto pertencem a este autor. As aspas são nossas.

²¹ É de referir que Aristóteles viveu entre 384 e 322 a.C., tendo sido um importante filósofo grego, um dos pensadores com maior intervenção na cultura ocidental. Cfr., e para mais desenvolvimentos, Frazão, Dilva, (Biblioteconomista e professora), «Aristóteles, Filósofo grego». In: **Biografia de Aristóteles**. Informação pesquisável em: <https://www.ebiografia.com/aristoteles/> (acesso em: 25.08.2021).

²² *Vd*, e para maiores desenvolvimentos, Medeiros, Alexsandro M., «História da Democracia». In: **Sabedoria Política | Um site dedicado ao estudo da política**, 2013, e elenco bibliográfico lá citado, pesquisável em: <https://www.sabedoriapolitica.com.br/products/historia-da-democracia/> (acesso em: 25.08.2021). A tradução da obra de Aristóteles para a língua portuguesa pertence a Alexsandro M. Medeiros. Os itálicos utilizados no corpo do texto pertencem a este autor. Os parêntesis interinos utilizados no corpo do texto também pertencem a este autor. As aspas são nossas.

decisões e através de ilimitado poder do legislador. Pelo menos na cidade de Atenas a democracia direta constatou-se com o poder concentrado e ilimitado do corpo cívico ⁽²³⁾ (Cardia, 1998, pp. 309-316, p. 310).

A democratização do Estado vai além do campo político, transcendendo a mera representação formal e buscando refletir as vontades dos cidadãos por meio de suas ações. Essa é a principal missão dos Estados Democráticos contemporâneos. Na América Latina, essa ideia ganha ainda mais relevância devido à estratificação de classes gerada pelo avanço do capitalismo, no qual os desprovidos de propriedade e poder econômico, formando a maioria, têm um interesse particular na implementação de um governo igualitário que promova políticas justas ⁽²⁴⁾ (Comparato, 2010).

No Estado Democrático de Direito, a participação do povo com base na concretização de seus interesses é fundamental para a construção de uma democracia genuína ⁽²⁵⁾ (Guerra Filho, 1997). Em outras palavras, a mera representação política não é suficiente para proclamar um governo como democrático; outros valores devem ser levados em consideração, e a responsabilidade do Estado abrange todas as suas funções.

Em Portugal, desde o 25 de abril de 1974 que se fala em democracia, mas a Constituição da República Portuguesa foi aprovada e decretada pela Assembleia Constituinte, reunida na sessão plenária de 2 de abril de 1976, conforme dispõe o diploma preambular da Constituição da República Portuguesa.

O artigo 2.º da CRP, que, aliás, tem por epígrafe «Estado de direito democrático» fixa o regime democrático em Portugal, revelando-nos que “a República Portuguesa é um Estado de Direito democrático ⁽²⁶⁾, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de

²³ *Vd.*, e para mais desenvolvimentos, Cardia, Mário Sottomayor, «Cinco Tipos de Democracia Institucional». In: **Revista da Faculdade de Ciências Sociais e Humanas**. (Lisboa: N.º 12, 1998), Edições Colibri, pp. 309-316, em particular a p. 310, pesquisável em: https://run.unl.pt/bitstream/10362/7458/1/RFCSH12_309_316.pdf (acesso em: 25.08.2021).

²⁴ Comparato, Fabio Konder, **Rumo à justiça**. (São Paulo: 2010), Editora Saraiva.

²⁵ Guerra Filho, Willis Santiago, **Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria social sistêmica**. (Porto Alegre: 1997), Livraria do Advogado.

²⁶ Numa perspetiva comparatística acerca da democracia, *vd.*, Attié Jr., Alfredo, **Towards International Law of Democracy: A Comparative Study**. 2022, Tirant Brasil.

poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa”. Daqui, pensamos nós, podemos inferir também que os cidadãos portugueses, embora se rejam por regras legais, são livres, e, como tal, vivem em plena democracia, até porque sem Povo não há democracia. A democracia é feita pelo Povo, ou pelo menos deve(ria)á ser ⁽²⁷⁾ (Alves, 2022, p. 322 e nota 747).

No Brasil, no artigo 14 da mesma Constituição, é expresso o princípio de que dentro da República Federativa do Brasil, "a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com igual valor para todos". No entanto, essa universalidade do sufrágio não é efetivamente alcançada na prática, pois prevalece a ocorrência discriminatória da norma constitucional, uma vez que de forma arbitrária e não fundamentada, cerca de 568 mil cidadãos ⁽²⁸⁾ têm seu direito fundamental cerceado. De acordo com Luiz Alberto David Araújo:

[...] O direito de sufrágio não é simplesmente um direito individual, pois seu conteúdo, que faculta ao cidadão a participação na vida política do Estado, torna-o um verdadeiro instrumento do regime democrático, que, em princípio, só pode ser concretizado pela manifestação dos cidadãos na vida do Estado. Por isso, o sufrágio constitui simultaneamente um direito e um dever ⁽²⁹⁾ (Araújo, 2006, p. 239).

Conforme exposto por Alexandre de Moraes ⁽³⁰⁾ (Moraes, 2003, Note 09, p. 232), os direitos políticos são classificados como ativos e passivos. A capacidade eleitoral ativa refere-se ao direito de votar, à elegibilidade. A capacidade eleitoral passiva, por outro

²⁷ Alves, Patrícia Pinto, **Direito Constitucional, Ensinaamentos**. cit., (2022), p. 322 e nota 747. Esta é a nossa posição.

²⁸ Informes do Tribunal Superior Eleitoral – TSE. Op. cit. Note 06.

²⁹ Araújo, Luiz Alberto David, **Curso de Direito Constitucional**. (10ª Ed. São Paulo: 2006), Editora Saraiva, p. 239.

³⁰ Moraes, Alexandre de, **Direito Constitucional**. (São Paulo: 23ª ed., 2003), Editora Atlas, Note 09, p.232.

lado, diz respeito ao direito de ser votado, à elegibilidade. As restrições a essas capacidades são determinadas por previsões constitucionais. As restrições correspondem, respectivamente, à inelegibilidade e à perda e suspensão desses direitos, estabelecidas no artigo 14 e 15 da Constituição.

Tais restrições variam entre inelegibilidade absoluta ou relativa. Enquanto a primeira está relacionada às características da pessoa que pretende se candidatar - sendo uma exceção em nosso sistema jurídico; a segunda diz respeito às exigências impostas para assumir um determinado cargo eletivo. É sabido que apenas os analfabetos são absolutamente inelegíveis, mantendo ainda sua capacidade eleitoral ativa, pois continuam sendo eleitores ⁽³¹⁾ (Moraes, 2003, Note 09, p. 234). Já no caso dos presos, eles não possuem capacidade eleitoral passiva, não por suas características pessoais, mas devido à sua inelegibilidade relativa devido à restrição de sua liberdade.

3. O DIREITO ELEITORAL

De acordo com Jorge Miranda, “[o] recenseamento pressupõe os procedimentos administrativos concernentes às inscrições (artigos 34.º e segs. da Lei n.º 13/99, de 22 de março ⁽³²⁾) e às alterações, transferências e eliminações de inscrições (artigos 46.º e segs.).

Estes procedimentos assentam – para além dos grandes princípios dos artigos 266.º, 267.º e 268.º da Constituição – em dois princípios complementares e interdependentes, o da oficiosidade e o da obrigatoriedade (artigo 113.º, n.º 2) – oficiosidade quanto às entidades públicas,

³¹ “Com a Emenda Constitucional n.º 25, de 15 de maio de 1985, os analfabetos passaram a ter acesso, embora limitado, à cidadania. Puderam alistar-se como eleitores (...), passaram a exercer o direito de sufrágio, através do voto.” In: Moraes, Alexandre de. Op. cit. Note 09, p. 234.

³² A Lei n.º 13/99, de 22 de março, com as suas sucessivas alterações, «[e]stabelece o novo regime jurídico do recenseamento eleitoral», pesquisável em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2545&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo= (acesso em: 15.05.2023).

obrigatoriedade para os cidadãos eleitores ⁽³³⁾ (Miranda, pp. 54-72, p. 59)''.

Posto isto, e seguindo as sábias explicações de Jorge Miranda “[a] oficiosidade significa que, independentemente da iniciativa dos eleitores, compete às entidades e aos serviços do Estado e das autarquias locais proceder à sua inscrição no recenseamento e manter este permanente e atual (artigos 3.º, n.º 2, 10.º, n.º 1, 34.º, n.º 3, e 50.º da Lei n.º 13/99).

A obrigatoriedade significa que os cidadãos eleitores têm o dever de promover a sua inscrição, bem como de verificar se estão inscritos, e, em caso de erro ou omissão, requerer a respetiva retificação (artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 13/99). Ela só não se verifica relativamente aos cidadãos eleitores residentes fora do território nacional – tendo em conta o artigo 14.º da Constituição – e relativamente aos eleitores estrangeiros residentes em Portugal (artigo 4.º) ⁽³⁴⁾ (Miranda, pp. 54-72, p. 59)''.

Os cidadãos têm o dever de colaborar com a administração eleitoral, nas formas contempladas na lei. A conversão dos votos em mandatos terá de se fazer de harmonia com o princípio da representação proporcional. No ato de dissolução de órgãos colegiais baseados no sufrágio direto há a obrigatoriedade de marcação da data das novas eleições, que se realizarão nos sessenta dias seguintes e pela lei eleitoral vigente ao tempo da dissolução, sob pena de inexistência jurídica daquele ato. O julgamento da regularidade e da validade dos atos de processo eleitoral é da competência dos tribunais ⁽³⁵⁾ (Alves, 2022, p. 302).

A Constituição Federal de 1988, como base do sistema jurídico brasileiro, incorpora em seu texto as principais normas que sustentam o Direito Eleitoral do país: proclama que toda a autoridade emana do povo e que essa autoridade é exercida diretamente ou indiretamente (art. 1º, parágrafo único); trata da questão da nacionalidade, reservando determinados cargos eletivos aos brasileiros natos (art. 12, §3º); regulamenta o exercício do voto e estabelece condições de elegibilidade (art. 14); atribui à União a competência exclusiva

³³ *Vd*, e para maiores desenvolvimentos, Miranda, Jorge, «Os princípios constitucionais gerais do Direito eleitoral português / The general constitutional principles of Portuguese electoral law». In: **Revista Publicum**, (Rio de Janeiro: N.º 2, v. 4, 2018), pp. 54-72, em especial a p. 59, pesquisável em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum> | DOI: 10.12957/publicum.2018.35531 (acesso em: 15.05.2023).

³⁴ *Vd*, e para maiores desenvolvimentos, Miranda, Jorge, «Os princípios constitucionais gerais do Direito eleitoral português / The general constitutional principles of Portuguese electoral law». In: **Revista Publicum**, (Rio de Janeiro: N.º 2, v. 4, 2018), pp. 54-72, em especial a p. 59, pesquisável em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum> | DOI: 10.12957/publicum.2018.35531 (acesso em: 15.05.2023).

³⁵ *Vd*, e para maiores desenvolvimentos, Alves, Patrícia Pinto, **Direito Constitucional, Ensinaamentos**. cit., (2022), p. 302 e ss e elenco bibliográfico lá citado. *Vd*, o disposto nos n.ºs 4, 5, 6 e 7, respetivamente, do artigo 113.º da CRP, pesquisável em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=4A0113&nid=4&tabela=leis&pagina=1&fic_ha=1&so_miolo=&nversao=#artigo (acesso em: 28.07.2023).

para legislar sobre direito eleitoral (art. 22, inciso), com limitações temporais à aplicação de normas que modifiquem o processo eleitoral (art. 16); estipula normas gerais sobre a criação e funcionamento de partidos políticos (art. 17); fixa datas para a realização dos pleitos (arts. 28, 29, inciso II, e 77); e estabelece sistemas eleitorais (arts. 45 e 46).

Apesar de sua amplitude, os dispositivos constitucionais referentes às eleições não são suficientes para abarcar todas as regras necessárias para organizar o processo democrático de escolha de representantes.

Portanto, o Direito Eleitoral Brasileiro também é regulado pelo Código Eleitoral, Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, que, de acordo com seu artigo 1º, "contém normas destinadas a garantir a organização e o exercício de direitos políticos, principalmente o direito de votar e ser votado". Trata-se de uma norma extensa, com 383 artigos, e foi modificada 42 vezes ao longo de seus 55 anos de existência.

No entanto, parece que ainda são necessárias mais normas: a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990 (Lei das Inelegibilidades); a Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995 (Lei dos Partidos Políticos); e a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições) complementam a "espinha dorsal" do Direito Eleitoral Brasileiro (que ainda possui outras leis).

Para concluir, somando-se à Constituição Federal, ao Código Eleitoral, às Leis Complementares e às Leis Ordinárias ⁽³⁶⁾, temos milhares (sim, milhares) de Resoluções editadas pelo Tribunal Superior Eleitoral com o objetivo de regulamentar a legislação eleitoral.

Nesse panorama da legislação eleitoral, podem ser identificados desafios relacionados à Legística Formal e à Legística Material, os quais serão analisados separadamente.

4. O DIREITO FUNDAMENTAL AO VOTO DOS RECLUSOS

De acordo com José Joaquim Gomes Canotilho, em Portugal

“(...) os princípios fundamentais relativos ao sistema eleitoral não foram deixados à liberdade de conformação

³⁶ Embora o Código Eleitoral seja uma Lei Ordinária, sua relevância justifica que seja enumerado de forma destacada.

*do legislador. Eles são direito constitucional formal. Isto significa que nas relações entre o sistema eleitoral e os elementos constitutivos do princípio democrático – designadamente o princípio da igualdade – se estabeleceu uma prevalência e uma reserva de constituição. Assim, o conteúdo da igualdade eleitoral não ficou dependente do sistema eleitoral, ou seja, o **princípio da igualdade eleitoral** não é uma função do sistema eleitoral a regular pelo legislador. Pelo contrário: o princípio da igualdade, juntamente com outros princípios constitucionais, possui um carácter constitutivo para a definição e conformação de todo o sistema eleitoral. Para além das vinculações materiais que o legislador terá de observar, a Constituição não deixou espaço livre de decisão quanto ao ponto fundamental: a escolha do próprio sistema eleitoral ⁽³⁷⁾ (Canotilho, 2003, p. 309)”.*

Em Portugal, podem exercer o direito de voto antecipado, os cidadãos recenseados que estejam presos “e não privados de direitos políticos”, impedidos de se deslocarem à assembleia de voto no dia da respetiva eleição ⁽³⁸⁾.

O artigo 49.º da CRP ⁽³⁹⁾ consagra o «Direito de sufrágio». Este «Direito de sufrágio» é um direito fundamental dos cidadãos, não vivêssemos, em Portugal, nós num Estado social e democrático de Direito. Agregados a este artigo, devem estar os artigos 108.º da CRP e 109.º da CRP, que por sua vez, nos devem remeter para os artigos 13.º da CRP, 2.º da CRP, 18.º da CRP, e ainda, para o disposto na alínea c), do artigo 9.º da CRP, tendo ainda o devido respeito pelo disposto na alínea b), do artigo 9.º da CRP. Daqui advém, evidentemente o princípio sufragista, o qual julgamos nós se não é o princípio constitucional mais importante de um regime democrático, é um dos mais importantes. Sem voto livre não

³⁷ *Vd.*, e para maiores desenvolvimentos, Canotilho, José Joaquim Gomes, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. (Coimbra: 7.ª Edição (22.ª Reimpressão), setembro de 2003), Almedina, p. 309. Os itálicos e negritos utilizados no corpo do texto estão assim assinalados por este autor nesta sua obra aqui citada.

³⁸ Cfr. «Eleição para os Órgãos das Autarquias Locais | Perguntas/Respostas | Voto antecipado | Eleitores presos». In: **Eleições autárquicas`21**. (26 de Setembro), pesquisável em: <https://www.cne.pt/sites/default/files/dl/al2021-folheto-va-presos-vf.pdf> (acesso em: 25.07.2023).

³⁹ A Constituição da República Portuguesa (CRP) é pesquisável em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=4&tabela=leis (acesso em: 22.07.2023).

pode haver democracia ⁽⁴⁰⁾ (Alves, 2022, p. 325). Desta feita, cumpre enaltecer que ao abrigo do disposto no n.º 1 do artigo 49.º da CRP em vigor, o direito de sufrágio é concedido a todas/os as/os cidadãs/ãos com mais de 18 anos de idade, exceto as incapacidades contempladas na lei ⁽⁴¹⁾, ou seja, menoridade e anomalia psíquica ⁽⁴²⁾.

Ora, de acordo com Jorge Miranda,

“[f]acultatividade é (...) o que se verifica com os cidadãos que completem 17 anos, os quais têm o direito (não o dever) de promover a sua inscrição a título provisório, passando automaticamente a eleitores efectivos ao atingirem os 18 anos (artigo 35.º da Lei n.º 13/99).

A oficiosidade e a obrigatoriedade são cumulativas, não alternativas, visando-se, assim, conseguir a máxima coincidência possível do recenseamento com a concreta composição do colégio eleitoral ⁽⁴³⁾ (Miranda, 2018, pp. 54-72, p. 59)”.

O princípio da dignidade da pessoa humana deve assistir a todas as pessoas ⁽⁴⁴⁾. Desta feita, releva, desde logo, o artigo 1.º da CRP, cuja epígrafe é «República Portuguesa» e que nos expressa que: “Portugal é uma República soberana, baseada na

⁴⁰ Alves, Patrícia Pinto, **Direito Constitucional, Ensinaamentos**. cit., (2022), p. 325.

⁴¹ *Vd*, o disposto no n.º 1 do artigo 49.º da CRP, pesquisável em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=4&tabela=leis (acesso em: 15.05.2023).

⁴² A anotação é nossa.

⁴³ *Vd*, e para maiores desenvolvimentos, Miranda, Jorge, «Os princípios constitucionais gerais do Direito eleitoral português / The general constitutional principles of Portuguese electoral law». In: **Revista Publicum**, (Rio de Janeiro: N.º 2, v. 4, 2018), pp. 54-72, em especial a p. 59, pesquisável em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum> | DOI: 10.12957/publicum.2018.35531 (acesso em: 15.05.2023).

⁴⁴ A anotação é nossa. Acerca do princípio da dignidade da pessoa humana, *vd*, na doutrina, entre outros, Batista, Sílvio de Sá, «Dignidade humana e sistema de direito fundamentais». In: Miraut Martín Laura / Sorela Castillo, Antonio (Directores), **Perspectiva multidisciplinar de los Derechos Humanos en el Contexto Social del Siglo XXI**. (ALFA - Academia Líder en Formación Avanzada, PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE CHIAPAS, 1.ª edición, 2023, Cuernavaca, Estado de Morelos, México, 2023), 466 pp., em específico, as pp. 257-270, e elenco bibliográfico lá citado; *vd*, ainda, o nosso, embora que em moldes adaptativos, Alves, Patrícia Pinto/ Pinheiro, Paulo Roberto Meyer [*et al*], «A Dignidade da Pessoa Humana diante a problemática dos sem-abrigo: como solucionar?». In: **6.º Congresso de Direito da Lusofonia organizado pela UNIFOR (Universidade de Fortaleza) e pela Escola de Direito da Universidade do Minho (EDUM) – UNIFOR** – (Brasil, 2019), 7 pp e elenco bibliográfico lá citado, pesquisável em: <https://www.unifor.br/documents/392178/2741248/Congresso-Internacional-da-Lusofonia-GT4-A+dignidade+da+pessoa+humana+diante+a+problematica.pdf/39822588-7546-302f-d4ef-23c0342e2eb0> (acesso em: 25.07.2023); *vd*, também, relativamente ao ordemanento jurídico francês, Borella, François, – «Le concept de dignité de la personne humaine». In: **Ethique, Droit et Dignité de la Personne**. (Sous la direction de Philippe PEDROT), (mélanges Christian Bolze, 1999), Ed. ECONOMICA.

dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária ⁽⁴⁵⁾”.

Por sua vez, o princípio da igualdade advém do artigo 13.º da CRP, artigo este que tem por epígrafe precisamente «Princípio da igualdade», e de onde advém o princípio constitucional normativo da igualdade, na medida em que advém do disposto nos n.ºs 1 e 2, do artigo 13.º da CRP que: “1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei. 2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual” ⁽⁴⁶⁾, não descurando, todavia, a relevância do artigo 12.º da CRP, e de onde advém o princípio constitucional normativo da universalidade ⁽⁴⁷⁾, sendo de evidenciar que o princípio da constitucionalidade é o que advém do disposto no n.º 3 do artigo 3.º da CRP.

Em Portugal, os reclusos têm direito ao exercício de direitos civis tal como é o caso da participação política, em respeito pelo disposto no n.º 1 do artigo 10.º da CRP, no n.º 1 do artigo 15.º da CRP, no artigo 48.º da CRP ⁽⁴⁸⁾, no artigo 49.º da CRP, e, ainda da alínea

⁴⁵ *Vd.*, o disposto no artigo 1.º da CRP, pesquisável em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=4A0001&nid=4&tabela=leis&pagina=1&fica=1&so_miolo=&nversao=#artigo (acesso em: 28.07.2023).

⁴⁶ *Vd.*, o disposto nos n.ºs 1 e 2, do artigo 13.º da CRP, pesquisável em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=4A0013&nid=4&tabela=leis&pagina=1&fica=1&so_miolo=&nversao=#artigo (acesso em: 28.07.2023).

⁴⁷ O artigo 7.º do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade Português tem por epígrafe «Direitos do recluso». Ora, o disposto na alínea b), do n.º 1, do artigo 7.º do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade Português relata que: “1 - A execução das penas e medidas privativas da liberdade garante ao recluso, nomeadamente, os direitos: (...) b) Ao exercício dos direitos civis, políticos, sociais, económicos e culturais, incluindo o direito de sufrágio, salvo quando aquele for incompatível com o sentido da sentença condenatória ou da decisão de aplicação da medida privativa da liberdade”.

Por sua vez, o disposto no n.º 3, do artigo 7.º do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade Português revela que: “3 - Aos serviços prisionais cabe, em articulação com os competentes serviços públicos das áreas da saúde, educação, formação e emprego e segurança e acção social, assegurar o efectivo exercício dos direitos referidos nos números anteriores, nos termos do presente Código e do Regulamento Geral”. *Vd.*, o disposto na alínea b), do n.º 1, do artigo 7.º do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade Português, e, o disposto no n.º 3, do artigo 7.º, mesmo diploma legal, respetivamente, pesquisável em:

https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=1147A0007&nid=1147&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo (acesso em: 28.07.2023).

⁴⁸ Considerando o disposto nos n.ºs 1 e 2, respetivamente, do artigo 48.º da CRP, artigo este cuja epígrafe é «Participação na vida pública», assumindo a natureza de DLG «de participação política», tomamos conhecimento de que: “1. Todos os cidadãos têm o direito de tomar parte na vida política e na direcção dos assuntos públicos do país, directamente ou por intermédio de representantes livremente eleitos. 2. Todos os cidadãos têm o direito de ser esclarecidos objectivamente sobre actos do Estado e demais entidades públicas e de ser informados pelo Governo e outras autoridades acerca da gestão dos assuntos públicos”. *Vd.*, o disposto nos n.ºs 1 e 2, do artigo 48.º da CRP, pesquisável em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=4A0048&nid=4&tabela=leis&pagina=1&fica=1&so_miolo=&nversao=#artigo (acesso em: 22.07.2023).

b) do n.º 1 e no n.º 3 do artigo 7.º do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade Português⁽⁴⁹⁾, é concedida aos reclusos que, cumpram os requisitos necessários para o reconhecimento legal da capacidade eleitoral respetiva⁽⁵⁰⁾.

No Acórdão n.º 748/93, de 23 de dezembro, Processo n.º 109/93, do Tribunal Constitucional Português (doravante designado por TC)⁽⁵¹⁾, o Tribunal Constitucional Português declarou inconstitucionais, com força obrigatória geral, normas de Direito eleitoral, na parte em que determinavam a incapacidade eleitoral ativa das pessoas definitivamente condenadas em pena de prisão por crime doloso, enquanto não houvessem expiado a sua pena. Neste caso, o Tribunal Constitucional Português assentou a sua decisão na violação da proibição constitucional da perda de quaisquer direitos políticos enquanto efeito necessário da pena (ao abrigo do disposto no n.º 4 do artigo 30.º, da CRP, dado que: “Nenhuma pena envolve como efeito necessário a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos”), não tendo ponderado de modo autónomo o n.º 5 do artigo 30.º da CRP⁽⁵²⁾. Em Portugal, a Lei n.º 115/2009, de 12 de outubro, com as suas sucessivas alterações, é o diploma legal que aprova o denominado Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade Português⁽⁵³⁾.

A CRP faz reserva no seu artigo 30.º para os «Limites das penas e das medidas de segurança», advindo do disposto dos seus n.ºs 4 e 5, respetivamente que nenhuma pena envolve como efeito necessário a perda de quaisquer direitos civis, políticos ou profissionais

⁴⁹ *Vd.*, o disposto na alínea b) do n.º 1 e no n.º 3 do artigo 7.º do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade Português, pesquisável em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=1147A0007&nid=1147&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo (acesso em: 28.07.2023).

⁵⁰ Ferreira, Cristina / Colaço, Luísa / Godinho, Maria João / Amorim, Nuno / Braga Carvalho, Pedro / Rolo, Sandra, «Direitos e Deveres dos Reclusos, Enquadramento Nacional e Internacional». In: **ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA, Divisão de Informação Legislativa Parlamentar, Síntese Informativa N.º 41**, Arranjo e Composição gráfica de Nuno AMORIM, (Julho de 2020), 65 pp., em específico a p. 58, pesquisável em: <https://ficheiros.parlamento.pt/DILP/Publicacoes/Sinteses/41.DireitosDeveresReclusos/41.pdf> (acesso em: 28.07.2023).

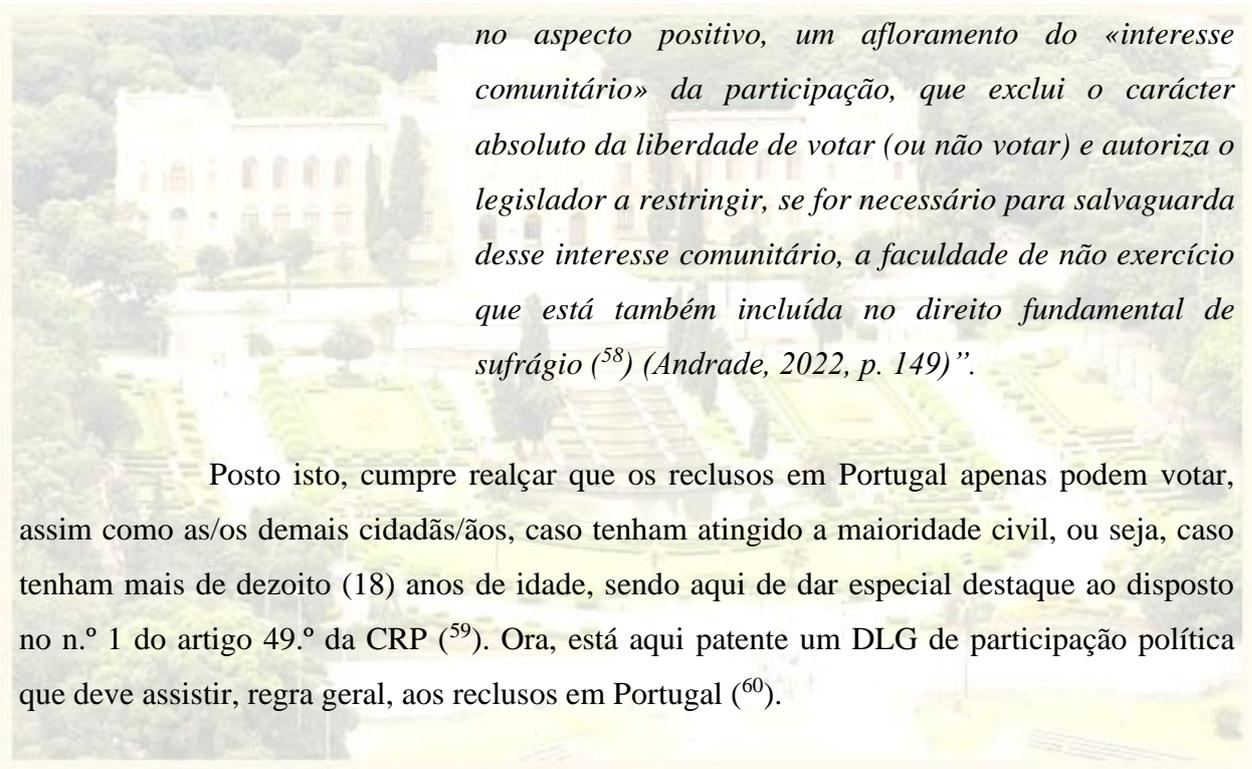
⁵¹ O texto integral do Acórdão n.º 748/93, de 23 de dezembro, Processo n.º 109/93 do TC, assinado por Antero Alves Monteiro Dinis / António Vitorino / Alberto Tavares da Costa / Guilherme da Fonseca / Bravo Serra / Maria da Assunção Esteves / Fernando Alves Correia / Vítor Nunes de Almeida / Armindo Ribeiro Mendes / Luís Nunes de Almeida / Messias Bento / José Manuel Cardoso da Costa, (Lisboa, 23 de Novembro de 1993), publicado em Diário da República n.º 298/1993, Série I-A de 23.12.1993, pp. 7139-7143, pesquisável em: <https://dre.pt/dre/detalhe/acordao/748-1993-541443> (acesso em: 13.05.2023).

⁵² *Vd.*, e para maiores desenvolvimentos, Horta Pinto, Inês, Tribunal Constitucional de Portugal, Gabinete do Presidente, «Cuestionario». In: **Seminário Iberoamericano Sobre “Derechos Fundamentales de las Personas Privadas de Libertad”**, (Guatemala: 28-30 de septiembre), La Antigua, 26 pp., em especial a p. 3 e ss, pesquisável em: https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/content/files/relatorios/relatorio_008_20150930_guatemala-pt.pdf (acesso em: 13.05.2023).

⁵³ Neste sentido, *vd.*, a Lei n.º 115/2009, de 12 de outubro, pesquisável em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1147&tabela=leis (acesso em: 13.05.2023).

(⁵⁴), sendo ainda de evidenciar que os condenados a quem sejam aplicadas pena ou medida de segurança privativas da liberdade mantêm a titularidade dos direitos fundamentais, exceto as limitações inerentes ao sentido da condenação e às exigências próprias da respetiva execução da pena (⁵⁵). Ora, daqui facilmente depreendemos que estamos ao abrigo do disposto nos n.ºs 4 e 5, respetivamente, do artigo 30.º da CRP perante verdadeiros direitos fundamentais (⁵⁶) (Alves, 2022, p. 133) de natureza pessoal, mais precisamente perante verdadeiros Direitos, Liberdades e Garantias (doravante designados por DLG) de natureza pessoal (⁵⁷).

José Carlos Vieira de Andrade defende que,



“[o] reconhecimento constitucional do dever cívico seria, no aspecto positivo, um afloramento do «interesse comunitário» da participação, que exclui o carácter absoluto da liberdade de votar (ou não votar) e autoriza o legislador a restringir, se for necessário para salvaguarda desse interesse comunitário, a faculdade de não exercício que está também incluída no direito fundamental de sufrágio (⁵⁸) (Andrade, 2022, p. 149)”.

Posto isto, cumpre realçar que os reclusos em Portugal apenas podem votar, assim como as/os demais cidadãos/ãos, caso tenham atingido a maioria civil, ou seja, caso tenham mais de dezoito (18) anos de idade, sendo aqui de dar especial destaque ao disposto no n.º 1 do artigo 49.º da CRP (⁵⁹). Ora, está aqui patente um DLG de participação política que deve assistir, regra geral, aos reclusos em Portugal (⁶⁰).

⁵⁴ Vd, o disposto no n.º 4 do artigo 30.º da CRP, pesquisável em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=4A0030&nid=4&tabela=leis&pagina=1&fica=1&so_miolo=&nversao=#artigo (acesso em: 12.05.2023).

⁵⁵ Vd, o disposto no n.º 5 do artigo 30.º da CRP, pesquisável em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=4A0030&nid=4&tabela=leis&pagina=1&fica=1&so_miolo=&nversao=#artigo (acesso em: 12.05.2023).

⁵⁶ Na doutrina portuguesa, vd, entre outros, o nosso, Alves, Patrícia Pinto, **Direito Constitucional, Ensinaamentos**. cit., (2022), p. 133 e ss e elenco bibliográfico lá citado.

⁵⁷ A anotação é nossa.

⁵⁸ Vd, e para maiores desenvolvimentos, Andrade, José Carlos Vieira de, **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. (6.ª Edição (Reimpressão), 2022), Almedina, p. 149 e ss e elenco bibliográfico lá citado. As aspas interinas utilizadas no corpo do texto estão assim colocadas na pelo autor aqui citado, na p. 149 desta obra aqui citada.

⁵⁹ O n.º 1 do artigo 49.º da CRP dispõe que: “1. Têm direito de sufrágio todos os cidadãos maiores de dezoito anos, ressalvadas as incapacidades previstas na lei geral”. Vd, o disposto no n.º 1 do artigo 49.º da CRP, pesquisável em:

Note-se que o artigo 1.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (doravante designada por DUDH) refere que: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade (61)”.

Atualmente, em Portugal, o direito de sufrágio está expressamente contemplado na Lei penitenciária, integrando, desta feita, o Estatuto Jurídico do recluso ao abrigo do disposto na alínea b), do n.º 1, do artigo 7.º do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade Português (62), de onde advém, precisamente, que: “1 - A execução das penas e medidas privativas da liberdade garante ao recluso, nomeadamente, os direitos: (...) b) Ao exercício dos direitos civis, políticos, sociais, económicos e culturais, incluindo o direito de sufrágio, salvo quando aquele for incompatível com o sentido da sentença condenatória ou da decisão de aplicação da medida privativa da liberdade; (...)”. Aqui chegados, cumpre explicitar que os reclusos, em Portugal, têm direitos mas também têm deveres, até porque os direitos dos reclusos advêm do artigo 7.º na íntegra do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade Português, ao passo que os deveres dos reclusos advêm do disposto no artigo 8.º do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade Português. Por sua vez, o artigo 6.º do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade Português, tem por epígrafe «Estatuto jurídico do recluso» contemplando que o recluso mantém a titularidade dos direitos fundamentais que lhe assistam, exceto as limitações inerentes ao sentido da sentença condenatória ou da decisão de aplicação de medida privativa da liberdade e as impostas, nos moldes e limites do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade Português, por razões de segurança e de ordem do estabelecimento prisional (63).

https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=4A0049&nid=4&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo (acesso em: 12.05.2023).

⁶⁰ A anotação é nossa.

⁶¹ *Vd.*, o disposto no artigo 1.º da DUDH, tendo sido a DUDH adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua resolução 217A (III) de 10 de dezembro de 1948, e, encontrando-se publicada no Diário da República, I Série, n.º 57/78, de 9 de março de 1978, através de aviso do Ministério dos Negócios Estrangeiros, pesquisável em: https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/declaracao_universal_dos_direitos_do_home_m.pdf (acesso em: 13.05.2023).

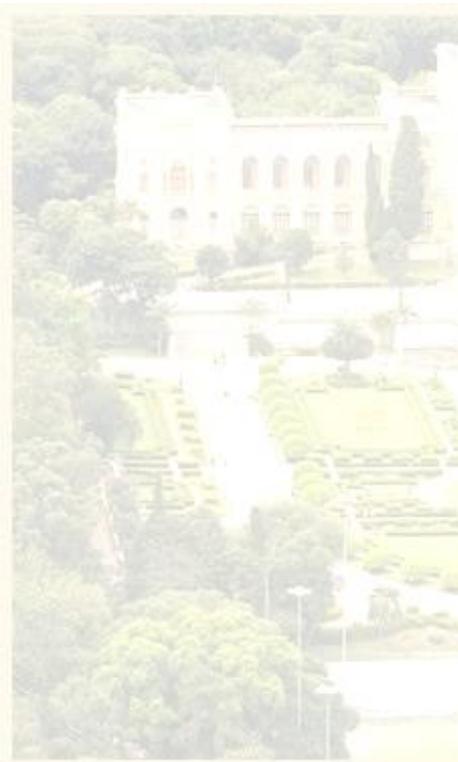
Na doutrina acerca da DUDH e dos direitos humanos, *vd.*, entre outros, o nosso, Alves, Patrícia Pinto, **Direito Constitucional, Ensinaamentos**. cit., (2022), p. 169 e elenco bibliográfico lá citado.

⁶² *Vd.*, o disposto na alínea b), do n.º 1, do artigo 7.º do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade Português, pesquisável em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=1147A0007&nid=1147&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo (acesso em: 28.07.2023).

⁶³ *Vd.*, o disposto no artigo 6.º do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade Português, pesquisável em:

Porém, o disposto no n.º 1 do artigo 27.º da CRP, artigo este cuja epígrafe é «Direito à liberdade e à segurança», revela que: “Todos têm direito à liberdade e à segurança⁽⁶⁴⁾”, mas o n.º 2 do mesmo preceito constitucional esmiúça que “Ninguém pode ser total ou parcialmente privado da liberdade, a não ser em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de acto punido por lei com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança⁽⁶⁵⁾”.

Na doutrina portuguesa, atentemos no facto de que:



“Permite-se o contacto com o mundo exterior e o exercício amplo do direito de voto⁽⁶⁶⁾ (Quaresma, 2017, 19 pp, p. 64)”, explanando ainda em nota de rodapé que: “A propósito do direito de sufrágio, amplamente reconhecido em Portugal, note-se a importante e acesa discussão verificada noutros países a propósito do (não) reconhecimento deste direito fundamental à população reclusa, em desrespeito, aliás, do art.º 3.º do Protocolo n.º 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. No Reino Unido o direito de voto não é reconhecido, tendo em conta a Secção 3, do Representation of the People Act de 1983, e na versão de 1985, tendo por base a noção inserida no Forfeiture Act de 1879 da “morte civil” do cidadão condenado em pena de prisão e vem sendo mantida com base em argumentos como o de que a prisão não poderá ser considerada residência para efeitos de recenseamento ou que os condenados por crimes graves perderam a sua autoridade moral para votar, posição que vem sendo contrariada com base na afirmação de que o

https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=1147A0007&nid=1147&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo (acesso em: 28.07.2023).

⁶⁴ *Vd*, o disposto no n.º 1, do artigo 27.º da CRP, pesquisável em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=4A0027&nid=4&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo (acesso em: 28.07.2023).

⁶⁵ *Vd*, o disposto no n.º 2, do artigo 27.º da CRP, pesquisável em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=4A0027&nid=4&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo (acesso em: 28.07.2023).

⁶⁶ Quaresma, José Manuel Lourenço, «Que (Restrição aos) Direitos Humanos em Ambiente Prisional?». In: **JULGAR**, (N.º 22, 2017), Coimbra Editora, 19 pp, em específico a p. 64.

direito de voto ajudaria a desenvolver o sentimento de responsabilidade social e de pertença à comunidade dos condenados, mas que se mantém, não obstante as decisões proferidas pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, designadamente no processo Hirst v Reino Unido, a Resolução do Comité de Ministros do Conselho da Europa CM/ResDH (2009) 1601 ou do que dispõe o art.º 25.º do Pacto Internacional dos Direitos Políticos e Civis. Importantes restrições ou não acolhimento mantêm-se em Estados-membros do Conselho da Europa, no caso Andorra, Arménia, Bulgária, Estónia, Geórgia, Hungria, Liechtenstein, Rússia e San Marino ⁽⁶⁷⁾ (Quaresma, 2017, pp. 64 e 65, e nota 7)”.

De acordo com informações obtidas *online*, tomamos conhecimento de que relativamente às eleições legislativas ocorridas em 2015, em Portugal, “*ainda são poucos os reclusos portugueses que exercem o seu direito de voto, mas nas últimas legislativas, relativamente às de há quatro anos o número de detidos que votou mais do que duplicou. Para as eleições do passado dia 6, registaram-se para votar 2706, num universo de cerca de 10.800 presos com capacidade para votar (reclusos nacionais com 18 e mais anos). Acabaram por exercer o seu direito 2566 detidos. Ou seja, 23,7% dos detidos aptos para votar, segundo revelou ao PÚBLICO a Direcção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais (DGRSP) ⁽⁶⁸⁾ (Jornal PÚBLICO, 2019)”.*

Todavia, as pessoas não têm apenas direitos fundamentais, pois também têm obrigações, o mesmo significa deveres fundamentais.

Contudo, João Hélio Ferreira Pes explica que a doutrina do Brasil (salvo algumas exceções) considera irrelevante o cariz material dos direitos fundamentais, o que bem reflete a jurisprudência do Brasil, que até há bem pouco tempo entendeu que os direitos

⁶⁷ Acerca da discussão no Reino Unido, *vd.*, www.parliament.uk/briefing-papers/sn01764.pdf acesso em 2014.01.31, *apud* Quaresma, José Manuel Lourenço, «Que (Restrição aos) Direitos Humanos em Ambiente Prisional?». cit., (2017), 19 pp, em específico as pp. 64 e 65, e a nota 7.

⁶⁸ Alvarez, Luciano, «LEGISLATIVAS 2019 | Número de reclusos que votou mais do que duplicou. Nas legislativas de 2015 votaram 1097 reclusos, na eleição do passado dia 6 foram às urnas 2566 detidos». In: **Jornal PÚBLICO**. Notícia datada de 16 de outubro de 2019, 17 horas e 20 minutos, pesquisável em: <https://www.publico.pt/2019/10/16/politica/noticia/numero-reclusos-votou-duplicou-1890252> (acesso em: 26.07.2023).

fundamentais são unicamente aqueles incorporados ao texto Constitucional escrito ⁽⁶⁹⁾ (Pes, 128 pp., p. 23).

Note-se que, no México, e de acordo com Daniel Omar Gutiérrez Ruvalcaba:

“Podemos entender a este tipo derechos [los derechos político electorales], como aquellos derechos fundamentales que tiene todo ciudadano para intervenir en actividades que se encuentren relacionadas con el Estado, en el ejercicio de la función política ⁽⁷⁰⁾ (Ruvalcaba, 2023, 466 pp., p. 246)”. Este mesmo autor explana ainda que: “El derecho al sufragio activo, es un derecho que corresponde a todos los ciudadanos, sin discriminación por religión, sexo, raza o cualquier otra condición personal o social ⁽⁷¹⁾ (Ruvalcaba, 2023, 466 pp., p. 249)”.

Neste prisma, melhor exposto *supra*, concluímos da nossa parte que Portugal além de ter sido pioneiro na abolição da pena de morte, também se demonstra ser um Estado-Nação bastante evoluído no que respeita ao direito de voto dos seus reclusos, não os privando, desta feita, de manifestarem os seus ensejos políticos, respeitando também assim a sua dignidade enquanto pessoas humanas que são, até porque já se encontram a cumprir as suas penas de prisão pelos crimes por si cometidos, não devendo ser penalizados nos seus direitos, liberdades e garantias de natureza política ⁽⁷²⁾.

As atuais normas constitucionais e a postura governamental reforçam a existência de um sufrágio dissimulado no Brasil. Essa teoria ganha força, pois as limitações à

⁶⁹ Pes, João Hélio Ferreira, «A Constitucionalização de Direitos Humanos Elencados em Tratados». In: **«Relatório final apresentado no Curso de Formação Avançada para o Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas, na disciplina Direito Constitucional, sob a regência do Professor Doutor Jorge Miranda, ano letivo 2007/2008»**. (Lisboa: ICJP - Instituto de Ciências Jurídico-Políticas | CIDP – Centro de Investigação de Direito Público, 2009), 128 pp., em especial a p. 23, pesquisável em: <https://icjp.pt/sites/default/files/media/631-947.pdf> (acesso em: 18.05.2023).

⁷⁰ *Vd*, e para maiores desenvolvimentos, Ruvalcaba, Daniel Omar Gutiérrez, «Derecho Humano Al Sufragio Activo Y Pasivo». In: Miraut Martín, Laura / Sorela Castillo, Antonio, (Directores), **Perspectiva multidisciplinar de los Derechos Humanos en el Contexto Social del Siglo XXI**. (ALFA - Academia Líder en Formación Avanzada, PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE CHIAPAS, 1.ª edición, 2023, Cuernavaca, Estado de Morelos, México, 2023), 466 pp., em específico a p. 246 e ss e elenco bibliográfico lá citado.

⁷¹ *Vd*, e para maiores desenvolvimentos, Ruvalcaba, Daniel Omar Gutiérrez, «Derecho Humano Al Sufragio Activo Y Pasivo», cit., (2023), p. 249 e ss e elenco bibliográfico lá citado.

⁷² Esta é a nossa posição. O itálico utilizado no corpo do texto é nosso.

universalidade do sufrágio estão diretamente ligadas ao não cumprimento de requisitos baseados na liberdade do cidadão. De forma contrária, "a restrição implica em um sufrágio concedido em função da presença de certas condições especiais possuídas por alguns nacionais" (73). A democracia representativa é prejudicada toda vez que um detento provisório ou sentenciado é privado do direito de votar. O voto é um direito público subjetivo que se refere às "funções políticas e sociais de soberania popular na democracia representativa" (74). Agora, direcionamos nossa atenção para as violações sofridas pelos detentos provisórios e adolescentes maiores de 16 anos que estão em internação, pois consideramos que esses são os cidadãos que enfrentam as maiores e mais arbitrárias restrições em relação à garantia de seus direitos políticos.

Em 2010, o TSE emitiu a Resolução nº 23.219 (75) que trata da instalação de seções eleitorais especiais em estabelecimentos penais e em unidades de internação de adolescentes, além de regulamentar as medidas necessárias para garantir o exercício do direito de voto dos detentos provisórios. No entanto, informações do Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN (76) mostram que nas eleições de 2010, somente 18.928 (77) presos provisórios votaram. Esse número corresponde a apenas 11,59% da população provisoriamente presa no país naquela época. Essa situação se agravou nas últimas eleições - 2012, quando apenas 8.871 presos provisórios votaram, representando uma redução de 54% no número de eleitores.

A preocupação aumenta consideravelmente quando confrontamos a diminuição da taxa de eleitores com o aumento de 17% na população carcerária de detentos provisórios no país.

