

PUCRS

FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
DOUTORADO

ALAN DA SILVA ESTEVES

**RELAÇÃO ENTRE A DEMOCRACIA, A LIBERDADE E A IGUALDADE: CONSTRUÇÃO DA
REGRA DE PROTEÇÃO DOS CIDADÃOS**

Porto Alegre
2019

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

Ficha Catalográfica

E79r Esteves, Alan da Silva

Relação entre a democracia, a liberdade e a igualdade : Construção da regra de proteção dos cidadãos / Alan da Silva Esteves . – 2019.

221 f.

Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Alberto Molinaro.

1. Relação democracia-liberdade-igualdade. 2. Teoria dos círculos sociais. 3. Posição jurídica. 4. Construção. 5. Regra de proteção. I. Molinaro, Carlos Alberto. II. Título.

Elaborada pelo Sistema de Geração Automática de Ficha Catalográfica da PUCRS
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Bibliotecária responsável: Salete Maria Sartori CRB-10/1363

ALAN DA SILVA ESTEVES

**A RELAÇÃO ENTRE A DEMOCRACIA, A LIBERDADE
E A IGUALDADE: CONSTRUÇÃO DA REGRA DE
PROTEÇÃO DOS CIDADÃOS**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Direito da PUC RS – Pontifícia Universidade Católica do
Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a
obtenção do título de Doutor em Direito.

Aprovada em: 18/06/2019.

BANCA EXAMINADORA:

Carlos Alberto Molinaro
Prof. Dr. - Presidente

Regina Linden Ruaro
Prof.^a Dr.^a

Ricardo Lupion Garcia
Prof.^a Dr.^a

Mariângela Guerreiro Milhoranza
Prof.^a Dr.^a

Álvaro Vinicius Paranhos Severo
Prof.^a Dr.^a

Ricardo Libel Waldman
Prof.^a Dr.^a

Dedico este trabalho a Pontes de Miranda, **in memoriam**; a Carlos Alberto Molinaro; a Marcos Bernardes de Mello e a todas as pessoas que, um dia, no sol da manhã, leram e amaram os textos, as teorias e as doutrinas de Pontes de Miranda.

São muitos os agradecimentos. Tenho o prazer de expressá-los com todo o coração e energia: ao meu Criador, fonte das fontes da minha fé, da esperança e do amor; a minha família: Gabriela, Jonathan e Júlio, fonte da minha inspiração e alegria; aos meus familiares, Carolina, José Alberto, Christian e Alex, como fonte de apoio na família e na logística; a Carlos Alberto Molinaro, fonte de muita serenidade criadora para inspirar os itinerários da tese; a Marcos Bernardes de Mello e a Ivan Barros, fontes de apoio nos caminhos escolhidos para os escritos; aos professores do Doutorado da PUCRS e vinculados ao programa, como fonte de reflexão de como a ciência do direito pode melhorar; aos desembargadores do TRT 19, como fonte de compreensão pelo deferimento de licença parcial nos últimos dois anos da conclusão do curso, o que permitiu aprofundamento nos estudos; à Juíza Adriana Câmara, como fonte de apoio nas audiências e nas minhas ausências da 7ª Vara do Trabalho de Maceió; aos servidores e amigos: Arnóbio, Giselle, Taciana, Nilson e demais servidores da unidade judicial, como fonte de apoio na administração dos trabalhos da Vara; aos colegas de doutoramento 2015-2019 (Augusto, Gustavo, Carlos, Ricardo, Ana Cecília, Danielle, Bruno, Helenice, Marcos Adilson, Lean e Helder), fontes de convivência sadia e de aperfeiçoamentos mútuos; à professora Maria Heloísa, ao professor Carlos Nunes Magalhães, ao arquiteto Gilberto de Oliveira Nunes, como fontes que zelam pela correção do vernáculo; as professoras doutoras Carla Evelise Justino Hendgens e Mariângela Guerreiro Milhoranza, fontes de indicações de leituras muito ricas e de cuidados com o viés científico da investigação; aos membros da banca examinadora, como fontes de críticas construtivas, que muito serviram ao aperfeiçoamento do trabalho. A todos, muito obrigado, com carinho.

“Nós, almas ardentes, muito infelizes seríamos se se realizassem todas as nossas vontades. O desejo satisfeito cria novos desejos e a nossa tortura seria imaginar que fosse tão curta a vida e tão ligeiro o tempo para atender a tantas vontades realizáveis. Fora luta interior, dolorosa e terrível, a de escolher desejos que se multiplicariam no profuso milagre das nossas almas insaciáveis. Seria um contrassenso a nossa última vontade: encontrar um deus que impossíveis os sonhos nos tornasse”. (Pontes de Miranda. **Sabedoria dos Instintos**: Idéas e antecipações. Rio de Janeiro: Livraria Guarnier, 1924, p. 22).

RESUMO

A democracia relaciona-se com as práticas de liberdade e de igualdade para captar como construir a regra de proteção dos cidadãos. O problema é entender o porquê as teorias e práticas jurídicas e sociais estão distanciadas e como aproximá-las. As metodologias da pesquisa foram indutiva e a hipotético dedutivo, dentro de tipologias qualitativa e quantitativa, isso porque foram colhidos dados da história social, das doutrinas, das realidades e das práticas constitucionais, tudo para inferir algum elemento geral da relação entre a democracia e seus experimentos práticos de liberdade e de igualdade. O ambiente geral inferiu os passos particularizados para construir uma teoria da posição jurídica, especialmente no considerar que os cidadãos têm posição abstrata, posição real nos círculos sociais e que será preciso, para construir a regra de proteção deles, levar alguns ou muitos em situação precária, para uma posição ideal, ou em parte ideal. O resultado foi o de que a democracia precisa do sistema de intervenções ou Estado de Direito, quando as pessoas não conseguem extrair de suas relações sociais os bens jurídicos. Isso acontece pela legislação, hermenêutica, interpretação e processo exegético. A democracia tem a fixação por meios de levar uma melhoria de vida a um número maior de cidadãos e, para sua maior efetividade, há o apelo aos princípios. Assim, a tese é: a democracia é uma metodologia de discutir e aderir aos princípios. A estrutura da pesquisa parte da teoria dos círculos sociais do jurista Pontes de Miranda, a sua base teórica. Reconhece que vários termos estudados têm dualidades, como povo e minorias. Para construir a regra de proteção dos cidadãos, é preciso visualizar o direito, de forma ampla, e ter uma preocupação como medir periodicamente a eficácia e efetividade desses mesmos direitos. O fato é que o povo dirigente, aquele que formata a estruturação dos direitos para distribuí-los, é composto por pessoas que comandam o chamado centro simétrico dos círculos sociais. Tais pessoas criaram um mundo abstrato como se quisessem aprisionar as realidades. Nesse sentido, os direitos aparecem como possibilidades ou promessas; outras vezes, encontrados quando provocados por interpretações; outras, ainda, apenas tendo parte de efetivação. É interessante notar que há um tipo de pessoas, que pode estar mesmo dentro do povo dirigente, formado por gente que é amante da livre reflexão e adepto de maior socialização. Compreende-se que tais pessoas captam que o que é jurídico e o que não é jurídico ao separar o processo de adaptação do direito de outros que desejam a preponderância na história, como: o econômico, o político, a moral, etc. Elas seguem a cartilha de que o jurídico opera-se quando se trabalha para a coexistência e o equilíbrio social contínuos. A democracia vai apresentar-se com os vários conceitos que levam aos múltiplos significados. A teoria de posição jurídica para construir a regra de proteção aparece quando as teorias e práticas jurídicas e sociais aproximam-se no direito presente no conteúdo do seja “entre” os processos sociais. É visível quando se tem o equilíbrio e a coexistência de todos.

Palavras-chave: Relação democracia-liberdade-igualdade. Teoria dos círculos sociais. Posição jurídica.

ABSTRACT

Democracy relates to the practices of freedom and equality to capture how to build the rule of protection of citizens. The problem is to understand why legal and social theories and practices are far apart and how to approach them. The methodologies of the research were inductive and hypothetical deductive, within qualitative and quantitative typologies, because data from social history, doctrines, realities and constitutional practices were collected, all to infer some general element of the relation between democracy and its experiments of freedom and equality. The general environment has inferred the particular steps to construct a theory of legal position, especially in considering that citizens have an abstract position, a real position in social circles, and that it will be necessary, in order to construct their rule of protection, to lead some or many in a precarious situation, to an ideal position, or in an ideal part. The result was that democracy needs the system of interventions or the rule of law, when people can not extract legal assets from their social relations. This happens through legislation, hermeneutics, interpretation and exegetical process. Democracy has the fixation by means of bringing an improvement of life to a greater number of citizens and, for its greater effectiveness, there is the appeal to the principles. Thus, the thesis is: democracy is a methodology to discuss and adhere to principles. The structure of the research is based on the theory of social circles of the jurist Pontes de Miranda, its theoretical basis. It recognizes that various terms studied have dualities, such as people and minorities. In order to build the rule of protection of citizens, it is necessary to view the law broadly and to have a concern how to periodically measure the effectiveness and effectiveness of those rights. The fact is that the ruling people, who form the structuring of the rights to distribute them, are composed of people who command the so-called symmetrical center of social circles. Such people created an abstract world as if they wanted to imprison realities. In this sense, rights appear as possibilities or promises; other times, encountered when brought about by interpretations; others, still only having part of effective. It is interesting to note that there is a kind of people, who may even be within the ruling people, formed by people who are lovers of free reflection and adept at socialization. It is understood that such people perceive that what is juridical and what is not juridical in separating the process of adaptation of the right of others who desire the preponderance in history, as: the economic, the political, the moral, etc. They follow the primer that the legal operates when working for continuous coexistence and social balance. Democracy will present itself with the various concepts that lead to multiple meanings. The theory of legal position to construct the rule of protection appears when legal and social theories and practices approximate in the present law the content of the "between" social processes. It is visible when one has the balance and the coexistence of all.

Keywords: Relationship democracy-freedom-equality. Theory of social circles. Legal position.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
ArgInc Arguição de Inconstitucionalidade
ANAMATRA Associação Nacional de Magistrados do Trabalho
ANVISA Agência Nacional de Vigilância Sanitária
CLT Consolidação das Leis do Trabalho
CNJ Conselho Nacional de Justiça
DJE Diário de Justiça Eletrônico
FAT Fundo de Amparo ao Trabalhador
FUPEN Fundo Penitenciário Nacional
MC/AP Medida Cautelar Amapá
MC/DF Medida Cautelar do Distrito Federal
MPT Ministério Público do Trabalho
ONU Organização das Nações Unidas
OCDE Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
PIB PRODUTO INTERNO BRUTO
PNUD Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento
REsp Recurso Especial
RR Recurso de Revista
SDI Seção de Dissídios Individuais
STJ Superior Tribunal de Justiça
STF Supremo Tribunal Federal
SUS Sistema Único de Saúde
TRF Tribunal Regional Federal
TRT 1 Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região
TRT 19 Tribunal Regional do Trabalho da 19ª Região
TST Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	15
2 DAS BASES TEÓRICAS DA CONVERGÊNCIA DA DEMOCRACIA COM A LIBERDADE E A IGUALDADE: DESDE A IDENTIFICAÇÃO DAS IDEIAS OU PRINCÍPIOS GUIADORES ATÉ OS CÍRCULOS SOCIAIS PARA O RECONHECIMENTO DO ESTADO DE DIREITO, DE POVO E DAS MINORIAS ..	21
2.1 Da identificação das ideias ou princípios guiadores da convergência	21
2.1.1 A democracia como metodologia de discutir e aderir aos princípios	21
2.1.1.1 A percepção da democracia nos diferentes contextos e sua relação com a liberdade e igualdade	21
2.1.1.2 A percepção da democracia nos experimentos práticos da liberdade e da igualdade: da força à adesão	25
2.1.2 Da convergência da democracia, liberdade e igualdade ao problema: identificação do valor do humano ou princípio do humanismo	28
2.1.3 Da prevalência dos fatos à composição do direito: princípios do reconhecimento e da limitação	33
2.1.4 Da relação entre os fins e os meios na democracia: do problema da distribuição ao princípio do desejo	36
2.1.5 Do ser humano que deve continuar: o princípio da presença do poder estatal	39
2.1.6 Valor ou princípio de constitucionalismo: necessidade de aproximar a Constituição formal da Constituição real	42
2.2 Dos círculos que se integram e crescem até diminuição do autoritarismo pelos usos do direito: identificação do Estado de direito, do povo e das minorias, especialmente na doutrina de Pontes de Miranda	46
2.2.1 Considerações iniciais	46
2.2.2 Os propósitos da democracia desde construção do humano até desafios do pós-humano	47
2.2.3 Dos círculos sociais à democracia: a identificação e papel do Estado de Direito	51
2.2.4 A democracia e os círculos sociais: a identificação do povo e das minorias	55
2.3 A democracia e as identificações do Estado de Direito, do povo e das minorias nas doutrinas tradicionais gerais	60
2.3.1 Considerações iniciais	60
2.3.2 A democracia e a identificação do Estado de Direito	60

2.3.3 A democracia e a identificação sobre o que é o povo? Ou quem é o povo?	66
2.3.4 A democracia e a identificação das minorias	70
3 A DEMOCRACIA ENTRE A TEORIA DOS CÍRCULOS SOCIAIS, O SISTEMA DE INTERVENÇÕES E OS PRINCÍPIOS: O PROBLEMA DO DIREITO NOVO E DE MANTER OU CORRIGIR O DIREITO EXISTENTE	76
3.1 Notas gerais sobre o problema	76
3.2 A democracia e suas conexões	78
3.2.1 Democracia e a limitação de sua abordagem	78
3.2.2 Democracia e as suas relações com a teoria dos círculos sociais de Pontes de Miranda	81
3.3 Democracia e um dos seus fundamentos pela teoria dos círculos sociais	84
3.4 Teoria dos círculos sociais: a verdade sobre democracia, liberdade e igualdade relacionada à insinceridade das pessoas ou grupos do centro simétrico	94
3.5 Democracia e os princípios científicos: diminuir o elemento autoritário é decidir a favor do povo, das minorias e combater as desigualdades	99
3.5.1 O papel da igualdade e da liberdade na cooperação com a democracia	99
3.5.2 O sistema de intervenções para aproximar os diversos conceitos de povo	100
3.5.2.1 Os mecanismos de intervenções sociais e seus obstáculos	101
3.5.2.2 Outros problemas concretos das intervenções sociais	103
3.5.2.3 As administrações das intervenções sociais nos círculos sociais	106
3.5.2.3.1 A busca à socialização jurídica	106
3.5.2.3.2 A socialização e os aspectos do direito na teoria dos círculos sociais	109
3.6 O sistema de intervenções e os princípios científicos	115
3.6.1 Aspectos gerais	115
3.6.1.1 Dos princípios científicos indicados por Pontes de Miranda	117
3.6.1.2 Análise de algumas decisões do STF pela teoria dos círculos sociais de Pontes de Miranda e dispositivos da “Reforma Trabalhista” de 2017	124
3.6.1.2.1 Análise de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro sobre alguns temas pela teoria dos círculos sociais	125
3.6.1.3 Análise de alguns dispositivos da chamada “Reforma Trabalhista” de 2017 a partir da teoria dos círculos	132
4 CONSTRUÇÃO DAS REGRAS DE PROTEÇÃO DO CIDADÃO: A TEORIA DA POSIÇÃO JURÍDICA	139
4.1 Considerações preliminares	139

4.2 Da análise de decisões do STF – Supremo Tribunal Federal, do STJ – Superior Tribunal de Justiça, do TST – Tribunal Superior do Trabalho e Tribunal Regional do Trabalho	140
4.2.1 Da análise da ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347 em MC/DF – Medida Cautelar do Distrito Federal sobre o sistema carcerário.....	140
4.2.2 Análise de decisão do STF sobre direitos sociais	147
4.2.3 Análise de decisão do STJ – Superior Tribunal de Justiça – sobre o direito à convivência familiar e comunitária.....	150
4.2.4 Análise de decisão do TST – Tribunal Superior do Trabalho – sobre os direitos fundamentais sociais.....	152
4.2.5 Análise de decisão do TRT 19 – Tribunal Regional do Trabalho da 19ª Região, Alagoas –, sobre dispositivo da Reforma Trabalhista de 2017.....	156
4.3 Construção da regra de proteção dos cidadãos ou regra do cidadão: teoria da posição jurídica	160
4.3.1 Considerações iniciais: resumo do que foi e vai ser desenvolvido por representação	160
4.3.2 Posição jurídica a partir da acolhida dos princípios para aperfeiçoar a democracia	163
4.3.3 Posição jurídica como poder social pelo sistema de oferta de condições para as pessoas	172
4.3.4 A posição jurídica das pessoas, o aperfeiçoamento do conceito de democracia e a construção de reposicionamento dos cidadãos nos círculos	174
4.3.5 Posição jurídica a partir de como saber conceituar o direito nos círculos sociais: o direito como ‘entre’ e a teoria da posição jurídica	179
4.3.5.1 Posições justificadoras desta linha de pesquisa	179
4.3.5.2 Fundamentos da posição jurídica do direito como ‘entre’: princípio das relações sociais	183
4.3.5.3 O direito como 'entre': o valor posicional.....	189
4.3.5.3 Posições jurídicas como sistema de vantagens para a democracia: propostas da tese para a sociedade	193
5 CONCLUSÃO.....	198
REFERÊNCIAS	204

1 INTRODUÇÃO

O quadro geral que se apresentará, nesta investigação, é de uma democracia estruturada a partir de suas experimentações práticas: a liberdade e a igualdade. E, neste contexto, serão observados os fatos de que poucas pessoas nas sociedades têm maior carga de eficácia de direitos do que um grande contingente delas. Nesse sentido, a busca é por percursos que a democracia pode fazer para estabelecer algo mínimo, necessário e suficiente para que a civilização inverta aqueles fatos, para que uma grande maioria sinta uma melhora de suas vidas, o engrandecimento de suas personalidades e o pertencimento como cidadãos.

Por isso mesmo que a hipótese que se deseja comprovar é a de que, enquanto os cidadãos não conseguirem extrair das relações sociais os seus direitos ou bens na integralidade, a democracia vai estar ligada aos meios de satisfazer esses direitos ou bens, especialmente pela aplicação dos princípios jurídicos.

De fato, as motivações deste trabalho serão desafiadoras, pois, por exemplo, tem o ponto de partida, que é o seu marco teórico bem definido, qual seja: a obra do jurista Pontes de Miranda entre 1913 e 1978.¹ Este escreveu a teoria dos círculos sociais, embora não tenha feito um livro específico sobre o tema, mas a dispersou por várias obras. Em parte, tal teoria é base de todas as outras ideias que ele aperfeiçoou ao longo da vida. Portanto, buscar a compreensão dela é uma tarefa espartana, pois tal jurista leu muitos autores, especialmente os doutrinadores alemães e, consciente ou inconscientemente, modulou seus escritos pelo modo alemão de escrita. Desse modo, ao seguir a forma de linguagem que melhor se adequou, ele exigiu de seus leitores mais de uma leitura para captar a riqueza dos seus pensamentos, se isso for possível, de algum modo. Ele mesmo disse que muitas ideias dos escritos daqueles que se habilitam nesse empreendimento somente são compreendidas muito tempo depois de elaboradas. Apesar de não ser apropriado numa introdução de investigação científica, pede-se a licença acadêmica para transcrever uma passagem de um dos seus pensamentos filosóficos que explica um pouco a forma dos seus escritos:

Há verdades que só se podem transmitir enroladas em paradoxos, tão sensíveis são ellas! Passam de espirito em espirito, a provocar a curiosidade dos homens modernos e a guardar-se da fúria delles para serem vistas mais tarde, por outros olhos, quando os contemporaneos tiverem gasto os algodões e as gazes que as protegiam.²

1 Esclarece-se que as obras entre 1922 a 1945 foram aquelas que tiveram maior atenção.

2 PONTES DE MIRANDA. **A Sabedoria dos instintos**: idéas e antecipações. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Guarnier, 1924, p. 37. Sem ISBN. Esclarece-se que os textos deste autor em todo o trabalho serão lançados conforme o português da época para passar fidedignidade com a forma do período histórico. Também, opta-se para consignar o nome Pontes de Miranda e não o nome completo do jurista, Francisco Cavalcanti Pontes de

Neste sentido, daquela reflexão acima se captará outro estímulo para escrever esta investigação, embora agora de forma direta ou sem paradoxos, pois refletir sobre a democracia na sua relação com a liberdade e a igualdade é articular as verdades sensíveis, tais como, por exemplo: de que não há recursos suficientes para todos – leiam-se: bens ou direitos –; ou de que estes são mal administrados; ou, ainda, que o povo dirigente ora se apega às correntes liberalistas, individualistas e egoístas; ora às posições socializadoras, de melhoria de condições sociais e de solidariedade social; ou que estas últimas, ainda, se forem efetivadas, modificam a posição de liberdade e de igualdade do povo dirigente e das pessoas dos círculos próximos.

Os questionamentos possíveis que podem ser respondidos e que guardam um alto grau de sensibilidade nas respostas são: por que na sociedade que se diz democrática há pessoas que têm maior carga de eficácia de direitos do que outras? Por que a democracia tem funcionado melhor quando se conecta aos princípios? Quais os sentidos de povo? E de minorias? Por que o poder não é do povo real? Para que existe o Estado de direito ou sistema de intervenções, se há pessoas na sociedade que têm mais benefícios que outras? Como fazer para que a democracia possa funcionar melhor? São perguntas que serão trabalhadas ao longo da pesquisa.

Outro impulso para escrever este trabalho foi refletir sobre o poder. É um tema fascinante. Ele será a chave de tudo na democracia que relaciona os seus experimentos práticos de liberdade e de igualdade, pois, como se perceberá, ele tem um vírus da metamorfose que contaminará os princípios em todas as épocas, especificamente quando se relacionam com os vários processos de adaptação social, como o político, o econômico, a moral, o religioso e o próprio direito. O poder irá estruturar várias vezes a distribuição de direitos e de bens, seja para restringi-los ou ampliá-los, conforme alguma ideologia, doutrina ou teoria do momento, como se verá. Não só. Ele será responsável também por criar, manter, aperfeiçoar ou extinguir todas as doutrinas possíveis no sentido de administrar aquela distribuição. E as dúvidas que podem ser respondidas nesta pesquisa são: o exercício do poder na democracia é a serviço da vida de quem? De que espécie de povo? Quais as propostas daqueles que exercem o poder na sociedade? Como fazer a regra de proteção dos cidadãos contra o exercício de um poder, que não combate os males causados por uma sociedade injusta e desigual?

Por isso, uma das maiores preocupações dessa área nos âmbitos legislativo, executivo e do judiciário, envolvendo a democracia, é como mantê-la no dirigismo de fins, leia-se: princípios, que possam ser judicializados, para que melhorem as condições sociais de um maior número de pessoas. É uma tarefa das mais instigantes para quem se aventura a compreendê-la, porque existem várias abordagens, como se verá.

Nessa perspectiva, para levar a determinada conclusão, a metodologia indicada será um combinado de método indutivo e do método hipotético dedutivo. O primeiro, porque foram observados os dados singulares e parciais a partir da história social, das realidades e das práticas constitucionais, da relação do povo dirigente com a distribuição de direitos e bens ao povo dirigido, especialmente através da jurisprudência e de legislações. A pesquisa tentará destas particularidades extrair algo geral para identificar o que comumente acontece na democracia e seus experimentos práticos da liberdade e da igualdade. O segundo, o método hipotético dedutivo, pois não há limitação apenas à generalização do que foi estudado e observado; mas foi construída uma teoria sobre a matéria, o que também será verificado pelo que se estudará.

Com referência aos métodos de procedimento, também foram ajustados como etapas visíveis da investigação, por isso serão utilizados, como já se disse anteriormente, em parte, os seguintes: (a) o histórico – escrever sobre democracia tem correspondência com o investigar os acontecimentos, especialmente a relação entre o povo dirigente e o povo dirigido, as leis que foram dadas e os seus significados, as reiteradas significações da democracia na história, etc. O propósito será verificar como tais dados do passado influenciaram os momentos do presente; (b) o funcionalista: ao propor uma série de conceituações e relações, como de democracia, povo, minorias, Estado de direito, teorias e práticas legislativas e constitucionais, etc., a proposta da pesquisa verificará os componentes da sociedade e o desempenho de suas funções; (c) o estruturalista: explica-se que, de algum modo, a partir de dados concretos e dos doutrinários correspondentes de base real, a investigação vai se dirigir também ao abstrato, quando propõe uma teoria sobre o assunto.

No tocante aos métodos de interpretação adotados nesta pesquisa, a partir do referencial teórico informado antes, serão adotados o sociológico e o exegético. O primeiro, o sociológico, observará o direito nas suas relações sociais com outros processos de adaptação social como fatores transformadores do próprio poder e, por consequência, da própria democracia. O segundo, o exegético, porque serão interpretados alguns dispositivos de legislações e de acórdãos de jurisprudência, para identificar a direção e sentido do direito como força positiva ou negativa segundo a ideologia do momento.

Já a respeito da tipologia de pesquisa, esta se apresentará como: qualitativa, teórica e bibliográfica. Qualitativa, porque ela irá ponderar os dados de doutrina, embora, pontualmente, tenha informado dados quantitativos, o que também será objeto de racionalização. A teórica, pois tem lastro em bibliografia e práticas de jurisprudência etc. Bibliográfica, porque irá utilizar os livros e os artigos científicos e algumas diversas opiniões acerca de certos temas, como: o povo, as minorias e a própria democracia.

Os capítulos terão uma estruturação bem definida; no entanto, para a construção da regra de proteção dos cidadãos e a formulação da teoria da posição jurídica, de algum modo, buscaram-se os elementos dos itens antecedentes para compor o raciocínio.

Desse modo, no segundo capítulo são tratados alguns princípios que modularam a construção da civilização ocidental. Em seguida, parte-se para uma introdução da teoria dos círculos sociais e alguns dos seus princípios principais. Logo após, investigar-se-ão os diversos conceitos de povo e de minorias, além de captar o que será o Estado de Direito.

No terceiro capítulo, as reflexões foram dirigidas ao aprofundamento da teoria dos círculos sociais. Será mostrado o corte metodológico para o estudo da democracia pela abordagem específica da relação entre as teorias e as práticas legislativas ou constitucionais. Tentar-se-á explicar os motivos pelos quais são dissonantes. Também haverá a necessidade de informar o campo de ação do sistema de intervenções sociais, os princípios que podem ser inferidos para modificar o curso de direito. De igual sorte, serão trazidas as amostras práticas de como se processa o direito como força positiva ou como força negativa.

No quarto capítulo, por opção metodológica e em respeito às lições do marco teórico, inverteu-se o sistema de análises. Seguir-se-á a linha de amostras de práticas jurisprudenciais quando aplicam os princípios jurídicos. O fito é tentar induzir e racionalizar algo sobre o sistema de intervenções, que sugerisse os indicativos para construir a teoria da posição jurídica, ou como se dá a construção da regra de proteção dos cidadãos.

De fato, verificar-se-á que a problemática geral da democracia na sua relação com a liberdade e a igualdade é como construir a regra de proteção dos cidadãos, porque, como se verá, todos eles, os ricos e os pobres, desejam o pertencimento à comunidade. Assim, o sentido democrático ligado à cidadania vai ser só um: exigência de respeito e de consideração aos direitos, especialmente os fundamentais.

Entretanto, será instigante saber que tal respeito e consideração não se dão de modo regular e integral, mas por direções e sentidos muitas vezes contraditórios e, outras vezes, coerentes. Serão, então, apontadas as existências de interdependências do direito aos outros processos de adaptação social.

Dito de modo evidente, esta investigação tem objetivos claros, quais sejam: demonstrar se as doutrinas e as práticas constitucionais ou legislativas são dissonantes da sociedade, que adota a democracia e seus experimentos práticos de liberdade e de igualdade; explicar o motivo pelo qual isso ocorre; justificar se existe os vários sentidos de povo e de minorias; entender como funciona o sistema de intervenções sociais; captar as práticas legislativas e as jurisprudenciais no uso dos princípios jurídicos; comprovar se é possível construir a regra de proteção dos cidadãos; evidenciar como aproximar os vários sentidos de povo; explanar a importância dos princípios para a democracia, que se relaciona com a liberdade e a igualdade; esclarecer o que será a teoria da posição jurídica e como ela ajuda a sociedade para fortalecimento da própria democracia; sugerir propostas de melhorias para a sociedade.

A investigação, por tudo que foi apresentado anteriormente, tem justificativas importantes para ser acolhida pela ciência do Direito. Ela parte de uma área de concentração, que são os fundamentos constitucionais de direito público, quando procura fazer uma abordagem de democracia de uma maneira renovada a partir do problema apresentado. Busca, também, a teoria dos círculos sociais para estruturar uma nova teoria e captar o que pode ser aperfeiçoado em termos em que haja a respeitabilidade e consideração dos direitos dos cidadãos.

Da mesma forma, apesar de reconhecer que o tema tem certa amplitude, ele foi sendo limitado aos poucos no curso do trabalho, principalmente para saber os motivos pelos quais as teorias e as práticas são distanciadas e, por isso, como se dão as soluções, nos regimes democráticos, dos diversos problemas sociais. Nesse sentido, buscar-se-á o máximo de respeito por uma linha de pesquisa que envolve: observar como se estruturam, na sociedade, os direitos no processo democrático; identificar os indicativos científicos do tema, sejam por realidades, sejam por doutrinas; compreender as novas técnicas para aperfeiçoar a democracia e, assim, de algum modo, tentar inovação pela possibilidade de melhoria para a sociedade.

Ao longo das leituras dos capítulos desta investigação, existirão propostas claras para se conhecer a democracia na teoria dos círculos sociais e, depois, pela teoria da posição jurídica que será construída. Assim, logo se perceberá que ela é um pouco diferente das imagens românticas que foram escritas sobre a matéria. A democracia, como se verá, antes de ser poder, pode ser outra coisa. Por que não regra do cidadão? Ou regra de proteção dos cidadãos? Justificar-se-á, portanto, que a democracia não possui qualquer força militar ou exércitos para defendê-la, exceto por ações específicas. Assim, será fundamental buscar a resposta a esta questão, qual seja: será que a democracia pode ser configurada como poder

social e poderá solicitar a preponderância na sociedade tanto quanto o poder econômico, poder político, poder jurídico, por exemplo?

Nesse ínterim, mesmo elevada e combatida na história, poderá se ver que a democracia tem ao lado dela e por ela uma luta de esclarecimento, como se fosse uma voz que dissesse que existe civilização e conhecimento. Tal voz – a partir da livre convicção, da autodeterminação, do amor à ciência e à verdade, aliados às ações que combatem a desigualdade ou são a favor de maior socialização – traduzirá algo em favor de ações para combater as desigualdades sociais, tais como: a fome, as doenças, as injustiças, os sofrimentos, especialmente para uma grande maioria de pessoas.

A proposta deste trabalho tentará renovar esse compromisso da democracia: o de seguir um percurso sem se importar com o ponto de chegada, pois a defesa aqui é por algo maior: as pessoas que estão e virão, ou seja, o que se pode chamar de soma civilizatória.

2 DAS BASES TEÓRICAS DA CONVERGÊNCIA DA DEMOCRACIA COM A LIBERDADE E A IGUALDADE: DESDE A IDENTIFICAÇÃO DAS IDEIAS OU PRINCÍPIOS GUIADORES ATÉ OS CÍRCULOS SOCIAIS PARA O RECONHECIMENTO DO ESTADO DE DIREITO, DE POVO E DAS MINORIAS

Compreender a convergência da democracia com a liberdade e a igualdade é seguir um itinerário da discussão sobre princípios e de temas que são padrões nessa matéria, como Estado de Direito, povo e minorias. Trata-se de um percurso um tanto quanto sinuoso, pois as matérias podem acolher múltiplos significados.

2.1 Da identificação das ideias ou princípios guiadores da convergência

O objetivo deste item é, de modo geral, marcar a presença no sentido de falar da importância dos princípios para construir a democracia e sua tentativa de aproximar os textos legais da realidade. Nesse sentido, tem inteira pertinência com o objeto da pesquisa e do que será desenvolvido ao longo do capítulo.

2.1.1 A democracia como metodologia de discutir e aderir aos princípios

Esse tema específico discute a democracia como metodologia de discussão e adesão aos princípios jurídicos. Tentar-se-á explicar que os contextos práticos da liberdade e da igualdade produzem uma onda de vontades, de choques e de contradições, assim, é imperativo compreender o papel da democracia no estabelecimento de direitos, especialmente aqueles decorrentes da liberdade e da igualdade em conjunturas que relacionam os papéis das instituições.

2.1.1.1 A percepção da democracia nos diferentes contextos e sua relação com a liberdade e igualdade

Este trabalho tem a pretensão de apontar que a democracia, como veículo introdutor de direitos nas constituições e nas leis, tem um problema central desde o seu aparecimento, qual seja: o distanciamento entre as teorias e as práticas. Rousseau defende a tese de uma democracia contínua, mas confirma que ela convive entre a força mobilizadora e a ausência prática e, nesse espaço, o que falta, para ele, é a prática dos direitos fundamentais.³ Fachin

3 ROUSSEAU, Dominique. **Radicaliser la démocratie**: propositions pour me refondation. Paris: Éditions du Seuil, 2015, p. 7-9, passim. Formato: E-Book Kindle [recurso eletrônico]. ISBN: 978-02-123699-6. Tradução do google play tradutor com adequações livres do pesquisador.

reconhece que a educação jurídica convive com tal velha questão entre “[...] a proclamação discursiva de boas intenções e a efetivação da experiência”.⁴

Isso implica uma necessidade permanente de saber como construir a regra de proteção do cidadão. Os componentes dela, da democracia, são montanhas de elementos de natureza dual como o povo, as minorias, o Estado de Direito, a própria democracia, a liberdade, a igualdade, entre outros. Tal percepção faz aparecer outros problemas secundários, tão graves também, como a adoção de políticas de retrocessos sociais e práticas de incompetência na distribuição dos bens, ante os posicionamentos das pessoas que fazem acontecer os processos de adaptação: econômicos, morais, políticos, jurídicos, entre os principais.

Por isso, é preciso estudar os motivos pelos quais os princípios são tão importantes no regime democrático porque, diante dos espaços entre aquelas dualidades aqui mencionadas, especialmente através de experimentos práticos que estão em constante conflito, como a liberdade e a igualdade, constata-se uma guerra desigual entre a forma jurídica e a vital. Tal assertiva é reconhecida por Pontes de Miranda, quando este afirma que a realização da igualdade reduz o núcleo da liberdade.⁵ Outro jurista concorda com ele, como Miranda, ao afirmar: “Existe uma tensão inelutável entre liberdade e igualdade. Levado às últimas consequências, um princípio radical de liberdade oblitera a igualdade da condição humana e, em contrapartida, um princípio de igualdade esmaga a autonomia pessoal.”⁶ Fachin, de igual modo, percebeu que os princípios serão os intérpretes dos fatos na relação entre direito e sociedade em duas hipóteses, quais sejam: (a) quando se pressiona a realidade nas situações pensadas pelos dogmas jurídicos, e (b) pelo entendimento de que há porosidade do direito frente à vida.⁷

Dentro dessa perspectiva, a democracia, desde o seu nascimento na Grécia, constrói seus passos em direção à convergência para a liberdade e a igualdade. Entre um maior número de teorias do que de práticas em favor do povo, as doutrinas que se desenvolveram percorrem os tempos, desde Aristóteles e de Platão, no século IV a.C; de Jean-Jacques Rousseau, no século XVIII; de Pontes de Miranda, Hans Kelsen, Norberto Bobbio, Paulo Bonavides, entre

4 FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**: à luz do novo Código Civil brasileiro e da Constituição Federal. 2. ed. Atualizada. São Paulo: Renovar, 2006. Texto colhido do tópico “Nova atualização”, sem referência à página. ISBN: 85-7147-544-X. Diz tal jurista uma assertiva que vale a transcrição: “Entre o direito e a sua própria efetividade, em temas como igualdade e liberdade, dúvidas não há que condições materiais se apresentam para separar o que unido deveria estar: o discurso formal e a prática real. Eis aí o fosso abissal a superar.” FACHIN, *idem*, p. 244.

5 PONTES DE MIRANDA. **Fundamentos actuaes do direito constitucional**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos & C, 1932, p. 293. ISBN não localizado.

6 MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Constitucional**. V. 1. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016, p. 291. ISBN: 9789725405123.

7 FACHIN. *Ibidem*. p. 38.

outros, no século XX e, parte do século XXI, respectivamente. Arblaster, então, acerta quando diz que ela foi conceito antes de ser fato; teve muitos significados e conotações e, “[...] hoje é entendida de forma diferente no contexto de diferentes sistemas sociais e econômicos”.⁸

Por que, então, é entendida de forma diferente nas diversas conjunturas globais? Basicamente, a resposta está relacionada aos princípios e aos valores. São três os motivos.

O primeiro advém do fato de que todas as pessoas têm uma herança de vivências históricas, culturais, religiosas, econômicas, morais, artísticas, entre outras; por isso, acolhem os princípios ou valores diferentes uns dos outros. Significa a prevalência de uns em relação a outros, ou aqueles que o poder dominante busca inculcar em todas as classes.

A segunda explicação vem de Pontes de Miranda, quando relaciona o Estado e os direitos fundamentais para incorporar os preceitos nas dimensões da democracia, da igualdade e da liberdade. Para este jurista, tal correspondência vai ser uma das razões do por que a democracia necessita de que os princípios sejam incorporados. A resposta de tal afinidade entre Estado e os direitos fundamentais decorre de se perguntar: o poder estatal está com o povo? Se a resposta for positiva – o povo como detentor do poder estatal, os direitos fundamentais vão ser aqueles que construirão ou reconstruirão o Estado, com respeito à eficácia e efetividade deles, e não se necessitará tanto dos princípios. Se não estiver com o povo, os direitos fundamentais aparecerão nas constituições, especialmente do tipo ocidental, mas precisam de aportes de princípios metafísicos, morais, supraestatais, a fim de que sejam assegurados e respeitados. Esta última situação que insere os princípios, quase sempre, vem dos tratados de declarações de direitos no plano internacional, como algo inerente ao patrimônio dos povos.⁹

Uma terceira justificativa do fato de que a democracia é percebida de forma diferente, em diversos ambientes, também tem relação com os direitos fundamentais, que foram introduzidos nas constituições do mundo ocidental, especialmente no que se refere à metáfora de direitos como trunfos contra a maioria. Tal tese vem do jusfilósofo Ronald Dworkin e foi desenvolvida por Novais, o qual lhe deu uma maior amplitude. Em resumo, tais direitos

8 ARBLASTER, Anthony. **Democracy**. Formato: E-Book Kindle [recurso eletrônico]. Third edition. Open University Press: Buckingham-Philadelphia, 2003, p. 3. Third edition. Philadelphia, USA: Open University Press, 2002. ISBN 0-335-20-970-X ou ISBN 0-335-20969-6 (pbk). Tradução do google play com adaptações livres do pesquisador. Disponível no Google Play Livros. Também, HÄBERLE, Peter. **El Estado constitucional**. Buenos Ayres: Editorial Astrea de Alfredo Depalma, 2007, p. 318. ISBN: 950-508-741-1. Tradução livre do pesquisador.

9 PONTES DE MIRANDA. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969**. Tomo IV. 2. ed. Revista. São Paulo: Editora dos Tribunais, 1970, p. 659/661. Sem ISBN. Adverte-se que, nesta pesquisa, será mantido o nome deste autor como aparece nos seus livros da época. Faz-se isso para dar maior autenticidade ao material da época onde os textos e inspirações foram colhidos. Outrossim, no item das referências será consignado o nome completo do jurista.

aparecem como armaduras dos indivíduos contra as vontades, especialmente as estatais, que por ventura desejem limitar a liberdade em nome de ideologias particulares diferentes daquela do indivíduo; de impor ao Estado considerá-las, em nome do fundamento da dignidade da pessoa humana, com respeito e igual consideração, com direito a igual liberdade; de que o poder observe que há direitos indisponíveis; de que todos tenham um consenso para conviver, mesmo que seja mínimo; da ideia de que a decisão de muitos, da maioria, mesmo de cunho democrático, não ofenda um direito fundamental de um, este que pode lhe opor “força de resistência”.¹⁰ Tal tema, segundo o mesmo autor, é complexo, pois envolve uma série de questões, como as convicções ou autocompreensão, as escolhas do titular que se quer conformar ao conteúdo do direito fundamental, aos limites interpretativos à substância do direito, à autonomia e vontade do titular em admitir renúncia ou ter o poder de dispor individualmente de posições protegidas.¹¹

Por isso mesmo, tem que se levar em conta que, se os direitos foram postos nas declarações, tratados e constituições, eles têm de valer e não ficar no plano das ideias. Qual, então, o itinerário para a democracia sentida e percebida diferente em vários universos? Segundo Pontes de Miranda, o caminho é de generalizar os valores e, a partir disso, ter-se-á a coordenação de ações geradores do próprio direito.¹² Trata-se de concepção de tendência de que as teorias e práticas possam se aproximar e tentar resolver o problema dos distanciamentos entre elas.

Desse modo, fica explicada a configuração da democracia como trabalho de identificação de princípios e a possível anexação destes às práticas jurídicas como regras. Pontes de Miranda conclui em relação ao tema:

A verdadeira teoria é a que vê na democracia processo social de simetria, método que permite a discussão de princípios; até que, assente a concordância acerca de alguns deles, possam passar a não ser mais discutidos, isto é, a ser regras constitucionais.¹³

10 NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 28/31, passim. ISBN: 978-972-32.1445-1.

11 NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana**; dignidade e direitos fundamentais. Coimbra: Almedina, 2016a, p. 169-171, passim. ISBN: 978-972-40-6157.

12 PONTES DE MIRANDA. **Systema de Sciencia Positiva do Direito**: Introdução á Sciência do Direito. Volume 1. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro Santos Editor, 1922, p. 196. Alerta-se que tal obra, quando foi lançada, veio em apenas dois volumes. Posteriormente, fora republicada em 4 volumes. Consigna-se que a única diferença entre a primeira e a segunda publicação foi que, na segunda, de 4 volumes, Pontes de Miranda fez um capítulo final com 21 páginas no volume 4. Adverte-se, ainda, que todas as transcrições desta obra e de outras do referido jurista serão postas conforme consta na obra. Justifica-se que se quer emprestar maior veracidade ao que foi escrito na época e, também, não cansar o leitor com o uso do “sic”.