Como mencionado anteriormente, o direito de voto é uma prerrogativa fundamental inerente a todos os seres humanos e deveria receber prioridade por parte do Estado. Entretanto, esse direito é obstruído por barreiras criadas pelo próprio sistema estatal, baseadas em estigmas infundados. Rodrigues Wladimir Dias afirma que o sistema de justiça criminal, de certa forma, atua como uma técnica de exclusão política que contradiz o princípio democrático, restringindo a cidadania e marginalizando minorias (78).

73 Moraes, Alexandre de. Op. cit. Note 09, p. 234.

74 Moraes, Alexandre de. Op. cit. Note 09, p. 235.

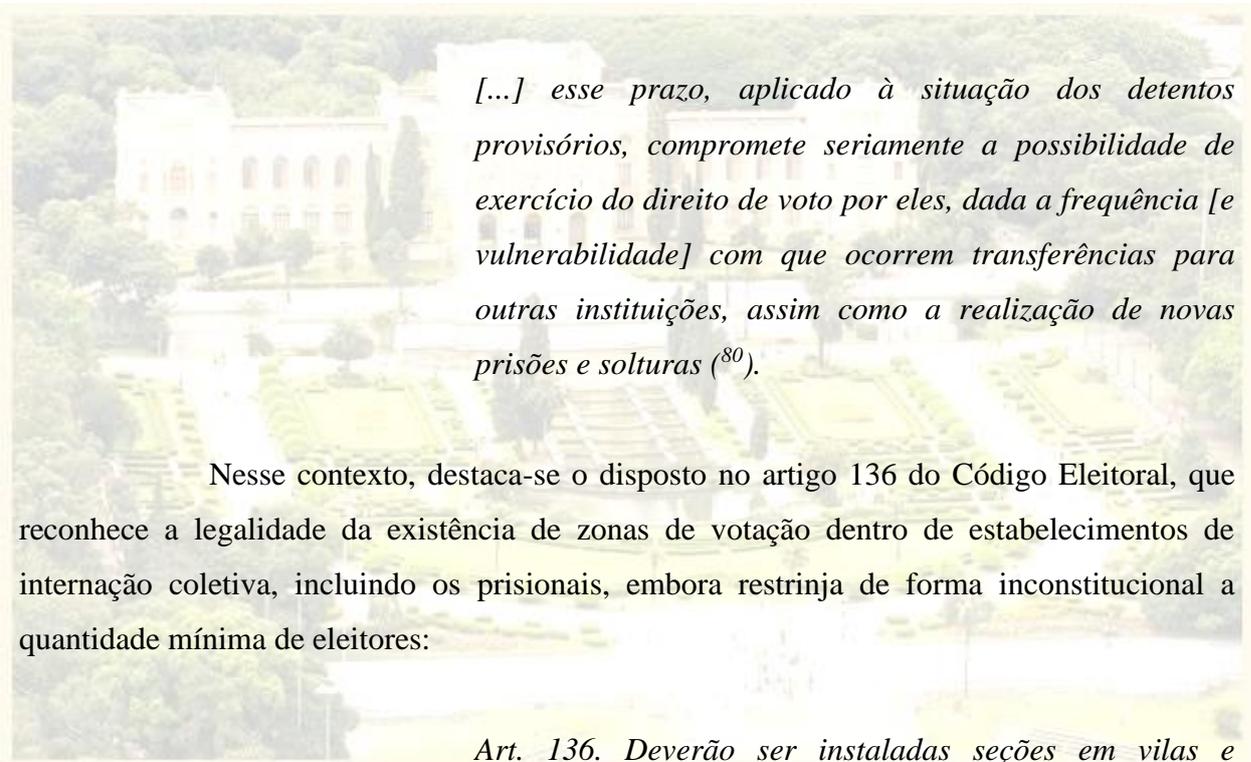
75 Resolução nº 23.219 do TSE. Disponível em: Acesso em 11 de novembro de 2013.

76 DEPEN - **Departamento Penitenciário Nacional. Relatório de junho de 2010.** Disponível em: Acesso em 26 de setembro de 2013.

77 Informes do Tribunal Superior Eleitoral – TSE. Note 06. Disponível em: e Acesso em 26 de setembro de 2013.

78 Dias, Rodrigues Wladimir. Op. cit. Note 21.

Uma das justificativas usadas pelo Estado para negar o direito de voto aos presos provisórios é a questão logística envolvida no processo eleitoral dentro dos estabelecimentos prisionais. No entanto, a importância de um direito fundamental não pode ser limitada por uma mera questão técnico-administrativa. Carlos Eduardo Martins Silva argumenta que essas são dificuldades operacionais alegadas por uma administração pública cada vez mais burocratizada ⁽⁷⁹⁾. No entanto, é responsabilidade do próprio Estado refletir sobre essa questão e encontrar soluções eficazes para instalar seções eleitorais nas prisões e facilitar a transferência do domicílio eleitoral dos detentos, seguindo a regra estabelecida no artigo 91 da Lei 9.504/97, com pelo menos 150 dias de antecedência em relação à data da eleição.



[...] esse prazo, aplicado à situação dos detentos provisórios, compromete seriamente a possibilidade de exercício do direito de voto por eles, dada a frequência [e vulnerabilidade] com que ocorrem transferências para outras instituições, assim como a realização de novas prisões e solturas ⁽⁸⁰⁾.

Nesse contexto, destaca-se o disposto no artigo 136 do Código Eleitoral, que reconhece a legalidade da existência de zonas de votação dentro de estabelecimentos de internação coletiva, incluindo os prisionais, embora restrinja de forma inconstitucional a quantidade mínima de eleitores:

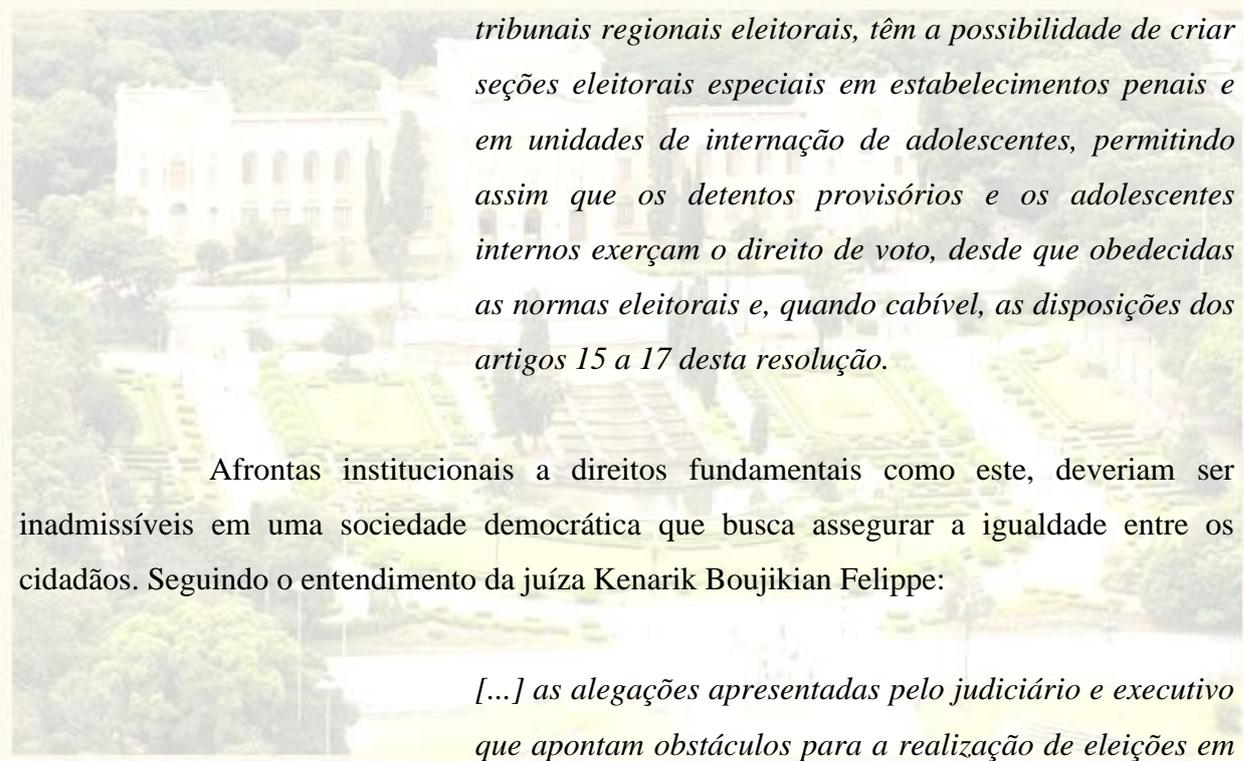
Art. 136. Deverão ser instaladas seções em vilas e povoados, assim como em estabelecimentos de internação coletiva, inclusive para cegos, e em leprosários onde haja, no mínimo, 50 (cinquenta) eleitores.

⁷⁹ Martins Silva, Carlos Eduardo Cunha. **A prerrogativa de sufrágio dos presos como radicalização da vontade democrática.** Disponível em: Acesso em 17 de outubro de 2013.

⁸⁰ De acordo com o entendimento do TSE, são necessários alguns requisitos para que o preso provisório vote. Texto da proposição de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, cumulada com arguição de descumprimento de preceito fundamental e com ação direta de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal. Disponível em: Acesso em: 20 de outubro de 2013.

Nesse sentido, fica evidente que o Tribunal Superior Eleitoral, por meio dos atos normativos periodicamente expedidos para disciplinar cada eleição, não tem determinado à Justiça Eleitoral que adote todas as medidas necessárias para viabilizar o voto do preso provisório, mas apenas reconhecido a possibilidade de que isso seja feito no âmbito dos Tribunais Regionais Eleitorais ⁽⁸¹⁾.

Essa constatação é facilmente comprovada pela leitura do artigo 20 da Resolução nº 23.372, onde o TSE abusa de sua discricionariedade, optando por utilizar o termo "poderão" em vez de "deverão".



Art. 20. Os juízes eleitorais, sob a coordenação dos tribunais regionais eleitorais, têm a possibilidade de criar seções eleitorais especiais em estabelecimentos penais e em unidades de internação de adolescentes, permitindo assim que os detentos provisórios e os adolescentes internos exerçam o direito de voto, desde que obedecidas as normas eleitorais e, quando cabível, as disposições dos artigos 15 a 17 desta resolução.

Afrontas institucionais a direitos fundamentais como este, deveriam ser inadmissíveis em uma sociedade democrática que busca assegurar a igualdade entre os cidadãos. Seguindo o entendimento da juíza Kenarik Boujikian Felipe:

[...] as alegações apresentadas pelo judiciário e executivo que apontam obstáculos para a realização de eleições em presídios não devem ser consideradas, uma vez que não há justificativa para privar todos de votar, sendo inaceitável essa postura do judiciário e executivo, poderes que não estão acima da constituição ⁽⁸²⁾.

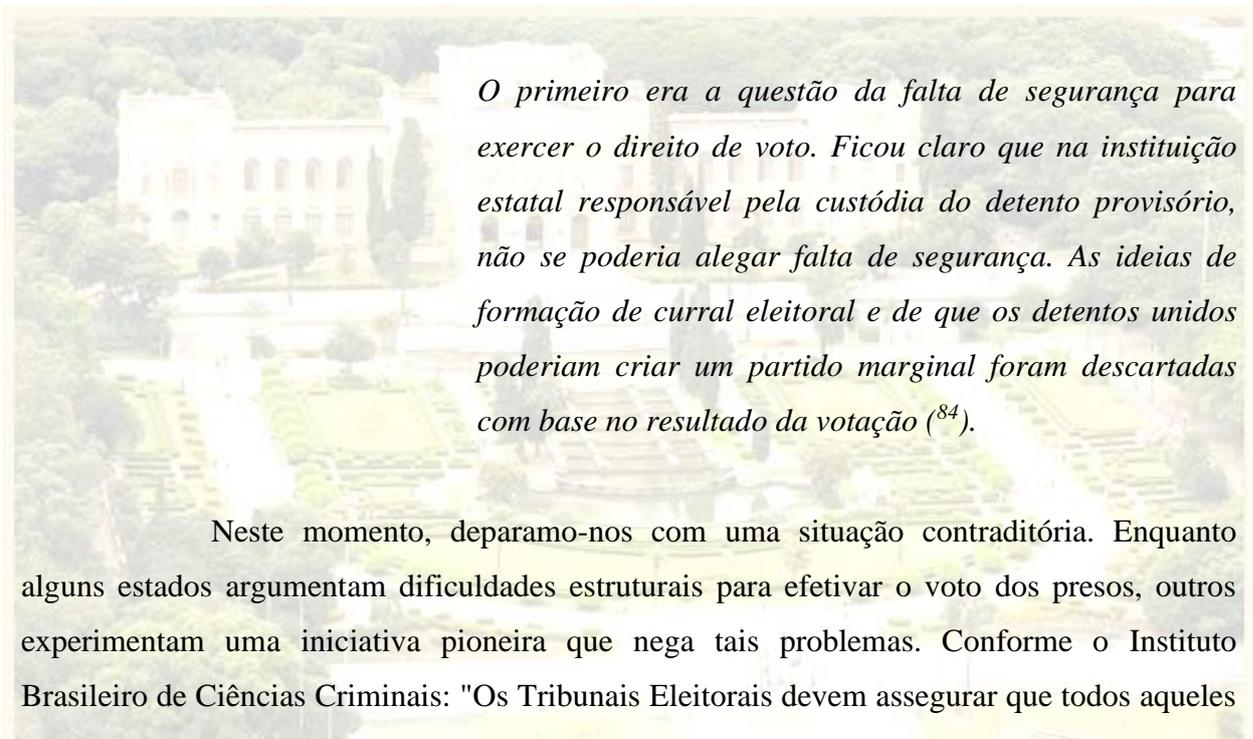
Esse mesmo relatório indica que nos Estados do Acre, Amapá, Amazonas, Ceará, Mato Grosso, Maranhão, Pernambuco, Rio Grande do Norte, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e Sergipe foram instaladas seções eleitorais nas unidades prisionais, contudo,

⁸¹ Dias, Rodrigues Wladimir. Op. cit. Note 30.

⁸² Disponível: <<https://ultimosegundo.ig.com.br/>>. Disponível em: Acesso em 11 de setembro de 2013.

não conseguiram atender a todos os eleitores potenciais, pois as seções foram criadas somente em alguns estabelecimentos, violando claramente o princípio da isonomia.

Entretanto, uma experiência inédita foi observada no município de Nova Iguaçu, no Estado do Rio de Janeiro ⁽⁸³⁾. Os detentos elaboraram e enviaram um abaixo-assinado ao Tribunal Regional Eleitoral reivindicando seu direito de votar. A Corte sensibilizou-se e emitiu a Resolução nº 690/08, estabelecendo um protocolo de cooperação envolvendo a Polícia Civil, a Secretaria de Segurança Pública e o próprio Tribunal, para possibilitar que os detentos de uma determinada delegacia pudessem votar. Zaconne, delegado no Rio de Janeiro e defensor da causa do voto dos presos, declarou que diante dessa iniciativa, muitos mitos foram desmentidos:



O primeiro era a questão da falta de segurança para exercer o direito de voto. Ficou claro que na instituição estatal responsável pela custódia do detento provisório, não se poderia alegar falta de segurança. As ideias de formação de cural eleitoral e de que os detentos unidos poderiam criar um partido marginal foram descartadas com base no resultado da votação ⁽⁸⁴⁾.

Neste momento, deparamo-nos com uma situação contraditória. Enquanto alguns estados argumentam dificuldades estruturais para efetivar o voto dos presos, outros experimentam uma iniciativa pioneira que nega tais problemas. Conforme o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais: "Os Tribunais Eleitorais devem assegurar que todos aqueles que têm o direito e a obrigação de votar possam realizar esse ato crucial para a democracia" ⁽⁸⁵⁾. Fica evidente que o direito de voto dos detentos provisórios, reconhecido pela Constituição, não pode ser concedido de forma arbitrária, conforme avaliações de conveniência e oportunidade da justiça eleitoral.

É importante enfatizar, ainda, que a supressão desse direito agrava a extrema vulnerabilidade já vivenciada por esse grupo social. "A representação, concretizada pelo voto,

⁸³ Governo do Rio de Janeiro. **Informe ASCOM/PCERJ**. Disponível em: Acesso em: 17 de outubro de 2013.

⁸⁴ Damasceno, João Batista e ZACCONE, Orlando. «O Voto do preso no RJ: uma análise do processo eleitoral». In: **Juízes para a Democracia**. (N.º46, junho/novembro, 2008).

⁸⁵ EDITORIAL IBCCRIM. «Obrigatoriedade de voto do preso provisório». In: **Boletim IBCCRim**. (N.º189, agosto, 2008). Disponível em: Acesso em 17 de outubro de 2013.

retira os presos do isolamento social que vai muito além da privação da liberdade" (86). A suspensão dos direitos políticos impossibilita a participação do preso na vida pública, suprimindo, assim, grande parte de sua cidadania. Nesse sentido, o próprio Instituto Brasileiro de Ciências Criminais entende que:

Por meio do voto, os detentos provisórios podem escolher o representante que defenda e reafirme posturas que viabilizem condições dignas de encarceramento, que se comprometa com a inclusão do egresso no mercado de trabalho, com a viabilização de medidas alternativas à prisão (87).

Ainda seguindo a mesma linha de pensamento, destaca-se que:

Quando os presos não votam, deixam de atrair a atenção daqueles que implementam as políticas públicas. A exclusão social e política dos privados de liberdade leva à despersonalização e desumanização, o que é proibido em uma sociedade que tem como ideal o respeito à integridade e à dignidade da pessoa (88).

É evidente que essa é apenas uma maneira de silenciar as vozes dos detentos e ignorar a necessidade de criar políticas públicas que beneficiem essa vasta população e, conseqüentemente, proporcionem condições capazes de garantir seu acesso aos direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição.

⁸⁶ EDITORIAL IBCCRIM. Op. cit. Note 36.

⁸⁷ EDITORIAL IBCCRIM. Op. cit. Note 36.

⁸⁸ EDITORIAL IBCCRIM. Op. cit. Note 36.

5. O SISTEMA DE GOVERNO

O sistema de Governo atual em Portugal consiste no semipresidencialismo ⁽⁸⁹⁾ (Alves, 2022, p. 268). Mas, além de Portugal ser semipresidencialista, outros países há no mundo que, na atualidade, também adotam o semipresidencialismo, como a título de exemplos, em África (Angola, Benin, Burkina Faso, Cabo Verde, Gabão, Gana, Madagáscar, Mali, Namíbia, Nigéria e Togo); nas Américas (República Dominicana, Guiana e Haiti); no Centro e Leste Europeu (Bulgária, Croácia, Macedónia, Polónia, Roménia e Eslovénia); na ex-URSS = ex-União Soviética (Arménia, Azerbaijão, Bielorrússia, Geórgia, Cazaquistão, Quirguistão, Lituânia, Moldávia, Rússia, Ucrânia e Uzbequistão); na Europa de Oeste (Áustria, Finlândia, França, Islândia, Irlanda e Portugal) ⁽⁹⁰⁾ (Elgie, 1999, p. 14).

Marcelo Rebelo de Sousa explica que o sistema de Governo é a forma como se estruturam os órgãos do poder soberano Estadual, abraçando o elenco de tais órgãos, a designação dos seus titulares, as suas atribuições e competências, o seu modo de funcionamento, e muito particularmente a sua inter-relação ⁽⁹¹⁾ (Sousa, 1977, 12 pp., p. 7).

José Joaquim Gomes Canotilho espelha que, via de regra, a discussão da forma de governo unilateralmente centrada na diferenciação funcional de legislativo, executivo e judiciário, quase nada adiantava relativamente aos suportes orgânicos e sociais e era quase omissa relativamente à dinâmica relacional de «*checks and balances*». Atualmente, a articulação dos planos funcional e institucional é corrente no neoinstitucionalismo, mas, na generalidade, o nível sócio estrutural é reduzido a Povo eleitor ou Povo legitimador. Note-se que o Povo é uma «grandeza pluralística», como nos refere José Joaquim Gomes Canotilho, sendo que disto tinham completa noção John Locke ⁽⁹²⁾ (Frazão, 2019) e Montesquieu ⁽⁹³⁾

⁸⁹ *Vd.*, e para maiores desenvolvimentos, o nosso, Alves, Patrícia Pinto, **Direito Constitucional, Ensinos**. cit., (2022), p. 268 e ss e elenco bibliográfico lá citado. Vamos seguir a respeito desta temática, de perto, o nosso, Alves, Patrícia Pinto, **Direito Constitucional, Ensinos**. cit., (2022), p. 268 e ss e elenco bibliográfico lá citado.

⁹⁰ Elgie, Robert, «The Politics of Semi-Presidentialism». In: **ResearchGate**. 22 pp., em específico a p. 14 (Tabela constante da Figura 1.1. lá contida e intitulada «Examples of semi-presidential regimes by region», Article – September 1999), pesquisável em: https://www.researchgate.net/profile/Robert-Elgie/publication/265101267_The_Politics_of_Semi--Presidentialism/links/5448d9240cf22b3c14e33625/The-Politics-of-Semi-Presidentialism.pdf / DOI: 10.1093/0198293860.003.0001 (acesso em: 24.08.2021). A tradução da língua inglesa para a língua portuguesa é nossa.

⁹¹ Sousa, Marcelo Rebelo, «Sistema Semipresidencial: Definição e Perspectivas». In: **IDN – Revista Nação e Defesa**. (N.º 3, Ano III, 1977), Editora: Instituto da Defesa Nacional, 12 pp., p. 7, pesquisável em: https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/3556/1/NeD03_MarceloRebeloSousa.pdf (acesso em: 13.05.2023).

⁹² Nascido em Inglaterra, na aldeia de Somerset, em Wrington, na data de 29 de agosto de 1632 (no século XXVII), John Locke viveu entre 1632 e 1704, tendo sido um filósofo inglês, um dos principais representantes do empirismo, ou seja, da doutrina filosófica que afirmava que o conhecimento era determinado pela experiência,

(Frazão, 2019) ao retalharem esquemas de governo tendo como pano de fundo a sociedade feudal estamental e as estruturas sociais do absolutismo⁽⁹⁴⁾ (Canotilho, 2002, p. 575).

Contudo, como já tivemos oportunidade de explicitar no nosso Manual de Direito Constitucional⁽⁹⁵⁾ (Alves, 2022, p. 268), em Portugal, atualmente, vivemos num Estado de Direito democrático cujo sistema de Governo é semipresidencialista. Contudo, antes de passarmos a uma explicitação mais detalhada acerca do sistema de Governo semipresidencialista português, torna-se necessário referirmos que de entre os sistemas de Governo representativos, podemos, e devemos, diferenciar os sistemas de concentração de poderes ou convencionais e os de separação de poderes (estando contidos nestes últimos os sistemas parlamentares, os sistemas presidencialistas e os sistemas semipresidencialistas)⁽⁹⁶⁾ (Sousa, 1977, p. 8).

O sistema de Governo democrático consiste no facto de que o poder político cabe originariamente a toda a coletividade, ao povo, sendo a sua tipologia mais complexa. O sistema de Governo democrático, relativamente ao desempenho do poder político e aos respetivos órgãos, pode ser direto, semidireto e representativo, podendo estes ainda compreender subtipos, mais especificamente os sistemas de Governo democrático representativo que se subdivide em sistemas de Governo democráticos representativos de concentração de poderes e em sistemas de Governo democráticos representativos de

tanto de origem externa, nas sensações, como na origem interna, a partir das reflexões. *Vd.*, e para mais desenvolvimentos, Frazão, Dilva, (Biblioteconomista e professora), «John Locke, Filósofo inglês». In: **Biografia de John Locke**. (Última atualização da informação datada de 18.12.2019), informação pesquisável em: https://www.ebiografia.com/john_locke/ (acesso em: 24.08.2021).

⁹³ Acerca de Montesquieu releva informar que Charles-Louis de Sécondat, conhecido como Montesquieu, nasceu no castelo de La Brède, próximo de Bordeaux, em França, na data de 18 de janeiro de 1689 (no século XVII). Filho de membros da Nobreza da época, Montesquieu estudou no Colégio Juilly, onde fez consolidados estudos humanísticos. Montesquieu viveu entre 1689 e 1755, tendo sido um filósofo social e escritor francês. Foi o autor de «*Espírito das Leis*», tendo sido, ainda, o grande teórico da doutrina que veio a ser mais tarde a separação dos três poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário. Montesquieu é considerado o genuíno precursor da Sociologia Francesa. Montesquieu tratou-se de um dos grandes nomes do pensamento iluminista, junto com Voltaire, Locke e Rousseau. *Vd.*, e para mais desenvolvimentos, Frazão, Dilva, (Biblioteconomista e professora), «Montesquieu, Filósofo e escritor francês». In: **Biografia de Montesquieu**. (Última atualização da informação datada de 15.04.2019), informação pesquisável em: <https://www.ebiografia.com/montesquieu/> (acesso em: 24.08.2021).

⁹⁴ *Vd.*, e para mais desenvolvimentos, Canotilho, José Joaquim Gomes, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. (Coimbra: 6.ª Edição, julho de 2002), Almedina p. 575. Os itálicos estão assim colocados por este autor nesta sua obra aqui citada. A expressão «grandeza pluralística» é pertença deste autor. As aspas são nossas.

⁹⁵ Alves, Patrícia Pinto, **Direito Constitucional, Ensinaamentos**, cit., (2022), p. 268 e ss e elenco bibliográfico lá citado.

⁹⁶ Sousa, Marcelo Rebelo de, «Sistema Semipresidencial: Definição e Perspectivas». In: **IDN – Revista Nação e Defesa**. (N.º 3, Ano III, 1977), Editora: Instituto da Defesa Nacional 12 pp., p. 8, pesquisável em: https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/3556/1/NeD03_MarceloRebeloSousa.pdf (acesso em: 09.08.2021). Também dentro do sistema de Governo democrático temos o sistema de Governo democrático direto e o sistema de Governo democrático semidireto. *Vd.*, e para mais desenvolvimentos, entre outros, Silva, Maria Manuela Magalhães / Alves, Dora Resende, **Noções de Direito Constitucional e Ciência Política**. (3.ª Edição, 2000), Editora: Rei dos Livros, pp. 274-276 e elenco bibliográfico lá citado, sendo a última versão deste manual a de 2016.

separação de poderes (havendo neste último os sistemas de Governo democráticos representativos de separação de poderes parlamentares, presidenciais e semipresidenciais) ⁽⁹⁷⁾ (Alves, 2022, p. 268).

O sistema de Governo Português insere-se no sistema de separação de poderes, até porque o princípio da separação de poderes está consagrado constitucionalmente. O sistema de Governo Português é semipresidencialista.

Citando John Locke, Armando Albuquerque explana que o poder civil em Locke, não é nada mais do que a derivação do poder natural dos Homens, não se tratando de um poder originário. O Estado, de posse do poder civil, instaura as leis e pune os indivíduos que violam as mesmas, com a única finalidade de preservar os direitos naturais do Homem. O legislativo e o executivo, portanto, são os dois poderes instituídos por Locke. Um terceiro poder que Locke denominará de federativo constitui-se, na realidade, em parte do poder executivo, não sendo nada mais do que “[...] o poder de guerra e de paz, de ligas e alianças, e todas as transações com todas as pessoas e comunidades estranhas à sociedade [...]” (Locke, 1993, p. 336) ⁽⁹⁸⁾.

Como já registou o Professor Maurice Duverger na sua «Presentation» à versão francesa da CRP, cinco países antecederam o Estado Português na adoção de um sistema de Governo semipresidencial, tendo sido estes a Finlândia e a Alemanha em 1919, a Áustria em 1929, a Islândia em 1944 e a França em 1962. Porém, chegou ainda a apontar-se a consagração constitucional do sistema de Governo semipresidencial na Grécia em 1975 ⁽⁹⁹⁾ (Sousa, 1977, 12 pp., p. 10).

Seguindo os ensinamentos de Marcelo Rebelo de Sousa, o sistema de Governo semipresidencial consiste num sistema de Governo democrático representativo de separação de poderes onde se busca equilibrar a componente presidencial com a componente parlamentar. Contudo, as características fundamentais da componente parlamentar consistem no facto de o Governo ser constituído em função dos resultados das eleições parlamentares e

⁹⁷ Acerca dos sistemas de Governo, *vd.*, entre outros, o nosso, Alves, Patrícia Pinto, **Direito Constitucional, Ensinos**. (Lisboa: 2022), Quid Juris, p. 268 e ss e elenco bibliográfico lá citado.

⁹⁸ Locke, John, «The second Treatise of Government». In: **John Locke: Political Writings**. Edited and with an Introduction by David Wootton. (London: 1993), Penguin Books p. 336, *apud* Albuquerque, Armando, «A Teoria Lockeana da Separação de Poderes» / «The Theory of John Locke on the Separation of Powers», 16 pp., pp. 6-7, pesquisável em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4129304d04cff4cb> (acesso em: 22.08.2021).

Mantemo-nos fiéis à citação feita no texto por Armando Albuquerque, na p. 7, desta sua obra aqui citada, assim como ao itálico lá utilizado.

⁹⁹ Sousa, Marcelo Rebelo de, «Sistema Semipresidencial: Definição e Perspectivas». In: **IDN – Revista Nação e Defesa**. (N.º 3, Ano III, 1977), Editora: Instituto da Defesa Nacional, 12 pp., p. 10, pesquisável em: https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/3556/1/NeD03_MarceloRebeloSousa.pdf (acesso em: 24.08.2021).

da subsequente composição da Assembleia Parlamentar, e no facto de a constituição, existência e cessação de funções do Governo depender da confiança parlamentar, espelhada na aprovação ou não rejeição do Programa do Governo, e na aprovação de votos de confiança e rejeição de moções de censura, nos moldes da CRP. Relativamente à componente presidencial, esta abraça habitualmente três características fundamentais, isto é, na componente presidencial o Chefe de Estado é eleito por sufrágio direto e universal, assim como a Assembleia Parlamentar, situação que dá legitimidade à grandiosidade dos seus poderes constitucionais; o Governo responde politicamente perante o Parlamento e perante o Chefe de Estado; e, o Chefe de Estado pode dissolver a Assembleia Parlamentar e tem o direito de veto suspensivo em matéria de exercício da função legislativa da Assembleia Parlamentar ⁽¹⁰⁰⁾ (Sousa, 1977, 12 pp., p. 9).

Apesar dos seus benefícios, o semipresidencialismo também gera problemas. Desta feita, o primeiro problema que o semipresidencialismo gera é a possibilidade de que no Poder Executivo podem coexistir dois elementos de origem partidária distinta, dado que a eleição separada do Presidente da República e do Parlamento permite que o Presidente da República pertença a um partido político diferente daquele a que pertence o Primeiro-Ministro ⁽¹⁰¹⁾.

Relativamente ao segundo problema gerado pelo Semipresidencialismo, citando Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, Barcelona: Editorial Ariel, 1976, p. 118 ⁽¹⁰²⁾ (Loewenstein, 1976, p. 118), Christian Guzmán Napurí aclama que este segundo problema radica no facto de que o semipresidencialismo pretende afugentar risco de uma ditadura parlamentar (designada genericamente Assembleísmo) através de um fortalecimento, por vezes excessivo, dos poderes do Poder Executivo em geral e do Presidente em particular através em especial do uso de determinadas faculdades extraordinárias ⁽¹⁰³⁾ (Loewenstein, 1976, p. 118).

¹⁰⁰ Sousa, Marcelo Rebelo de, «Sistema Semipresidencial: Definição e Perspectivas». In: **IDN – Revista Nação e Defesa**. (N.º 3, Ano III, 1977), Editora: Instituto da Defesa Nacional, 12 pp., p. 9, pesquisável em: https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/3556/1/NeD03_MarceloRebeloSousa.pdf (acesso em: 24.08.2021).

¹⁰¹ *Vd.*, e para mais desenvolvimentos, Napurí, Christian Guzmán, «El Sistema Semipresidencial». In: **Universidad Continental | Blog Escuela de Posgrado.**, e elenco bibliográfico lá citado, pesquisável em: <https://blogposgrado.ucontinental.edu.pe/el-sistema-semipresidencial> (acesso em: 23.08.2021). A tradução da língua espanhola para a língua portuguesa é nossa.

¹⁰² *Vd.*, e para maiores desenvolvimentos, Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*. (Barcelona: 1976), Editorial Ariel, p. 118.

¹⁰³ Loewenstein, Karl, **Teoría de la Constitución**. (Barcelona, 1976), Editorial Ariel, p. 118, *apud* Napurí, Christian Guzmán, «El Sistema Semipresidencial». In: **Universidad Continental | Blog Escuela de Posgrado.**, nota 7, e elenco bibliográfico lá citado, pesquisável em: <https://blogposgrado.ucontinental.edu.pe/el-sistema-semipresidencial> (acesso em: 23.08.2021). A tradução da língua espanhola para a língua portuguesa é nossa.

Por fim, Christian Guzmán Napurí avoca ainda que, há autores, especialmente estrangeiros ⁽¹⁰⁴⁾, que têm assinalado erroneamente que o regime peruano é semipresidencial, baseando-se na existência de diversas instituições provenientes do sistema parlamentar. Sem embargo, o sistema semipresidencial caracteriza-se pela dualidade do Executivo, enquanto que o sistema de Governo do Peru vem sendo um executivo monista, de onde as categorias de Chefe de Estado e de Chefe de Governo coexistem na mesma pessoa ⁽¹⁰⁵⁾.

O Brasil é atualmente, oficialmente, uma República presidencialista. Nem sempre foi assim. Entre 1847 e 1889, quando adotava o sistema de governo monárquico, viveu um "parlamentarismo sem povo"1 marcado pela simples alternância entre liberais e conservadores no período imperial ⁽¹⁰⁶⁾. Posteriormente, na era republicana, adotou brevemente o sistema parlamentarista entre 1961 e 1963, para conter a crise social e política causada pelo receio da ala militar em relação às tendências de esquerda de João Goulart, que assumiu a presidência após a renúncia de Jânio Quadros ⁽¹⁰⁷⁾. Nessa época, aprovou-se a Emenda Constitucional nº 04 de 02 de setembro de 1961 (Ato Adicional nº 04/1961), que estabeleceu o parlamentarismo.

O art. 25 da referida emenda previa a possibilidade de realização, por meio de lei, de um plebiscito para decidir sobre a manutenção do parlamentarismo. O plebiscito foi antecipado e, em 06 de janeiro de 1963, 82,6% dos votos válidos foram contra a continuidade do parlamentarismo. Após uma intensa campanha publicitária, 9,5 milhões de eleitores optaram pelo presidencialismo, enquanto apenas 2 milhões votaram a favor do parlamentarismo ⁽¹⁰⁸⁾. Em conformidade com a vontade popular, em 23 de janeiro de 1963, a Emenda Constitucional nº 06/1963 revogou a EC nº 04/1961 e restaurou o sistema presidencialista.

¹⁰⁴ A título de exemplo, Mainwaring, Scott / Shugart, Carey, (Comp.) – **Presidencialismo y democracia en América Latina**. (Buenos Aires: Paidós, 2002), apud Napurí, Christian Guzmán, «El Sistema Semipresidencial». In: **Universidad Continental | Blog Escuela de Posgrado**, nota 8, e elenco bibliográfico lá citado, pesquisável em: <https://blogposgrado.ucontinental.edu.pe/el-sistema-semipresidencial> (acesso em: 23.08.2021). A tradução da língua espanhola para a língua portuguesa é nossa.

¹⁰⁵ Napurí, Christian Guzmán, «El Sistema Semipresidencial». In: **Universidad Continental | Blog Escuela de Posgrado**, e elenco bibliográfico lá citado, pesquisável em: <https://blogposgrado.ucontinental.edu.pe/el-sistema-semipresidencial> (acesso em: 23.08.2021). A tradução da língua espanhola para a língua portuguesa é nossa.

¹⁰⁶ Horbach, Carlos Bastide, **O parlamentarismo no Império do Brasil (I): origens e funcionamento**. **Revista de informação legislativa**. (Brasília: N.º 172, a. 43, out./dez. 2006), p.10.

¹⁰⁷ Paixão, Cristiano / Barbosa, Leonardo Augusto de Andrade, «Crise Política e Sistemas de Governo: origens da “Solução Parlamentarista” para a Crise Político-Constitucional de 1961». In: **Universitas JUS**, (N.º 3, v. 24, 2013), pp. 47-61.

¹⁰⁸ Westin, Ricardo, «No plebiscito de 1963, Brasil derruba parlamentarismo e devolve poderes a Jango». In: **Jornal do Senado**. (02 Fev. 2018). Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/infograficos/2018/02/no-plebiscito-de-1963-brasil-derruba-parlamentarismo-e-devolve-poderes-a-jango> Acesso em 21 nov. 2020.

Na Assembleia Constituinte de 1987, o parlamentarismo não se concretizou devido ao desagrado do Presidente da República, Ministros e Governadores ⁽¹⁰⁹⁾. O presidencialismo prevaleceu entre os deputados constituintes, acompanhado pela aprovação do art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que estabeleceu o dia 07 de setembro de 1993 para um plebiscito nacional para decidir sobre a manutenção do presidencialismo ou a adoção do parlamentarismo. O mesmo dispositivo também previa a escolha entre República e Monarquia como forma de governo. O plebiscito foi antecipado pela Emenda Constitucional nº 02/1992 e ocorreu em 21 de abril de 1993. O parlamentarismo foi novamente derrotado, quando aproximadamente 37 milhões de brasileiros votaram pelo presidencialismo.

Quase três décadas após a escolha plebiscitária, renasce o debate sobre as vantagens do sistema parlamentarista em relação ao presidencialista. A principal justificativa é que, com exceção dos Estados Unidos da América, "a grande maioria das democracias estáveis do mundo contemporâneo possui sistemas parlamentares, nos quais o Poder Executivo é formado por maiorias legislativas e depende dessas maiorias para se manter" ⁽¹¹⁰⁾. No parlamentarismo, os líderes do Poder Executivo dependem do apoio do Legislativo para sua sobrevivência, enquanto no presidencialismo, o chefe do Executivo sustenta seu mandato pela legitimidade do voto popular por um período determinado ⁽¹¹¹⁾.

A dificuldade de identificação com modelos puros de sistemas de governo levou os teóricos a classificarem o sistema brasileiro durante a segunda metade do século XX como um presidencialismo de coalizão ⁽¹¹²⁾. Nesse sistema, que se estendeu para o século XXI no país, o presidente eleito possui um mandato fixo, mas depende do apoio de coalizões no Legislativo para manter a governabilidade⁵ e evitar processos de impeachment ⁽¹¹³⁾. Entretanto, embora apresente certa semelhança com o parlamentarismo, o presidencialismo de coalizão ainda é um sistema instável⁶, e o impeachment é um movimento de ruptura facilmente manipulável e de alto custo político e social ⁽¹¹⁴⁾.

¹⁰⁹ Silva, José Afonso, «Presidencialismo e parlamentarismo no Brasil». In: **Revista de Ciência Política**. (Rio de Janeiro: N.º 1, v. 33, nov.1989/jan.1990), pp. 9-32.

¹¹⁰ Linz, Juan José, «The Perils of Presidentialism. Journal of Democracy». (N.º 1, v. 1, 1990), pp. 51-69.

¹¹¹ Batista, Mariana, «O Poder no Executivo: explicações no presidencialismo, parlamentarismo e presidencialismo de coalizão». In: **Revista de Sociologia e Política**. (N.º 57, v. 24, mar. 2016), p. 127-155.

¹¹² Abranches, Sérgio Henrique Hudson de, «Presidencialismo de Coalizão: o dilema institucional brasileiro». In: **Dados - Revista de Ciências Sociais**, (Rio de Janeiro: N.º 1, v. 31, 1988), pp. 5-34.

¹¹³ Schier, Paulo Ricardo, «Presidencialismo de coalizão: democracia e governabilidade no Brasil». In: **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**. (Curitiba, N.º 20, v. 20, jul./dez. 2016), p. 253-299.

¹¹⁴ Kasahara, Yuri / Marsteintredet, Leiv, «Presidencialismo em crise ou parlamentarismo por outros meios? Impeachments presidenciais no Brasil e na América Latina». In: **Revista de Ciências Sociais**. (Fortaleza: N.º 1, v.49, mar./jun. 2018), pp. 30-54.

6. BREVES NOTAS CONCLUSIVAS

1. Em Portugal, os reclusos têm direito ao exercício de direitos civis tal como é o caso da participação política, ou seja, via de regra têm direito a votar nas eleições (antecipadamente).
2. Concluimos da nossa parte que Portugal além de ter sido pioneiro na abolição da pena de morte, também se demonstra ser um Estado-Nação bastante evoluído no que respeita ao direito de voto dos seus reclusos, não os privando, desta feita, de manifestarem os seus ensejos políticos, respeitando também assim a sua dignidade enquanto pessoas humanas que são, até porque já se encontram a cumprir as suas penas de prisão pelos crimes por si cometidos, não devendo ser penalizados nos seus direitos, liberdades e garantias de natureza política.
3. O sistema de Governo, atualmente, em vigor em Portugal é o semipresidencial.
4. É ainda de sublinhar que ao abrigo do disposto no n.º 5 do artigo 15.º da CRP, a lei pode ainda conceder, em condições de reciprocidade, aos cidadãos dos Estados-membros da União Europeia residentes em território português o direito de elegerem e serem eleitos Deputados ao Parlamento Europeu, sendo que, via de regra, julgamos da nossa parte que as pessoas reclusas que se encontrem em território português nessa condição também devem estar habilitadas a votar para as eleições europeias quando haja lugar a estas.
5. A garantia do direito ao voto é relevante para considerar aqueles que foram negligenciados pela sociedade. O voto é um instrumento que consagra o princípio da equidade de todos os cidadãos, além de ser uma ferramenta importante para que o preso possa fazer-se ouvido pelo poder público.
6. Para alterar esse cenário, são identificadas algumas possíveis e urgentes medidas. É imprescindível a mobilização tanto das instituições públicas quanto da sociedade civil

em torno de estratégias legislativas e executivas. A Resolução do TSE nº 23.219/2010 é pioneira em suas proposições. Apesar de ter tido pouco impacto, essa resolução representa um grande avanço, pois prevê sanções administrativas para aqueles que não a cumprem. O debate sobre as inconsistências do artigo 15, III da Constituição Federal é urgente, a fim de garantir que os direitos e garantias fundamentais deixem de ser apenas uma utopia.

7. Em relação ao direito de voto dos presos provisórios e dos adolescentes internados, garantido constitucionalmente, é necessário que mobilizações sociais exijam a aplicação de sanções previstas em caso de descumprimento por parte do Estado. Outra questão importante sobre os presos provisórios e adolescentes internados é a necessidade de conscientizar essa população para que, diante da instalação de seções eleitorais especiais, desejem votar. O exercício do direito de voto depende da manifestação prévia da vontade do eleitor e não pode ser imposto coercitivamente. Portanto, cabe aos órgãos envolvidos na questão, bem como à sociedade civil, criar campanhas para conscientizar essa população.
8. Conclui-se que não há espaço para a suspensão de direitos políticos em um Estado Democrático de Direito, cujo pilar fundamental deveria ser a igualdade. Da mesma forma, não é admissível suprimir o direito de votar em uma República Federativa que deveria priorizar a soberania dos Direitos Humanos. Se a suspensão do direito de voto dos presos for mantida, viveremos perpetuamente sob a perspectiva de um sufrágio cuja universalidade é seletiva, discriminatória e capaz de criar divisões entre cidadãos e não-cidadãos.

BIBLIOGRAFIA

Abranches, Sérgio Henrique Hudson de, «Presidencialismo de Coalizão: o dilema institucional brasileiro». In: **Dados - Revista de Ciências Sociais**, (Rio de Janeiro: N.º 1, v. 31, 1988).

Alves, Patrícia Pinto, **Direito Constitucional, Ensinaamentos**. (Lisboa, 2022). Quid Juris.

Alves, Patrícia Pinto / Pinheiro, Paulo Roberto Meyer, [et al], «A Dignidade da Pessoa Humana diante a problemática dos sem-abrigo: como solucionar?». In: **6.º Congresso de**

Direito da Lusofonia organizado pela UNIFOR (Universidade de Fortaleza) e pela Escola de Direito da Universidade do Minho (EDUM) – UNIFOR –, (Brasil, 2019), 7 pp e

elenco bibliográfico lá citado, pesquisável em:

<https://www.unifor.br/documents/392178/2741248/Congresso-Internacional-da-Lusofonia-GT4-A+dignidade+da+pessoa+humana+diant+e+a+problemat+ica.pdf/39822588-7546-302f-d4ef-23c0342e2eb0> (acesso em: 25.07.2023).

Alvarez, Luciano, «LEGISLATIVAS 2019 | Número de reclusos que votou mais do que duplicou. Nas legislativas de 2015 votaram 1097 reclusos, na eleição do passado dia 6 foram às urnas 2566 detidos». In: **Jornal PÚBLICO**. (Notícia datada de 16 de outubro de 2019), 17 horas e 20 minutos, pesquisável em:

<https://www.publico.pt/2019/10/16/politica/noticia/numero-reclusos-votou-duplicou-1890252> (acesso em: 26.07.2023).

Andrade, José Carlos Vieira de, **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. (6.ª Edição (Reimpressão), 2022), Almedina.

Araújo, Luiz Aberto David. **Curso de Direito Constitucional**. (10ª ed. São Paulo: 2006), Editora Saraiva.

Attíe Jr., Alfredo, **Towards International Law of Democracy: A Comparative Study**. (2022), Tirant Brasil.

Batista, Mariana, O Poder no Executivo: explicações no presidencialismo, parlamentarismo e presidencialismo de coalizão. In: **Revista de Sociologia e Política**, (N.º 57, v. 24, mar. 2016), pp. 127-155,

Borella, François, «Le concept de dignité de la personne humaine». In: **Ethique, Droit et Dignité de la Personne**. (Sous la direction de Philippe PEDROT), (mélanges Christian Bolze, 1999), Ed. ECONOMICA.

Canotilho, José Joaquim Gomes, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. (Coimbra: 6.ª Edição, julho de 2002), Almedina.

Canotilho, José Joaquim Gomes, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. (Coimbra: 7.ª Edição (22.ª Reimpressão), setembro de 2003), Almedina.

Cardia, Mário Sottomayor, «Cinco Tipos de Democracia Institucional». In: **Revista da Faculdade de Ciências Sociais e Humanas**. (Lisboa: N.º 12, 1998), Edições Colibri, pp. 309-316, em particular a p. 310, pesquisável em: https://run.unl.pt/bitstream/10362/7458/1/RFCSH12_309_316.pdf (acesso em: 25.08.2021).