13 PONTES DE MIRANDA. **Democracia, Liberdade, igualdade**: os três caminhos. Volume 1. São Paulo: Livraria José Olimpio Editora, 1945, p. 193. Sem ISBN. Esta obra inicial foi publicada em dois volumes, contudo, posteriormente, em um só volume.

Assim, em termos gerais, o serviço que a democracia desenvolve seu potencial de relação entre a liberdade e a igualdade acontece a partir de ocorrência de que as pessoas possam concordar com certos princípios, adote-os como regramentos e passem a observá-los sem mais qualquer situação de conflito.

2.1.1.2 A percepção da democracia nos experimentos práticos da liberdade e da igualdade: da força à adesão

A concepção desenvolvida no item precedente é acertada e afirma-se, quando se considera um projeto da liberdade e da igualdade, dentro da democracia, de que a adesão das pessoas às regras jurídicas funciona melhor do que a coação delas para efetivar o cumprimento das mesmas.

Telles Júnior concordará com a ideia, na perspectiva de uma nota sobre sua teoria a respeito do fundamento legítimo do poder nas sociedades humanas. Diz este que, quando o grupo social é formado, busca realizar certa ideia para conseguir certo bem; então, as pessoas se agrupam para realizá-la, há propagação e, se for persuasiva, solidariza os homens que gostariam de vê-la realizada. Arremata tal jurista que a ideia vai organizar a vida social, tem vocação de positividade e anseia ser realizada.¹⁴ É exatamente essa a perspectiva do por que os princípios são tão importantes como ideias de que as pessoas acolham, produzam efeitos e tenham a respectiva efetividade.

Stricker desenvolve a tese interessante que complementa a proposição acima, de que “[...] a ideia do direito não deriva da força ou a consciência da força”, mas a história mostrou que “[...] à proporção que se desenvolve e desdobra a força, os direitos originam-se e aumentam-se”.¹⁵

É justamente isso que ocorre quando a democracia comparece como metodologia de discutir princípios que estão em conflito, como a liberdade e a igualdade, ou seja, quanto mais se desdobra à força deles, seja da liberdade, seja da igualdade, mais princípios ou direitos são originados de um lado e de outro, até serem aceitos, com novas rodadas de complementações.

Os juristas reconhecem a tensão aqui explicitada, mas é fato que a democracia precisa estar relacionada à liberdade e à igualdade, pois a regra de proteção do cidadão precisa ser efetivada por homens livres e iguais. Por isso mesmo, justifica-se a doutrina de Reale de que uma das bases da democracia social é a de considerar a liberdade como uma forma de

14 TELLES JÚNIOR, Goffredo. **A democracia e o Brasil: uma doutrina para a revolução de março**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1965, p. 107-108, passim. Sem ISBN.

15 STRICKER, Salomon. **Fisiologia do direito**. Campinas/SP: Servanda Editora, 2010, p. 91. ISBN: 978-85-7890-030-4.

participação e, assim: “[...] tem como resultado determinar a íntima e concreta vinculação entre liberdade e igualdade, entendidas como valores co-implicados, ao invés de se justaporem aos sabores das circunstâncias”.¹⁶

Por exemplo, alguns juristas, como Pontes de Miranda, chegam a afirmar que a democracia e a liberdade sejam confluências para realizações em favor da igualdade.¹⁷ O cientista político Moisés vê de idêntica maneira quando diz: “A democracia ainda é o único regime que propõe solução pacífica para os conflitos políticos, econômicos ou sociais. É também o único a garantir a igualdade de direitos.”¹⁸ De fato, também, é o único regime que permite que os princípios colidam sem que necessariamente se anulem ou deixem de existir, pois, como disse Zagrebelsky: “Por ló demás, es proprio de los principios y de los valores su capacidad para relativizarse, a fin de poder conciliarse recíprocamente.”¹⁹ De outro modo, a doutrina portuguesa faz uma associação entre os conceitos de liberdade e os direitos sociais como “condições de liberdade”.²⁰

Numa concepção prática, Esteves, ao estudar o inciso XXVII do art. 7º da Constituição Federal Brasileira, que trata da proteção do trabalhador em face da automação, detectou que a ‘proteção’ tem relação com a igualdade e a ‘automação’ com a liberdade, bem como, que quem deve fazer a melhor forma de ‘proteção’ são as políticas públicas de automação, ou seja, conclui que a própria liberdade será aquela que protegerá a igualdade.²¹

Molinero e Esteves, do mesmo modo, ao estudarem a relação prática e teórica do conceito da dignidade da pessoa humana, entenderam que deveria ser incorporado a ele uma estruturação reivindicatória, com o intuito de que saísse do plano da abstração. Em outros termos, como as práticas e teorias estão distanciadas na relação do Estado com a Sociedade, em termos de socialização ou igualdade como oferta de condições, elas têm a tendência de

16 REALE, Miguel. **Da revolução à democracia**. 2. ed. São Paulo: Editora Convívio, 1977, p. 120. CDD-320.98108-321.80981.

17 PONTES DE MIRANDA. 1945. *Ibidem*. Volume 2, p. 449-453.

18 MOISÉS, José Álvaro. Seção Entrevista dada a Roberta Paduan. **Revista Veja**. Versão impressa. Edição 2600, ano 51, n. 38. São Paulo: Editora Abril, 19. set. 2018, p. 21. ISSN: 0100-7122.

19 ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Tradcción de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 125. Título original: *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*. ISBN: 978-84-8164-071-7. Tradução livre do pesquisador: “Além disso, é próprio dos princípios e dos valores sua capacidade para relativizar-se a fim de poder conciliar-se reciprocamente”.

20 BOTELHO, Catarina Santos. **Os direitos sociais em tempos de crise**: ou revisitar as normas programáticas. Formato e-book Kindle [recurso eletrônico]. Coimbra: Almedina, 2015, posição 2661. ISBN 978-972-40-6919-7. Disponível na Amazon.com.

21 ESTEVES, Alan. **Proteção do trabalhador em face da automação**: eficácia jurídica e social do inciso XXVII do art. 7º da Constituição Brasileira. São Paulo: LTr, 2013, 167-171, passim. ISBN: 978-85-361-2664-7.

aproximação; mas isso depende da liberdade como autonomia da vontade para reivindicar, manter, aperfeiçoar.²²

Por outra abordagem, insiste-se na tese de que a democracia, especialmente na perspectiva do direito constitucional, é uma técnica de discussão de princípios, senão é possível a ocorrência do que se chamam os fenômenos paraconstituição e contraconstituição, segundo Daskalakis defendeu no Congresso Internacional de Juristas em Atenas, 1955 e cujo texto foi transcrito por Galvão de Souza e citado por Dantas, qual seja:

Na primeira hipótese (paraconstituição), a Constituição permanece em vigor, mas se vê modificada, nas suas aplicações, por regras de direito escrito, pelos costumes, pela interpretação, pelos usos constitucionais. Na segunda hipótese (contraconstituição), a Constituição torna-se um **chiffon de papier** e as práticas políticas são radicalmente contrárias ao espírito e às instituições fundamentais do regime constitucional estabelecido.²³

Nessa coleta de tais proposições, é perfeitamente justificável que a democracia vai trabalhar os princípios de modo acentuado, especialmente para minimizar os fenômenos da paraconstituição e contraconstituição. A justificativa pode ser perceptível na reflexão de como se distingue a regra do princípio, pois, enquanto a primeira, a regra, aparece como critério de ações em certo sentido ou não, os princípios fornecem critérios para tomada de posição diante das realidades que, em princípio, tem um quê de indeterminação.²⁴

Desse modo, este trabalho em geral irá desenvolver evidências de que a democracia, o método do direito por princípios, vai redundar numa tomada de posições em série, quais sejam: reconhecer que a questão jurídica e a demanda da vida estão separadas; trabalhar os

22 MOLINARO, Carlos Alberto; ESTEVES, Alan da Silva. A dignidade da pessoa humana na visão de Ingo W. Sarlet: desde a problematização do conceito até o pensar fora do marco jurídico estabelecido. **Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica**. Salvador. V. 4, n. 1, p. 94-118, passim. Jan-jun-2018. e-ISSN: 2526-0103. Disponível em:

<https://www.researchgate.net/publication/327268320_A_DIGNIDADE_DA_PESSOA_HUMANA_NA_VISA_O_DE_INGO_W_SARLET_DESDE_A_PROBLEMATIZACAO_DO_CONCEITO_ATE_O_PENSAR_FORA_DO_MARCO_JURIDICO_ESTABELECIDO> Acesso em: 11 mai. 2019.

23 DASKALAKIS; GEORGES apud GALVÃO DE SOUZA apud DANTAS, Ivo. **Teoria do Estado: direito constitucional 1**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, sem ISBN, mas com indicativo de CDU 342-1, p. 184. O grifo negrito encontra-se na obra original. Esclarece-se e pede-se licença para citação de citação, pois foi por extrema necessidade em razão de que a obra do filósofo do Direito, José Pedro GALVÃO DE SOUZA, “O Totalitarismo nas Origens da Moderna Teoria do Estado, São Paulo, 1972, a qual se extraiu o trecho, encontra-se esgotada. Assim também, não foi possível localizar a tese apresentada por Georges Daskalakis nas redes sociais e outros lugares. É fato, também, que o jurista Ivo Dantas goza de inteira confiabilidade no meio da ciência constitucional e política, por isso, a citação tem relevância e goza de credibilidade. Informa-se que o Brasil vive o fenômeno da paraconstituição, pois, desde 1988, ano da proclamação da Constituição da República, em 30 anos, o texto foi alterado 105 vezes e tem 119 dispositivos para regulamentar. Vide CALGARO, Fernanda. **Constituição 30 anos: alterado 105 vezes, o texto ainda tem 119 dispositivos para regulamentar**. 2018. Disponível em: < <https://g1.globo.com/politica/noticia/2018/09/22/constituicao-30-anos-alterado-105-vezes-texto-ainda-tem-119-dispositivos-para-regulamentar.ghtml> > Acesso em 08/05/2019.

24 ZAGREBELSKY, Gustavo. 2011. *Ibidem*, p. 110.

freios para conter doutrinas extremistas; captar que os diálogos devam acontecer no ambiente do direito constitucional, pois este tece as linhas gerais da relação do Estado e da Sociedade; aduzir que o Estado deve aparecer como coextensivo da Sociedade, ou que deva procurar ser o Estado integral; acolher o Estado e lhe dar forças para que não tenha submissão ao poder econômico, ou moral, ou político, seja lá o que for, onde o poder deve ficar diluído; permitir que o Estado possa generalizar os programas, segundo as técnicas constitucionais e fazer socializações por etapas; provocar as reações ao Estado, quando se abstém de realizar programas sociais; compreender que a ordem pública e o acerto jurídico do direito aos casos concretos devam caminhar para a preponderância, quando ao sistema ficar conectado com a estabilidade; constituir a garantia contra retrocessos; considerar as verdades adquiridas nos próprios princípios; entender que as regras são tratadas como julgamentos e, por fim, atuar quando as formas sociais ficam velhas.²⁵

No entanto, para esta parte específica da tese o fito é compreender como foram generalizados alguns dos valores ou ideias; após, como transformados em princípios implícitos ou explícitos, guias ou construtos valorativos em que a democracia foi forjada, além das distorções que se seguiram. Enfim, os passos que são dados nessa área são edificadores para compreender as proposições que fazem as regras de proteção dos cidadãos.

2.1.2 Da convergência da democracia, liberdade e igualdade ao problema: identificação do valor do humano ou princípio do humanismo

Depois de fazer breve introdução e aludir sobre a abertura de princípios que existem no conteúdo da democracia, na sua convergência com a liberdade e a igualdade, começa-se por dizer que seu itinerário é como construir as proposições, para que se tornem as regras jurídicas protetoras dos direitos dos cidadãos. Trata-se de obstáculo, segundo Pontes de Miranda, de descoberta e não de imposição de novas regras, pois, para o propósito, espera-se que as pessoas captem o necessário para consentirem na harmonia de cada época, pois, senão, fica difícil manter e construir a paz.²⁶

O leque de proposições para proteção é extenso, pois se trata de especializações contínuas, desde, por exemplo, a proteção de regras internacionais contra ações de outros

25 PONTES DE MIRANDA. 1932. *Ibidem*, p. 227-245, *passim*. Explica-se que as justificativas foram extraídas de modo geral, mas a vinculação de razões entre democracia como metodologia que trabalha os princípios é base de inspiração geral da livre interpretação do pesquisador e que também será objeto de análise no curso da investigação. ZAGREBELSKY também reconhece nos princípios, por serem ‘tomadas de posição’, uma proposta de reação diante do que a realidade exige. Vide ZAGREBELSKY, Gustavo. *Ibidem*, p. 111. Em suma, segundo este jurista, os princípios atuam para tornar perfeito o sistema jurídico e assinalam sua função prática, sua válvula de segurança. Zagrebelsky, G. *Idem*, p. 117. Tradução livre do pesquisador.

26 PONTES DE MIRANDA. 1945. *Ibidem*. Volume 1, p. 52.

Estados; de proteção pelo Estado e contra crises deste, que fazem propostas de novos direitos ou de correção dos existentes; da liberdade e desta que a limita para nova liberdade; da igualdade formal e material; do próprio indivíduo que exercita a liberdade e a proteção dos outros; dos vulneráveis e daqueles que não exercitam de modo suficiente a liberdade e a igualdade; do funcionamento regular dos órgãos públicos; das regras constitucionais de forma, ou de democracia mesma; enfim, contra o intervencionismo ou limitação ao poder interventivo e do próprio indivíduo.

Neste contexto, um padrão histórico é observável, segundo Pontes de Miranda, qual seja: a democracia começa onde já se tem metade ou mais da metade do itinerário de que todos participem da ordem estatal, enquanto que a igualdade, como condição de cada um, se expande na percepção de todos serem livres.²⁷

O que se deseja, de fato, não é propriamente definir a democracia, a liberdade e a igualdade – apesar de que isso possa ser efetivado em algum momento deste trabalho –, mas induzir o que a relação entre elas pode produzir. A razão é a necessidade de entender e perceber a incorporação dos princípios que a própria democracia tem efetivado, seja na produção e administração de leis, seja pela atuação do Poder Judiciário.

A referida confluência – democracia, liberdade e igualdade – busca construir uma civilização adequada ao insistir, tanto em teoria como em prática, na valorização do humano. O itinerário neste percurso foi algo tortuoso, de avanços e retrocessos, especialmente porque o paradigma científico, que resultou no totalitarismo do início do século XX, transformou o homem em objeto, o despiu de invólucros jurídicos e foi responsável pelas atrocidades de Hitler, segundo Supiot.²⁸

A base foi e continua sendo a consolidação de uma ciência que se livra de mitos, apura os métodos e assegura o serviço ao homem.²⁹ Na feliz definição de Britto, através de uma busca onde: “O Direito enquanto meio, o humanismo enquanto fim”.³⁰ De forma mais clara pode-se dizer: desde que os direitos foram se integrando nas declarações, tratados e, depois, nas constituições, a proposição implícita foi e é a de que o ser humano seja considerado como centro de preocupações de melhoria de sua condição social. A generalização, portanto, do valor do Humanismo considera a existência de um possível princípio, especialmente ao se

27 PONTES DE MIRANDA. 1945. *Ibidem*. Volume 2, p. 449/450. Idem Arblaster sobre identificar os fluxos da democracia e igualdade na história. ARBLASTER, 2003. *Ibidem*, p. 26-27.

28 SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**: ensaio sobre a função antropológica do direito. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 63 e ss. ISBN: 978-85-60156186.

29 PONTES DE MIRANDA. **Garra, mão e dedo**. São Paulo: Livraria Martins Editora, 1953a, Edição 1, p. 5. Sem ISBN.

30 BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. 1. ed. 1 reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 37. ISBN: 978-8577000885.

constatar que o ser humano deve ser alvo maior das considerações jurídicas. Pode-se articular, então, da existência deste valor ou princípio da humanização.

Com efeito, tal princípio é reconhecido em várias correntes teóricas, quais sejam: (a) na doutrina de Mello – de que algo mudou profundamente, depois da 2ª Grande Guerra Mundial, na correspondência entre o Estado e os cidadãos, após as atrocidades cometidas aos seres humanos e na transformação destes em objetos. Trata-se de induzir que estes se tornaram o centro de todas as cogitações jurídicas; por isso, ficou evidente a incorporação de concepções filosóficas e jurídicas, para dar materialidade aos direitos, e que se reconhecesse que há normas explícitas e implícitas no sistema jurídico para tais fins.³¹ Sim, segundo Sessarego, mais e mais jusfilósofos e juristas compreendem a pessoa como centro e eixo do Direito;³² (b) na doutrina de Sarlet sobre a dignidade da pessoa, quando cita o respeito e a consideração que se deve ter a esta, inclusive, por parte do Estado e da comunidade, o que implica os direitos e os deveres fundamentais de proteção, além de responsabilidades sociais recíprocas, extensivo à vida em geral e ao meio ambiente;³³ (c) da doutrina de Costa Douzinas sobre os direitos humanos, de que o respeito à dignidade humana implica duas ocorrências necessárias: capacidade de tomar decisões morais e de fazer reivindicações legais.³⁴

Desse modo, se a dignidade da pessoa humana tem significado jurídico-político ligado ao individual, social, e à liberdade e à igualdade³⁵, humanizar nesse âmbito é a ciência que presta serviço ao ser humano, a partir de um encontro de uma fórmula – as decisões morais ou as reivindicações legais –, para outras valorizações, com todo o leque de apreço, de respeito, de proteção, da vida de relação, que a pessoa possa merecer. Contudo, é ingenuidade pensar que o trajeto é cumprido com facilidade, por mais que se conheçam os dados históricos, jurídicos e políticos de que é útil e necessário para o progresso de que a democracia, a liberdade e a igualdade caminhem juntas.

31 MELLO, Marcos Bernardes de. Notas sobre o caráter normativo dos princípios e das normas programáticas. **Revista do Mestrado em Direito**. V. 2. N. 3. Dez. 2006. Maceió: Edufal, 2008, p. 81-92. ISSN 1809-1873.

32 SESSAREGO, Carlos Fernández. **Derecho y persona**. 5. ed. Cidade Autônoma de Buenos Aires: Astrea, 2015, p. 9. ISBN: 978-987-706-045-4. Tradução livre do pesquisador.

33 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: 10 ed. rev. atual. Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 70-71. ISBN: 978-85-7348-957-6.

34 DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Trad. Luiza Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 281-282. ISBN: 978-85-7431-333-7. Título original: The end of human rights.

35 BOTELHO, Catarina Santos. Ibid. Posição 2593-2601. ISBN 978-972-40-6919-7. Disponível na Amazon.com.

Diz-se que uma das dificuldades acontece, pois grande parte do mundo vive em desigualdade. Isso decorre em razão dos indivíduos tentarem convencer o governo a manter ou conceder favores especiais e privilégios, segundo Deaton.³⁶

Outro problema é acreditar ou não no potencial e na ciência do humanismo. Este é mais um detalhe na equação que busca a prosperidade jurídica e social dos povos. Sim, a descrença é a tônica. Mas isso não é desalentador, pois é fato que acontece em todas as áreas da ciência, ou seja, há um ceticismo crescente, apesar de considerar os avanços e progressos do conhecimento, em razão de que tudo está conectado como se fosse uma teia gigante, – ciência, tecnologia, medicina moderna, interesses científicos, comerciais e políticos.³⁷

Neste campo, as indiferenças das pessoas e do governo em observarem os fins constitucionais e legais são agravadas por um defeito sistêmico, que compromete o próprio humanismo, especialmente a partir do processo de produção da regra da legalidade nas técnicas: da democracia, da liberdade e da igualdade. Explica-se a distorção, pois: (a) os próprios dirigentes públicos tomaram atitudes conscientes e inconscientes, pois acolheram decisões, ora por juízos de fato, ora por juízos de valor. Tal ocorrência proporciona avanços sociais, que são seguidos de retrocessos e assim sucessivamente; (b) as pessoas que conduzem a conduta estatal separaram a introdução da concretização de sistemas jurídicos para a edificação da regra da legalidade, ou seja, falsearam a regra objetiva com estatuições, sem que fosse necessária a aplicação ou exigência de aplicação. Na verdade, como disse Pontes de Miranda com acerto peculiar: os poderosos separaram o pensamento e a ação, e assim mantiveram o monopólio da cultura.³⁸

Tal é o defeito sistêmico do governo do povo, para o povo e com o povo que afeta diretamente o princípio do humanismo. É o mesmo que dizer: as pessoas têm os direitos fundamentais, mas pouco ou nada aplicados; poderiam acionar as instituições públicas; porém, dessas demandas poucas teriam um percentual de sucesso, e outras tantas sequer teriam, pois vítimas de subjetivismo e voluntarismo que separam mais ainda as teorias e as práticas. Nessa senda, o Humanismo vai insistir nos direitos subjetivos e se socorrer de outros princípios. Foi esse, aliás, o pensamento de Pontes de Miranda: “O direito subjetivo foi o mais eficaz instrumento para se impor à regra objetiva”.³⁹

36 DEATON, Angus. **Revista Veja**. Versão impressa. Seção: entrevista. Título da entrevista: “Marcha para o progresso”. Editora Abril, edição 2542, ano 50, n. 32, 09 agosto de 2017, p. 17. ISSN: 0100-7122.

37 FARA, Patrícia. **Uma breve história da ciência**. Versão brasileira da editorial. São Paulo: Editora Fundamento Educacional, 2014, p. 4. Não há ISBN. Há, entretanto, essa numeração: 11-02149 e CDD – 509.

38 PONTES DE MIRANDA. 1953a. *Ibid.* p. 98-99.

39 PONTES DE MIRANDA. 1945. *Ibid.* Volume 2. p. 539.

De fato, tal subjetivação dos direitos de forma paulatina é uma das consequências da universalização do Humanismo e vem aumentando o nível de civilização, além de formar um dos pilares da democracia tal qual se conhece hoje. Tal processo tende a encontrar o nível de civilização de um povo. Para tanto, Pontes de Miranda consigna que, para saber o estado de um povo, basta ver como os indivíduos são tratados, pois, para ele: “Se não valem os indivíduos, não vale o povo, pois o povo é a soma dos indivíduos”.⁴⁰

Desse modo, ao lado de toda a teoria exposta acima, é preciso checar as práticas. É o caso, então, de se perguntar como anda o nível de civilização no Brasil? Diz-se: não é dos melhores em razão do tratamento que é dado aos indivíduos. Tem-se a descrever que o grau de civilização é baixo, assim sendo o povo pouco vale. Como evidenciar tal hipótese senão apontando os fatos? Começa-se uma amostra pelo quadro caótico do sistema carcerário no Brasil, onde os seres humanos são tratados com desumanidade impressionante, conforme dados apontados pelo próprio Conselho do Ministério Público.⁴¹ Passa-se pela estruturação da saúde pública, onde há superlotação das unidades, ausência de médicos e pessoal especializado, falta estrutura física e pacientes são acomodados pelos corredores.⁴² Chega-se ao aparelho educacional como um dos mais atrasados do mundo, com dados insatisfatórios de acesso e aprendizado, segundo a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).⁴³

Outros dados levantados em 2016 pela PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - apontaram que, em 25 anos, houve progresso do desenvolvimento humano no mundo, mas os ganhos não foram universalizados. É como se a metade da humanidade fosse ignorada. Tal relatório cita que mulheres, grupos étnicos e raciais, populações rurais não conseguiram obter os benefícios. Tal documento reconhece a complexidade do problema e

40 PONTES DE MIRANDA. Ibid. 1945, volume 2, p. 435.

41 Sistema penitenciário do Brasil é caótico, aponta levantamento do MP. **G1 – O PORTAL DE NOTÍCIAS DA GLOBO**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2017/01/sistema-penitenciario-do-brasil-e-caotico-aponta-levantamento-do-mp.html>> 04 jan. 2017. Acesso em 02 nov. 2011.

42 Saúde pública no Brasil: dias atuais. **PORTAL EDUCAÇÃO**. Disponível em: <<https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/medicina/saude-publica-no-brasil-dias-atuais/52515>> 27 nov. 2013. Também, GOMES, Victor. **Brasil possui o sistema de saúde mais ineficiente do mundo**. Disponível em: <<https://economiasdeservicos.com/2016/02/25/brasil-possui-o-sistema-de-saude-mais-ineficiente-do-mundo/>> 25 fev. 2016. Acesso em 02 nov. 2017.

43 Menos da metade dos brasileiros de 18 anos estão no ensino médio ou no superior. **PORTAL IG – NOTÍCIAS, VÍDEOS, FAMOSOS, ESPORTES, ESPORTES, BATE PAPO, INFOGRÁFICOS**. 12 set. 2017. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/educacao/2017-09-12/educacao-brasil-ocde.html>> Acesso 02 nov. 2017. Brasil é o segundo país com pior nível de aprendizado, aponta estudo da OCDE. Conteúdo Estadão. **UOL EDUCAÇÃO**. 10 fev. 2016. Disponível em: <<https://educacao.uol.com.br/noticias/agencia-estado/2016/02/10/brasil-e-segundo-pais-com-pior-nivel-de-aprendizado-aponta-estudo-da-ocde.htm>> Acesso em 02 nov. 2017.

mostra o Brasil estagnado em relação a 2014 e, no ranking de 188 países, ocupa a posição 79, isso no que se refere ao índice de desenvolvimento humano (IDH).⁴⁴

Diante desses breves relatos, é como se não existissem leis ‘democráticas’, ou fossem ausentes as construções teóricas e as práticas da liberdade e da igualdade, as quais protegessem os cidadãos, que estão inseridos em todas estas situações. Tem-se que a própria humanização é deixada em segundo plano, apesar de um leque de direitos objetivos que possuem os cidadãos. O que falta, então, à democracia na sua relação com a liberdade e a igualdade para atender o humano? A resposta somente pode vir com outras ideias ou outros princípios que precisam ser analisados.

Assim, tal exposição conseguiu entender que o princípio da humanização é um dos principais, que traduzem os processos que fazem a democracia ter sido diferenciada nos tempos; mas que há um defeito sistêmico impedindo o total acolhimento dela para fins de concretização dos direitos. Assim, a sua realização é lenta.

2.1.3 Da prevalência dos fatos à composição do direito: princípios do reconhecimento e da limitação

Observou-se que há aspectos negativos mencionados acima sobre a valorização dos indivíduos no Brasil, mas nem por isso se deve deixar a insistência de que uma melhor convergência da democracia, da liberdade e da igualdade venha a trazer progresso ao conteúdo da humanização. Afinal, a ciência deve servir ao homem. Para tal propósito, é científico que se fique ao lado dos fatos.

Sim! Os fatos falam, como citou Pontes de Miranda; por isso é preciso dar essa preferência à língua do real e submeter-se.⁴⁵ O que significa isso? Trata-se de captar outra difusão importante nesse campo, daí se podendo deduzir alguns dos importantes elementos da democracia, como o Estado de Direito, o povo e as minorias. Trata-se do princípio do reconhecimento.

Onde ele pode ser visto na obra de Pontes de Miranda (1945)? Para este jurista, existe um patrimônio civilizatório, que deseja resolver um lapso fundamental entre os homens, que é a asserção da realidade, ou seja, afirmá-la. É como se fosse uma tentativa de conciliar-se com

44 PNUD BRASIL. **Relatório do PNUD destaca grupos sociais que não se beneficiam do desenvolvimento humano.** Publicado 21 de março de 2017. Disponível em: <<http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/presscenter/articles/2017/03/21/relat-rio-do-pnud-destaca-grupos-sociais-que-n-o-se-beneficiam-do-desenvolvimento-humano.html>> Acesso em: 10 mai. 2019.

45 PONTES DE MIRANDA. **O problema fundamental do conhecimento.** Porto Alegre: Edição da Livraria do Globo, 1937, p. 5. Sem ISBN. Toda a sua vasta obra, desde 1922, é uma luta espartana para que os fatos tenham uma atenção especial.

os fatos. No moderno constitucionalismo, isso se traduz como o que seria o adequado diante do real. Para Pontes de Miranda, ficar ao lado dos fatos é estudá-los, descobrir os caminhos e inventar os meios.⁴⁶ Enfim, são os passos sucessivos para reconhecer o ritmo da história da civilização que vem a se posicionar entre as afirmações e as negações, entre as ações e as reações, entre as abstrações a serviço do poder e os prejuízos à igualdade, e de práticas de acolhimento às questões primárias de melhorias sociais.

Fukuyama considera que a história conduziu dois processos paralelos, quais sejam: um foi a moderna ciência natural e a lógica do desejo; o outro foi a luta pelo reconhecimento. Tal princípio – ‘reconhecimento’ – é tão significativo que chega a ser considerado como anseio fundamental, segundo a doutrina de Fukuyama, ao interpretar as lições de Alexandre Kojève, pois o compreende como ligado à luta dos homens contra a natureza; dos homens que vão se reconhecer uns aos outros continuamente, das causas das lutas sangrentas da história; do Estado que se universaliza e se torna homogêneo; das classes, inclusive minorias; enfim, de estruturas capazes de manter todo um esforço para que prevaleça um padrão da democracia liberal.⁴⁷

De uma outra perspectiva, sobre o ‘ethos da democracia’, Forst, na dimensão que liga as críticas contrapostas, como: a comunitarista, a liberal, os pressupostos socioculturais e o desempenho subordinado das instituições, diz que o que se quer saber é:

[...] do modo como cidadãos se entendem como membros de uma comunidade política, quais as coisas que têm em comum e quais são as suas responsabilidades. Em particular, estão em questão as condições de possibilidade e o modo de justificação ‘pública’ de normas legítimas em discursos democráticos.⁴⁸

No entanto, Fukuyama aponta seu pessimismo nesse âmbito ao afirmar: “[...] não há ponto fixo ou natural no qual a liberdade e a igualdade entrem em equilíbrio, nem qualquer maneira de otimizar ambas simultaneamente.”⁴⁹ Se isso pode ser dito, é possível concluir uma observação terrível da história humana e a sua tentativa de entrar em acordo com a realidade. É uma constatação preocupante, qual seja: os fatos de ontem e de hoje são os mesmos. Os fatos de amanhã: provavelmente o serão. E pergunta-se: o que muda? Agamben é o formulador de tal perspectiva e justifica que existe nos fatos o que se chama de

46 PONTES DE MIRANDA. 1945. Ibid. Volume 1, p. 55.

47 FUKUYAMA, Francis. **The end of History and the Last Man** Formato: E-Book Kindle [recurso eletrônico]. UK: Penguin Random House, 2012, E-book. Posições 5324-5360. Tradução Bing Translator com adaptações do pesquisador. O livro disponível na Amazon.com.br. ISBN: 978-0-141-92776-3.

48 RAINER, Forst. **Contextos da justiça**: filosofia para além do liberalismo e comunitarismo. Tradução: Denílson Luís Werle. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 115. ISBN: 978-85-7559-148-2. Tradução de: Kontexte der Gerechtigkeit: politische Philosophie jenseits von Liberalismus und Kommunitarismus.

49 FUKUYAMA, Francis. Op. cit. 2012. Posição 5435. Tradução Bing Translator com adaptações do pesquisador.

irreparabilidade. Explica o filósofo que são assim, porque são estados de coisas que convivem no mesmo mundo: o feliz e o infeliz, o justo e o injusto, o bom e o malvado, o opressor e o oprimido, mas o que realmente muda não são as coisas, mas os seus limites.⁵⁰

A atuação da democracia tornou abrangente essa noção de limites; logo, pode-se dizer da existência deste valor que veio se introduzir na cultura e, possivelmente, transformar-se no princípio da limitação. Ele existe e estrutura os elementos dessa matéria, desde a necessidade de justificação e de fundamentação de todos os atos públicos à busca de conciliar a legalidade e a legitimidade. Estas últimas, por exemplo, para Grau, não são idênticas – a legitimidade tem relação com exercícios do poder pelos dirigentes, que captam os padrões histórico-culturais ante a observância de que direito posto desenvolva as forças materiais produtivas de determinada sociedade.⁵¹

A doutrina também percebe o papel da limitação do trato da democracia. Um dos exemplos da maior de todas as limitações, porta aberta para todas as outras, é a inspiração que vem da definição de democracia de Bobbio. Este consigna que prefere o conceito de democracia como poder no público – alusão à tomada de decisões dos governantes à luz do dia através dos instrumentos legais existentes, a fim de que os governados saibam onde e como são proferidas.⁵²

Pontes de Miranda vê a democracia com esses limites, quando apresenta a noção da existência de escalas, desde um conteúdo pobre a um perfeito; desde uma pior ou uma melhor educação política; desde a maior a uma menor preocupação com o interesse público, enfim, “[...] de um mínimo ideal a um máximo ideal de participação do povo”.⁵³

Com efeito, os princípios do reconhecimento e da limitação na democracia tendem a dialogar com as realidades de forma contínua, especialmente para construir culturas de como concretizar os direitos nas dimensões da liberdade e da igualdade.

Tal trabalho contínuo com os fatos é perceptível nos usos do direito. Veja-se, por exemplo, que este compõe os seus vários elementos fáticos que existem no mundo social e, apesar de ter fins diversos, marca uns ou alguns; assim, as soluções são apresentadas para

50 AGAMBEN, Giorgio. **A comunidade que vem**. Formato: E-Book Kindle [recurso eletrônico]. Tradução e notas: Cláudio Oliveira. Belo Horizonte, 2013. Título original: *La comunità che viene*. Autêntica Editora, 2013, posição 872 e Posição 884. Disponível na Amazon.com.br. ISBN: 978-85.8217-138-7.

51 GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 88-89. ISBN: 978-392-0081-8.

52 BOBBIO, Norberto. **Teoría general de la política**. Traducción de Antoino de Caboy Y Gerardo Piessarello. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 418. ISBN: 978-84-8164-579-8. Tradução livre do pesquisador.

53 PONTES DE MIRANDA. 1945. *Ibidem*. Volume 1, p. 80.

resolver os problemas sociais, promover a paz e afastar-se da violência, como disse Molinaro.⁵⁴

Ante o exposto, ficar ao lado dos fatos numa democracia, em consonância com a liberdade e a igualdade, é saber trabalhar os princípios do reconhecimento e da limitação, a fim de que se possa perceber o que pode ser realizado em favor do povo.

2.1.4 Da relação entre os fins e os meios na democracia: do problema da distribuição ao princípio do desejo

Viu-se acima que a ciência veio servir ao homem, que a matéria fática no espaço social é a mesma e o que muda é uma questão de limites, o que levou a identificar os princípios envolvidos na relação entre a democracia, a liberdade e a igualdade, quais sejam: da humanização, do reconhecimento e da limitação.

Há outro princípio identificado por Fukuyama no texto supra, que é o princípio do desejo.⁵⁵ Isso porque existe o problema social tremendo, qual seja: fartura de direitos e de bens para alguns e a distribuição insuficiente ou incompetente para muitos.⁵⁶ Esta ocorrência de abundância de direitos e bens, por óbvio, produz uma onda colossal de anseios e de vontades nas pessoas. Por outro lado, tal dificuldade na distribuição coloca em cheque o próprio credo na democracia ante a extensa desigualdade de recursos entre diferentes cidadãos e as suas chances de influenciar nas políticas de governo.⁵⁷

E a questão que se pergunta é: como a democracia trabalha isto na sua relação com a liberdade como autodeterminação, e a igualdade como oferta de condições? A resposta não é fácil. A democracia adota uma cultura de administrar os fins e os meios. Melhor esclarecendo: os fins são os democráticos e os meios são os conteúdos efetivados da liberdade e da igualdade, o que importa na abertura para os princípios.⁵⁸ Em outro momento, Pontes de Miranda diz que: “A relação de meio a fim é valor de liberdade, como causa a efeito é o valor da necessidade. Trata-se, pois, de mera questão de colocação, de latitude: se olho de fora a

54 MOLINARO, Carlos Alberto. **Direito ambiental**: proibição do retrocesso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 36-38. ISBN: 978-85-7348-469-4.

55 FUKUYAMA, Francis. 2012. Ibid. Posições 5324-5360.

56 PONTES DE MIRANDA. 1945. Ibidem. Volume 2. p. 569 ss.

57 DAHL, Robert A. **Who governs?** Democracy and Power in an American City. Second Edition. Printed in the United States of America: Yale University Press. Formato: E-Book Kindle [recurso eletrônico]. 2005, p 127. Disponível: <https://www.amazon.com.br>. ASIN: BOO4YXUSO6. Tradução: Bing Translator com adaptações do pesquisador.

58 PONTES DE MIRANDA. Op. cit. 1945, volume 1, p. 30 ss.

mata, eu a vejo e não distingo as árvores, - mas se a penetro, começo a ver as árvores e não vejo a floresta”.⁵⁹

O que, então, significa tal assertiva? Toledo responde e reforça essa ideia de democracia, ao dizer que ela é como ‘condição de possibilidade’: “Enquanto regime político, é a democracia forma; enquanto alicerçada nos direitos fundamentais, tem-nos como condição de sua possibilidade”.⁶⁰

Dessa perspectiva, como ‘condição de possibilidade’, o que, então, se quer deixar remarcado quando se pautam a democracia, a igualdade, a liberdade, os fins e os meios? Primeiro, é a dificuldade da distribuição tida por incompetente e insuficiente de direitos e bens, como fora mencionado, porque é fato e se observou nos exemplos acima do caso brasileiro em diversos problemas na área social. Não há valorização adequada dos indivíduos. Em segundo lugar, é a percepção que a nova empreitada de incorporação de princípios vem como a proteção adicional contra ações abusivas do poder e de qualquer indivíduo.⁶¹ Nesta assertiva última, há necessidade de se entender a relevância dos fins constitucionais precisos, estes que são colhidos da Constituição a partir das cláusulas pétreas. No caso brasileiro, principalmente, os direitos e as garantias individuais.⁶²

Por isso que, na persecução destas finalidades, são justificadas as tendências das regras serem formuladas com preceitos indeterminados. Isso para que aconteçam as rodadas de reconhecimento de direitos e de outras limitações, bem como a realização de desejos. Estes, por exemplo, no nível do Judiciário e no que se referem aos direitos, são efetivados como formas de ‘antecipação’ do que foram postos pelo Poder Legislativo e não concretizados pelo Poder Executivo.⁶³

Neste compasso, tal matéria dos fins e dos meios é um universo de progressividades, de retrocessos sociais, de tendências ou de influências, ora individualistas, ora socializadoras. Trata-se de uma espécie de círculo onde, às vezes, os fins justificam os meios, às vezes, o contrário. Isso afeta diretamente os direitos individuais e as propostas de regras de proteção.

59 PONTES DE MIRANDA. 1922, Ibid. Volume 1, p. 93.

60 TOLEDO, Cláudia. **Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Landy, 2003, p. 124. ISBN: 978-8587731814.

61 PONTES DE MIRANDA. 1945. Ibid. Volume 1, p. 340 ss.

62 “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV – os direitos e garantias individuais. BRASIL. [CONSTITUIÇÃO, 1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. [2018]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 15 nov. 2011.

63 Esta ideia de fazer ‘antecipações’ vem da intervenção do Poder Judiciário e é uma tendência dos países de civilização ocidental que adotaram os direitos fundamentais. Vide Rodrigues-Aguilera. RODRÍGUEZ-AGUILERA, Cesáreo. **El poder judicial em la Constitución**. Barcelona: Boch Casa Editorial, 1980, p. 9. ISBN: 84-7162-802-2. Tradução livre do pesquisador.

Tem-se como uma área sensível da ligação da democracia com a liberdade e a igualdade, pois os equívocos científicos, políticos ou jurídicos nessa área levam os indivíduos a posições de extrema direita ou de extrema esquerda, com novas rodadas de atrasos no desenvolvimento civilizatório. Com efeito, para Pontes de Miranda, a queda ou retrocesso é pior do que o avanço social, pois subir a escada da evolução é algo lento, mas descer tem a força da queda, ou seja, ao eliminar as transformações profundas dos extremismos, tem-se que percorrer novamente todo o caminho vencido.⁶⁴

O assunto da relação dos fins e dos meios é um universo de encontro das mentalidades de cada época e das doutrinas diferentes sobre o Estado de Direito. A percepção é que são feitas as adjetivações em tal Estado, como liberal, social, democrático, e contribui com a dúvida que percorre toda a história do pensamento político, conforme Bobbio: “Qual o melhor governo, o das leis ou o dos homens?”⁶⁵

Responder a tal questionamento depende de muitas percepções, tais como: dos conceitos que se fizeram práticas e vice-versa, ou da noção de Estado de Direito, de homens capazes de justiça, ou de leis consideradas boas ou más. Há, assim, uma conformidade com o que os homens propuseram para construção da civilização, ao menos a ocidental.