Comparato, Fabio Konder. **Rumo à justiça**. (São Paulo: 2010), Editora Saraiva.

Damasceno, João Batista / Zaccone, Orlando, O Voto do preso no RJ: uma análise do processo eleitoral. In: **Juízes para a Democracia**, (N.º 46, junho/novembro, 2008).

Declaração Universal dos Direitos do Homem (Humanos), adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua resolução 217A (III) de 10 de dezembro de 1948, e, encontrando-se publicada no **Diário da República, I Série, n.º 57/78, de 9 de março de 1978**, através de aviso do Ministério dos Negócios Estrangeiros, pesquisável em: https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/declaracao_universal_dos_direitos_do_homem.pdf (acesso em: 13.05.2023).

Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN. **Relatório de junho de 2012**. Disponível em: Acesso em 14 de outubro de 2013.

DEPEN - Departamento Penitenciário Nacional. **Relatório de junho de 2010**. Disponível em: Acesso em 26 de setembro de 2013.

EDITORIAL IBCCRIM. Obrigatoriedade de voto do preso provisório. In: **Boletim IBCCRim**. (N.º 189, agosto, 2008). Disponível em: Acesso em 17 de outubro de 2013.

«Eleição para os Órgãos das Autarquias Locais | Perguntas/Respostas | Voto antecipado | Eleitores presos». In: **Eleições autárquicas`21**, (26 de Setembro).

Elgie, Robert, «The Politics of Semi-Presidentialism». In: **ResearchGate**, 22 pp., em específico a p. 14 (Tabela constante da Figura 1.1. lá contida e intitulada «Examples of semi-presidential regimes by region», Article – September 1999), pesquisável em: [https://www.researchgate.net/profile/Robert-](https://www.researchgate.net/profile/Robert-Elgie/publication/265101267_The_Politics_of_SemiPresidentialism/links/5448d9240cf22b3c14e33625/The-Politics-of-Semi-Presidentialism.pdf)

[Elgie/publication/265101267_The_Politics_of_SemiPresidentialism/links/5448d9240cf22b3c14e33625/The-Politics-of-Semi-Presidentialism.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Robert-Elgie/publication/265101267_The_Politics_of_SemiPresidentialism/links/5448d9240cf22b3c14e33625/The-Politics-of-Semi-Presidentialism.pdf) / DOI: 10.1093/0198293860.003.0001 (acesso em: 24.08.2021).

Ferreira, Cristina / Colaço, Luísa / Godinho, Maria João / Amorim, Nuno / Braga Carvalho, Pedro / Rolo, Sandra, «Direitos e Deveres dos Reclusos, Enquadramento Nacional e Internacional». In: **ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA, Divisão de Informação Legislativa Parlamentar, Síntese Informativa N.º 41**, Arranjo e Composição gráfica de Nuno Amorim, Julho de 2020, 65 pp., em específico a p. 58, pesquisável em: <https://ficheiros.parlamento.pt/DILP/Publicacoes/Sinteses/41.DireitosDeveresReclusos/41.pdf> (acesso em: 28.07.2023).

Frazão, Dilva, (Biblioteconomista e professora), «Aristóteles, Filósofo grego». In: **Biografia de Aristóteles**. Informação pesquisável em: <https://www.ebiografia.com/aristoteles/> (acesso em: 25.08.2021).

Frazão, Dilva, (Biblioteconomista e professora), «John Locke, Filósofo inglês». In: **Biografia de John Locke**. (Última atualização da informação datada de 18.12.2019), informação pesquisável em: https://www.ebiografia.com/john_locke/ (acesso em: 24.08.2021).

Frazão, Dilva, (Biblioteconomista e professora), «Platão, Filósofo grego da antiguidade». In: **Biografia de Platão**. (Última atualização desta informação 13.08.2019), informação pesquisável em: <https://www.ebiografia.com/platao/> (acesso em: 25.08.2021).

Governo do Rio de Janeiro. **Informe ASCOM/PCERJ**. Disponível em: Acesso em: 17 de outubro de 2013.

Guerra Filho, Willis Santiago, **Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria social sistêmica**. (Porto Alegre: 1997), Livraria do Advogado.

Horbach, Carlos Bastide, «O parlamentarismo no Império do Brasil (I): origens e funcionamento». In: **Revista de informação legislativa**. (Brasília, N.º 172, a. 43, out./dez. 2006), p.10.

Horta Pinto, Inês, Tribunal Constitucional de Portugal, Gabinete do Presidente, «Cuestionario». In: **Seminário Iberoamericano Sobre “Derechos Fundamentales de las Personas Privadas de Libertad”**. (Guatemala 28-30 de septiembre), La Antigua, 26 pp., em especial a p. 3 e ss, pesquisável em: https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/content/files/relatorios/relatorio_008_20150930_guatemala-pt.pdf (acesso em: 13.05.2023).

Informes do Tribunal Superior Eleitoral – TSE. Disponível em: e Acesso em 26 de setembro de 2013.

Kasahara, Yuri / Marsteintredet, Leiv, «Presidencialismo em crise ou parlamentarismo por outros meios? Impeachments presidenciais no Brasil e na América Latina». In: **Revista de Ciências Sociais**. (Fortaleza: N.º 1, v.49, mar./jun. 2018), pp. 30-54.

Linz, Juan José, The Perils of Presidentialism. In: **Journal of Democracy**. (N.º 1, v. 1, 1990), pp. 51-69,

Loewenstein, Karl, **Teoría de la Constitución**. (Barcelona: 1976), Editorial Ariel.

Mainwaring, Scott / Shugart, Carey, (Comp.) - **Presidencialismo y democracia en América Latina**, (Buenos Aires: Paidós, 2002), pesquisável em:

<https://blogposgrado.ucontinental.edu.pe/el-sistema-semipresidencial> (acesso em: 23.08.2021).

Martins Silva, Carlos Eduardo Cunha, **A prerrogativa de sufrágio dos presos como radicalização da vontade democrática**. Disponível em: Acesso em 17 de outubro de 2013.

Medeiros, Alexsandro M., «História da Democracia». In: **Sabedoria Política | Um site dedicado ao estudo da política**. (2013), e elenco bibliográfico lá citado, pesquisável em: <https://www.sabedoriapolitica.com.br/products/historia-da-democracia/> (acesso em: 25.08.2021).

Miranda, Jorge, «Os princípios constitucionais gerais do Direito eleitoral português / The general constitutional principles of Portuguese electoral law». In: **Revista Publicum**. (Rio de Janeiro: N.º 2, v. 4, 2018), pp. 54-72, em especial a p. 59, pesquisável em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum> | DOI: 10.12957/publicum.2018.3553 (acesso em: 15.05.2023).

Moraes, Alexandre de, **Direito Constitucional**. (23ª ed. São Paulo: 2003), Editora Atlas.

Napurí, Christian Guzmán, «El Sistema Semipresidencial». In: **Universidad Continental | Blog Escuela de Posgrado**, e elenco bibliográfico lá citado, pesquisável em: <https://blogposgrado.ucontinental.edu.pe/el-sistema-semipresidencial> (acesso em: 23.08.2021).

Paixão, Cristiano / Barbosa, Leonardo Augusto de Andrade, «Crise Política e Sistemas de Governo: origens da “Solução Parlamentarista” para a Crise Político-Constitucional de 1961». In: **Universitas JUS**, (N.º 3, v. 24, 2013), pp. 47-61.

Pes, João Hélio Ferreira, A Constitucionalização de Direitos Humanos Elencados em Tratados. In: «**Relatório final apresentado no Curso de Formação Avançada para o Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas, na disciplina Direito Constitucional, sob a regência do Professor Doutor Jorge Miranda, ano letivo 2007/2008**». (Lisboa: ICJP - Instituto de Ciências Jurídico-Políticas | CIDP – Centro de Investigação de Direito Público, 2009), 128 pp., em especial a p. 23, pesquisável em: <https://icjp.pt/sites/default/files/media/631-947.pdf> (acesso em: 18.05.2023).

Quaresma, José Manuel Lourenço, «Que (Restrição aos) Direitos Humanos em Ambiente Prisional?». In: **JULGAR**, (N.º 22, 2014), Coimbra Editora, 19 pp, em específico a p. 64.

Ruvalcaba, Daniel Omar Gutiérrez, «Derecho Humano Al Sufragio Activo Y Pasivo». In: Miraut Martín, Laura / Sorela Castillo, Antonio (Directores), **Perspectiva multidisciplinar de los Derechos Humanos en el Contexto Social del Siglo XXI**. (ALFA - Academia Líder

en Formación Avanzada, PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE CHIAPAS, 1.ª edición, 2023, Cuernavaca, Estado de Morelos, México, 2023), 466 pp., em específico a p. 246 e ss e elenco bibliográfico lá citado.

Sá Batista, Sílvio de, «Dignidade humana e sistema de direito fundamentais». In: Miraut Martín, Laura, / Sorela Castillo, Antonio (Directores), **Perspectiva multidisciplinar de los Derechos Humanos en el Contexto Social del Siglo XXI**. (ALFA - Academia Líder en Formación Avanzada, PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE CHIAPAS, 1.ª edición, 2023, Cuernavaca, Estado de Morelos, México, 2023), 466 pp.

Schier, Paulo Ricardo, Presidencialismo de coalizão: democracia e governabilidade no Brasil. In: **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**. (Curitiba: N.º 20, v. 20, jul./dez. 2016), pp. 253-299.

Silva, José Afonso, Presidencialismo e parlamentarismo no Brasil. In: **Revista de Ciência Política**. (Rio de Janeiro, N.º 1, v. 33, nov.1989/jan.1990), pp. 9-32.

Silva, Maria Manuela Magalhães / Alves, Dora Resende, **Noções de Direito Constitucional e Ciência Política**. (3.ª Edição, 2000), Editora: Rei dos Livros, pp. 274-276.

Sousa, Marcelo Rebelo de, «Sistema Semipresidencial: Definição e Perspectivas». In: **IDN – Revista Nação e Defesa**. (N.º 3, Ano III, 1977), Editora: Instituto da Defesa Nacional, 12 pp., p. 8, pesquisável em: https://comun.rcaap.pt/bitstream/10400.26/3556/1/NeD03_MarceloRebeloSousa.pdf (acesso em: 09.08.2021).

Westin, Ricardo, «No plebiscito de 1963, Brasil derruba parlamentarismo e devolve poderes a Jango». In: **Jornal do Senado**. (02 Fev. 2018). Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/infograficos/2018/02/no-plebiscito-de-1963-brasil-derruba-parlamentarismo-e-devolve-poderes-a-jango> (Acesso em 21 nov. 2020).

Acórdão n.º 748/93, de 23 de dezembro, Processo n.º 109/93 do TC, assinado por Antero Alves Monteiro Dinis / António Vitorino / Alberto Tavares da Costa / Guilherme da Fonseca / Bravo Serra / Maria da Assunção Esteves / Fernando Alves Correia / Vítor Nunes de Almeida / Armindo Ribeiro Mendes / Luís Nunes de Almeida / Messias Bento / José Manuel Cardoso da Costa, Lisboa, 23 de Novembro de 1993, publicado em Diário da República n.º 298/1993, Série I-A de 23.12.1993, pp. 7139-7143, pesquisável em: <https://dre.pt/dre/detalhe/acordao/748-1993-541443> (acesso em: 13.05.2023).

Resolução n.º 23.219 do TSE. Disponível em: Acesso em 11 de novembro de 2013.

Constituição da República Federativa do Brasil.

Constituição da República Portuguesa.

Decreto-Lei n.º 2.848 de 07 de dezembro de 1940 - Código Penal Brasileiro.

Lei n.º 7.210 de 11 de julho de 1984 - Lei de Execuções Penais (LEP).

Lei n.º 13/99, de 22 de março, com as suas sucessivas alterações - «[e]stabelece o novo regime jurídico do recenseamento eleitoral» em Portugal.

Lei n.º 115/2009, de 12 de outubro - « Aprova o Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade».

https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=4&tabela=leis (acesso em: 14.05.2023).

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm (acesso em: 14.05.2023).

https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2545&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo= (acesso em: 15.05.2023).

https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=4A0113&nid=4&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo (acesso em: 28.07.2023).

https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=1147A0007&nid= (acesso em: 13.05.2023).

https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1147&tabela=leis (acesso em: 13.05.2023).

<https://www.cne.pt/sites/default/files/dl/al2021-folheto-va-presos-vf.pdf> (acesso em: 25.07.2023).

https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=1147A0007&nid=1147&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo (acesso em: 28.07.2023).

https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=1147A0007&nid=1147&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo (acesso em: 28.07.2023).

https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=4A0027&nid=4&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo (acesso em: 28.07.2023).

https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=4A0027&nid=4&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo (acesso em: 28.07.2023).

<https://ultimosegundo.ig.com.br/> . Disponível em: Acesso em 11 de setembro de 2013.



https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/3556/1/NeD03_MarceloRebeloSousa.pdf (acesso em: 13.05.2023).

<https://blogposgrado.ucontinental.edu.pe/el-sistema-semipresidencial> (acesso em: 23.08.2021).



All Rights Reserved © Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito

ISSN da versão impressa: **2236-5796**

ISSN da versão digital: **2596-111X**

academiapaulistaeditorial@gmail.com/diretoria@apd.org.br

www.apd.org.br



This work is licensed under a [Creative Commons License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

**O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES EM PORTUGAL: O CASO
PARADIGMÁTICO DO GOVERNO DE PORTUGAL NO EXERCÍCIO DAS
FUNÇÕES LEGISLATIVA E EXECUTIVA: ENTRE O DIREITO
CONSTITUCIONAL E O DIREITO ADMINISTRATIVO**

**THE PRINCIPLE OF SEPARATION OF POWERS IN PORTUGAL: THE
PORTUGUESE GOVERNMENT'S PARADIGMATIC CASE IN THE EXERCISE OF
LEGISLATIVE AND EXECUTIVE FUNCTIONS: BETWEEN CONSTITUTIONAL
LAW AND ADMINISTRATIVE LAW**

Patrícia Pinto Alves¹

Submissão: 31/07/2023

Aprovação: 10/09/2023

RESUMO:

Atualmente em Portugal, vigora uma vertente tripartida do princípio da separação de poderes, repartindo-se esta separação no poder legislativo, no poder executivo e no poder ju(ris)dici(on)al. Devido a esta repartição, entendemos que, situações existem em que o Direito Constitucional Português e o Direito Administrativo Português caminham “lado a lado”, na medida em que o Governo de Portugal possui poder legislativo, legislando sob a forma de Decreto-Lei (DL), mas também tem competência para emanar regulamentos administrativos quer por aplicação de preceitos constitucionais quer por aplicação de preceitos previstos no Código do Procedimento Administrativo Português em vigor, pelo que a esta factualidade atribuímos da nossa parte a designação do Governo de Portugal enquanto órgão soberano legiferante e regulamentar, sendo certo, contudo, que os DL são atos legislativos e os regulamentos governamentais são atos normativos. Contudo, em matéria regulamentar

¹ Pesquisadora do Centro Internacional de Direitos Humanos de São Paulo (CIDHSP/APD), da Academia Paulista de Direito, vinculado à Cadeira San Tiago Dantas. Professora Adjunta Convidada, no ensino superior, na Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico do Porto - Portugal. Doutora em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Portugal. Investigadora jurídica em centros de investigação jurídica Portugueses e Internacionais. Autora de várias publicações jurídicas. Conferencista. Juiz-árbitra em matéria de Direito Público no CAAD - Centro de Arbitragem Administrativa (suspensa a pedido) e Juiz-árbitra no TRIAVE - Centro de Conflitos de Consumo do Tâmega, Ave e Sousa (suspensa a pedido). E-mail: pmpa@estg.ipp.pt e patriciapintoalves26@gmail.com - Ark:/80372/2596/v12/013

governamental julgamos da nossa parte que o legislador ordinário deveria ter dado na Constituição da República Portuguesa em vigor, e, no Código do Procedimento Administrativo Português em vigor, noções legais aos vários tipos regulamentares governamentais, e explicado, expressamente nestes dois diplomas legais, a hierarquia regulamentar, não tendo reservado apenas estas matérias para a doutrina e para a jurisprudência Portuguesas.

Quanto à metodologia a utilizarmos neste nosso texto jurídico, iremos desenvolver o mesmo, recorrendo à doutrina Portuguesa e Internacional, à jurisprudência Portuguesa, a informações *online* fidedignas acerca da temática, não descurando a relevância do Direito Comparado.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia. Função administrativa. Governo. Princípio da separação de poderes.

ABSTRACT:

Currently in Portugal, there is a tripartite strand of the principle of separation of powers, dividing this separation in the legislative, the executive and the judicial powers. Due to this distribution, we understand that, situations exist on what the Portuguese Constitutional Law and the Portuguese Administrative Law walk “side by side”, just right the Government of Portugal, has legislative power, legislating in the form of a Decree-Law (DL), but also has competence to emanate administrative regulations either by application of constitutional precepts either by application of precepts provided for in the Code of Portuguese Administrative Procedure in force, for this fact we attribute on our part the designation of the Government of Portugal as a sovereign legislating and regulatory body, being right, however, that the Decree-Law are legislative acts and the government regulations are normative acts. However, in regulatory governmental matter we judge on our part that the ordinary legislator should have given in the Constitution of the Portuguese Republic in force, and, in the Code of Administrative Procedure in force, legal notions, to the various types of government regulations, and explained, expressly in these two legal diplomas, the regulatory hierarchy, not having booked only these matters for Portuguese doctrine and jurisprudence.

As for the methodology to be used in this our legal text, we will develop the same, resorting to the Portuguese and the International doctrine, resorting to the Portuguese jurisprudence, to an online reliable information about the theme, not neglecting the relevance of Comparative Law.

KEYWORDS: Democracy. Administrative function. Government. Principle of separation of powers.

SUMÁRIO: 1. Nota Prévia; 2. A democracia atual; 3. O princípio da separação de poderes em Portugal na sua vertente tripartida: o Governo de Portugal que poderes tem?; 4. O Direito Constitucional e o Direito Administrativo na atualidade portuguesa: laços estreitos ou laços desfeitos?; 5. Notas conclusivas; 6. Bibliografia.

SUMMARY: 1. Previous Note; 2. The current democracy; 3. The principle of the separation of powers in Portugal in its tripartite aspect: what powers has the Government of Portugal?; 4. The Constitutional Law and the Administrative Law in currently portuguese: tight ties or broken ties?; 5. Concluding notes; 6. Bibliography.

1. NOTA PRÉVIA

O princípio da separação de poderes ⁽²⁾ (Locke, 1993 e Albuquerque, 16 pp.), atualmente, encontra-se contemplado na Constituição da República Portuguesa (doravante designada por CRP), em vigor, mais precisamente no seu artigo 111.º, artigo este cuja epígrafe é precisamente «Separação e interdependência», e, de onde advém ao abrigo do disposto nos seus n.ºs 1 e 2, respetivamente que os órgãos de soberania têm de observar a separação e a interdependência de poderes estabelecidas na Constituição da República Portuguesa em vigor, e, que nenhum órgão de soberania, de Região Autónoma [entenda-se dos Açores ou da Madeira ⁽³⁾] ou de poder local pode delegar os seus poderes noutros órgãos, a não ser nos casos e nos termos expressamente previstos na Constituição da República Portuguesa em vigor e na lei.

Ora, um Estado democrático de Direito, como Portugal o é, tem, pois, de se basear na separação de poderes, havendo três poderes específicos, ou seja, o legislativo, o executivo e o ju(ris)dici(on)al, dado que do disposto no artigo 2.º da CRP advém que: “A

² Acerca do princípio da separação de poderes e da sua evolução histórica, *vd.*, entre outros, Locke, John, «The second Treatise of Government». In: **John Locke: Political Writings**, (Edited and with an Introduction by David Wootton, 1993). London: Penguin Books; Albuquerque, Armando, «A Teoria Lockeana da Separação de Poderes» / «The Theory of John Locke on the Separation of Powers», 16 pp., pesquisável em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4129304d04cff4cb> (acesso em: 22.08.2021).

³ A anotação é nossa.

República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa (4)”.
Ora, o poder legislativo (e devida função legislativa) compete(m) à Assembleia da República Portuguesa, prioritariamente (5) (Alves, 2022, pp. 262 e 217), dado que legisla sob a forma de Lei, e, ainda ao Governo de Portugal, que legisla sob a forma de Decreto-Lei (DL), não descurando ainda o facto de que as Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira têm ambas competências para legislar sob a forma de Decreto Legislativo Regional, sendo que o princípio da tipicidade legislativa ou dos atos legislativos (6) (Alves, 2022, p. 224) infere-se do disposto no n.º 1, do artigo 112.º da CRP em vigor (7).

O poder executivo compete, desde logo, ao Governo de Portugal, dando execução às Leis e aos DL, e, ainda, emanado regulamentos administrativos, quer em conformidade com o disposto na alínea c), do artigo 199.º da CRP (quando emana regulamentos de boa execução ou complementares), quer em conformidade com o disposto nas alíneas a) a d), do n.º 3, do artigo 138.º do Código do Procedimento Administrativo, quando emana respetivamente, Decretos Regulamentares (8), Resoluções de Conselho de Ministros com natureza normativa, portarias, e, despachos normativos (9).

O poder executivo compete, desde logo, ao Governo de Portugal, dando execução às Leis e aos DL, e, ainda, emanado regulamentos administrativos, quer em conformidade com o disposto na alínea c), do artigo 199.º da CRP (quando emana regulamentos de boa execução ou complementares), quer em conformidade com o disposto nas alíneas a) a d), do n.º 3, do artigo 138.º do Código do Procedimento Administrativo, quando emana respetivamente, Decretos Regulamentares (8), Resoluções de Conselho de Ministros com natureza normativa, portarias, e, despachos normativos (9).

⁴ *Vd.*, o disposto no artigo 2.º da CRP, pesquisável em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=4A0002&nid=4&tabela=leis&pagina=1&fica=1&so_miolo=&nversao=#artigo (acesso em: 30.07.2023).

⁵ Alves, Patrícia Pinto, **Direito Constitucional, Ensinaamentos**. (Lisboa, 2022), Quid Juris, p. 262 e ss e elenco bibliográfico lá citado. A função legislativa, compete à AR, e ainda com o primado da competência legislativa, ao Governo e às Assembleias Legislativas Regionais, isto em respeito pelo disposto nos artigos 161.º, 164.º, 165.º, 198.º e 227.º, todos da CRP. Para maiores desenvolvimentos, *vd.*, o disposto nos artigos aqui citados da CRP, e, o nosso, Alves, Patrícia Pinto, **Direito Constitucional, Ensinaamentos**. cit., (2022), p. 217 e ss e elenco bibliográfico lá citado.

⁶ Alves, Patrícia Pinto, **Direito Constitucional, Ensinaamentos**. cit., (2022), p. 224.

⁷ O artigo 112.º da CRP tem por epígrafe «Actos normativos», e, alberga no disposto no seu n.º 1 que: “São actos legislativos as leis, os decretos-leis e os decretos legislativos regionais”. Cfr., o disposto no n.º 1, do artigo 112.º da CRP, pesquisável em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=4A0112&nid=4&tabela=leis&pagina=1&fica=1&so_miolo=&nversao=#artigo (acesso em: 30.07.2023).

⁸ Em relação aos Decretos Regulamentares, previstos na alínea a), do n.º 3, do artigo 138.º do Código do Procedimento Administrativo Português [DL n.º 4/2015, de 07 de janeiro, com as suas sucessivas alterações, e, doravante designado por CPA], releva, ainda, o disposto na alínea h), do n.º 1, do artigo 119.º da CRP, o disposto no n.º 6, do artigo 112.º da CRP – relativamente aos regulamentos independentes, e, ainda, a promulgação do Presidente da República e a referenda do Governo, esta última prevista nos n.ºs 1 e 2, do artigo 140.º da CRP.

⁹ Neste sentido, *vd.*, o disposto na alínea c), do artigo 199.º da CRP, pesquisável em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=4A0199&nid=4&tabela=leis&pagina=1&fica=1&so_miolo=&nversao=#artigo (acesso em: 30.07.2023), e, também, o disposto nas alíneas a) a d), do n.º 3, do artigo 138.º do Código do Procedimento Administrativo [DL n.º 4/2015, de 07 de janeiro, com as suas sucessivas alterações], pesquisável em:

Por sua vez, dúvidas não persistem de que o poder ju(ris)dici(on)al é da competência dos tribunais, estando as «categorias de tribunais» portuguesas previstas no artigo 209.º da CRP ⁽¹⁰⁾.

Todavia, não devemos descurar que o Presidente da República (doravante designado por PR), em Portugal, tem legitimidade e competência para exercer poder político, mas não legisla, não executa os diplomas legais (apenas os promulga ou veta), nem toma decisões jurisprudenciais. Porém, a função política, que é da competência do PR, da Assembleia da República (AR), do Governo e dos órgãos das Regiões Autónomas, encontra-se prevista no artigo 197.º da CRP.

2. A DEMOCRACIA ATUAL

O artigo 2.º da CRP, que tem por epígrafe «Estado de direito democrático», é transparente ao discernir que a República Portuguesa é um Estado de Direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a concretização da democracia económica, social e cultural e o aperfeiçoamento da democracia participativa ⁽¹¹⁾.

De acordo com Jorge Miranda: “(...) Estado de Direito democrático traduz a confluência de Estado de Direito e democracia. Se, historicamente, surgiram sob influências e em momentos diversos, hoje uma democracia representativa e pluralista não pode deixar de ser um Estado de Direito – por imperativo de racionalidade ou funcionalidade jurídica e de respeito dos direitos das

https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=2248A0138&nid=2248&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo (acesso em: 30.07.2023).

¹⁰ Neste sentido, e para maiores desenvolvimentos, *vd.*, o disposto no artigo 209.º da CRP, na íntegra, pesquisável em:

https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=4A0209&nid=4&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo (acesso em: 30.07.2023).

¹¹ Alves, Patrícia Pinto, **Direito Constitucional, Ensinaamentos**. cit., (2022), p. 282, e nota 659.

Neste sentido, *vd.*, o disposto no artigo 2.º da CRP, pesquisável em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=4A0002&nid=4&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo (acesso em: 30.07.2023).

peessoas. O poder político pertence ao povo e é exercido de acordo com a regra da maioria (artigos 2.º, 3.º, n.º 1, 10.º, n.º 1, 108.º, 114.º, n.º 1, 187.º, etc.), mas está subordinado – material e formalmente – à Constituição (citados artigos 3.º, n.º 2, 108.º, 110.º, n.º 2, 225.º, n.º 3, 266.º, 288.º, etc.), com a consequente fiscalização jurídica dos atos do poder (artigos 3.º, n.º 3, 204.º, 268.º, n.º 4, 278.º e segs.)⁽¹²⁾” (Miranda, 2017, pp. 72-87, p. 75).

Pensamos mesmo da nossa parte que o artigo 2.º da CRP e o artigo 111.º da CRP se encontram correlacionados entre si, sendo reciprocamente remissivos⁽¹³⁾ (Alves, 2022, p. 224). Recordamos que o artigo 111.º da CRP tem por epígrafe «Separação e interdependência», reportando-nos nos seus n.ºs 1 e 2, respetivamente que:

“1. Os órgãos de soberania devem observar a separação e a interdependência estabelecidas na Constituição. 2. Nenhum órgão de soberania, de região autónoma ou de poder local pode delegar os seus poderes noutros órgãos, a não ser nos casos e nos termos expressamente previstos na Constituição e na lei”⁽¹⁴⁾.

*Parafraseando Jorge Miranda: “(...) a **interdependência** [entenda-se de poderes⁽¹⁵⁾] **revela-se em múltiplos mecanismos de colaboração**, como os atinentes à realização de referendo nacional (artigo 115.º, n.º 1), à declaração de estado de sítio ou de estado de emergência (artigo 138.º), à nomeação de membros do Governo*

¹² Miranda, Jorge, «Anotação ao artigo 2.º da Constituição da República Portuguesa». In: Miranda, Jorge / Medeiros, Rui, **Constituição Portuguesa Anotada**, Volume I, **Preâmbulo, Princípios Fundamentais, Direitos e Deveres Fundamentais (Artigos 1.º a 79.º)**. (Coleção: Comentários de Leis, 2.ª edição revista, fevereiro de 2017), Universidade Católica Editora, pp. 72-87, em específico, a p. 75.

¹³ Alves, Patrícia Pinto, **Direito Constitucional, Ensinamentos**. cit. (2022), p. 224.

¹⁴ *Vd.*, os n.ºs 1 e 2, respetivamente, do artigo 111.º da CRP, pesquisável em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=4A0110&nid=4&tabela=leis&pagina=1&fica=1&so_miolo=&nversao=#artigo (acesso em: 30.07.2023).

¹⁵ A anotação é nossa.

[artigo 133.º, n.º 1, alínea h)] ou à iniciativa legislativa (artigo 167.º, n.º 1).

Assim como em instrumentos de controlo, como o veto por inconstitucionalidade [artigo 134.º, alínea g), artigo 233.º, n.º 5, e artigo 278.º, n.ºs 1 e 2] ou o veto político (artigos 136.º e 233.º, n.ºs 2, 3 e 4), a referenda ministerial (artigo 140.º), os inquéritos parlamentares (artigo 178.º, n.ºs 4 e 5) ou as moções de rejeição do programa do Governo e de censura (artigo 194.º, n.ºs 3 e 4) (16)» (Miranda, 2017, pp. 72-87, p. 85).

De acordo com o disposto no n.º 1, do artigo 110.º da CRP, o Governo é um órgão soberano (17).

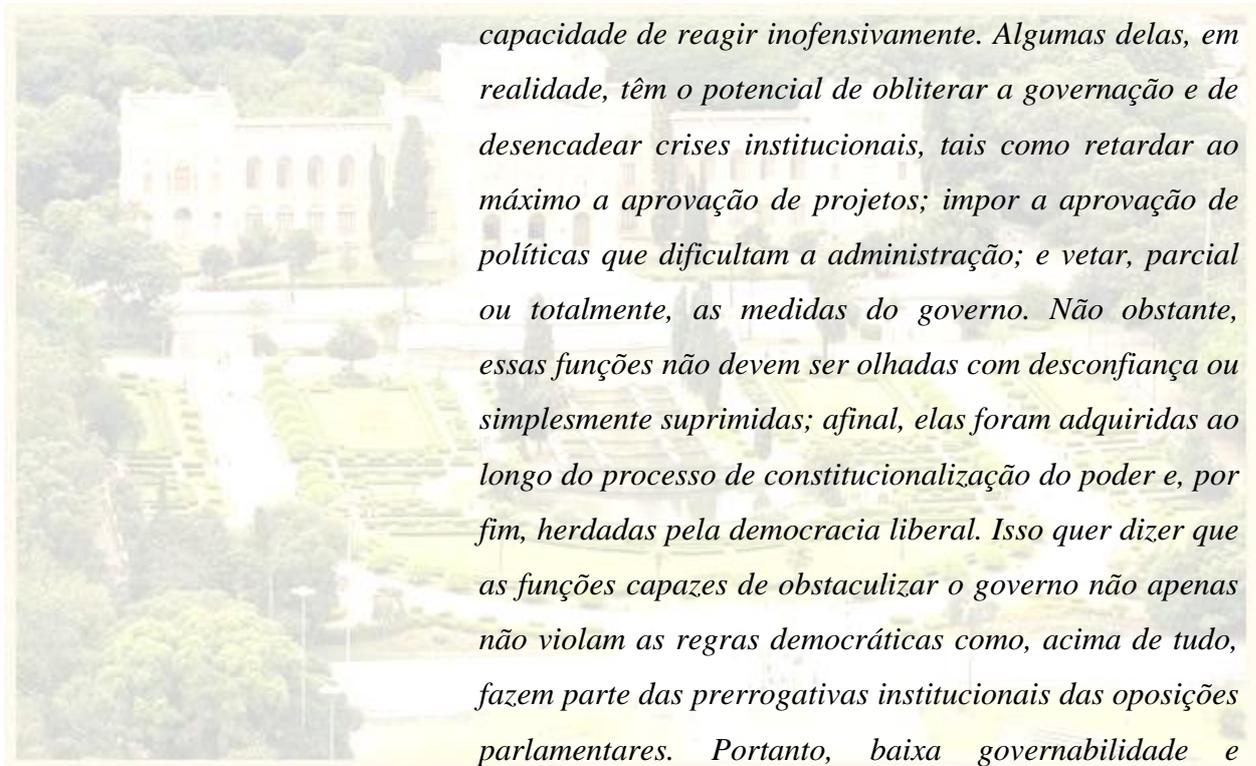
Um estudo interessante relativo ao caso Brasileiro, elaborado por revela-nos que: “(...) a literatura de política comparada considera que as oposições são um elemento fundamental da democracia. Ou seja, para haver governo democrático, deve haver oposição. Temos, assim, um juízo de fato e um juízo de valor intrinsecamente articulados - por um lado, a concepção usual de democracia reivindica a existência da oposição, por outro, a existência factual da oposição constitui um dos principais indicadores de democracia. Porém, nas análises sobre os regimes democráticos da “terceira onda”, a governabilidade foi privilegiada em detrimento das oposições parlamentares, supondo-se que entraves à

¹⁶ Miranda, Jorge, «Anotação ao artigo 2.º da Constituição da República Portuguesa». In: Miranda, Jorge / Medeiros, Rui, **Constituição Portuguesa Anotada**, Volume I, **Preâmbulo, Princípios Fundamentais, Direitos e Deveres Fundamentais (Artigos 1.º a 79.º)**. (Coleção: Comentários de Leis, 2.ª edição revista, fevereiro de 2017), Universidade Católica Editora, pp. 72-87, em específico, a p. 85. Os negritos estão assim utilizados por este autor, na p. 84, desta sua obra aqui citada aos quais nos mantemos fiéis. Todos os artigos citados supra na citação da autoria de Jorge Miranda feita no corpo do texto são da CRP.

¹⁷ *Vd.*, o disposto no n.º 1, do artigo 110.º da CRP, pesquisável em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=4A0110&nid=4&tabela=leis&pagina=1&fica=1&so_miolo=&nversao=#artigo (acesso em. 30.07.2023).

tramitação de projetos e vetos a propostas governistas poderiam paralisar o sistema político. Sendo assim, às oposições parlamentares caberiam somente as funções de controle e de governo em espera; basicamente, preconiza-se que as oposições se comportem como no idealizado modelo inglês: que façam críticas, que cobrem explicações e que aguardem a chancela das urnas para, finalmente, assumir o governo.

Contudo, a análise de sua institucionalização mostrou que também foram adquiridas funções que vão além da capacidade de reagir inofensivamente. Algumas delas, em realidade, têm o potencial de obliterar a governação e de desencadear crises institucionais, tais como retardar ao máximo a aprovação de projetos; impor a aprovação de políticas que dificultam a administração; e vetar, parcial ou totalmente, as medidas do governo. Não obstante, essas funções não devem ser olhadas com desconfiança ou simplesmente suprimidas; afinal, elas foram adquiridas ao longo do processo de constitucionalização do poder e, por fim, herdadas pela democracia liberal. Isso quer dizer que as funções capazes de obstaculizar o governo não apenas não violam as regras democráticas como, acima de tudo, fazem parte das prerrogativas institucionais das oposições parlamentares. Portanto, baixa governabilidade e eventuais crises de “paralisia decisória” podem decorrer da atuação de oposições que são leais ao regime e que jogam o jogo democrático” (18) (Peres / Bezerra, 2020).



¹⁸ Peres, Paulo Sérgio / Bezerra, Gabriella Maria Lima, «Oposição Parlamentar: Conceito e Funções / Parliamentary Opposition: Concept and Functions». In: **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, (110), May-Aug 2020, e elenco bibliográfico lá citado, <https://doi.org/10.1590/0102-247298/110> , pesquisável em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/zG6wfNhTGpSRq5Px7nNMHLJ/#> (acesso em: 30.07.2023).

3. O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES EM PORTUGAL NA SUA VERTENTE TRIPARTIDA: O GOVERNO DE PORTUGAL QUE PODERES TEM?

Como bem nos explica Suzana Tavares da Silva: «É, contudo, possível afirmar hoje — na esteira do artigo 16.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) onde se pode ler que “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição” — a presença de dois postulados essenciais na determinação do conteúdo de uma Constituição no âmbito dos modelos do constitucionalismo ocidental europeu:

i) a separação, limitação e interdependência dos poderes (por isso a Constituição contempla as regras de organização e funcionamento dos órgãos do poder político (...);

Por exemplo, é a Constituição que define matérias como a identificação dos órgãos de soberania em Portugal (artigo 110.º da C.R.P.), as condições de elegibilidade do Presidente da República e o modo como é eleito (artigos 122.º e 126.º da C.R.P.), o modo como se forma o Governo (artigo 187.º da C.R.P.) as competências de cada um dos órgãos de soberania (artigos 133.º, 134.º, 135.º, 161.º, 162.º, 163.º, 164.º, 165.º, 197.º, 198.º, 199.º ... da C.R.P.) — e é o estudo aprofundado e comparado destas regras que permite caracterizar a forma de Governo da República Portuguesa ⁽¹⁹⁾» (Silva, 2016, pp. 17-18).

¹⁹ Silva, Suzana Tavares da, **Direito Constitucional I (Lições actualizadas e adaptadas às necessidades formativas do Espaço Europeu de Ensino Superior)**. (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra,

Citando Jorge Miranda: “Separação de poderes significa mais do que reserva de competência de vários órgãos uns perante os outros. Significa – na esteira do constitucionalismo moderno, a despeito de todas as vicissitudes e reinterpretções sofridas pelo princípio – não tanto pluralidade de órgãos quanto distribuição de competências em moldes funcionalmente adequados, na qual, a par de uma conexão mais ou menos próxima com as funções do Estado, sobreleva o intuito de divisão, de desconcentração, de limitação de poder. Por isso não pode deixar, ao mesmo tempo, de postular interdependência.”⁽²⁰⁾” (Miranda, 2017, pp. 72-87, p. 84).



Parafraseando António Francisco de Sousa, “O Governo responde simultaneamente perante o Presidente da República e perante a Assembleia da República (art.º 190.º da CRP). Mais concretamente, o Primeiro-Ministro responde perante o Presidente da República e, no âmbito da responsabilidade política do Governo, responde perante a Assembleia da República (art.º 191.º, n.º 1, da CRP). Os Ministros respondem perante o Primeiro-Ministro e, no âmbito da responsabilidade política, respondem perante a Assembleia da República. Os Secretários e Subsecretários de Estado respondem perante

Execução Gráfica: Simões & Linhares, Lda, Concepção Gráfica | Infografia: Ana Paula Silva, Coimbra, Agosto de 2016), Edição: Instituto Jurídico, pp. 17-18, pesquisável em: https://www.fd.uc.pt/~stavares/wp-content/uploads/2019/08/2_Direito-Constitucional-I-1.pdf (acesso em: 31.07.2023).

Na doutrina Portuguesa, acerca da “Função administrativa e função política ou de governo”, *vd*, Gonçalves, Pedro Costa, **Manual de Direito Administrativo**. Volume 1, (Setembro, 2020 – Reimpressão), Almedina, pp. 1012-1021 e elenco bibliográfico lá citado.

²⁰ Miranda, Jorge, «Anotação ao artigo 2.º da Constituição da República Portuguesa». In: Miranda, Jorge / Medeiros, Rui, **Constituição Portuguesa Anotada**, Volume I, **Preâmbulo, Princípios Fundamentais, Direitos e Deveres Fundamentais (Artigos 1.º a 79.º)**. (Coleção: Comentários de Leis, 2.ª edição revista, fevereiro de 2017), Universidade Católica Editora, pp. 72-87, em específico, a p. 84. Os negritos estão assim utilizados por este autor, na p. 84, desta sua obra aqui citada aos quais nos mantemos fiéis.

o Primeiro-Ministro e o respetivo Ministro (art.º 191.º, n.ºs 2 e 3, da CRP) (21) (Sousa, 2020, p. 155).

Ora, na qualidade de órgão superior da Administração Pública Portuguesa, compete ao Governo de Portugal “elaborar os planos (por exemplo, nas áreas da economia, das finanças e do orçamento, da cidadania, das relações exteriores e da defesa nacional, da justiça, da segurança e de outras áreas sectoriais)”, e, também é da sua competência “ordenar a sua execução”, competindo-lhe, ainda, “fazer executar o Orçamento do Estado; fazer os regulamentos necessários à boa execução das leis”; dirigir os serviços e a actividade da Administração direta do Estado Português, civil, e ainda, militar, superintender na Administração indireta do Estado Português, e, exercer a tutela sobre a Administração indireta do Estado Português, e, também sobre a Administração autónoma; praticar todos os atos exigidos pela lei relativos aos funcionários e agentes administrativos do Estado Português e das demais pessoas coletivas públicas; e, na generalidade, “tomar as providências necessárias à promoção do desenvolvimento económico-social, e, ainda, à devida satisfação das necessidades coletivas (22) (Santos).

Note-se, todavia, que o Tribunal de Contas Português tem relações de especial natureza com o Governo de Portugal (23) (Tribunal de Contas, p. 27, Mod. TC 1999.001), sendo que a «Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas» Português (24) estipula que, a solicitação deste Tribunal de Contas, o Tribunal de Contas possa efetuar, a qualquer altura, auditorias de qualquer natureza ou tipologia a certos atos, aspetos ou procedimentos da gestão financeira desenvolvida por quaisquer das entidades subjugadas aos poderes de controlo do Tribunal de Contas Português (25) (Tribunal de Contas, p. 27, nota 58, Mod. TC 1999.001).

²¹ Sousa, António Francisco de, «A Separação dos poderes em Portugal, em especial o semipresidencialismo / The Separation of Powers in Portugal, in particular semi-presidentialism». In: **Revista Ibérica do Direito**. Volume 1, Número 2, Ano 1, Jul/Dez, 2020, Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos (IBEROJUR), p. 155.

²² Santos, Fundação Francisco Manuel dos, **Direitos e Deveres - Quais são as funções e os poderes do Governo?**, pesquisável em: <https://ffms.pt/pt-pt/direitos-e-deveres/quais-sao-funcoes-e-os-poderes-do-governo> (acesso em: 30.07.2023).

²³ Contas, Tribunal de, **O Tribunal de Contas na Actualidade**. 33 pp., em especial a p. 27, Mod. TC 1999.001, pesquisável em: https://erario.tcontas.pt/pt/apresenta/actualidade/sit_act.pdf (acesso em: 30.07.2023).

²⁴ A «Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas» Português é a Lei n.º 98/97, de 26 de agosto, com as suas sucessivas alterações, pesquisável em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=432&tabela=leis&ficha=1&pagina=1 (acesso em: 30.07.2023).

²⁵ *Vd.*, o disposto na alínea g), do n.º 1 do artigo 5.º da «Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas» Português, artigo 5.º este que tem por epígrafe precisamente «Competência material essencial», pesquisável em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/98-1997-193663> (acesso em: 30.07.2023).

O Governo de Portugal tem duplo poder, na medida em que legisla por um lado, ou seja, pratica atos normativos de relevo sob a forma de DL, e, por outro lado, está ainda habilitado a emanar regulamentos administrativos, ou seja, pratica atos normativos de relevo.

Citando José Joaquim Gomes Canotilho: “A questão de decretos-leis com um conteúdo concreto merece aqui a mesma resposta que demos [entenda-se este autor deu⁽²⁶⁾] ao tratarmos das leis. Neste caso, acrescem às cautelas exigidas para as leis de medida restritivas (ex.: proibição de decretos-leis individuais restritivos em matérias dos direitos fundamentais), os cuidados impostos pela possibilidade de o Governo editar com facilidade decretos-leis individuais camuflados, dado ser, ao mesmo tempo, órgão com competência legislativa e órgão com competência executiva⁽²⁷⁾” (Canotilho, 2003, p. 797).

É ainda de evidenciar que o Tribunal de Contas Português, por sua iniciativa, pode, propor ao Governo de Portugal “a adoção das medidas legislativas que considere necessárias” ao desempenho das suas competências⁽²⁸⁾ (Tribunal de Contas, p. 28, nota 59, Mod. TC 1999.001).

A função legislativa consiste na criação de Direito, relevando, neste prisma, a lei em sentido formal e a lei em sentido material; o princípio da tipicidade dos atos legislativos (Leis, Decretos-Leis e Decretos Legislativos Regionais – princípio este que se infere do disposto no n.º 1 do artigo 112.º da CRP); a competência legislativa da AR», – o disposto na alínea c) do artigo 161.º da CRP; o disposto no n.º 2, do artigo 198.º da CRP; os

Contas, Tribunal de, **O Tribunal de Contas na Actualidade**. 33 pp., em especial a p. 27, nota 58, Mod. TC 1999.001, pesquisável em: https://erario.tcontas.pt/pt/apresenta/actualidade/sit_act.pdf (acesso em: 30.07.2023).

²⁶ A anotação é nossa.

²⁷ Canotilho, José Joaquim Gomes, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ª Edição (22.ª Reimpressão). (Coimbra, setembro de 2003), Almedina, p. 797. Os itálicos e negritos utilizados no corpo do texto estão assim assinalados por este autor nesta sua obra aqui citada.