Bobbio discute esse itinerário da igualdade e da liberdade para detectar os problemas nesse campo, especialmente quando os termos igualdade e liberdade estão divididos entre si mesmos. Para tal jurista, diz-se que a função igualizadora da lei formula preceitos gerais que englobam um indivíduo, ou um grupo ou a totalidade deles, não se permitindo o privilégio e a discriminação; enquanto que a liberdade é acolhida na forma seletiva, seja positiva, seja negativa. Há dúvidas sobre a real significação da formação das liberdades, ou seja, se a primeira decorre da vontade geral – no caso da liberdade positiva. Questiona-se se foi a lei em si, ou se ela, como dependente de pessoas, deu a sua contribuição. Quanto à liberdade negativa, esta entende a lei no sentido liberal, de admitir como leis verdadeiras apenas aquelas que intervenham para garantir o gozo da própria liberdade sem interferência de ninguém.⁶⁶

Ora, as assertivas acima são as raízes profundas para entender a influência ou a tendência dos tempos, seja do indivíduo, seja da sociedade. No fundo, para justificar as épocas em que o coletivo prevaleceu e preponderará sobre o indivíduo, sujeitando-o, ou as

64 PONTES DE MIRANDA. 1945, *Ibidem*, volume 1, p. 33.

65 BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz & Terra, 2015, p. 233. ISBN: 978-85-7753-087-8.

66 BOBBIO, Norberto. 2015. *Ibidem*, p 243 ss.

ocasiões em que o indivíduo predomina ou predominará sobre o conjunto social, com a utilização dos seus direitos e das garantias individuais.⁶⁷

Em outras palavras, segundo Santos, os direitos de titularidade política geram as pressões, enquanto os de titularidade econômica são campos de conflitos, mas é equívoco pensar que as instituições democráticas estariam submetidas às reduções das desigualdades. Para aquele cientista, a missão é reduzir drasticamente as hierarquias político-jurídicas e oferecer as oportunidades a ela associadas, embora dependentes, também, de outras interferências, como a econômica.⁶⁸

Com efeito, as pressões e conflitos nesse âmbito da relação de fins e de meios numa democracia encontram o problema humano por excelência, qual seja: de que cada um tem o seu destino. Assim, diminuir o poder político-jurídico, implantar as condições materiais e fazer a progressiva socialização dos indivíduos implicam no estabelecimento de igualdade de pontos de partida e a eliminação de certas deslealdades e precariedades.⁶⁹

Enfim, da relação entre os fins e os meios na democracia da convergência com a liberdade e a igualdade captam o princípio do desejo, através de conteúdos que amenizam as pressões de como lidar com o poder estatal e tentam resolver conflitos ante o oferecimento de oportunidades.

2.1.5 Do ser humano que deve continuar: o princípio da presença do poder estatal

Foi visto que a ciência social deve dar preferência por servir o homem e que os fatos que acontecem no mundo são atingidos por limitações, busca de reconhecimento e desejo. Isso faz os seres humanos almejam sempre mais numa roda de pressão e de solicitações de oferta de condições materiais.

De fato, a evolução social tem que acontecer, pois a civilização tem que prosseguir, como disse Pontes de Miranda,⁷⁰ ou, ainda, agasalhar os tempos próximos e o homem que

67 CONSTANT, Benjamin. **A liberdade dos antigos comparada a dos modernos**. Tradução da versão francesa com a introdução e notas de Édouard Labouyale. Estudo introdutório e tradução de Emerson Garcia. São Paulo: Atlas, 2015, p. 78 ss. ISBN: 978-85-224-9961-8. Constant fala sobre as influências e tendências ao distinguir a liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos, a qual inspirou Bobbio. A dos antigos, o indivíduo submetido ao coletivo – a autoridade do conjunto, como se fosse escravo deste. A dos modernos, o oposto – respeito irrestrito a independência privada.

68 SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **O paradoxo de Rousseau**: uma interpretação democrática da vontade geral. Rio de Janeiro: Rocco, 2007, p. 13. ISBN: 978-85-325-2241-2.

69 PONTES DE MIRANDA. **Introdução à Política Científica ou fundamentos da ciência positiva do direito**. Rio de Janeiro: Livraria Garnier, 1924a, p. 107ss. Ele fala do plano de igualdade, que se trata da seleção econômica dos membros na concentração de poder, p. 124/125 ss. Sem ISBN.

70 PONTES DE MIRANDA. 1945. Ibid. Volume 2, p. 633.

vem.⁷¹ De outra maneira e colhendo o título da obra de Agamben, preparar-se para a ‘comunidade que vem’, esta povoada de seres quaisquer, os quais, na discussão do ser e do ter, buscam o pertencimento do seu próprio “ter-lugar”.⁷²

Questiona-se: como ter lugar? O que é ter lugar? Como, então, o povo, as minorias, as classes, os indivíduos ditos vulneráveis podem ter lugar na sociedade? Como se viu, a democracia tem trabalhado os princípios ao insistir na humanização, no reconhecimento da dignidade, embora com limitações, além de atendimento dos desejos. O que, então, se generalizou nesse campo? Uma das ideias foi a de que o mais forte tem que ‘socorrer’ o mais fraco, no sentido de fazer benefícios, de ser propício.

Quem, então, é o mais forte nessa área? É fato que não há como deixar o poder estatal de fora de todo este processo da democracia e sua relação com a liberdade e a igualdade, pois ele é diretamente responsável por materializar as finalidades constitucionais, como traçar as políticas e fixar os programas públicos, como disse Toledo.⁷³

A dúvida é como o Estado pode merecer o respeito do povo? Avelar, tomado pelas perplexidades sociais de um mundo sobrecarregado de violências extremas do ambiente social, de cargas de poluição e da criança abandonada no pansexualismo, aduz que o povo é utilizado apenas para justificar os interesses menores e usado para ideologias por grupos bem alimentados. Tal membro da Igreja Católica defende que o povo deve ser o ponto de referência de cogitações de bem-estar a um maior número de brasileiros e não ser objeto de captação de males por alguns para emoldurar as próprias convicções e as preocupações imediatas.⁷⁴

A democracia e a liberdade, no sentido das realizações da igualdade, têm um importante papel de dar força à presença do poder estatal no acolhimento e estar do lado dos seres humanos que sofrem, necessitam de apoio, de amparo e de soluções diretas e urgentes. Além disso, os direitos, se bem interpretados, solucionam o problema da falta de concretização.

É interessante a visão da presença de um forte que ajuda os fracos quando se conhece a etimologia da palavra ‘igualdade’ e o que ela sugere. Pontes de Miranda consigna que as palavras amar, ser propício, ser benigno e ser igual têm o mesmo étimo de *aequus*.⁷⁵

71 PONTES DE MIRANDA. 1932, *Ibidem*, p. 13. Sem ISBN.

72 AGAMBEN. 2013. *Ibid.* Posição 22.

73 TOLEDO, Cláudia. *Ibid.* 2003, p. 120-121.

74 VILELA, Cardeal Avelar Brandão. **A prece que brota da vida**. São Paulo: Editora Salesiana Dom Bosco, 1983, p. 55-57. ISBN: 261-8-83-0380.

75 PONTES DE MIRANDA. 1945. *Ibid.*, volume 2, p. 616.

Pergunta-se: a igualdade pode ter pontos de contato com o amor, ou ser bondoso, ser favorável?

A conclusão é positiva. Um fundamento histórico religioso motiva tal hipótese: o olhar atento verifica o que aconteceu com os antigos hebreus e o conjunto de indicações do Criador, por seu representante, ao povo que ele acolheu. Há escritos que informam quando o Criador diz ao povo que não oprima ou maltrate os estrangeiros; do não fazer mal às viúvas e acolher os órfãos, e de não emprestar dinheiro ao pobre com juros extorsivos.⁷⁶ Na linguagem moderna, é como se falasse aos vulneráveis da sociedade de hoje, por exemplo, aos refugiados, aos menores abandonados, ou às classes espoliadas por sistemas bancários extorsivos. Em todas as situações, a mensagem é para não trazer prejuízos e, ao mesmo tempo, proteger aos vulneráveis da sociedade.

Nesta senda, a presença do poder estatal tende a se fortalecer, ao amparar os seus elos mais fracos. A questão é até racional, porque o progresso social nesses campos de melhor liberdade e de maior igualdade traz apoio ao próprio poder, fortalecendo-o.⁷⁷

Pontes de Miranda defende tal concepção de política democrática, qual seja: o meio de melhorar os fortes é atacar todo o problema e melhorar a condição de todos, especialmente dos fracos ou das minorias.⁷⁸ Consigna o referido jurista de forma expressa que vale a citação literal:

Demais, a evolução não precisa sómente dos physicamente mais fortes: o esforço material ou espiritual do fraco contar-se-ia no conjuncto da materia social, porque o fraco pode ter valor, pode ser forte noutro sentido. O que é preciso é que as artificialidades políticas e racionalismo jurídico não invertam as selecções, o elemento econômico se distribua segundo mais ou menos perfeito systema de justiça social e se eleve o nível de todos e, pois, dos mais fracos.⁷⁹

Outra proposição deveras importante que explica as proposições acima, por outro modo, são os estudos de Pontes de Miranda, quando fundamenta em pesquisa psicológica de A. Sturn, de que o direito tem uma origem altruísta. Tal jurista explica que isso acontece em razão de que o direito é fenômeno de ordem, de resolução e de paz; assim, trabalha com critérios de justiça e de segurança. O primeiro, o critério de justiça, tem conteúdos de liberdade e de felicidade, relativa à cultura, dado pelo sistema, e contém o provimento em si

76 BÍBLIA SAGRADA. Livro do Êxodo. Tradução de João Ferreira de Almeida. 2. ed. Capítulo 22, versículos 21-26. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1993, p. 72. ISBN: 85-311-0061-1.

77 Ideia concebida a partir da lição do Criador a Paulo. Este ficou doente com a espinha no rosto e pediu a cura. O Senhor disse que o poder se aperfeiçoa na fraqueza. Quis dizer que a graça dele bastava; então, Paulo louvou as fraquezas com sinal de resistência e de superação. BÍBLIA SAGRADA. Livro da Segunda Epístola de São Paulo aos Coríntios. Capítulo 12, versículos 7-10. 1993. Ibidem, p. 199.

78 PONTES DE MIRANDA. 1924a. Ibidem, p. 267.

79 PONTES DE MIRANDA. 1924a. Idem, p. 107ss. Ele fala também do plano de igualdade que se trata da seleção econômica dos membros na concentração de poder. Idem, p. 266.

para adaptar o homem à vida social. O segundo, o critério de segurança, é preenchido por ordem, paz e cria a previsibilidade social, onde associa a consciência de que o ser humano deve se adaptar segundo o tempo e na promessa de efetividade.⁸⁰

O que faz, então, o poder estatal nesse círculo de encontro da democracia e sua correspondência com a liberdade e a igualdade? Ele vai trabalhar as formas e aperfeiçoar os conteúdos. Para tanto, segundo Pontes de Miranda, um dos indicativos que os seres humanos utilizam é a reiteração da novidade, ou seja, aproveitam a herança social do vivido e, na maioria das vezes, faz permanecer as formas novas com formatos antigos, como o inatismo, a hereditariedade, o diálogo e o debate. Para ele, estes dois últimos foram os que fizeram com que as outras formas evoluíssem.⁸¹

Outra questão que a presença estatal trabalha na sociedade é um conteúdo para a cidadania, porque está na raiz das motivações de espaços entre as práticas e as teorias. Trata-se de um itinerário para resolver o dilema proposto por Forst, do lugar da democracia, de uma “substância sem substância”, pois, como se vive numa sociedade multicultural, que tem ânsia por uma identidade coletiva, não se pode viver as separações entre identidades éticas e políticas, nem segundo uma identidade uniforme. Assim, se tal cidadania for entendida de forma muito substantiva as minorias sofrem e, se for captada de modo muito fraco, perde-se a integração política e a solidariedade social. Forst arremata: “A resposta a esse problema deve ser um conceito diferenciado de cidadania, que vincule conjuntamente a diferença ética, a igualdade jurídica, a inclusão social e política”.⁸²

Nesse compasso, a democracia, ao consolidar a necessidade de intervenção do poder estatal, vai se modificando para outros reconhecimentos sociais de cada época. Silverinha diz exatamente tal hipótese, ou seja, de que existe nessa quadra da história uma rejeição do sujeito coletivo como entidade una e estável, de que se tenta construir entendimentos negociados de identidade de uns para com outros, em redefinições contínuas, especialmente para respeito às diferenças e com planos inclusivos que contemplem interesses de todos, não apenas da maioria. Enfim,

Sendo a democracia uma forma de lidar com os desacordos entre os cidadãos que partilham uma só sociedade, mas não uma só cultura, ou um só sentido do que deve

80 PONTES DE MIRANDA. 1922. Ibid. Volume 1, p. 124/125.

81 PONTES DE MIRANDA. 1953a. Ibidem, p. 14/15

82 FORST, Rainer. 2010. Ibidem, p. 138.

ser feito em matérias que mutuamente os afetam, a proliferação e complexificação das sociedades em termos de diversidade que as habitam coloca novos problemas.⁸³

Desse modo, onde começar o prejuízo de alguém,⁸⁴ terá iniciado ou provocado a presença do poder estatal, seja para aliviar as tensões sociais, seja para o ofertório de condições.

2.1.6 Valor ou princípio de constitucionalismo: necessidade de aproximar a Constituição formal da Constituição real

O princípio do constitucionalismo é algo captado na história como uma espécie de evolução para valorizar a Constituição, no sentido de que o governo dos homens se faça pelo Direito.⁸⁵ De fato, como se referiu Novais: “quem quer governar num Estado Constitucional só o pode fazer nos limites da Constituição”.⁸⁶

Além disso, tal palavra, constitucionalismo, nos tempos modernos, identifica-se com a ideia de democracia *lato sensu*, segundo Botelho, porque: “[...] pensar num Estado Constitucional implica uma associação automática ao facto de esse Estado ser também democrático.”⁸⁷

No fundo, decorre de o fenómeno de um processo de substancialização ou materialização das Constituições contemporâneas, formulada na concepção de que toda a compreensão do direito deve passar pela compreensão constitucional.⁸⁸ Trata-se de uma perspectiva que muitos autores defendem de que haja maior interação entre as normas constitucionais e a realidade.⁸⁹ Barroso reconhece que: “o constitucionalismo democrático foi a ideologia vitoriosa no século XX, derrotando diversos projetos alternativos e autoritários que com ele concorreram”.⁹⁰

83 SILVERINHA, Maria João. Democracia e reconhecimento: o repensar o espaço público. **Comunicação e cultura das minorias**. Orgs. Raquel Paiva e Alexandre Barbalho. São Paulo: Paulus, 2005, p. 41. ISBN: 978-8534923361.

84 PONTES DE MIRANDA. 1945. Ibid. Volume 2, p. 367.

85 BASTOS, Celso. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 154, 2010. ISBN: 978-7420-823-7.

86 NOVAIS, Jorge Reis. **Em defesa do Tribunal Constitucional**: resposta aos críticos, Coimbra: Almedina, 2016b, p. 20. ISBN: 978-972-40.5825-2.

87 BOTELHO, Catarina Santos. 2015. Ibidem, posição 814.

88 SCHIER, Paulo Ricardo. Constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988. **Direito Constitucional Brasileiro**: teoria da Constituição e dos direitos fundamentais. Coordenação: Clèmerson Merlin Clève. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 50-51. ISBN: 978-805-203-5243-4.

89 SILVA NETO, Manoel Jorge. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009, p. 34. ISBN não localizado.

90 BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, p. 26. ISBN: 978-7700-640-3.

Isso até se justifica, pois, segundo Rousseau, a Constituição apresenta-se como texto secular ou como princípios compartilhados, ou lugar onde o indivíduo pode ter uma identidade comum.⁹¹ Pode-se dizer, inclusive, que existe uma ‘soberania da constituição’, segundo Zagrebelsky, esta que se configura como centro ou lugar de emancipação das realidades, garante a unidade política estatal, permite a coexistência e compromisso de princípios e valores, além de processar soluções prudentes acumulativas, combinatórias e compensatórias, onde tudo se desenvolve no seu conjunto.⁹²

A ideia é a de que a Constituição comparece na contemporaneidade como a manifestação mais elevada do direito positivo, segundo Zagrebelsky.⁹³ Nesse sentido, há uma busca que a materialidade do direito se sobreponha ao formalismo jurídico e, para tal propósito, fez com que a bandeira dos princípios ficasse no mais alto grau da pirâmide normativa, o que permitiu um direito constitucional que liberta e um Estado de direito que garanta, segundo Bonavides.⁹⁴

De fato, há que reconhecer que o constitucionalismo focou as mudanças que trouxeram o paradigma democrático com as reestruturações de pensamento de súditos para cidadãos, o que levou a ampliar a pluralização de fontes de interpretação e, além disso, o viés político se informalizou. Tal concepção reestruturou o conceito de cidadania para constituir o zelo, a defesa e a promoção de juridicidade de realizar a justiça.⁹⁵

Há, portanto, no moderno constitucionalismo alguns temas centrais, que funda, legitima e limita o poder político e abre espaço para a garantia de direitos e liberdades do indivíduo, segundo Canotilho.⁹⁶ Sarlet, por outro lado, acrescenta outras funções ao valor da Constituição, enquanto imposição de programas, fins e tarefas estatais, estabilidade, garantia e afirmação de identidade política, entre outras.⁹⁷

Botelho considera que tal constitucionalismo tem variantes em cada Estado Constitucional, mas as principais são:

91 ROUSSEAU, Dominique. 2015, p. 55.

92 ZAGREBELSKY, Gustavo. *Ibidem*, p. 2011, p. 13-16, *passim*. Tradução livre do pesquisador.

93 ZAGREBELSKY, G. *op. cit.*, p. 116. Tradução livre do pesquisador.

94 BONAVIDES, Paulo. **Constituição e normatividade dos princípios**: discursos e prefácios. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 199-202, *passim*. ISBN: 978-85-392.0123-5. O tema foi apresentado no III Congresso Latino-Americano de Estudos Constitucionais sobre o tema “Ideologia da Constituição”.

95 FIGUEIREDO NETO, Diogo Moreira de. Funções essenciais à justiça. **Tratado de Direito Constitucional** 1. 2. ed. MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder (Coord). São Paulo: Saraiva: 2012, p. 1127-1130, *passim*. ISBN: 978-85-02-14388-3.

96 CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra/Portugal: Almedina, 2003, p. 54.

97 SARLET, Ingo. Estrutura, funções e conteúdo das Constituições. In. **Curso de Direito Constitucional**. SARLET, Ingo; MARINONI; MITIDIERO, Daniel. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 82-83.

(a) a dignidade da pessoa humana; (b) Estado de Direito; (c) pluralismo democrático; (d) os direitos e liberdades fundamentais; (e) o princípio da separação e interdependência dos poderes; (f) a independência do poder judicial; (d) e as normas organizatórias da ordem constitucional.⁹⁸

Barroso, por outro lado, vai entender que:

Constitucionalismo significa Estado de Direito, poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. Democracia, por sua vez, traduz a ideia de soberania popular, governo do povo, vontade da maioria. O constitucionalismo democrático, assim, é uma fórmula política baseada no respeito aos direitos fundamentais e no autogoverno popular. E é, também, um modo de organização social fundado na cooperação de pessoas livres e iguais.⁹⁹

Novais lembra que a ideia de Constituição, desde a resposta dada pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, até os dias de hoje tem sido a mesma: repartição de poderes por vários órgãos com fixação de competências e os direitos fundamentais.¹⁰⁰

Portanto, diferente do que ocorreu em grande na doutrina constitucional do século XX e épocas anteriores, reconhece-se agora, especialmente depois de 1945, que a constituição não se afirma pelo que antes ocorria – forma e função específica, mas pela força jurídica, como Direito, logo, impõe atitudes além de passividades formalistas, especialmente de que se criem normas para transformar as condições políticas e sociais.¹⁰¹

Em outra perspectiva, o constitucionalismo tende a focar no que se concebe como juridicidade da Constituição. Por isso, Bonavides prega que a juridicidade da Constituição-lei decorre de sua maior aproximação da Constituição-realidade, e acontece quando ocorre a adequação do imperativo ao real no respeito às garantias de liberdades concretas, seja por ações dos governantes, seja pelos que fazem o meio econômico e social.¹⁰²

Nesse itinerário, o constitucionalismo moderno tem importante papel de agregação política e estabilidade do sistema normativo, como diz Botelho. Isso ao reafirmar a ‘primazia da Constituição’ – uma a prevalência até sobre o princípio da legalidade, especialmente ao trabalhar no sentido de que os preceitos constitucionais sejam protegidos.¹⁰³ Em outro momento muito lúcido, Botelho considera que a Constituição como norma jurídica não se

98 BOTELHO, Catarina Santos. 2015. *Ibidem*, posição 764.

99 BARROSO, Luis Roberto. 2014. *Ibidem*, p. 26.

100 NOVAIS, Jorge Reis. *Ibidem*, 2016b, p. 22.

101 MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 319-321, *passim*. Tradução da edição portuguesa. ISBN: 85-309.1679-4. Da mesma forma, NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. Salvador: Editora Jus PODIVM, 2016, p. 53. ISBN: 978-85-442-0827-4.

102 BONAVIDES. Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 185. ISBN: 978-85.7420-848-0.

103 BOTELHO, Catarina Santos. *Ibidem*, 2015, posição 733-741 e posição 774, *passim*.

equipara com a norma jurídica ordinária, pois sua pretensão é um projeto para o futuro,¹⁰⁴ mas que não pretende aprisioná-lo e, sim, libertá-lo para possibilidades de opções constitucionais em vários campos.¹⁰⁵

Portanto, o constitucionalismo como valor ou princípio é uma ideologia que vive e enriquece-se quando as teorias vão se aproximando das práticas, ou seja, quando os direitos vão tendo eficácia e efetividade.

2.2 Dos círculos que se integram e crescem até diminuição do autoritarismo pelos usos do direito: identificação do Estado de Direito, do povo e das minorias, especialmente na doutrina de Pontes de Miranda

Faz-se necessário entender os círculos sociais para saber o papel do autoritarismo nos usos do direito. Além disso, a democracia possui elementos que precisam ser plenamente identificados, como o povo, as minorias e o Estado de Direito, a fim de que se possa captar, posteriormente, os diversos processos de distanciamento e de aproximação das teorias e práticas.

2.2.1 Considerações iniciais

Depois de verificar que, na relação da democracia com a igualdade e a liberdade, os construtos valorativos giram em torno de humanismo, de reconhecimento, de limites, de desejo e de presença do poder estatal, é preciso explicar: (a) como o ser humano passou a constituir-se como diferenciado de outros animais; (b) o que são os círculos sociais; (c) qual o lugar dos seres humanos nos círculos sociais; o que acontece com o ser humano nos círculos sociais? Tudo, especialmente, a partir da doutrina de Pontes de Miranda.¹⁰⁶

Assim, a primeira percepção, ao investigar o tema, é dizer que a democracia colaborou em fazer o ser humano ser o que é, qual seja: um animal distanciado dos símios superiores e dos demais animais, porque soube treinar o presente para ter um futuro melhor.¹⁰⁷ Por que isso aconteceu? Pontes de Miranda tem uma boa explicação. Diz ele que o animal humano que se distinguiu dos outros foi aquele que tem e trouxe em si o diálogo grego ou a

104 BOTELHO, Catarina Santos. 2015. *Ibidem*, posição 789 e posição 797.

105 BOTELHO, Catarina Santos. 2015. *Ibidem*, posição 828.

106 Explica-se porque a doutrina de Pontes de Miranda é especial e diferenciada, assim, gera conclusões diversas das tradicionais.

107 PONTES DE MIRANDA. 1952. *Ibidem*, p. 77-78.

assembleia primitiva, ou seja, produziu a reflexão externa e interna para, em seguida, fazer ou acolher as indicações uns dos outros e vice-versa.¹⁰⁸

Sim. Foi preciso o ser humano se corresponder com os grupos humanos através dos círculos sociais, para assim viver os vários processos de adaptação social, como, por exemplo: a religião, a moral, a ciência, o direito, a economia, entre os principais. Entender a tônica dessa capilaridade é induzir sobre quem é o povo, quem são as minorias, o que é e como funciona o Estado de Direito.

2.2.2 Os propósitos da democracia desde construção do humano até desafios do pós-humano

Em espartana síntese, diz-se que a história da democracia se confunde com a caminhada humana para rejeitar continuamente a tirania, esta que geralmente apresenta um ou alguns, que são livres e iguais. Kelsen explica tal concepção básica, a partir do ideal de igualdade que existe nos homens e da perspectiva, também humana, de que ninguém deve mandar em ninguém; todavia, a vida do dia a dia propôs a necessidade de deixar-se comandar. Arremata o jurista: “Por isso, a ideologia política não renuncia unir a liberdade com a igualdade. A síntese desses dois princípios é justamente a característica da democracia”.¹⁰⁹

Com efeito, o projeto democrático, em nome da generalização de valores como o humanismo, o reconhecimento social do valor dos cidadãos, da relação de desejos, das limitações e da tentativa de boa relação dos fins e dos meios, vai ter ligação explícita com a diminuição da quantidade de poder estatal.

Pontes de Miranda e Ricoeur vão concordar, com justificativas aproximadas. Para o filósofo Ricoeur, a democracia tem dois propósitos, quais sejam: conjunto de disposições que façam o racional prevalecer sobre o irracional e, ao mesmo tempo, o vínculo horizontal do desejo de viver em conjunto, que deve preponderar de modo contínuo sobre base da soberania.¹¹⁰ Em outras palavras, numa melhor elucidação, é preciso entender o crescimento e o como as pessoas se integram socialmente para a coexistência, no sentido de poder viver em conjunto e, ao mesmo tempo, que isso constitua a diminuição do quanto de autoritário deva existir para o equilíbrio.

108 PONTES DE MIRANDA. 1953a. Ibidem, p. 27. Também, PONTES DE MIRANDA. 1945. Ibid. Volume. 1, p. 272.

109 KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução: Ivone Castilho Benedetti; Jefferson Luiz Camargo; Marcelo Brandão Cipolla; Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 27. ISBN 85-333-1257-5.

110 RICOEUR, Paul. **A crítica e a convicção**: conversas com François Azouvi e Marc de Launay. Tradução: António Hall. Lisboa: Edições 70, 2009, p. 161. ISBN: 978-972-44-1522-2.

Pontes de Miranda explica a sociedade, a partir dos círculos sociais e do direito que comparece na adaptação entre as pessoas e nos referidos círculos. Para tal jurista, a “sociedade é o círculo social permanente”.¹¹¹ Em outra passagem diz que o espaço social é formado por círculos e neles há dois princípios evolutivos, quais sejam: do crescimento e integração dos círculos sociais e da diminuição do *quantum* ou elemento despótico.¹¹²

Por que isso acontece? Como pode ser visualizado? Acontece porque existem círculos sociais; por conseguinte, existe a sociedade. Diz-se que não estão fechados e se correspondem com uns ou com outros menores, ou maiores, às vezes sucessivos no tempo. Um olhar mais claro se tem, como a imagem que vem na reflexão, que é a de pessoas reunidas perante os seus totens, nos seus clãs, nas suas tribos, nos seus territórios, nas suas nações, nos seus Estados, nos países, ou no círculo chamado de humanidade.¹¹³

Para Pontes de Miranda, na sua época, o círculo da ‘humanidade’ seria o último, mas hoje, século XXI, também se está diante do círculo do pós-humano, ou da relação do homem com as tecnologias e a automação. Ambas tendem a proporcionar mudanças históricas, desde o uso da inteligência artificial aos assistentes pessoais robotizados, estes que configuram a chamada computação ambiental, a qual fornece as consultas e a antecipação das necessidades, mesmo sem pedido.¹¹⁴

Não se trata aqui de pesquisar o pós-humano, mas apenas perceber as tendências do crescimento dos círculos sociais nesta primeira quadra da história do século XXI. De fato, esta fase da humanidade supõe que não se sabe onde termina o homem e começa a máquina, ou onde termina a máquina e começa o homem; ou, as subjetividades desconstruídas ou esvaziadas pela conjunção do homem-máquina; ou a existente promiscuidade da política e da ciência, da tecnologia e da sociedade, da natureza e da cultura, onde não existe mais o puramente cultural, ou social, ou político.¹¹⁵

111 PONTES DE MIRANDA. 1932, Ibidem, p. 14.

112 Informa-se que no corpo desta pesquisa será renomeado para ‘diminuição do elemento autoritário’ ou diminuição do autoritarismo, pois o termo ‘autoritarismo’ de aproxima de uma linguagem moderna. O déspota tem relação com tirano e pode causar confusões em ouvidos sensíveis com termos do passado.

113 PONTES MIRANDA. 1924a. Ibidem, p. 66-67.

114 SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2016, p. 17-20. ISBN: 978-85-7283-978-5.

115 TADEU, Tomaz. Nós, ciborgues: o corpo elétrico e a dissolução do humano. **Antropologia do ciborgue**: as vertigens do pós-humano. HARAWAY, Donna; KUNZRU, Hari. 2. ed. 2. reimpressão. Org. e trad. Tomaz Tadeu. E-Book Kindle [recurso eletrônico]. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2016, Posições 12-94. Trata-se do Ensaio de Donna Haraway onde é traduzido o capítulo 8 de “A cyborg Manifesto: Science, Tchenology, nad Socialism-Feminism in the Late Twentieth Century” do Livro da autora, Simians, Cyborgs e Women – The Reinvention of Nature, publicado em 1991. Os ensaios “Você é um ciborgue” e “Geneologia do Ciborgue”, de autoria de Haria Kunzru, foram originalmente publicados na revista Wired, 05 de fevereiro de 1997. Reproduzidos com autorização do autor. Títulos originais: A cyborg manifesto: science, technology, and

É fato. Os círculos sociais existem, mas não funcionam isoladamente. Eles trabalham com interações entre si e têm a ajuda dos processos ou valores adaptativos, dentre os quais os mais expressivos são: a religião, a política, a ciência, o direito, a economia, a moral, bem como: o território, a pátria, a nação, o Estado, etc. Assim, quando a população cresce, os círculos dilatam-se e há tendências de feitura das mentalidades ou memória social, no sentido de fortalecimento ou desenvolvimento para solidariedade social.¹¹⁶

No que se refere ao direito, no aspecto da evolução da vida, segundo ainda Pontes de Miranda, o itinerário é a tentativa de conciliar essas duas forças, o indivíduo e o círculo social, o interesse individual e o coletivo. Para ele, não é tarefa das mais fáceis, pois existem muitos meios e com a meta abstrata de soluções, que é estabilização social.¹¹⁷

Ora, se as pessoas precisavam conviver, a ideia de democracia vem exatamente do estabelecimento de determinação normativa para tal fim.¹¹⁸ Remarcada, então, essa característica do crescimento contínuo dos círculos, do relacionamento uns com os outros, da construção normativa para a boa convivência, é preciso reafirmar que ocorrem tanto quantas forem adaptações para convivência de fins, como a ordem pública, a harmonia e a paz. Em linhas gerais, o direito como adaptação é formado por uma medida do que é obrigatório – o direito propriamente dito –, e acompanhada de parte de alcance de outro processo de adaptação social, que não tem essa característica particular – a da imposição.¹¹⁹

Nesse compasso, os círculos sociais crescentes vão se integrando e a constante diminuição do autoritarismo vai redefinindo a história dos conceitos, tais como: a democracia, o povo, as minorias, a construção do Estado de direito e as necessidades de intervenções estatais. A diminuição do autoritarismo, não o fim dele, é tão importante na doutrina geral de Pontes de Miranda que vai produzir a ideia de que homem se tornou o que é pela atenuação do despótico. O ser humano torna-se aquele animal diferente de todos os outros animais e acima dos símios superiores. Foi aquele indivíduo que, pela herança do vivido, soube ceder, indicar os caminhos, seguir os itinerários indicados por outros, participar do diálogo público,

socialist-feminism in the late twentieth/Donna Haraway; You are cyborg – the cyborg ancestry/Hari Kunzu. ISBN: 979-85-7526-395-2.

116 PONTES DE MIRANDA. 1924a. Ibidem, p. 152.

117 PONTES DE MIRANDA. 1922. Ibid. Volume 2. p. 61-100.

118 MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. 5. ed. Revista e atualizada. Trad. Peter Neuman. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. ISBN 978-8520348680.

119 PONTES DE MIRANDA consigna que o direito tem a tendência de ser cada vez mais a ciência do equilíbrio jurídico. PONTES DE MIRANDA. 1922. Ibid. Volume 1, p. 19.

refletir no seu interior sobre todas estas possibilidades e representar no futuro, ou seja, passou a viver o presente e o futuro imediato e distante ao mesmo tempo.¹²⁰

Nesse contexto, Pontes de Miranda considerou que, em cada círculo social, inclusive na integração dos processos de adaptação social, existiria um centro, que chamou de simétrico. Este seria formado por cada avanço da evolução social e da consolidação da igualdade e da socialização, à qual tal jurista quis dar o nome de ‘cristalização’, como forma que se dá com alguns elementos do universo biológico. De lá, o centro tem a capacidade de influir nos círculos e, em seguida, projetar-se no sistema do governo político e estabelecer os fins através das regras jurídicas, especialmente sobre direitos dos homens, que são o elo comum e mais forte entre eles, o centro e os círculos.¹²¹

O centro dos círculos sociais existe e é equivalente à mencionada sociedade parcial do Estado, quando tenta captar a vontade de todos, mas não a geral. Todos os círculos possuem áreas de atração porque integrados por vários indivíduos, seja o econômico, o jurídico, o político, o religioso, entre os principais. Para se ter uma ideia: entre os mais poderosos dos séculos XX e XXI são decorrentes do processo da economia, como o Mercado e a Grande Mídia. Basta ver o que estes fazem para conduzir a vontade de todos como se fosse a geral. Tal fato é reconhecido por Touraine, quando tece considerações sobre a sociedade possível; de que a situação atual mostra um mundo econômico separado do mundo social, de modo que: “a globalização põe a economia a um nível que nenhuma instituição social, política ou mesmo econômica pode intervir. Daí o que já constatamos: a ausência de reações organizadas dos assalariados e da população em geral”.¹²² De outro modo, tal sociólogo reconhece que a economia globalizada dominou a vida social e pressiona todos os seus domínios, de modo que o sujeito será enquadrado no domínio de princípios universais.¹²³

Rousseau fez a previsão de que isso poderia acontecer quando diferenciou a vontade geral da vontade de todos. Consigna que a primeira é sempre reta e tende à utilidade pública, embora as deliberações do povo não sejam sempre retas e o bem nem sempre seja compreendido. A vontade de todos domina na área do interesse privado ou soma de vontades particulares. Justifica, ainda:

[...] quando se criam facções, associações parciais em detrimento da grande, a vontade de cada uma dessas associações torna-se geral em relação a todos os seus

120 PONTES DE MIRANDA. 1978, Ibid, p, 101 ss. Também: PONTES DE MIRANDA. 1945. Ibid. Volume 1, p. 73.

121 PONTES DE MIRANDA. 1924a. Ibidem, p. 90 e ss.

122 TOURAINE, Alain. **Depois da crise**. Tradução João Duarte. Lisboa: Instituto Piaget, p. 95. ISBN: 978-989-659-113-7.

123 TOURAINE, idem, p. 100.

membros e particular em relação ao Estado; [...] Enfim, quando uma dessas associações é tão grande que sobrepuja todas as outras, não temos mais como resultado uma soma de pequenas diferenças, mas uma diferença única; então, não há mais vontade geral, e a opinião que prevalece é a opinião particular.¹²⁴

Uma linguagem moderna favorece para se consignar outros termos sobre os círculos sociais, a formação do centro simétrico, os espaços intermediários e os governados. Jiménez infere que existem três espaços públicos: das elites, o intermediário e dos governados. O primeiro, das elites – que equivale ao centro simétrico, são aqueles que têm capacidade de influenciar o que se faz ou se deixa de fazer; são os privilegiados e que fazem a competição e negociação democrática, por isso, ele consigna que exista uma luta interelites, a fim de dar um destino à democracia. Nestes espaços, encontram-se: os líderes governamentais, os sindicatos, os grêmios e os profissionais. O segundo, o espaço intermediário, tem membros com grande poder de mobilização, como movimentos sociais, grupos de opinião e de interesses, de intervenção para tomadas de decisões importantes. No terceiro espaço, são os lugares que ficam os demais cidadãos e de ativações de crises e de instabilidade política.¹²⁵

Dahl concorda com vários escritores ingleses e americanos, desde aqueles que fazem uma interpretação de esquerda até aqueles que se dizem de direita; de que, sob uma fachada de política democrática, uma elite social e econômica se encontra executando as coisas.¹²⁶ É o centro simétrico que se encontra em todas as sociedades.

Em suma, o que se desejou neste item foi informar a existência de círculos sociais que se dilatam e crescem, bem como, da existência da diminuição do autoritarismo como marca do bom funcionamento da democracia. Também, considere-se relevante a presença e formação do centro simétrico nos círculos ou espaço das elites como lugar de indivíduos com poder de influir na vontade estatal.

2.2.3 Dos círculos sociais à democracia: a identificação e papel do Estado de Direito

Foi observado que os círculos sociais existem, são crescentes e integrativos, bem como, para maior estabilização social, a quantidade de poder autoritário tem que diminuir. É

124 ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. E-Book Kindle [recurso eletrônico]. Trad. Paulo Neves. São Paulo: L& PM POCKET, 2007, p. 24-25. ASIN: BOOA3DOV94. Obra original de 1762. Disponível na Plataforma Play livros do Google.

125 JIMÉNEZ, Alfredo Ramos. El debate sobre la construcción del orden democrático y sus condiciones. In: **Revista Debates**. Porto Alegre, V. 10, n. 3, set-dezembro de 2016, p. 143-144. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/debates/article/view/69910>> Acesso em 09 nov. 2017. ISSN eletrônico 1982-5269. DOI: <https://doi.org/10.22456/1982-5269.69910>.

126 DAHL, Robert A. Op. cit., 2005. Posições 194-199.

preciso, então, perguntar: como se comportam neles a liberdade e a igualdade, especialmente para se identificar o papel do Estado de Direito?

De fato, é preciso reconhecer que a liberdade e a igualdade funcionam de forma diferente uma da outra nos referidos círculos sociais. No caso da primeira, a liberdade, dado o seu conteúdo material, implica para o ser humano os sofrimentos ante o impacto de todo o determinismo social das transformações operadas neles. Isso ocorre em razão das mudanças de mentalidades na economia, na religião, na moral e no direito.¹²⁷ No que se refere à segunda, a igualdade, especialmente na realização das leis, há ações no sentido da igualização e da socialização interna dos grupos.¹²⁸

Então, é preciso indagar: se as percepções da liberdade e da igualdade têm itinerários funcionais diferentes como, então, dizer que exista uma relação entre eles para construir a democracia? Diz-se: existe. E aqui se resgata alguns dos princípios guias informados anteriormente, especialmente a insistência na humanização para formar a cultura de que, ao reconhecer as dores do ser humano, produzidas pelos problemas sociais, não tem sentido maximizá-las. Ao contrário, apela-se pela presença do poder estatal, uma maior igualização, ou socialização de grupos, embora se tenha a noção das limitações, sejam de mentalidades, sejam econômicas, por exemplo. Pontes de Miranda induziu exatamente essa hipótese de que há sempre uma busca em encontrar uma fórmula de estabilização social, especialmente nas crises sociais, com os traços comuns onde caibam o mínimo, o necessário e o suficiente para que haja acordo entre as pessoas.¹²⁹

Por isso que a conciliação entre os indivíduos passa por duas percepções práticas e visíveis, que impactam fortemente a democracia como produção de leis do povo. A primeira é referente à liberdade. Embora definida como autodeterminação da vontade, o ser humano estaria atrelado a possuir e produzir bens, de modo que também não poderia fazer tudo o que quisesse com esses mesmos bens. A principal razão é a possibilidade de criar problemas com o coletivo e ao próprio estágio da personalidade de cada um. A segunda é sobre a igualdade, que já passa a ser a distribuição das necessidades ou bens com o qualificativo crescente, como, por exemplo, desde as mais básicas, como: alimentação, moradia, proteção e assim por diante, até as mais avançadas, como trabalho, assistência social e outras.

De modo que o acordo entre as pessoas foi sendo construído a partir destes três verbos, quais sejam: ‘possuir’, ‘produzir’ e ‘distribuir’. Eles existem nos círculos sociais e tomam

127 PONTES DE MIRANDA. 1924a. *Ibidem*, p. 67.

128 PONTES DE MIRANDA. 1924a. *Ibidem*, p. 91.

129 PONTES DE MIRANDA. 1945. *Ibidem*, p. 17.

direções conflitantes e conteúdos diferentes, a depender da posição dos indivíduos nos círculos sociais, no centro simétrico e dos seus próprios direitos envolvidos. Se as pessoas estiverem localizadas nestes últimos ou próximos deste, o centro simétrico, elas vivem a plenitude daqueles verbos; se estiverem fora e quanto mais se afastam dos centros simétricos, elas têm reduzido a substância deles.

A pergunta fundamental, então, é saber como reconhecer a posição dos direitos ou o que pode ser comum na identificação do direito, ou ponto de apoio entre as pessoas e os círculos, ou entre estes e o centro simétrico? A resposta é uma só: o Estado de Direito.

Pontes de Miranda explica:

O direito do círculo social supõe o ponto de apoio que é o princípio essencial de estruturação social. O que tiver fora dêle para sua realizabilidade, é a revolução prévia, o golpe. O máximo que se concede aos indivíduos é, na hora de substituição de valores, alterarem a aceleração de tendências, ou concorrem para o desvio de algumas delas.¹³⁰

Para aquele jurista, o Estado de direito social vai ser o ponto de apoio, especialmente no oferecimento de condições materiais e espirituais.¹³¹ Tal ponto de apoio nunca deixa de se aperfeiçoar; por conseguinte, é o Estado de Direito que se transforma no autêntico Estado Democrático de Direito, pois, segundo Días, é a única chance de prevalecer um processo de democratização, com liberdade e igualdade para todos.¹³²

Dito de modo ainda mais claro: para Sarlet, o ponto de apoio hoje são os direitos e as garantias fundamentais; isso para impor as melhorias na sociedade, aperfeiçoar o poder político, desde a sua organização, os limites e os controles dos poderes públicos.¹³³

No entanto, o Estado de Direito enfrenta problemas nos círculos sociais e estão relacionados à história social, política e jurídica do ontem e do hoje. Esta vem indicar como algumas pessoas utilizaram tais adaptações para justificar e fazer a preponderância de domínio sobre outras e assumirem posições sociais, políticas e jurídicas melhores do que outras. Os propósitos foram variados, mas dois deles são: (a) o de ter e manter os privilégios e (b) o de ter pessoas que pudessem fazer os serviços gerais da vida por elas. É importante falar

130 PONTES DE MIRANDA. **Comentários à Constituição de 1946**. Tomo 1. Arts. 1º e 5º. V. 1. 4. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1953b, p. 33. Sem ISBN.

131 PONTES DE MIRANDA. 1953b, Idem, p. 33.

132 DÍAS, Elias. **Estado de Derecho e sociedad democrática**. E-Book Kindle [recurso eletrônico]. Madrid: Santillana Ediciones Generales, 2011, Posições 453-456. Tradução livre do pesquisador. ISBN ebook: 978-84-306-0831-7.

133 SARLET, Ingo Wolfgang. “Constituição como perspectiva evolutiva”. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 37-63. ISBN: 978-85-02-63491-6.

sobre isso para ter a segurança de como se desejou fazer a regra do povo ou do cidadão através da assembleia, em razão da democracia propriamente dita, ao invés de se adotar a regra do dominador, do tirano, do dirigente, do monarca, do rei.

Dois exemplos fáticos caracterizam o contexto acima e são mencionados para facilitar a comprovação e explicar por que foi necessária a presença do Estado de Direito, especialmente o Democrático, como ponto de apoio para estabilizar a relação dos indivíduos e os círculos sociais.

A primeira explicação decorre do contexto do processo social chamado ciência, disponibilizado como sendo o conteúdo da dominação das técnicas, seja da agricultura, de navegação e de domesticação dos animais, especialmente o gado cavalariço. Pontes de Miranda explica sobre homens que chegaram com uma espécie de chicote que os domadores de cavalo utilizam, os quais foram invadindo os agrupamentos de agricultores, e mostraram o poder de seus conhecimentos, especialmente de controladores de animais grandes ou de inventores. Diziam-se superiores aos outros e apontavam a razão da necessidade de que os dominados fossem seus servidores. Estava, assim, a nascer e justificar a raiz dos problemas sociais como a escravidão, o colonato, a exploração do homem por outro homem, e outras espécies de controles ou servidões de um ou alguns em relação a muitos. Esses dados fáticos vão provocar graves perturbações psíquicas entre dominadores e dominados, com repercussões sérias até hoje; de gente ou coligações humanas que se consideram superiores pelos domínios do conhecimento de cada época e são indiferentes à grande maioria dos indivíduos. A ilustração mais próxima são aqueles integrantes da estrutura capitalista de ontem e de hoje: herdeiros dos homens do chicote. Alguns deste âmbito, por exemplo, têm o poder e a riqueza maiores que muitas nações, com ganhos materiais sem mais qualquer produção, pois esta é efetivada por outros, os dirigidos, ou por máquinas. De outro lado, estão os dominados, a maioria, os dirigidos, diga-se assim. Eles foram submetidos aos homens do chicote ou dominadores e, por isso, são alvo de um destino com variadas: neuroses, psicoses, traumas e outros problemas psicológicos, pois não alcançam ou não têm concretizado todos os direitos previstos como aqueles que comandam a sociedade. Tal é o problema social que está na origem dos conflitos, das guerras e das revoluções.¹³⁴

O segundo exemplo é a correlação entre os indivíduos e os grupos com o processo de religião, além de sua ponte para o governo político. Foram sucessivas as ocorrências de transformações: o Egito antigo apresentou alguns faraós, que se declararam deuses e fizeram

134 PONTES DE MIRANDA. 1945. *Ibid.* Volume 2, p. 513 e ss. Toda a estruturação do parágrafo se deve às lições de Pontes de Miranda.

dos indivíduos seus seguidores e servidores. Depois, os monarcas europeus justificaram a sua ascensão, quando se fizeram representantes de Deus, fazendo que outros os beneficiassem. Tal concepção muda novamente na Reforma Protestante, em 1725, e com a separação dos fatos temporais dos espirituais, além da insistência das ideias de igualização e de resistência. De todo modo, apesar da importância das mudanças, do reconhecimento de avanços nesse campo, a configuração que se deu neste específico contexto foi a de que os direitos não eram para ser concretizados no mundo espiritual, mas na terra.¹³⁵

Desse modo, a partir das ilustrações em tela, o que se arremata é a ideia de que a democracia foi e continua sendo a tendência, como é ainda hoje, de influir na vida social e, por isso, necessariamente, já se antevê que necessita de pessoas livres e em condições de igualdade,¹³⁶ ao menos em teoria. Nesse ponto, o Estado de Direito vai formular os fins para trabalhar os verbos ‘possuir’, ‘produzir’ e ‘distribuir’, especialmente no oferecimento de condições materiais. O problema foi e continua sendo os desvios psíquicos e fáticos, diante da história do processo de manter os privilégios e da convicção de que haveria necessidade de pessoas para fazer os serviços gerais da vida.

2.2.4 A democracia e os círculos sociais: a identificação do povo e das minorias

Estudados os círculos sociais, crescentes e integrativos, informado que para a estabilização, o quanto de poder teria que decrescer, que no centro dos círculos há o chamado ‘centro simétrico’ ou espaços de elites, lugar de plenitude dos direitos de liberdade e igualdade, é preciso identificar os diversos conceitos de povo que existem.

Com efeito, desde a Grécia, a democracia vem tomando uma forma diferente, mas, mesmo assim, cheia de significados. Desde lá, e passando pelos federalistas que desenharam a nação norte-americana até os dias atuais, a verdade é que nunca quiseram dar o poder ao povo. A justificativa foi o receio de que a liberdade individual de alguns, especialmente dos bem-nascidos de estudos, de riquezas, os herdeiros dos homens do chicote, dito minoritários, fosse cerceada pela regra da multidão.¹³⁷

Todavia, persistiu e continuou a insistência teórica e prática de que todos fossem livres e iguais, ao menos em razão, a fim de que pudessem ditar as condutas públicas e particulares.

135 PONTES DE MIRANDA. 1945. *Ibidem*, volume 2, p. 480 e ss. Arblaster tem fala do papel da Reforma Protestante em provocar a mudança de mentalidade, mas que continuou tudo no mesmo. ARBLASTER, Anthony. 2003, *Ibidem*, p. 27 ss.

136 SARLET, Ingo Wolfgang. Dos princípios fundamentais. **Curso de Direito Constitucional**. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. 2015. *Ibidem*. p. 265.

137 ARBLASTER. 2003. *Op. cit.*, p. 22 ss.

O caso é que foi e é preciso encontrar o espaço para os herdeiros dos dominadores, os ‘culturalmente’ e patrimonialmente superiores, ainda que minoritários. Algo que existe desde os gregos até hoje. E isso é perceptível nos círculos sociais e pode sugerir, desde já, o indicativo do que seja o povo e o que são as minorias, especialmente na visão dos círculos.

A dúvida, então, é: se a democracia precisa de seres humanos livres e iguais, capazes de influenciar e fazer a ordem pública, quem são esses que possuem tal poder? A resposta é o contingente de pessoas que está no centro simétrico, de plena realização de direitos, que são integradas pelos elementos vindos de processos de adaptação como: o econômico, o jurídico, o religioso, e especialmente o político. Pode-se dizer que hoje o econômico no seu ‘deus’ mercado é o que mais tem esse poder de influência. Por isso, o conceito de povo vai se diferenciar nos círculos, como se verá.

Kelsen vai concordar com essa concepção quando divide a noção de povo em povo ideal e povo real. Diz o jurista: “Uma vez que o ‘povo’, que representa o substrato da ideia democrática, é o povo que comanda, e não o que é comandado, seria lícito, de um ponto de vista realista, reduzir ulteriormente a noção em questão”.¹³⁸

Outra dúvida, então, persiste: quem serão os indivíduos que estão fora do centro simétrico? Antes de responder, é preciso conceber que há mobilidade das pessoas nos círculos sociais; assim, aqueles que desejam entrar no centro do círculo podem ser considerados como pertencentes à classe média, na feliz acepção de Fukuyama, apesar de este considerar a expressão imprópria: “O que emerge de todos estes processos de igualização foi designado como ‘sociedade de classe média’”.¹³⁹

As ideias acima estão presentes na doutrina. De fato, é revelador quando o próprio Montesquieu consigna que o povo, na democracia, “é sob certos aspectos, o monarca; sob outros, é súdito”.¹⁴⁰ Ele quer dizer senão a confusão dos que governam, identificados ora como povo, ora como súditos, todos estes integrados na composição de povo.

Kelsen admite: “Democracia significa identidade entre governantes e governados, entre sujeito e objeto de poder, governo do povo sobre o povo”.¹⁴¹ O problema é como admitir essa identidade, se os governantes têm direitos de liberdade e igualdade considerados plenos e aqueles considerados ‘povo’ não os possuem, ou possuem de forma parcial?

138 KELSEN, Hans. 2000, p. 38.

139 FUKUYAMA, Francis UK. 2012. Ibid. Posição 5395. Tradução livre do pesquisador.

140 MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. E-Book Kindle [recurso eletrônico]. Posição 1169. Vendido pela Amazon.com.br. ASIN: B01N5B0V4I. Título original: De L’Esprit dès Loix. Não há referência ao ano, mas se sabe, segundo dados do mundo digital, foi publicada em 1748. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/O_Esp%C3%ADrito_das_Leis> Acesso 27 set. 2018.

141 KELSEN, Hans. Op. cit. 2000, p. 35.

O autor moderno como Bonavides defende os mesmos aspectos. É sua esta lição:

Democracia, a nosso ver, é processo de participação dos governados na formação da vontade governativa; participação que se alarga e dilata na direção de certo fim todavia inatingível: a identidade de governantes e governados, meta utópica, que traz à memória a imagem amortecida de Rousseau configurada na hipótese da democracia como governo de deuses.¹⁴²

Desse modo, o povo se confunde com os governantes ou indivíduos presentes nos centros dos círculos sociais e que têm poder de influência na ordem estatal. Os indivíduos de classe média são aqueles que têm ou buscam melhor liberdade e maior igualização ante a mobilidade dos círculos. Estes têm possibilidade de se tornar povo.

Mas ainda falta identificar: quem são as minorias nos círculos sociais? Ora, se elas estiverem nos círculos, são aquelas detentoras dos direitos apenas no aspecto formal – nunca substancial ou material; se estiverem fora, não têm sequer algum normativo que as proteja. As minorias são, em suma, os vulneráveis nos círculos sociais, ou seja, são os pontos de desigualdade total ou de falta de liberdade total. Com referência a elas, são equivalentes a indivíduos com posições revolucionárias nos círculos sociais, isto é, lugares de conflitos permanentes, como Pontes de Miranda se referiu.¹⁴³ Häberle chegou a afirmar que a democracia no Estado Constitucional, além de outras providências, requer reformas reiteradas para melhoras da proteção das minorias ou fortalecimento dos seus direitos.¹⁴⁴

A hipótese é a de que, quanto mais perto os indivíduos ou grupos caracterizados como minorias cheguem daquele centro simétrico, mais garantidos estarão os seus direitos de igualdade e de liberdade, maior a harmonia social e, portanto, de paz para eles. Mas tal não acontece, mesmo com os princípios da humanização, reconhecimento, limitações, realização de desejos e a presença do Estado. Se acontecer, é de forma lenta.

As razões são várias para tal ocorrência, mas é preciso explicar com fatos históricos e políticos que o centro simétrico abre-se por certo tempo para alguns indivíduos da classe média e das minorias, mas se fecham em outros momentos, embora os princípios referidos como humanização, reconhecimento, presença do poder estatal, entre outros, estão sendo trabalhados. Assim, por exemplo, Rossavallon informa que, desde a década de 1980, se vive um tempo em que a democracia vem sendo desconstruída no sentido de que, enquanto a

142 BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia participativa**: por um Direito Constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 57-58. ISBN 978-8574208886.

143 PONTES DE MIRANDA. 1924a. *Ibidem*, p. 55-56.

144 HÄBERLE. 2007. *Ibidem*, p. 318/319. Tradução livre do pesquisador.

cidadania política progride, retrocede a cidadania social.¹⁴⁵ Ele quer dizer que se vive uma época em que o centro simétrico está fechado para os indivíduos da classe média e das minorias e há crescente desigualdade.

Assim, necessita-se do seguinte questionamento: o que a evolução social apontou? A queda da Grécia se deu porque foi fechado esse centro de simetria para a maioria da população, ou seja, permitiu-se que se aprofundassem as desigualdades.¹⁴⁶ A ruína de Roma acontece pelo mesmo motivo: manter a escravidão. As guerras, os choques, as revoluções e os conflitos decorrentes do fechamento do centro simétrico pelas minorias dirigentes ocorreram ao longo da história humana, continuam a acontecer e resultaram também nas guerras mundiais. Diante dessas assertivas de conflitos habituais, Marx e Engels chegaram a dizer: “A história de toda sociedade existente até hoje tem sido a história de luta de classes”.¹⁴⁷

Pontes de Miranda refere-se a Sólon, quando este proclamou tal afirmativa que chamou de ‘verdade profunda’: “A igualdade não engendra guerras”.¹⁴⁸ Alguns homens na história perceberam o fato. O mesmo jurista assim reconheceu vários nomes:

A civilização ocidental constitui, de si-mesma e por si só, a melhor prova, - prova nos indivíduos e prova no social. Vitória do pensamento, vitória do pensamento lógico, vitória do pensamento científico. Os homens mais diferentes deixam as pegadas da mesma trilha: Tales e os pré-socráticos; Sócrates contra Empédocles; Cristo contra o orientalismo dos mistérios; Paracelso contra a medicina e a psicologia do seu tempo; Lutero, Voltaire, J.J Rousseau, a raison francesa, Kant; Goethe, a parte de Nietzche que explicara os valores, em vez de se rojar a eles ou contra eles e cair nas regressões, e os psicólogos de hoje; Marx, Gesell, Keyne e os planejadores para o homem comum, - mistos de Sócrates, de Jesus e de Lênine”.¹⁴⁹

Diz-se que eles, os que defendem a igualdade, são os nascidos com a assembleia dentro de si. Nascem prontos para outro passo de evolução da boa convivência de humanização, de reconhecimento dos indivíduos, de consciência de limites e que alguém mais forte teria que ceder para melhorar o futuro.

No mundo do direito existiu um homem que possibilitou essa evolução. Ele foi fundamental para o acolhimento dos direitos e a integração deles nos documentos legislativos.

145 ROSANVALLON, Pierre. **La sociedad de iguales**. E-Book Kindle [recurso eletrônico]. Traducción: Victor Goldstein. Spanish Edition. Buenos Aires: Manantial 2015. Posição 6 e Posição 199. Disponível na Amazon.com. Tradução livre do pesquisador. ASIN: BOOSPMJR11.

146 AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. 4. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Globo, 2008, p. 245. ISBN: 978-85-250-4573-7. Idem, PONTES DE MIRANDA. Op. cit., 1945, volume 2, p. 594.

147 MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto Comunista**. Tradução: Regina Lúcia F. de Moraes. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2006. Posição 15. Disponível em Amazon.com Edição digital. ISBN: 978-85-378-1256-3.

148 SÓLON, citado por Pontes de Miranda. PONTES DE MIRANDA. 1945. Ibidem, volume 2, p. 594.

149 PONTES DE MIRANDA. 1945. Ibid. Volume 2, p. 602.

Em 1215, o rei da Inglaterra, João Sem Terra, permitiu a elaboração da Magna Charta, a qual consentiu na abertura do Parlamento, além do diálogo entre a nobreza e a burguesia. Foi o marco de modelo evolutivo. Esse indicativo foi como uma semente para que existissem outras declarações de direitos, como a Petição de Direitos, em 1628, a qual também fez limitações ao poder do soberano.¹⁵⁰ E assim por diante.

A ideia principal, através de uma visão histórica específica das relações humanas, não propriamente capitada da história do direito constitucional, como diz Hobsbawm, ao se referir ao curso do final do século XVIII em diante, foi a de que as declarações de direitos considerassem o Estado como equivalente a uma associação política. Tal termo ‘associação’ vinha expresso na Declaração de Direitos de 1780. Ela possuía a finalidade de proteger os direitos dos indivíduos contra o Estado e contra outras pessoas, além de prestar contas e com poder limitado em alcance e em meios.¹⁵¹

Começava, assim, a forma mais visível de diminuição do autoritarismo pela integração dos direitos e das liberdades nas declarações e, em seguida, depois de certo período, nas Constituições dos países ocidentais. Entretanto, tal inserção deles não foi o motivo principal daquele decréscimo do autoritarismo. Houve outro e foi o afirmado com acerto por Reale. Explica este que, quanto mais direitos e liberdades foram sendo utilizados, configuração moderna de efetivados ou concretizados, mais se limitou e delimitou os quantitativos arbitrários da soberania.¹⁵² Isso permitiu que mais e mais pessoas desejassem a utilização deles para fins de aproximação daquele centro simétrico, seja do poder público, seja do econômico, da ciência, da religião, do direito, a fim de que se tornasse verdadeiramente povo, ou seja, identificados com os governantes.

Portanto, os estudos dos círculos sociais têm um modo bastante particular de explicar quem é o povo e quem são os minorais, bem como qual o papel do Estado de Direito, especialmente democrático.

150 SARLET, Ingo Wolfgang. A constituição em perspectiva histórico-evolutiva. **Curso de Direito Constitucional**. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Ibid. 2015, p. 43.

151 HOBBSAWN, Eric. **Mundos do trabalho**: novos estudos sobre a história operária. Trad. Waldea Barcellos e Sandra Bedran. Revisão Técnica: Edigar de Decca e Michael Hall. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015, p. 494-495. ISBN: 978-85-7753-337-4.

152 REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. 5. ed. Revista. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 366. ISBN: 978-85-02-03087-9.

2.3 A democracia e as identificações do Estado de Direito, do povo e das minorias nas doutrinas tradicionais gerais

As doutrinas tradicionais fornecem indicativos particularizados para saber os lugares entre as teorias e práticas dos termos povo, minorias e Estado de Direito. Trata-se de pontos de partida da compreensão da democracia que pode ser apresentar como forma, mas, de vez em quando, pode se transformar em algum conteúdo de materialidade.

2.3.1 Considerações iniciais

Nos itens anteriores, viu-se como a democracia vai convergindo com a liberdade e a igualdade. Ela trabalha os princípios de humanização, de reconhecimento, de limites, de oferta de condições para realização de desejos; necessita da presença do Estado de Direito, portanto, como ponto de apoio para concretização dos direitos. Os círculos sociais existem como reflexo da sociedade e neles há o centro simétrico, onde os indivíduos neles posicionados têm capacidade de influenciar o fazer estatal. O povo que tem esse poder identifica-se com os dirigentes. Com referência aos dirigidos, podem se fazer povo que influencia se tiver essa capacidade. As pessoas de classe média, que não têm tal poder não podem ainda ser consideradas povo, exceto se fatores de maiores igualizações as colocarem no centro simétrico ou próximas a este. As minorias são os vulneráveis jurídica e materialmente nos círculos sociais.

Mas é preciso ter outra noção de identificação de Estado de direito, de povo e de minorias pelas doutrinas tradicionais gerais, fora dos elementos ‘círculos sociais’ e ‘centro simétrico’. Isso para, posteriormente, demonstrar que a democracia tem sido tal incorporação e discussão de princípios, que existem na forma explícita e implícita nos sistemas jurídicos ofertados.

2.3.2 A democracia e a identificação do Estado de Direito

Nos itens precedentes, os estudos indicaram que a democracia recebeu muitas significações e constatações ao longo de sua existência. O Estado tem importante papel nesta formação, pois, como explica Aristóteles, o homem é animal político e, de acordo com essa natureza, há necessidade de que as pessoas se reúnam e tenham opinião comum sobre certos assuntos, especialmente o justo e injusto, o bem e o mal.¹⁵³

153 ARISTÓTELES. **Política**. Trad. Therezinha Monteiro Deutsch e Baby Abrão. Coleção: “Os Pensadores. São Paulo: Editora Nova Cultural LTDA, 2000, p. 146. ISBN: 85-351-0706-1.

A etimologia da palavra democracia aponta outros indicativos sobre os rumos que ela possa ter para identificar o Estado de Direito. A sua origem vem do grego, *demons* e *Kratos*, e tinha mais de um significado, como diz Arblaster:

Demons pode significar todo corpo cidadão que vive dentro de uma determinada polis ou cidade-estado, mas também pode ser usado para designar multidão 'ou a multidão', ou as 'ordens inferiores'. Kratos pode significar qualquer poder ou 'regra': os dois não são os mesmos.¹⁵⁴

Assim, entendida como regra da multidão ou do corpo cidadão, a gramática da democracia reinventa continuamente o Estado de Direito, a que Pontes de Miranda chamou de grau de satisfação, qual seja: do mínimo que hoje se adota no cumprimento das leis, satisfaz o ontem e se satisfará amanhã. O que tal jurista quis considerar foi a hipótese de que o Estado Absoluto que adotou as regras da multidão foi se relativizando na busca de uma medida adequada de satisfação, e o Estado de Direito constitui problema de fixação de grau mínimo.¹⁵⁵

Por isso que se fala muito em legitimidade como algo fundamental neste contexto, pois existem muitas alternativas de decisões e elas têm um grau crescente de complexidade. Segundo Jiménez, o itinerário é um conjunto de situações de avanços para concretização de ideais e condições materiais, com exigências de grau de confiança dos cidadãos, de eficiência de governança, de valores, que as pessoas concordem umas com as outras, e de ações em certas áreas que não custem muito em outras.¹⁵⁶

É preciso, então, perguntar: como o Estado de Direito comparece ou se identifica na vida evolutiva dos povos? E como a democracia se comporta para evitar choques? Antes de responder de forma direta, é preciso registrar a sua genética histórica. Silva¹⁵⁷ diz que o Estado apresenta-se como um fenômeno de interação entre a sociedade e a cultura. Diz este jurista que, desse modo, houve conversão do poder social em poder político, outro visível fenômeno cultural, o qual, por sua vez, percebeu como tarefa organizar politicamente a sociedade. Explica, também, que os primeiros períodos que se sucederam entre o aparecimento de gens, pátrias, tribos e confederações foram a ocorrência de busca do alcance de bens materiais e da autoridade sobre o território. No segundo momento, ante aquela conversão acima aos interesses do grupo dirigente e dominante, novos aperfeiçoamentos

154 ARBLASTER, Anthony. 2003. *Ibidem*, p. 15.

155 PONTES DE MIRANDA. 1970. *Ibidem*, tomo IV, p. 655.

156 JIMÉNEZ, Alfredo Ramos. Op. cit., 2016, p. 138-142. Tradução livre do pesquisador.

157 SILVA, José Afonso da. **Teoria do Conhecimento Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014, p.51. ISBN: 978-85-3920-246-8.

foram efetivados para chegar à Cidade Antiga. Justifica o mesmo cientista do direito que a partir daqui, as novas transformações ocorreram, quando se reflete o sentido de que, a sociedade tem que se desenvolver; bem como, a partir das relações de produção e das forças produtivas. Os conjuntos temporais podem ser percebidos com algumas ocorrências, como, por exemplo: a escravidão, o modo de produção feudal, o feudalismo, o regime capitalista de produção e o regime capitalista que se aperfeiçoa.

Por isso que Canotilho ensina que a ‘domesticação do domínio político’ veio com o direito nos seus vários modos de referir-se ao Estado, seja de direito, seja como regra da lei, seja, simplesmente, de Estado Legal. Assim, reconhece-se a existência dessa juridicidade estatal que vem como consequência da Magna Charta de 1215 – esta que impôs o dever de processo regular para julgar e punir os cidadãos e justificar a perda da liberdade e da propriedade; vem para reafirmar a preponderância das leis e costumes perante o arbítrio do poder real; vem para indicar que todos devem se sujeitar ao poder do parlamento; enfim, vem para promover a igualdade de acesso aos tribunais por parte dos cidadãos que querem proteger os seus direitos.¹⁵⁸

Neste compasso, segundo ainda o jurista Canotilho, o Estado de Direito é aquele que relaciona a forma, o procedimento e a matéria para dar uma resposta ao problema do conteúdo, da extensão e do modo de proceder das ações do Estado, ou seja, a Constituição, ao decidir pelo Estado de Direito, conforma e organiza o poder político e a sociedade, segundo a medida do direito.¹⁵⁹ Já, por sua vez, Pontes de Miranda prega a existência do Estado integral. Para tal jurista: “O Estado integral summula as formas anteriores do Estado: realiza a liberdade, substancializa a igualdade, efetiva a supremacia dos interesses collectivos totaes”.¹⁶⁰

Bobbio consigna que a democracia entra nessa conjunção como princípio inspirador daquele Estado de Direito. Tal jurista chama a democracia como: ‘conjunto de regras,’ ‘regras do jogo’, “governo de leis por excelência” e foi, como é, a partir do respeito a elas, que muitas soluções de conflitos ocorreram sem derramamento de sangue e os governos foram considerados “bons governos democráticos”.¹⁶¹ Novais vai mais longe, ao dizer que, segundo as formas políticas contemporâneas e o respeito ao princípio de igual dignidade das pessoas: “[...] só se encontra o verdadeiro Estado de Direito onde também exista democracia”.¹⁶²

158 CANOTILHO. J.J. 2003, *Ibidem*, p. 93-94.

159 CANOTILHO. J.J. *Idem*, p. 243.

160 PONTES DE MIRANDA. 1932. *Ibidem*, p. 281.

161 BOBBIO, Norberto. 2015, *Ibidem*, p. 265.

162 NOVAIS. Jorge Reis. 2006, *Ibidem*, p. 19.

Dito de outra forma, agora esclarecedora, segundo Ferreira Filho, estabelecidas as leis pelo povo, ou por seus representantes, nos termos propostos pela democracia, de ser processo, de ser forma, quem governará as condutas, inclusive as dos dirigentes, são elas, as leis. Tal entendimento vem desde o tempo das Declarações de Direitos, como se disse; mas, há uma referência expressa de 1779, de Massachussetts, quando se definiu o Estado de Direito como: “governo das leis e não dos homens.” Já o qualificativo democrático ao Estado de Direito vem dar a noção de socialização, ou seja, de que seja agente de transformações econômicas, sociais e culturais.¹⁶³

Luño e Sarlet propõem doutrinas de maior profundidade. Para o primeiro, Luño, é fato que o Estado de Direito ganha maior operacionalidade se proteger os direitos fundamentais, enquanto que, quanto mais estes são praticados, maior implantação acontece do Estado de Direito. De outro modo, caso o Estado tenha os direitos fundamentais previstos no ordenamento, mas não os reconhece, não existe Estado de Direito.¹⁶⁴

Sarlet afirma que existe essa vinculação entre a democracia, o Estado de Direito e os direitos fundamentais. Para este jurista, o Estado de Direito não é mais um governo de leis, mas uma “ordenação integral e livre da comunidade política”. Na verdade, segundo o mesmo doutrinador, o que se busca é um parâmetro de legitimação, já que se deseja a funcionalidade da ordem democrática. Basicamente, esta acontece a partir do fato de que os direitos fundamentais possam ser substanciais ou materiais. Dito de forma expressa, que haja respeito à autodeterminação do povo pelo reconhecimento do direito à igualdade perante a lei e de oportunidades, bem como, que haja espaço real de liberdade, ou seja, ambas promovendo a participação no fazer a ordem pública.¹⁶⁵

Assim, captadas as doutrinas acima, tem-se que consignar que a democracia, na sua relação com a liberdade e a igualdade, tem profunda conexão com o Estado de Direito. Montesquieu já relatava: “o amor à democracia é o amor à igualdade”.¹⁶⁶ É como se dissesse que a regra legal deve estar ao lado do povo pela realização dos seus conteúdos.

163 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional**: o Estado na questão no início do século XXI, em face o direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro. 2. ed. São Paulo: Saraiva: 2010, p. 177-180. ISBN: 978-85-0222-076-8.

164 LUÑO, Antonio-Henrique Pérez. **Los Derechos fundamentales**. 11. ed. Madrid: Editoria Tecnos, 2013, p. 22-23. ISBN: 978-84-309-5807-8. Tradução livre do pesquisador.

165 SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015b, p. 59-63. Sarlet acolhe a definição de H.P. Schneider de Estado de Direito na era moderna, que seria “Ordenação integral e livre da comunidade política”. Idem, p. 60.

166 MONTESQUIEU. Ibidem. Posição 1759.

Pontes de Miranda relata inúmeras vezes que a democracia é forma e não deve ser confundida com regras de fundo ou de conteúdo, exceto se for considerada por si mesma como se possuísse fins, mas ela é a escolha de quem executa estas finalidades.¹⁶⁷ Já Arblaster considera que ela é um conceito discutível ou norma ou ideal onde se testa a realidade muitas vezes e sempre há esse crescimento ou prorrogação do que ela é.¹⁶⁸

O governo do povo por leis, numa democracia, constitui o Estado de Direito que desenvolve fórmula social para cada quadra da história para estabilizações sociais, por isso, segundo Kropotkin, o Estado não se confunde com a sociedade, mas apenas uma das suas formas, ou seja, ele é acidental.¹⁶⁹

Tal procedimento, especialmente na civilização do ocidente, vai obter ocorrências a partir de novas expansões da liberdade e da igualdade conseguidas.¹⁷⁰ Enfim, vai resolvendo os problemas humanos,¹⁷¹ seja com legislação, seja com administração,¹⁷² ou fazendo dialogar as tendências do desenvolvimento da personalidade e do equilibrar a ordem econômica.¹⁷³ É uma conciliação entre o querer e o esforço, ou uma aspiração que simetrize as divergências da vontade, iguale a escola, organize pleitos, não sacrifique a liberdade, ora com adoção de soluções sucessivas, ora provisórias.¹⁷⁴ Neste compasso, o Estado de Direito vai fornecer os instrumentos que possam integrar a forma e o conteúdo e fazer despontar no horizonte uma outra forma de Estado: Estado Democrático de Direito.¹⁷⁵

Como, então, a democracia se tornou tão importante para a vida do Estado de Direito? Bobbio explica: ela, a democracia, tornou-se axiológica, quando abrangeu os direitos humanos, justificada pela mudança do padrão moral do mundo.¹⁷⁶ Pontes de Miranda chegou a dizer que foi a sua invenção formidável incluir os direitos e as liberdades nas Constituições.¹⁷⁷ Barroso confirma que ela não é só votos, mas direitos e razões.¹⁷⁸ Contudo,

167 PONTES DE MIRANDA. 1945. Ibid. Volume 1, p. 247-248.

168 ARBLASTER. Anthony. 2003. Ibidem, p. 7. Tradução livre do pesquisador.

169 KROPOTKIN, Piotr. **O Estado e o seu papel histórico**. Trad. Alfredo Guerra. São Paulo: Editora Imaginário, 2000, p. 9. ISBN: 97-88-5853-625-46.

170 PONTES DE MIRANDA, 1945, Ibidem, volume 1, p. 333.

171 PONTES DE MIRANDA, 1945, Ibidem, volume 2, p. 432.

172 PONTES DE MIRANDA, 1945. Idem, volume 2, p. 432

173 PONTES DE MIRANDA, 1945, Idem, volume 2, p. 442.

174 PONTES DE MIRANDA. 1953b. Ibidem, tomo 1, p. 14.

175 SOARES, Mário Lúcio Quintão. Processo constitucional e direitos fundamentais. SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte, Del Rey, 2003, p. 410. ISBN: 85-7308-622-X.

176 BOBBIO, 2009. Ibid, p. 405-409.

177 PONTES DE MIRANDA. 1945, Ibid. Volume 1, p. 37.

178 BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o Governo da Maioria. SARMENTO, Daniel (org.). **Jurisdição Constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 4. ISBN: 978-85-309-6381-1. Pontes de Miranda condena o racionalismo, pois o considera ora revolucionário, ora

é fato, também, que tais direitos humanos foram positivados nas ordens internas dos países, constituíram-se em direitos fundamentais e, desse modo, foram concebidos como patrimônio comum da humanidade.¹⁷⁹

O que dizer, então, da democracia e sua relação com o Estado de Direito na perspectiva de maior igualdade e a melhor liberdade? Rancière defende que a democracia é uma maneira de pensar positivamente, no sentido de lidar com as contradições e, apesar de capturada pelo poder de certo povo, especialmente os dirigentes do mercado livre, precisa inverter a lógica do desenvolvimento da igualdade. Para ele, igualdade e desigualdade ditam os rumos do que deve ser percorrido e a maneira de caminhar. Insiste que se comece pela igualdade e não pela desigualdade, porque o ignorante tem capacidade de inteligência para identificar aquilo em que ele é igual, o que já sabe.¹⁸⁰

Com referência à liberdade, de fato, reconhece-se a existência deste outro problema, pois existem antinomias ou controvérsias entre Estado de Direito e democracia na doutrina e nos quadrantes do mundo, segundo Canotilho. Este expressa que há várias correntes desta questão, mas uma das linhas teóricas consigna que tem relação com os modos de ver a liberdade, pois esta cria um sistema de precedências, como, por exemplo: liberdade negativa antes da participação política ou da liberdade positiva. Explica o constitucionalista que a liberdade negativa tem relação com a defesa, ou que o Estado se afaste de se intrometer nos assuntos do povo; já a liberdade positiva converge ao Estado Democrático e ao exercício democrático do poder, onde pede demandas socializantes. Por fim, tal jurista conclui que esta última as assenta no que se chama legitimação democrática do poder.¹⁸¹

Desse modo, em certo sentido, o Estado de Direito caracterizar-se-á por um fenômeno de controle de poder; mas, hoje, como acontece com o Estado alemão, é estruturado como Estado Constitucional, pois é governado por uma Constituição.¹⁸² Pensar desse modo, implica reconhecer que a relação entre a democracia e o Estado de Direito cumpre às tendências de interações entre a liberdade e a igualdade, no sentido de que o governo das leis pense no homem, na sua humanização; o que significa, no fundo, se os direitos foram integrados nos corpos constitucionais e legislativos, devem ser cumpridos.

retrógrado, ou seja, pode cair facilmente em subjetivismo voluntarista. PONTES DE MIRANDA. Op. cit. 1924a, p. 206 ss.

179 SARLET, Ingo Wolfgang. 2015b. Ibid, p. 21-35.

180 RANCIÈRE, Jacques. **Ainda se pode falar em democracia?** 1. ed. Tradução: Vanessa Brito. Lisboa: Edição J.F Figueira e V. Silva. Lisboa: KKYM, 2014, posição 203 e ss. Disponível na Amazon.com. ISBN: 978-989-97684-9-9.

181 CANOTILHO. J.J. 2003. Ibid, p. 98-99.

182 BOTELHO, Catarina Santos. 2015. Ibidem, Posição 685.

2.3.3 A democracia e a identificação sobre o que é o povo? Ou quem é o povo?

A doutrina da democracia relaciona-se com o Estado de direito, a fim de que o governo das leis dirija-se para o cumprimento de fins estabelecidos; mas, nesse contexto, é preciso identificar o que é o povo. Saber o que é o povo? E quem é o povo? Estas são questões fundamentais da democracia, mas esta segundo Arblaster, não indicou o que compreende de forma definitiva, mas apresentou o conceito de forma fragmentada ou qualificada.¹⁸³ De fato, reconhece-se o prestígio, o encantamento, a força e a indeterminação substancial da palavra que seja povo.¹⁸⁴ É até justificável isso, pois, segundo Dallari, a expressão traz uma carga emocional e, por isso, captada por noções inadequadas, teve a sua ampliação distinta de noção de classe e, também, ampliou-se pela atuação da doutrina.¹⁸⁵

É fato que, desde a Grécia, a ideia dos reunidos em assembleia apresentam uma visão seletiva de povo.¹⁸⁶ A doutrina dos círculos sociais explicou o fato acima do motivo pelo qual isso acontece. O problema também ocorre quando as teorias também fazem escolhas. Por exemplo, Jellinek define o povo no sentido subjetivo e no objetivo. No primeiro, o povo é pensado na concepção de indivíduo e sujeito de direitos; no segundo, na forma objetiva, tem correspondência com a qualidade de ser objeto do poder estatal, portanto, sujeito de deveres.¹⁸⁷ Já Dallari liga a noção de povo ao conjunto de cidadãos ativos, estes que, ao se submeterem à ordem hierárquica estatal e cumprirem os requisitos, adquirem a cidadania e, por isso, são possuidores de direitos e deveres.¹⁸⁸

Para se ter uma noção do curso histórico de como a palavra cidadão passou por várias concepções, Schawarcz e Botelho fazem indicativos bastante peculiares do passado até o presente, quais sejam: (a) na Grécia, o cidadão era aquele que participava das assembleias, excluídos alguns grupos, como os escravos e as mulheres; (b) em Roma, há o sentido de pertencimento à comunidade, desde que tivesse bens e escravos; (c) de 1790 em diante, épocas de revoluções, o cidadão era aquele que possuía direitos; (d) de 1970, passando pela Constituição Brasileira de 1988, o cidadão é aquele que pode sentir a eficácia e a efetividade dos direitos, ou seja, estes ganham novos contornos; (e) época atual – para se ter cidadania, há

183 ARBLASTER, Anthony. 2003. Ibid, p. 9.

184 ROUSSEAU, Dominique. 2015. Ibidem, p. 41. Tradução livre do pesquisador.

185 DALLARI, Dalmo. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva: 2016, p. 99-101. ISBN: 978-85-0263-861-7.

186 ARBLASTER, Anthony. 2003. Op. cit., p. 38.

187 JELLINEK, Giorgio. **E la storia del diritto pubblico generale**. Traduzione Italiana sulla terza Tedesca del Dott. Modestino Pretrozziello. Com una Introduzione Generale di Vittoria Emanuele Orlando. Milano: Dott. A. Giuffè Editore, 1949, p. 22. Sem ISBN. Tradução livre do pesquisador.

188 DALLARI, Dalmo. Op. cit. 2016, p. 103-104.

que se conciliar novamente à igualdade e à liberdade jurídicas, quando se deparam com novas desigualdades sociais e as diversidades culturais; desse modo, os pleitos de igualdade e liberdade são outros, especialmente pela realização da diferença.¹⁸⁹

Já a doutrina tradicional, como a de Bonavides, apresenta o conceito de povo em três dimensões: a primeira, do ponto de vista político, que se liga à participação nas decisões públicas; a segunda, no aspecto jurídico, que se relaciona à cidadania com vínculo a determinada ordem jurídica – questão de possuidor dos direitos; a terceira, no sentido sociológico, o qual se refere aos laços étnicos e culturais, constrói a consciência coletiva e faz equivalentes o povo e a nação.¹⁹⁰

Canotilho apresenta a ideia de que as noções de povo somente podem ser enunciadas por algo externo a ele. Assim, tende a sugerir a existência de povo real e de povo político. A primeira concepção relaciona aqueles componentes humanos que podem influenciar, decidir, dispor e conformar a ordem política e social. A segunda, de povo político, abrange as minorias que se posicionam contra, ou se abstiveram, e parte da população à margem do sistema funcional da sociedade.¹⁹¹

Pontes de Miranda já divide o povo pela sua preferência pelo aspecto fático. Diz ele:

Povo é massa, e povo é multidão”. O povo-massa dificilmente erra. É o motor da história, em luta contra opressão, luta quotidiana, luta do presente contra o passado. A multidão é a descida à horda, à época anterior à reflexão: está no presente, mas mergulha no passado; com êsse, desbarata aquela (...).¹⁹²

Mas Pontes de Miranda também traz outra divisão de povo no que se refere à interação entre a democracia com a liberdade e a igualdade. Considera ele, particularmente, o indivíduo que é livre e que vota, qual seja: povo livre, povo composto de iguais e povo democrático. O primeiro diz respeito a todos os habitantes; o segundo fala de composição do povo, por isso, não se diz povo igual, mas ‘composto’; o terceiro se refere ao direito de influenciar e fazer a ordem estatal.¹⁹³

De igual sorte, Pontes de Miranda traz mais uma divisão com base nas áreas sociológica, jurídica e política. Na primeira, é povo aquele que atua na formação da ordem

189 SCHAWARCZ, Lilia Moriz; BOTELHO, André. Cidadania e direitos: aproximações e relações. **Cidadania, um projeto em construção:** minorias, justiça e direitos. Orgs. SCHAWARCZ, Lilia Moriz; BOTELHO, André. São Paulo: Claro Enigma, 2012, p. 8-27. ISBN: 978-8581660202.

190 BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia participativa:** por um Direito Constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 51. ISBN: 978-8574208886.

191 CANOTILHO, J.J. Gomes. 2003. *Ibidem*, p. 76.

192 PONTES DE MIRANDA. 1945. *Ibidem*, p. 38.

193 PONTES DE MIRANDA. 1945. *Ibid.* Volume 1. p. 120.

estatal, nos fatos; no aspecto jurídico, aquele detentor de direitos constitucionais com base nas regras estabelecidas, para atuar na formação da ordem estatal; para o aspecto político, é aquele que, a partir de escritas tais regras, é o receptor de medidas e de planos que efetivam o seu direito de atuar.¹⁹⁴

Em outro momento, Pontes de Miranda trata povo como população de um Estado, ou de um Município. Justifica o jurista que tal alusão não é errada, porque se nem todos votam, falar em totalidade é também um itinerário, pois, numa eventualidade, os excluídos poderiam votar, como: os loucos, os condenados, os menores etc.¹⁹⁵

Pontes de Miranda, ainda, cita um autor do século XV, Felipe Pott, que, quando se referiu ao povo, disse: “o povo é o doador do poder”.¹⁹⁶ Tal concepção é muito semelhante à de Kelsen. Este também consigna que povo é pluralidade de indivíduos e a democracia o considera como unidade; por isso, sujeito do poder. No entanto, segundo o mesmo jurista, há problemas de divisões por causa de adoção de posições, sejam religiosas, econômicas ou de nível nacional. Acrescenta o referido jurista que o povo somente aparece uno do ponto de vista jurídico, no sentido de submissão de todos às regras estatais estabelecidas.¹⁹⁷

Por outra perspectiva, a noção de povo, como ensina Sarlet, tem relação com várias palavras, tais como: legitimidade, exercício de poder, fins, tarefas estatais, conjunto de direitos e deveres, cidadania, nacionalidade, consensos, substancialidades¹⁹⁸. Justifica-se, porque tem que alcançar a realidade, senão, como explicou Müller, a expressão povo, tal como consignada na Constituição, ocorre apenas para legitimar as ações dos dirigentes, ou seja, é vazia de sentido concreto.¹⁹⁹

Pontes de Miranda chegou a referir que as assertivas: ‘O poder estatal está no povo’, ou ‘o poder estatal pertence ao povo’, ou ‘todo poder emana do povo’, “[...] traduz [em] bem, linguagem esvaziada de metafísica, do que é ‘soberania popular,’ ‘vontade geral’ e outras expressões filosóficas pretenderam exprimir, ultrapassando, não sem danos os próprios propósitos”.²⁰⁰

194 PONTES DE MIRANDA. 1945, *Ibid*, Volume 1, p. 161/162. Na verdade, Pontes de Miranda está falando de democracia e este pesquisador faz uma leitura a partir do povo. Em outro momento, Pontes de Miranda diz que povo democrático é aquele que não discrimina e, aqui, para ele, democracia em algum momento confunde-se com igualdade. *Idem*, p. 159.