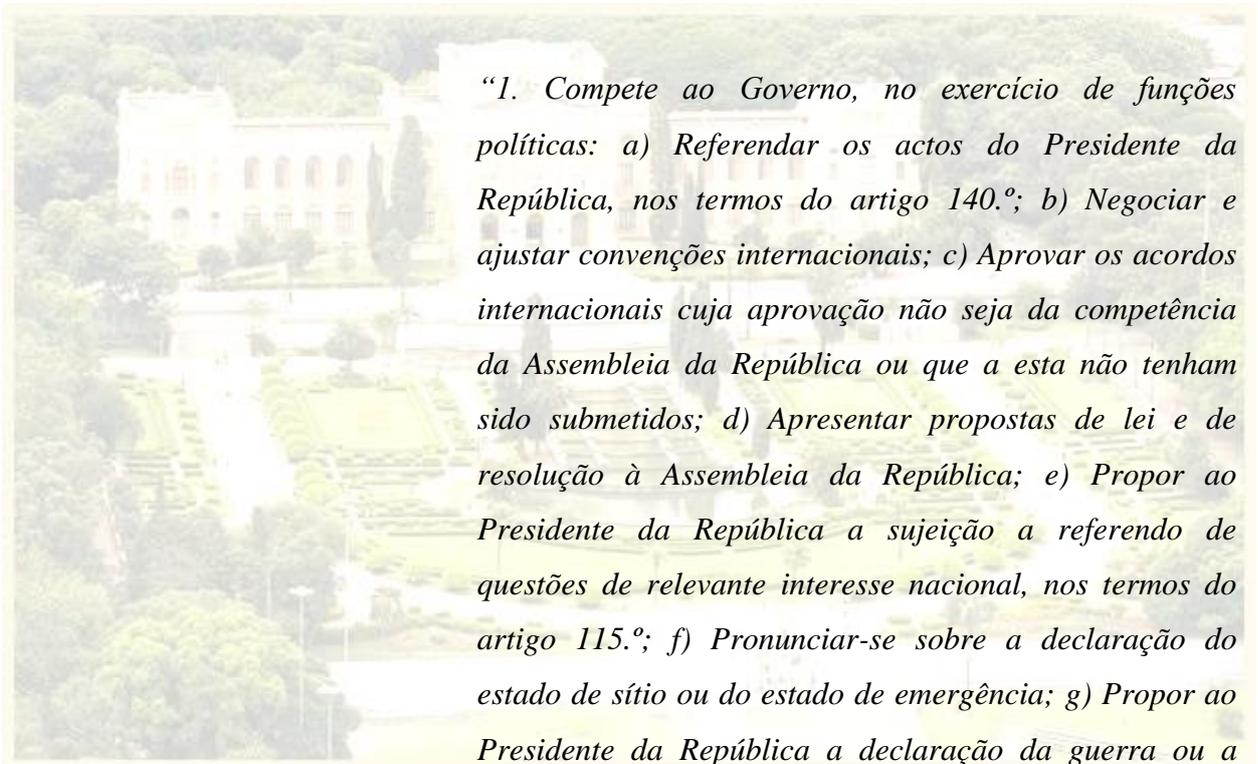
²⁸ *Vd.*, o disposto na alínea d), do artigo 6.º da «Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas» Português, artigo 6.º este que tem por epígrafe precisamente «Competência material complementar», pesquisável em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=432&tabela=leis&ficha=1&pagina=1 (acesso em: 30.07.2023).

Contas, Tribunal de, **O Tribunal de Contas na Actualidade**. 33 pp., em especial a p. 28, nota 59, Mod. TC 1999.001, pesquisável em: https://erario.tcontas.pt/pt/apresenta/actualidade/sit_act.pdf (acesso em: 30.07.2023).

artigos 164.º da CRP e 165.º da CRP: A competência legislativa exclusiva; A reserva absoluta; A reserva relativa; A competência concorrente; A competência legislativa indireta⁽²⁹⁾ (Alves, 2022, p. 224).

Neste prisma, e em respeito pelo princípio da separação de poderes vigente em Portugal, vamos focar a nossa atenção neste escrito no caso paradigmático do Governo de Portugal no exercício das funções legislativa e executiva, respeitando a relação existente entre o Direito Constitucional Português e o Direito Administrativo Português.

O artigo 197.º da CRP em vigor, tem por epígrafe «Competência política» do Governo de Portugal, e, expressa, respetivamente, ao abrigo do disposto nas alíneas a) a j) do seu n.º 1, e, no seu n.º 2 que:



“1. Compete ao Governo, no exercício de funções políticas: a) Referendar os actos do Presidente da República, nos termos do artigo 140.º; b) Negociar e ajustar convenções internacionais; c) Aprovar os acordos internacionais cuja aprovação não seja da competência da Assembleia da República ou que a esta não tenham sido submetidos; d) Apresentar propostas de lei e de resolução à Assembleia da República; e) Propor ao Presidente da República a sujeição a referendo de questões de relevante interesse nacional, nos termos do artigo 115.º; f) Pronunciar-se sobre a declaração do estado de sítio ou do estado de emergência; g) Propor ao Presidente da República a declaração da guerra ou a feitura da paz; h) Apresentar à Assembleia da República, nos termos da alínea d) do artigo 162.º, as contas do Estado e das demais entidades públicas que a lei determinar; i) Apresentar, em tempo útil, à Assembleia da República, para efeitos do disposto na alínea n) do artigo 161.º e na alínea f) do artigo 163.º, informação referente

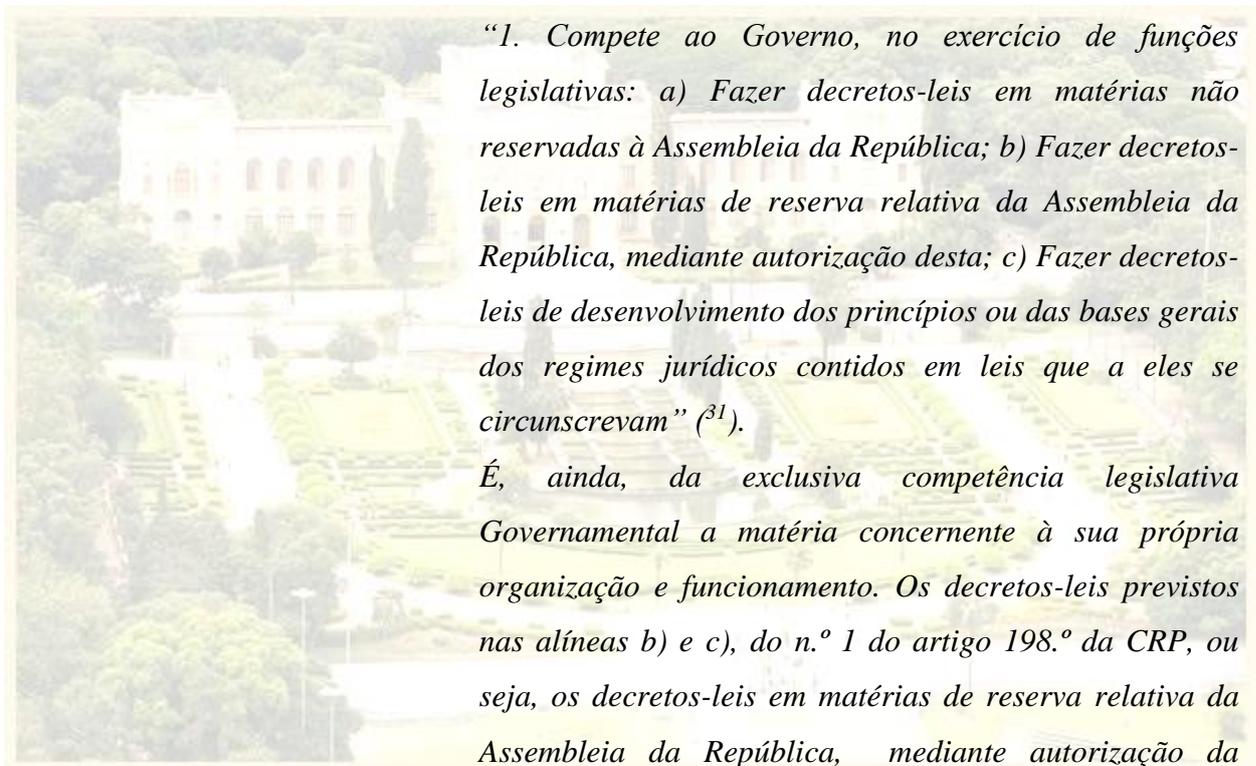
²⁹ Neste sentido, e para maiores aforamentos, *vd.*, o disposto n.º 1 do artigo 112.º da CRP; o disposto na alínea c) do artigo 161.º da CRP; o disposto no n.º 2, do artigo 198.º da CRP; e, o disposto nos artigos 164.º da CRP e 165.º da CRP.

Vd., Alves, Patrícia Pinto, **Direito Constitucional, Ensinaamentos**. cit., (2022), p. 224 e ss e elenco bibliográfico lá citado.

ao processo de construção da união europeia; j) Praticar os demais actos que lhe sejam cometidos pela Constituição ou pela lei.

2. A aprovação pelo Governo de acordos internacionais reveste a forma de decreto” (30).

Quanto ao artigo 198.º da CRP, este insere-se no Capítulo III da CRP, Capítulo III este cuja epígrafe é «Competência legislativa», e do disposto nas alíneas a) a c) do seu n.º 1, tomamos conhecimento de que:



“1. Compete ao Governo, no exercício de funções legislativas: a) Fazer decretos-leis em matérias não reservadas à Assembleia da República; b) Fazer decretos-leis em matérias de reserva relativa da Assembleia da República, mediante autorização desta; c) Fazer decretos-leis de desenvolvimento dos princípios ou das bases gerais dos regimes jurídicos contidos em leis que a eles se circunscrevam” (31).

É, ainda, da exclusiva competência legislativa Governamental a matéria concernente à sua própria organização e funcionamento. Os decretos-leis previstos nas alíneas b) e c), do n.º 1 do artigo 198.º da CRP, ou seja, os decretos-leis em matérias de reserva relativa da Assembleia da República, mediante autorização da Assembleia da República e os decretos-leis de desenvolvimento dos princípios ou das bases gerais dos regimes jurídicos inseridos em leis que aos mesmo se circunscrevam, devem invocar expressamente a lei de

³⁰ Neste sentido, *vd.*, respetivamente, o disposto nas alíneas a) a j), do n.º 1 do artigo 197.º da CRP e o seu n.º 1, pesquisável em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=4A0197&nid=4&tabela=leis&pagina=1&fica=1&so_miolo=&nversao=#artigo (acesso em: 30.07.2023).

³¹ *Vd.*, o disposto nas alíneas a) a c), respetivamente, do n.º 1, do artigo 198.º da CRP, pesquisável em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=4A0199&nid=4&tabela=leis&pagina=1&fica=1&so_miolo=&nversao=#artigo (acesso em: 30.07.2023).

autorização legislativa ou a lei de bases ao abrigo da qual são aprovados ⁽³²⁾.

É de referir ainda que o Tribunal de Contas Português pode ser chamado pelo Governo de Portugal a pronunciar-se, através da emissão de parecer, acerca do conteúdo de projetos legislativos de cariz financeiro ⁽³³⁾ (Tribunal de Contas, p. 28, Mod. TC 1999.001).

De acordo com o artigo 199.º da CRP em vigor, artigo este cuja epígrafe é «Competência administrativa», mais precisamente de acordo com o disposto na sua alínea c): “Compete ao Governo, no exercício de funções administrativas: (...) c) Fazer os regulamentos necessários à boa execução das leis; (...)” ⁽³⁴⁾.

Contudo, em matéria regulamentar governamental julgamos da nossa parte que o legislador ordinário deveria ter dado na Constituição da República Portuguesa em vigor, e, no Código do Procedimento Administrativo Português em vigor, noções legais aos vários tipos regulamentares governamentais, e explicado, expressamente nestes dois diplomas legais, a hierarquia regulamentar, não tendo reservado apenas estas matérias para a doutrina e para a jurisprudência Portuguesas. A verdade é a de que no artigo 112.º da CRP, mais precisamente nos seus n.ºs 6 e 7, respetivamente, expressa que:

“6. Os regulamentos do Governo revestem a forma de decreto regulamentar quando tal seja determinado pela lei que regulamentam, bem como no caso de regulamentos independentes.

7. Os regulamentos devem indicar expressamente as leis que visam regulamentar ou que definem a competência subjectiva e objectiva para a sua emissão;” ⁽³⁵⁾ (Canotilho, 2003, pp. 833-845).

³² *Vd.*, o disposto nos n.ºs 2 e 3, do artigo 198.º da CRP, pesquisável em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=4A0199&nid=4&tabela=leis&pagina=1&fica=1&so_miolo=&nversao=#artigo (acesso em: 30.07.2021).

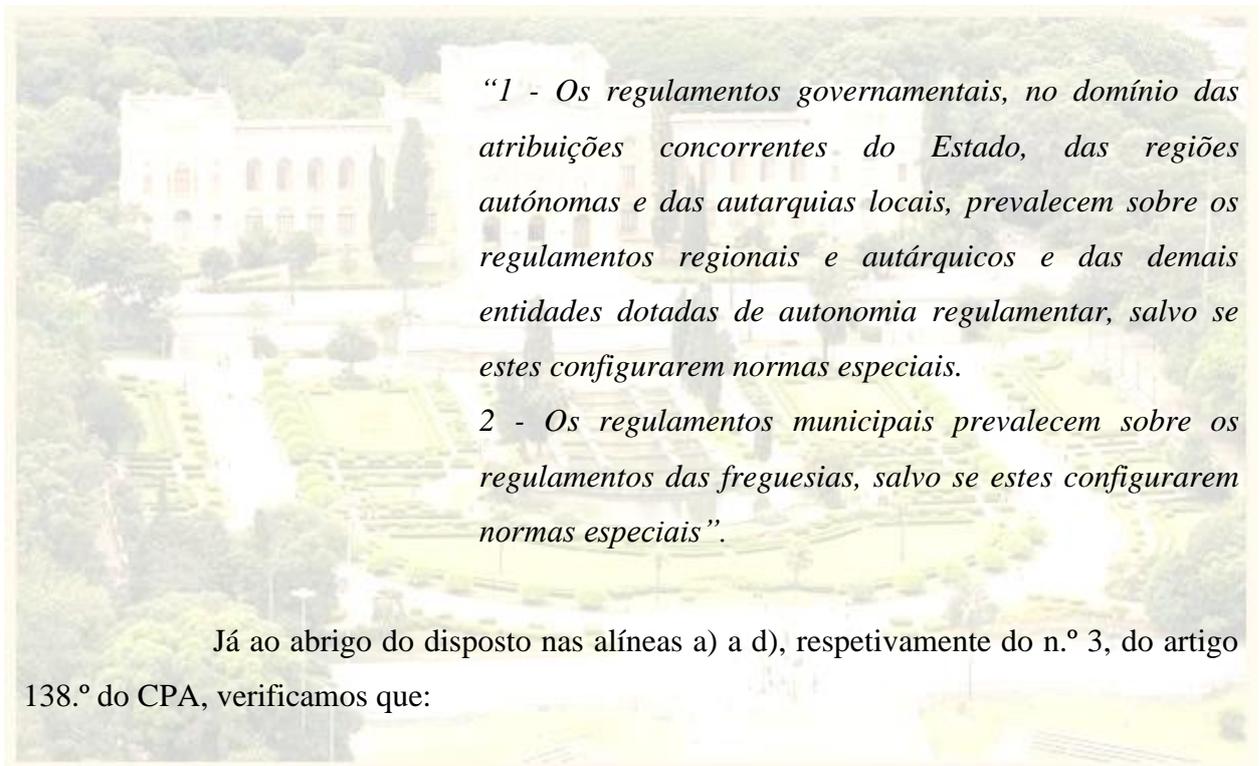
³³ Contas, Tribunal de, **O Tribunal de Contas na Actualidade**. 33 pp., em especial a p. 28, Mod. TC 1999.001, pesquisável em: https://erario.tcontas.pt/pt/apresenta/actualidade/sit_act.pdf (acesso em: 30.07.2023).

³⁴ Neste sentido, *vd.*, o disposto na alínea c), do artigo 199.º da CRP, pesquisável em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=4A0199&nid=4&tabela=leis&pagina=1&fica=1&so_miolo=&nversao=#artigo (acesso em: 30.07.2023).

³⁵ Neste sentido, *vd.*, o disposto nos n.ºs 6 e 7, respetivamente, da CRP, pesquisável em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=4A0112&nid=4&tabela=leis&pagina=1&fica=1&so_miolo=&nversao=#artigo (acesso em: 30.07.2023).

O artigo 135.º do CPA em vigor expressa que: “Para efeitos do disposto no presente Código, consideram-se regulamentos administrativos as normas jurídicas gerais e abstratas que, no exercício de poderes jurídico-administrativos, visem produzir efeitos jurídicos externos ⁽³⁶⁾”.

Como podemos verificar, o artigo 138.º do CPA em vigor, tem por epígrafe «Relações entre os regulamentos», expressando ao abrigo do disposto nos seus n.ºs 2 e 3, respetivamente que:



Já ao abrigo do disposto nas alíneas a) a d), respetivamente do n.º 3, do artigo 138.º do CPA, verificamos que:

“3 - Entre os regulamentos governamentais estabelece-se a seguinte ordem de prevalência:

a) Decretos regulamentares;

Desenvolveremos melhor os regulamentos governamentais, em Portugal, num outro estudo que estamos a elaborar. Na doutrina Portuguesa, acerca dos regulamentos, *vd*, entre outros, Canotilho, José Joaquim Gomes, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ª Edição. (22.ª Reimpressão), (Coimbra, setembro de 2003), Almedina, pp. 833-845 e elenco bibliográfico lá citado.

³⁶ Neste sentido, *vd*, o disposto no artigo 135.º do CPA, pesquisável em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=2248A0138&nid=2248&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo (acesso em: 30.07.2023).

- b) *Resoluções de Conselho de Ministros com conteúdo normativo* ⁽³⁷⁾ (Amaral, 2006, p. 187);
- c) *Portarias* ⁽³⁸⁾ (Amaral, 2006, p. 187);
- d) *Despachos* ⁽³⁹⁾ (Amaral, 2006, pp. 187-188)” ⁽⁴⁰⁾ (Correia / Marques, 2021, p. 224).

Deixamos aqui uma nota no sentido de que de acordo com o disposto nos n.ºs 1 a 4, respetivamente, do artigo 228.º do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia [antigo artigo 195.º do TCE ⁽⁴¹⁾ (Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia)]:

“1. O Provedor de Justiça Europeu, que é eleito pelo Parlamento Europeu, é competente para receber queixas

³⁷ A Resolução de Conselho de Ministros com conteúdo normativo, como nos explicava Diogo Freitas do Amaral, embora se trate de uma forma de regulamento do Governo possível, a verdade é a de que tal Resolução não tem obrigatoriamente o cariz de regulamento, ou seja, tal Resoluções pode ser em termos de aspetos materiais regulamento, mas também pode corresponder em aspetos materiais a um verdadeiro ato administrativo. Amaral, Diogo Freitas do, **Curso de Direito Administrativo, Com a colaboração de Lino Torgal**. Volume II, 5.ª Reimpressão da Edição de 2001. (Fevereiro de 2006), Almedina, p. 187.

³⁸ Referimo-nos a portaria nas situações em que determinado regulamento é emanado de um ou mais de um ministros que atuam em nome do Governo de Portugal, figura esta que não é autonomizada de forma expressa pela CRP. Amaral, Diogo Freitas do, **Curso de Direito Administrativo, Com a colaboração de Lino Torgal**. Volume II, 5.ª Reimpressão da Edição de 2001. (Fevereiro de 2006), Almedina, p. 187.

³⁹ Estamos perante um despacho nas situações em que determinado regulamento emana de um ministro em nome do respetivo ministério, e não em nome do Governo, está aqui presente a figura do denominado *despacho normativo*. Mas, também os denominados «despachos simples» podem ter matéria de âmbito regulamentar, mesmo que não seja adequado que a tenham. Amaral, Diogo Freitas do, **Curso de Direito Administrativo, Com a colaboração de Lino Torgal**. Volume II, 5.ª Reimpressão da Edição de 2001., (Fevereiro de 2006), Almedina, pp. 187-188. Os itálicos utilizados no corpo do texto assim como a expressão «despachos simples» foram assim utilizados por este autor, na p. 188, desta sua obra aqui citada. As aspas interinas utilizadas no corpo do texto são nossas.

⁴⁰ Neste sentido, *vd.*, o disposto nas alíneas a) a d), respetivamente, do n.º 3, do artigo 138.º do CPA, pesquisável em:

https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=2248A0138&nid=2248&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo (acesso em: 30.07.2023).

Acerca dos regulamentos independentes, *vd.*, o artigo 136.º do CPA em vigor, cuja epígrafe é «Habilitação legal», mais especificamente o disposto no seu n.º 1, na segunda parte do seu número 2, e, ainda, o seu n.º 3 que aqui transcrevemos: “1 - A emissão de regulamentos depende sempre de lei habilitante. 2 - Os regulamentos devem indicar expressamente as leis que visam regulamentar ou, no caso de regulamentos independentes, as leis que definem a competência subjetiva e objetiva para a sua emissão. 3 - Para efeitos do disposto no número anterior, consideram-se independentes os regulamentos que visam introduzir uma disciplina jurídica inovadora no âmbito das atribuições das entidades que os emitam.”, pesquisável em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=2248A0138&nid=2248&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo (acesso em: 30.07.2023). Na doutrina, acerca dos regulamentos, em geral, *vd.*, entre outros, Correia, J. M. Sérvulo / Marques, Francisco Paes, **Noções de Direito Administrativo**. Volume I. (2.ª Edição, julho, 2021), Almedina, pp. 224 e ss e elenco bibliográfico lá citado.

⁴¹ A sigla TCE correspondia ao «Tratado que instituiu a Comunidade Europeia». *Vd.*, e para maiores desenvolvimentos, Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (última atualização em 15.12.2017), pesquisável em: <https://eur-lex.europa.eu/PT/legal-content/summary/treaty-on-the-functioning-of-the-european-union.html> (acesso em: 30.07.2023).

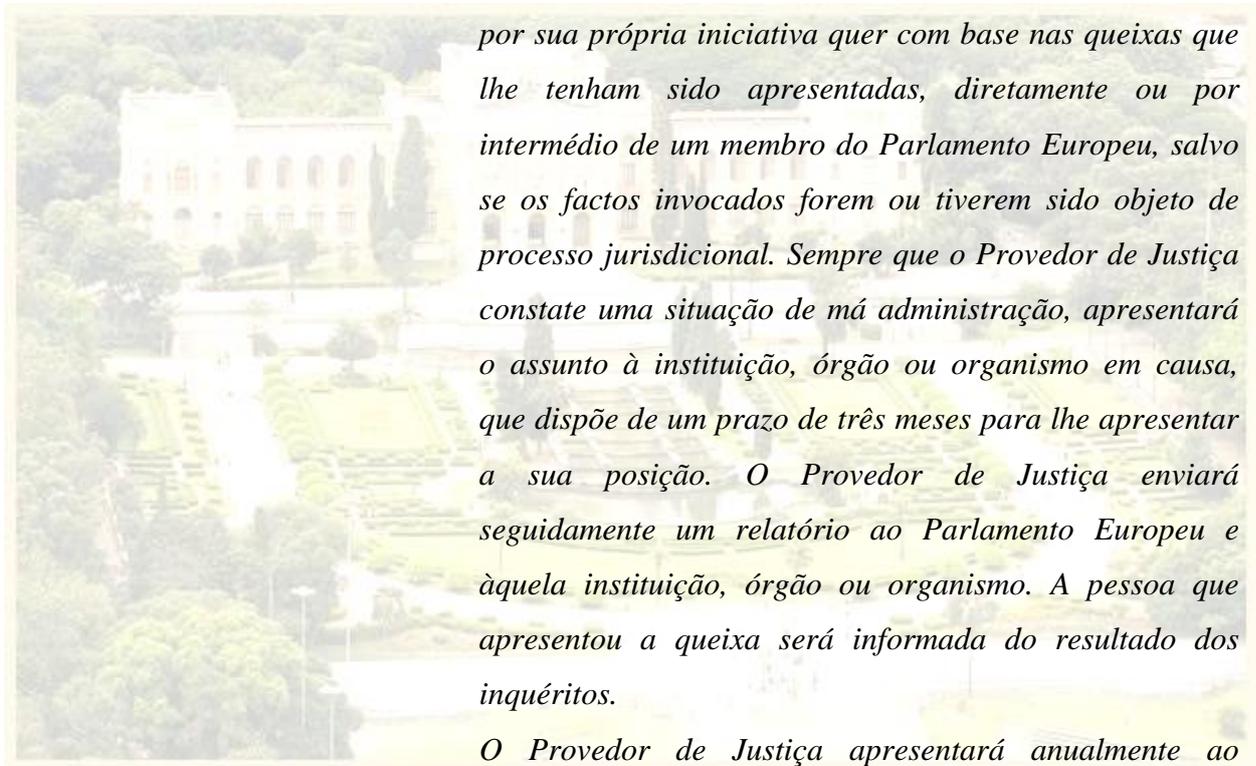
apresentadas por qualquer cidadão da União ou qualquer pessoa singular ou coletiva com residência ou sede estatutária num Estado-Membro e respeitantes a casos de má administração na atuação das instituições, órgãos ou organismos da União, com exceção do Tribunal de Justiça da União Europeia no exercício das suas funções jurisdicionais. O Provedor de Justiça instrui essas queixas e apresenta relatório sobre as mesmas.

De acordo com a sua missão, o Provedor de Justiça procederá aos inquéritos que considere justificados, quer por sua própria iniciativa quer com base nas queixas que lhe tenham sido apresentadas, diretamente ou por intermédio de um membro do Parlamento Europeu, salvo se os factos invocados forem ou tiverem sido objeto de processo jurisdicional. Sempre que o Provedor de Justiça constate uma situação de má administração, apresentará o assunto à instituição, órgão ou organismo em causa, que dispõe de um prazo de três meses para lhe apresentar a sua posição. O Provedor de Justiça enviará seguidamente um relatório ao Parlamento Europeu e àquela instituição, órgão ou organismo. A pessoa que apresentou a queixa será informada do resultado dos inquéritos.

O Provedor de Justiça apresentará anualmente ao Parlamento um relatório sobre os resultados dos inquéritos que tenha efetuado.

2. O Provedor de Justiça é eleito após cada eleição do Parlamento Europeu, pelo período da legislatura. Pode ser reconduzido nas suas funções.

A pedido do Parlamento Europeu, o Tribunal de Justiça pode demitir o Provedor de Justiça, se este deixar de



preencher os requisitos necessários ao exercício das suas funções ou tiver cometido falta grave.

3. O Provedor de Justiça exercerá as suas funções com total independência. No cumprimento dos seus deveres, não solicitará nem aceitará instruções de qualquer Governo, instituição, órgão ou organismo. Enquanto durarem as suas funções, o Provedor de Justiça não pode exercer qualquer outra atividade profissional, remunerada ou não.

4. O Parlamento Europeu, por meio de regulamentos adotados por iniciativa própria de acordo com um processo legislativo especial, estabelecerá o estatuto e as condições gerais de exercício das funções do Provedor de Justiça, após parecer da Comissão e com aprovação do Conselho” (42).

4. O DIREITO CONSTITUCIONAL E O DIREITO ADMINISTRATIVO NA ATUALIDADE PORTUGUESA: LAÇOS ESTREITOS OU LAÇOS DESFEITOS?

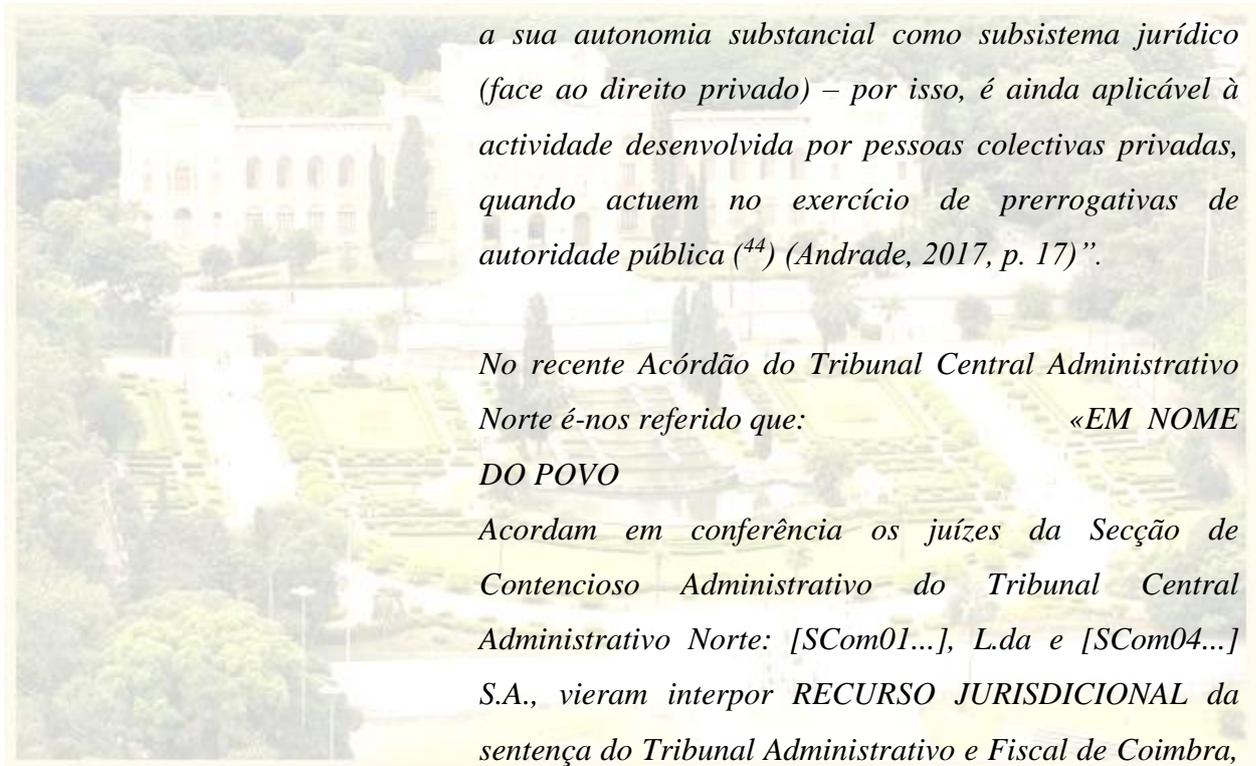
Para Jorge Bacelar Gouveia: “O Direito Constitucional, no contexto da sua inserção no Direito em geral, consiste no sistema de princípios e de normas que regulam a organização, o funcionamento e os limites do poder público do Estado, assim como estabelecem os direitos das pessoas que pertencem à respetiva comunidade política (43) (Gouveia, 2016, p. 31)”.

⁴² *Vd.*, o disposto nos n.ºs 1 a 4, respetivamente, do artigo 228.º do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia, pesquisável em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX:12012E/TXT> (acesso em: 30.07.2023).

⁴³ Gouveia, Jorge Bacelar, **Manual de Direito Constitucional**, Volume I – **Teoria do Direito Constitucional**. (6.ª Edição, 2016), Almedina, p. 31.

Parafraseando José Carlos Vieira de Andrade: “O Direito Administrativo abrange, em primeira linha, as normas que regulam a actividade materialmente administrativa das pessoas colectivas públicas, determinando os fins (interesses públicos), a organização e a competência dos órgãos, o regime jurídico da actividade e os meios de controlo e fiscalização.

O Direito Administrativo visa, no seu núcleo, disciplinar o exercício de poderes públicos de autoridade, que justifica a sua autonomia substancial como subsistema jurídico (face ao direito privado) – por isso, é ainda aplicável à actividade desenvolvida por pessoas colectivas privadas, quando actuem no exercício de prerrogativas de autoridade pública⁽⁴⁴⁾ (Andrade, 2017, p. 17)”.



No recente Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte é-nos referido que:

«EM NOME

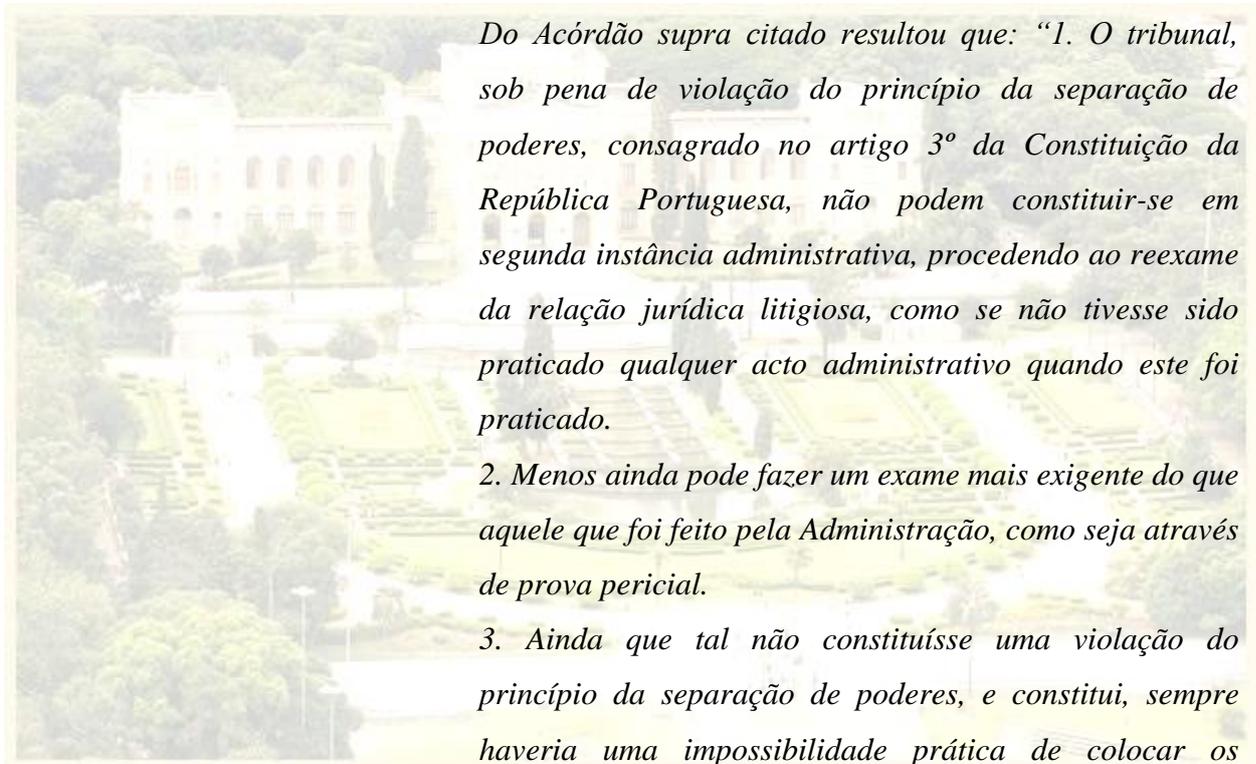
DO POVO

Acordam em conferência os juízes da Secção de Contencioso Administrativo do Tribunal Central Administrativo Norte: [SCom01...], L.da e [SCom04...] S.A., vieram interpor RECURSO JURISDICIONAL da sentença do Tribunal Administrativo e Fiscal de Coimbra, de 30.01.2023, pela qual foi julgada totalmente improcedente a acção de contencioso pré-contratual que intentaram contra a [SCom02...], E.I.M., S.A., para anulação do acto de adjudicação do concurso internacional “aquisição de equipamentos e software para a recolha de biorresíduos para implementação do projeto BIO-APIN” à Contra-Interessada [SCom03...], S.A. e

⁴⁴ Para maiores desenvolvimentos, Andrade, José Carlos Vieira, **Lições de Direito Administrativo**. (5.^a Edição, Coordenação Editorial: Maria João Padez de Castro, Design: Carlos Costa, Execução gráfica: www.artipol.net, Dezembro de 2017), Imprensa da Universidade de Coimbra | Coimbra University Press, p. 17 e ss e elenco bibliográfico lá citado.

para a prática do acto de adjudicação do concurso em apreço em nome das Autoras.

Invocaram para tanto, em síntese, que a sentença recorrida violou, pelo menos, o disposto no artigo 1º-A do Código de Contratos Públicos e bem assim o artigo 21º do programa do procedimento, dos quais fez uma incorreta interpretação e aplicação ao caso concreto em apreço ⁽⁴⁵⁾ (Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, Processo n.º 02279/22.8BEPRT, 1ª Secção do Contencioso Administrativo, datado de 19-05-2023)».



Do Acórdão supra citado resultou que: “1. O tribunal, sob pena de violação do princípio da separação de poderes, consagrado no artigo 3º da Constituição da República Portuguesa, não podem constituir-se em segunda instância administrativa, procedendo ao reexame da relação jurídica litigiosa, como se não tivesse sido praticado qualquer acto administrativo quando este foi praticado.

2. Menos ainda pode fazer um exame mais exigente do que aquele que foi feito pela Administração, como seja através de prova pericial.

3. Ainda que tal não constituísse uma violação do princípio da separação de poderes, e constitui, sempre haveria uma impossibilidade prática de colocar os tribunais na situação de segunda instância administrativa: a falta de meios técnicos e humanos para o efeito.

⁴⁵ Para maiores desenvolvimentos, *vd.*, o **Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, Processo n.º 02279/22.8BEPRT, 1ª Secção do Contencioso Administrativo, datado de 19-05-2023**, Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto (TAF do Porto), tendo sido descritor o Exmo. Senhor Dr Juiz Rogério Paulo da Costa Martins, tendo tido como descritores: «[O] princípio da separação de poderes; [a] discricionariedade técnica ou administrativa; [o] erro grosseiro; [a] prova pericial;», pesquisável em www.dgsi.pt (acesso em: 30.07.2023).

O meio processual aqui patente foi a «Impugnação Urgente - Contencioso pré-contratual (arts. 100º e segs. CPTA) - Recurso Jurisdicional». O CPTA é a sigla utilizada para denominar o Código de Processo nos Tribunais Administrativos Portugueses [Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro, com as suas sucessivas alterações], pesquisável em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=439&tabela=leis (acesso em: 30.07.2023).

4. *Faz por isso sentido que a apreciação da validade do acto se restrinja, quanto aos momentos de discricionariedade técnica ou administrativa, aos casos de erro palmar ou evidente ou de desvio de poder no acto administrativo praticado.*

5. *Até porque sobre a Administração impende, em primeira linha, o respeito pela legalidade, nas áreas da sua actuação – n.ºs 1 e 2, do artigo 266º da Constituição da República Portuguesa.*

6. *Assim sendo, não faz sentido, neste campo, fazer apelo à prova pericial. O erro palmar ou evidente é aquele que se pode captar pelo simples senso comum, como evidência. Sendo preciso perícia técnica para se concluir pelo erro, este já não é evidente, grosseiro.**

** Sumário elaborado pelo relator*

(art. 663º, n.º 7 do Cód. Proc. Civil) ⁽⁴⁶⁾ (Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, Processo n.º 02279/22.8BEPRT, 1ª Secção do Contencioso Administrativo, datado de 19-05-2023)''.

Note-se que, este Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, Processo n.º 02279/22.8BEPRT, 1ª Secção do Contencioso Administrativo, datado de 19-05-2023, Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto (TAF do Porto), tendo sido descritor o Exmo. Senhor Dr Juiz Rogério Paulo da Costa Martins, tendo tido como descritores: «[o] princípio da separação de poderes; [a] discricionariedade técnica ou administrativa; [o] erro grosseiro; [a] prova pericial»; foi votado por unanimidade pelos Senhores Drs Juízes Rogério Martins, Luís Migueis Garcia e Conceição Silvestre, sendo que os Senhores Drs juízes da Secção Administrativa do Tribunal Central Administrativo Norte, decidiram «NEGAR

⁴⁶ Para maiores desenvolvimentos, *vd.*, o **Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, Processo n.º 02279/22.8BEPRT, 1ª Secção do Contencioso Administrativo, datado de 19-05-2023**, Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto (TAF do Porto), tendo sido descritor o Exmo. Senhor Dr Juiz Rogério Paulo da Costa Martins, tendo tido como descritores: «[O] princípio da separação de poderes; [a] discricionariedade técnica ou administrativa; [o] erro grosseiro; [a] prova pericial;», pesquisável em www.dgsi.pt (acesso em: 30.07.2023). O itálico utilizado no corpo do texto é nosso.

PROVIMENTO AO RECURSO», mantendo, desta feita, a decisão ora recorrida. ⁽⁴⁷⁾ (Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, Processo n.º 02279/22.8BEPRT, 1ª Secção do Contencioso Administrativo, datado de 19-05-2023).

Ora, defendemos que o Direito Constitucional e o Direito Administrativo Portugueses têm laços estreitos, dado que sendo a Constituição da República Portuguesa a nossa Lei Fundamental, defendemos que o Direito Constitucional Português é o ramo dos ramos do Direito Público em Portugal, sendo que cumpre-nos mencionar que da nossa parte julgamos que o Direito Constitucional português é aquilo a que nós denominamos por Direito Constitucional Administrativizado, dado que pensamos que a Administração Pública Portuguesa encontra-se constitucionalmente consagrada em grande escala ⁽⁴⁸⁾ (Alves, 2022, p. 79 e nota 174). Logo, entre o Direito Constitucional e o Direito Administrativo Portugueses defendemos que existem verdadeiros laços estreitos e não laços desfeitos.

5. NOTAS CONCLUSIVAS

1. Em Portugal, atualmente, vigora o princípio da separação de poderes (legislativo, executivo e ju(ris)dici(on)al).
2. O Governo de Portugal, enquanto órgão de soberania que é por aplicação do disposto no n.º 1, do artigo 110.º da CRP, tem competências legislativas, executivas e políticas.
3. O Tribunal de Contas Português pode ser chamado pelo Governo de Portugal a pronunciar-se, através da emissão de parecer, acerca do conteúdo de projetos legislativos de cariz financeiro.
4. Entendemos que, situações existem em que o Direito Constitucional Português e o Direito Administrativo Português caminham “lado a lado”, na medida em que o Governo de Portugal possui poder legislativo, legislando sob a forma de Decreto-Lei

⁴⁷ Para maiores desenvolvimentos, *vd.*, o **Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, Processo n.º 02279/22.8BEPRT, 1ª Secção do Contencioso Administrativo, datado de 19-05-2023**, Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto (TAF do Porto), tendo sido descritor o Exmo. Senhor Dr Juiz Rogério Paulo da Costa Martins, tendo tido como descritores: «[O] princípio da separação de poderes; [a] discricionariedade técnica ou administrativa; [o] erro grosseiro; [a] prova pericial»; pesquisável em www.dgsi.pt (acesso em: 30.07.2023).

⁴⁸ Alves, Patrícia Pinto, **Direito Constitucional, Ensinaamentos**. cit., (2022), p. 79 e nota 174.

(DL), mas também tem competência para emanar regulamentos administrativos quer por aplicação de preceitos constitucionais quer por aplicação de preceitos previstos no Código do Procedimento Administrativo Português em vigor, pelo que a esta facticidade atribuímos da nossa parte a designação do Governo de Portugal enquanto órgão soberano legiferante e regulamentar, sendo certo, contudo, que os DL são atos legislativos e os regulamentos governamentais são atos normativos.

5. Em matéria regulamentar governamental julgamos da nossa parte que o legislador ordinário deveria ter dado na Constituição da República Portuguesa em vigor, e, no Código do Procedimento Administrativo Português em vigor, noções legais aos vários tipos regulamentares governamentais, e explicado, expressamente nestes dois diplomas legais, a hierarquia regulamentar, não tendo reservado apenas estas matérias para a doutrina e para a jurisprudência Portuguesas.

6. Seja como for, consideramos que o Governo de Portugal está munido de amplos poderes para exercer uma boa governação do país (Portugal).

7. Defendemos que o Direito Constitucional e o Direito Administrativo Portugueses têm laços estreitos, dado que sendo a Constituição da República Portuguesa a nossa Lei Fundamental, defendemos que o Direito Constitucional Português é o ramo dos ramos do Direito Público em Portugal, sendo que cumpre-nos mencionar que da nossa parte julgamos que o Direito Constitucional Português é aquilo a que nós denominamos por Direito Constitucional Administrativizado, dado que pensamos que a Administração Pública Portuguesa encontra-se constitucionalmente consagrada em grande escala. Logo, entre o Direito Constitucional e o Direito Administrativo Portugueses defendemos que existem verdadeiros laços estreitos e não laços desfeitos.

6. BIBLIOGRAFIA

Albuquerque, Armando, «A Teoria Lockeana da Separação de Poderes» / «The Theory of John Locke on the Separation of Powers», 16 pp., pesquisável em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4129304d04cff4cb> (acesso em: 22.08.2021).

Alves, Patrícia Pinto, **Direito Constitucional, Ensinaamentos**. (Lisboa, 2022), Quid Juris.

Amaral, Diogo Freitas do, **Curso de Direito Administrativo, Com a colaboração de Lino Torgal**. Volume II, 5.^a Reimpressão da Edição de 2001. (Fevereiro de 2006), Almedina.

Andrade, José Carlos Vieira, **Lições de Direito Administrativo**. (5.^a Edição, Coordenação Editorial: Maria João Padez de Castro, Design: Carlos Costa, Execução gráfica: www.artipol.net, Dezembro de 2017), Imprensa da Universidade de Coimbra | Coimbra University Press.

Canotilho, José Joaquim Gomes, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.^a Edição (22.^a Reimpressão). (Coimbra, setembro de 2003), Almedina.

Contas, Tribunal de, **O Tribunal de Contas na Actualidade**. 33 pp., em especial a p. 27, Mod. TC 1999.001, pesquisável em: https://erario.tcontas.pt/pt/apresenta/actualidade/sit_act.pdf (acesso em: 30.07.2023).

Correia, J. M. Sérvulo / Marques, Francisco Paes, **Noções de Direito Administrativo**. Volume I. (2.^a Edição, julho, 2021), Almedina.

Gonçalves, Pedro Costa, **Manual de Direito Administrativo**. Volume 1, (Setembro, 2020 – Reimpressão), Almedina.

Gouveia, Jorge Bacelar, **Manual de Direito Constitucional**, Volume I – **Teoria do Direito Constitucional**. (6.^a Edição, 2016), Almedina.

Locke, John, «The second Treatise of Government». In: **John Locke: Political Writings**, (Edited and with an Introduction by David Wootton, 1993). London: Penguin Books.

Miranda, Jorge, «Anotação ao artigo 2.^o da Constituição da República Portuguesa». In: Miranda, Jorge / Medeiros, Rui, **Constituição Portuguesa Anotada**, Volume I, **Preâmbulo, Princípios Fundamentais, Direitos e Deveres Fundamentais (Artigos 1.^o a 79.^o)**. (Coleção: Comentários de Leis, 2.^a edição revista, fevereiro de 2017), Universidade Católica Editora.

Peres, Paulo Sérgio / Bezerra, Gabriella Maria Lima, «Oposição Parlamentar: Conceito e Funções / Parliamentary Opposition: Concept and Functions». In: **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, (110), May-Aug 2020, e elenco bibliográfico lá citado, <https://doi.org/10.1590/0102-247298/110>, pesquisável em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/zG6wfNhTGpSRq5Px7nNMHLJ/#> (acesso em: 30.07.2023).

Santos, Fundação Francisco Manuel dos, **Direitos e Deveres - Quais são as funções e os poderes do Governo?.**, pesquisável em: <https://ffms.pt/pt-pt/direitos-e-deveres/quais-sao-funcoes-e-os-poderes-do-governo> (acesso em: 30.07.2023).