195 PONTES DE MIRANDA. 1945. *Ibid*. Volume 1, p. 158.

196 POTT, Felipe citado por PONTES DE MIRANDA. 1945. *Idem*. Volume 1, p. 259. É caso de explicar que existe dificuldade de encontrar os textos de Felipe Pott.

197 KELSEN, Hans. 2000. *Ibid*. P. 35-36.

198 SARLET, Ingo Wolfgang. Dos princípios fundamentais. **Curso de Direito Constitucional**. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. 2015. *Ibid*, p. 266-268.

199 MÜLLER, Friedrich. 2010. *Ibid*, p. 40.

200 PONTES DE MIRANDA. 1945. *Ibid*. Volume 1, p. 203.

Müller explica tais concepções a partir de uma diferenciação. Para ele, apesar da ideologia que existe no tema, povo pode ser dividido em: povo dirigente e povo legitimante. Aquele é escolhido por este para fazer as regras, ou pode fazer diretamente por referendos. O povo legitimante seria, então, a instância global de legitimidade, aquele que justifica a democracia, no sentido de destinatários das regras que fundamentam uma sociedade de liberdade, de normas, de direitos iguais e funções de proteção, portanto, da igualdade. Assim, para aquele jurista, é preciso que, para não ser uma metáfora abstrata, o povo legitimante observe a vigência, a prática e o respeito aos direitos fundamentais individuais instituídos.²⁰¹

Já para Caetano: “Povo é, pois, o conjunto dos indivíduos que, para a realização dos interesses comuns, se constitui em comunidade política, sob a égide de leis próprias e a direcção de um mesmo poder.”²⁰²

Povo, ainda, na opinião de Rousseau, ante o uso da palavra ‘pessoas’ efetivada na história, entende também a divisão do termo em corpo político homogêneo e integrado e, por outro lado, em um corpo social, formado pelas demais pessoas.²⁰³

Miranda, por outro lado, reconhece que o termo povo é utilizado para designar apenas uma parte da comunidade política, ou que é captado por acepções ideológicas. Ele deixa remarcado o conceito que defende, o qual vem desde a época medieval, da explicação sobre a origem do poder dos governantes, além de ser reconhecido pela Revolução Americana e na Francesa e adotado nas Constituições atuais. Para ele, a noção de povo é construída a partir da ideia do “conjunto de todas as pessoas.”²⁰⁴

Também não custa lembrar o conceito de povo nos círculos sociais reforçado pelas doutrinas tradicionais acima. Se povo é doador de poder, se povo é o que dirige a conduta estatal, se povo evoluiu para se confundir com o termo cidadão – aquele possuidor de direitos e deveres –, povo se identificará com aqueles que têm tais caracteres de forma plena. Quem não se identifica com alguns deles, especialmente a falta de igualdade, não é povo, mas apenas população, indivíduos, minorias, que também merecem todo o respeito do governo das leis. Assim, somente é povo, pela doutrina dos círculos sociais, quem se integra ao centro dito simétrico, ou que esteja próximo deste, oriundos de processos de adaptação, tais como: a economia, a política, o direito, a religião, etc., entre os principais processos de adaptação

201 MÜLLER, Friedrich. 2010. *Ibidem*, p. 48-52;

202 CAETANO, Marcelo. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. 6. ed. Revista e ampliada por Miguel Galvão Teles. Tomo I. 7. reimpressão. Lisboa: Almedina, 2015, p. 123/124. ISBN: 978-9724005171.

203 DOMINIQUE, Rousseau. 2015. *Ibidem*, p. 41.

204 MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Constitucional: estrutura do Estado, sistemas políticos, atividade constitucional do Estado, fiscalização de constitucionalidade**. Volume 2. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016, p. 26-27. ISBN: 9789725405208.

social. A população que deseja uma maior igualização é aquela integrada à classe média, como fora dito no item precedente. Enfim, o conjunto deste vai se tornando povo à medida que se concretizam, de forma plena, os seus direitos fundamentais.

2.3.4 A democracia e a identificação das minorias

Observou-se que a democracia relaciona-se com o Estado de Direito para que o governo das leis dirija-se para a concretização de direitos e que apresenta a expressão povo com múltiplos significados. Assim, é preciso esclarecer um dos seus desdobramentos: quem são as minorias? Nesse sentido, tal assunto é o que mais chama atenção do trabalho dos princípios numa democracia, conforme inferidos nos estudos do item anterior, quais sejam: da humanização, do reconhecimento, de limites, do desejo e da presença do Estado.

Com efeito, como defende Canotilho, são fatos observáveis que as sociedades modernas têm traços fortes de homogeneidade social, que são multiculturais ou multiétnicas, e possuem as minorias nacionais, étnicas, religiosas e lingüísticas, os quais têm problemas com a noção dos seus direitos.²⁰⁵

Apresentar os fatos relacionados às minorias é tomar ciência e consciência do que acontece na realidade. Os números de ofensas às minorias são assustadores no Brasil. Veja-se, por exemplo, a publicação feita no jornal O Globo, de 24 de janeiro de 2017. Ficou apurado que, com referência às pessoas lésbicas, os gays, os bissexuais, os travestis e os transexuais, a cada 25 horas morrem uma pessoa com tal orientação sexual. Ainda houve um alerta: a falta de registros centralizados pode resultar numa realidade mais dramática.²⁰⁶

Outra informação sobre os negros no Brasil indica que eles são as maiores vítimas das denúncias de violações dos direitos humanos, segundo a Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos, que tem um canal com a sociedade. No ano de 2015, recebeu uma média de 376 registros de agressões por dia.²⁰⁷

No que diz respeito aos idosos, é outra avalanche de descabros. Segundo dados do Ministério da Justiça e Cidadania, publicado no Jornal O Globo, há muita violência contra

205 CANOTILHO. J.J. Gomes. 2003. Ibidem, p. 387.

206 ALVIM, Mariana. **Homofobia mata uma pessoa a cada 25 horas**. Norte tem o maior índice – Levantamento anual mostra recorde no país em 2016. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/homofobia-mata-uma-pessoa-cada-25-horas-norte-tem-maior-indice-20819002>> Acesso em 24 out. 2017, 23:02 h.

207. Negros são maiores vítimas das denúncias de violações dos direitos humanos. Editorial. **PORTAL BRASIL CIDADANIA**. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/cidadania/2016/01/negros-sao-maiores-vitimas-das-denuncias-de-violacoes-de-direitos-humanos>> Acesso em 24 out. 2017.

eles, seja por negligência, seja psicológica, de abusos financeiros e patrimoniais, até física e de maus tratos.²⁰⁸

Sobre denúncias de xenofobia e violações, por exemplo, em Porto Alegre há relatos de crescimento de informações de ameaças a direitos fundamentais, sofridas por migrantes e refugiados no Estado, segundo informações do Presidente da Associação de Senegaleses de Porto Alegre, Mor Niaye. Os informes dão conta da falta de políticas sociais específicas, de ganhos remuneratórios inferiores em relação aos trabalhadores brasileiros e de outras agressões contra uma vida melhor.²⁰⁹

Outro problema grave é o abandono pelas instituições dos moradores de rua, em várias cidades do País, como Porto Alegre, Rio Grande do Sul. Há informe de que nesta cidade há uma epidemia de tuberculose entre eles, com número 65 vezes maior do que a população geral da cidade.²¹⁰ Já em Maceió, Alagoas, as informações dão conta que assassinatos de moradores de rua vêm aumentando de forma alarmante, inclusive, os órgãos de proteção, como a Defensoria Pública, têm pedido providências nas investigações.²¹¹

Todas as narrações acima são relatos fáticos sobre minorias no Brasil, mas o elemento discriminação é fato presente em todo mundo, especialmente quando tem relação com a orientação sexual, de classe social, ou de língua. Basta dizer que os únicos países que avançaram como vanguarda no sentido de promover o multiculturalismo como política oficial foram o Canadá e o Reino Unido.²¹²

Outrossim, segundo dados da agência da ONU, no Brasil os descendentes de africanos têm menos chance de arrumar emprego que os brancos; além disso, ganham menos; da mesma forma, nos Estados Unidos, 64% dos trabalhadores afirmaram que testemunharam discriminação; no Reino Unido, cerca de 70% daqueles que recebem um salário mínimo são

208 AMARAL, Pricila. Maus tratos contra idosos no Brasil têm números impressionantes: negligência e violência psicológica é teor da maior parte das denúncias. Delegacia de Goiás atende de 10 a 15 casos por dia. **G1 Portal de Notícias**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/hora1/noticia/2016/06/maus-tratos-contra-idosos-no-brasil-tem-numeros-impressionantes.html>> 15 jun. 2016, 10h05. Acesso em 24 out. 2017.

209 NATUSCH, Igor. Imigrantes denunciam xenofobia e violações. **Jornal do Comércio**. Porto Alegre, 24 out. 2017. Notícia impressa em 08 fev. 2017. INTERNET. JCRS.UOL.COM.BR. Disponível em: <http://jcrs.uol.com.br/_conteudo/2017/02/geral/545737-imigrantes-denunciam-xenofobia-e-violacoes.html> Acesso em 24 out. 2017, 23:48 h.

210 SPERB, Paula. Em Porto Alegre, epidemia de tuberculose afeta moradores de rua. **Veja digital**. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/rio-grande-do-sul/em-porto-alegre-epidemia-de-tuberculose-afeta-moradores-de-rua/>> Acesso em 25 out. 2017, 20:25 h.

211 Defensoria Pública cobra investigações de mortes de moradores de rua em Maceió. **G1 Portal de Notícias**. Disponível em <<https://g1.globo.com/al/alagoas/noticia/defensoria-publica-cobra-investigacao-de-mortes-de-moradores-de-rua-em-maceio.ghtml>> Acesso em 25 out. 2017.

212 AGUIAR, Mônica. A proteção do direito à diferença com conteúdo do princípio da dignidade humana: a desigualdade em razão da orientação sexual. **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988: estudos comemorativos dos seus vinte anos**. Org. Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2008, p. 82. ISBN: 978-85-60520053.

mulheres. Segundo o diretor do Programa Conjunto sobre HIV/AIDS, “[...] no mundo, mais de 10% das mulheres e 23% dos homens que sofrem algum tipo de deficiência não buscam assistência de saúde, porque foram maltratados na primeira visita ao médico”.²¹³

Os fatos acima sugerem o acerto da avaliação do jurista argentino Zaffaroni, de que há vivências de retrocessos de direitos humanos no mundo, os quais foram causados pelos dirigentes, especialmente os envolvidos em esquemas de corrupção. Justifica o jurista que, em países como Argentina, Brasil e Paraguai, a Justiça está sendo manipulada e que é momento de luta e de resistência.²¹⁴

Diante do que se viu, pode-se induzir a essência das minorias, qual seja: posições sociais de luta e de resistência ou reações. As minorias são problemas sociais por excelência e, para Pontes de Miranda, “Os problemas sociais são problemas do direito, ainda que o phenomeno jurídico não seja o principal facto da vida social.”²¹⁵

Tal é a grande missão da democracia quando associa a liberdade e a igualdade como seus valores básicos como se fosse um ciclo, onde os direitos políticos são efetivados, os quais seguem a realização dos direitos econômicos e sociais – expressão dos direitos de igualdade; estes que garantem os direitos individuais – expressão mais importante da liberdade.²¹⁶

Em outra passagem, Pontes de Miranda explica que o fato de as constituições não trazerem as regras explícitas sobre proteção de determinado grupo, especialmente as minorias, não implica negação ou vulnerabilidade dos direitos delas. Para ele, no fundo, a Constituição trabalha os normativos gerais ou acolhe as conquistas políticas de povos de melhor civilização, ou seja, assegura e garante certos direitos fundamentais ou aqueles direitos que são de todos os seres humanos.²¹⁷

Com efeito, entender a posição das minorias é captar uma das grandes linhas evolutivas da democracia, no grau de convergência da liberdade e da igualdade. Dito de outro modo, compreender a posição delas na sociedade é, foi e continuará sendo precária, porque elas querem ser membros. Schmitthoff explica esse primeiro momento das minorias: “Pelo

213 ONU pede por um mundo sem estigmas e discriminações. **PORTAL AGÊNCIA BRASIL**. Disponível em: <<http://agenciabrasil.etc.com.br/direitos-humanos/noticia/2015-03/onu-pede-por-mundo-sem-discriminacao>> Acesso em 24 out.2017.

214 Ideologia plutocrática: vivemos um retrocesso mundial dos direitos humanos, afirma Eugênio Zaffakroni. 7 nov. 2017. **CONJUR**. INTERNET. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2017-nov-07/vivemos-retrocesso-mundial-direitos-humanos-zaffaroni?utm_source=d1vr.it&utm_medium=facebook > Acesso em 07 nov. 2017.

215 PONTES DE MIRANDA.1922. Ibid. Volume 1, p. 197.

216 SILVA, José Afonso da. 2014. Ibidem, p. 466-467.

217 PONTES DE MIRANDA. 1970. Ibid. Tomo IV, p. 652.

simples facto de ser membro de tal comunidade, o indivíduo aceita, em princípio, a vontade da maioria e se sujeita à sua decisão, mesmo que dela discorde ou mesmo que tal decisão seja tomada em seu detrimento.”²¹⁸

De fato, a partir das perspectivas acima, infere-se a relação da democracia e das minorias a partir de três parâmetros: o primeiro é que as minorias são vozes ativas ou intervenientes nas instâncias decisórias, nos diversos casos de luta pela questão social. O segundo é um fluxo de mudança no respeito a uma subjetividade. O terceiro, então, é o lugar de transformação ou passagem, de conflitos e de fermentação social, de tomada de posição, dentro da luta contra-hegemônica.²¹⁹

Nesse sentido, para identificar as minorias há itinerários que são totalmente inseguros. Observe-se que até a ONU – Organização das Nações Unidas – recusou-se a estabelecer algum critério conceitual, pois era preciso, segundo a justificativa, um contexto social e histórico particular. Por isso, alguns juízos críticos mostram-se problemáticos, como o quantitativo ou por certa característica distintiva de outros habitantes. A explicação é que poderia seguir um padrão discriminatório ou ter um grupo relativamente grande, mas que tem caracteres de não dominância e, portanto, ainda pode ser objeto de sofrimento. Outro critério sugerido é o do próprio indivíduo, que poderia se autodeclarar pertencente a um grupo, como algumas comunidades o fazem no Brasil, como os quilombolas. Aqui aparece o problema do subjetivismo. No entanto, apesar de não definirem, os estudos da ONU induziram que as minorias têm duas versões: a primeira, ‘by force’, de grupos que vivem em alguma sociedade e objetivam não serem discriminados, pois querem apenas adaptações e assimilações; a segunda, ‘by will’, aqueles que não desejam ser discriminados, mas querem medidas que permitam ficar com seus caracteres coletivos, como cultura, religião e língua.²²⁰

Tem-se que as minorias são indivíduo, ou indivíduos, ou grupos, todos tidos como vulneráveis da sociedade, como já foi referido. Elas não têm um normativo de proteção próprio, ou até possuem; mas valem apenas no sentido formal, não substancial ou material. Neste contexto, são incluídos: os homossexuais e outras pessoas de outras quaisquer orientações sexuais fora do padrão hegemônico, os idosos, as crianças, as mulheres, os negros, os portadores de necessidades especiais, entre outros.

218 SCHMITTOFF, Clive M. **O papel das maiorias e a proteção das minorias no direito inglês**. Tradução e notas por Alberto Pimenta. Coimbra, Portugal: Livraria dos Advogados, 1965, p. 6. Sem ISBN.

219 SODRÉ, Muniz. Por um conceito de minoria. In. **Comunicação e cultura das minorias**. Orgs. Raquel Paiva e Alexandre Barbalho. São Paulo: Paulus, 2005, p. 11-13. ISBN: 978-8534923361.

220 RIOS JUNIOR, Carlos Alberto. **Direitos das minorias e limites jurídicos do poder constituinte**. São Paulo: EDIPETRO, 2013, p 18-22. ISBN: 978-7283-832-0. O autor também cita outros autores como Gabi Wucher, cuja obra encontra-se não disponível ou esgotada.

No fundo, como fora dito no item precedente, são potenciais pontos de conflitos nos círculos sociais existentes no espaço da comunidade. Deduz-se que desejam os mesmos direitos da maioria, que se encontram no centro do círculo de plenitude da igualdade e de liberdade, ou podem até não desejar; mas pela condição de precariedade de suas posições sociais merecem intervenção estatal no sentido de obtenção de cuidados.

Outrossim, Pontes de Miranda consigna que uma democracia pode fazê-las sofrer, mas nem por isso perde o sentido de democracia; no entanto, levará o qualificativo de despótica ou tirânica.²²¹ No mesmo tom, tal jurista justifica que há toda uma construção persuasiva na luta democrática à imitação da ciência, onde um dos seus ideais “[...] é o de transformar a decisão pela vontade em decisão pela verdade”. O que ele quer dizer? Ele deseja captar que as minorias não devem prevalecer, “salvo pelo prestígio das fórmulas que exigem”.²²²

Qual, então, é o prestígio das fórmulas que exigem? São respostas do passado às perguntas do presente, e do que pode ser feito para o futuro através de uma representação por melhorias, ou melhor, uma luta de reflexão do que se deseja para a humanidade. Primeiro, trata-se de um rebate às atrocidades do nazifacismo. Foi um recomeçar para constituir uma rede de proteção com base no respeito à dignidade da pessoa, aos propósitos de igualdade, além de combater qualquer forma de discriminação. Abriu-se, então, o Sistema Internacional de Direitos Humanos, desde a Declaração dos Direitos Humanos de 1948, a qual foi seguida pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966; depois, pela Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial de 1965; continuou com a Declaração sobre Raça e os Preconceitos Raciais de 1978; após a III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial à Xenofobia e à Intolerância Correlata, de 2011, e o Pacto de San José da Costa Rica.²²³ Por fim, estabeleceu-se algo de concreto de forma unificada nessa área, pois a ONU – Organização das Nações Unidas, através de sua Assembleia Geral, mediante a Resolução n. 47/137 de 18 de dezembro de 1992, promulgou a Declaração sobre os Direitos das Pessoas pertencentes às minorias nacionais ou étnicas, religiosas e linguísticas.²²⁴

221 PONTES DE MIRANDA. 1945. *Ibid.* Volume 1, p. 167.

222 PONTES DE MIRANDA. 1945. *Idem*, volume 1, p. 232.

223 BAHIA, Alexandre Gustavo Melo. **A não-discriminação como direito fundamental e as redes municipais de proteção a minorias sexuais – LGBT**. Brasília a. 47, n. 186, abril/jun. de 2010, p. 91. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198675/000888820.pdf?sequence=1>> Acesso em 24 out.17.

224 BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS. USP. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Preven%C3%A7%C3%A3o-contra-a-Discrimina%C3%A7%C3%A3o-e-Prote%C3%A7%C3%A3o-das-Minorias/declaracao-sobre-a-eliminacao-de-todas-as-formas-de-intolerancia-e-discriminacao-fundadas-na-religiao-ou-nas-conviccoes.html>> Acesso em 27 nov. 2018.

Com efeito, a fórmula de prestígio das minorias, para que prevaleçam decorre da própria evolução democrática. Reconheça-se, de antemão, que a democracia, a liberdade e a igualdade nem sempre caminharam juntas; mas não se pode olvidar que foi o trabalho de lutas do ser humano, como asseverou Pontes de Miranda, o qual arrematou: “Todas, é certo, convergem para o mesmo ponto: personalidade, a expansão, o bem estar dos indivíduos.”²²⁵ Assim, nada mais natural que se fizesse todo esse arcabouço protetivo, seja por regras, seja para que se façam as medidas cuidadoras.

A democracia trabalha a proteção das minorias com as medidas de socialização ao longo da história, especialmente de que o direito se apresente como distribuição; não só para resolução de conflitos individuais, mas alívio de pressões políticas e tensões sociais. Algo além do aspecto apenas formal. Isso passa pela diminuição do autoritarismo das classes dominantes, de modo a deixar-se levar por atitudes científicas no atendimento das necessidades, tanto quanto possível, porque tendem a ser eficazes e impessoais.²²⁶

Portanto, a democracia identifica as minorias como sendo indivíduos ou grupos que merecem uma atenção permanente, ou melhor, toda a consideração jurídica, para que venham a ter uma base normativa protetora, especialmente para reposicioná-los para os lugares onde haja plenitude de liberdade e de igualdade.

225 PONTES DE MIRANDA. 1945. *Ibid.* Volume 1, p. 219.

226 PONTES DE MIRANDA. 1922. *Ibidem*, p. 272.

3 DEMOCRACIA ENTRE A TEORIA DOS CÍRCULOS SOCIAIS, O SISTEMA DE INTERVENÇÕES E OS PRINCÍPIOS: O PROBLEMA DO DIREITO NOVO E DE MANTER OU CORRIGIR O DIREITO EXISTENTE

A base deste capítulo é compreender a democracia dentro da teoria dos círculos sociais, especialmente a partir do sistema de intervenções das instituições públicas para movimentar as pessoas nos círculos sociais. Será observado que, quando acontece a aplicação de princípios jurídicos, especialmente, comparece a discussão e a adesão ao problema do direito novo ou de se manter ou corrigir o direito que existe.

3.1 Notas gerais sobre o problema

No capítulo 1, fora visto o desenrolar da democracia e sua relação com alguns princípios importantes para a construção de uma civilização melhor, ao menos a ocidental. São lembrados aqui, por exemplo: o princípio de humanismo, aqui incluída a dignidade da pessoa humana; o princípio da presença do Estado; o princípio do reconhecimento; o princípio da diferença, entre outros. Observou-se uma faceta introdutória dos círculos sociais, que existem e originam-se, a partir do momento em que o indivíduo ou grupos juntaram-se ao redor dos seus totens, patriarcas, reis, tribos, cidades, nações, países e humanidade. Outrossim, embora o círculo desta última não tenha terminado, neste período de início do século XXI, está em plena ascensão o círculo das virtualidades decorrentes do avanço das tecnologias digitais e os usos da Internet. Por aí, então, vê-se que os círculos estão em constante crescimento e possuem uma característica importante: a diminuição de um quanto de autoritarismo ou poder de domínio de poucos sobre muitos. Tanto melhor, pois as relações sociais podem fluir melhor e terem estabilidade ou equilíbrio.

Estudou-se que os círculos pautam-se ao lado dos processos de adaptação social, entre eles a política, a moral, a economia, o direito, a ética, a religião, a arte, a ciência, entre outros. Por isso, tem-se a noção de que há, nos círculos, o chamado círculo centro simétrico. Este é formado por centros de poder que se unem e que é o lugar onde as pessoas ou grupos ali localizados gozam de direitos plenos, de liberdade e de igualização, de socialização dos grupos. Para Pontes de Miranda, lá está o mais comum elemento de simetria.²²⁷ Geralmente, identifica-se neste âmbito os espaços das elites.

227 PONTES DE MIRANDA. Ibid. 1924a, p. 99-147. Optou-se por utilizar o nome do jurista como aparece em suas obras, Pontes de Miranda, e não Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, pois assim foi conhecido nos mundos acadêmico e social.

Evidenciaram-se, ainda, os indivíduos ou os grupos de classes intermediárias, que quanto mais próximos do centro simétrico, mais gozam daqueles direitos. Há, ainda, as minorias, que são os pontos de conflito e geralmente, por isso, em situação de vulnerabilidade social ante a deficiência de eficácia e efetividade dos seus direitos. Nesse sentido, diante do apontado, os sentidos de povo têm amplas noções e, muitas vezes, são vistos com sentimentalismo ou usado, nos textos constitucionais ou legais, para legitimar as decisões e as ações dos dirigentes do centro simétrico em direção às pessoas ou grupos dos demais círculos.

Neste capítulo, o que se deseja é continuar a estudar a democracia dentro da teoria dos círculos sociais e entender que existem os vários itinerários para investigação, contudo, um só é do interesse desta pesquisa. A preferência é procurar descobrir a relação entre as teorias e as práticas constitucionais e legais, que envolvam a democracia no que ela corresponde no atendimento ao reino da liberdade em correspondência ao reino das necessidades,²²⁸ ou das igualizações. Desse modo, insiste-se no contraste entre o que foi prometido em termos de direitos e o que foi efetivado ou não, pois, segundo Bobbio, é melhor do que refletir sobre o futuro da democracia; além disso, a proposta incute a ideia de tentar compreender como ela se transforma.²²⁹ Da mesma maneira, o caminho é compreender como se deram e se dão as diversas tentativas de deixar próximos os conceitos reais de povo dirigente e de povo dirigido, ou de povo e das minorias, especialmente pela atuação do sistema de intervenções dos órgãos políticos, judiciais e administrativos, outro nome para o Estado de Direito.

O mundo foi e está – porque é processo contínuo – se tornando jurídico. Tal perspectiva aparece como uma mentalidade diretora; mas, pela interdependência de outros processos de adaptação social – a economia, a política, a moral, entre os principais –, há uma necessidade permanente de saber o que é jurídico e o que não é. A teoria dos círculos sociais em Pontes de Miranda vai dar uma dessas respostas, a qual, apesar de não ser única em razão de muitas teorias, faz-se sentir pela compreensão do papel das intervenções sociais para movimentar a

228 A frase é um trocadilho, mas serve ao propósito desta pesquisa. Ela é atribuída com outro sentido a Karl Marx: “saltar para fora da humanidade do reino da necessidade para o reino da liberdade.” Encontra-se em um título de obra anônima conhecida como “Ensaio de Berlim” e contém texto com o nome de “Isaiah Berlin: two concepts of liberty”. Tal ensaio apareceu em 1957, período em que os crimes estalinistas foram conhecidos e se deu uma maior perseguição aos comunistas nos EUA. A União Soviética citou, então, aquele ditado de Marx: “saltar para fora da humanidade do reino da necessidade para o reino da liberdade.” Quis assim encontrar sua percepção sobre o socialismo marxista-leninista enquanto os EUA assumiam a liderança entre “todos os povos livres para reclamar com fundamento na doutrina Truman como defensores da democracia e dos direitos humanos. Anonym. **Isaiah Berlin: two concepts of liberty**. E-Book Kindle [recurso eletrônico]. Tradução do alemão: Bing Translator. 2013. Sorriso Verlag GmbH. Posições 6-12. ASIN: BOO4WDHSZG. Disponível no Amazon.com.br. Pontes de Miranda já considerava em 1945 os EUA exemplo de democracia, a União Soviética como exemplo de igualdade e a Inglaterra, de liberdade. Aduzia que unir o que havia de bom nos três poderia ser a solução dos problemas da humanidade. PONTES DE MIRANBA, 1945. Ibidem, 1945, f. 634-659. Várias passagens.

229 BOBBIO, Norberto. 2015. Ibidem, p. 39/40.

posição das pessoas naqueles círculos. Isso ocorre, como já se mencionou, pela atuação dos Poderes Públicos, Executivo, Legislativo e Judiciário, especialmente pelo conhecimento e a aplicação de princípios científicos. Estes que, na democracia, foram, são e serão os maiores responsáveis por construir e reconstruir a civilização que coexista, equilibre-se e corrija-se socialmente.

Apesar disso, a cada época da civilização, comparece uma mentalidade que deseja predominar sobre outras. É uma espécie de fio condutor de pensamentos, de teorias e de ações para que os processos de adaptação social se harmonizem. O importante é saber como os seres humanos fazem para entrar no acordo ou consentimento, para que a civilização possa prosseguir. Tal assertiva significa para Pontes de Miranda manter as conquistas civilizatórias, que é sempre o problema do direito novo e de como corrigir o direito existente.²³⁰ Sarlet reitera tal ideia com outras palavras, ao falar de luta contra os retrocessos jurídicos, ao insistir que se tenha um mínimo de segurança e certa estabilidade das posições jurídicas dos cidadãos.²³¹

Assim, as propostas deste capítulo passam por todos estes itinerários.

3.2 A democracia e suas conexões

É preciso considerar que analisar a democracia tem um campo muito vasto, tanto teórico, como prático, por isso, para os fins pretendidos neste trabalho, faz-se necessário considerar algum itinerário limitativo. Desse modo, tem pleno cabimento limitar as abordagens, além de situá-la dentro da teoria dos círculos sociais. O caminho é seguir uma linha dos motivos pelos quais se têm para compreender a existência de insinceridades de algumas pessoas que estão no centro simétrico em introduzirem direitos e adotarem caminhos práticos deficientes ou por omissões. Desse modo, ao se constatar isso, buscar-se-á responder como pode ser diminuído o elemento autoritário para que o povo dirigido possa ser beneficiado de alguma forma e em alguma concretude dos seus direitos pelo povo dirigente.

3.2.1 Democracia e a limitação de sua abordagem

No item precedente, apresentou-se, de modo geral, o problema da democracia e se fez referência aos círculos sociais. Nesta parte da investigação, é preciso reiterar ou reafirmar que

230 PONTES DE MIRANDA. 1945. *Ibid.* Vol. 1, p. 145. A questão do acordo ou consentimento entre os homens também está na página 17 da mesma obra. *Idem.*

231 SARLET. Ingo W. 2015, *Ibidem*, p. 452.

ela, a democracia, tem vários caminhos, mas um deles é essencial, qual seja: a sua natural conexão com a liberdade e a igualdade. Pontes de Miranda consigna que sempre ao lado do problema da democracia existe o problema da liberdade e da igualdade, uma vez que estes se apresentam como os meios para realizar aquela, que se chama técnica, ou seja, democracia vai ter ligação com “[...] o como se faz, os bons resultados, a melhores resultados”.²³² Para Bobbio, trata-se mesmo de processo histórico e jurídico de interdependência do Estado liberal como pressuposto do Estado democrático, em que um vai em direção ao outro e vice-versa, ou se um cai o outro, também, pois:

[...] do liberalismo à democracia, no sentido de que são necessárias certas liberdades para o exercício correto do poder democrático, e na direção oposta que vai da democracia ao liberalismo, no sentido de que é necessário o poder democrático para garantir a existência e a persistência das liberdades fundamentais.²³³

Em outra passagem, Pontes de Miranda expressa a existência de uma linha histórica entre a democracia, a liberdade e a igualdade, pois passa pelos seguintes trajetos: realização, participação e desenvolvimento umas das outras. Cita o jurista que, por exemplo, democracia e liberdade efetivam a igualdade; ou a democracia começa onde certo número de pessoas já vêm participando da ordem estatal; a liberdade já aparece como condição do ser livre que vai se estendendo para a igualização de que todos sejam, de fato, livres; já a igualdade, também é condição, mas se opera lentamente, pois são muitos os afazeres.²³⁴

Outrossim, sob outra perspectiva, especialmente prática, para comprovar tal evidência acima, cita-se a lembrança de uma organização que usa ferramentas do mundo digital para monitorar os direitos políticos e as liberdades civis em vários países do mundo e que exhibe suas informações através do site <https://freedomhouse.org/>. Ela responde a diversas questões para verificar se um país é ou não uma democracia. Trata-se de uma lista grande, mas que vale a pena conferir, para o propósito de demarcar que a democracia está ligada às tarefas de liberdade e de igualdade, apesar de ser considerada apenas forma e não conteúdo e que, em alguns momentos, podem até se confundir. Enfim, remarque-se que, sem qualquer uma delas, há dúvidas se um povo tem ou não democracia.

São elas, em resumo: 1. Se as autoridades eleitas se submeteram às eleições livres e justas; 2. Se as leis eleitorais criam oportunidades iguais, eleições justas, contagem de votos; 3. Se os representantes eleitos têm poder real; 4. Se existe oposição com poderes de voto

232 PONTES DE MIRANDA. 1945. Vol. 1, p. 28.

233 BOBBIO, Norberto. 2015. *Ibidem*, p. 38/39. Entende-se que Bobbio englobou no conceito de democracia o próprio processo de socialização ou igualização.

234 PONTES DE MIRANDA. 1945. *Ibid.* Vol. 2, p. 449-450.

significativo; 5. Se as pessoas são livres de dominação de militares, potências estrangeiras, partidos totalitários ou outros grupos poderosos; 6. Se as minorias podem se autodeterminar, autogovernar e possuem autonomia, inclusive para participar de consenso a respeito, entre outros. Da mesma forma, sobre as liberdades civis, aquela instituição monitora: 1. Se existe liberdade de reunião, de demonstração ou discussão pública; 2. Se existe liberdade de organização política, incluindo partidos e organizações; 3. Se existem sindicatos livres; 4. Se existe Poder Judiciário independente; 5. Se o Estado de Direito prevalece em matéria civil e criminal, o que envolve o modo como as pessoas são tratadas, inclusive aquelas que estão em poder da polícia civil; 6. Se existe proteção contra terror político, prisões injustificadas e outras ocorrências similares; 7. Se existe liberdade em relação à indiferença do governo e corrupção extrema; 8. Se existem discussões privadas abertas e livres; se existe autonomia pessoal, ou seja, se há controle social do governo em viagens, residências ou amigos; 9. Se existem liberdade de doutrina excessiva e dependência do Estado; 10. Se os direitos de propriedade são garantidos; 11. Se há liberdades sociais, inclusive igualdade de gênero, e se há igualdade de oportunidades para possibilitar ganhos econômicos legítimos.²³⁵

Em segundo lugar, conforme Tilly, os observadores da democracia e da democratização geralmente escolhem, por modo explícito ou implícito, quatro principais tipos de definições para seus estudos, que ditam os seus conteúdos, quais sejam: “constitucional, substantiva, procedimental e orientada pelo processo (ANDREWS; CHAPMAN, 1995; COLLIER; LEVITSKY, 1997; HELD, 1996; INKELES, 1991; O’DONNELL, 1999; ORTEGA ORTIZ, 2001; SCHMITTER; KARL, 1991).”²³⁶

Em resumo, a democracia, sob uma abordagem constitucional, tem a ver com a observância da história, os tipos de governo, os arranjos legais, a visibilidade de formas constitucionais e, principalmente, se existem discrepâncias entre os princípios informadores e as práticas cotidianas. Com referência aos estudos por abordagens substantivas, estas veem as condições de vida e de política, o bem-estar do ser humano, deliberação política, solução pacífica dos conflitos, liberdade individual, igualdade social, segurança, equidade, entre outros. No tocante às abordagens procedimentais, observam-se um determinado conjunto de práticas, desde a definição do processo eleitoral até eleições competitivas, regulares, participação de número significativo de cidadãos, se estes têm poder de provocar mudanças significativas nos rumos governamentais. Sobre as abordagens voltadas para o processo,

235 TILLY, Charles. **Democracia**. Trad. Raquel Weiss. Petrópolis/RJ: Vozes, 2013, p. 15-16. ISBN: 978-85-326-4494-7.

236 TILLY, 2013. Idem, p. 21. Os destaques estão no original.

dizem respeito ao estudo de um conjunto mínimo de processos para que a democracia possa existir, como, por exemplo: participação efetiva de membros com várias visões; igualdade de voto com oportunidade efetiva de votar; controle de agenda, ou seja, se os membros têm oportunidades de pautar agendas do dirigente; se há inclusão de todos os adultos, residentes ou não, no processo de escolha dos dirigentes.²³⁷

Sarlet, com base em autores alemães, defende que a democracia, considerada na sua integralidade, tem relação com o Estado Social, a igualdade de chances e oportunidades e há um guia para ela, que é o valor de justiça material.²³⁸ Pontes de Miranda chega a dizer que a democracia, liberdade e igualdade são três princípios que construíram a civilização ocidental e servir a síntese dos três é servir ao presente e ao futuro.²³⁹

Montesquieu também considera:

O amor à república, numa democracia, é o amor à democracia; o amor à democracia é o amor à igualdade. O amor à igualdade é também o amor à frugalidade. Cada um deve possuir a mesma felicidade e as mesmas vantagens e ter as mesmas esperanças; coisa que só se pode esperar da frugalidade geral.²⁴⁰

Diante deste cenário, por opção livre metodológica, o melhor caminho para a tarefa que se propõe é fazer uma abordagem constitucional, embora de forma pontual possa se fazer uma incursão sobre uma postura substantiva da democracia, especialmente pela atuação dos Poderes Públicos. A justificativa geral é a de que a matéria vai passar pela relação entre os princípios e as regras, as posições do povo dirigente e as minorias, e da atuação dos órgãos públicos e os seus intérpretes. Na verdade, é preciso fazer esse encadeamento entre o poder, os direitos, as teorias e as práticas da democracia com outras implicações decorrentes da liberdade e da igualdade.

3.2.2 Democracia e as suas relações com a teoria dos círculos sociais de Pontes de Miranda

Os argumentos do ponto anterior expuseram a ligação natural da democracia com a liberdade e a igualdade, com base em visões teóricas e práticas; mas, neste item particular, interessa o aprofundamento dela nas suas relações com a teoria dos círculos sociais em Pontes

237 TILLY, 2013, p. 21-22.

238 SARLET, Ingo W. 2015b. *Ibidem*, p. 63.

239 PONTES DE MIRANDA. 1945. Vol. 2, p. 660.

240 MONTESQUIEU. *Ibidem*. Posição 1758. Não há indicativo de ano. Cabe, apenas, por curiosidade, dizer que a frugalidade de que Montesquieu fala acontece no sentido de uma das definições do termo no dicionário: “[...] Qualidade da pessoa que se comporta comedidamente; em que há simplicidade; maneira sóbria de se portar”. **DICIONÁRIO ON LINE**. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/frugalidade/>> Acesso em 26.10.2018.

de Miranda. De fato, a justificativa é plausível. A democracia refletida junto com a liberdade e a igualdade corresponde quase a uma obsessão entre os fins (democracia) e os meios (liberdade e igualdade), a forma (democracia) e a substância (liberdade, igualdade ou direitos correlatos), a produção (liberdade) e a distribuição (igualdade), o geral e o particular, o subjetivo e o objetivo, o individual e o coletivo.

Nesse ínterim, a teoria dos círculos sociais de Pontes de Miranda (1922-1978) coloca a questão nos seus devidos termos, pois poderá ajudar a compreender e resolver um enigma da esfinge proposto pelo mesmo jurista, pois está no centro do problema da democracia que relaciona teorias e práticas, qual seja: como não sacrificar o indivíduo para servir a humanidade, nem descurar a humanidade para aproveitar o indivíduo?²⁴¹

Tal quebra-cabeça é montado a partir do momento em que se sabe, por exemplo, que nem todo entendimento jurídico vem, necessariamente, do universo jurídico,²⁴² mas vem como que enlaçado com outros processos sociais, como: a moral, o econômico, o político, entre outros. Por isso, é a maior das dificuldades ter que distinguir o que é jurídico e o que não é. Depois, as teorias e as práticas são dissonantes na maioria das ocasiões, como se apontaram em alguns exemplos mencionados no capítulo segundo.

Com efeito, a grande decepção é inteirar-se de que os entendimentos jurídicos, por vezes consolidados, não levam, fatalmente, às práticas jurídicas generalizadas. É como se não se internalizassem ou se cristalizassem na vida das pessoas.²⁴³ Tal ideia ocorre pela tomada, por analogia, da lembrança de charada não resolvida pela filosofia moral em todos os tempos, segundo Douzinas: “[...] que o entendimento moral não leva necessariamente a uma ação moral”.²⁴⁴

241 PONTES DE MIRANDA. 1922. *Ibid.* Vol. 2, p. 543.

242 SAAVEDRA, Giovanni Agostini. **Jurisdição e democracia**: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 19. ISBN: 978-8573484427. Este autor fala da práxis jurídica onde os juízes usam critérios outros que não os contidos em textos de lei, etc.

243 Um grande exemplo são os direitos trabalhistas. Desde a criação da Consolidação das Leis do Trabalho de 1943, mais de 500 reformas legislativas se sucederam e, dados de 2016, há registro que ingressavam 3,9 milhões de demandas e existem 2,5 milhões de processos em tramitação, segundo dados do TST – Tribunal Superior do Trabalho. Certo que com a Reforma Trabalhista de 2017 houve a mudança de cerca de 100 artigos as causas vem diminuído, especialmente porque mudou a ordem das fontes, mas é cedo para fazer conjecturas. Vide os dados de contagem segundo o Portal UOL de economia: Acha a reforma trabalhista ultrapassada: Veja quantas mudanças já foram feitas em 74 anos. **Portal UOL ECONOMIA**. Acesso em 27 nov. 2018. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2017/05/28/acha-a-clt-ultrapassada-veja-quantas-alteracoes-ela-ja-sofreu-em-74-anos.htm>> Acesso 28 nov. 2018. Vide matéria sobre o tema do número de ações trabalhistas: Brasil é campeão de ações trabalhistas no mundo? Dados são inconclusivos. **UOL NOTÍCIAS**. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/confere/ultimas-noticias/2017/06/27/brasil-e-campeao-de-acoes-trabalhistas-no-mundo-dados-sao-inconclusivos.htm>> Acesso em 28 nov. 2018.