Silva, Suzana Tavares da, **Direito Constitucional I (Lições actualizadas e adaptadas às necessidades formativas do Espaço Europeu de Ensino Superior)**. (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Execução Gráfica: Simões & Linhares, Lda, Concepção Gráfica | Infografia: Ana Paula Silva, Coimbra, Agosto de 2016), Edição: Instituto Jurídico, pp. 17-18, pesquisável em: https://www.fd.uc.pt/~stavares/wp-content/uploads/2019/08/2_Direito-Constitucional-I-1.pdf (acesso em: 31.07.2023).

Sousa, António Francisco de, «A Separação dos poderes em Portugal, em especial o semipresidencialismo / The Separation of Powers in Portugal, in particular semi-presidentialism». In: **Revista Ibérica do Direito**. Volume 1, Número 2, Ano 1, Jul/Dez, 2020, Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos (IBEROJUR), p. 155.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, Processo n.º 02279/22.8BEPRT, 1ª Secção do Contencioso Administrativo, datado de 19-05-2023, Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto (TAF do Porto), tendo sido descritor o Exmo. Senhor Dr Juiz Rogério Paulo da Costa Martins, tendo tido como descritores: «[O] princípio da separação de poderes; [a] discricionariedade técnica ou administrativa; [o] erro grosseiro; [a] prova pericial;», pesquisável em www.dgsi.pt (acesso em: 30.07.2023).

Constituição da República Portuguesa.

Código do Procedimento Administrativo Português (CPA) [DL n.º 4/2015, de 07 de janeiro, com as suas sucessivas alterações].

«Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas» Português [Lei n.º 98/97, de 26 de agosto, com as suas sucessivas alterações].

https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=4A0002&nid=4&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo (acesso em: 30.07.2023).

https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=4A0112&nid=4&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo (acesso em: 30.07.2023).

https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=4A0199&nid=4&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo (acesso em: 30.07.2023).

https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=2248A0138&nid=2248&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo (acesso em: 30.07.2023).

https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=4A0209&nid=4&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo (acesso em: 30.07.2023).

https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=4A0002&nid=4&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo (acesso em: 30.07.2023).

https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=4A0110&nid=4&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo (acesso em: 30.07.2023).

https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=4A0110&nid=4&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo (acesso em: 30.07.2023).

https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=432&tabela=leis&ficha=1&pagina=1 (acesso em: 30.07.2023).

<https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/98-1997-193663> (acesso em: 30.07.2023).

https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=432&tabela=leis&ficha=1&pagina=1 (acesso em: 30.07.2023).

https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=4A0197&nid=4&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo (acesso em: 30.07.2023).

https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=4A0199&nid=4&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo (acesso em: 30.07.2023).

https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=4A0199&nid=4&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo (acesso em: 30.07.2021).

https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=4A0199&nid=4&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo (acesso em: 30.07.2023).

https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=4A0112&nid=4&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo (acesso em: 30.07.2023).

https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=2248A0138&nid=2248&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo (acesso em: 30.07.2023).

https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=2248A0138&nid=2248&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo (acesso em: 30.07.2023).

https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=2248A0138&nid=2248&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo (acesso em: 30.07.2023).

<https://eur-lex.europa.eu/PT/legal-content/summary/treaty-on-the-functioning-of-the-european-union.html> (acesso em: 30.07.2023).

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX:12012E/TXT> (acesso em: 30.07.2023).

https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=439&tabela=leis (acesso em: 30.07.2023).



All Rights Reserved © Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito

ISSN da versão impressa: **2236-5796**

ISSN da versão digital: **2596-111X**

academiapaulistaeditorial@gmail.com/diretoria@apd.org.br

www.apd.org.br



This work is licensed under a [Creative Commons License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)



SOCIEDADES NEOLIBERAIS NAS URNAS: UMA NARRATIVA RUMO AO DEVER DA LIBERDADE VIGIADA

NEOLIBERAL SOCIETIES AT THE BALLOT BOX: A NARRATIVE TOWARDS THE DUTY OF GUARDED FREEDOM

Lilian de Souza Zielinski¹

Orcid: <https://orcid.org/0009-0009-4791-4778>

Submissão: 12/06/2023

Aprovação: 30/07/2023

RESUMO:

O artigo destina-se à pesquisa do comportamento do eleitor-cidadão, desfraldando na contemporaneidade uma narrativa neoliberal para afirmação democrática. Uma amálgama que brota das distopias, construindo-se no imaginário global, vindas de diferentes origens, medos e anseios, mas projetadas em esperanças que vertem do governo que reúne uma plêiade de representantes em defesa de políticas públicas que promovem a inserção de indivíduos de diferentes etnias e classes, na realidade de inúmeros contextos sociais que permeiam na constatação da trilha histórica, filosófica e sociológica, havendo neste rastro, a observação da atuação política do eleitor-cidadão demonstrada na investigação de dois elementos que se apresentam numa liberdade vigiada, sendo por um lado, através de aspectos afirmativos e, por outro lado, aspectos negativos, cujo percurso, o trabalho demonstra que a busca por qualquer ponto de vista que se considerar, apresenta um viés novo e promissor voltado ao olhar da tríade "liberdade, igualdade, fraternidade" em contraponto às ideias democrático-totalitárias, incrustadas nas civilizações subjugadas na liberdade vigiada pelo Estado, principalmente, sob a égide do controle da ordem econômica, social e cultural.

¹ Graduada em Direito pela Universidade Mackenzie. Pós-Graduada em Direito Processual Civil e Direito Processual Penal pela EPM – Escola Paulista da Magistratura do TJSP. E-mail: lzielinski@tjsp.jus.br - Ark:/80372/2596/v12/014

PALAVRAS-CHAVES: Sociedades neoliberais. Direito Eleitoral. Políticas Públicas. Existencialismo por Jean-Paul Sartre. Liberdade vigiada.

ABSTRACT:

The article is intended to research the behavior of the voter-citizen, unfolding in contemporary times a neoliberal narrative for democratic affirmation, An amalgam that springs from the dystopias, building in the global imaginary, coming from different origins, fears and longings, but projected in hopes that pour from the government that brings together a plethora of representatives in defence of public policies that promote the insertion of individuals from different ethnic groups and classes, in the reality of numerous social contexts that permeate in the verification of the historical, philosophical and sociological trail, having in this track, the observation of the political performance of the voter-citizen demonstrated in the investigation of two elements that present themselves in a guarded freedom, being on the one hand, through affirmative aspects and, on the other hand, negative aspects, whose path, the work demonstrates that the search for any point of view that is considered, presents a new and promising bias directed to the triad "liberty, equality, fraternity" in counterpoint to the democratic-totalitarian ideas, embedded in civilizations subjugated in the freedom watched by the State, mainly, under the aegis of the control of the economic, social and cultural order.

KEYWORDS: Neoliberal societies. Electoral Law. Public policies. Jean-Paul Sartre's Existentialism. Surveilled freedom.

1. INTRODUÇÃO

Oferecer uma análise do tema, através dos saberes que emanam luzes ou trevas sobre do comportamento das sociedades neoliberais narradas pelas urnas, pelo sufrágio universal, partiu do interesse mais pelo resultado da pesquisa do que pela própria pesquisa. A este propósito, o estudo lançará um olhar para uma realidade que não se poderá passar despercebida, uma leitura que é fornecida pelos resultados aferidos nas urnas para eleger candidatos que se lançam no cenário político das nações democráticas. Diante dessa visão, uma pergunta inquietante acompanhará o desenvolvimento deste trabalho: Poderá ser esta realidade interpretada também fora da seara histórica, filosófica e científica?

A este propósito, o artigo se debruça, para uma análise dos rumos que pensam as sociedades modernas, ao qual, será observada quais as razões que movimentam que

turvam uma visão mais próxima, estão os povos de países democráticos, caracterizados por uma época de autolegitimação do saber científico. Outro desafio será compreender se esta travessia pelo século XXI, está sendo caracterizada pela “superação” no conhecimento das realidades que se mostram, no cenários das eleições, através da literatura, artes e filosofia. Não se ocupará este artigo em defender ou criticar as modernas sociedades, longe disso. Dessa maneira, a analisar dois elementos que se mostram: a observação da atuação política do eleitor-cidadão demonstrada na investigação que se apresentam pelo viés da liberdade vigiada, sendo por um lado, através de aspectos afirmativos e, por outro lado, aspectos negativos, demonstrando que a busca por qualquer ponto de vista que se considerar, apresenta um viés novo e promissor voltado ao olhar da tríade "liberdade, igualdade, fraternidade" em contraponto às ideias democrático-totalitárias, incrustadas nas civilizações subjugadas na liberdade vigiada pelo Estado, principalmente, sob a égide do controle da ordem econômica, social e cultural.

2. A POLÍTICA DA SOCIEDADE NEOLIBERAL ANALISADA PELO VIÉS DO CENÁRIO ELEITORAL

Narrar algo sobre o neoliberalismo, discorrer sobre este modo neoliberal construído por uma trajetória histórica, cultural, sociológica, antropológica, econômica etc. Há várias discussões na literatura neoliberalista que estuda sobre a complexidade do tema, apresentando vários ângulos, várias perspectivas teóricas diferentes, e este artigo apenas se ocupará em observar o comportamento das sociedades, que vivenciam esta realidade de sistema econômico, trazendo uma visão das possibilidades das formas e comportamentos que se expressam no cenário eleitoral, justamente impactando e modulando um perfil no consciente do cidadão e cidadã eleitores, quando convocados a participar do ato cívico em período eleitoral. Algo sobre neoliberalismo, remete-se a ideia do capitalismo que adquiriu ao longo da história, várias transformações da sociedade capitalista e tal como as sociedades, o capitalismo sofre mutações, justamente para continuar reproduzindo as relações básicas que compõem a sociabilidade capitalista.

O neoliberalismo criou condições políticas para o atual estágio de globalização, com a abertura de mercados e conseqüente redução do protecionismo, teoria esta, oposta do livre comércio. Outra característica do neoliberalismo é a não intervenção do Estado,

resgatando as ideias clássicas do liberalismo. A globalização que vivemos atualmente é o resultado do avanço de discurso político econômico. Esse modelo neoliberal vai tentar resgatar os pressupostos do liberalismo econômico como os de Adam Smith, John Locke e outros pensadores importantes do século XVI, XVII. Tentando recuperar as visões de uma sociedade livre, o neoliberalismo surgiu a partir da Segunda Guerra Mundial, nascendo, portanto, uma sociedade de mercado aberto. Foi nesta tentativa de romper com Estados interventores alegando que o Estado, ao intervir demais, tira a liberdade das ações econômicas, principalmente no que diz respeito a livre iniciativa privada, este cenário histórico demonstra evidentes nexos causais que, com o aparecimento do neoliberalismo, a ordem social,- por meio da qual os capitalistas empreenderam a recuperação da hegemonia econômica, social, política e cultural nas sociedades de capitalismo avançado e a neocolonização das nações periféricas, - impossibilitou o enfrentamento das raízes de suas inexoráveis crises. Foi logo após a Segunda Grande Guerra, optou-se pela estratégia da "fuga para frente", de modo a dar sobrevida a suas cíclicas fases de expansão da acumulação de capital, criando-se um padrão de acumulação que ficou conhecido como fordismo², cujo esgotamento, a partir de meados da década de 1960, passa a comprometer seriamente a acumulação de capital nos países de capitalismo avançado, deflagrando uma crise cuja natureza, inédita, ameaça sobremaneira a própria existência do sistema.

Dentro desse prisma, as ideias neoliberais ganham forças também, a partir do colapso do bloco socialista onde tínhamos um Estado altamente interventor, a chamada "Economia Planificada"³, onde o Estado determinava o que, como e quando produzir.

Quando esse modelo entrou em colapso, passou a disseminar a ideia de que o Estado altamente interventor seria prejudicial para a economia, com isso, então, fez predominar a filosofia neoliberal.

Ao reportar-se sobre o neoliberalismo, observa-se que este fenômeno que diz respeito a materialização, do modo de produção capitalista nas relações sociais em determinado tempo histórico, portanto, não afasta os estigmas inerentes do neoliberalismo a qualquer seguimento das convenções humanas, por justamente se traduzir por um modo sistêmico de operar na vida em sociedade. Verifica-se fartas críticas daqueles que o fazem com bases fundamentas do modo como se opera o sistema capitalista e, de um jeito ou de

² O **Fordismo** recebeu este nome em homenagem ao seu criador, Henry Ford. Este instalou a primeira linha de produção semiautomatizada de automóveis no ano de 1914.

³ A economia planificada é a proposta econômica que defende a máxima intervenção estatal na economia. Nessa lógica econômica, o estado é o principal detentor da produção.

outro, esse assunto engloba uma série de questões e possibilidades, pelos autores marxistas, que são críticos ferozes do neoliberalismo. Destarte, tratando de assunto muito complexo e considerando-se alguns aspectos fundamentais, tentar englobar - em que pese as várias perspectivas - mantém-se esta análise apenas para conceituá-lo na específica moldura que a temática deste artigo propõe.

Ademais, o termo liberalismo não é uma criação dos críticos do liberalismo e nem de grupos políticos de esquerda. O termo foi utilizado pioneiramente pelos próprios defensores do liberalismo, dos quais destaca-se, dentre outros, o economista austríaco Friedrich August von Hayek⁴.

Neoliberalismo, portanto, é o nome dado a um conjunto de teorias sociais que fundamentam a especialidade do chamado livre mercado; serve para demarcar a diferença que os liberais estabelecem em relação ao chamado liberal clássico ou naturalismo liberal, para o chamado neoliberais. O livre mercado não é um dado natural, ou seja, o livre mercado é uma construção política cultural, entretanto, por mediações espontâneas dos seres humanos, entende-se tratar-se de uma construção social e jurídica.

A ciência na atualidade tem funções sociais que são observadas, sem o prejuízo de tantas outras observações a serem colacionadas no universo jurídico-estatal-científico, cujos ramos das ciências econômicas, políticas e sociais, por mais distante que o próprio trabalho possa estar da aplicação técnica, ainda sim é um elo na cadeia de ações e decisões que determinam o destino da raça humana. A perspectiva desse destino ao qual será demonstrado neste trabalho, caminha-se para um pesadelo, cujos pensamentos das sociedades neoliberais distinguem o possível e o impossível, o sensato e o insensato, ao ponto do que é possível carecer de sentido.

Ressalta-se que as incertezas também são fundamentais para a vida, possibilitando um mundo infinitamente maior para se explorar. Não poderiam ser admissíveis em nenhum campo da ciência, crer em ideias sobre certeza absoluta, precisão absoluta, verdade suprema, etc., são produtos da imaginação humana que o tornam o próprio produto, indo além da ideia de consumidor, face ao comportamento transformador que caminha para numa visão do que se entende pelo clássico conceito de consumidor na cadeia consumerista e o que a realidade aponta, tornando o próprio consumidor um produto, uma coisa, um prosumidor (produto + consumidor). Por que a crença de que exista apenas uma verdade,

⁴ **Friedrich August von Hayek**, (Viena, 8 de maio de 1899 — Friburgo em Brisgóvia, 23 de março de 1992) foi um economista e filósofo austríaco, posteriormente naturalizado britânico. É considerado um dos maiores representantes da Escola Austríaca de pensamento econômico. Foi defensor do liberalismo clássico e procurou sistematizar o pensamento liberal clássico para o século XX, época em que viveu.

estando o próprio ser de posse dela, é o que se verifica ser a raiz de todos os males do mundo.

2.1. (RE)DESENHAR A GEOPOLÍTICA DA AMÉRICA DO SUL? ANÁLISE DA ATRAVÉS DA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

Amorim⁵, traz valiosas reflexões ao mencionar que o mesmo pode ser dito a respeito dos países quando se refere ao pensamento de José Ortega y Gasset: “o homem é o homem e sua circunstância”. Diz Amorim que “no caso de um país grande, como o Brasil, a circunstância é o mundo.” Cada país da América do Sul tem seus processos internos e pensar numa ação coordenada com o Brasil, constitui uma circunstância imediata.

A realidade, porém, demonstra que os países da América do Sul, vizinhos ao Brasil, encontram-se no nível mais baixo desde o início da Nova República, o que provém, partindo-se de uma ação coordenada de fora, pelo caminho da cooperação.

Amorim, menciona que: “a evolução na Argentina e na Bolívia, por exemplo, reacende as esperanças”. Para integração sul-americana e de maior aproximação no conjunto da América Latina e Caribe parece ser a principal tarefa dos defensores, a fim de contenção de danos. Afirmando que a realidade já foi outra e que é possível a construção de uma América Latina e Caribe fortes, unidos em sua diversidade e reconstruindo “laços de confiança”. Superar as brutais desigualdades e romper com a dependência externa, é um dos principais desafios de uma política externa que defenda os interesses nacionais sem abandonar a solidariedade e o respeito pelos nossos vizinhos, o que há de continuar a ser por muito tempo, uma tarefa de todos os que desejam uma América Latina mais justa e autônoma. “A nova geopolítica mundial, com seus traços de multipolaridade e de rivalidade bipolar entre Estados Unidos e China, apenas reforça essa necessidade.”⁶

Almada faz um alerta que “não é fácil a caminhada para a liberdade.”⁷

Para o autor, havia à época, desde o início do século XXI, um protagonismo revolucionário e transformador assumido pela Venezuela e América Latina e foi a partir do reordenamento de sua política interna. Embora Almada indagasse se de fato o protagonismo que se nutria substancialmente da relação com o povo. As Forças Armadas, provocada pela Revolução Boliviana, configurou um novo desenho político e socioeconômico para a região.

⁵ AMORIM, Celso. *Laços de confiança: o Brasil na América do Sul*. São Paulo: Benvirá, 2022, p.11

⁶ *Ibidem*

⁷ ALMADA, Izaías. *Venezuela: povo e Forças Armadas*. São Paulo: Editora Caros Amigos, 2007, menciona a frase de Nelson Mandela em mensagem enviada a um congresso da ANC em 1952 (ALMADA, 2007).

Entretanto várias foram as iniciativas do governo Chávez nesse sentido: os acordos com Cuba, onde a Venezuela ignora na prática o bloqueio econômico imposto pelos Estados Unidos; a criação da ALBA em oposição a ALCA, onde o conceito de comércio se baseia na solidariedade e não exclusivamente nos números frios das exportações e importações; as novas relações políticas e econômicas mantidas com países como a Argentina, o Uruguai, o Brasil, o Equador e mesmo a Colômbia, vizinho de situação política interna complexa. A criação da Telesur na área das comunicações. Da Petrocaribe e da Petrosur na área energética. Houve também a possibilidade de criação do Banco del Sur. Com sua política externa de integração e solidariedade, a Venezuela dá o exemplo pedagógico de que é possível enfrentar o dragão do neoliberalismo sem temores ou como cautelas excessivas.⁸

Almada lançou suas dúvidas sobre a Bolívia de Evo Morales, renovar políticas internas de reordenamento, apesar da desconfiança que houve, por inúmeros analistas políticos de que se trata de mais um “populista” a se eleger na América do Sul, sendo que esses mesmos políticos, lançaram a mesma análise com relação a Chávez, Fidel, alegando terem o mesmo discurso muito parecido que Morales, preconizando uma transformação cada vez mais necessária e possível para a região.⁹ Nessa mesma direção os cubanos, enfrentam o bloqueio norte-americano contra o seu país, o que, para Almada, pareceu encontrar na Venezuela uma parceria firme e a decisão de buscar alternativas concretas ao neoliberalismo, pareceu se mostrar estimulante para outros países que lutam há anos para sair do subdesenvolvimento e da dependência econômica em que se encontram.

Muitas foram as críticas dos analistas políticos bolivianos e internacionais sobre a vitória de Evo Morales nas eleições presidenciais, em dezembro de 2005, com 54% dos votos válidos. Morales desmentiu as pesquisas eleitorais e fato que ocorreu pela primeira vez na história da política boliviana. E para que não pairassem dúvidas quanto às suas alianças e parcerias estratégicas iniciais, antes de tomar posse, Morales tratou de visitar Fidel Castro em Havana e Hugo Chávez em Caracas. E menciona Almada a ironizada frase de Chávez: “O eixo do bem”, ao provocar a Casa Branca.

Antes de sua posse, Morales seguiu viagem pelo mundo e, passando por Caracas, foi recebido com honras de chefe de Estado. Entre os presentes a essa recepção estavam Ollanta Humala e sua esposa. Humala viajou na condição de candidato nacionalista ao governo do Peru nas eleições previstas para abril de 2006. O fato não passou despercebido da imprensa latino-americana e, na velha orquestração de sempre, comandada por

⁸ *Ibidem*, p. 147

⁹ *Ibidem*, p. 148

Washington, não faltou que visse no episódio a “interferência de Chávez na política interna do Peru”. Humala perderia as eleições para Alan García.

Lembrança trazida pelo Almada sobre a chegada ao governo uruguaio da Frente Ampla de Tabaré Vázquez¹⁰, não houve uma corajosa posição da Argentina de enfrentar as ameaças do FMI e dos credores internacionais, bem como do discurso de Nestor Kirchner na abertura do Encontro de Mar Del Plata em novembro 2005¹¹, quando nomeou claramente o neoliberalismo como o grande culpado pelas agruras por que têm passado o seu país e a América Latina. Também o México, entre a peregrinação zapatista por todo o seu território e a candidatura esquerdista de Obrador, parece dar mostras de que pretende suplantar definitivamente os anos da hegemonia do PRI. Bem como a volta dos sandinistas ao poder na Nicarágua. Essa perspectiva pode, inclusive, dar novos contornos à vitória da socialista senhora Bachelet no Chile, país onde os fantasmas de Pinochet e sua sanguinária ditadura ainda agem sobre o inconsciente coletivo.¹²

Todos esses indicativos, aliados às circunstâncias, desencadearam um aprofundamento da Revolução Bolivariana venezuelana e de um significativo aumento e pressão dos movimentos sociais em toda a América Latina, fazem pressupor um novo desenho geopolítico para essa região e o mundo. Nada que faça ainda condenar à morte o

¹⁰ **Frente Ampla:** é uma coalizão eleitoral artiguista, populista, democrática, anti-oligárquica, anti-imperialista, antirracista e anti-patriarcal de centro-esquerda a esquerda do Uruguai. Dela fazem parte vários partidos políticos e organizações da sociedade civil. A Frente Ampla foi fundada em 5 de fevereiro de 1971 na tentativa de eleger Líber Seregni à presidência da República. Com o golpe militar de 27 de junho de 1973, foi colocada na ilegalidade e reprimida, assim como os líderes que a formavam. Seu líder à época, Líber Seregni, chegou a ser preso. Sua fundação sintetizou um processo de união de uruguaios estabelecido pelo Congresso do Povo, a unidade sindical formada por uma central sindical única que chegou à unidade política com a fundação da FA, a qual se define como uma coalizão e movimento e é composta por partidos, movimentos e grupos que atuam junto com toda uma rede de militantes agrupados em comitês de base e organizações departamentais. Mais de trinta anos depois, já na democracia, elegeu Tabaré Vázquez para presidente do Uruguai. Após cinco anos de um governo popular, Vázquez elegeu seu sucessor, José Mujica. Em 2014, o próprio Vázquez foi eleito presidente novamente. Assim, a FA se manteve 15 anos no poder executivo no Uruguai. Em 2020, o partido deixou a presidência do Uruguai após a eleição de Luis Lacalle Pou, do Partido Nacional. Atualmente, a FA é formada pelo Movimento de Participação Popular, pela Assembleia Uruguai, pelo Partido Socialista, pelo Partido Comunista do Uruguai, pela Aliança Progressista, pela Vertente Artiguista, pelo Espaço Novo, pelos Cravos Vermelhos, pelo Partido da Vitória Popular, pelo Partido Operário Revolucionário, pelo Partido Socialista dos Trabalhadores, entre outros grupos de esquerda. Dentro dos grupos que compõem a FA, existem diferentes ideologias, como a social-democracia, o marxismo, o socialismo, o comunismo e, em menor medida, a democracia cristã e o liberalismo, bem como alianças, frentes e espaços internos. Essa força política promove, por sua vez, um modelo de estado de bem-estar. Por meio de seus legisladores, a FA reconhece o direito à morte digna, ao aborto, à união civil e adoção por pessoas do mesmo sexo e à mudança de nome nos documentos de transexuais. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Frente_Ampla_\(Uruguai\)](https://pt.wikipedia.org/wiki/Frente_Ampla_(Uruguai)). Acesso em: 01.05.2023.

¹¹ Discurso do Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos, José Miguel Insulza, na sessão de abertura da quarta cúpula das Américas. Disponíveis em: <<http://www.summit-americas.org/documents>> e <https://g1.globo.com/Noticias/Mundo/0,,AA1600021-5602,00-KIRCHNER+DEFENDE+INTEGRACAO+REGIONAL.html>

¹² Ibidem, p.149

capitalismo neoliberal, mas talvez um significativo amadurecer de consciências e de tomadas de posições para reparar injustiças sociais e sacudir o jugo de uma secular espoliação de riquezas do Novo Mundo pelas nações colonialistas e imperialistas. E esse desenho passa necessariamente por um novo pacto entre os povos da região e suas forças Armadas, de viés popular e democrático, nacionalista, e não mais oligárquico e antinacional.

NÃO SOU nada.

Nunca serei nada.

Não posso querer ser nada.

À parte isso, tenho em mim todos os sonhos do mundo.

FERNANDO PESSOA – Tabacaria¹³

A revista venezuelana América XXI, em seu nº 10, maio de 2005, traz um informe especial, onde se destaca o fato de que na Venezuela, em finais de 2004, se iniciou uma revolução dentro da revolução. Durante três dias, Chávez e seus ministros de Estado estiveram reunidos no Forte Tiuna e discutiram aquilo que o informe chama de Novo Mapa Estratégico, isto é, um aprofundamento da Revolução Bolivariana, estabelecendo-se dez pontos estratégicos para um salto adiante, cujo principal escopo é erradicar a pobreza na Venezuela até o ano de 2021. Uma meta ambiciosa e que prioriza dar “poder aos pobres”, como enfatiza o presidente, criar um novo modelo democrático de participação popular. Um dos pontos destaca a nova estratégia militar nacional que aprofunda a integração cívico-militar, não só para a defesa territorial do país e seu desenvolvimento econômico, mas também para uma integração militar latino-americana.

Chávez foi responsável por colocar a Venezuela em evidência no sistema internacional. Mas atribuir os acontecimentos na Venezuela apenas à hiperatividade de seu líder seria simplificar a realidade complexa do país. O presente trabalho afasta-se da tendência, comum em boa parte dos estudos, de sobre dimensionar a pessoa de Chávez e busca analisar a política externa venezuelana a partir de elementos estruturais, centrados na influência do petróleo.¹⁴

¹³ PESSOA, Fernando. *Poemas escolhidos*. Frederico Barbosa (org.). Coleção Ler é aprender. Jornal: O Estado de São Paulo. Ed. Klick

¹⁴ Revista América XXI, nº 10, maio de 2005, Informe Especial (págs. 8 a 14), matéria assinada por Maryena Presa Velásquez (www.americaxxiweb.com). Sobre o tema ver também a entrevista de Chávez a Heinz Dieterich no capítulo XV.

Inclusive também Almada prossegue sua investigação dentro do conceito da revolução dentro da revolução, podendo ser entendidos os passos dados por Chávez e pelo governo bolivariano a partir de 2006, na criação do PSUV (Partido Socialista Unido da Venezuela) e que já conta com quase 5 milhões de afiliados, 1,5 milhão em tempo integral; e da convocação de um referendo a se realizar em dezembro 2007, para eventual alteração do texto constitucional, onde se discute a modificação mais ousadas é a do artigo 136, onde se propõe a criação do Poder Popular, coma mesma equivalência republicana dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.¹⁵

Continente rico e população extremamente pobre, explorada, subjugada. Esse tem sido o destino de quinhentos anos dos povos do Novo Mundo ibérico. Sempre relegada a uma posição de coadjuvante no cenário internacional, vista mesmo como uma eterna fornecedora de matéria-prima e mão-de-obra barata para o cada vez maior enriquecimento das nações capitalistas, a América Latina parece acordar de vez da sua inércia e submissão aos interesses estratégicos de Washington, de Tóquio e da Comunidade Europeia, mesmo considerando as divergências e o grau de consciência para a mudança de cada um dos países que a integram.

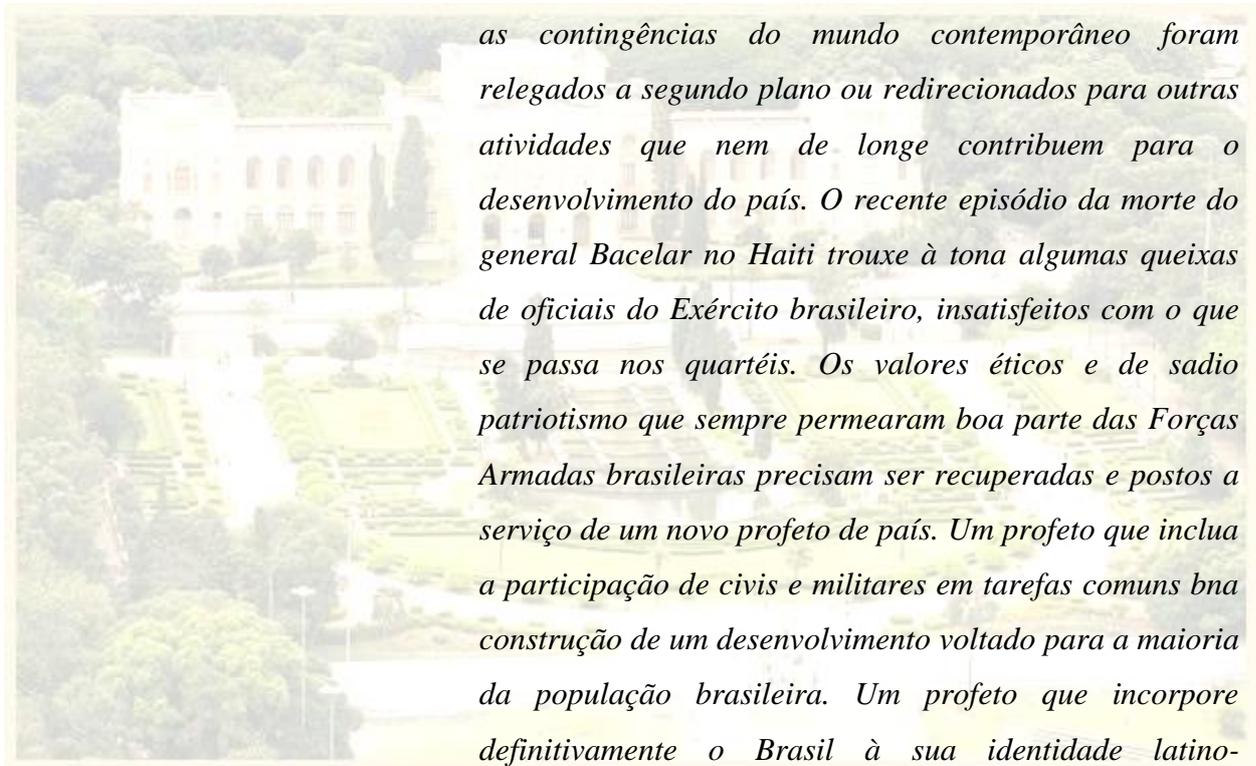
Enfim, o petróleo, o gás, o cobre, o urânio e o cobalto, a água potável, as florestas e os rios piscosos, a agropecuárias em expansão, enfim, os recursos hídricos e minerais em abundância, são motivos suficientes para que se pense seriamente na sua defesa e na organização de um pensamento de desenvolvimento endógeno integrado e soberano.

Almada traz um particular pensamento sobre as forças Armadas brasileiras ter um grande papel a jogar. A importância estratégica do Brasil nesse desenho geopolítico que ocorreu antes da tragédia que assolou o mundo na pandemia e após seu período crítico que levou o mundo a se reinventar e mudar seus modos, pelos trágicos e sucessivos fatos que resultou no redimensionamento quanto a gestão governo, com adoção de novas políticas públicas, mesmo assim, verifica-se que o autor detinha uma visão panorâmica de realidades que ao seu olhar poderiam traçar metas a ser reconhecida por todos:

E não se trata de apenas de defesa territorial, em particular da Amazônia. O número de mazelas sociais no Brasil é enorme e a contribuição dos militares para

¹⁵ “El Poder Popular se expresa constituyendo las comunidades, las comunas y el autogobierno de las ciudades, a través de los consejos comunales, los consejos obreiros, los consejos campesinos, los consejos estudiantiles y otros entes que señale la ley.” Artigo 136

extirpá-las, a exemplo da Venezuela, é inestimável. Nesse sentido, uma integração entre povo e Forças Armadas no Brasil, em nível popular, nacionalista e democrático é não só desejável, mas uma tarefa daqueles que ainda desejam a construção de um mundo mais justo e menos desigual. É sintomático que, no momento em que escrevo essas palavras (2006), se saiba que as forças Armadas brasileiras se encontram num estado de depauperação de seus efeitos, em que – propositadamente – os recursos destinados à sua modernização e instrumentalização para as contingências do mundo contemporâneo foram relegados a segundo plano ou redirecionados para outras atividades que nem de longe contribuem para o desenvolvimento do país. O recente episódio da morte do general Bacelar no Haiti trouxe à tona algumas queixas de oficiais do Exército brasileiro, insatisfeitos com o que se passa nos quartéis. Os valores éticos e de sadio patriotismo que sempre permearam boa parte das Forças Armadas brasileiras precisam ser recuperadas e postos a serviço de um novo profeta de país. Um profeta que inclua a participação de civis e militares em tarefas comuns na construção de um desenvolvimento voltado para a maioria da população brasileira. Um profeta que incorpore definitivamente o Brasil à sua identidade latino-americana. E também um profeta integral de soberania e democracia participativa. (ALMADA, 2007, p. 151-152).



Prossegue este capítulo, na visão de Mangabeira¹⁶, na busca da chave para compreensão desse cenário que geopolítico que atravessa décadas de insucessos políticos, não somente na América do Sul, mas no mundo em quase sua totalidade. Na convicção de

¹⁶ MANGABEIRA, João. *Em torno da constituição*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. VI (apresentação por Paulo Gustavo Gonet Branco. Dr. Em Direito (UNB). Professor do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Membro do Ministério Público Federal.)

Mangabeira autor, uma Constituição não pode ser vista apenas como uma construção intelectual destinada a especulações de juristas convencidos de que o direito não deve deixar-se contaminar com os elementos brutos da realidade. João Mangabeira enxerga na Constituição “um instrumento da felicidade coletiva”, conforme proclama no Discurso de 1926¹⁷, no título “Ainda o Poder Judiciário”, o autor mostra-se convicto de que: “a outra coisa não aspira uma Constituição, que não seja o bem estar do povo cuja vida política regula”. Mostra-se persuadido de que a Constituição, quando não é o documento de vitória de uma revolução social com ideário específico, “será sempre uma fórmula de equilíbrio e transação entre ideias, correntes e interesses, que atuam num meio social determinado”. Uma combinação do jurista e político, inseparáveis na personalidade do autor, assegurou-lhe, efetivamente, o mais “alto ponto de referência no campo do direito e da política”, como, em simpósio comemorativo do seu centenário de nascimento, depôs Josaphat Marinho. Se João Mangabeira não foi o “intérprete de artigos”, prosseguiu esse outro notável jurista e político baiano, foi ele “construtor de sistema normativo”, buscando inculpir nas instituições “não apenas a harmonia da lógica, mas, por igual, o timbre da utilidade social, sem privilégios. Empolgava-o a destinação da norma, como instrumento de equilíbrio entre os homens, sensível às transformações da sociedade”

No apontamento a várias preocupações que persistiam em enigmas desafiadores dos nossos contemporâneos, a serem encarado segundo as possibilidades de cada momento histórico. Fiel à crença socialista, (MANGABEIRA, 2019, p. VI-VII) permitiu-se ao brilhante verbo para denunciar injustiças sociais e excessos individualistas dos direitos liberais. E o faz com argumentos jurídicos apurados com a vocação humanista que aponta ao bom Direito.

Considerou sua defesa, como dever constitucional, que, na determinação do salário mínimo fossem devidamente computadas as necessidades dos trabalhadores e de suas famílias, a fim de que a quantia não se reduza ao elementar da sobrevivência, batizando o salário, como salário da fome, afirmando que já era um dever do senhor com relação ao escravo). O alerta às consciências democráticas para o perigo de se trivializar o ato de anular leis, produtos dos poderes políticos integrados por representantes do povo, por ele escolhidos, e submetido à responsabilidade política ínsita ao modelo de soberania popular. Recorre ao seu vasto conhecimento das peripécias da vida constitucional americana para apontar as graves consequências, por vezes sinistras, com danos gravíssimos a milhões de cidadãos e

¹⁷ Disponível em: <https://www2.senado.leg.br>

cidadãs. Avança em suas reflexões: “que o direito habilmente manejado é capaz de lançar a ponte entre a sociedade de hoje e a de amanhã”.

Mangabeira (2019, p. 128-129), sobre a eleição para presidente, mostrava uma severa visão crítica: “Os Governadores de mãos dadas, e empenhados nessa partida decisiva, jogada em torno de um nome, nella empregarão sempre, máxime no interior de seus Estados, todos os elementos formidáveis das machinas administrativas que dirigem.”

Como pode observar, a atualidade nos revela os mesmos vícios do passado e verifica-se que “ainda que o moderno é a época de uma razão forte dominada pela ideia de um desenvolvimento histórico do pensamento como incessante e progressiva iluminação. (...) essas coisas, pensaram mal, não leram os modernos, mas os manuais que falam deles. (ROSSI, 2000, p. 116).

3. SUFRAGIO UNIVERSAL: DIREITO NATURAL OU POSTO?

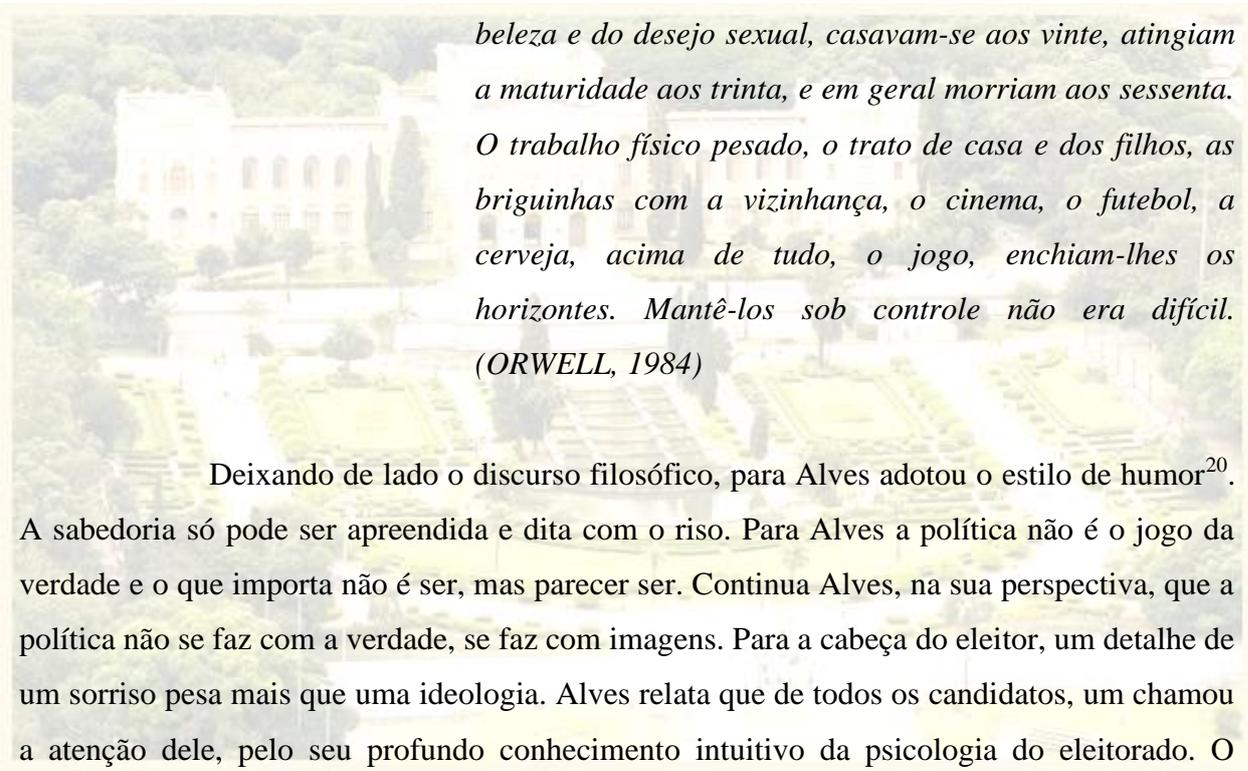
Remonta-se desde a Grécia antiga, uma semente embrionária da Democracia, em que era concedido aos cidadãos o poder para participar ativamente da vida política. Nesse sentido, o povo reunindo no Ágora, fez da Grécia seu o berço da democracia direta. O exercício direto e imediato do poder político, fez da praça pública, uma verdadeira nação.

Sobre política, Alves¹⁸ convida todos os eleitores refletirem sobre seu papel como responsável pelas escolhas políticas daqueles que alcançam o poder por meio do voto. Lançando seus créditos à proposta pedagógica. O trabalho do autor, é um alerta a todos que almejam encarar a responsabilidade na construção de uma cidade, de um estado e de um país mais justo e que atenda a todos em pé de igualdade.

O pedagogo, através das fábulas, apropriou-se do seu caráter educativo, promovendo na construção de uma visão crítica em torno de analogias, vivenciadas pelos

¹⁸ ALVES, Rubem. *Conversa sobre política*. 1. Ed. – São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2018. O livro *Conversas sobre política*, reúne trinta e oito crônicas escritas pelo autor e publicadas, em grande parte, por jornais de grande circulação no Brasil. Nele, você encontrará assuntos do universo da política brasileira abordados a partir de um ponto de vista que se baseia no cotidiano e que quase sempre se apoiam em uma fábula, um conto, um romance ou até mesmo em filmes e em obras de conhecidos escritores, filósofos, poetas, pintores e compositores lidos por Alves. O conjunto das crônicas presentes em *Conversas sobre política* foi publicado como livro pela primeira vez em 2002, e reeditado em 2010. Alves, ciente de que a vida social exige que cada cidadão atue politicamente, discute não só o governo no poder naquele momento, mas também em épocas anteriores, examinando os anos da ditadura militar (1964 – 1985), por exemplo. Título da capa: “Sou obrigado a votar...”

personagens demonstrando um retrato do cotidiano social no país. No final de várias crônicas, surge uma “moral da história” acompanhada de uma lição que deve ser aprendida. Percebe-se que ele “utiliza a mesma técnica, de maneira didática, ao citar outras fontes, como Charlie Chaplin, Chico Buarque, Gabriel Garcia Márquez, entre muitos outros, evidenciando sua versatilidade e seu amplo conhecimento de mundo”. Sobre a política, na perspectiva de Alves, não pode ser entendida com cabeça de filósofo: “Só pode ser entendida com cabeça de bufão”. Orwell¹⁹ chegou à conclusão semelhante:



Nasciam, cresciam nas sarjetas, iam para o trabalho aos doze, atravessavam um breve período de floração da beleza e do desejo sexual, casavam-se aos vinte, atingiam a maturidade aos trinta, e em geral morriam aos sessenta. O trabalho físico pesado, o trato de casa e dos filhos, as briguinhas com a vizinhança, o cinema, o futebol, a cerveja, acima de tudo, o jogo, enchiam-lhes os horizontes. Mantê-los sob controle não era difícil.
(ORWELL, 1984)

Deixando de lado o discurso filosófico, para Alves adotou o estilo de humor²⁰. A sabedoria só pode ser apreendida e dita com o riso. Para Alves a política não é o jogo da verdade e o que importa não é ser, mas parecer ser. Continua Alves, na sua perspectiva, que a política não se faz com a verdade, se faz com imagens. Para a cabeça do eleitor, um detalhe de um sorriso pesa mais que uma ideologia. Alves relata que de todos os candidatos, um chamou a atenção dele, pelo seu profundo conhecimento intuitivo da psicologia do eleitorado. O candidato não colocou, nos outdoors que o anunciam, nem promessas nem fotografias coloridas. Colocou apenas, ao lado do seu número e do apelido diminutivo, por que é conhecido, uma bola de futebol, quadriculada em preto e branco. Moral da história, o candidato sabe da psicologia do eleitorado que é a psicologia da torcida. A psicologia da

¹⁹ ORWELL, George, livro 1984, domínio público.

²⁰ Orwell escreveu o livro *Animal Farm* (em português apareceu como *A revolução dos bichos*). Todo mundo deveria lê-lo para rir e para ficar mais sábio. É a história de uma fazenda cuja bicharada resolveu fazer uma revolução democrática contra o fazendeiro. Nada mais racional. Mas quem leu o livro se lembra do final: o cavalo, que fazia o trabalho pesado, termina seus dias numa fábrica de mortadela, enquanto os gordos porcos, na liderança política, assumem democraticamente o poder em alianças secretas com o fazendeiro deposto. (ALVES, et. al, ORWELL, pág. 65)

torcida ignora ideias e ética. Por amor ao nosso time, todos os crimes são permitidos e perdoados. “Vote em mim! Será um gol para o nosso time!” – é isso que o outdoor do referido candidato está dizendo. Será reeleito pela torcida, diz Alves (2018, p. 65)

Relata o autor, sobre um outro gostava de posar de pregador evangélico, com a Bíblia na mão. Candidato com a bíblia na mão está dizendo: “Tenho ligação direta com Deus”. (...) Quem acredita ter ligação com Deus não precisa ter ligação com os homens. Se sei o que Deus deseja, por que perder meu tempo com aquilo que os homens desejam? Todo político que cita Deus é um ditador em potencial.

Democracia deve ser assim. Os partidos são os construtores. Cada um deve apresentar um projeto da casa-país que se propõe a construir. A democracia começa quando o eleitor escolhe o projeto menos ruim, e assim afirma Alves desconhecer alguma ideia entregue para análise da sociedade, através de um projeto por inteiro, com metas e logísticas fundamentadas para atender as demandas da sociedade. Alves: “Algum político terá? Todos prometem as mesmas coisas: segurança, estradas, indústrias, emprego, educação, saúde, mas, qual é o projeto?”. Continua o autor: “Não quero votar. Não quero dar o meu aval ao processo. Mas sou obrigado. Será um voto triste, sem entusiasmo e sem esperanças de ver construída a casa-país com que sonho.”