244 COSTA DOUZINAS. 2009. *Ibidem*, p. 50.

Por isso mesmo, para se estudar a democracia é preciso alertar-se da necessidade de olhar o passado e o presente, ao mesmo tempo, como o piscar de olhos, para se incluir aqui a ideia desenvolvida no primeiro capítulo, extraída de Agaben, de que os fatos em todas as épocas são os mesmos e que o que muda mesmo é a extensão deles.²⁴⁵ Repete-se tal ideia porque, na democracia que relaciona: o estado de liberdade, o estado de igualdade e os princípios jurídicos, vai ter impacto saber que os direitos de cada ciclo histórico – desde a sua criação, a sua construção, a revelação, a aplicação, a internalização social, a manutenção, restrição e o novo pelas reformas dos esquemas da vida – somente serão pedaços do jurídico em que os fatos são encerrados ou limitados. Dito de outra maneira: os intérpretes e as pessoas integrantes dos Poderes Públicos fazem apenas uma providência, que é o “acertamento do fato”, desde que se insista no compartilhamento do primado da lei.²⁴⁶

Só que o primado da lei, estudado a partir da teoria dos círculos sociais de Pontes de Miranda (1922-1978), terá um propósito um tanto diferenciado. No segundo capítulo, foram delineadas algumas ideias sobre os círculos sociais e alguns princípios relacionados a eles, mas, neste, o fito é fazer um enfoque mais profundo, como já se mencionou acima. Neste compasso, enfatize-se, em primeiro lugar: é preciso reiterar o registro de que há uma teoria dos círculos sociais na doutrina de Pontes de Miranda, porque a estruturação de quase toda a sua doutrina acontece a partir de tal configuração, pois se refletiu sobre os fatos que nela são produzidos e as relações que lá se formam. Ele até chamou de fato jurídico o direito que se produz, tamanha era sua paixão pelas realidades sociais. São suas estas palavras esclarecedoras, que vale a pena transcrever porque é central para esta investigação:

A Historia, a Ethnologia e, até certo ponto, a Pre-historia mostram-nos que as organizações humanas surgem e se sucedem no sentido de círculos cada vez mais largos e de cada vez maior integração dos grupos sociais. Ethnologos falam em lei de aglutinação crescente; os moralistas, de expansão e desenvolvimento da solidariedade; sociólogos, interessados na phenemologia do político, crescimento dos imperialismos e da absorção estatal; economistas, de progressiva interpenetração dos interesses e conseqüente federalismo econômico; [...].²⁴⁷

A releitura de tal teoria a partir da democracia em relação à liberdade e à igualdade é imperiosa, porque se desejou e deseja a harmonia de “sistemas autônomos de causalidade”,²⁴⁸

245 AGAMBEN, G. 2013. *Ibidem*. Posição 872-884.

246 FARIAS, Domenico. **Idealità e indeterminatezza dei principio costituzionali**. Milano: Dott A. Giufré Editore, 1981, p. 4-6. Tradução livre do pesquisador. Sem ISBN.

247 PONTES DE MIRANDA. 1932. *Ibidem*, p. 15.

248 PONTES DE MIRANDA. 1922, Vol.1, p. 97. Só para deixar remarcada a lembrança: os textos transcritos estão conforme a linguagem da época. Sobre a obra *Systema de sciencia Positiva do Direito*, aduz-se foi publicada inicialmente em 2 volumes em 1922. Posteriormente, fora republicada em 4 volumes. Consigna-se que a única diferença entre a primeira e a segunda publicação foi que, na segunda, de 4 volumes, Pontes de Miranda fez um capítulo final com 21 páginas no volume 4. No mais, as obra são idênticas.

que são os indivíduos ou grupos de círculos diferentes. Ademais, segundo o jurista: “Cada categoria de círculo social possui o seu ‘sistema’ e não devemos querer que as leis científicas se apliquem e sejam reconhecidas, se não tomamos em consideração o caráter relativo do tempo”.²⁴⁹ Ou, ainda: “Os círculos sociais impõem condições especiais, tanto mais expressivas, na sua atuação, quanto mais independentes uma das outras.”²⁵⁰ Da mesma forma, conforme tal jurista: “Mas a relatividade não é apenas produto da diferença que existe entre o conteúdo dos círculos sociais. É uma relatividade em todos os sentidos.”²⁵¹ Por fim, aquele jurista é mais explícito ao relacionar moral e os fatos sociais:

Segundo a nossa teoria dos círculos e a possibilidade de interseções no espírito individual, será fácil entender a adesão do indivíduo aqueles fins últimos, que são apenas desígnios existenciais dos círculos.²⁵²

Portanto, a própria democracia pode ser captada a partir do que ocorre nos círculos sociais, mas isso não diz tudo. É preciso ir além para encontrar algum ponto comum entre ambos.

3.3 Democracia e um dos seus fundamentos pela teoria dos círculos sociais

O conteúdo do item precedente apontou, de modo geral, que os fenômenos sociais são explicados através dos círculos sociais pelas relações que ali são formadas. Nesta perspectiva, não é exagero dizer que a democracia tem um dos seus fundamentos a partir de um círculo ou algo parecido. É só lembrar quando algum grupo foi deliberar ao redor de uma fogueira e, depois, o povo, em praça pública. Como continuam, hoje, a fazer, como acontece nos seus parlamentos, por seus representantes, em formas de círculo ou semicírculo.

Pontes de Miranda consigna que a democracia está ligada ao momento em que as pessoas passaram a participar das assembleias pré-históricas, quando se eliminou o líder, onde começou a discussão e, depois, a reflexão e, em seguida, a possibilidade de ceder àqueles que estavam mais certos; assim sendo, oportunizar a todos duas ocorrências: servir a comunidade e ter o sentimento de poder.²⁵³

Para aquele jurista, a assembleia fez o animal humano diferente dos outros, como se viu no primeiro capítulo. Um animal humano que pensa, usa e reusa o histórico do

249 PONTES DE MIRANDA. 1922. Vol. 1, p. 146/147.

250 Idem. Vol. 1, p. 159.

251 Cf. PONTES DE MIRANDA. 1922. Vol. 1, p. 160.

252 PONTES DE MIRANDA. 1922. Ibid. Vol. 1, p. 266. Pontes de Miranda consigna a expressão “nossa teoria dos círculos sociais” em várias passagens de suas obras, especialmente constitucionais, e que aqui se deixa de fazer referência. O importante é deixar registrado que ele construiu uma teoria dos círculos sociais.

253 PONTES DE MIRANDA, 1945. Ibid. Vol. 1, p. 265.

aprendizado, a herança do vivido, e nasce desses primeiros círculos, quando é capaz de deliberar nas reuniões e refletir, seguindo os indicativos do momento.²⁵⁴ Trata-se, aqui, do nascimento da ciência como aquela que aponta os caminhos²⁵⁵ e, na hipótese, só propõe o que foi, o que é, e tem probabilidade de ser com a respectiva solução, que são os julgamentos ou indicativos.²⁵⁶

É manifesto, como se disse anteriormente, que existem vários círculos, entre visíveis e invisíveis. Estes últimos, apesar dessa característica, são perceptíveis e se confundem com o poder invisível ou Estado invisível. Bobbio reconhece como problema da democracia a existência de um poder invisível – de um Estado visível e um Estado invisível. O invisível ligado à prática sigilosa, do não apreço à publicidade, e agravada, nos tempos modernos, pelo controle do cérebro eletrônico sobre o que fazem os cidadãos.²⁵⁷

Voltando-se ao tema propriamente dito, como referido no segundo capítulo, pode-se dar como exemplo de círculos: a família, o território, a cidade, o Estado, o país, a humanidade e atualmente, o que está se formando, o círculo em torno das tecnologias. Há círculos formados pelos processos de adaptação social, como a política, a economia, a religião, o direito, a moral, a arte e a ciência, entre outros, e círculos de indivíduos ou grupos ligados a cada um destes processos com interações recíprocas.

Pontes de Miranda chegou a construir a ideia de que haveria em cada processo de adaptação social acima um coeficiente antidemocrático em ordem decrescente, ou seja, a política teria o maior grau, enquanto a ciência possui o menor deles.²⁵⁸

Explica-se, assim, o motivo pelo qual a teoria dos círculos sociais em Pontes de Miranda insistir muito na adoção de método científico, técnico e objetivo para solução dos

254 PONTES DE MIRANDA. 1953a. *Ibidem*, p. 90.

255 Por isso o nome do livro de Pontes de Miranda: “Garra, mão e dedo”, 1953a. Ele quis mostrar os sinais da evolução do animal que passa ao humano. Hoje, poderíamos dizer outros aperfeiçoamentos como extensão do dedo, a exemplo do lápis, caneta, o livro, o computador, celular e a robótica em geral, uma vez que se avança da era do ‘eu sujeito’ para a era do ‘eu digital.’

256 PONTES DE MIRANDA, 1945. *Ibidem*, vol. 1, p. 35.

257 BOBBIO, Norberto. 2015. *Ibidem*, p. 51/53. Bobbio sobre Estado visível e Estado invisível cita o cientista político Alan Wolfe em “The limits of legitimacy: Political Contradictions of contemporary Democracy” de 1977. Este pesquisador não encontrou este trabalho no mercado brasileiro para maiores aprofundamentos, mas concorda que há, tanto pelas teorias dos círculos de Pontes de Miranda, como mencionado na obra de Laurence H. Tribe, “The Invisible Constitution”, 2008. Só para comparar, tal Estado invisível lembra o que os cientistas físicos encontraram como matéria não visível no Universo e que é chamada de matéria escura. O fato de esta ser percebida foi em razão de que os corpos celestiais distantes teriam que se mover em certa velocidade, mas isso não acontece, pois são desacelerados por suposta matéria “invisível”. Vide matéria a seguir: A matéria escura: após muitos anos de observação, cientistas detectaram uma matéria não visível no universo, a matéria escura. **PORTAL BOL MUNDO EDUCAÇÃO**. Disponível em: <<https://mundoeducacao.bol.uol.com.br/fisica/a-materia-escura.htm>> Acesso em 28 nov. 2018.

258 PONTES DE MIRANDA. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1981, p. 4-5.

problemas sociais, pois, com o menor coeficiente autoritário, as pessoas teriam maior facilidade de adesão, vivência e equilíbrio. Ele mesmo reitera que tal método tende a conciliar os homens,²⁵⁹ e com ele, todos podem revelar o direito;^{260 261} que tem base em fatos, estes que, na verdade, são relações.

Por outro lado, se a democracia, inicialmente, teve esse viés de compartilhamento de poder e, por via de consequência, a diminuição do autoritarismo, isso foi natural para ela continuar a funcionar com algum resultado. O caso é que não há como escapar de algum grau de autoritarismo nos círculos sociais, pois está na raiz da demarcação da posição do indivíduo ou grupo nos círculos sociais. A verdade histórica foi a de que foi em torno de um elemento forte, seja a moral, o religioso, o econômico, político, etc., que foram acontecendo às agregações, a respectiva formação dos círculos e a diluição de tal componente de força em vários outros círculos.

Dessa forma, igualmente, o que interessa para o estudo da democracia nas relações das práticas de liberdade e de igualdade é o primeiro dos círculos, o qual, no capítulo anterior, chamou-se de simétrico. Trata-se de um lugar onde as pessoas e seus direitos têm uma eficácia protetiva maior do que aqueles que estão fora de tal centro. Dito de outra maneira, compreende-se que tal centro-círculo foi e continua a ser, como se pode expressar, formado também com a associação de grupos ou pessoas de outros círculos, os quais foram se reunindo. Ele teve, tem e é renovado continuamente pelas pessoas ou grupos que assumiram as posições privilegiadas na sociedade e são devidamente reconhecidas em termos econômicos, políticos, etc. Particularmente, confunde-se com o espaço ocupado pelas elites e os círculos próximos delas. Outras vão adquirindo esse status quando começam a entrar neste círculo centro ou próximo dele e que vem de círculos das classes intermediárias e do círculo das minorias.²⁶²

Bobbio concorda com a existência de vários centros de poder no modelo real e atual da democracia, o que fez os estudiosos da política reconhecerem a existência de uma sociedade policêntrica.²⁶³ Para a teoria dos círculos sociais, todos esses centros de poder que

259 PONTES DE MIRANDA. 1924a. *Ibid.*, p. 224.

260 PONTES DE MIRANDA. 1922. *Ibidem*, p. 455.

261 Cf. PONTES DE MIRANDA. **Introdução à sociologia geral**. 2. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1980, p. 22. Sem ISBN, mas aparecem os seguintes números: CDD – 301, CDU – 301 e 80-0220. 1980. *Ibid.*, p. 20. Tem muitas outras citações, uma espécie de proposta do jurista, para que a sociedade adote o método científico para revelar o direito que, para ele, se encontra nas relações sociais, entre fenômenos, etc. Isso será apresentado com maior clareza no capítulo 4 desta pesquisa.

262 Toda essa construção da teoria dos círculos é uma simplificação da obra de Pontes de Miranda desde 1922, embora com interpretação livre do pesquisador para integrar os dados sistematizados e atuais, como a questão das tecnologias, das classes intermediárias e das minorias.

263 BOBBIO, Norberto. 2015, p. 43.

concentram os sujeitos politicamente fortes, estariam reunidos naquele chamado centro simétrico.

Neste percurso de raciocínio, viu-se que desde aquela primeira assembleia, como poderia dizer Pontes de Miranda, os seres humanos tentam repetir o fato possível²⁶⁴ através dos seguintes verbos: reunir, discutir, refletir, indicar ou julgar, ceder, fazer ou não fazer. Tal fato possível é tentar repetir as primeiras assembleias, onde parece ter havido um equilíbrio entre o que foi produzido e o que foi distribuído, mas se conseguiu apenas em parte. O motivo disso foi o de que se apresentou muita produção por muitos, especialmente a partir do regime capitalista, enquanto que a maior parte da distribuição foi destinada a poucos. Este é um dos pilares da desigualdade.

Igualmente, a razão do por que os seres humanos não conseguem foi o fato de existirem mil e um atalhos que se concebe a reflexão, a razão e a decisão, como dirá Pontes de Miranda.²⁶⁵ Isso aconteceu, e ainda acontece, em verdade, porque fizeram e ainda fazem os julgamentos, ora de fato, ora valor sobre a produção e o consumo, o liberalismo e a socialização, as diversas formas de regime, as chamadas regras de forma e as regras de fundo, assim, configura-se a necessidade permanente de reestruturar e equilibrar por diversas vezes aquele fato possível.²⁶⁶

Neste sentido, nesse universo social construído entre os julgamentos de fato e os julgamentos de valor houve e permanece a necessidade de justificar a obediência. É fato que a filosofia política do final do século XVIII e século XIX desejou responder as duas questões que se parecem, mas são diferentes: “por que obedecer?” “Por que devo obedecer?” Foram

264 PONTES DE MIRANDA. 1922. Volume 2, p. 3-4. Trata-se do desenvolvimento contínuo como faculdade de repetir o fato possível, que é o como resolver os problemas sociais a partir de: armazenar material suficiente, estudar a relação entre o homem que reflete e o conhecimento, conhecer o bem e o mal, ser senhor do método científico e submeter-se para vencer. Talvez incorporar a promessa da Serpente no Paraíso quando tentava convencer Adão e Eva a comerem a maçã: “[...] no dia que dele comerdes ser vos abrirão os olhos, e como Deus, sereis conhecedores do bem e do mal”. BÍBLIA SAGRADA. 1993. Gênesis, Cap. 3, versículo 5. Ibid.

265 PONTES DE MIRANDA. 1980. Ibidem, p. 22. Tal jurista cita Camões para descrever a relação entre as causas e as consequências humanas, as quais, no que toca à complexidade, podem ter algumas concordâncias, mas outras são inexplicáveis. A frase de Camões é essa: “Efeitos mil revolve o pensamento e não se sabe a que causa se reporte”.

266 É tão importante essa discussão entre os julgamentos de valor *versus* os julgamentos de fato que percorre toda a obra “Democracia, liberdade e igualdade: os três caminhos”, de Pontes de Miranda, 1945. Ele cita várias vezes como matéria que fez a democracia avançar ou retroceder, como nas seguintes páginas do volume 1: 35, 105, 161-162, 166-167, 171, 194, 206, 240, 281, 348, 379. No volume 2, foram as seguintes páginas: 468, 491-494, 496, 515, 528-529. PONTES DE MIRANDA, 1945. Ibid. Veja-se, por exemplo, este pensamento, que é marcante: “O homem, com que nós tratamos, quando temos de escrever Constituições, é o homem histórico. Histórico, em duplo sentido: primeiro, porque as suas ‘instituições’ vieram do passado, cheio de preconceitos e de julgamentos de valor a respeito do homem, ensinados pelos dirigentes (reis, nobres; ricos, pobres; brancos, mulatos, pretos, indígenas); segundo, porque os preconceitos e julgamentos de valor de ordem jurídica criaram ordem social, que é a ‘realidade’ que encontramos”. Idem, vol. 2, p. 491. Adverte-se novamente que os textos como citados na obra de Pontes de Miranda estão conforme identificados nelas.

dadas muitas respostas – que não convém relatar, pois não é o propósito desta investigação –, mas foi uma tentativa de conciliar os desejos dos homens com algum princípio sensível que garantisse essa ordem e que expressasse as verdades de tal objetivo conquistado no tocante ao mundo exterior.²⁶⁷

Porém, o dado da realidade foi o de que se houvesse um julgamento de fato, indicativo no presente, para determinar que as pessoas não fossem a determinado lugar, alguns não iriam cumprir; se houvesse assinalação de que era proibido matar o semelhante, mesmo assim, alguns matavam; se se aconselhava uma prestação positiva a alguém para resgate de miséria ou se lhe fosse ofertado algum bem, poderia fazer ou não. Por isso, as pessoas ou grupos que se acomodaram nos centros simétricos precisavam de mais um verbo para restaurar o fato possível. Tal verbo foi: mandar, ou impor, ou reger, ou uma governança por leis. Eis o nascimento o primado da lei para a teoria dos círculos sociais.

Esse marco do autoritarismo vai conviver com formas e graus diferentes nos processos de adaptação social e cresce quando se vai da arte até a moral, depois ao direito, em seguida à religião, após à economia e, por fim, à política. Pontes de Miranda chegou a criar um método chamado de “Análise sócio-psicológica” em 1925, em livro que diz que sumiu do mundo. Em tal obra poder-se-iam investigar e conhecer as tendências dos indivíduos ou dos grupos, dando certos números àqueles processos segundo o nível de autoritarismo de cada um. Para tanto, bastava fazer perguntas adequadas a cada um dos processos de adaptação para saber as preponderâncias das inclinações.²⁶⁸ Não vem ao caso aqui seguir por essa linha e que foi apenas nomeada em razão da influência do autoritarismo nos círculos e na influência sobre as mentalidades, estas que serão colunas para saber que é jurídico e o que não é.

267 BERLIN, Isaiah. **La traición de la libertad**: seis enemigos de la libertad humana. Formato: E-Book Kindle [recurso eletrônico]. Editado por Henry Hardy. Fondo de Cultura Económica: México, 2017. Posição 395-307. ASIN: BO73DT25PC. Disponível na Amazon.com.br. Tradução livre do pesquisador.

268 Relatos foram efetivados a partir de Conferência perante a Liga de Higiene Mental, Rio de Janeiro, 17 de maio de 1928 e publicado em “O Globo”, repórter desconhecido. Disponível no Memorial Pontes de Miranda e constante do acervo no Tribunal Regional do Trabalho da 19ª Região, Alagoas. Sobre o livro que sumiu, ele mesmo disse em entrevista ao jornalista Ivan Barros: “Este assunto me aborrece. Roubaram este livro da minha casa. Já procurei em todo o Brasil e até no estrangeiro [...] Eu mostro que todos nós temos os sete processos de adaptação social que são os principais para os homens e as sociedades humanas. Esses processos são: religião, moral, arte, economia, política, direito e ciência. São os principais; existem outros, como a moda, etc. Este livro eu o considero o mais importante que escrevi. Neste meu livro fiz testes em grandes personalidades da época, principalmente o Presidente Epitácio Pessoa que tinha em primeiro lugar: a moral, depois religião, depois direito, depois política. Chegou a Presidente. Fiz testes [...]”. Vide esta entrevista e outras: BARROS, Ivan. **Pontes de Miranda**: o juriconsulto. Editora Vala: Brasília, 1981, p. 60/61. Sobre tal livro “que sumiu do mundo”, este pesquisador tem uma tese seguinte: sente e crê que o jurista Pontes de Miranda realmente fez tal livro, mas, consciente ou inconscientemente, o ocultou em diversas obras, aqui referido apenas para que possa instigar outros pesquisadores a descobri-lo.

Aqueles processos de adaptação, por outro lado, são compreensíveis, do ponto de vista humano, para explicar a existência de pessoas ou grupos considerados sensíveis, insensíveis e ultrasensíveis.²⁶⁹ Cuida-se de captar uma antiga discussão e ação humana de ficar entre o altruísmo e o egoísmo no trato com outras pessoas. O direito tem também essa inflexão e se percebe que pode ser sensível e insensível, quando, por ilustração, na história, foi utilizado para pensar no outro. Basta ver o grande número de regras internacionais e nacionais insistindo no respeito e consideração aos direitos humanos. Por outro lado, pode ser insensível, quando o nível de efetividade ou as práticas reais deles são deficientes.

A religião é um dos processos de adaptação ultrasensível. Dá-se exemplo quando se percebe, na história, como Jesus Cristo ou Gandhi foram capazes de dar a vida por uma causa nobre, ou impediram injustiças contra os semelhantes por noções muito elevadas de moral. Um dos processos considerados insensíveis é o da economia, porque o capitalismo tem sérios problemas de fatura de acumulação de bens e convive com a deficiência ou incompetência de distribuição destes mesmos bens. Basta lembrar o capitalismo. Desde a sua origem no início do século XIX, estruturou-se sob a base da desigualdade social e, já no início do século XX, sob forte onda de críticas, muitas delas revolucionárias, foi obrigado a aceitar a arquitetura do Estado de Bem Estar Social e seu ponto alto de distribuir renda e poder.²⁷⁰ Franco e Moreira, ao relatarem as circunstâncias sociais, culturais e políticas da história da Justiça do Trabalho no Brasil, constatarem o terreno sensível da história com os conflitos entre senhor e escravo, patrão e empregado, riqueza e miséria, orgulho e opressão. Eles exemplificaram desde escravização dos índios e negros até a experiência da utilização do trabalho livre, além dos vários percursos lentos de inserções sociais dos trabalhadores no sistema de proteção.²⁷¹

Desse modo, em todos esses processos de adaptação social, a questão do autoritarismo é central para saber se uma democracia funciona. A proporção que se tem em conta é a de que quanto maior for o elemento autoritário nos círculos menor será o curso da democratização. O contrário será verdadeiro: quanto menor for, maior a tendência de estabilização, de equilíbrio, especialmente se for utilizado o direito. Essa é uma das primeiras

269 Pontes de Miranda fala dos graus de sensibilidade dos fenômenos sociais, tais como religião, moral, direito e economia. Consigna que religião é ultrasensível de adaptação do homem à vida social, depois vem a moral, o jurídico e o econômico. Cita este último como o mais imediato e caracteristicamente material. PONTES DE MIRANDA. 1922. Volume 1, *Ibidem*, p. 248-250. Todas as ideias em diante tem origem nestas passagens do jurista.

270 DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego**: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução. São Paulo: LTr, 2005, p. 28-29. ISBN: 85-0361-0770-7.

271 FRANCO, Raquel Veras; MOREIRA, Leonardo Neves. *História da Justiça do Trabalho no Brasil: o olhar do TST. A história da Justiça do Trabalho no Brasil*: multiplicidade de olhares. Brasília: Tribunal Superior do Trabalho-Comissão de Documentação, p. 15-36. CDU: 347.998.4 (81) (091), CDD: 341.68.

razões pelas quais as práticas não seguem as teorias, o que, em resumo, acontece pelos choques entre os indicativos da ciência e os imperativos de outros processos de adaptação social, bem como dos elementos sensíveis e de insensíveis no curso da relação entre os círculos. Todos são resultantes do maior entrosamento do direito, da política, da moral e da economia

Pontes de Miranda reconhece tais colisões: de indicativos versus imperativos, de altruísmo versus egoísmo, de sensíveis versus insensíveis. Assim, consigna que a questão do problema humano, especialmente das desigualdades, é problema político e que as democracias só se salvam se resolvê-lo, ou seja, “[...] para resolvê-lo os países têm de ser depurados de todos os defeitos e vícios que impedem liberdade, igualdade e democracia”.²⁷² Reitere-se que, como se disse antes, crê-se que aquele jurista tenha falado assim, pois a política é o processo de maior grau de conteúdo autoritário.

Evidente que um os percursos daqueles que optam pela democracia passa por resolver esse conflito permanente dos indivíduos ou grupos entre ficar com os indicativos ou se submeter aos imperativos, ou transitar de processos sensíveis e insensíveis. Tal fato aponta que os homens são imperfeitos, por isso, justifica-se a existência de governos.²⁷³

Pontes de Miranda diz que tal assertiva se deve, também, à maior discordância entre o direito e a lei;²⁷⁴ assim, insiste na adoção de método científico, objetivo, justamente o menos autoritário possível, que ponha nas mãos dos órgãos do poder e dos intérpretes o mesmo critério: identificar as discordâncias sem confundir versus o que é prática arbitrária que, não raro, é contraditória. Quer dizer o seguinte: os processos sociais, especialmente o Direito, devem atuar na ordem prática para converter os indicativos da ciência em imperativos da administração pública.²⁷⁵

E isso vem acontecendo na história de forma trôpega e é explicado até mesmo pela literatura. Neves, ao analisar as obras dos dramaturgos gregos, por exemplo, justifica a invenção do Direito quando, de um lado, sugere que houve a busca por valores da democracia, a análise da culpa, o julgamento com oportunidades de defesa e feitos por iguais, a busca da justiça; de outro, quando o Estado partiu para o abuso, a incivilidade, a injustiça, a ditadura.²⁷⁶

272 PONTES DE MIRANDA, 1945. *Ibid.* Vol. 2, p. 637.

273 Cf. PONTES DE MIRANDA. 1924a. *Ibid.*, p. 125.

274 Cf. PONTES DE MIRANDA, 1922. Vol. 1, p. 497.

275 Cf. PONTES DE MIRANDA, 1922. Vol. 2, p. 630.

276 NEVES, Jose Roberto de Castro. **A invenção do direito**: as lições de Ésquilo, Sófocles, Eurípedes e Aristófanes. 1. ed. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2015, p. 260-261. ISBN: 978-675854-86-1.

Pontes de Miranda chega a dizer que, algumas vezes, tem que se “tentar enganar” o político para que se tenha a verdade científica do jurídico. Eis as suas palavras textualmente, pois é importante transcrevê-las para que não haja dúvidas sobre o que quis dizer:

Se dermos a devida atenção ao phenomeno juridico como especifico e eliminarmos a importância do fato politico, que se assenhoriou do direito, como outrora já dominara a religião, logo nos convenceremos de que – após a depuração do que não é jurídico na materia simuladamente tida como tal – é à sciencia e a outros processos espontâneos da intelligencia e do instincto que se deve a mole immensa do cabedal jurídico dos povos. E então veremos que as leis são mais perfeitas e positivamente leis, na medida em que a actividade scientifica consegue utilizar, impor-se, ou, por vezes, enganar a função politica, isto é, na proporção em que participa da condensação ou criação leal e verdadeira da regra de direito.²⁷⁷

Tais indicativos e imperativos posicionaram e reposicionam as pessoas nos círculos sociais e no centro simétrico apesar de, habitualmente, ficarem neste último aqueles grupos que detêm maior força econômica, jurídica, científica, religiosa, etc. Tais arranjos em torno desses indivíduos e grupos vão permanecer até os dias de hoje e Pontes de Miranda os ironiza, chamando-os “guardas do templo”, ou seja, aquelas pessoas ou coligação que fecharam o primeiro círculo e o fizeram simétrico somente para eles, quem eles deixam entrar e para quem quer que se possa entrar por outros tipos de força, como tomada de poder, ou riqueza repentina. No cerne, aqui se tem a origem dos privilégios. Para aqueles que estão no centro simétrico, como já se disse, confirma-se o que se percebe pela história social de que os seus direitos têm maior eficácia e são eles que fazem, interpretam e aplicam as regras e até entram numa espécie de luta contra os indicativos da ciência.²⁷⁸

Como se mencionou acima, esses embates entre os indicativos e os imperativos, que dominam o direito do passado até hoje, acontecem especialmente em razão da liberdade e da igualdade. Sim, a liberdade na democracia foi ligada à reflexão, tem uma evolução moral e jurídica especial no desenvolvimento dos povos. A explicação plausível favorece ao entendimento de que tais confrontos são responsáveis por reações sociais quando as pessoas de poder do centro simétrico captam o elemento autoritário para fazer as ações. Desse modo, as suas atividades têm um quê de contradição, pois assumem vários compromissos de proteção, segurança, alimentação, trabalho, saúde, moradia, assistência, etc. e cumprem de forma precária o atendimento dessas necessidades sociais, especialmente para aquela parte da classe média desfavorecida socialmente e para as minorias, por exemplo.

Na ocorrência da hipótese acima, tem-se o que Pontes de Miranda consigna sobre o fato de que, não atendidas àquelas promessas ou compromissos, os homens partem para novas

277 PONTES DE MIRANDA. 1922. *Ibidem*, vol. 2, p. 229-230.

278 PONTES DE MIRANDA. 1922. *Ibidem*, vol. 1, p. 483-484.

descobertas e escolhem a tendência que hão de seguir, além da adoção de regra moral, por isso, a conquista milenar da liberdade se relaciona à personalidade, à reflexão, e não ao egoísmo e imposição do eu.²⁷⁹

Pode-se até pensar que alguns ou todos os direitos nos círculos sociais para movimentar as pessoas decorrem dessas reações, mas não é totalmente assim. Daí também inferir que os dirigentes descobrem fórmulas de contenção para reações, especialmente no uso da fórmula da legalidade descrita na passagem do termo “na forma da lei”. Assim, toda liberdade já começa relativa. Tanto é verdade que, por exemplo, encontra-se repetido em todas as Constituições brasileiras, que é o preceito do inciso II do art. 5º da Carta atual, qual seja: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.²⁸⁰

Por outro lado, já as transformações da democracia no que diz respeito à igualdade encontram-se em admitir que mais e mais pessoas ingressem naquele círculo centro simétrico, ou fique próximo deste, e isso implica uma série de fatos, desde a abolição de escravidões, de servidões, até o reconhecimento de votos iguais e de iguais perante o poder público, como já dito anteriormente.²⁸¹

Neste sentido, sobre o combate às desigualdades, para Pontes de Miranda, tal evento pode acontecer quando se dá por alteração ou aumento, como resultado de mudanças na ordem política e econômica; ou, por diminuição, ou mutilação. Esta, a mutilação, tem origem em guerras, invasões que resulte em escravidão e servidão.²⁸²

De fato, reconheça-se que esse primeiro círculo de poder foi formado por vários indivíduos ou elementos de outros círculos, advindos de outros processos de adaptação social, mas dotados de força, como já reiterado. Estes desenvolveram as instituições políticas para a paz, para a proteção e depois para garantir as trocas comerciais, inclusive de propriedade. Tais núcleos foram mudando com o tempo; e a democracia, especialmente a moderna, vai ter origem a partir do momento em que os dirigentes concordam com as regras formais de limitação do seu poder e aceitam sujeitar a sua soberania à vontade da maioria. Assim, as

279 PONTES DE MIRANDA. 1945. *Ibidem*, vol. 1, p. 270/272.

280 BRASIL. [CONSTITUIÇÃO, 1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. [2018].

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 27.100.2018.

281 PONTES DE MIRANDA. 1945. *Ibid.* Vol. 2, p. 449.

282 PONTES DE MIRANDA. 1945. *Ibidem*, vol. 2, p. 456.

categorias de instituições que estão na base da construção e desenvolvimento da democracia tal como se conhece hoje são: o Estado, o Estado de Direito e um governo responsável.²⁸³

A democracia funcionou e ainda é assim, a partir desse pilar que é a limitação do poder dos indivíduos e desses grupos do centro círculo simétrico, como a raiz de seu sucesso. Sarlet concorda em outros termos, quando aponta que a história dos direitos fundamentais tem ligação com a limitação do poder e que a democracia tem um papel relevante neste contexto, talvez porque aqueles direitos seguem como instrumento de interpretação jurídica e, bem assim, deram a origem ao Estado constitucional moderno, especialmente por incentivar o respeito à dignidade e os direitos do Homem.²⁸⁴

Pontes de Miranda, ainda, ressalta o papel das tecnologias para limitação do poder e realização de uma melhor democracia. Tais tecnologias da época foram expedientes de poder, como a pólvora, máquinas a vapor, a eletricidade, isso quando colocou mais poder nas mãos de mais gente e tornou-se complexo para um ou alguns terem um grau de domínio sobre a maioria.²⁸⁵

Se pensarmos nos dias de hoje, as redes sociais e o mundo estão conectados pela Internet e têm um impacto gigantesco nessa percepção de uma melhor democracia e na diminuição do autoritarismo, embora caminhe de forma lenta e com usos indevidos a partir de denúncias falsas ou vazias. Por outro lado, é bom que se insista pela utilização de canais digitais horizontais de participação ou interação real dos cidadãos e dirigentes, tudo a partir de espaços virtuais abertos de vigilâncias, de críticas, de denúncias, de respostas, enfim, de transparências de modo geral.²⁸⁶

Portanto, o fundamento da democracia vem a partir da diminuição de autoritarismo, pelos indicativos da ciência, pela formação dos imperativos para induzir comportamentos e pela questão ligada aos dirigentes que cedem pelas reações decorrentes dos julgamentos de fato e valor que são efetivados. O destino da reflexão livre da prática democrática foi e é que mais e mais pessoas entrem no círculo centro simétrico e, para tanto, há que se dar abertura a oportunidades em processo de respeito e consideração aos preceitos de igualização.

283 FUKUYAMA, Francis. **As origens da ordem política**: dos tempos pré-humanos até a Revolução Francesa. Formato: E-Book Kindle [recurso eletrônico]. Trad. Nivaldo Montigelli Jr. Rio de Janeiro: Rocco Digital, 2013, posições 392-408. Disponível na Amazon.com.br. ASIN: BOODGVQG62.

284 SARLET, Ingo W. 2015a. Ibid. p. 36 e 62, respectivamente.

285 PONTES DE MIRANDA. 1945. Ibidem, vol. 2, p. 524. Pontes de Miranda cita o psicólogo Willard Beecher como sua fonte.

286 CASTELS, Manuel. **A galáxia da Internet**: reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade. Trad. Maria Luíza X. de A. Borges. Revisão Técnica: Paulo Vaz. Jorge Zahar Editor: Rio de Janeiro, p. 128-130. ISBN: 85-7110-740-8.

3.4 Teoria dos círculos sociais: a verdade sobre democracia, liberdade e igualdade relacionada à insinceridade das pessoas ou grupos do centro simétrico

A verdade histórica e social que vem lá das primeiras assembleias até hoje é que os desejos dos seres humanos vêm aumentando, a ponto de Rancieri falar que, apesar de fato incontornável, a democracia torna-se “o reino dos desejos ilimitados”.²⁸⁷ Na substância, é isso mesmo. O dado concreto é que os recursos da natureza são limitados e, em parte, se existe competência para produção, existe também a incompetência para distribuição, especialmente efetivados por aqueles grupos ou indivíduos que estão no centro simétrico. Pontes de Miranda reconhece tal fato e faz uma dura crítica ao aparelho jurídico quando este se comporta como reflexo do Estado Social e que, por sua vez, espelha o individualismo ou egoísmo raciocinante como seus guias maiores, por isso, fica explicado o motivo pelo qual o racionalismo é escravo do interesse individual. Desse modo, para aquele jurista, as sociedades têm uma de suas principais estruturas formuladas numa coluna de subjetivismo.²⁸⁸ Isso, remarque-se, desde a primeira assembleia até hoje.

A realidade difícil é que, desde o começo, nunca houve e não haverá, totalmente, o alimento para todos, ao menos de forma adequada; bem assim, não haverá a proteção ou segurança para todos; a educação para todos de forma igual; o trabalho para todos, nem moradia para todos, nem assistência total, nem saúde para todos, etc.

Bobbio reconhece a existência desse obstáculo à democracia no que chamou de “ingovernabilidade da democracia”, em que as pessoas foram se emancipando e veio com isso o processo inesgotável de demandas encaminhadas ao governo sem uma resposta adequada ou no tempo adequado.²⁸⁹

A verdade é que as democracias passam por crises e esta, no presente momento, segundo Castels, ocorre pela redefinição de cidadania e do Estado-nação, atingido pelo decréscimo de legitimidade decorrente de sua incapacidade de cumprir os compromissos como Estado do Bem-Estar Social. E mais: duas das razões são, segundo aquele sociólogo: a existência de sistema globalmente interdependente que uniu produção e consumo, bem como as reestruturações contínuas do capitalismo.²⁹⁰

287 RANCIÈRE, Jacques. **Ódio à democracia**. Formato: E-Book Kindle [recurso eletrônico. Trad. Mariana Echalar. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2014, posições 42-43. Disponível da Amazon.com.br. ASIN: BO17BW21WC.

288 PONTES DE MIRANDA. 1922. Ibid. Vol. 1, 482/483.

289 BOBBIO, Norberto. 2015. Ibidem, p. 62.

290 CASTELS, Manuel. **O poder da identidade**. Vol. II. 6. e. Tradução: Klauss Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 2008, p. 401 e ss. Sem ISBN, mas aparecem esses números: CDD 303.483 e CDU 316.422.44 e 99-0946.

Fica aqui ressalvado ou excetuado o sonho de se chegar à Dinamarca em razão do sucesso de suas instituições políticas e econômicas, da sua estabilidade, da democracia, do ambiente pacífico, da prosperidade, dos graus de inclusividade social e dos baixos níveis de corrupção.²⁹¹

Portanto, na sociedade que se emancipa, há uma lista grande de desejos ou direitos, isso acontece em razão justamente das posições jurídicas, econômicas, sociais, religiosas das pessoas do povo de nexos intermediários e das minorias nos círculos sociais, especialmente o Brasil, com raio muito grande de excluídos socialmente. Por isso mesmo, os membros ou grupos do círculo centro simétrico em todas as sociedades precisaram e ainda necessitam criar os mecanismos ou os instrumentos artificiais para resolver os problemas de revoluções ou das reações que desequilibravam ou desequilibram as sociedades. Uma das preocupações é evitar abalos na liberdade, na igualdade e na integridade deles, fato já mencionado no segundo capítulo. A fórmula foi e continua a ser a mesma, mas, agora, com extensões diferentes: aprisionar as realidades nos textos legais, construir teorias racionais ou empíricas para justificar que as pessoas podem realizar os desejos, direitos e interesses desde que os façam na forma da lei.²⁹² De fato, há uma crítica reiterada de Pontes de Miranda aos legisladores e intérpretes quando foram insinceros ao fecharem as realidades nos textos legais.²⁹³ Em outro momento, aquele jurista chega a fazer uma crítica mordaz:

As sociedades existem por uma cessão crescente e mútua de proveitos, por uma combinação engenhosa de prejuízos e, demais disso, por uma elaboração progressiva de dissimulações e mentiras: – no direito de mentir aos outros e a si próprio está com efeito o fundamento mais remoto das sociedades [...].²⁹⁴

Desse modo, toda a construção teórica de que a constituição ou lei teriam uma alma ou espírito e que seria capaz de atender e distribuir os bens – leia-se: direitos entre as pessoas –, é um dado duvidoso que permanece até os dias de hoje. Sim, reconhece-se algum progresso aqui e outro acolá em razão de valores que puderam ser atribuídos ao longo da história. De fato, não havia e não há como acreditar que, num passe de mágica, tudo que fosse expresso pudesse ser realizado. Dois dos defeitos bastante comentados pelo jurista acima foi de que os

291 Referência de Fukuyama ao trabalho de dois cientistas sociais no Banco Mundial, Lant Pritchett e Michael Woolcock sobre o problema de se criarem instituições políticas modernas como problema de se “chegar à Dinamarca”, isso em razão da excelência de governança democrática que lá se estabeleceu. FUKUYAMA, Francis. 2013. *Ibid.* Posição 373.

292 Pontes de Miranda admite a teoria de critérios mínimos para uma vida digna de forma quase assemelhada a que o jurista Ingo W. Sarlet (2015) defende com tanto vigor. Para Pontes de Miranda, o mínimo é apenas um critério ou grau para se passar ao necessário e depois, até mesmo, ao supérfluo. Vide: PONTES DE MIRANDA, 1945. *Ibidem*, vol. 2, p. 511.

293 PONTES DE MIRANDA. 1922. *Ibidem*, vol. 2, p. 278/279.

294 PONTES DE MIRANDA. **A moral do futuro**. Rio de Janeiro: F. Brigueit e Cia Editores, 1913, p. 21. Sem ISBN.

indivíduos ou grupos do centro simétrico, na maioria das vezes, até por razões de subconsciência, como se verá adiante, agem ou decidem com base em posições antropomórficas ou em subjetivismos voluntaristas, para não permitir que os direitos se realizem para os demais círculos, ou que os façam à imagem e semelhança daqueles que estão no círculo centro simétrico.²⁹⁵

Bobbio fornece uma pista para explicar tal situação acima quando sugere que: “as normas constitucionais que atribuem estes direitos, não são exatamente as regras do jogo: são as regras preliminares que permitem o desenrolar do jogo”.²⁹⁶

Se tal é verdade, fica explicado que o ‘desenrolar do jogo democrático’ aponta os textos jurídicos que conferem os direitos dos cidadãos apresentem-se nas relações sociais com características abstratas. O significado disso é que eles, os direitos, são apenas possibilidades ou promessas que podem vir a ser ou não, apesar das ocorrências das interações interpsicológica e interssocial entre valores estéticos, morais, religiosos, jurídicos etc.²⁹⁷ Nesse ponto, talvez as mudanças nas relações sociais e nos direitos que ocorrem nelas tenham feito Pontes de Miranda tecer uma de suas definições de direito, qual seja: “um produto social de assimilação e desassimilação psíquica.”²⁹⁸

Outra explicação vem dentro da perspectiva dos direitos humanos, do por que a distância entre as teorias e práticas existe, quando Trindade tem uma excelente explicação:

A visão atomizada ou fragmentada dos direitos humanos leva inevitavelmente a distorções, tentando postergar a realização dos direitos econômicos e sociais a um amanhã indefinido. A prevalecer o atual quadro de deterioração das condições de vida da população a afligir tantos países, poderão ver-se ameaçadas, inclusive, as conquistas dos últimos anos no campo dos direitos civis e políticos. Impõe-se, pois, uma concepção necessariamente integral de todos os direitos humanos.²⁹⁹

Desse modo, também, se explica uma das características do período do início do século XXI. No começo e no desenrolar da evolução social, os indivíduos ou grupos que estavam ou estão dentro do centro simétrico fizeram com que a liberdade e a igualdade fossem representadas nas instituições da lei e do Estado. Nos tempos contemporâneos, do

295 PONTES DE MIRANDA. *Subjektivism und Voluntarismus im Recht. ANAIS. Atti del V Congresso Internazionale di Filosofia*. Napoli, 5-9, Maggio, 1924. Promosso Dalla Società Filosofica Italiana pel settimo centenario della Fondazione della R. Università di Napoli. A cura della Secretaria Generale Guido Della Valle. Società Anônima Editrice Francesco Perella. Napoli - Genova - Città di Castello, 1924b, p. 522-523. Tradução do professor de Alemão Ralf Kaffer com algumas ponderações deste pesquisador. Disponível no Memorial Pontes de Miranda localizado no TRT – Tribunal Regional do Trabalho da 19ª Região, Alagoas.