Refletir sobre a Esperança, Alves relata que alguns amigos ficaram preocupados com ele, ao revelar que estava deprimido, lembrando que numa de suas crônicas, escreveu que havia perdido a esperança. Escolheu, para exprimir o que estava sentindo, aquele verso terrível de Álvaro de Campos, em que se refere à “luxúria única de não ter já esperanças”. Moral da história, Alves entendeu que seus amigos concluíram que ele estava com a alma doente, deprimida, precisando, talvez, do auxílio de um psiquiatra, entretanto, disse: “Tranquilizem-se, de fato, perdi as esperanças no momento em que me decidi a acreditar naquilo que os meus olhos têm estado a me dizer pela vida afora.” A perda da esperança pode ser uma manifestação de lucidez. O próprio Álvaro Campos, sem modéstia alguma, ligava a perda da esperança à inteligência: “Sou inteligente: eis tudo”.

Falar sobre esperança, faz do leitor e leitora que, conhecedores da mitologia, lembrarão instintivamente, do mito da caixa de pandora,²¹

Em contraponto à perspectiva apresentada sobre a esperança, Maquiavel²², para o príncipe, o mais importante é ser virtuoso. E a sua pergunta segue-se a resposta

²¹ Pandora recebera de Júpiter uma caixa cujo conteúdo ela ignorava; impelida pela natural curiosidade do seu sexo, quis abri-la, e todos os males se espalharam pela terra. Fechou imediatamente a tampa, mas no fundo da caixa só ficou a esperança. (Mitologia Greco-Romana. Título do original francês: “La mythologie dans l’art ancien et moderne”. 1.ª ed., 1985 e 2.ª ed., 1991. Tradução: Aldo Della Nina, São Paulo: Opus Editora

surpreendentemente lúcida e cínica: “No jogo do poder o que importa não é ser, mas parecer ser” (...) “Política é caçada. Políticos são caçadores cuja presa é o poder. Mas todo caçador sabe que o segredo da caçada depende da capacidade de ocultar, dissimular, enganar.”

Sobre a educação, Alves (2018, p. 120-121), diz que todos os candidatos usavam e ainda usam, muito a mesma palavra, “educação”. Pois bem, uma democracia não sobrevive bem com um povo que não concorda com a imprescindibilidade educação para uma sociedade feliz. Mas, Alves indaga: “estarão dizendo a mesma coisa?” Conclui, portanto, em suas reflexões:

Wittgenstein, filósofo austríaco, passou a vida pensando sobre as palavras. E concluiu que elas são como bolsos, desses que há em paletós e vestidos. Um bolso é um vazio. Dentro do vazio do bolso muitas coisas diferentes podem ser colocadas. O nome do bolso não importa. O que importa é o que levamos dentro dele. Por isso, ao ver os políticos mostrando seus bolsos com o nome “educação”, eu fico angustiado. Não sei o que levam dentro deles.
(ALVES, 2018, p.120-121)

4. POLÍTICA E ARTE

Oliveira²³ (2021, p.15), lança pressupostos de uma relação entre direito e arte, lançando indagações sobre:

quais as relações que subjazem quando se pretende cuidar de direito e arte? Na medida em que a arte revela o

²²Maquiavel, O Príncipe, obra em domínio público.

²³ Oliveira, Régis Fernandes de. Direito e arte. Barueri, SP- ed.: Novo Século, 2021. “ O direito é autofágico. Elimina o direito antigo, ao mesmo tempo que institui o novo. A arte não mata. Cria coisas maravilhosas para sua sensibilidade humana.” (...) “É secular o confronto entre Estado e arte. O primeiro busca submetê-la ou utilizá-la como propaganda oficial do governo. A segunda resiste e, sutilmente, mostra o ridículo da imposição. O Estado se vale da violência; a arte da perspicácia. O texto analisa os movimentos artísticos em diversos momentos históricos e seu correspondente no mundo jurídico. O Estado usa a tributação e o poder de polícia para restringir a liberdade artística. A arte busca escapar dela. O Estado limita patrocínio ou financia os que são ideologicamente sintonizados. A arte cria novos caminhos. O autor não se preocupa exclusivamente com a norma jurídica; busca vê-la ao lado dos movimentos artísticos e na fluência do tempo. A sociedade agradece.”

substrato do que há na sociedade, as dimensões, os conflitos, as guerras, os sistemas políticos, os consensos, a harmonia e a paz, tudo ganha sentido nessa relação. É que os artistas, mais que ninguém, estão sintonizados com a sociedade e com os dilemas que esta vive. Como o artista se manifesta em determinado momento histórico? Ele, que vive dada realidade, expõe sua sensibilidade e retrata seus sentimentos nas obras que produz. Na medida em que o artista é um ser no e do mundo, retrata em sus obras (músicas, poesias, romances, esculturas, pinturas, danças e cinema) tudo que logra captar, com sua sensibilidade, todos os problemas que fluem no campo social.

Ao longo da história, o estado, utiliza-se das normas jurídicas, reprimindo os movimentos artísticos. É o abuso do direito para calar a sociedade. É o direito como instrumento dócil nas mãos de maus governantes para dominar o artista. Daí os contornos que surgem. A ideia da infraestrutura política é a perene busca à pacificação dos conflitos. O poder busca a dominação dos movimentos sociais, O artista por vezes se aliena. Em outras, participa. No mais das vezes, por seu papel social é chamado a se manifestar. Muitos o fazem ostensivamente; outros através dos símbolos que criam (música, literatura, pintura, escultura etc.).

O objetivo é levantar reflexões sobre qual a interferência da arte no direito e no estado e destes naquela. Ao falarmos de estado estamos nos referindo na estrutura do exercício do poder político. Às avessas, qual o potencial de a arte interferir na política? O direito disciplina condutas humanas, prevê regras para organizar a vida em coletividade e estabelece sanções na hipótese do descumprimento da conduta prevista na lei. Em primeiro, o estado capta , por seus agentes políticos, a realidade, observa-a e estabelece normas de convivência. Todos devem segui-las sob pena de uma reação da ordem jurídica (sanção institucionalizada). Assim, o cumprimento da norma é ignorado; seu descumprimento provoca uma reação que depende da maior ou menor lesão ao ordenamento normativo.

Previsão de comportamentos (na norma), descumprimento por parte de alguém e sanção. É assim que funciona o ordenamento normativo que disciplina as corretas condutas para possibilitar a boa convivência social.

O estado é governado por homens e, pois, sujeito a todas as virtudes e todos os defeitos de qualquer ser humano. Acertos e desacertos. Crueldade e bondade. Liberdade e não liberdade em eterno confronto. Luta de poderes. Direitos que nascem e morrem. Limites de comportamento para que não causem dano ao outro. Confrontos permanentes por força da natureza humana.

Cada qual de nós realiza suas atividades. Escolhe profissões, trabalha, produz, vende etc. Como qualquer ser humano comum. Alguns seguem o caminho da arte. Dentro de tal quadro é que surgem os artistas e suas obras. Mesmo o mais alienado deles vive em dada sociedade. Amam, casam-se ou têm relacionamentos homo ou heterossexuais, reproduzem-se, contam outros homens e mulheres, criam vínculos, desfazem-nos. A alteridade é conflituosa. Entram em órbita de confrontos em sua convivência.

5. AS DUAS FACES DA LIBERDADE VIGIADA

Através de décadas, enfatiza-se uma ideia fundamentalista de que as noções sobre a matéria se tornam adequadamente menos materiais, e as ideias sobre a mente, menos mentais. Esta é a base do monismo neutro que Russell²⁴ (1978, p.9) que apresenta como a chave do entendimento epistemológico. A ciência matemática traz significativas lições, (des) construindo paradigmas que se pulverizam em todos os seguimentos das convenções sociais e culturais.

²⁴ RUSSELL, Bertrand. *Análise da matéria*. Tradução de Nathanael C. Caixeiro. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978. Em A Filosofia de Bertrand Russell, organizada pelo Prof. Paul A. Schilp (1944), o Prof. Stace considerou o “Monismo Neutro de Russell”. Russell, em sua “Resposta à Crítica”, naquele volume, objetou a Stace sua manifesta exclusão de Análise da matéria na consideração daquele tópico para adequado posicionamento de “Análise da Matéria”, o desenvolvimento do pensamento de Russell, lembra a sua mais recente referência publicada sobre o trabalho.. Russell acrescenta que, embora haja algumas mudanças no modo de ver em relação às idéias contidas em nosso Conhecimento do Mundo Exterior e A Análise da Mente, que Stace considera, não obstante Análise da Matéria contém exposição mais ampla e minuciosa de teorias não muito diferentes daquelas anteriormente expressas. Por Lester E. Denonn, Nova Uork, N.Y. Março de 1954 (introdução, p.9)

É sempre um prazer no debate quando se pode voltar as palavras de um adversário contra ele. E parece-me prazer maior citar palavras alheias em seu favor. encontrar em Russell o que ele admirou em Poincaré, tal como expresso no Prefácio de Russell a Ciência e Método, de Poincaré. Há aqui “o frescor da experiência concreta, o contato vívido e íntimo com o que ele está expondo. Resulta, então, certa riqueza e eco em suas palavras: o som emitido não é oco, mas provém de uma grande massa da qual apenas a superfície polida aparece”. Tal é sempre a mente de Bertrand Russell em atividade. (DENONN, Nova Uork, N.Y. Março de 1954, (introdução, p.10).

No prefácio lançado no livro “Análise da Matéria, Russell, (1978, p.11), revela seu empenho em descobrir o resultado filosófico da Física moderna, na atualidade, em que pese, cercado de grandes dificuldades. Isto porque, enquanto a teoria da relatividade atingiu certa forma estável, pelo menos temporariamente, a teoria dos quanta e da estrutura atômica desenvolve-se com tal rapidez que é impossível avaliar que forma assumirá nos próximos anos. Nessas circunstâncias, impõe-se julgar que partes da teoria estão definitivamente estabelecidas e quais aquelas que provavelmente serão modificadas no futuro próximo. Para quem não é físico profissional, como o autor deste livro, esse julgamento é difícil, e tende provavelmente a ser lacunoso. O assunto da relação da “matéria” com o que existe, e em geral da interpretação da Física em termos do que existe, porém, não pertence à Física apenas. São necessárias a Psicologia, a Fisiologia, a Lógica Matemática e a Filosofia, além da física, para uma discussão adequada do tema de que trata este volume. Russel cita Leibniz, extraído da obra, Philosophische Werke, p. 320 : “Embora se tenha dito que toda essa vida não passa de um sonho, e que o mundo visível nada mais é que um fantasma, eu chamaria esse sonho ou fantasma de bastante real, se, empregado bem a razão, nunca fôssemos enganados por ele.”

Embora os pensamentos aqui, remontam década passada, entretanto as ideias vão além do tempo, ou seja, tornam-se atemporais, através da observação da ideia de Russell

e Flaubert²⁵ (1981), resta demonstrando novos rumos das ciências em perene reconstrução, cuja temática não escapa ao olhar da matemática e da física. Das intenções de Flaubert, nada melhor do que transcrever um trecho de uma carta sua a Louise, em dezembro de 1852

Você já percebeu que me estou tornando moralista? Será um sinal de velhice? Volto-me, certamente, para a alta comédia, pois sinto por vezes atrozes pruridos de descompor os seres humanos, e fá-lo-ei um dia, daqui a dez anos, num longo romance de larga enquadração (Bouvard e Pécuchet). Enquanto aguardo esse dia, acode-me uma velha idéia, a do meu Dicionário das idéias feitas. (Sabe o que é?) Sobretudo o prefácio excita fortemente; e, dada a maneira como o imagino (constituirá um livro inteiro), nenhuma lei poderá atingir-me, embora nele tudo ataque. Será a glorificação da história de todas as coisas aprovadas: demonstrarei que as majorias têm sempre razão e que as minorias estão sempre em erro; imolarei os grandes homens e todos os imbecis, os mártires e todos os carrascos, e isto num estilo inédito, de um só jato. Assim, quanto à literatura, provarei facilmente que, por se achar ao alcance de todos, o medíocre é o único legítimo, sendo preciso, por isso, desprezar toda originalidade como perigosa, estúpida, etc. Uma tal apologia de canalhice humana sob todos os seus aspectos, irônica, e ululante de começo a fim, cheia de citações, provas (que provarão o contrário) e textos terríveis (nada mais fácil), tem por objeto acabar, de uma vez por todas, com as excentricidades, quaisquer que elas sejam. Dessa forma abordarei a moderna ideia democrática a respeito da

²⁵ FLAUBERT, Gustave. *Bouvard e Pécuchet*. Tradução de Galeão Coutinho e Augusto Meyer. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 1981. Sinopse lançada na contracapa do livro e extraída para colacionar aqui, neste artigo firma-se e confirma-se em “Bouvard e Pécuchet - último romance de Flaubert, de publicação póstuma. Sátira e paródia - em torno dos ideais de dois personagens pequeno-burgueses em busca de um saber que amplie os horizontes de sua existência medíocre.

igualdade, segundo o conceito de Fourier: os grandes homens tornar-se-ão inúteis, e direi que foi para demonstrá-lo que escrevi este livro.

O estudo da matemática, comprime a sensibilidade e a imaginação, a nos provocar ecos, não raros, na explosão de terríveis paixões. “É preciso que a discórdia social se transforme em oceano no copo da anarquia, pois a ânsia da verdade está no fundo do vaso e torna-se preciso sorvê-lo até a última gota, para poder atingir esse sentimento tão útil.”

5.1. A SENSIBILIDADE NA ACESSIBILIDADE DO EXERCÍCIO ÀS URNAS

Étienne de La Boétie²⁶ em seu discurso sobre a servidão voluntária, ressalta o poder de um só homem exercer sobre os outros é ilegítimo e da preferência pela república em detrimento da monarquia. Em regra, crenças religiosas são limitantes, entretanto, observa-se com muita frequência a utilização deste método desviante pelos políticos, representantes do povo, o que se nomina de crenças ideológicas limitantes. Tal comportamento verifica-se, inclusive, desde as monarquias, mantendo o povo sob sujeição e jugo. La Boétie afirma no Discurso sobre liberdade e igualdade de todos os homens na dimensão política. Ora a reunião dessas liberdades sobrevém a fraternidade. O discurso informa sobre uma irracionalidade da servidão, incapacitando ser de per si repelir todas as formas de demagogia, o que pioneiramente, mais tarde ficará conhecido como psicologia de massas. Este o título provocativo da obra, indica uma espécie de vício, de doença coletiva. O Discurso, no século XVI, Montaigne considerava difícil prefaciá-lo, entretanto, é uma lógica absurda e triste, constatar que torna-se cada vez mais difícil pertencer-se. O ser humano encontra-se em amarras auto infligidas por toda a parte. Como dizia Manuel J. Gomes, importante tradutor de La Boétie para o português: Se em 1600 era tarefa difícil escrever um prefácio a La Boétie, hoje não é mais fácil. Hoje como nos tempos de La Boétie e Montaigne, a alienação é

²⁶ Étienne de La Boétie morreu aos 33 anos de idade, em 1563. Deixou sonetos, traduções de Xenofonte e Plutarco e o Discurso Sobre a Servidão Voluntária, o primeiro e um dos mais vibrantes hinos à liberdade dentre os que já se escreveram. Toda a sua obra ficou como legado ao filósofo Montaigne (1533 – 1592), seu amigo pessoal que, diante de uma primeira publicação — pirata — do Discurso em 1571, viu-se obrigado a se pronunciar a respeito da Obra, que procura minimizar em seus efeitos apodando-lhe o epíteto de —obra de infâncial e —mero exercício intelectual. Montaigne, com todo o seu inegável brilho intelectual, era um Homem do Estado e disso não escapava.

demasiado doce (como um refrigerante) e a liberdade demasiado amarga, porque está demasiado próxima da solidão.

Trazendo esta realidade para o cenário nas eleições, nota-se que o sistema que pretendia proteger os direitos das minorias foi pervertido. Ora, em uma democracia justa, é importante proteger os direitos das minorias, mas, a obviedade nos remete também a pensar na proteção dos direitos das majorias, ou seja, há de haver o equilíbrio da balança.

O esforço para privilegiar a vontade política da minoria começa com o controle do voto. Sobre o encarceramento das massas pode haver ocorrido por variados motivos, mas, evidente, que seus efeitos maléficos são percebidos a cada grupo e camadas sociais. Um desses efeitos, verifica-se como exemplo, a não permissão, de criminosas e criminosos condenados, votarem. Conforme observado por Stiglitz²⁷ (2021, 184-185), notavelmente, em muitos estados, presidiários e ex-presidiários são privados do direito ao voto, embora sejam contados para fins de representação. Alguns estados colocaram as penitenciárias em locais específicos como instrumento adicional de facilitação do “gerrymandering”²⁸.

A trajetória da experiência com a democracia demonstrou a importância de sistemas de freios e contrapesos. A democracia visa assegurar que nenhum indivíduo ou grupo tenha poder excessivo, e a Carta de Direitos foi criada para garantir que nem mesmo a maioria possa tomar certas liberdades com a minoria. Outro fator preponderante que não se pode escapar do olhar, encontra-se nos casos de imigração tentando restringir a entrada no país daqueles que têm mais probabilidade de votar nos democratas. O conflito sobre a política de imigração é, ao menos parcialmente, um conflito sobre futuros eleitores.

6. A SINCRONICIDADE DE UM DIREITO PENSADO

Novos desafios :

²⁷ STIGLITZ, Joseph E. Povo, poder e lucro: capitalismo progressista para uma era de descontentamento. Tradução Alessandra Bonruquer. - 3ª ed. – Rio de Janeiro: Record, 2021.

²⁸ *Gerrymandering* (palavra de origem norte-americana) é um controverso método de definir em termos de área os distritos eleitorais de um território para obter vantagens no número de representantes políticos (geralmente parlamentares) eleitos, em especial nos locais onde se utiliza o sistema eleitoral majoritário com voto distrita. O *gerrymandering* pode também servir para favorecer ou prejudicar um determinado grupo étnico, linguístico, religioso ou social ou político-partidário.

Mas o que é o próprio governo, senão a maior das críticas à natureza humana? Se os homens fossem anjos, não seria necessário governo algum. Se os homens fossem governados por anjos, o governo não precisaria de controles externos nem internos. Ao moldar um governo que deve ser exercido por homens sobre homens, a grande dificuldade reside nisso: é preciso primeiro capacitar o governo a controlar os governados e em seguida obrigá-lo a controlar a si próprio. A dependência para com o povo é, sem dúvida, o controle primordial sobre o governo, mas a experiência ensinou à humanidade que precauções auxiliares são necessárias. (MADISON, 1787-1788, p.350)²⁹

Na minha perspectiva, o pensamento lançado no artigo de Madison, carece de reflexão. Conseguir reconhecer através das imagens e conceituar o dia, implica na ideia que já conhecemos a noite. Assim é a nossa condição para construir nossa existência. Deixar a força dos anjos nos conduzir, será permitir ceifar qualquer condição de amadurecimento civilizatório.

Para o drama da liberdade, chegado o momento de colocar, face-a-face, a doutrina existencialista, por uma eixo representadas pelos filósofos do passado em Sartre e por outro, representado os filósofos do presente, em Attié.

A cada capítulo deste estudo, a doutrina existencialista de Sartre e Attié, esteve presente na construção do imaginário criativo, possibilitando condições afirmativas na construção da existência, rumo a liberdade na adversidade de tudo que há neste mundo.

Da teoria sartreana do ser-para-si conduz a uma teoria da liberdade. O ser-para-si define-se como ação e a primeira condição da ação é a liberdade. O que está na base da existência humana é a livre escolha que cada homem faz de si mesmo e de sua maneira de ser. O em-si, sendo simplesmente aquilo que é, não pode ser livre. A liberdade provém do nada que abriga o homem a fazer-se, em lugar de apenas ser e é desse princípio decorre a doutrina de Satre, segundo a qual o homem é inteiramente responsável por aquilo que é...

²⁹ MADSON; HAMILTON; JAY. Os artigos federalistas 1787 -1788. Tradução Maria Luiza X. de A. Boges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

Attíe³⁰ (2003, p.11), explica que sua obra traz uma perspectiva diversa dos manuais e estudos tradicionais. Sendo seu ponto de partida e de chegada, tocar no sentido ou na experiência, através do reconhecimento: “o direito é um modo da existência”. Fazer um saber ou uma instituição, “expressa-se no relacionamento das pessoas, mediado pela presença das coisas, constituindo uma experiência”. Na ciência do direito, entende-se as vicissitudes desse co-existir, que se estabelece de múltiplas maneiras, de diversos modos. A relação jurídica encontra fundamento na co-existência, o saber do direito constituindo-se como sua fenomenologia. Daquilo que influenciou, pois, “o caminho que o leitor e a leitora seguirão destacados pela filosofia da existência, pela antropologia política, pela crítica do direito romano e a nova história.”

De modo deliberado, Attíe não fixa definições e conceitos, não constrói estruturas, não constitui sistemas, alegando isto por duas razões: antes de tudo, Attíe não acredita que sejam procedimentos válidos para entender a relação jurídica; por se traduzir por uma inutilidade metodológica, afirma Attíe ser :

nociva ao fetichizar essências e criar tipos ideais, que sabemos não correspondem à realidade de que tratamos, parece claro que tais categorias desservem a captar um processo, uma relação, quer dizer, algo que se traduz em ato, dinâmica, movimento (sendo) e não em estado.

A obra³¹ conduz o leitor e a leitora a várias narrativas de experiências, compondo ensaios sobre as formas de tal co-existir, que destaca: “ como um conflito entre a identidade (ou a qualidade de ser, construir e fixar o mesmo, ou seja, a permanência) e a alteridade (ou a qualidade de ser outro, assim, a mudança), percorrendo múltiplos domínios do saber humano”, em especial, os que se atribuem a história, a antropologia, a psicanálise, a filosofia e a literatura, em um esforço para os não destacar do direito.

Conclui Attíe que: “se o direito se traduz na relação jurídica, tal relação é de conflito, o consenso sendo resultante de duas maneiras de relação: uma que nega as diferenças

³⁰ ATTÍE, Alfredo. *A reconstrução do Direito: existência, liberdade, diversidade*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

³¹ Divide-se o livro em duas partes: a) a primeira percorre o que defini como modos de identidade (chamados conversão, representação, julgamento, exploração, opressão e ilusão) ou a maneira como se constitui a dominação ou desigualdade; b) a segunda, os modos da diferença (o outro primitivo, a diversidade na história e a alteridade na inconsciência) ou a maneira de recuperar a liberdade, pá. 12.

e tenta – arbitrariamente – construir a identidade, destruindo o que caracteriza a diversidade das pessoas e das coisas (entes, enfim), outra que reconhece as diferenças e procura mostrar como logra permanecer, enquanto diversidade, para que a convivência, sempre difícil, possa se traduzir em liberdade.

Attíé traz uma inovadora visão ao recuperar, para o direito, uma concepção de propriedade: a) mais ampla por um lado: a ideia de propriedade, adequada à compreensão do modo de ser, é existência; b) mais precisa, por outro: esse modo de ser corresponde à reivindicação de uma existência específica – que se traduz em alteridade -, a qual se pode chamar selvagem (assim como já se falou na *pensée Sauvage*). A essa revisão original da propriedade corresponde: a) o que denominei presença (um modo da política e do direito), que se quer livre; e b) um pensamento (a compor tais existência e presença), que se faz na e da – e que é – diversidade. O fundamento da concepção do direito – que aqui faço operar – estaria na existência (que é propriedade), sua prática, na presença (que é liberdade) e seu pensamento, na diversidade. Ao por os termos dessa maneira, procurei afastar-me do caráter repetitivo dos manuais (tão vinculados à matriz kantiana, que se esquecem de a referir, por um lado, e a pretendem intocável, por outro) e da igualmente repetitiva análise da função social (e seu desligamento da ideia de estrutura) tateando novos percursos, os quais acreditei mais profícuos para a apreensão do direito e de suas vicissitudes, não um fenômeno (estático, pois), mas um processo (devir).

Attíé ligou todo o percurso à configuração, desejo ou desenho diverso a) da justiça: compreendida como acolhimento; e b) do direito, após a crítica de seu caráter de dominação (legal, pessoal, subjetivo e, pretensamente, humano) na modernidade. Nesta crítica, procurei não desligar os enunciados normativos – e sua interpretação (doutrinária e jurisprudencial) - de sua realização concreta..³²

Na tópica das paixões e rumo a luz Attíé mapeia as condições que traduzem a face da liberdade: “Negadas as diferenças para construir a identidade, a diversidade de pessoas e coisas é destruída. Reconhecidas as diferenças, a convivência, difícil embora, se traduz em liberdade. Na sociedade selvagem propriedade é alteridade, na medida em que ser primitivo é ser outro. O ser humano justo é justo, quando ele observa e se conforma à objetividade das coisas do mundo ou é aquele disponível à realidade que emana do ser das coisas.”

³² Ibidem, pág. 13-26



“Cessem do sábio grego e do Troiano as navegações grandes que fizeram; cale-se de Alexandre e do Trajano a fama das vitórias que tiveram, que eu canto o peito ilustre lusitano; cesse tudo o que a Musa antiga canta”

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todas as nações, umas alimentam a vitória por quebrarem as algemas do despotismo e autoritarismo, outras ainda tardam a erguer-se pelo grito da liberdade; porque, àquelas pela flama que culmina nas distopias, se salvaram; estas estão a beber até as últimas gotas do fel da tirania se não cantarem pela vontade, não na faculdade do simples desejo latente, mas na energia vital resultante da força da alma; não pela espada que sangra, mas pela espada do conhecimento que rasga o véu das ilusões. Por toda a parte do planeta, levantam-se os povos em incessantes lutas contra a execrável imbecilidade dos governantes. A hipocrisia e a maledicência, há de ser iniqua contra a espécie humana. Nossas dificuldades no século XXI, mostram-se diferentes e até estranhas no seu modo de se manifestar, considerando o avanço acelerado da política e do direito dos povos, através das portas da tecnologia do universo virtual, mas inquietantemente semelhantes àquelas que encontramos registrados nos livros de séculos e décadas de nossos imortais filósofos, cientistas e artistas. Isso não significa que não haja nada que possamos fazer. Destarte, não se pode ignorar que muitos de nós ainda estamos presos ao cipoal das ilusões a esperar uma civilização planetária que faça uma passagem harmoniosa para um futuro promissor com os que nos representam na política. Não precisamos ficar parados e esperar pelo resgate dos governantes. Contudo, tal desfecho benigno, exige ação decidida de todos, governantes e governados, a ser implementada com urgência, cujo intento será atingido se campanhas sustentadas em ideologias humanitárias e democráticas, conseguirem transformar atitudes coletivas e estilos de vida. A sensação de se ter nas mãos o poder de decisão de enfim sacudir, de viva força, o jugo de ferro que por tantos séculos vem-nos pesando o jugo. Sempre há tempo de todos nós, através de todas as artes e ciências unidas em Gaia. Este estudo versou na observação de dois elementos: a liberdade vigiada pelos governantes (Estado) e a liberdade vigiada pelos governados (Nação).

Não mais precisamos pertencer à antiga sociedade dos poetas mortos

A maledicência dos que nos representam e dos que a eles apoiam, enquanto nação e a futilidade das ilusões com que os nossos pais e avós nos embalaram, são como penas soltas ao vento que impossibilitam seu recolhimento, engessando nossas possibilidades. Riscar para sempre da memória esses ridículos preconceitos de nos farta em superstição, com o pérfido intuito de mais a seu alvo, nos emburrecer e envelhecer.

A consciência existencial traz para o papel a ser desempenhado no sufrágio universal, direito dos povos, um comportamento às urnas determinadas narrativas, lidas conforme cenários e contextos históricos.

Estudar filosofia, artes, música, estética, alimenta o pensamento ético. Com avante se observará, a esperança se baseia na união de dois poderes espirituais, a consciência moral da inaceitável guerra degenerada no assassinato em massa de indefesos e o conhecimento racional da incompatibilidade da guerra tecnológica com a sobrevivência da raça humana.

As incertezas também são fundamentais para a vida, possibilitando um mundo infinitamente maior para se explorar. Não poderiam ser admissíveis em nenhum campo da ciência, crer em ideias sobre certeza absoluta, precisão absoluta, verdade suprema, etc., são produtos da imaginação humana que o tornam o próprio produto, indo além da ideia de consumidor face ao comportamento que se transforma numa versão prosumidora (produto + consumidor). Porque a crença de que exista apenas uma verdade, estando o próprio ser de posse dela, é o que se verifica ser a raiz de todos os males do mundo.

Refletir sobre perspectivas fundamentalmente vitais e ligadas à ciência. Uma delas é a relação entre a teoria e a prática, entre o pensar e o agir. As Musas das artes liberais, parecem apontar para o mundo da subjetividade, para o campo dos nossos (pré) julgamentos e conjecturas frente ao desconhecido. Mas enquanto as ideias e as intenções estão apenas no âmbito da teoria, a situação é menos grave e os malefícios não efetivados. O problema é a passagem da teoria para a prática. Essa passagem é simbolizada pela Esfinge. Ou seja, a ciência se desenvolve numa dialética entre a teoria e a prática. Como deve ser a relação entre estas esferas? Por que a relação entre ambas na maioria das vezes é conflituosa e desajustada? O aspecto bom ou ruim que a ciência possa assumir vai depender do modo como essas dimensões entre a escolha, a decisão e a ação, vão se atualizar. O existencialismo é um humanismo para um fim sem fim, na perene reconstrução do Direito em sua existência, rumo à liberdade, não com um fim em si, mas um fim para si, na diversidade das coisas e o outro.

BIBLIOGRAFIA

ALMADA, Izaías. *Venezuela: povo e Forças Armadas*. São Paulo: Editora Caros Amigos, 2007.

ATTIÉ, Alfredo. *A reconstrução do Direito: existência, liberdade, diversidade*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

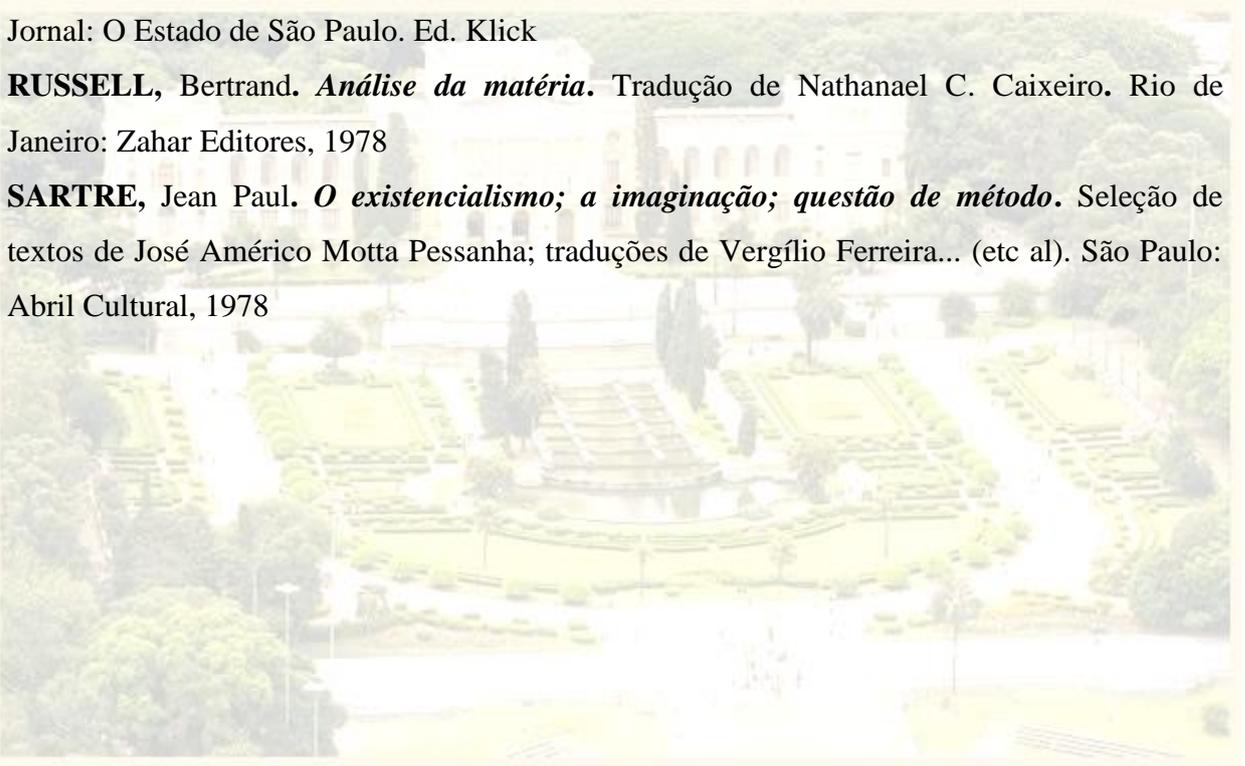
FLAUBERT, Gustave. *Bouvard e Pécuchet*. Tradução de Galeão Coutinho e Augusto Meyer. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 1981.

MANGABEIRA, João. *Em torno da constituição*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019

PESSOA, Fernando. *Poemas escolhidos*. Frederico Barbosa (org.). Coleção Ler é aprender. Jornal: O Estado de São Paulo. Ed. Klick

RUSSELL, Bertrand. *Análise da matéria*. Tradução de Nathanael C. Caixeiro. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978

SARTRE, Jean Paul. *O existencialismo; a imaginação; questão de método*. Seleção de textos de José Américo Motta Pessanha; traduções de Vergílio Ferreira... (etc al). São Paulo: Abril Cultural, 1978



All Rights Reserved © Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito

ISSN da versão impressa: 2236-5796

ISSN da versão digital: 2596-111X

academiapaulistaeditorial@gmail.com/diretoria@apd.org.br

www.apd.org.br



This work is licensed under a [Creative Commons License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

UMA ANÁLISE DA DISPUTA DE MEMÓRIAS SOBRE A DITADURA MILITAR BRASILEIRA (1964-1985)

AN ANALYSIS OF THE DISPUTE OF MEMORIES OF THE BRAZILIAN MILITARY DICTATORSHIP (1964-1985)

André Ricardo dos Santos Lopes¹

Giulia Rossi Moraes²

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8200-9521>

Orcid: <https://orcid.org/0009-0006-7190-1342>

Submissão: 23/10/2023

Aprovação: 31/10/2023

RESUMO:

Neste artigo, procuramos analisar a atual disputa de memórias sobre o período da última Ditadura Militar brasileira (1964-1985). Para tanto, inicialmente, efetuamos uma breve reflexão sobre a memória e a sua relação com os Direitos Humanos; em seguida, tratamos da “*weaponização*” (*weaponization*) da memória nas redes sociais; e, por fim, realizamos reflexões correlacionando as ideias apresentadas até o momento com a conjuntura do Brasil contemporâneo, de confronto pelas memórias da Ditadura Militar entre a memória coletiva daqueles que se opuseram ao regime militar e a daqueles que são a favor do governo autoritário, a atual Extrema Direita política. O presente trabalho utilizou como método o levantamento bibliográfico e análise crítica e comparativa de livros, artigos e relatórios relacionados aos assuntos explorados, bem como o levantamento e a análise de documentos jurídicos.

¹ Mestrando em Direitos Humanos (PPGD FDUSP). Especialista em Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional dos Direitos (Università di Pisa) e em Direito Internacional Aplicado (ESA OAB-SP; Ebradi). Bacharel em Direito (PUC-SP) e História (FFLCH-USP). Pesquisador do CIDHSP/APD, da Academia Paulista de Direito, vinculado à Cadeira SanTiago Dantas. E-mail: andre.ricardo.lopes@alumni.usp.br - **Ark:/80372/2596/v12/015**

² Mestranda em Direitos Humanos (PPGD FDUSP). Bacharela em Direito (Unisantos). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos e Vulnerabilidades/Unisantos. E-mail: giuliarmoraes@usp.br - **Ark:/80372/2596/v12/014**

PALAVRAS-CHAVE: Memória Coletiva. Ditadura Militar. Violações de Direitos Humanos. Extrema Direita. Justiça de Transição.

ABSTRACT:

In this article, we seek to analyze the current dispute over memories about the period of the last Brazilian Military Dictatorship (1964-1985). For this purpose, initially, we make a brief reflection on memory and its relationship with Human Rights; then, we deal with the “weaponization” of memory on social networks; and, finally, we carry out reflections correlating the ideas presented so far with the situation in contemporary Brazil, of confrontation through the memories of the Military Dictatorship between the collective memory of those who opposed the military regime and those who are in favor of the authoritarian government, the current political Far Right. The present work used as a method the bibliographical survey and critical and comparative analysis of books, articles and reports related to the subjects explored, as well as the survey and analysis of legal documents.

KEYWORDS: Collective Memory. Military Dictatorship. Human Rights violations. Far Right. Transitional Justice.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Memórias. 3 Memória e Direitos Humanos. 4 A disputa de memórias sobre a Ditadura Militar. 5 Considerações finais. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Neste artigo, procuraremos analisar a atual disputa de memórias sobre o período da última Ditadura Militar brasileira (1964-1985).

Para tanto, inicialmente, nas duas primeiras partes, efetuaremos uma breve reflexão sobre a memória e a sua relação com os Direitos Humanos, sob um enfoque de Justiça de Transição, e como os processos de memória influenciam na sociedade, e a importância dos diversos atores para a construção da memória nacional.

Em seguida, tratamos da “weaponização” (*weaponization*) da memória nas redes sociais, sendo demonstrada a interlocução dos temas e suas correlações, bem como a forma que lidamos atualmente para dirimir as problemáticas atuais e a análise de novas implementações com os seus desdobramentos.

Por fim, realizamos reflexões correlacionando as ideias apresentadas até o momento com a conjuntura do Brasil contemporâneo, de confronto pelas memórias da Ditadura Militar entre a memória coletiva daqueles que se opuseram ao regime militar e a daqueles que são a favor do governo autoritário, ou seja, os adeptos do ideário da atual Extrema Direita política.

O objetivo geral deste artigo é refletir sobre a atual disputa de memórias sobre o período da última Ditadura Militar Brasileira, que vem sendo travada entre aqueles que se opõe ao regime ditatorial e a atual Extrema Direita, a favor do autoritarismo. Já seus objetivos específicos são: pensar sobre a relação entre a memória e os direitos humanos, principalmente no que se refere à memorialização das graves violações de direitos humanos; observar a “weaponização” da memória que se atualmente apresenta nas redes sociais, alimentando o discurso da Extrema Direita em nível global; e analisar o atual contexto brasileiro de disputa de memórias sobre a Ditadura Militar.

A fim de alcançar este objetivo, o presente trabalho utilizará como método o levantamento bibliográfico e análise crítica e comparativa de livros, artigos e relatórios relacionados aos assuntos explorados, bem como o levantamento e a análise de documentos jurídicos.

2. MEMÓRIAS

A Memória Coletiva, como fenômeno social, possui grande importância na proteção dos direitos humanos. Assim, vale, inicialmente, algumas ponderações acerca do que é a memória coletiva e a sua relação com os direitos humanos.

De acordo com o historiador Ulpiano Torres Bezerra de Menezes, a caracterização mais frequente da memória é como mecanismo de registro e retenção, depósito de informações, conhecimentos, experiências³. Contudo, segundo o autor, citando a psicóloga Ecléa Bosi, a memória não é um mero agrupamento de recordações, previsto e acabado, mas sim um processo permanente de construção e reconstrução⁴. O próprio esforço investido pelos grupos e sociedades para fixá-la e garantir-lhe estabilidade já é o indício de sua

³ MENEZES, Ulpiano T. Bezerra de. História, cativa da memória? Para um mapeamento da memória no campo das Ciências Sociais. **Revista do Instituto de Estudos Brasileiros**, São Paulo, n. 34, 1992, p. 10. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rieb/article/view/70497/73267>. Acesso em: 07 ago. 2023.

⁴ BOSI, Ecléa. **Memória e sociedade. Lembrança de velhos**. São Paulo: T. A. Queiroz, 1971, p. 7 *apud* MENEZES, 1992, p. 10.

dinamicidade⁵. Bezerra de Menezes também afirma que, diferente da voz corrente, na qual a memória aparece como enraizada no passado, a memória teria, sim, sua concepção e compromisso no e com o presente.

*Ora, como se viu, a memória enquanto processo subordinado à dinâmica social desautoriza, seja a idéia de construção no passado, seja a de uma função de almoxarifado desse passado. A elaboração da memória se dá no presente e para responder a solicitação do presente. É do presente, sim, que a rememoração recebe incentivo, tanto quanto as condições para se efetivar.*⁶

Portanto, a memória, para Bezerra de Menezes, em oposição à História, caracteriza-se da seguinte maneira:

*De todo o exposto até aqui evidencia-se como imprópria qualquer coincidência entre memória e História. A memória, como construção social, é formação de imagem necessária para os processos de constituição e reforço da identidade individual, coletiva e nacional. Não se confunde com a História, que é forma intelectual de conhecimento, operação cognitiva. A memória, ao invés, é operação ideológica, processo psico-social de representação de si próprio, que reorganiza simbolicamente o universo das pessoas, das coisas, imagens e relações, pelas legitimações que produz. (44) A memória fornece quadros de orientação, de assimilação do novo, códigos para classificação e para o intercâmbio social.*⁷

⁵ MENEZES, 1992, p. 10.

⁶ *Ibid.*, p. 11.

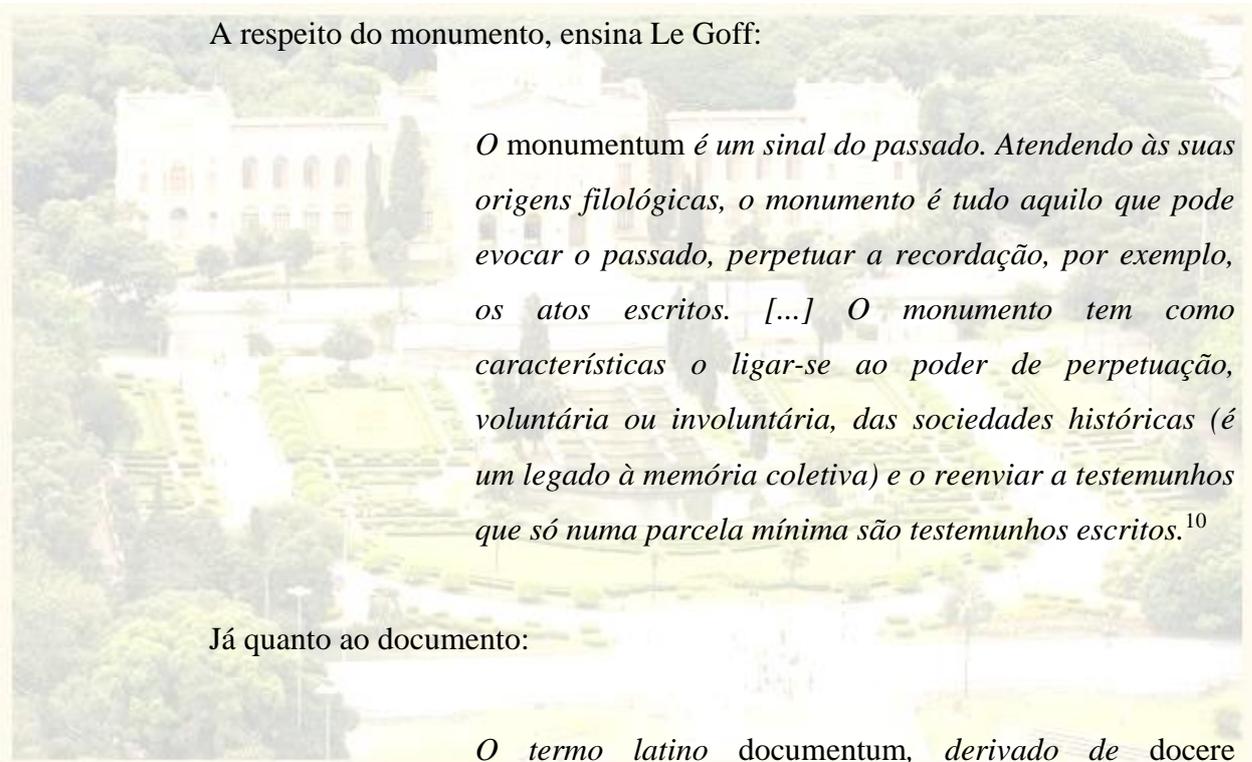
⁷ *Ibid.*, p. 22.

Esta noção de memória se utiliza das concepções de memória coletiva dos historiadores franceses Pierre Nora e Jacques Le Goff, ambos da corrente historiográfica da Nova História (terceira geração da Escola dos Annales), principalmente no que se trata do debate acerca do conceito de monumento e documento, fontes da História.

A concepção de Pierre Nora⁸ de monumento é a de que estes são lugares de memória que nos acompanham, como paisagens, datas, personagens, tradições, música e culinária.

De acordo com Le Goff, aplicam-se à memória coletiva e a sua forma científica, a História, dois tipos de materiais principais: os monumentos, herança do passado; e os documentos, escolha do historiador⁹.

A respeito do monumento, ensina Le Goff:



O monumentum é um sinal do passado. Atendendo às suas origens filológicas, o monumento é tudo aquilo que pode evocar o passado, perpetuar a recordação, por exemplo, os atos escritos. [...] O monumento tem como características o ligar-se ao poder de perpetuação, voluntária ou involuntária, das sociedades históricas (é um legado à memória coletiva) e o reenviar a testemunhos que só numa parcela mínima são testemunhos escritos.¹⁰

Já quanto ao documento:

O termo latino documentum, derivado de docere 'ensinar', evoluiu para o significado de 'prova' e é amplamente usado no vocabulário legislativo. É no século XVII que se difunde, na linguagem jurídica francesa, a expressão titres et documents e o sentido moderno de testemunho histórico data apenas do início do século XIX. O significado de 'papel justificativo', especialmente no domínio policial, na língua italiana, por exemplo,

⁸ Cf. NORA, Pierre. **Les lieux de mémoire**. Paris: Gallimard, 1985.

⁹ LE GOFF, Jacques. **História e memória**. Tradução Bernardo Leitão et al. Campinas: Editora da Unicamp, 1990, p. 535, Coleção Repertórios.

¹⁰ *Ibid.*, p. 535-536.

*demonstra a origem e a evolução do termo. O documento que, para a escola histórica positivista do fim do século XIX e do início do século XX, será o fundamento do fato histórico, ainda que resulte da escolha, de uma decisão do historiador, parece apresentar-se por si mesmo como prova histórica. A sua objetividade parece opor-se à intencionalidade do monumento. Além do mais, afirma-se essencialmente como um testemunho escrito.*¹¹

Também se faz importante para este artigo abordar o sociólogo austríaco (radicado na França) Michael Pollak, por meio de seu texto “Memória, esquecimento, silêncio”¹², de 1989. Neste artigo, Pollak trata da construção da memória coletiva, suas contradições, apagamentos, silêncios e “não-ditos”, trabalhando os conceitos de monumentos, memória coletiva, memória individual e memórias subterrâneas.

Neste texto, ao se referir sobre monumentos, Pollak se utiliza da concepção de Pierre Nora¹³, já mencionada acima. Após, trabalha o conceito de memória coletiva sob a perspectiva durkheimiana – que trata fatos sociais como coisas –, que, ao definir o que é comum a um grupo e o que o diferencia dos outros, fundamenta e reforça os sentimentos de pertencimento e as fronteiras socioculturais¹⁴. A memória coletiva estaria em constante negociação com a memória individual. Acerca dessa negociação, Pollak cita Maurice Halbwachs, sociólogo francês da escola durkheimiana:

*‘Para que nossa memória se beneficie da dos outros, não basta que eles nos tragam seus testemunhos: é preciso também que ela não tenha deixado de concordar com suas memórias e que haja suficientes pontos de contato entre ela e as outras para que a lembrança que os outros nos trazem possa ser reconstruída sobre uma base comum.’*¹⁵

¹¹ *Ibid.*, p. 536.

¹² POLLAK, Michael. Memória, esquecimento, silêncio (Tradução de Dora Rocha Flaksman). **Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, vol. 2. n. 3, p. 3-15, 1989. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/reh/article/view/2278/1417>. Acesso em: 12 ago. 2023.

¹³ *Ibid.*, p. 3.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Ibid.*, p. 4.

Em seguida, aborda o conceito de memórias subterrâneas, sob uma perspectiva construtivista – que analisa como os fatos sociais se fazem coisas –, que se opõem à “memória oficial” (ou “memória nacional”) e que afloram em momentos de crise e subvertem a lógica imposta pela memória oficial coletiva. Desta forma, a memória entra em disputa¹⁶.

Acerca das memórias subterrâneas, Pollak apresenta espécies desta: “memórias proibidas”, “memórias indizíveis” e “memórias envergonhadas”. Segundo o autor, estas memórias apontam a vivacidade das lembranças de certos grupos sociais por anos e se opõem à mais legítima das memórias coletivas: a memória nacional. Elas são guardadas em estruturas de comunicação informais e passam despercebidas pela sociedade. Geram angústia por não poder dizer, por não ter quem escute, por medo da punição e pela possibilidade de gerar mal-entendidos¹⁷. As memórias, portanto, acabam por seguir por dois caminhos possíveis: ou se integram à memória nacional ou seguem por um caminho subterrâneo.

Ao fim de seu texto, Pollak abordará as memórias individuais, as quais podem ser apresentadas de inúmeras formas dentro de um contexto. Porém deve existir um fio condutor: coerência e continuidade garantem a credibilidade. Esse fio é importante para a reconstrução da identidade¹⁸. O autor afirma que, em nível individual, o trabalho da memória é indissociável da organização social da vida¹⁹.

3 MEMÓRIA E DIREITOS HUMANOS

A importância da memória frente aos direitos humanos, principalmente no que se refere ao processo de memorialização das graves violações de direitos humanos como uma forma de reparação das vítimas e prevenção à novas violações, se apresenta em sua utilização por iniciativas de Justiça de Transição.

A relevância deste debate é evidenciada, por exemplo, pelo informe de 2020 do advogado de direitos humanos argentino Fabián Salvioli, relator especial das Nações Unidas sobre a promoção da verdade, justiça, reparação e garantias de não repetição, acerca dos processos de memorialização no contexto de graves violações de direitos humanos e do

¹⁶ *Ibid.*, p. 4.

¹⁷ *Ibid.*, p. 8-9.

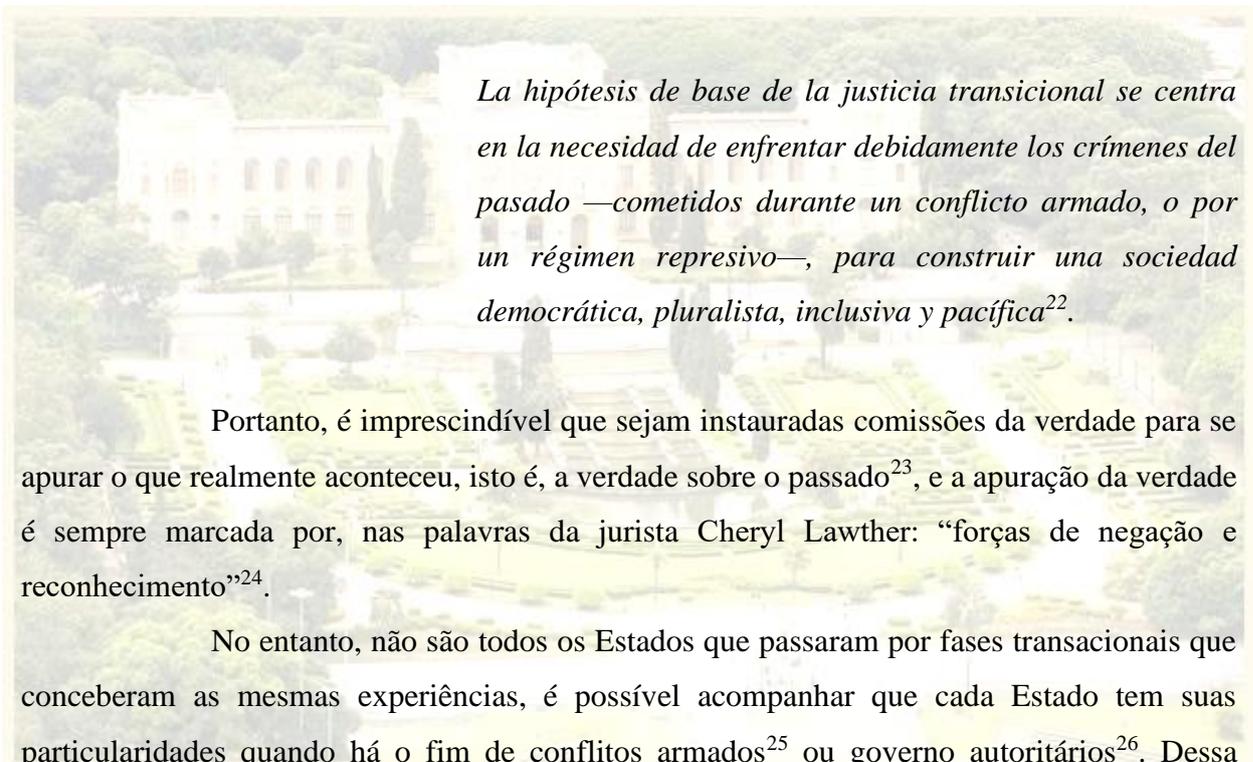
¹⁸ *Ibid.*, p. 13.

¹⁹ *Ibid.*, p. 14.

direito humanitário, para o Conselho de Direitos Humanos²⁰. O informe aborda o marco normativo relativo à obrigação de adotar processos de memória e assegurar sua não regressividade, bem como analisa os desafios e oportunidades destes processos em situações de conflito e transição. Também aborda o problema da militarização da memória nas redes sociais.

Para Salvioli, a memória em situações como essas são consideradas o quinto pilar da Justiça de Transição, tendo em vista que há outros pilares a serem observados como o direito à verdade, à justiça, à reparação e às garantias de não repetição²¹.

Neste sentido, elenca-se o objetivo geral da justiça de transição e a busca pela memória, nas palavras de Salvioli,



La hipótesis de base de la justicia transicional se centra en la necesidad de enfrentar debidamente los crímenes del pasado —cometidos durante un conflicto armado, o por un régimen represivo—, para construir una sociedad democrática, pluralista, inclusiva y pacífica²².

Portanto, é imprescindível que sejam instauradas comissões da verdade para se apurar o que realmente aconteceu, isto é, a verdade sobre o passado²³, e a apuração da verdade é sempre marcada por, nas palavras da jurista Cheryl Lawther: “forças de negação e reconhecimento”²⁴.

No entanto, não são todos os Estados que passaram por fases transacionais que conceberam as mesmas experiências, é possível acompanhar que cada Estado tem suas particularidades quando há o fim de conflitos armados²⁵ ou governo autoritários²⁶. Dessa forma, segundo a cientista política Glenda Mezarobba:

²⁰ UNITED NATIONS. **A/HRC/45/45**. Los procesos de memorialización en el contexto de violaciones graves de derechos humanos y del derecho internacional humanitario: el quinto pilar de la justicia transicional. Informe del Relator Especial Fabián Salvioli sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición. 9 de julio de 2020 [2020]. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G20/175/73/PDF/G2017573.pdf?OpenElement>. Acesso em: 17 jul. 2023.

²¹ *Ibid.*, p. 5.

²² Trecho original: “La hipótesis de base de la justicia transicional se centra en la necesidad de enfrentar debidamente los crímenes del pasado —cometidos durante un conflicto armado, o por un régimen represivo—, para construir una sociedad democrática, pluralista, inclusiva y pacífica” (*Ibid.*, tradução nossa).

²³ LAWThER, Cheryl. Transitional justice and truth commissions. In: LAWThER, Cheryl; MOFFET, Luke; JACOBS, Dove (Org.). **Research Handbook on transitional Justice**. Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 2019, p. 343.

²⁴ Trecho original: “[...] forces of denial and acknowledgement” (*Ibid.*, tradução nossa).

²⁵ UNITED NATIONS, 2020, p. 5.

De que se fala, quando se diz ‘justiça de transição’? Fala-se de África do Sul, Nigéria, Timor Leste, Afeganistão, de vários países do Leste Europeu, de Argentina, Brasil, Chile, Iraque, Israel e Palestina. Fala-se das atrocidades do apartheid, de uma sucessão de guerras civis e governos militares, de mais de duas décadas de ocupação pelo país vizinho e de conflitos internos, de quase de quase trinta anos de guerra, da reconfiguração que se seguiu à queda do Muro de Berlim e à derrocada do comunismo, do fim de governos autoritários iniciados a partir de golpes de Estado, e de embates que há anos vêm marcando a disputa por território. Fala-se, sobretudo, de violações a inúmeros direitos, individuais e coletivos, e da necessidade de justiça, que emerge em períodos de passagem para a democracia ou ao término de conflitos — ou seja, fala-se da “concepção de justiça associada a períodos de mudança política, caracterizada por respostas legais para confrontar os crimes dos regimes repressivos anteriores (Teitel, 2003, p. 69).²⁷

Para que seja possível reconstruir um futuro mais democrático para a sociedade, é preciso que se reconheça o que aconteceu, com essa reconstituição, molda-se a memória e inicia um processo de reconciliação na própria sociedade²⁸.

Portanto, “sem memória do passado, não pode haver direito à verdade, à justiça, à reparação, nem garantias de não repetição”²⁹, tornando de suma importância a memória coletiva do grupo envolvido ou, quando falamos de nação, podemos dizer uma memória nacional³⁰.

²⁶ MEZAROBBA, Glenda. De que se fala, quando se diz “Justiça de Transição”. **BIB - Revista Brasileira De Informação Bibliográfica em Ciências Sociais**, São Paulo, n. 67, 1º semestre de 2009, p. 111. Disponível em: <https://bibanpocs.emnuvens.com.br/revista/article/view/328/317>. Acesso em: 05 out. 2023.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ UNITED NATIONS, 2020, p. 5.

²⁹ Trecho original: “sin memoria del pasado, no puede haber derecho a la verdad, a la justicia, a la reparación, ni garantías de no repetición” (*Ibid.*, tradução nossa).

³⁰ POLLAK, 1989, p. 3.

A construção da memória pode ser realizada de inúmeras maneiras, o que é possível perceber é que, somente através de tentativas numa sociedade cada Estado pode saber o que foi eficaz ou não para a manutenção da memória. Ou seja, no contexto argentino, a figura das “Mães da Praça de Maio” é símbolo permanente de luta contra o período antidemocrático e ditatorial argentino até os dias atuais³¹, servindo ainda como símbolo para novas lutas democráticas e ao respeito aos direitos humanos.

Sobre o contexto argentino, segundo a antropóloga Ludmila da Silva Catela:

*Assim, o lenço inventado, utilizado e reconhecido como símbolo das Mães da Praça de Maio, é constantemente ressignificado, seja em novas versões de lenços ou nas inscrições que se associam à sua materialidade na praça. Independentemente do sentido normativo da noção de direitos humanos, os diversos grupos se apropriam dela e, sobretudo, dos símbolos que essa luta condensa.*³²

Entre suas reflexões, Catela, em seu artigo “Derechos humanos y memoria. Historia y dilemas de una relación particular en Argentina”, de 2008, aproximando-se da abordagem de Pollak, apresenta dilemas do uso da memória pelos grupos políticos argentinos, concluindo que isto, de alguma forma desestabiliza a própria noção dos direitos humanos e nos obriga a pensar sobre a noção de memória não mais no singular, mas de memórias, com seus conflitos, lutas, consenso, mas também silêncio, tabus e esquecimento³³. Catela nos convida a pensar em memórias tanto quanto em emblemas, mas também como estigmas, difíceis de carregar e transmitir³⁴. A autora conclui que a questão é se a memória e direitos humanos, são usados literalmente, em sua sacralidade do passado ou deveriam servir para dar espaço a leituras “exemplares” (na perspectiva do filósofo e linguista búlgaro Tzvetan Todorov), colocando assim uma pluralidade de pontos de vista, com o qual podemos não

³¹ CATELA, Ludmila da Silva. Derechos humanos y memoria. Historia y dilemas de una relación particular en Argentina. **Teoria e Cultura**, Juiz de Fora, v. 3, n. 1/2, jan./dez. 2008, p. 12-13. Disponível em: <https://periodicos.ufjf.br/index.php/TeoriaeCultura/article/view/12123/6355>. Acesso em: 17 jul. 2023.

³² Trecho original: “Así, el pañuelo inventado, usado y reconocido en tanto símbolo de las Madres de Plaza de Mayo, es constantemente resignificado, sea en nuevas versiones de pañuelos o en las inscripciones que se asociación a su materialidad en la plaza. Más allá de cual sea el sentido normativo de la noción de derechos humanos, los diversos grupos se apropian de él y sobre todo de los símbolos que condensa esa lucha” (*Ibid.*, p. 14, tradução nossa).

³³ *Ibid.*, p. 15.

³⁴ *Ibid.*, p. 17.

concordar, mas o que pode nos permitir pensar de forma mais complexa sobre o presente político e cultural³⁵.

Outras são as formas e símbolos utilizados no processo de memória, incluindo-se, por exemplo, o estabelecimento de monumentos e lugares de memória, que proporcionam uma lembrança fixa do cotidiana de quem vive naquele espaço, retomando Pierre Nora, já mencionado neste artigo.

Com isso, é inevitável para o sucesso da construção de uma sociedade em um período de mudança política³⁶, que sejam empreendidas medidas sólidas para uma cultura de paz³⁷, ou seja, medidas efetivas para reconhecer e honrar a memória é possibilitar uma voz ativa das vítimas com seus relatos, assim como, os governos reconhecerem os acontecimentos para o reestabelecimento de confiança da população com o Estado³⁸.

Neste sentido, segundo Fabián Salvioli: “Os processos de memória contribuem para o compromisso social democrático, estimulam os debates sobre a representação do passado e permitem abordar os problemas atuais de forma pertinente”³⁹.

Logo, os processos de memória podem trabalhar em contextos pós conflitos, como também em situações em que o conflito ainda está acontecendo, pois a expressão de múltiplas vozes sobre a prevenção de violações de direitos humanos, através da educação e sensibilização⁴⁰ propicia um ambiente de alcance de uma cultura de paz na sociedade.

No entanto, permite-se dizer que a memória coletiva pode ser diferente para determinados grupos dentro de uma mesma sociedade, isto é, algumas coisas podem ser comuns para um grupo e não tão semelhante para outros⁴¹.

Para que haja uma memória coletiva “comum”, Michael Pollak entende que não deve haver adesões impositivas, mas sim, “de reforçar a coesão social, não pela coerção, mas pela adesão afetiva ao grupo, donde o termo que utiliza, de ‘comunidade afetiva’”⁴².

No entanto, para a sua eficácia é preciso de um processo de “negociação”⁴³ entre as memórias individuais e coletivas, pois é, como sempre, tentativa de se evitar a não repetição dos acontecimentos⁴⁴.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ MEZAROBBA, 2009, p. 111.

³⁷ UNITED NATIONS, 2020, p. 5.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Trecho original: “Los procesos de memoria contribuyen al compromiso social democrático, fomentan los debates sobre la representación del pasado y permiten abordar de manera pertinente problemas del presente.” (*Ibid.*, tradução nossa).

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ POLLAK, 1989, p. 3.

⁴² *Ibid.*

Sobre o tema, Glenda Mezarobba afirma que: “Os praticantes da justiça de transição tendem a perseguir estratégias que acreditam ser consistentes com os direitos e interesses das vítimas, dos sobreviventes e dos familiares das vítimas”⁴⁵.

Assim, Fabián Salvioli sintetiza sobre a necessidade do enfrentamento da memória pelos Estados e da atuação proativa em políticas públicas sobre a questão:

*Os sistemas de justiça de transição exigem políticas de memória vigorosas e ativas no âmbito das abordagens dos direitos humanos para abordar adequadamente os crimes passados cometidos por regimes ditatoriais ou autoritários, ou aqueles que foram perpetrados no âmbito de conflitos armados. Sem memória, os direitos à verdade, à justiça e à reparação integral não serão plenamente concretizados, nem haverá garantias de não repetição.*⁴⁶

Neste sentido, a perspectiva a ser analisada da memória deve ser em prol da pessoa humana⁴⁷, em conformidade com o princípio da progressividade do direito internacional dos direitos humanos, para que se visualize sempre um avanço nas políticas já realizadas:

*Os processos de memorialização requerem também um desenvolvimento progressivo que avance na procura da verdade e no estabelecimento eficaz de políticas de memória relativamente às violações passadas, considerando os diferentes grupos de vítimas e com uma perspectiva de gênero adequada.*⁴⁸

⁴³ *Ibid.*, p. 3-4.

⁴⁴ MEZAROBBA, 2009, p. 111.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Trecho original: “Los sistemas de justicia transicional requieren políticas vigorosas y activas de memoria bajo enfoques de derechos humanos para hacer frente de manera adecuada a los crímenes del pasado cometidos por regímenes dictatoriales o autoritarios, o los que se perpetraron en el marco de conflictos armados. Sin memoria no se realizarán plenamente los derechos a la verdad, a la justicia, a la reparación integral, ni habrá garantías de no repetición.” (UNITED NATIONS, 2020, p. 19).

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ Trecho original: “Los procesos de memorialización también requieren un desarrollo progresivo que avance en la búsqueda de la verdad y el establecimiento efectivo de políticas de memoria respecto de las violaciones pasadas considerando a los diferentes colectivos de víctimas y con adecuada perspectiva de género.” (*Ibid.*, tradução nossa).

Por isso, a memória na justiça de transição deve ter uma visão em prol dos direitos humanos, para que haja um debate respeitoso⁴⁹ entre as diversas memórias individuais, bem como que possa se dar uma conclusão às vítimas e suas famílias, o que permite “sociedade para viver mais pacificamente com o legado de divisões do passado”⁵⁰.

3. A “WEAPONIZAÇÃO” (*WEAPONIZATION*) DA MEMÓRIA NAS REDES SOCIAIS

O termo *weaponization*, ou “weaponização”, ou até mesmo “militarização”, tem sido utilizado como uma “arma” para disseminar as notícias falsas (*fake news*) nas redes sociais⁵¹, e o seu emprego para quando é preciso manipular e influenciar a opinião pública sobre disputas gerais⁵².

Ainda, tem sido utilizada por muitos políticos como “arma para atacar e desacreditar os meios de comunicação”⁵³, o que, conseqüentemente, gera uma grande difusão de notícias falsas contra os meios oficiais de informação⁵⁴ e viola frontalmente o princípio basilar do direito à informação⁵⁵.

Desta forma, como a intersecção da memória pode influenciar na temática da *weaponização* através das redes sociais?

A questão primordial é a manipulação da informação e da memória pela incitação de discursos de ódio nas redes sociais, em desrespeito aos direitos humanos, isto porque, cada dia mais assistimos o aumento desses discursos, principalmente contra minorias⁵⁶. Segundo Relator Especial Fabián Salvioli:

⁴⁹ *Ibid.*, p. 7.

⁵⁰ Trecho original: “a la sociedad convivir más pacíficamente con el legado de divisiones pasadas.” (*Ibid.*, tradução nossa).

⁵¹ UNITED NATIONS, 2020, p. 16-17.

⁵² RECUERO, Raquel da Cunha. Disputas discursivas, legitimação e desinformação: o caso Veja x Bolsonaro nas eleições de 2018. **Comunicação, Mídia e Consumo**, São Paulo, v. 16, n. 47, set./dez. 2019, p. 440-441. Disponível em: <https://revistacmc.espm.br/revistacmc/article/view/2013/pdf>. Acesso em: 05 out. 2023.

⁵³ SAMPAIO, Bruna Pessoa. **Mídias sociais e eleição presidencial 2018: uma análise da dinâmica do WhatsApp na campanha eleitoral no Brasil**. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) - Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2021, p. 37. Disponível em: https://repositorio.ufscar.br/bitstream/handle/ufscar/14698/Disserta%c3%a7%c3%a3o_Bruna_Sampaio.docx.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 05 out. 2023.

⁵⁴ UNITED NATIONS, 2020, p. 16.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 14.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 15.

78. Como contracara, el Relator Especial manifiesta su mayor preocupación por la posible y peligrosa manipulación de la información y la memoria en detrimento de los derechos humanos, así como por la estigmatización de ciertas comunidades, y los discursos de incitación al odio que promueven a su vez la comisión de actos violentos, e incluso la violencia masiva.

79. En el mundo abundan discursos discriminadores, étnicos, ultranacionalistas y de odio; la incitación a la violencia también prolifera en las redes sociales, contribuyendo a polarizar y radicalizar los comportamientos sociales, incluidos actos violentos. Acciones estatales concretas son necesarias para responder a estos desafíos.⁵⁷

Desta forma, é possível perceber que a memória tem papel fundamental para construção da sociedade, posto que devem documentar e difundir os acontecimentos reais⁵⁸, assim como, de uma forma que não seja negacionista que, segundo a Academia Brasileira de Letras, sua definição é “Atitude tendenciosa que consiste na recusa a aceitar a existência, a validade ou a verdade de algo, como eventos históricos ou fatos científicos, apesar das evidências ou argumentos que o comprovam.”⁵⁹

Atitude essa que já se tornou “tendência” ao redor do globo, e que acompanhamos diariamente, portanto, utilizam-se como armas, isto é, a

⁵⁷ Trecho original: “78. Como contracara, el Relator Especial manifiesta su mayor preocupación por la posible y peligrosa manipulación de la información y la memoria en detrimento de los derechos humanos, así como por la estigmatización de ciertas comunidades, y los discursos de incitación al odio que promueven a su vez la comisión de actos violentos, e incluso la violencia masiva.

79. En el mundo abundan discursos discriminadores, étnicos, ultranacionalistas y de odio; la incitación a la violencia también prolifera en las redes sociales, contribuyendo a polarizar y radicalizar los comportamientos sociales, incluidos actos violentos. Acciones estatales concretas son necesarias para responder a estos desafíos.” (*Ibid.*, p. 15, tradução nossa).

⁵⁸ *Ibid.*, p. 14.

⁵⁹ ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. Definição: negacionismo. **Nossa Língua**. Novas Palavras. Rio de Janeiro, 2023. Disponível em: <https://www.academia.org.br/nossa-lingua/nova-palavra/negacionismo>. Acesso em: 10 ago. 2023.

“weaponização”, para deslegitimar questões já com evidências sólidas de fatos consolidados⁶⁰.

Neste ínterim, importante trecho sobre a questão:



A literatura disponível sobre informações falsas em debates públicos é atormentada por uma certa imprecisão terminológica, e termos como desinformação e notícias falsas são frequentemente usados de forma intercambiável, levantando questões sobre o valor acadêmico desses termos nas ciências sociais (Habgood-Coote, 2019). De fato, tanto na pesquisa quanto na vida pública, muitos termos são usados para descrever o fenômeno de uma “cadeia de fornecimento de informações defeituosa” que permite a disseminação de falsidades. A clareza de definição é importante, no entanto, uma vez que a consistência nos entendimentos comuns dos conceitos das ciências sociais é crucial para permitir uma pesquisa eficaz, bem como um diálogo eficaz entre a ciência e a sociedade (Bale et al., 2011; Reinemann et al., 2016). Uma definição precisa também é importante porque a disseminação da desinformação real permitiu que as elites críticas da mídia se apropriassem indevidamente de termos como “notícias falsas” ou “imprensa mentirosa” para deslegitimar os meios de comunicação legados. Portanto, é imperativo diferenciar entre o fornecimento de informações políticas incorretas à luz do conhecimento (empiricamente) estabelecido e a rotulação de informações que talvez sejam incongruentes com as visões políticas de certos atores como incorretas com consequências como políticas polarização e perda de

⁶⁰ UNITED NATIONS, 2020, p. 16.

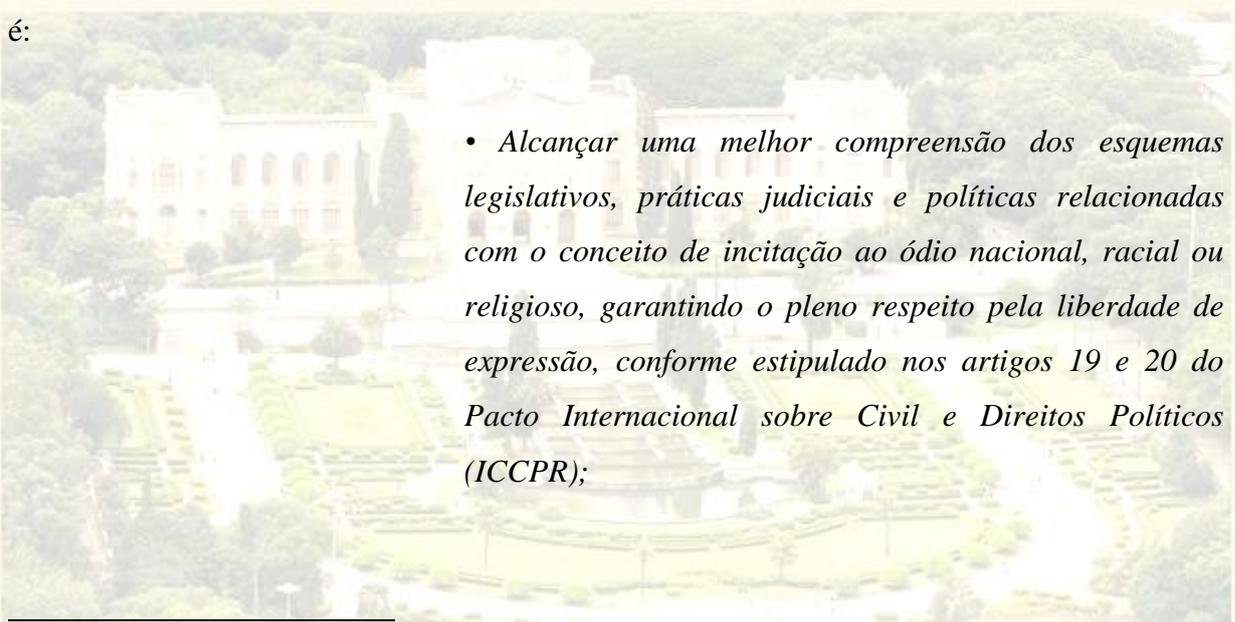
confiança da mídia (Egelhofer & Lecheler, 2019; Hamelers, 2020).⁶¹

Deste modo, é possível perceber progressos expressivas para diminuição dos discursos de ódio, o Plano de Ação de Rabat visa a proibição de apologia ao ódio nacional, racial ou religioso⁶².

No entanto, visa lembrar que não há definição de discurso de ódio no direito internacional, contudo o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos entende que o combate, no plano interno, à discriminação, hostilidade ou violência é medida que se impõe⁶³.

Neste sentido, o fundamento utilizado para o combate no âmbito internacional

é:



- *Alcançar uma melhor compreensão dos esquemas legislativos, práticas judiciais e políticas relacionadas com o conceito de incitação ao ódio nacional, racial ou religioso, garantindo o pleno respeito pela liberdade de expressão, conforme estipulado nos artigos 19 e 20 do Pacto Internacional sobre Civil e Direitos Políticos (ICCPR);*

⁶¹ Trecho original: “The available literature on false information in public debates is plagued by a certain terminological vagueness, and terms such as disinformation and fake news are often used interchangeably, raising questions about the academic value of these terms in the social sciences (Habgood-Coote, 2019). Indeed, both in research and public life, many terms are used to describe the phenomenon of a “faulty information supply chain” that allows for the spread of falsehoods. Definitional clarity is important, however, as consistency in common understandings of social science concepts is crucial to enable effective research as well as an effective dialogue between science and society (Bale et al., 2011; Reinemann et al., 2016). A precise definition is also important because the spread of actual mis- and disinformation has empowered media-critical elites to misappropriate terms such as “fake news” or “lying press” to delegitimize legacy media outlets. Therefore, it is imperative to differentiate between the supply of political information that is incorrect in light of (empirically) established knowledge, and the labeling of information that is perhaps incongruent with the political views of certain actors as incorrect with consequences such as political polarization and loss of media trust (Egelhofer & Lecheler, 2019; Hamelers, 2020)” (LECHELER, Sophie; EGELHOFER, Jana Laura. *Disinformation, Misinformation, and Fake News: Understanding the Supply Side*. In: STRÖMBÄCK, Jesper; WIKFORSS, Åsa; GLÜER, Kathrin; LINDHOLM, Torun; OSCARSSON, Henrik. **Knowledge resistance in high-choice information environments**. Abingdon, UK; New York, USA: Routledge, 2022, p. 70, tradução nossa).

⁶² UNITED NATIONS, 2020, p. 15.

⁶³ *Id.* UNITED NATIONS REGIONAL INFORMATION CENTER (Unric). **Rumo a uma abordagem abrangente para combater o discurso de ódio**. Artigo de Birgit Van Hout, Representante Regional para a Europa. Gabinete do Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos, 18 de julho de 2022, s/p. Disponível em: <https://unric.org/pt/rumo-a-uma-abordagem-abrangente-para-combater-o-discurso-do-odio-van-hout/>. Acesso em: 29 jul. 2023.

- *Alcançar uma avaliação abrangente do estado de aplicação da proibição de incitação ao ódio, de acordo com o direito internacional dos direitos humanos, e*
- *Definir as medidas aplicáveis em todas as esferas.*⁶⁴

Portanto, apesar de sermos livres para nos manifestar, conforme preceito constitucional na legislação brasileira: “é livre a manifestação do pensamento”⁶⁵, que está diretamente ligado ao direito à informação – um dos pilares dos direitos humanos, não se pode aceitar que comportamentos de discursos de ódios ultrapassem esses limites⁶⁶.

No tocante às redes sociais nem sempre há coerência e observância aos direitos humanos, eis que o aumento de capital comumente é o que orienta as empresas, e as empresas de aplicativos não ficam de fora dessa lógica capitalista. Com isso, quando há “engajamento” em conteúdo de cunho antidemocrático, xenófobo ou de notícias falsas em redes sociais, muitas vezes é possível analisar que as plataformas fazem vistas grossas⁶⁷. Neste sentido, Rodrigo Otávio dos Santos esclarece:

As redes sociais, dessa forma, fazem surgir uma nova estrutura na sociedade, como colocam Bertoletti e Camargo (2016). Nessa nova configuração, que vive paralelamente à vida fora das telas, o principal foco é fazer com que o indivíduo passe a maior parte de seu tempo conectado à plataforma. Isso é chamado de processo de engajamento. Lanier (2018) diz que a

⁶⁴ Trecho original: “• Lograr una mejor comprensión de los esquemas legislativos, las prácticas judiciales y las políticas relativas al concepto de incitación al odio nacional, racial o religioso, y al mismo tiempo velar por el pleno respeto de la libertad de expresión, tal como estipulan los artículos 19 y 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR);

• Alcanzar una evaluación exhaustiva del estado de aplicación de la prohibición a la incitación al odio, de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos, y

• Definir las medidas aplicables en todas las esferas” (*Id.* THE OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS (OHCHR). **OHCHR and freedom of expression vs incitement to hatred: the Rabat Plan of Action**. Geneva, Switzerland: The Office of the High Commissioner for Human Rights, 2012, s/p, tradução nossa. Disponível em: <https://www.ohchr.org/es/freedom-of-expression>. Acesso em: 25 jul. 2023).

⁶⁵ Cf. Artigo 5, inciso IV, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, [1988], s/p. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 jul. 2023).

⁶⁶ “El Relator Especial subraya que la apología del odio no puede ser aceptada en nombre del derecho a la información, ni de ningún otro derecho humano.” (UNITED NATIONS, 2020, p. 15)

⁶⁷ SANTOS, Rodrigo Otávio dos. Algoritmos, engajamento, redes sociais e educação. **Acta Scientiarum. Education**, Maringá, v. 44, 2022, p. 4-5. Disponível em: <http://educa.fcc.org.br/pdf/actaeduc/v44/2178-5201-aseduc-44-e52736.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2023.

*principal função das redes sociais é promover engajamento, ou seja, manter o indivíduo cada vez mais conectado.*⁶⁸

Assim, para a adaptação da realidade atual, é necessário maiores discussões em torno desse universo das redes sociais, em que haja mais preceitos no direito internacional e criação de leis nacionais⁶⁹, o que é orientado pelo Relator Especial Fabián Salvioli:

*A mídia social transfronteiriça apresenta problemas sem precedentes, pois as empresas de tecnologia podem estar baseadas a milhares de quilômetros de onde as mensagens de ódio são enviadas e onde estão localizadas as populações civis afetadas por seus efeitos violentos.*⁷⁰

Com isso, a disseminação de notícias falsas é ato que pode gerar ambiente propício para negacionismo e a radicalização de pessoas⁷¹, o que gera a “weaponização” da memória e da informação⁷². Isto porque, a memória é construída na sociedade e em contextos de sociedades ainda frágeis democraticamente⁷³. Desta forma, como aponta Michael Pollak, memória pode entrar em disputa de narrativas⁷⁴.

Em que pese a questão da memória em disputa e da busca pela estabilidade⁷⁵ seja tema já discutido há algum tempo, vide Michael Pollak:

Essa predileção atual dos pesquisadores pelos conflitos e disputas em detrimento dos fatores de continuidade e de estabilidade deve ser relacionada com as verdadeiras batalhas da memória a que assistimos, e que assumiram

⁶⁸ *Ibid.*, p. 5.

⁶⁹ UNITED NATIONS, 2020, p. 16.

⁷⁰ Trecho original: “Los medios de comunicación social que traspasan fronteras plantean problemas sin precedentes, ya que las empresas de tecnología pueden tener su sede a miles de kilómetros del lugar desde donde se envían mensajes de odio y del lugar donde se encuentran las poblaciones civiles afectadas por sus efectos violentos” (*Ibid.*, tradução nossa).

⁷¹ *Ibid.*

⁷² *Ibid.*, p. 17.

⁷³ *Ibid.*, p. 16.

⁷⁴ POLLAK, 1989, p. 4.

⁷⁵ *Ibid.*

*uma amplitude particular nesses últimos quinze anos na Europa.*⁷⁶

É notório perceber que com as redes sociais, o papel da disseminação da informação assumiu contornos intangíveis e com grande dificuldade de paralisação quando a informação é militarizada⁷⁷:

*Nos últimos anos, o fenômeno ganhou uma nova dimensão com a queda da credibilidade da mídia, o surgimento de canais non-stop de notícias, a ascensão da Internet e o poder das mídias sociais (cheias de boatos e teorias da conspiração), o que requer verificação de informações. Os esforços de verificação existentes não servem para mudar as crenças ou comportamentos daqueles que consomem e espalham notícias falsas.*⁷⁸

Neste sentido, é possível verificar que alguns Estados já internalizaram normas sobre regulamentação da Internet⁷⁹ e, por consequência, das redes sociais. No Brasil, o Marco Civil da Internet vigora desde meados de 2014⁸⁰. Já na Alemanha e na França existem leis desde 2018⁸¹.

Além disso, é preciso que os Estados se atentem à promoção da educação desses novos meios de comunicação⁸², qual seja, as plataformas de redes sociais, uma vez

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ UNITED NATIONS, 2020, p. 17.

⁷⁸ Trecho original: “En los últimos años, el fenómeno ha adquirido una nueva dimensión con la caída de la credibilidad de los medios de comunicación, la aparición de canales de noticias continuos, el auge de Internet y el poder de las redes sociales (plenas de rumores y teorías conspirativas), lo cual requiere la verificación de información. Los esfuerzos de verificación que existen no cumplen con el propósito de modificar las creencias ni las conductas de quienes consumen y propagan noticias falsas.” (*Ibid.*, tradução nossa).

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília: Senado Federal, [2014], s/p. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 24 jul. 2023.

⁸¹ “En 2018 entró en vigor en Alemania la Ley sobre la mejora de la aplicación de la ley en las redes sociales (NetzDG), que prevé fuertes multas para las plataformas que no retiren mensajes de odio. A finales de 2020, la ley debería ser objeto de un estudio de impacto por parte del Gobierno de Alemania. En Francia, a finales de 2018 se promulgó la Ley contra la manipulación de la información[53], pero también existen dudas con relación a su eficacia.” (UNITED NATIONS, 2020, p. 17).

⁸² *Ibid.*

que, é possível a regulamentação Estatal⁸³, mas, é mais prudente que, através da educação, a população seja ensinada a perceber o que são notícias falsas, como lidar com elas, gerando, assim, uma formação de pensamento crítico.

Para ainda sim, assegurar a liberdade de expressão em uma sociedade que busca a democracia, ou seja, que combate o negacionismo e o discurso de ódio, não há espaço para se aceitar manifestações que flertam com atitudes de negar à memória, principalmente, no que se refere à memória que envolve graves violações de direitos humanos⁸⁴, é preciso que, em contextos de justiça de transição, tais comportamentos sejam inaceitáveis, pois não coadunam com a efetiva democratização e promoção da cultura de paz⁸⁵.

4. A DISPUTA DE MEMÓRIAS SOBRE A DITADURA MILITAR

É possível transpor a reflexão feita até o momento neste artigo, sobre a configuração da memória social em situações extremas e a “weaponização” da memória nas redes sociais, para a atual conjuntura brasileira, principalmente no que se refere às graves violações de Direitos Humanos ocorridas durante a Ditadura Militar.

Sob este aspecto, contemporaneamente, nos encontramos sob uma disputa de memórias sobre a Ditadura Militar: entre as memórias daqueles que se opuseram ao regime autoritário e aqueles que o apoiaram – e, eventualmente, ainda apoiam que devêssemos ser submetidos a uma intervenção militar.

Entre o fim do Regime Militar e a atualidade, contamos com certo desenvolvimento da democracia brasileira e da ordem constitucional de 1988. Após a chegada ao poder de alguns dos grupos políticos e indivíduos perseguidos pelo regime ditatorial, há determinados esforços no caminho da Justiça de Transição no que se refere à memória e a verdade, como, por exemplo, a publicação de *Brasil: nunca mais*⁸⁶, compilado pelo cardeal Dom Paulo Evaristo Arns; a instauração das Comissões da Verdade⁸⁷; renomeação de

⁸³ Sobre o tema: “La educación en materia de medios de comunicación e información en las escuelas es fundamental para contrarrestar el daño y los estragos de las noticias falsas, responder a la crisis de credibilidad de los medios de comunicación —que deberán ser más rigurosos— y para evitar que el Estado intervenga más allá de lo debido en la regulación de la información.” (*Ibid.*).

⁸⁴ *Ibid.*, p. 18.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 20.

⁸⁶ Cf. ARNS, Paulo Evaristo. **Brasil: nunca mais**. 41. ed., Petrópolis: Vozes, 2014.

⁸⁷ Cf. BRASIL. COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. **Relatório da Comissão Nacional da Verdade**. Brasília: CNV, 2014. Disponível em: <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/>. Acesso em: 18 jul. 2023.

logradouros públicos que homenageavam autoridades do regime ditatorial⁸⁸; e iniciativas de mapeamento de lugares de memória, como o aplicativo digital #SP64⁸⁹. Desta forma, diante de um longo período de amadurecimento, a memória dos grupos democráticos encontra certa hegemonia na memória coletiva nacional.

Contudo, ao refletirmos sobre as memórias subterrâneas e a função do não-dito⁹⁰, vale mencionar a memória que os militares criaram sobre o período ditatorial. Esta memória busca sempre a afirmação da importância de seus esforços para combater a subversão e a ameaça comunista na proteção das instituições tradicionais brasileiras.

Alguns traços desta memória da caserna são: o uso do termo “Revolução de 1964” (ou até “Contrarrevolução”) para se referir ao golpe militar; a exaltação de “mártires” das Forças Armadas e das Polícias Militares do período ditatorial, como o soldado Mário Kozel Filho e o tenente Alberto Mendes Júnior; e publicações e teorias da conspiração que circulam entre os meios militares, como os livros *Orvil: tentativas de tomada do poder*⁹¹, idealizado pelo general Leônidas Pires Gonçalves e publicado pelo tenente-coronel Lício Augusto Ribeiro Maciel e por José Conegundes do Nascimento, e *A verdade sufocada: a história que a esquerda não quer que o Brasil conheça*⁹², do coronel Carlos Alberto Brilhante Ustra, que tentam justificar as violações de direitos cometidas pelos militares durante a Ditadura Militar.

Retomando Michael Pollak, estas memórias subterrâneas se opõem à mais legítima das memórias coletivas: a memória nacional. Elas são guardadas em estruturas de comunicação informais e passam despercebidas pela sociedade⁹³. Ficam, em grande parte, limitadas a membros de um grupo ou organização específica⁹⁴.

Portanto, é possível contemplar uma disputa entre a memória de oposição à Ditadura, que agora se afirmaria como uma memória coletiva não apenas dos opositores, mas uma memória coletiva oficial/nacional, e a memória daqueles favoráveis à Ditadura, que se

⁸⁸ FRANÇA, João Paulo. As ruas no processo de disputa da memória coletiva: a nomeação e renomeação dos logradouros públicos no século XXI e suas implicações históricas e cotidianas. **Revista Crítica Histórica**, Maceió, ano X, n. 19, jun./2019, p. 236. Disponível em: <https://www.seer.ufal.br/index.php/criticahistorica/article/viewFile/6812/pdf>. Acesso em: 05 out. 2023.

⁸⁹ APLICATIVO #SP64 é lançado oficialmente na praça memorial Vladimir Herzog. **Instituto Vladimir Herzog**, São Paulo, 30 de junho de 2017, s/p. Disponível em: <https://vladimirherzog.org/sp64/>. Acesso em 13 ago. 2023.

⁹⁰ POLLAK, 1989, p. 8-9.

⁹¹ Cf. MACIEL, Lício; NASCIMENTO, José Conegundes. **Orvil: tentativas de tomada do poder**. Salto: Schoba, 2012.

⁹² Cf. USTRA, Carlos Alberto Brilhante. **A verdade sufocada: a história que a esquerda não quer que o Brasil conheça**. 11. ed., rev., ampl. e atual., Brasília: Editora Ser, 2016.

⁹³ POLLAK, 1989, p. 8-9.

⁹⁴ *Ibid.*

encontraria como uma memória subterrânea, latente, à espreita de crises nas instituições democráticas para alimentar o discurso dos insatisfeitos e tentar ressurgir.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho, buscamos analisar a atual disputa de memórias sobre o período da Ditadura Militar brasileira.

Pôde-se observar que, no Brasil, após a Ditadura Militar, surgiu uma disputa de memórias sobre a Ditadura Militar: entre as daqueles que se opuseram ao regime autoritário e aqueles que o apoiaram – e, eventualmente, ainda o apoiam.

No atual contexto democrático, a memória de oposição ao Regime Militar está melhor estabelecida como uma memória coletiva nacional. No entanto, a memória subterrânea favorável à ditadura, ainda que mais oculta, manteve-se viva e, diante das crises que as instituições democráticas brasileiras vêm enfrentando nos últimos anos, reaparece para alimentar o discurso autoritário.

A análise da memória em contextos de graves violações de direitos humanos sob enfoque da justiça de transição, tomando como parâmetro o relatório do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, de 9 de julho de 2020, sobre os processos de memorialização no contexto de graves violações de direitos humanos e do direito internacional humanitário (A/HRC/45/45), ante as necessidades e os anseios dos grupos em busca da obrigação de adoção de procedimentos que restaurem a memória e de assegurar a manutenção da verdade e memória.

Portanto, quando ausentes ou poucos os instrumentos normativos ou políticas públicas para o imediato e necessário atendimento da proteção desses grupos, há a ocorrência, conseqüentemente, de um estado de maior vulnerabilidade de pessoas nessas situações.

Frisa-se então pela importância da observância no âmbito internacional e interno – pelos Estados – sobre a necessidade de proteção da memória na sociedade quando se trata de contextos de governos repressivos e acontecimentos de graves violações de direitos humanos, para que se reestabeleça uma confiança no Estado pela população.

Ainda, tal questão deve ser analisada sob um contexto atual, em que a informação é compartilhada e viralizada a cada segundo através das redes sociais, ou seja, a regulamentação e proteção em ambientes digitais deve ser levada em consideração.

Isto porque, o ambiente facilita o direito à informação e a livre manifestação do pensamento, porém, sem a devida memória da sociedade sobre acontecimentos do passado, é possível verificar a construção de uma memória falsa e eticamente repudiável, o que fomenta ainda mais o discurso de ódio e a violência.

Com efeito, os Estados devem se ater a preocupações com a educação sobre os meios de comunicação, a regulação e responsabilização das plataformas, para que a sociedade não seja influenciada pelas notícias falsas (*fake news*), mas que também seja possível que as novas gerações tenham opiniões críticas e ferramentas para identificar as informações que recebem nas redes sociais.

Assim, a questão do pilar da memória na justiça de transição, com o seu conceito debatido ao longo dos séculos, é também resultante da ausência de medidas efetivas em respeito à questão na sociedade, o que fragiliza a confiança também no próprio Estado e na democracia, tais reflexos devem ser combatidos veemente para o pleno respeito dos direitos humanos.