296 BOBBIO, Norberto. 2015, p. 38.

297 PONTES DE MIRANDA. 1922. Vol. 1, p. 394/395.

298 PONTES DE MIRANDA. *À margem do direito* (Ensaio de Psicologia Jurídica). Revisto e prefaciado por Vilson Rodrigues Alves, 3ª. Ed. Campinas: Bookseller, 2005, p. 150. ISBN: 85-7468-361-2.

299 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção dos direitos humanos e o Brasil: as primeiras cinco décadas*. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, p. 152. ISBN: 85-230-0491-2.

passado que se faz no presente, elas, a liberdade e igualdade, continuam a ser representadas como acima referido, mas o que mudou que é que as pessoas querem viver a liberdade e a igualdade na vida material e na experiência sensível.³⁰⁰ Em outras palavras, desejam respostas mais rápidas às suas demandas evolutivas.

No entanto, é preciso abrir um parêntese e registrar o fato de que as pessoas dos círculos intermediários ou das minorias já viviam e vivem os seus desejos, ou direitos, ou interesses como podiam ou podem, tudo na forma das suas limitações, de suas carências e dos seus sofrimentos. Elas vão encontrar a sua força nesses construtos de regras que vieram e vêm das declarações, dos tratados e, depois, foram incluídas nas constituições dos seus países. Tal força é a certeza de que, em parte, se tornaram e tornam fortes para que pudessem ou possam ser atendidas pelos dirigentes ou aqueles que estão no círculo centro simétrico.³⁰¹ Diz-se em parte, porque há muito que fazer em países com grande nível de exclusão social, como o Brasil. Consigna-se, igualmente, que aquela força aos fracos da sociedade foi um bem à própria Democracia e aconteceu pela diluição do autoritarismo.

Sarlet, jurista do século XXI, vai concordar tranquilamente com aquela ideia de um jurista do século XX, Pontes de Miranda, quando menciona sobre o papel contramajoritário dos direitos fundamentais, especialmente no atendimento dos direitos das minorias contra desvios do poder.³⁰² Quer dizer: as minorias ficaram mais fortes com os direitos fundamentais e não há outra saída para os grupos ou indivíduos que administram o poder no centro simétrico os atenderem para uma vida melhor. Isso ao menos no plano ideal ou em parte, como se disse.

Outra questão muito criticada por Pontes de Miranda desde 1922, em diversos dos seus trabalhos nesse contexto, é aquilo que os dirigentes, grupos e indivíduos do círculo simétrico fazem com as leis e os direitos, especialmente quando não desejam ver e atender as realidades. Eles usam várias técnicas, como: (a) antropocentrismo ou antropomorfismo – o direito seria a forma do homem que está no centro simétrico e não da combinação deles com aqueles que vivem em outros círculos sociais, pois seria o ideal social maior que todos fossem parecidos, assim, todas as medidas do direito seriam as medidas daqueles que estivessem ou estão no centro simétrico. A justificativa é que houve um aproveitamento de um cabedal de preconceitos, ironias, notas assépticas, reações hostis aos indicativos para esclarecer o

300 RANCIÈRE, Jacques. 2014. Posição 61.

301 Pontes de Miranda entende que quando a democracia funciona tende a crescer e a aumentar a igualdade, além de resguardar as liberdades. O problema, para ele, é administrar as investidas de reacionários e dos impacientes para que o caminho seja suave. PONTES DE MIRANDA. 1945. Ibid. Vol. 1, p. 284.

302 SARLET, Ingo W. 2015b. Ibid, p. 62.

verdadeiro lugar do homem, certamente secundário, nos círculos sociais;³⁰³ (b) racionalismo, empirismo, ou teorias decorrentes da escolástica – técnicas de uso da razão ou experiências deformadas, porque conta de que não partem, precisamente, da ciência, mas de premissas argumentativas não controláveis e que, por isso, podem caber em qualquer recipiente. São como uma espécie de tiranias intelectuais.³⁰⁴ Nesse sentido, justificam arbitrariamente a uniformização da vida das raças e das sociedades³⁰⁵; (c) voluntarismo subjetivista – é outra técnica que dá ênfase à vontade de atender as realidades, mas apenas de forma subjetiva, pontual, parcial, com escolha específica de determinadas pessoas, de situações ou de grupos, conforme as reações de maior ou menor gravidade. É característica por excelência de forte autoritarismo³⁰⁶. O jurista foi crítico na sua análise:

A formula da verdadeira democracia, dissemos no Systema (II, 602), não é o governo ou a legislatura pela vontade de quaisquer representantes do povo; mas a diminuição do voluntarismo, do subjectivismo politico, que é despotico, e a escolha de technicos que possam ser meros instrumentos da passagem do indicativo da sciencia ao imperativo da legislatura e da administração pública. Nesse sentido, devem rumar os programas politicos; os países que não tomarem tal caminho ficarão aquém da evolução geral dos demais, serão povos tributarios isso aparentemente dignos de vida autonoma. Grandes reveses será o futuro deles.³⁰⁷

Ademais, outro grande problema do centro simétrico são as questões das limitações hereditárias em todos de uma sociedade. Pontes de Miranda chega a dizer que é muito difícil libertar-se delas, exceto com muito custo, até porque é natural os pais e filhos daquele centro simétrico possam ser atendidos em preferência às pessoas de outros círculos. Isso tem relação com o repetir das tradições familiares. Aquele jurista arremata: “Modifiquemos o sistema hereditário do Brasil e algo se ganhará em precisão tradicional e em surto progressista”.³⁰⁸

Eis, então, que esses são outros motivos do por que as teorias não seguem as práticas.

303 PONTES DE MIRANDA. 1922. Vol. 2, p. 35. Idem, 1980, p. 4-7. Idem, 1922, ibidem, vol. 2, p. 35-36.

304 PONTES DE MIRANDA. 1922, Vol. 2, p. 262, 281, 290, 291.

305 PONTES DE MIRANDA. 1924a, p. 191 ss.

306 PONTES DE MIRANDA. 1924b. Ibidem, p. 522-531.

307 PONTES DE MIRANDA, 1924a. Ibidem, p. 265-266. Parece que Pontes de Miranda acertou com referência ao Brasil daquela época até hoje quando optou pelo caminho oposto até hoje, mas, é tempo de corrigir os erros.

308 PONTES DE MIRANDA. 1980. Ibid. p. 9. Idem, 19445, vol. 1, p. 201. Vide também matéria da Folha de São Paulo de que as dinastias políticas lançaram mais de 60 candidatos nas eleições de 2018. A reportagem mostrou que há políticos com 15 legislaturas e, ao partir para o afastamento, vai tentar emplacar o filho, o neto, etc. BRAGON, Ranier. Dinastias políticas do Brasil lançam mais de 60 candidatos nas eleições: em Minas, família Andrada tenta emplacar sexta geração na Câmara de Deputados. **Folha de São Paulo**. Eleições 2018. 19 ago. 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/08/dinastias-politicas-do-brasil-lancam-mais-de-60-candidatos-nas-eleicoes.shtml>> Acesso em: 29 nov. 2018.

3.5 Democracia e os princípios científicos: diminuir o elemento autoritário é decidir a favor do povo, das minorias e combater as desigualdades

Faz-se necessário considerar como a democracia está conectada aos princípios jurídicos para impor tensão ao elemento autoritário que existe em todos os processos de adaptação social, inclusive no direito. Neste contexto, ao proceder assim, a tendência é de que as decisões produzidas pelas instituições tenham uma sobrecarga para ocasionar algum melhoramento social, aproximar os diversos sentidos de povo, ou resolver alguns problemas concretos de distâncias entre as teorias e as práticas.

3.5.1 O papel da igualdade e da liberdade na cooperação com a democracia

Foram estudadas no item precedente as diversas conexões da democracia e a abordagem das razões pelas quais as teorias e as práticas são dissonantes, desde a primeira assembleia. O momento agora é de fazer reflexões sobre o grande papel da igualdade na elaboração e aplicação das leis, especialmente para integrar a agenda perpétua da democracia, que é o combate das desigualdades.

A grande função dela, da igualdade, foi, e ainda é, colaborar com a simetria e a socialização dos grupos e das pessoas ou formatar-se para seguir o caminho da diminuição das desigualdades sociais. Ela é prática e permitiu a própria evolução do direito, seja por simplificar o conteúdo social, seja por influir no elaborar e aplicar o direito numa sociedade em que as leis devem ser aplicadas a todos. E mais: trazida a partir de sucessivas generalizações ou indeterminações, os direitos foram permitidos pela compreensão de sua menor ou maior extensão. Significa a possibilidade de que se alcance o que está muito além do que pensam ou desejam as pessoas que estão no centro simétrico, tudo para beneficiar um maior número de cidadãos. Pontes Miranda compreendeu assim o problema:

O princípio da igualdade resulta da experiência histórica das leis, que evidencia a impraticabilidade da regra individual em sociedade de muitos membros, bem como a economia e a facilitação, que nos advém da generalidade. Entre esta e a igualdade, sim, é que há implicação recíproca. O princípio da igualdade pode então ser induzido, porque a evolução do direito no-lo revela como princípio prático.³⁰⁹

Existe desse modo uma noção de necessidade que precisa ser compreendida adequadamente para a relação entre a democracia como regra do cidadão, a liberdade como ligada à reflexão no fazer ou ceder, e a igualdade correspondente ao generalizar ou

309 PONTES DE MIRANDA. 1922. Ibid. Vol. 1, p. 444-445.

indeterminar os direitos com fito de melhor fazer a distribuição de bens ou direitos adequadamente.

Por isso que ela, a igualdade, tem impacto enorme para os círculos sociais pela noção de bem que pode fazer por aqueles mais distantes do centro simétrico. Explica-se: numa democracia, estabelecidas as regras e tornadas obrigatórias, as pessoas são iguais como seres racionais e, ao mesmo tempo, em nome dela, podem apresentar queixas, caso se sintam ofendidas,³¹⁰ além de integrarem-se ao processo contínuo de socialização. Por que generalizar ou indeterminar? Para Pontes de Miranda, porque se perdem minúcias de exceção ou dados privilegiantes, além de tentar melhorar as condições dos cidadãos.³¹¹

Assim, a construção teoria e prática adequada é pensar em igualdade relacionada às condições sociais, porque se estas foram idênticas, o direito também o será, mas se elas forem desiguais aí começa a desigualdade do direito.³¹² Daí, fica a evidência de que quanto mais distante do centro simétrico a pessoa tiver maior será a desigualdade do seu direito em relação aos que estão naquele centro ou próximo a ele.

Nesse sentido, para a agenda da democracia ocorrem duas saídas para e pela utilização do direito, quais sejam: (a) para coexistência entre as pessoas que estão em situação de desigualdade, usa-se o construto do direito como a forma das condições de existência da sociedade; e (b) para o equilíbrio social, atua-se com um sistema de intervenções para efetivar a diferença de posições jurídicas que são discordantes.³¹³ Tal sistema será adiante estudado.

3.5.2 O sistema de intervenções para aproximar os diversos conceitos de povo

O capítulo segundo deste trabalho, em itens precedentes, trouxe que o conceito de povo é fragmentado, difuso e sentimental. Muitas vezes usado por certa elite que governa para dar legitimidade as suas ações. Sejam lembradas, por ilustração, as ideias da divisão entre povo dirigente e o povo dirigido. Por isso mesmo, um dos grandes desafios da democracia é tentar aproximá-los e o instrumental para tal fim é o sistema de intervenções, outro nome para o Estado de Direito.

310 PONTES DE MIRANDA. 1922. Vol. 1, p. 397. Esclarece-se que Pontes de Miranda cita neste aspecto apoio na doutrina de M. Jahn. "Ethik als Grundwissenschaft der Pädagogik, Leipzig, 1905, p. 164", sobre a questão do direito como bem.

311 PONTES DE MIRANDA. 1922. Vol. 1, p. 443

312 PONTES DE MIRANDA. 1922. Vol. 2, p. 45.

313 PONTES DE MIRANDA. 1922. Vol. 2, p. 73. Pontes de Miranda chamou de energias discordantes para se referir ao positivo e ao negativo, mas o pesquisador fez a adequação para posições jurídicas, porque em consonância com a época do início do século XXI, especialmente pelas posições jurídicas em que os direitos fundamentais situam os cidadãos nos círculos sociais.

3.5.2.1 Os mecanismos de intervenções sociais e seus obstáculos

Existe um sistema de intervenções sociais nos círculos sociais. Ele tem a proposta de legitimar os vários sentidos de povo e tenta continuamente aproximar os seus diversos conceitos. Estes, como investigados no segundo capítulo, apresentam-se distantes entre as realidades vividas do povo dirigente e o povo dirigido. A sua atuação mais básica é fixar a direção e sentido do direito em cada época e, assim, trabalhar para movimentar as pessoas dos círculos intermediários e das minorias para o centro simétrico. A visão da teoria constitucionalista adequada, segundo Sarlet, será fazer com que os direitos fundamentais das pessoas estejam dentro de um círculo de eficácia protetiva de bens individuais e coletivos considerados essenciais.³¹⁴

Tais intervenções são realizadas pela legislação, pela jurisprudência, pela elaboração legislativa e pelo processo exegético, segundo Pontes de Miranda.³¹⁵ Tal sistema de intervenções aqui, na verdade, é outro nome para o Estado de Direito, pois, como se viu, no segundo capítulo, é como se fosse ponto de apoio para a aproximação dos diversos sentidos de povo.³¹⁶

Nesse compasso, seguir-se-á com o nome sistema de intervenções, pois é o nome acolhido pela teoria dos círculos sociais. O que se deseja mostrar que existe uma possibilidade da atuação dos três poderes, o Poder Legislativo, o Poder Executivo e Poder Judiciário no sentido da necessidade social de estruturar clareza aos interesses e aos direitos para a permissão de agir nessa direção e sentido, ou em outros. Para Pontes de Miranda, tais poderes não podem atuar como supremacia um do outro, pois, caso aconteça, pode haver a deturpação da democracia pelo desequilíbrio, desentendimento e combinações ocultas, por isso, eles tendem a proceder por ensaios.³¹⁷

O que seriam esses ensaios? São produções de direito chamadas de posições de força positiva ou de força negativa. Positiva, quando as ações são em favor de uma maior socialização ou do interesse coletivo. Negativa, quando no sentido e direção do

314 SARLET, Ingo W. 2015a. *Ibidem*, p. 113. Sarlet tem como apoio a doutrina J.C. Vieira Andrade.

315 PONTES DE MIRANDA. 1922. *Ibidem*. Vol. 1, p 285.

316 Pela teoria dos círculos sociais, este pesquisador considera importante continuar com a expressão 'sistema de intervenções'.

317 PONTES DE MIRANDA. 1922. *Ibidem*, vol 1, p. 467.

individualismo ou liberalismo.³¹⁸ O importante é saber que existe essa independência na atuação de tais intervenções, porque elas podem acolher, corrigir ou estender direitos.³¹⁹

É importante salientar que esses termos “força positiva” e “força negativa” não significam na doutrina os círculos sociais em si mesmos, que o socialismo e o individualismo são bons ou maus, nem verdadeiros ou falsos. Para Pontes de Miranda:

[...] são modos de ver; o que é mau e o que é falso é o individualismo concreto e histórico que conseguiu resultados que não são, positivamente, os que se poderiam esperar do individualismo, se fossemos até às lógicas consequências dele, às fórmulas simples e matemáticas da livre concorrência. Historicamente, está feita a prova de que o individualismo, como sistema permanente e impuro, faz da liberdade o mais profícuo elemento de separação social e de tirania.³²⁰

Acontece que o grande problema é, com referência à legislação de base popular, o que os guardiões do templo ou do regime, inclusive do Estado Constitucional, ou aqueles que estão fixados no centro simétrico, fizeram. Eles criaram um dogma que teve ampla cobertura de apoio da teoria racionalista até os dias atuais. Tal máxima é a de que somente é direito o que for legislado ou o positivado. Tal axioma ainda vive em pleno século XXI, mas se mostrou na prática como impossível.³²¹

São duas as razões apresentadas para dizer que aquela máxima não é seguida. A primeira é a impossibilidade no tocante, a saber, precisamente, até onde os fatos podem ser estendidos ou elasticados. Trata-se do que fora mencionado anteriormente, o fato de que os Poderes Públicos desejam buscar incessantemente fazer o acertamento do fato diante da realidade, mas esta é sempre maior e muito complicada. Tanto porque lida com aqueles processos de adaptações sensíveis e insensíveis já mencionados acima, como porque há choques entre o egoísmo ou o individualismo versus a socialização ou a igualização, ou entre interesses particulares e interesses coletivos entre as pessoas. Um segundo motivo acontece ao tentar captar as relações sociais e suas complexidades, pois a saída é, preferencialmente, estender o programa da democracia e sua proposta de igualização com o uso de princípios abstratos, pois, para Pontes de Miranda, estes dizem tudo e não dizem nada.³²² A explicação de tal assertiva acontece porque os princípios dependem das configurações do caso concreto

318 Compreende-se que negativa no sentido egoísta, não solidário, sem chance alguma de atender e alcançar o coletivo. Para este pesquisador, existe o direito com posição de força negativa que, apesar de ser individualista, não deixa no pensar no coletivo, por isso, apesar de negativa, é importante na evolução do próprio direito.

319 Cf. PONTES DE MIRANDA. 1922, Vol. 1, p. 381.

320 Cf. PONTES DE MIRANDA. 1922. Vol. 2 p. 233.

321 Cf. PONTES DE MIRANDA. 1922. Vol. 1, p. 497/498.

322 PONTES DE MIRANDA. 1922, vol. 1, p 285.

e, muitas vezes, segundo Cavalcante, plasmado em valores autonomizados “[...] para exigir outros comportamentos, não descritos pelo direito, mas necessários à sua realização”.³²³

Estes, portanto, são os sistemas de intervenção social e foram apresentados os seus dois principais obstáculos.

3.5.2.2 Outros problemas concretos das intervenções sociais

Foi refletido acima que as pessoas do centro simétrico produzem as leis, interpretam-nas, fazem outras elaborações legais para corrigir ou expandir o que já existe e, além disso, estudam e ditam as regras de como se deve interpretar e julgar a lei. Essa espécie de estruturação foi formulada para que desse o lastro ao mandamento de que somente seria direito o que estivesse legislado. No entanto, a realidade o desmentiu. Isso já vem sendo objeto de investigação desde o segundo capítulo e o começo deste, quando se viu que existe uma dissonância entre as realidades e as práticas sociais, bem como, quando foi exposta a questão dos julgamentos de valor *versus* julgamentos de fato, respectivamente.

Acontece que há outros problemas que precisam ser mais bem explicados para se compreender a teoria dos círculos sociais. Essas diferentes dificuldades correspondem a três situações distintas que acontecem pelas divergências de perspectivas, especialmente de algumas pessoas do centro simétrico.

O primeiro quadro é o de existência de pessoas ou grupos presentes no centro simétrico que apoiam a socialização ou a igualdade, ou seja, são os espíritos livres que amaram e amam a verdade e a ciência, como disse Pontes de Miranda, e por isso admitem exceções em nome da ampliação da igualdade e citam os erros que se dão, ou os corrigem, no revelar o direito.³²⁴

O segundo contexto lembra a questão das lutas ou reações sociais que muitas vezes provocavam as desordens e prejuízos, assim, influem no ceder das pessoas ou grupos no referido centro.

323 CAVALCANTE, Ricardo Tenório. **Jurisdição, direitos sociais e proteção do trabalhador:** a efetividade do direito material e processual do trabalho desde a teoria dos princípios. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 95-96. ISBN: 978-85-7348-583-7. Este autor fala do princípio da proteção do trabalhador como “direito fundamental na estrutura de princípio”, mas que se aplica ao contexto geral da aplicação de princípios.

324 PONTES DE MIRANDA. 1922. Vol. 1, p. 473. Doutrinadores como o próprio Pontes de Miranda e sua teoria dos círculos sociais, Boaventura de Souza Santos e sua teoria sociológica e dialógica do direito, Ingo Wolfgang Sarlet e a sua teoria da adequada eficácia protetiva dos direitos fundamentais, Carlos Alberto Molinaro e sua teoria de defesa do meio ambiente equilibrado, Andreas J. Krell com sua teoria comparativa Brasil-Alemanha para justificar apoio à maior materialidade dos direitos, Clèmerson Merlin Clève com sua teoria dogmática constitucional emancipatória. Há muitos outros que integram esse grupo no entender que o direito pode muito mais do que suas expressões estruturadas na arquitetura constitucional e legislativa, apesar de pertencerem todos ao centro simétrico.

A terceira ocorrência é uma tese mais ampla que envolve o sentido que tomou a democracia quando dá abertura à aplicação de princípios para melhorar a vida e, por conseguinte, reestrutura-se continuamente, especialmente quando se diminui o autoritarismo.

Houve, assim, uma contaminação geral, essa no bom sentido, de que no processo de criação do direito haveria espaços jurídicos para melhor valorar e distribuir os bens ou direitos e que, para isso, foi permitida a “manipulação” das regras.³²⁵ Registre-se que, apesar disso, há que se admitir a existência de filtros políticos, os quais são o sistema de referência e que, não poderia deixar de ser, encontram-se no próprio centro simétrico e, por vezes, barram aquela distribuição quando se posicionam, especialmente, de maneira não adequada do ponto de vista constitucional. Exemplo dessa ocorrência é captada a partir de um juiz que venha a deferir remédio para pessoa necessitada e que não é distribuído na rede pública de saúde, mas o órgão do poder executivo diz que não tem recursos financeiros, não cumpre a decisão, mas também não exhibe claramente o seu orçamento para dizer onde está aplicando os recursos ou modos de flexibilizar o orçamento da saúde, ou possíveis soluções alternativas. Assim, as decisões socializadoras de cumprimento de direitos fundamentais ficam sem a eficácia e a efetividade, o necessitado que precisava do remédio acaba morrendo e a vida segue no mundo egoísta de alguns que vivem no centro simétrico.

Mas não é sempre assim, como se perceberá no final do capítulo quando serão analisadas algumas decisões judiciais produzidas nesse âmbito. O que se quer deixar remarcado, é que a noção perceptível foi a de que o legislador apenas criou a forma das normas jurídicas e quase nunca a substância. Tal distinção entre o direito forma e o direito que intervém é um dos pilares do equilíbrio e da ordem nos círculos sociais. Compreende-se como o processo da vida em que as pessoas ou grupos passaram a ter familiaridade com o fenômeno jurídico. Tal assertiva permitiu aos juízes – especialmente a estes, embora todos os poderes possam fazer – uma autonomia para dizer o direito novo, que é o terrível inimigo do Estado. E mais: muitas vezes eles expressam as normas adequadas aos problemas sociais de cada época. Pontes de Miranda comparou toda essa concepção acima a uma barragem com rachaduras pela qual vai passando água até desmoronar, não por qualquer maldade, mas porque a coluna básica desse processo todo é buscar os princípios mais sãos e eficazes, pois significa reconhecer que na vida tudo muda, desde as condições, as mentalidades e as circunstâncias. E há que se perfilar também o que fora dito nos itens precedentes, de que as pessoas ou grupos do centro simétrico retardam tal distribuição de bens, seja por razões individualistas ou

325 Esse “manipular” pode ser consciente ou inconsciente, mas é algo fronteiro do ético e não ético.

egoístas, seja pelo medo do novo, seja também por insistir em velhas formas artificiais ao invés das espontâneas.³²⁶

Assim, no caso dos três poderes, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, se eles produzem intervenções nos círculos, também o fazem apenas por ensaios, como se expressou acima, como se julgassem apenas uma porção da extensão dos fatos e, nesse sentido, vão encontrando o equilíbrio, embora haja sempre o perigo de se ter um governo de juízes, segundo Pontes de Miranda.³²⁷

De fato, olhar para os círculos sociais significa identificar que os seus limites estão bem delineados e dão origem às relações a partir dos diversos processos de adaptação social, tanto dentro e em cada círculo, como entre eles. Outrossim, diz-se que o direito é apenas um desses processos, mas a diferença é que produz maior estabilização do que a economia, a política, a moral, etc. A razão é simples: ele movimenta as pessoas nos círculos sociais em parte ou totalmente, fazendo coincidir a movimentação delas para a posição jurídica real de um espaço maior de proteção dos seus direitos.

O direito, também, é o único que tem o poder de corrigir os defeitos da própria adaptação. É precisamente aqui que vai se diferenciar o jurídico dos outros processos de adaptação social, porque, para a coexistência e equilíbrio sociais, ele trabalhará os verbos adaptar, que é quase idêntico ao prevenir, além de corrigir.³²⁸ Assim, diz-se que o jurídico traz elementos dele e de outros processos sociais – econômico, moral, político, entre outros –, para adaptação e correção, fazendo-os relevantes para o próprio Direito, ou juridicizando-os.³²⁹

Por certo, há muita complexidade neste processo, pois quem dá as “cartas do jogo de movimentação” das posições reais nos círculos com uso da democracia, da liberdade e da igualdade são aqueles que estão no centro simétrico. Não só. Eles criaram um engenhoso sistema de intervenções sociais para fazer os reposicionamentos das pessoas nos círculos, mas a inteligência é que se desse tudo de forma como sendo ‘soluções aproximadas’. Diz-se habilidoso, pois é até natural que assim se proceda, uma vez que, como se disse acima, os recursos naturais são finitos e, por outro lado, por incompetência, egoísmo etc, mal distribuídos. Houve, sim, uma espécie de ansiedade daqueles que estavam no centro simétrico sobre tal modo de proceder, e o termômetro que utilizam até hoje é verificar as tolerâncias e as reações das pessoas ou grupos dos outros círculos. Em outras palavras: do centro simétrico

326 PONTES DE MIRANDA. 1922. Ibid. Vol. 1, p. 450-458.

327 Idem. vol. 1, p. 466-467.

328 PONTES DE MIRANDA. 1922. Ibid. Vol. 1, p. 216.

329 PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. 2. ed. Tomo I. Campinas: Bookseller, 2000, p. 52-53. ISBN: 85-7468-008-7.

até os círculos mais largos há um sistema de pressão interna e de compressão contrária, onde as pessoas e os grupos entre um e outro estão tentando se adaptar ou fazer ajustes nas suas vidas.³³⁰ Aqui se tem o velho problema das influências e das reações, como dito acima. São os velhos e os novos recursos que são superados hoje, em parte, pelas noções científicas que são introduzidas e reconhecidas por todos.³³¹

3.5.2.3 As administrações das intervenções sociais nos círculos sociais

A administração das intervenções sociais nos círculos é um paradigma para ser compreendida a democracia que tem como fim a obtenção de algum processo de melhora para um maior número de pessoas do povo. Não é tarefa simples, pois envolve uma série de acontecimentos que se aproximam de um instrumental prático e teórico ao atender necessidades sociais com utilização do que já se tem de mínimo, que é o próprio Estado de Direito, como a Constituição, as leis e os direitos nestas incluídos.

3.5.2.3.1 A busca à socialização jurídica

Estudados alguns aspectos dos mecanismos das intervenções sociais – a legislação, a jurisprudência, a elaboração legislativa e o processo exegético –, é preciso aprofundar como se dão as administrações do sistema de intervenções nos círculos.

A primeira ocorrência é a questão de como administrar a extensão dos fatos. Permita-se imaginar uma imensa floresta comparada aqui ao fenômeno social. Nesse ponto, consinta-se fazer a imagem sobre os fatos e todo o seu curso como aquela floresta. Observada de um ponto alto, quase se pode vê-la por inteira, mas de um ponto de dentro dela, só se veem algumas das árvores. Assim acontece com os poderes públicos e seus representantes quando são apenas pontos no meio da floresta e, portanto, a perspectiva é que vejam somente algumas árvores no aspecto e a partir da estruturação normativa que fora estabelecida. Entretanto, quando sobem a um ponto mais alto, especialmente pela interpretação por princípios e em razão da natureza destes ser indeterminada, podem ver mais árvores ou fatos. Assim, explica-se o motivo pelo qual somente os princípios podem oferecer a visão de maiores medidas aos próprios fatos.

Outra justificativa que é preciso relembrar: todos nos círculos sociais já vivem o direito de algum modo nas suas relações fáticas e essas vivências passam pelos filtros das

330 Uma representação gráfica no quarto capítulo explica a imagem do que ocorre na teoria dos círculos sociais.

331 PONTES DE MIRANDA. 1922. *Ibid.* Vol. 2, p. 347.

intervenções que, por noção intencional ou não sobre que é necessário, vão indicar o sentido e a direção do próprio direito. Apenas, ainda, para rememoração, uma das definições do direito de Pontes de Miranda, pela teoria dos círculos sociais, é o de ser essa força positiva e negativa que se submete ao centro simétrico.³³² Ambas as forças são atendidas para a coexistência e o equilíbrio das pessoas, ante a sujeição da maioria à minoria dirigente.³³³

Tal direção e o sentido do direito é o problema maior das administrações das intervenções, porque está na base das ideias e das práticas de posicionar e reposicionar as pessoas nos círculos. Dito de outra maneira, as pessoas e os círculos já estão predeterminadas, até de forma objetiva, pois: “cada organização predetermina o direito até certo ponto”.³³⁴ Estas predeterminações são processos e quantificação do direito, mas, é preciso perguntar: qual ou o que é a força positiva? E qual ou o que é a força negativa? E por que são chamadas assim?

Para Pontes de Miranda, a partir da existência dos círculos sociais, seu centro simétrico, os círculos intermediários e das minorias, houve um único chamado ou destino: a socialização, que se confunde com uma das agendas principais da democracia. São suas estas palavras: “Mas a socialização é facto verificado e incontestavel; através de todas as variações, ha certo elemento que se mantem e cresce – o da generalização de bens, de ideias, de convicções, de crenças.”³³⁵

Não é a socialização qualquer, mas a jurídica. Para Pontes de Miranda, há três tipos de socialismo, quais sejam:

1. O que procura tornar toleravel o regime capitalista e como que o adaptar á relativa felicidade do homem; 2. O que tem por fito justificar e realizar o programma sociedade e transformar a sociedade; 3. O que, após o conhecimento das leis sociologicas e da evolução juridica, percebeu a tendencia dos factos e a efficacia dos principios de socialização, e, por saber superior a adaptação consciente, procura substituir aos processos cegos e inconscientes a collaboração de processos conscientes para adaptar á vida social a somma humana.³³⁶

Com efeito, há autores, como Reale, que reconhecem que é fato que as grandes nações ocidentais se socializaram e outras estão em fase de desenvolvimento, tanto que a sociedade capitalista cedeu a certos preconceitos e privilégios e acolheram as exigências inerentes ao progresso tecnológico e de fatores ideológicos, especialmente travada em torno de

332 PONTES DE MIRANDA. 1922, vol. 1, p. 457.

333 Idem, 1922, vol. 1, p. 468.

334 PONTES DE MIRANDA, 1922. Ibidem, vol. 1, p. 424.

335 Cf. PONTES DE MIRANDA. 1922, Vol. 2, p. 209.

336 PONTES DE MIRANDA. 1922. Ibid. Vol. 2, p. 218.

melhorias.³³⁷ Para este jusfilósofo, o que importa não é a ‘burocratização das riquezas’, mas a socialização do progresso no sentido de que os bens da civilização possam se estender a um maior número de pessoas na coletividade.³³⁸

O que é o correto no fenômeno da socialização para a doutrina dos círculos sociais de Pontes de Miranda é o terceiro, porque é científico e capta como ‘soma’ o que o ser humano é mais as suas necessidades econômicas, morais, estéticas, etc., além dos recursos para satisfação e como isso foi mudando em cada época.³³⁹

Portanto, é algo muito longe do radicalismo. Pontes de Miranda é claro: não é nivelar ou uniformizar o humano. Socializar, nos aspectos culturais e econômicos, opera sem destruir os estímulos e as diferenças individuais, até porque o espírito individual é grande, ora admite, ora não a socialização; além disso, cada um tem uma forma de progredir e de saber.³⁴⁰ Para aquele jurista acima citado, ela pode ser direta ou indireta no processo de evolução social, de muitas maneiras, até na abstenção de intervir, mas sempre efetivada com prudência e cuidado, sem pretensão de integrar tudo e em tudo, segundo as circunstâncias e o tempo. Enfim, sabendo que há os graus intermediários para se trabalhar, que é o aperfeiçoamento de certos fatos.³⁴¹

É necessário não ter dúvidas de que a socialização que se prega não é a extrema, que retira dos ricos para dar aos vulneráveis da sociedade, ou que decorre de guerras com pretextos múltiplos de atender aos pobres, etc. Trata-se daquela que tenta eliminar formas antropomórficas ou voluntarismos subjetivistas das pessoas do centro simétrico, ou se guia por método científico, que é o objetivo, que consiste na tendência a um mínimo de autoritarismo. A força positiva é essa: socializar, a qual pode ser utilizada com outro nome, como, por exemplo, combater as desigualdades.

Por outro lado, a força negativa é o individualismo, e que decorre do natural egoísmo dos homens e tem centralidade no liberalismo exagerado. Justifica-se: a sociedade tem como um dos seus pilares de base social o capitalismo, que é um sistema de muita praticidade e busca forças de equilíbrio da vida social por intervenção caso a caso nos espaços sociais quando observa alguma forte confusão desestabilizante.³⁴² O capitalismo, por sua vez, tem sua raiz no individualismo. Esse retrato de o pensar em si primeiro e nos seus próximos, que são os grupos ou pessoas associadas por família, por empreendimentos, por interesses vários e por

337 REALE, Miguel. 1977. *Ibidem*, p. 1977. p. 112-113.

338 REALE, Miguel. 1977. *Ibidem*, p. 128.

339 PONTES DE MIRANDA. 1922. *Ibidem*, vol. 2, p. 218.

340 PONTES DE MIRANDA. 1922. *Ibidem*, vol. 2, p.490.

341 *Idem*. Vol. 2, p. 622/623.

342 PONTES DE MIRANDA. 1922. *Ibidem*, vol. 2, p. 509.

vontades, etc. está longe ser fato extraordinário. Ao contrário, tem que ser encarado como natural e normal. Acontece que amenizar essa força muito se fez e faz nas legislações e por hermenêutica, como o generalizar ou indeterminar, como se disse acima. Veja-se, por exemplo, que alguns conceitos marcantes do individualismo foram até adjetivados como “social”, como a propriedade, para se tentar imprimir algum aspecto de socialização.

3.5.2.3.2 A socialização e os aspectos do direito na teoria dos círculos sociais

Verifica-se que ora atender ao individual, ora atender ao social através do sistema de intervenções faz-se por práticas dos poderes públicos e, por isso, vão legitimando por aproximação várias realidades dos conceitos de povo. Acontece que há neste atendimento a questão dos aspectos de direito, os quais, dentro da teoria dos círculos sociais em Pontes de Miranda, significam delinear o sentido e a direção do direito. Em outra perspectiva, concentra-se em captar os entendimentos sobre como se dão as movimentações das pessoas nos referidos círculos.

Pontes de Miranda cita a existência de um aspecto mecânico do direito.³⁴³ O que seria isso? Trata-se de intervir sucessivas vezes nos círculos para perseguir o ajuste de finalidade sem ser o fim em si, porque os fins mudam, as instituições aparecem, outras desaparecem, sem significar que tudo mude. A sua fórmula fim constante é: tentar fazer a conciliação entre as forças eternas da sociedade, de muitas formas possíveis, para o atendimento de suas necessidades mutáveis e dos preceitos jurídicos heterogêneos. Tal método é assim resumido: a unidade indivíduo, as unidades provisórias ou intermediárias e a unidade organismo total, que implicam os valores novos ou opostos para o equilíbrio e coexistência social. Somente rememoração: as unidades intermediárias são os fatos que precisam ser aperfeiçoados, como se disse antes, especialmente a partir das pessoas que dominam o poder no círculo simétrico.

A base de apoio da fórmula são as complexidades do direito, este que, apresentado como forma da sociedade, abrange as complexidades da matéria social e daquelas duas forças opostas. Neste aspecto, a adaptação funciona como: ora ceder aos fins gerais da sociedade, ora, aos interesses de cada um. Daí, o sistema de intervenção social assume posturas justificadoras, sejam morais, religiosas, metafísicas, ou que exaltem o princípio da autoridade, ou socialistas, ou humanitárias, ou até mesmo populistas. Neste ponto, é sempre correto lembrar que deva se insistir em distinguir o voluntário e o necessário. Por outra medida, é

343 Todas as ideias são do jurista Pontes de Miranda e se está, então, fazendo uma coleta de dados relevantes sobre o aspecto mecânico do direito. PONTES DE MIRANDA. 1922. Vol. 2 p. 61-100. Esclarece-se que o parágrafo irá ser dividido para dar uma maior leveza ao tema, que é denso.

fácil perceber que os círculos são limitados, os recursos também, ou mal distribuídos, embora bem definidos. Pois bem. Esse movimento das pessoas, seja naturalmente, seja por intervenções sociais dos Poderes Públicos, para entrarem no centro simétrico, chama-se aspecto mecânico do direito. Só que há um problema: a entrada deforma as posições das pessoas que estão no centro simétrico em razão de um possível e real limitar seus espaços econômicos, morais, religiosos, jurídicos, etc. É por isso também que as pessoas do centro simétrico não deixam entrar todos, mas alguns poucos e, depois, outros poucos e assim, sucessivamente, até porque as necessidades de todos mudam, e o que é importante em um momento, deixa de ser em outro. Seja lembrado aqui o que se disse antes sobre as chamadas soluções aproximativas ou por etapas. Essa ‘deformação’ obriga a que os membros do centro simétrico façam adaptações constantes, especialmente jurídicas, que são os novos direitos, ou correção dos direitos existentes, os quais beneficiam, ora as pessoas ou grupos do centro simétrico, ora aquelas nos outros círculos. Por isso também que o aspecto mecânico do direito não faz uma linha reta do sistema de intervenções para o equilíbrio e coexistência, estes que não são a mesma coisa. Tal aspecto é perceptível na estruturação das regras, como, por exemplo, do direito privado como forças no mesmo sentido, mas direções diferentes; do direito público, onde há verificação de princípios no mesmo sentido e direções diferentes, como as relações entre poderes e as normas de direito internacional, etc; outras regras vão na mesma direção, mas em sentido oposto ao comum, como o *habeas corpus*, direito à assistência social, etc.³⁴⁴

Com efeito, na administração das intervenções nos círculos sociais há que se considerar, ante a teoria dos círculos sociais, a existência de aspecto biológico, sociológico, ideológico e técnico do direito. O biológico trata de entender que os seres vivos são explicados como sistema de movimentos, de relações e de vida, para adaptações, ou trocas para manter, sob certas condições, a própria vida.³⁴⁵ Em termos bem amplos, a direção e o sentido do direito seguirá a vida, aqui considerada na sua conservação e na sua promoção de respeito e consideração, também nas mais extensivas medidas dessas palavras.

O aspecto sociológico do direito se prende ao entendimento das relações sociais, da regularidade que organiza, de entender que o racionalismo tem um quê de autoritarismo, quando dá à lei contornos precisos ou logicamente dilatados, além de que pode fornecer uma

344 Todas as ideias são do jurista Pontes de Miranda a partir da coleta de dados relevantes sobre o aspecto mecânico do direito. PONTES DE MIRANDA. 1922. Vol. 2 p. 61-100. O parágrafo fora dividido para facilitar a leitura.

345 Idem. Vol. 2, p. 101-138.

noção fática do que é necessário para melhorar as condições sociais do povo, pois estuda o homem na sociedade e não a sociedade no homem.³⁴⁶

Com referência ao aspecto ideológico do direito, Pontes de Miranda fez uma viagem à história do pensamento desde os gregos e das suas influências no mundo, até autores do início do século XX. O que se desejou foi mostrar, no fim e ao cabo, a missão de cada povo em cada período, e como isso impacta os círculos sociais positiva ou negativamente. Em geral, aconteceu que cada época tende a uma luta pela predominância de um domínio ou prevalência de um, ou dois, ou mais processos de adaptação social: político, moral, direito, religião, economia, etc. Assim, da Grécia vieram às noções de belo; de bem; de mal; de verdade; de utilidade; de justiça como múltiplo de si, ou de retribuição; da necessidade do Estado; da utilidade; do elemento ético. Quer dizer: na Grécia o que absorvia os círculos sociais era o processo de adaptação chamado estético. Já em Roma antiga, houve a indiferença em relação ao belo e ao moral, mas se pregou o absolutismo do *pater familias* e se formulou a concepção e arquitetura do direito, onde se apresentaram noções de *ratio*. A tentativa de domínio foi a do direito, apesar de já se imiscuir o debate sobre a moral. Já na Roma da época do início e desenvolvimento do cristianismo, passando pela Idade Média, aconteceram os debates sobre conceitos de paz, da suma razão como a lei eterna, da elevação e da perfeição do homem, da dignidade da pessoa, de modo que nos círculos sociais houve a predominância do processo moral. Já nos anos posteriores, começou a discussão da soberania popular, o conceito de homem natural; e do século XVIII em diante os debates giram entre o direito e o ético; em torno do justo, do moral, do racional como o fim do direito, ou que o conteúdo do direito que reflete o Estado do povo e o conceito de pessoa. É importante registrar que neste último período essa discussão fora recheada de voluntarismo jurídico e até de misticismos. Seguem-se no período posterior as doutrinas do direito, especialmente sobre o direito como norma racional, além da moral, e tem-se a discussão sobre princípios. O começo do século XX já vem com uma grande preocupação com o fenômeno jurídico, a sua interpretação concreta como sinal de intervenção social, os usos do Judiciário, os direitos dos juristas, a relação permanente de várias fontes, a solução jurídica que pode se tornar princípios.³⁴⁷

Sobre o período posterior a 1945, depois da 2ª Grande Guerra Mundial, o que prevaleceu foi e ainda é a discussão de um novo constitucionalismo com apoios em

346 PONTES DE MIRANDA. 1922. Ibid. Vol. 2, p. 139-158.

347 PONTES DE MIRANDA. 1922. Ibidem, vol. 2, 159-236. Não foi o objetivo aqui nomear os autores citados por Pontes de Miranda em cada período, mas apenas remarcar a posição de que em cada época o povo e os membros do centro simétrico discutem algum processo de adaptação social e o tomavam por missão que deveria prevalecer no período. Ainda hoje é assim.

princípios, logo, o embate entre moral e direito. No começo do século XXI, outros processos de adaptação social vieram à tona para tentar prevalecer na sociedade, quando são discutidos os processos de adaptação da política e do direito e quando o curso da estruturação se faz pelo que se chama de “judicialização da política e politização do jurídico”. Trata-se de uma agenda da democracia que não está sendo atendida no devido tempo pela política e, por isso, diz-se que as intervenções judiciárias para dar respostas rápidas às muitas demandas representam o ativismo judicial. Em resumo, nesta época, nos círculos, as matérias giram em torno da moral em razão da reiterada aplicação de princípios oriundos dos direitos fundamentais, do direito e da política, além da economia, esta por conta de dizeres reiterados da falta de recursos. Não há uma predominância ainda claramente definida nessa primeira quadra do século XXI.