Portanto, faz-se vital para a Democracia que, como uma forma de prevenção à uma derrocada no futuro, mantenha-se alerta e vitoriosa também no campo da memória.

BIBLIOGRAFIA

ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. Definição: negacionismo. **Nossa Língua**. Novas Palavras. Rio de Janeiro, 2023. Disponível em: <https://www.academia.org.br/nossa-lingua/nova-palavra/negacionismo>. Acesso em: 10 ago. 2023.

APLICATIVO #SP64 é lançado oficialmente na praça memorial Vladimir Herzog. **Instituto Vladimir Herzog**, São Paulo, 30 de junho de 2017. Disponível em: <https://vladimirherzog.org/sp64/>. Acesso em 13 ago. 2023.

ARNS, Paulo Evaristo. **Brasil: nunca mais**. 41. ed., Petrópolis: Vozes, 2014.

BRASIL. COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. **Relatório da Comissão Nacional da Verdade**. Brasília: CNV, 2014. Disponível em: <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/>. Acesso em: 18 jul. 2023.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, [1988]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 jul. 2023.

_____. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília: Senado Federal, [2014]. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 24 jul. 2023.

CATELA, Ludmila da Silva. Derechos humanos y memoria. Historia y dilemas de una relación particular en Argentina. **Teoria e Cultura**, Juiz de Fora, v. 3, n. 1/2, p. 9-20, jan./dez. 2008. Disponível em:

<https://periodicos.ufjf.br/index.php/TeoriaeCultura/article/view/12123/6355>. Acesso em: 17 jul. 2023.

FRANÇA, João Paulo. As ruas no processo de disputa da memória coletiva: a nomeação e renomeação dos logradouros públicos no século XXI e suas implicações históricas e cotidianas. **Revista Crítica Histórica**, Maceió, ano X, n. 19, p. 230-253, jun./2019.

Disponível em: <https://www.seer.ufal.br/index.php/criticahistorica/article/viewFile/6812/pdf>. Acesso em: 05 out. 2023.

HOUT, Birgit van. Rumo a uma abordagem abrangente para combater o discurso do ódio. **Centro Regional de Informação para a Europa Ocidental (Unric)**, Nações Unidas, Genebra, Suíça, 18 de junho de 2022. Disponível em: <https://unric.org/pt/rumo-a-uma-abordagem-abrangente-para-combater-o-discurso-do-odio-van-hout/>. Acesso em:

LAWTHER, Cheryl. Transitional justice and truth commissions. In: LAWTHER, Cheryl; MOFFET, Luke; JACOBS, Dove (Org.). **Research Handbook on transitional Justice**. Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 2019, p. 342-357.

LE GOFF, Jacques. **História e memória**. Tradução Bernardo Leitão et al. Campinas: Editora da Unicamp, 1990, Coleção Repertórios.

LECHELER, Sophie; EGELHOFER, Jana Laura. Disinformation, Misinformation, and Fake News: Understanding the Supply Side. In: STRÖMBÄCK, Jesper; WIKFORSS, Åsa; GLÜER, Kathrin; LINDHOLM, Torun; OSCARSSON, Henrik. **Knowledge resistance in high-choice information environments**. Abingdon, UK; New York, USA: Routledge, 2022, p. 69-87.

MACIEL, Lício; NASCIMENTO, José Conegundes do. **Orvil: tentativas de tomada do poder**. Salto: Schoba, 2012.

MENEZES, Ulpiano T. Bezerra de. História, cativa da memória? Para um mapeamento da memória no campo das Ciências Sociais. **Revista do Instituto de Estudos Brasileiros**, São Paulo, n. 34, p. 9-23, 1992. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rieb/article/view/70497/73267>. Acesso em: 07 ago. 2023.

MEZAROBBA, Glenda. De que se fala, quando se diz “Justiça de Transição”. **BIB - Revista Brasileira De Informação Bibliográfica em Ciências Sociais**, São Paulo, n. 67, p. 111-122, 1º semestre de 2009. Disponível em: <https://bibanpocs.emnuvens.com.br/revista/article/view/328/317>. Acesso em: 05 out. 2023.

NORA, Pierre. **Les lieux de mémoire**. Paris: Gallimard, 1985.

POLLAK, Michael. Memória, esquecimento, silêncio (Tradução de Dora Rocha Flaksman). **Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, vol. 2. n. 3, p. 3-15, 1989. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/reh/article/view/2278/1417>. Acesso em: 12 ago. 2023.

RECUERO, Raquel da Cunha. Disputas discursivas, legitimação e desinformação: o caso Veja x Bolsonaro nas eleições de 2018. **Comunicação, Mídia e Consumo**, São Paulo, v. 16, n. 47, p. 432-458, set./dez. 2019. Disponível em: <https://revistacmc.espm.br/revistacmc/article/view/2013/pdf>. Acesso em: 05 out. 2023.

SAMPAIO, Bruna Pessoa. **Mídias sociais e eleição presidencial 2018: uma análise da dinâmica do WhatsApp na campanha eleitoral no Brasil**. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) - Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2021. Disponível em: https://repositorio.ufscar.br/bitstream/handle/ufscar/14698/Disserta%c3%a7%c3%a3o_Bruna_Sampaio.docx.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 05 out. 2023.

SANTOS, Rodrigo Otávio dos. Algoritmos, engajamento, redes sociais e educação. **Acta Scientiarum. Education**, Maringá, v. 44, e52736, 2022. Disponível em: <http://educa.fcc.org.br/pdf/actaeduc/v44/2178-5201-aseduc-44-e52736.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2023.

UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY. **A/HRC/45/45**. Los procesos de memorialización en el contexto de violaciones graves de derechos humanos y del derecho internacional humanitario: el quinto pilar de la justicia transicional. Informe del Relator Especial Fabián Salvioli sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición. 9 de julio de 2020. New York: United Nations General Assembly, 2020. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G20/175/73/PDF/G2017573.pdf?OpenElement>. Acesso em: 17 jul. 2023.

_____. THE OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS (OHCHR). **OHCHR and freedom of expression vs incitement to hatred: the Rabat Plan of Action**. Geneva, Switzerland: The Office of the High Commissioner for Human Rights, 2012. Disponível em: <https://www.ohchr.org/es/freedom-of-expression>. Acesso em: 25 jul. 2023.

_____. UNITED NATIONS REGIONAL INFORMATION CENTER (Unric). **Rumo a uma abordagem abrangente para combater o discurso de ódio.** Artigo de Birgit Van Hout, Representante Regional para a Europa. Gabinete do Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos, 18 de julho de 2022. Disponível em: <https://unric.org/pt/rumo-a-uma-abordagem-abrangente-para-combater-o-discurso-do-odio-van-hout/>. Acesso em: 29 jul. 2023.

USTRA, Carlos Alberto Brilhante. **A verdade sufocada:** a história que a esquerda não quer que o Brasil conheça. 11. ed., rev., ampl. e atual., Brasília: Editora Ser, 2016.



All Rights Reserved © Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito

ISSN da versão impressa: 2236-5796

ISSN da versão digital: 2596-111X

academiapaulistaeditorial@gmail.com/diretoria@apd.org.br

www.apd.org.br



This work is licensed under a [Creative Commons License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)



POPULISMO PUNITIVO: TRAIÇÃO A LA DEMOCRACIA

PUNITIVE POPULISM: BETRAYAL OF DEMOCRACY

POPULISMO PUNITIVO: TRAIÇÃO DA DEMOCRACIA

Leandro Eduardo Astrain Bañuelos¹

Submissão: 25/11/2023

Aprovação: 10/12/2023

RESUMEN:

El advenimiento del estado constitucional y el proceso de transformación jurídica que le es conexo supone también el establecimiento de un conjunto de límites a la potestad punitiva del estado. Sin embargo, en los hechos se advierte una tendencia contraria, por cuanto el legislador penal frecuentemente se mueve por el dictado de normas que incrementan las penas para los delitos existentes o prevén sanciones para nuevas conductas antes no sancionadas. Por lo tanto, en este artículo se advierte de cómo dicha tendencia populista en materia penal es contraria a los principios del garantismo y cómo es que podría encontrarse una salida a esa paradoja.

PALABRAS CLAVE: Constitucionalismo. Derecho penal. Garantías. Populismo Penal. Derecho del estado a castigar.

ABSTRACT:

The advent of the constitutional state and the process of legal transformation that is related to it also supposes the establishment of a set of limits on the punitive power of the state. However, in reality a contrary trend is evident, as the criminal legislator frequently moves to dictate regulations that increase penalties for existing crimes or provide sanctions for new

¹ Doctor en Derecho por la Universidad de Guanajuato. Investigador del Sistema Nacional de Investigadores nivel I del CONACYT. Reconocimiento Perfil Deseable PRODEP de la SEP. Miembro Correspondiente de la Academia Mexicana de Ciencias Penales. Miembro fundador y actual Presidente de la Sociedad Internacional Germano Latinoamericana de Ciencias Penales (SIGLA-CP). Director del Departamento de Derecho de la Universidad de Guanajuato. E-mail: eduardoasttrain@hotmail.com - **Ark:/80372/2596/v12/016**

behaviors not previously sanctioned. Therefore, this article warns of how this populist tendency in criminal matters is contrary to the principles of guaranteeism and how a way out of this paradox could be found.

KEYWORDS: Constitutionalism. Criminal law. Guarantee. Criminal Populism. Right of the state to punish.

RESUMO:

O advento do Estado constitucional e o processo de transformação jurídica que lhe está relacionado supõe também o estabelecimento de um conjunto de limites ao poder punitivo do Estado. Contudo, na realidade, é evidente uma tendência contrária, uma vez que o legislador criminal frequentemente se move para ditar regulamentos que aumentam as penas para crimes existentes ou prevêm sanções para novos comportamentos não sancionados anteriormente. Portanto, este artigo alerta para como esta tendência populista em matéria penal é contrária aos princípios do garantismo e como poderia ser encontrada uma saída para este paradoxo.

PALAVRAS CHAVE: Constitucionalismo. Direito Penal. Garantia. Populismo criminoso. Direito do Estado de punir.

I. INTRODUCCIÓN

Una de las principales características del régimen democrático es el control y la limitación del poder, tanto del público como del privado, maximizando así los derechos y libertades de los gobernados. Es por ello por lo que la facultad sancionadora del Estado es sometida a controles, evitando así el abuso de autoridad y el ejercicio arbitrario del poder público. Estos controles no son otra que derechos humanos que por su importancia son reconocidos en cartas magnas y en convenciones internacionales. En la medida en que tales derechos sean respetados, se puede afirmar que su aparato represivo es propio de un Estado democrático. Por el contrario, si dicha expresión de poder los violenta sin ningún tipo de consecuencia, utilizando la potestad punitiva para controlar a los gobernados y menoscabar las libertades, entonces ese aparato es más acorde al de un Estado fascista o totalitario.

Precisamente por ello, Giuseppe Bettioli afirma que “es en el campo penal donde se manifiesta en forma más ostensible el carácter democrático o antidemocrático de una

constitución”.² En el mismo sentido, Sergio García Ramírez estima que en el sistema penal “se construye una de las porciones más detalladas y relevantes del orden penal constitucional, donde los derechos humanos tienen un crítico escenario y el autoritarismo puede operar a discreción”.³

Así las cosas, la función del derecho punitivo dependerá del tipo de Estado en el que se encuentre inmerso. En uno de corte dictatorial, es el brazo armado con el que régimen combate a sus enemigos políticos. Es un instrumento que se utiliza para menoscabar las libertades de los gobernados, legitimando las políticas públicas, muchas de ellas contrarias a los Derechos Humanos. Los tipos penales criminalizan la libertad de expresión, la disidencia, la protesta social. Hay un uso selectivo y arbitrario del código penal. Por el contrario, en un Estado democrático, el sistema sancionador tiene una función garantista al ser utilizado para proteger los bienes jurídicos más valioso para la sociedad, para que no sean lesionados ni con los delitos ni con las penas.

Bajo esta tesitura, es posible advertir la manera en la cual el poder punitivo se desdobra en dos vertientes: la administrativa (tanto la contravencional y la disciplinaria) como la penal. Esta última se considera la reacción más grave con la que cuenta el Estado. Por ello se ha desarrollado en su ámbito todo un conjunto de derechos que garantizan la aplicación de la pena pública en un marco de racionalidad y de respeto a la dignidad del ser humano.

Sin embargo, en los últimos años se ha presentado un fenómeno denominado por diversos sectores de la doctrina como populismo penal o punitivo, y que ha propiciado el endurecimiento de las sanciones que se aplican tanto en el ámbito penal como en el marco de otras ramas jurídicas tales como la contravencional, la disciplinaria, la fiscal, la electoral, entre otras. Por esto, resulta indispensable que se respete el aparato garantista del sistema penal a esas otras ramas sancionadoras, pues en no pocas ocasiones esas sanciones se aplican sin un aparato dogmático que dote de seguridad jurídica a los gobernados, ni respetando sus derechos mínimos.

Con esto, la política criminal de los estados modernos se ve abocada a una paradoja, pues por un lado se proclama garantista, mientras que por otro queda aherrojada por una espiral inflacionaria de los tipos penales y las sanciones a imponer, como se verá en el siguiente apartado.

² Citado por García Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos y el Derecho penal*, México, SEP-SETENTAS, 1976, p. 89.

³ García Ramírez, Sergio, *La constitución y el sistema penal: 75 años (1940-2015)*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2016, p. 43.

II. POLÍTICA CRIMINAL CONTEMPORÁNEA: ENTRE EL POPULISMO PUNITIVO Y LA SOBRECriminalIZACIÓN

Entendemos por política criminal al conjunto de estrategias que implementa el Estado para prevenir y sancionar el fenómeno delictivo.

La primera de estas funciones se lleva a cabo mediante la implementación de políticas públicas que nada tiene que ver con el Derecho penal: el fortalecimiento de los sistemas de salud y deportivo, el fomento al empleo digno con una adecuada remuneración, el desarrollo integral de la familia, el trabajo conjunto con los grupos religiosos, y en general, todo tipo de políticas enfocadas en el mejoramiento del nivel de vida del ser humano y que le garantizan una vida en plenitud. Es así como se van conformando grupos de control social *informales*⁴ que introyectan valores a los gobernados para que adecúen sus comportamientos a las normas sociales y jurídicas. Cuando estas instancias fracasan y un individuo realiza un comportamiento antijurídico, entra en funcionamiento el sistema punitivo, para sancionar el comportamiento desviado, dando paso al control social *formal*, es decir, a aquél que tiene como función esencial el ejercer tal mecanismo. Dentro de este sistema se encuentra el penal, que se encarga de sancionar los comportamientos que más gravemente lesionan los bienes jurídicos más importantes para la sociedad, a través del recurso más violento con el que cuenta el poder público: la pena. Al tratarse de violencia institucional que se antepone a la violencia social, es imprescindible contención, pues no deja de ser violencia que de no ser limitada puede propiciar graves violaciones a los derechos de los gobernados. Por ello se afirma que el Derecho penal es la *ultima ratio* de la política criminal, esto es, el último aparato al que se debe acudir, pues su uso implica restricciones al ejercicio de derechos humanos que en un Estado de libertades debe ser muy excepcional.

No obstante, en México y en la gran mayoría de las democracias contemporáneas la política criminal está sustentada en la sanción y no en la prevención. Todos los problemas sociales pretenden ser resueltos con más Derecho punitivo y por ello estamos siendo testigos de una expansión del aparato represivo en diversas vertientes, lo que

⁴ Reciben esta denominación en virtud de que no tienen como función primaria la de llevar a cabo este tipo de control, sino que lo ejercen de forma indirecta.

se traduce en una sobrecriminalización, es decir, un fenómeno que se refiere a los “exorbitantes niveles de castigo y la enorme cantidad de leyes penales”⁵

En primer lugar, hay un aumento en las conductas tipificadas como delito. La parte especial de los códigos penales se engrosa, convirtiendo al Derecho penal en la *prima ratio* de tal política,⁶ y con ello un llamado de atención al carácter subsidiario de esa rama del orden jurídico.

En segundo lugar, se privilegia el uso de la prisión tanto como medida cautelar como pena. En efecto, la prisión preventiva se convierte en la garantía del proceso penal por antonomasia, siendo aplicada incluso de manera oficiosa por el órgano jurisdiccional. Esta última figura fue producto de una reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, y ha sido severamente cuestionada por la doctrina penal de corte garantista al ser incompatible con el derecho humano a la presunción de inocencia. Entre allá destaca la posición de García Ramírez, para quien se debe rechazar “la prisión preventiva sistemática —que consagraría los procesos en cautiverio, no en libertad— y la entrega al juez de la facultad (que no debe ser usurpada por el legislador mediante ‘pre-juicios’ legislativos) de resolver casuísticamente sobre la pertinencia de la prisión preventiva: es decir, analizar su aplicabilidad caso por caso y conforme a las circunstancias que concurran en él”.⁷ Esta figura recientemente fue declarada inconvencional por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tanto en el caso *Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México* como en el *García Rodríguez y otro vs. México*, dictadas el 7 de noviembre de 2022 y el 25 de enero de 2023, respectivamente, considerando al Estado mexicano

responsable por la violación al derecho a la libertad personal contenido en los artículos 7.1, 7.3, y 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 8.2, contemplado en el mismo instrumento, en relación con la obligación de respetar y de garantizar los derechos establecida en el artículo 1.1 de la Convención,

⁵ Husak, Douglas, *Sobrecriminalización*, traducción de Rocío Lorca Ferreccio, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 42.

⁶ Cfr. Silva Sánchez, Jesús María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, reimpresión de la segunda edición, Argentina, Editorial B de F, 2006.

⁷ García Ramírez, Sergio, “La regresión penal”, en García Ramírez, Sergio y Silva Meza, Juan N., *Sistema penal: errores y desvíos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020, p. 27.

así como la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno contenida en el artículo 2 de dicho instrumento, por la aplicación de la prisión preventiva...⁸

Por lo que respecta a la prisión sancionatoria, en los códigos penales se privilegia esta pena sobre otras, y se aumenta a niveles irracionales, llegando al absurdo de contar con punibilidades que rebasan con mucho la expectativa de vida de cualquier persona.⁹

En tercer lugar, la expansión se manifiesta a través de la configuración de un régimen penal de excepción dirigido a determinados sectores de la criminalidad y que se caracteriza por la restricción de los Derechos humanos de naturaleza penal de los destinatarios de tal régimen, tanto de tipo sustantivo, como procesal y ejecutivo, mismo que la doctrina identifica con el nombre *Derecho penal del enemigo*,¹⁰ tal y como fue calificado por el profesor alemán Günther Jakobs.¹¹

Pero este fenómeno expansivo no solamente se puede apreciar en el sistema penal. En la actualidad ha contaminado otras ramas de la juridicidad que empiezan a contemplar ciertas figuras restrictivas de derechos humanos y que fueron creadas para atender a la criminalidad más peligrosa. Sin embargo, este endurecimiento no va acompañado de las garantías mínimas que magistralmente ha desarrollado la dogmática penal, dando paso a legislaciones con ciertas tendencias autoritarias en perjuicio del gobernados, pero que pretenden ser justificadas desde un discurso político que polariza y que inventa un falso dilema entre derechos humanos y seguridad pública.¹² Este discurso ha sido identificado como

⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México*, 7 de noviembre de 2022, párr. 169. En el mismo sentido, Corte Interamericana de Derechos Humanos. *García Rodríguez y otro vs. México*, 25 de enero de 2023, párr. 188.

⁹ En México, la pena de prisión de mayor duración se encuentra contenida en la Ley General para prevenir y sancionar los delitos en materia de secuestro, reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que señala expresamente en su artículo 11: “Si la víctima de los delitos previstos en la presente Ley es privada de la vida por los autores o partícipes de los mismos, se impondrá a estos una pena de ochenta a ciento cuarenta años de prisión y de doce mil a veinticuatro mil días multa”.

¹⁰ Es tal la importancia que se la ha dado a la lucha contra determinadas manifestaciones de criminalidad, que la comunidad internacional ha conformado un Derecho internacional penal de combate a específicos tipos de delincuencia. Este orden convencional se caracteriza por pretender eficientar la respuesta punitiva frente a esos fenómenos criminológicos, a través de la restricción de derechos fundamentales, lo que genera una clara tensión con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que optimiza el reconocimiento de aquellos.

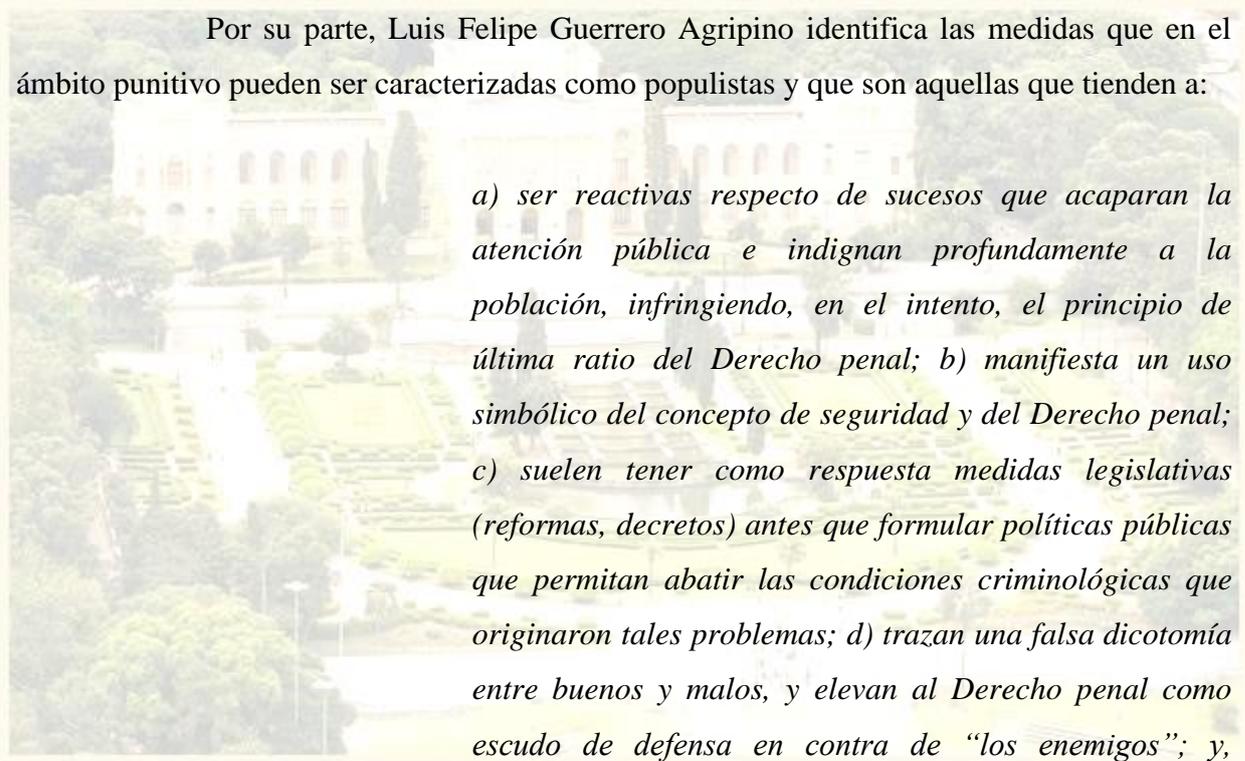
¹¹ Una postura crítica de este régimen puede verse en Astrain Bañuelos, Leandro Eduardo, *El Derecho Penal del Enemigo en un Estado constitucional: especial referencia en México*, Madrid, Marcial Pons, 2017.

¹² Esto se puede apreciar con meridiana claridad en la exposición de motivos de la Ley Federal contra la delincuencia organizada, en la que se señaló expresamente: “México vive momentos delicados en los que sus sistemas de procuración y administración de justicia enfrentan demandas y presiones que pueden llegar a ser contradictorias. Por una parte, se exige de las instituciones que aumenten rápidamente su eficacia en la lucha contra la delincuencia, especialmente la organizada, pero por la otra, siguen presentes con vitalidad las demandas de desterrar del sistema la tortura y otros vicios, y de controlar la arbitrariedad policiaca”.

populismo penal, expresión utilizada por el jurista francés Denis Salas,¹³ con la que se refiere al uso demagógico del derecho penal para dar respuesta a una sociedad sedienta de seguridad pública y que demanda del Estado políticas contundentes para erradicar la violencia y la delincuencia, a costa de lo que sea.

Este concepto también es conocido como *populismo punitivo*, que, a decir de Alejandro Nava Tovar, “es mencionado en la esfera pública y en los debates sobre los usos y fines del derecho penal por criminólogos y penalistas, quienes lo mencionan de forma despectiva y como advertencia de que las fronteras del Derecho penal se quiebran ante la expansión de exigencias irracionales provenientes de los medios de comunicación, la sociedad civil y los legisladores”.¹⁴

Por su parte, Luis Felipe Guerrero Agripino identifica las medidas que en el ámbito punitivo pueden ser caracterizadas como populistas y que son aquellas que tienden a:

- 
- a) *ser reactivas respecto de sucesos que acaparan la atención pública e indignan profundamente a la población, infringiendo, en el intento, el principio de última ratio del Derecho penal;*
 - b) *manifiesta un uso simbólico del concepto de seguridad y del Derecho penal;*
 - c) *suelen tener como respuesta medidas legislativas (reformas, decretos) antes que formular políticas públicas que permitan abatir las condiciones criminológicas que originaron tales problemas;*
 - d) *trazan una falsa dicotomía entre buenos y malos, y elevan al Derecho penal como escudo de defensa en contra de “los enemigos”;* y,
 - e) *abogan por un debilitamiento de las garantías procesales y dogmáticas que ofrece el Derecho penal.*¹⁵

¹³ Citado por Ferrajoli, Luigi, “El populismo penal en la sociedad del miedo”, en Zaffaroni, Eugenio Raúl *et al.*, *La emergencia del miedo*, Argentina, Ediar, 2013, p. 60.

¹⁴ Nava Tovar, Alejandro, *Populismo punitivo. Crítica del discurso penal moderno*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, ZELA, 2021, p. 3.

¹⁵ Guerrero Agripino, Luis Felipe, *Paradigmas de los Derechos Humanos en el sistema punitivo mexicano. Realidades, riesgos y desafíos*, México, Grañen Porrúa, 2018, p. 23.

Así las cosas, este discurso va degenerando las estructuras democráticas de los Estados al grado tal que el sistema punitivo es utilizado para menoscabar las libertades de los gobernados ante la menor provocación, olvidando que los derechos humanos no son otra cosa que límites a la soberanía de los Estados.

III. PRINCIPIOS PENALES APLICABLES A TODO EL DERECHO PUNITIVO

A partir del pensamiento liberal del siglo XVIII, la reacción punitiva se comienza a racionalizar a través de un conjunto de principios reguladores del procedimiento penal, que no son otra cosa que derechos humanos reconocidos en declaraciones, constituciones y convenciones internacionales. Con ello da inicio el periodo humanitario del Derecho penal, que se va consolidando con el paso de los años a través de un proceso de progresión, que exige no solo un trato humano a la persona infractora, sino también un tratamiento científico al estudio del delito y del delincuente. Derivado de lo anterior, una de las ramas de la ciencia del Derecho que ha alcanzado un alto grado de científicidad es la dogmática penal, disciplina que ha pretendido establecer las bases para que en cada caso concreto se determine con el mayor grado de precisión posible si un sujeto ha cometido un hecho típico, antijurídico y culpable, y si por ello es merecedor de la pena. Esto es así porque la restricción de derechos que es inherente a la sanción penal representa graves consecuencias para los seres humanos, cuya imposición no puede ser el resultado de un ejercicio arbitrario o irreflexivo, sino producto de un análisis metódico y respetuoso de todos los derechos de naturaleza penal.

El más importante de esos principios penales es el de *dignidad humana*, pues es la base a partir de la cual se debe construir todo el orden jurídico. Esta dignidad es un atributo que tiene todo ser humano por el solo hecho de serlo, y por virtud del cual es merecedor de respeto y protección, que no se puede desconocer en ningún momento y en ninguna circunstancia.

Aunque tal principio comienza a ser desarrollado hasta mediados del siglo pasado y en el marco de la configuración del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el pensamiento garantista penal ya lo reconocía precisamente en el principio de *humanidad de las penas*, por virtud del cual quedaron proscritas todas las sanciones crueles, inhumanas y degradantes.

El principio de legalidad en materia penal, formulado en la locución latina *nullum crimen, nulla poena sine lege*, otorgó seguridad jurídica a todos los gobernados, al prohibir imponer sanciones por hechos que no fueran considerados delictivos por una ley vigente y aprobada con anterioridad al hecho.

Pero el legislador no tiene un cheque en blanco para criminalizar lo que quiera. El principio *exclusiva protección de bienes jurídicos* solo legitima la intervención penal cuando el comportamiento ha afectado un bien jurídico merecedor y necesitado de protección penal. Por ende, también la actuación del juzgador se encuentra limitada por este principio, ya que en todo caso concreto sometido a su consideración deberá verificar la lesión o puesta en peligro al bien jurídico de la víctima.

Pero no toda afectación a un bien jurídico interesa al Derecho penal, sino solo aquellas que resulten de ataques que revelen una mayor peligrosidad desde el punto de vista social. Por eso se afirma que tiene un *carácter fragmentario*. Determinadas lesiones pueden ser atendidas por otras ramas del orden jurídico menos agresivas.

Derivado de lo anterior, el Derecho penal es considerado como la *ultima ratio* de la política criminal, debe tener una intervención mínima y subsidiaria. Solo se debe de encargar de aquellos problemas que tengan mayor impacto social. Distraerlo con asuntos que pueden ser resueltos a través de diversos mecanismos lo desnaturaliza y provoca que desatienda los fines que legítimamente tiene encomendados.

La reacción penal no debe ser desmesurada, pues tiene que representar una justa medida ante la magnitud del daño causado, evitando convertir al Derecho penal en un acto vindicativo. Por ello, el principio de *proporcionalidad* exige que la pena o la medida de seguridad esté impuesta en relación con el bien jurídico afectado o con la peligrosidad del delincuente.

Finalmente, en virtud del principio de *culpabilidad*, la responsabilidad penal siempre se sustentará en el acto realizado por un sujeto con capacidad de discernimiento.

Aunado a estos principios de carácter sustantivo, se han ido desarrollando otros de tipo procesal, entre los que destacan la *presunción de inocencia*, el *ne bis in idem*, la *prohibición de la tortura* y el *debido proceso*. Las dos primeras también tienen una connotación sustantiva, como veremos a continuación.

La *presunción de inocencia* exige que toda persona sea tratada como inocente hasta que no quede demostrada plenamente su culpabilidad, resultado de una sentencia condenatoria inimpugnable. Ello no es una mera declaración formal pues implica que durante

todo el proceso se deben evitar prácticas que adelanten un juicio de responsabilidad, como es el caso de la exposición pública del presunto infractor o la imposición de medidas como el arraigo y la prisión preventiva. En su aspecto sustantivo, este principio impone al legislador la obligación de evitar normas que impongan cargas procesales a los gobernados para acreditar su inocencia, como es el caso de la pérdida de la propiedad por extinción de dominio o en el tipo penal de enriquecimiento ilícito que considera como tal todo ingreso que el servidor público no pueda comprobar haberlo obtenido lícitamente.

El principio *ne bis in idem*, también conocido como *non bis in idem*, prohíbe juzgar a una persona en más de una ocasión por el mismo hecho, independientemente del sentido del fallo, así como también impide sancionar en más de una ocasión un mismo hecho. Este derecho humano evita la sobrecriminalización y por ello también es un límite para el legislador, pues en la norma penal se debe evitar sancionar en más de una ocasión un mismo hecho.

El derecho humano a la integridad personal es uno de los pilares que se desprende del respeto a la dignidad humana. Se refiere al conjunto de condiciones positivas y negativas que permiten a la persona gozar de salud física y mental, así como el respeto a su integridad moral. Derivado de este derecho es que ha quedado proscrita la tortura, como medio de prueba o castigo durante el procedimiento penal, así como cualquier trato que resulte cruel, inhumano o degradante.

El *debido proceso* congrega una serie de derechos adjetivos que garantizan la defensa efectiva y la igualdad procesal, haciendo los ajustes necesarios para evitar colocar a alguna parte en situación de desventaja o vulnerabilidad. Derechos a la no autoincriminación, a contar con un abogado, a la asistencia consular si se es extranjero, a contar con un intérprete si no se habla el mismo idioma del lugar, entre otros, son algunas de las condicionantes inexorables para garantizar un proceso penal justo.

Finalmente, en el ámbito de la ejecución de sanciones, el derecho humano a la *readaptación social*, o *reinserción social* como le denomina el constituyente mexicano, se traduce en un ofrecimiento que hace el Estado al infractor para que se reintegre al núcleo social una vez que lleve a cabo una serie de actividades educativas, laborales, recreativas, deportivas y sanitarias, todas en el marco del respeto a los derechos humanos. La Ley Nacional de Ejecución penal mexicana define a la *reinserción social* en su artículo 4º como “la restitución del pleno ejercicio de las libertades tras el cumplimiento de una sanción o medida ejecutada con respeto a los derechos humanos”.

Todos estos principios conforman el programa penal convencional y constitucional que dota al Derecho penal de una esencia garantista al considerarlo eminentemente protector de los bienes jurídicos más valiosos para los seres humanos. Por esta consideración, no resulta difícil de comprender que Franz von Liszt afirmara que el código penal era la carta magna del delincuente, que no surgía para proteger a la sociedad, sino al individuo que se rebelaba en contra de ella.¹⁶

Estos principios limitadores no habían sido observados por las restantes ramas punitivas, pues sus sanciones no se consideraban de la misma gravedad, ni sus procesos tenían el carácter estigmatizador del sistema penal. Pero ahora que comienzan a endurecerse las consecuencias jurídicas y que muchas de las técnicas especiales de investigación penal restrictivas de derechos humanos empiezan a ser implementadas también en esas otras ramas, es necesario también respetar el aparato garantista desarrollado por el Derecho penal.

Esto ha sido reconocido tanto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En este sentido el Alto Tribunal ha considerado que en este campo es imprescindible referirse al artículo 1o. constitucional, ya que la dignidad humana por él protegida es la condición y base de todos los derechos humanos. Además, al proteger la autonomía de la persona, rechaza cualquier modelo de Estado autoritario que permita proscribir ideologías o forzar modelos de excelencia humana a través del uso del poder punitivo. Por ende, el derecho penal no puede sancionar la ausencia de determinadas cualidades o la personalidad, porque está limitado a juzgar actos. Afirmación que necesariamente debe ser enlazada con el principio de legalidad, protegido por el artículo 14, tercer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al establecer que en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. Esta disposición es la que revela, del modo más claro y literal posible, que el derecho penal únicamente puede prohibir la comisión de conductas específicas (no la personalidad); es decir, sólo aquel acto prohibido por una norma penal, clara y explícita, puede dar lugar a una sanción. Por otro lado, también debe considerarse el actual contenido del segundo párrafo del artículo 18 constitucional. El hecho de que la Constitución haya eliminado la posibilidad de que el sistema penal opere bajo la premisa de

¹⁶ Señala Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General Tomo I Fundamentos. La estructura de la teoría del Delito*, traducción de la segunda edición alemana de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Editorial Thomson Civitas, 1997, p. 138, que esta expresión fue utilizada por primera vez por Liszt en el informe del año de 1893 para la Unión Internacional de Derecho Penal (IKV), impreso en: *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, 1905 y reimpresso en 1970.

que alguien es desadaptado, fundamenta la convicción de que nuestro sistema se decanta por un derecho penal sancionador de delitos, no de personalidades. Así, el abandono del término "delincuente" también exhibe la intención de eliminar cualquier vestigio de un "derecho penal de autor", permisivo de la estigmatización de quien ha cometido un delito. Esta conclusión se enlaza con la prohibición de penas inusitadas contenida en el artículo 22, primer párrafo, constitucional, la cual reafirma la prohibición de que cualquier consideración vinculada con etiquetas a la personalidad tenga incidencia en la punición.

Algunas voces se han alzado en contra de esta consideración, afirmando que los penalistas pretendemos ahora penalizar al Derecho administrativo sancionador y al disciplinario. Afirmamos contundentemente que esto no es así. Es el propio legislador quien lo ha hecho, y en todo caso, lo que buscamos es limitar el poder punitivo en tales ramas jurídicas, para que, en la medida que endurezcan sus respuestas, sean respetados con mayor exigencia los derechos de los gobernados.

Es así como se nos presenta un verdadero reto para los juristas: delimitar los campos de acción entre el Derecho penal, el Derecho administrativo sancionador y el Derecho disciplinario. Así como no es conveniente penalizar la Constitución ni a otras ramas del orden jurídico, tampoco es pertinente administrativizar a la Constitución ni al Derecho penal.

Aunado a lo anterior, frente a esta progresión penal que se había presentado a partir del pensamiento liberal dieciochesco y durante la mayor parte de los siglos XIX y XX, estamos siendo testigos de evidentes regresiones que están siendo incorporadas tanto en el texto fundamental de México, como en ciertas convenciones internacionales que pretenden combatir de manera efectiva determinados fenómenos criminales. Si se parte de la errónea premisa que los Derechos Humanos han sido los responsables de la impunidad y del aumento de la criminalidad, no resulta cuestionable estimar que la lucha efectiva contra la criminalidad se dará a través de las restricciones a esos derechos. No obstante, los resultados son nulos, pues las causas de la delincuencia no son combatidas, el sistema punitivo se distrae y deja de atender los casos a los que legítimamente está llamado a atender y los gobernados son violentados en sus derechos más básicos, produciendo el abuso de autoridad y el ejercicio arbitrario del poder público.

Así, la actual política criminal resulta incompatible con el Derecho penal propio de un régimen democrático, al encontrarse en clara contradicción con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y con los derechos fundamentales que han sido

reconocidos a los destinatarios del sistema penal a lo largo del devenir constitucional de México.

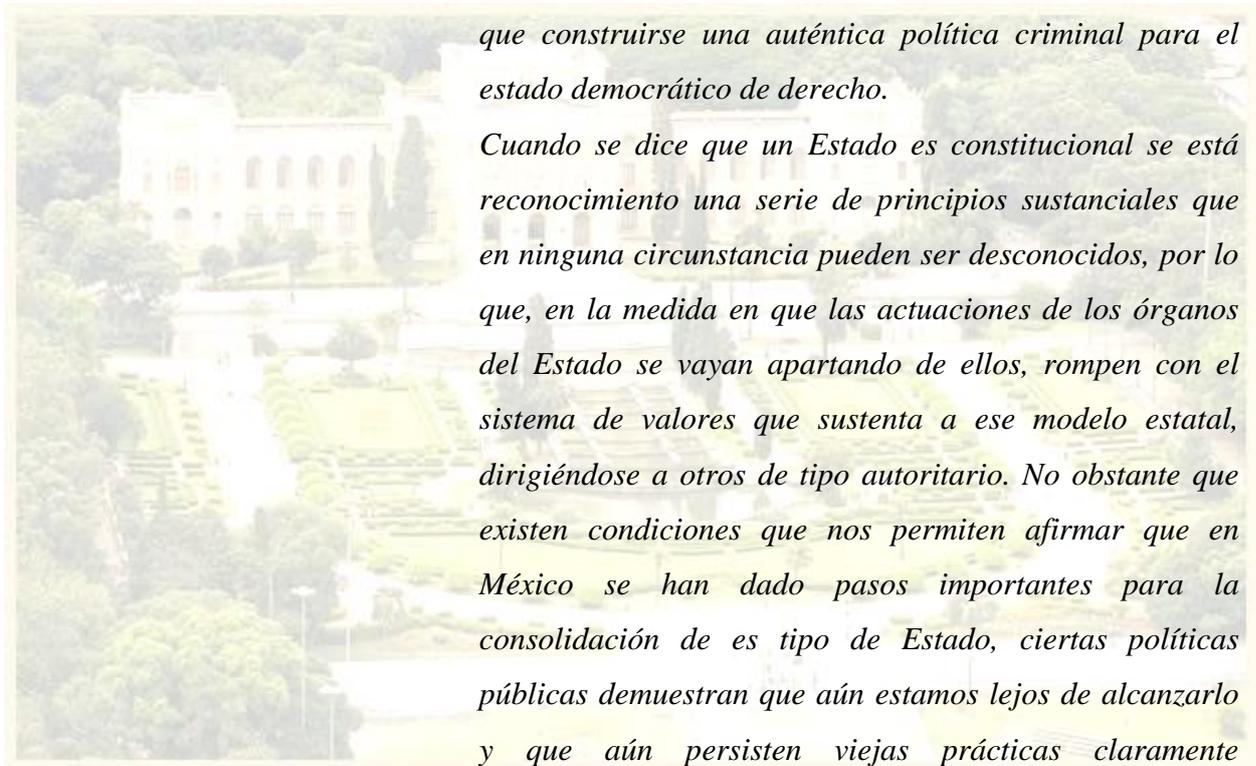
Por ello, es indispensable un viraje en dicha política, y regresar a los senderos que van marcando con paso lento pero firme, los derechos humanos tanto de fuente convencional como constitucional.

IV. CONCLUSIÓN

La crisis de seguridad acompañada de altos niveles de violencia ha fomentado el discurso populista punitivo, que solamente da respuestas demagógicas a los graves problemas sociales que estamos viviendo relacionados con la criminalidad. Consecuencia de ello, el aparato punitivo se endurece en todas sus ramas, los derechos humanos son relativizados y los problemas sociales se recrudecen. Sin duda, es necesario revertir esta tendencia, pero ¿cuál puede ser el camino para ello? Algunas coordenadas en este sentido pueden ser las siguientes.

En esencia, parece que la inflación de los tipos penales y el incremento de las sanciones aplicables, atentan contra el ideal del estado constitucional. En efecto, Luigi Ferrajoli distingue dos tipos de Estado de Derecho: el Estado legislativo de Derecho y el Estado Constitucional de Derecho. En el primero, todos los poderes públicos se someten al imperio de ley, pues ella es producto de un legislador electo democráticamente y en el cual se deposita la voluntad popular. En ese modelo, existe una función protagónica del poder legislativo, pues es que crea la ley, mientras que la función del poder judicial es más discreta, al convertirse exclusivamente en la boca de la ley. En cambio, en el Estado constitucional todos los poderes, incluido el legislativo, se someten al imperio de una serie de principios constitucionales contenidos de forma expresa o tácita en la Carta Magna. Por ello, el

poder judicial tiene una función preponderante, ya que al ser el defensor de la ésta, puede apartarse de leyes que violen esos principios constitucionales, no aplicándolas en el caso concreto sometido a su consideración y haciendo prevalecer la Constitución, a través del control de constitucionalidad, difuso o concentrado, según corresponda.¹⁷ Esos principios constitucionales son, principalmente: el reconocimiento de derechos humanos, la división de poderes, el régimen democrático y el control de regularidad constitucional, y sobre esas bases tendría que construirse una auténtica política criminal para el estado democrático de derecho.



Cuando se dice que un Estado es constitucional se está reconociendo una serie de principios sustanciales que en ninguna circunstancia pueden ser desconocidos, por lo que, en la medida en que las actuaciones de los órganos del Estado se vayan apartando de ellos, rompen con el sistema de valores que sustenta a ese modelo estatal, dirigiéndose a otros de tipo autoritario. No obstante que existen condiciones que nos permiten afirmar que en México se han dado pasos importantes para la consolidación de es tipo de Estado, ciertas políticas públicas demuestran que aún estamos lejos de alcanzarlo y que aún persisten viejas prácticas claramente violatorias de derechos humanos. Esto se puede apreciar en la implementación de regímenes penales de excepción y en la restricción de derechos fundamentales, porque ellas se traducen en violaciones a diversos derechos humanos que deben tener por el solo hecho de ser personas.

Es por ello por lo que resulta indispensable la supresión de esas disposiciones jurídicas, pues ellas no superan un examen de convencionalidad, lo que podría provocar una

¹⁷ Cfr. Ferrajoli, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, en Carbonell, Miguel (coordinador), *Neoconstitucionalismo(s)*, segunda edición, Madrid, Editorial Trotta, 2005, p. 13-14.

nueva condena al Estado mexicano al no armonizar su orden jurídico interno con lo contenido en los tratados internacionales que ha suscrito y que por ello le resultan vinculantes. Aunque el presente trabajo se ha centrado exclusivamente en el tema del populismo penal, es claro que existen disposiciones legales relacionadas con este aspecto que no superan el test de convencionalidad, por lo que es urgente que nuestro sistema concrete la supresión de toda norma incompatible con su propio sistema de valores y con la normativa internacional de los Derechos Humanos. De no hacerlo, de nada servirán todos los importantes avances logrados en esa materia hasta este momento.

BIBLIOGRAFÍA

Astrain Bañuelos, Leandro Eduardo, *El Derecho Penal del Enemigo en un Estado constitucional: especial referencia en México*, Madrid, Marcial Pons, 2017.

Ferrajoli, Luigi, “El populismo penal en la sociedad del miedo”, en Zaffaroni, Eugenio Raúl *et al.*, *La emergencia del miedo*, Argentina, Ediar, 2013.

Ferrajoli, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, en Carbonell, Miguel (coordinador), *Neoconstitucionalismo(s)*, segunda edición, Madrid, Editorial Trotta, 2005.

García Ramírez, Sergio, “La regresión penal”, en García Ramírez, Sergio y Silva Meza, Juan N., *Sistema penal: errores y desvíos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020.

García Ramírez, Sergio, *La constitución y el sistema penal: 75 años (1940-2015)*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2016.

García Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos y el Derecho penal*, México, SEP-SETENTAS, 1976.

Guerrero Agripino, Luis Felipe, *Paradigmas de los Derechos Humanos en el sistema punitivo mexicano. Realidades, riesgos y desafíos*, México, Grañen Porrúa, 2018.

Husak, Douglas, *Sobrecriminalización*, traducción de Rocío Lorca Ferreccio, Madrid, Marcial Pons, 2013.

Nava Tovar, Alejandro, *Populismo punitivo. Crítica del discurso penal moderno*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, ZELA, 2021.

Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General Tomo I Fundamentos. La estructura de la teoría del Delito*, traducción de la segunda edición alemana de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel

Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Editorial Thomson Civitas, 1997.

Silva Sánchez, Jesús María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, reimpressão de la segunda edición, Argentina, Editorial B de F, 2006.



All Rights Reserved © Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito

ISSN da versão impressa: **2236-5796**

ISSN da versão digital: **2596-111X**

academiapaulistaeditorial@gmail.com/diretoria@apd.org.br

www.apd.org.br



This work is licensed under a [Creative Commons License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)