Com referência ao aspecto técnico do direito,³⁴⁸ é um dos mais importantes para a teoria dos círculos sociais, porque há insistência na administração das intervenções sociais pela consideração dos fins e dos meios a partir das relações sociais. Tem tudo para melhorar a relação entre a democracia, a liberdade e a igualdade, pois as realidades vão fornecer o instrumental para a realização dos fins. Nesse ensejo, o técnico chama o científico como imprescindível para aquele administrar ou ajustar o indivíduo e o social às condições essenciais da vida; assim sendo, o racionalismo ou intelectualismo, apesar de importantes, somente entram no segundo momento, depois de se conhecer integralmente o fenômeno real. Seja lembrada aqui a imagem da floresta referida anteriormente, pois quanto mais se “sobe” para ver o real maior será a percepção de que a lei e o direito têm diferenças ou que o direito, na maioria das vezes, se realiza em medida diferente da lei que o introduziu, por conta da influência dos outros processos de adaptação social. No contexto, enquanto a religião vai dizer que os indivíduos aceitem os fatos, esqueçam o individual, as posições egoísticas, aperfeiçoem-se; a moral vai clamar pelo controle de impulsos, pelo seguir a ordem, a paz e coordenar os instintos e as ideias, o direito trabalha a contenção e a desordem dos fatos, o entendimento das situações, seus entrelaçamentos e o que é possível fazer.

Dessa forma, o direito, como técnica, nesse espaço, atua com maior rapidez na adaptação, pois trabalha o indicativo, como o dado, e o meio como a própria técnica em si, e, nesse compasso, compõe, executa, com certa eficácia, os comandos da sua parte normativa. Com efeito, a variabilidade dos meios impõe escolhas ou vontades, por certo, mas que se faça a partir do conhecimento integral do fático, cujo norte é trazer o progresso das intervenções

348 PONTES DE MIRANDA. 1922. Ibid. Vol. 2, p. 237-282. O texto são captações ou interpretações de várias ideias ou interpretações de todo o capítulo, portanto, exige-se paciência na leitura, porque será decisivo para o quarto capítulo desta investigação. O parágrafo também foi dividido para dar leveza ao texto.

sociais. Significa que o fim não é o mesmo que o final propriamente dito, como se disse acima, mas o percurso que movimenta as pessoas para um lugar nos círculos de maior eficácia protetiva dos seus direitos. Na estrutura da feitura e elaboração e interpretação das leis, o aspecto técnico do direito comparece de várias formas como expedientes de fixação do próprio direito, como a identificação de fontes ou órgãos, a matéria relacionada à regra, o modo como pratica os atos, o raciocinar no tocante aos preceitos e aos valores, na posição do direito nacional e internacional e nas novas direções das forças. Em outras palavras, significa as seguintes ocorrências, respectivamente: restrição ao formalismo jurídico, apoio às simplificações, além de outros processos, seja o pragmático, ou por atendimento das categorias de distribuição da matéria social, ou por processos intelectuais, ou por aperfeiçoamentos dos termos ou das frases do mundo jurídico, ou por presunções ou ficções, ou por ouvir fortes exigências públicas. Em outra linha de explicação, o expediente da técnica sugere quantificação ou proporção científica do direito como se fossem conclusões aproximativas do que é certo. Isso significa captar uma parte do que é justo para integrar os círculos sociais; então, por outro lado, tem-se a consciência de que algo de injusto ainda permanece e permanecerá, sempre. Ora, também se esclareça: se não houvesse a intervenção técnica científica, até aquela parte o justo seria sacrificada, dada a relação da vida social como aquela floresta imensa comparada às realidades, o que é quase impossível conhecer totalmente. Isso ao lado do direito, que comparece com fragmentações, com escassez, com formalismo e com símbolos. Nesse particular, a técnica, a partir até do valor instintivo das instituições que fazem as intervenções, por força mesmo do fático, vai se apropriar e aplicar os princípios para aproveitar as ideias que eles contêm e fazer tentativas de regulação dos fatos da vida social que a lei não conseguiu. Dito de outra maneira, enquanto não houver ajustes entre a lei e o direito, a lei será excetuada por uma infinidade de princípios em razão de atender ao que se chama de estado de necessidade ou de emergência. Diz-se que para conciliar o indivíduo e o organismo social, tal estado de necessidade ou de emergência como que passa do Poder Legislativo para o Poder Executivo e, por fim, para o Poder Judiciário. Tais poderes, como já se disse, funcionam como as unidades intermediárias que precisam também concordar, embora isso não aconteça de forma absoluta. A convicção dos membros do centro simétrico, dos membros daqueles poderes, apesar de muita inconsciência nesse caminho, desse suceder contínuo, acontece pela convergência dos elementos revelados pela

lei e pelo real, este último que são os fenômenos econômicos, morais, religiosos, etc.³⁴⁹

Enfim, para Pontes de Miranda, a partir da técnica científica:

[...] os direitos só se justificam em função de outros direitos, porque é de realizações que vivem as sociedades, e não de direitos. A pedra de carvão que o fogueiro atira na fornalha, não pode pretender queimar sozinha, e se o conseguisse, menor seria a sua eficácia porque a associação das chamas aviva o fogo.³⁵⁰

Portanto, todos os aspectos do fenômeno jurídico estão presentes nas intervenções sociais como coordenadoras de realidades ambientes instáveis, para produzir o direito como a força positiva ou a força negativa para adaptação. A direção e o sentido do equilíbrio da coexistência social para a legitimidade daqueles que atuam, especialmente os Poderes Públicos, são tônicas de ajustes. A justificativa, como se viu, é permitir o caminho de entrada de mais e mais pessoas no centro simétrico dos círculos sociais, o que significa a melhora na eficácia protetiva dos direitos dos cidadãos. Acontece que, como a legislação tem na sua base os princípios, as intervenções sociais podem acontecer por exceções e de forma acelerada por meio do uso deles, como se verá, mas se reconheça que tudo funciona de modo parcial e relativo. Isso, porque, também, todos os fatos da vida política ou as intervenções mencionadas são submetidos à crítica do sistema democrático. O direito, pois, é percebido entre a adaptação e os elementos perturbadores e exagerados nos círculos sociais, onde o sentido para o equilíbrio, positivo ou negativo, tende a ser uma combinação de regras.³⁵¹ Pontes de Miranda arremata:

Desde que reconhecemos ao direito função de equilíbrio (aspecto mecânico), determinação e utilidade social (aspecto sociológico), existência objectiva susceptível de análises (aspecto técnico), não podemos admitir leis impostas por inteiro arbítrio de legisladores, nem a estreita dedutividade da interpretação de textos, nem a liberdade metafísica de aplicar a regra jurídica.³⁵²

Em outra passagem, Pontes de Miranda é mais conclusivo: “O direito que é, o *ius, quod est*, é direito que se realiza nos factos (adaptação imediata) ou que é de mistér a eles para que melhor se prossiga na vida social (adaptação mediata ou de segundo grau).”³⁵³

349 PONTES DE MIRANDA. 1922. Ibid. Vol. 2, p. 237-282. O texto são captações ou interpretações de várias ideias ou interpretações de todo o capítulo, portanto, exige-se paciência na leitura, porque será decisivo para o quarto capítulo desta investigação.

350 PONTES DE MIRANDA. 1922. Ibidem, vol. 2, p. 257-258.

351 PONTES DE MIRANDA, 1922. Ibidem, vol. 2, p. 283-298.

352 Idem, vol. 2, p. 284-285.

353 PONTES DE MIRANDA. 1922. Ibid. Vol. 2, p. 292.

3.6 O sistema de intervenções e os princípios científicos

Há uma íntima relação entre o sistema de intervenções que se desenvolve nos círculos sociais e os princípios jurídicos. Ela vai se concretizar a partir de práticas que fazem as movimentações de pessoas nos círculos sociais para lugares de maior proteção social.

3.6.1 Aspectos gerais

Começa-se, de logo, a tentar responder questão central para efeito de relacionar o sistema de intervenções e os princípios jurídicos: por que os princípios são tão importantes nos círculos sociais? A resposta vem, em primeiro lugar, do próprio conceito de democracia, pelo se viu em toda esta investigação, o que pode ser resumido por Crick, ou seja, trata-se de compreendê-la como algo isolado ou conjunto, “[...] de um ideal ou de uma doutrina; ou um tipo de comportamento relativamente a outros; ou de certos acordos institucionais ou legais.”³⁵⁴

Em outras palavras, os princípios buscam administrar a representação entre os homens e o poder, onde são aplicados mesmo na ausência de texto legal.³⁵⁵ Em todo caso, é relevante elucidar que se deseja algo controlável em termos de alguma realização de normas finalísticas constitucionais e legais e eles já começam com suas imensas amplitudes e vão sofrer progressiva delimitação – do fim vago ao fim específico.³⁵⁶

Isso quer dizer que nos círculos sociais os princípios, como ideias diretivas e com a genética de se esclarecerem uns nos outros quando concretizados, fazem o que Larenz explicou ser o jogo de consertação social, seja pela regulação, seja por complementação e restrições. Na hipótese, segundo tal jurista, eles fazem melhor, que é restaurar a responsabilidade pela confiança no sistema com todas as suas consequências jurídicas, em parte, já estão previstas na legislação, mas outra parte acontece pela atuação dos tribunais.³⁵⁷

Nesse compasso, os princípios reclamam e enchem-se de conteúdos político-ideológicos; assim, são responsáveis por cargas de tensão e de intenção das diferentes espécies de povo, porque se incluem neles suas fantasias, seus medos, seus anseios e seus

354 CRICK, Bernard. **Democracia**. Tradução: Carla Hilário Quevedo. Santa Maria da Feira/Portugal: Rainho & Neves, 2006, p. 16. ISBN: 989-552-194-4. Título original: Democracy.

355 BERGEL, Jean-Louis. **Teoria Geral do Direito**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 106. ISBN: 85-336-2176-0. Título original: Théorie générale du droit.

356 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 98-99. ISBN: 978-85-392-0113-6.

357 LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Tradução. José Lamego Lisboa: Fundação CalouteGulbenkian, 1997, p. 674-681. Tradução foi da 6ª. Edição do original Alemão. ISBN: 972-31-0770-8. Título original: Methodenlehre der Rechtswissenschaft.

desejos. É como se eles aproximassem da realidade todos os participantes da sociedade.³⁵⁸ Nessa perspectiva, eles vão tornar comuns alguns dos problemas vivenciados e serão a chave para interpretar textos por outros canais de outros processos de adaptação social, como a moral. Além disso, atuam no cerne da questão de diminuir o autoritarismo, o que faz com que a democracia tenha uma maior e melhor resultado.

Neste panorama, pode-se dizer que eles têm a sua própria soberania, pois podem detectar com maior clareza a mentalidade da época, a norma jurídica que deve ser interpretada com adequação e pelos órgãos adequados, ou produzem a norma pelo resultado da interpretação, além de se portarem como uma das colunas da hermenêutica constitucional.³⁵⁹

Pontes de Miranda chega a recomendar o uso deles, dos princípios trazidos da teoria dos direitos fundamentais, para restaurar algum ou alguns destes direitos, quando o plano do poder estatal, que é entregue ao povo, contraditoriamente, exclui um ou alguns deles. Tal jurista chega a reiterar, quase em desespero, que se usem os princípios supraestatais, metafísicos, éticos ou jurídicos, todos acima do Estado.³⁶⁰

Enfim, os princípios têm sido numa democracia a resposta para se atender as necessidades sociais, especialmente como se fossem as inovações que os círculos sociais precisam, uma melhor relação entre aqueles que estão no centro simétrico e aqueles que estão nos demais círculos. Diz-se: eles conseguem uma façanha notável de aproximar os diversos conceitos de povo. Os princípios, assim, são como novas invenções, novas formas de fazer as coisas e fazem os círculos progredirem para uma maior socialização. Aqui se traz à lembrança o pensamento de Keaton: “o desejo de escapar do sofrimento está sempre presente. Ainda que ele nem sempre se realize. Novos saberes, novas invenções e novas formas de fazer as coisas são a chave para o progresso.”³⁶¹ Os princípios funcionam assim: trazem um progresso maior que as próprias legislações.

358 ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Segunda tiragem. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2003, p. 78. Não encontrado.

359 COSTA, Ana Edite Olinda. **Poder Judiciário e Democracia Constitucional**: a atividade jurisdicional sobre Comissões Parlamentares de Inquérito. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004, p. 30. ISBN: 85-98424-10-2.

360 PONTES DE MIRANDA. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969**. Tomo IV. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1974, p. 660. Também em: PONTES DE MIRANDA. **Comentários à Constituição de 1946**, 2. ed. Revista e aumentada. Tomo IV (arts. 141-156). São Paulo: Max Limonad Editor, 1953c, p. 36.

361 DEATON, Angus. **A grande saída**: saúde, riqueza e as origens da desigualdade. Formato: E-Book Kindle [recurso eletrônico]. Preparação: Raphani Margiotta. Revisão: Carolina Rodrigues, Andre Marinho e Luciana Ferreira. Revisão de E-BOOK: Taynée Mendes. Rio de Janeiro: Editora Intrínseca, 2017, posições 284-290. ASIN: B073H631KZ.

3.6.1.1 Dos princípios científicos indicados por Pontes de Miranda

É preciso considerar que, para Pontes de Miranda, os princípios consignados no capítulo segundo, os quais delinearam aspectos importantes da civilização, são jurídicos e são importantes, mas não são todos científicos, exceto se estiverem ligados às fontes de interpretação do direito.³⁶² Para ele, as características marcantes é que os princípios não científicos permitem as aplicações mais discordantes e servem a bens e males, indistintamente; ou ligados ao intelectualismo, ao racionalismo ou à escolástica. Outro dado marcante é que tais princípios jurídicos têm caracteres vagos e mutáveis e são correspondentes aos períodos históricos que são sua fonte de sua inspiração; contudo, o que os inspira são outras ocorrências sociais que vêm fazer cumpri-los, não cumpri-los ou mudá-los.³⁶³ Ao contrário dos científicos, são aqueles colhidos da observância das relações sociais ou das realidades, especialmente quando induzidos pelo que se vê.

Nessa seara, com base na estruturação da democracia e a sua relação com a liberdade e a igualdade, com os conceitos amplos e restritos de povo, com a problemática de definir as minorias, pode-se levar a uma configuração de um princípio dos mais amplos que existem, ao menos para o mundo ocidental. Trata-se do princípio da civilização progressiva ou princípio da evolução civilizatória,³⁶⁴ pois mostrou objetivamente o que foi dado, do homem como soma, além dos estreitos e contraditórios cursos autoritários na história.

Pontes de Miranda chegou mesmo a mostrar como mudaram os termos dos princípios da igualdade, de existenciais para universais, quando, por exemplo, citou os termos seguintes: “existem homens livres, são eles iguais” para “todos são iguais perante a lei”, ou “todos votam igualmente”. Essa consideração lógica e a história da igualdade levaram a que a liberdade fosse estendida a todos. Em outro momento, aquele jurista arremata: “no estado atual da civilização, tirar a liberdade é fazer todos desiguais e não-livres, tirar a igualdade é restringir a liberdade”.³⁶⁵ E tal processo se fez porque vem se incorporando, como se incorporou, o adjetivo ‘social’ em muitos direitos e, muitos deles refletem os preceitos de liberdade e de igualdade para fazer a civilização continuar.³⁶⁶

362 O pesquisador não vê razão para seguir explicando os princípios contidos no capítulo segundo, mas os considera capitais, especialmente porque insistem, quando aplicados, em melhorar os aspectos da civilização, conforme foi apontado. A justificativa de introduzi-los logo no segundo capítulo, também, foi para contextualizar a democracia como teoria que administra os princípios, conforme explicado, bem como, entender a dissonância entre as teorias e as práticas.

363 PONTES DE MIRANDA. 1922. *Ibid.* Vol. 1. p. 480 e ss.

364 Tal princípio é citado a partir da estruturação geral da teoria dos círculos sociais em Pontes de Miranda.

365 PONTES DE MIRANDA. 1922, Vol. 1, p. 480 e ss.

366 PONTES DE MIRANDA. 1945. Vol. 2, p. 535/536.

E não só, o princípio da evolução civilizatória progressiva vai fazer mudanças na configuração da democracia, na liberdade e na igualdade até os dias atuais. Assim, por exemplo, a liberdade vai coordenar a responsabilidade dos governos; a igualdade identifica-se com a justiça distributiva; a democracia tem relacionamento com respeito às leis.³⁶⁷

Esse ‘civilizar’ significa a implicação de que alguns princípios levaram a outros, especialmente por ações e reações nos círculos sociais. Por exemplo, com o potencial que se renova, aquele princípio movimentou outro tão caro para Pontes de Miranda e alguns autores dos séculos XIX e XX, que é o princípio da adaptação. Este tem a função de adaptar o homem ao meio e às circunstâncias sociais. Tal princípio, por sua vez, fez confirmar-se no princípio da estabilidade social com suas aplicações particulares, especialmente a outros como o princípio da diminuição progressiva do elemento autoritário e o crescimento dos círculos – já estudados no segundo capítulo –, além do princípio do superávit do bem. Tudo leva ao reconhecimento de que existe um saldo de bem ou positivo maior do que o saldo de mau ou negativo; daí, isso permite que a civilização continue.³⁶⁸

O interessante também é observar que a consolidação do processo civilizatório tem influência na diminuição do autoritarismo por diferentes meios, afasta pessoas que apóiam os projetos de retrocesso social e tenta adaptar a realidade sem ter que desfazer as conquistas sociais efetivadas, segundo Pontes de Miranda.³⁶⁹ Por outro lado, é bom que se registre que o grau de acerto do que fora decidido pelo sistema de intervenções sociais pelo uso do princípio da evolução civilizatória acontece pelas reações da sociedade, onde faz acontecer a maior ou a menor necessidade das decisões.³⁷⁰

Em tese e de acordo com a própria realidade, civilizar tem relação com um ritmo, outro nome, que é a palavra ‘socializar’ os bens da vida e as atribuições. Trata-se de outro nome para a igualização que se contrapõe ao individualismo ou liberalismo, mas dentro do sentido do jurídico científico, no dizer de Pontes de Miranda e já mencionado anteriormente. Refere-se ao tentar acertar a regra que atue pela harmonia do círculo social.³⁷¹ Em outras palavras, no que diz respeito à democracia, pelo uso da liberdade justifica-se o administrar as relações de recursos disponíveis para a igualdade.

Tal processo civilizatório, ao menos o ocidental, passou por fase que, segundo Pontes de Miranda, foi de absolutismo do estado, absolutismo da lei, a corrente contrária, a

367 Cf. PONTES DE MIRANDA. 1945. Vol. 2, p. 603/604. Idem FUKUYAMA, já citado.

368 Cf. PONTES DE MIRANDA. 1922. Vol. 1, p. 334.

369 PONTES DE MIRANDA. 1945. Ibid. Vol. 2, p. 524.

370 PONTES DE MIRANDA. 1922. Ibid. Vol. 1, p. 434/435. Sobre o princípio do superávit do bem, veja-se p. 502, Idem.

371 PONTES DE MIRANDA. 1922. Ibid. Vol. 1. p. 442.

emancipação do juiz, a contra reforma e meio termo.³⁷² Não é o caso de explicitar cada um, mas se deseja remarcar que houve a introdução paulatina de gama de regras constitucionais e legais. A maioria delas foi incorporada com uma característica bastante singular, que era e é, ainda, a da generalidade ou indeterminação. Esta constatação tem impacto enorme nos círculos sociais, pois se permite articular com maior ou menor extensão o princípio da igualdade, o que beneficia ao fim e ao cabo todos os grupos e indivíduos dos círculos intermediários e das minorias, para aproximá-los mais e mais do centro simétrico, até se integrarem. A explicação acontece em razão de que tais círculos se dilatam e as novas condições sociais, econômicas, jurídicas, morais e políticas se impõem, sejam por lutas, sejam como expressões de antecipação de movimentos renovadores, especialmente decorrentes das intervenções por princípios, que acontece ao mesmo tempo ou de forma atrasada. Pontes de Miranda chegou a dizer que existe um combate a “estrutura condenada e envelhecida”.³⁷³ Sugeriu, ainda, o jurista, para evitar a pressão no círculo centro simétrico, que se investisse nos círculos mais largos³⁷⁴ e, parece, é o que o governo faz quando trabalha a política de distribuição de renda para camadas de vulneráveis da sociedade.

E não só, todos esses princípios retirados da realidade comparecem para que haja a adesão às regras e que isso aconteça de forma espontânea e não sob estrutura artificial, de modo também que isso implica a necessidade de reconhecer o princípio da democratização da criação do direito, embora, sim, que se deva ter os devidos cuidados em se observar o que dizem os vocacionados para função de interpretar e as pesquisas técnicas sociais.³⁷⁵

Nesse sentido, importante é conhecer as relações sociais, estar próximo da realidade, como já se disse, pois se o objetivo é assegurar o ritmo e o fecundo prosseguimento à vida de coexistência e de equilíbrio sociais, é preciso reconhecer que não é totalmente possível é limitar todo o problema humano a ser resolvido apenas pelo jurídico. De fato, como se viu, apesar da atuação do setor hegemônico, é natural que se tragam os elementos morais, políticos e econômicos para a juridicização. Calmon de Passos concorda com tal perspectiva quando expressa:

Essa complexa interação de fatores (econômicos, políticos, ideológicos) configura o espaço interior no qual opera o Direito, cuja função é emprestar o máximo de segurança e previsibilidade às opções sócio-político-econômicas, institucionalizada pelo setor hegemônico.³⁷⁶

372 PONTES DE MIRANDA. *Ibidem*, 1922, vol. 1, p. 489/490.

373 PONTES DE MIRANDA. 1922, *ibidem*, vol. 1, p. 445.

374 PONTES DE MIRANDA. 1922. *Ibidem*, vol. 2, p. 494-511.

375 PONTES DE MIRANDA. 1922. *Ibid.* Vol. 1, p. 456. *Idem*, p. 458.

376 CALMON DE PASSOS, J. J. **Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo**: reflexões de um jurista na contramão. Salvador: Editora JusPODIVM, 2012, p. 85-86. Sem ISBN ou não localizado.

Assim, observando aquelas relações, especialmente pelo sistema de intervenções a partir da legislação, jurisprudência, exegese e prática, que Pontes de Miranda fez alguns das especificações de princípios que considerava importante e que vale a pena resgatar, pois são universais e práticos. São eles:³⁷⁷

(1) Princípio do respeito à palavra dada. Trata-se de uma missão para que indivíduos e grupos alcancem certas condições, especialmente pela correspondência daqueles que estão no centro simétrico. É fundamental que as promessas efetivadas pelas constituições sejam cumpridas por uma série de ocorrências positivas, como facilitar e descomplicar a vida; a confiança entre os cidadãos melhora e o esforço de viver equaliza. Saliente-se, ainda, que tal princípio não é absoluto, pois, em certas situações, podem ser admitidas exceções. Sarlet, ao fazer sua teoria da eficácia adequada aos direitos fundamentais, chamaria esse princípio hoje de princípio da proibição de retrocesso – encarado aqui como a necessidade de que os cidadãos aspirem a ter alguma segurança jurídica nos seus direitos; de que suas posições jurídicas precisam ser estáveis e ter alguma consolidação; ou de que a ordem jurídica já fez a sua consagração, inclusive por princípios implícitos, enfim, ante uma carga de ‘eficácia protetiva’ dos próprios direitos fundamentais.³⁷⁸

(2) Princípio das soluções aproximadas ou da praticabilidade do direito. Trata-se de constatar o que fora referido acima, isso em relação ao aspecto mecânico do direito, pois quanto mais e mais pessoas entrem naquele centro simétrico, mais ele se deforma e há novas adaptações. Isso significa que o indivíduo ou liberalismo e coletivo ou a socialização são atendidos pelo direito com algo próximo dos seus desejos, então, o direito aparece como quantitativo a partir da diminuição do seu rigor abstrato. Para Pontes de Miranda, o direito seria como ciência do equilíbrio jurídico e até o aspecto qualitativo do direito seria também uma forma de quantidade.³⁷⁹ Aqui se traz a lembrança de Krell, ao interpretar a teoria dos conceitos indeterminados e relacionar com a ‘teoria dos degraus’ de Kelsen e Merkl, ao alertar o seguinte:

377 PONTES DE MIRANDA. 1922. Ibid. Vol. 1, p. 484-502. Sobre a inevitabilidade de lacunas, Pontes de Miranda cita Zitelmann, R. Saleilles, Pierre de Tourtoulon, Hugo, Bülow e outros. Algumas vezes ele cita princípio de Ehrlich sobre lacunas no direito, princípio de Bülow sobre atividade criativa do juiz, princípio de Zitelman sobre a inevitabilidade das lacunas, princípio de Sternberg sobre a criação consciente e científica do direito, etc. Não convém aqui citar, pois o propósito era mostrar os indicativos a partir dos princípios que estão presentes nas relações dos círculos sociais e foram, assim, aqueles mais considerados. Todos os princípios são citados a partir daquelas páginas acima referidas.

378 SARLET, Ingo W. 2015b. Ibidem, p. 451-456.

379 PONTES DE MIRANDA. 1922. Ibidem, vol. 1, p. 8-19.

A determinação ou indeterminação de uma norma jurídica geral não é considerada um critério qualitativo (principiológico), mas meramente quantitativo (gradual), e o Direito representa um processo dinâmico de produção jurídica em vários níveis, cujo degrau mais baixo é chamado de discricionariedade (Ermessen). Nesta visão, não existe diferença entre a aplicação da lei e a discricionariedade.³⁸⁰

Por fim, tal princípio mencionado por Pontes de Miranda parece muito, embora com ressalvas, com o princípio da proporcionalidade, pois lembra que o direito, atendido de forma proporcional e mediante alguns passos, ou seja, no fim, será apenas uma medida.

(3) Princípio da livre criação ou descoberta do direito. Ora, a partir do estudo das relações, aumenta o número e protagonistas no papel de criar e descobrir o direito, desde o legislador, os juízes, os administradores e os demais interessados. Mas Pontes de Miranda alerta que não deve ser entregue totalmente ao povo, mas que se precisa dar atenção ao científico, aos que se interessam ou se especializam, além de se emprestar importância às pesquisas.

(4) Princípio da inevitabilidade de lacunas. Existe desde o século XIX essa construção de que o direito não tem plenitude lógica. Isso significa que por mais que se estructurem as legislações, a realidade é muito maior e mais complexa. É impossível alcançar tudo. Isso convive com o lado do direito de reconhecimento de existência das normas explícitas e normas implícitas, em que estas últimas vão ser entendidas integradamente com outras normas que compõem o sistema jurídico.³⁸¹ Também Sarlet, ao refletir sobre o significado e alcance do art. 5º, § 2º da Constituição de 1988, considerou que a doutrina reconhece os direitos fundamentais implícitos em razão de que o sistema constitucional brasileiro acolheu alguns valores que não ficaram na dependência do legislador constituinte.³⁸² Por outro sentido, também Tribe consigna a existência de uma Constituição invisível. Esta se relaciona com a percepção de como cada pessoa lida com os princípios constitucionais; desse modo, reconhece que, a cada momento, há indicativos de como a Constituição depende de fontes extratextuais de significado.³⁸³

(5) Princípio da independência da exegese da vontade do legislador. Justifica-se pelas tendências e que haja criação consciente e científica do direito. Traduz-se de um modo geral na possibilidade de atuação dos três poderes de tentar conciliar a norma jurídica à realidade, o que, no âmbito, significa reconhecer que todos fazem julgamentos, embora em

380 KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental**: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais – um estudo comparativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 34. ISBN: 85-7348-309-1.

381 MELLO, Marcos Bernardes de. 2008. *Ibidem*, p. 89.

382 SARLET. 2015b. *Ibidem*, p. 79-83.

383 TRIBE, Laurence H. **The invisible constitution**. New York: Oxford Press, 2008, p. 5-6. ISBN: 978-0-19-530425-1. Tradução livre do pesquisador.

momentos diferentes e, por vezes, com conclusões diferentes. É fácil explicar, como já mencionado em item precedente, aquelas diferenças na percepção dos direitos, pois acontece quando os fatos não são estudados na sua totalidade. Pontes de Miranda faz uma engenhosa relação de como isso se dá. Apesar de extensa, vale a pena transcrever:

Retenhamos desde agora: (1) Democracia é conceito com que se fala da atuação do povo na criação da ordem estatal. Com êle enunciamos julgamentos de fato; e com os julgamentos de fato é que as ciências trabalham";(2) Na prática, pode haver discordância entre as regras jurídicas e a vida; noutros termos, entre a incidência do direito e à sua aplicação. Donde os três casos possíveis: 1) Incidência = aplicação (execução completa e satisfatória das leis; 2) incidência > aplicação (execução deficiente); 3) incidência < aplicação (execução utrapassante das leis). Mais ainda: a lei e a realidade podem discordar, – Constituição democrática e país democrático; Constituição não-democrática e país democrático. Mas observe-se que êsses julgamentos de fato já escapam ao direito. Por outro lado, o adjetivo 'democrático' aí envolve, por vezes significação figurada (igualitário, liberal, sem discriminação fortes de raça ou de côr ou de classe; (3) os julgamentos de valor, ainda que implícitos numa só palavra, como 'aristocracia', devem ser postos de parte, afim de se não perturbar o estudo dos fatos; (4) Os termos de que precisamos têm de ser usados em sentido exame e unívoco; (5) As pesquisas e resultados referentes aos dados devem preceder os que tocam a técnica.³⁸⁴

(6) Princípio da determinação da lei por atos jurídicos. Aduz-se que esta prática é o verdadeiro determinador de direitos, pois ligada a algo concreto que transita do prestígio da lei até a autonomia da vontade individual. Há, aqui, campo para modificações de conteúdo onde a lei é o princípio mais geral e o que vem depois é matéria de conteúdo. Trata-se de separar o direito forma do direito substância, como já mencionado em item precedente, onde se reconhece que a legislação não contém todo o direito e que se precise vivenciá-lo de alguma forma para que venha a ser determinado.

(7) Princípio da relatividade da obra do legislador, do intérprete e do juiz. Tal princípio decorre da relação entre a liberdade como correspondência à livre reflexão e os preceitos que constroem a agenda da democracia e o respeito à igualdade. Revela-se no sentido de ser possível construir os conceitos independentes da lei e manejá-los, ou para reforçar aqueles contidos na lei, ou para modificá-los. Isso confronta com o problema de conciliar-se com a relatividade da linguagem, da ciência jurídica e das ciências fundamentais. A questão aqui referente lembra o problema relatado por Sarlet de que não existe nenhum direito fundamental absoluto quando, por exemplo, a própria inviolabilidade do direito à vida pode ser relativizada, seja por questão de guerras, ou decisões do Supremo Tribunal Federal

384 PONTES DE MIRANDA. 1945. Ibidem, vol. 1, p. 162. A linguagem foi consignada como no original do texto.

no julgamento da ADPF n. 54.³⁸⁵ Em relação aos círculos sociais, como os direitos têm eficácia diferente a depender da posição das pessoas neles – se no centro simétrico, se nos círculos intermediários ou no círculo das minorias –, lembrando a doutrina de Sarlet sobre a eficácia protetiva dos direitos fundamentais, é preferível que se fale de respeito e proteção a determinado direito e não de cada direito em si.

(8) Princípio da crescente estabilidade social. Se coexistir e equilibrar são as duas colunas básicas de sustentação dos círculos, tal princípio levou ao princípio da democratização dos modos de revelar o direito, especialmente através do método científico objetivo. A tendência geral civilizatória, embora não totalizadora, foi a de diminuição de conteúdos antidemocráticos de elaboração da lei, seja por práticas de diminuir o voluntarismo subjetivista, seja por excluir os antropomorfismos daqueles que interpretam e praticam as leis e que se encontram no centro simétrico.

(9) Princípio do Superávit do bem. Como já mencionado acima, tem relação com as promessas da civilização e que, em parte, foram cumpridas ou estão em vias de cumprimento, algumas de forma bem lenta. Aqui, a teoria dos círculos sociais lembra do sistema restrito e do sistema amplo. No sistema restrito, como a biologia, a sociologia e a moral, capta-se da realidade que, se houver degradação da energia, os seres morrem; mas, embora se reconheça que há diversos fenômenos equívocos, banais e ruins que trazem a morte, no entanto, reconhece-se que há outros, que são bons, e se permite o seguir da vida. No sistema amplo, com a presença dos indivíduos e das suas capacidades civilizatórias, embora de graus diferentes, não acontece exatamente o mesmo, porque se supõem que as pessoas, embora possam ter perfis conservadores, podem trabalhar o excesso de bem sobre o mal. Explica-se assim a contenção das guerras mundiais desde a Segunda Grande Guerra Mundial nos regimes democráticos, apesar de se reconhecer a existência de alguns conflitos pontuais no mundo, como a guerra do Vietnã e os conflitos no Oriente Médio, relacionados justamente a regimes antidemocráticos. O que se deseja remarcar apenas é: o saldo de coisas boas da humanidade supera o saldo de coisas más e, por isso, a civilização prossegue.

Enfim, todos esses princípios apontam para a diminuição do elemento autoritário nos círculos sociais e, sendo assim, fazem diminuir a força, a violência e, por fim, cai de algum modo o espaço da desigualdade.³⁸⁶

385 SARLET, Ingo Wolfgang. O Supremo Tribunal Federal e direito à vida – uma análise da perspectiva da Constituição Federal de 1988. **STF e direitos fundamentais**. Organizador: Robério Nunes dos Anjos Filho. Salvador: Bahia, 2013. p. 251. ISBN: 978-8577618262.

386 PONTES DE MIRANDA. 1922, *ibidem*, vol. 1, p. 484.

3.6.1.2 Análise de algumas decisões do STF pela teoria dos círculos sociais de Pontes de Miranda e dispositivos da “Reforma Trabalhista” de 2017

A pretensão geral aqui é fazer algumas reflexões sobre decisões do Supremo Tribunal Federal e de alguns dispositivos a Lei n. 13.467, sancionada em 13 de julho de 2017 e que provocou alterações profundas da regulação das leis do trabalho no Brasil. O desejo é tentar se comprovar a teoria dos círculos sociais de Pontes de Miranda pelo sistema das intervenções legislativas e jurisprudenciais para regular as relações em algumas áreas da vida social. A base é o seguinte: o direito é a força positiva ou negativa. Saber seu sentido e direção é ficar conectado com as ideologias ou mentalidades da época que podem optar por direção e sentido da socialização ou não. Busca-se entender, assim, se as decisões e legislação referidas têm raiz no princípio da evolução civilizatória e podem ser positivas, pois, por outro lado, a intervenção pode ter a direção e o sentido negativo em que as opções conduzem ao individualismo ou ao liberalismo.

É caso, também, de informar que na época que se vive, início do século XXI, há uma mistura de mentalidades, ora o forte apelo ao econômico, onde o Mercado deseja ter a prevalência sobre a totalidade das relações; ora ao moral, pelo uso dos princípios constitucionais oriundos dos direitos fundamentais; ora ao político, que se queixa das intromissões do Poder Judiciário na sua seara. Também, é um período em que as pessoas querem viver o direito de forma integral, estão mais conscientes e críticas na busca de melhorias; tanto é verdade que existe uma verdadeira explosão de litigiosidade no Brasil, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça em números. Os dados apontam que o Poder Judiciário finalizou o ano de 2015 um número significativo de processos em tramitação e o estoque vem aumentando.³⁸⁷

Combinado a isso, vê-se também a tentativa de prevalência do debate entre o direito e a moral em alguns casos ditos complexos, especialmente com os usos do preceito da dignidade da pessoa humana. Há, também, a insistência doutrinária de que se faça o reconhecimento e o conteúdo para o que seria o mínimo para se garantir um patamar para uma existência digna, especialmente para os menos favorecidos da sociedade.³⁸⁸ Fachin, por exemplo, defende a pregar a valorização da pessoa e que todos tenham o direito a um

387 BRASIL. **CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA**. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/politica-nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-juris-dicao/dados-estatisticos-priorizacao>> Trata-se o Relatório “Justiça em Números, 2016, Ano base 2015. Acesso em: 12 nov. 2018.

388 SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Sociais, mínimo existencial e o núcleo essencial dos direitos fundamentais – algumas aproximações. 30 anos da Constituição Brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições**. E-Book Kindle [recurso eletrônico]. Organização: José Antônio Dias Toffoli. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Posição 643-662. ASIN: B07HS54T4.

patrimônio mínimo que implique meio da esfera patrimonial em relação à pessoa, considerada o fim.³⁸⁹

É, portanto, nesse cenário que se tentará verificar se a agenda da democracia fora cumprida, especialmente na sua relação com a liberdade e a igualdade.

3.6.1.2.1 Análise de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro sobre alguns temas pela teoria dos círculos sociais

Uma das decisões muito polêmicas e que causaram muitos debates do Supremo Tribunal Federal foi a matéria que discutia a judicialização da saúde e o pleito era o direito a medicamentos especiais.³⁹⁰ A decisão de origem foi da 1ª Turma do TRF da 5ª Região, numa demanda do Ceará, em que uma jovem descrevia ter sido acometida de doença rara chamada Niemann-Pick, tipo C, cujos sintomas eram degeneração e problemas neuropsiquiátricos. A decisão do STF – Supremo Tribunal Federal ocorreu em ação de suspensão de tutela antecipada n. 175/CE, Pleno, cujo relator foi o Ministro Gilmar Mendes, julgado em 17.03.2010. A publicação do acórdão final se deu em 30.04.2010, cuja Ementa foi vazada nos seguintes termos:

EMENTA: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental que se nega provimento.³⁹¹

A defesa da União transitou por temas que arbitravam que o direito não poderia ser deferido por questões de ordem pública, econômica e de saúde. Desejava que se suspendesse a tutela que ordenava a compra do medicamento. Argumentou com apelo ao princípio da separação de poderes, sobre a competência diferenciada do SUS – Sistema Único de Saúde e

389 FACHIN. 2006. Ibidem, p. 166.

390 Todas as citações que dizem respeito ao problema da judicialização do direito à saúde, a síntese do caso, a argumentação das partes, a discussão da reserva do possível e mínimo existencial, a análise do art. 196 da CF, enfrentamento dos argumentos trazidos pelas partes estão extraídas do Capítulo 3 da obra “Comentários à Jurisprudência do STF”. SENA, Jaqueline Santa Brígida; LEVY, Wilson. Judicialização do direito à saúde: entre reserva do possível e participação democrática no acesso a medicamentos. **Comentários à jurisprudência do STF: direitos fundamentais e omissão inconstitucional**. Organizadores: Juarez Freitas e Anderson V. Teixeira. Barueri/SP: Manole, 2012, p. 34 a 52. ISBN: 978-8520433478.

391 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL [STF]. **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela antecipada 175 Ceará**. Julgamento no Plenário 17.03.2010, DJe n. 76, Divulgação 29/04/2010, Publicado 30/04/2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>> Acesso em: 08 mai. 2019.

da falta de previsão legal para integração dela no Polo Passivo. O argumento econômico trazido foi o de que deslocar recursos para pagar o remédio traria prejuízo à descontinuidade dos serviços públicos de saúde e que deferir tinha efeito multiplicador.

Foi negado provimento ao agravo regimental e houve a ponderação ou tentativa de compatibilização entre os princípios da ‘reserva do possível’ e do mínimo existencial, além da possibilidade de aplicação do art. 196 da Constituição Federal, que consagra o direito fundamental à saúde. Toda a sorte de argumentos foi considerada sobre a eficácia desse direito social à saúde, do Judiciário estar inserido em escolhas trágicas, das limitações materiais do orçamento público, da visão liberal do direito à saúde, da necessidade de estreitos limites às decisões judiciais *versus* a discricionariedade da Administração na gestão das políticas públicas.

O STF – Supremo Tribunal Federal – decidiu fixando a interpretação do art. 196 da Constituição Federal de que a saúde é direito de todos, direito subjetivo e que deve haver política pública de promoção, de prevenção e de recuperação das pessoas; de existência de dever estatal solidária dos entes federados; de que políticas públicas deveriam ser executadas com base no acesso ao preceito da igualdade; da existência de uma ineficácia de política da época e falta de legislação específica; de outras decisões do STF sobre inexistência de violação do princípio da separação dos poderes a determinação de fornecimento de remédio; de que os problemas de custos do remédio e de economia não eram relevantes ou considerados frágeis.

Pela decisão acima e pela teoria dos círculos sociais, no caso concreto, a pessoa que pedia o remédio raro estava posicionada bem distante do centro simétrico, uma vez que se declarou sem condições financeiras, supostamente comprovadas, e que não teria condições de arcar com os custos do referido medicamento, por isso do seu pedido aos órgãos situados no centro simétrico, onde alguns desses órgãos contestam o pedido. Se os membros do STF – Supremo Tribunal Federal – estivessem “escravizados” à mentalidade da época, teriam indeferido tranquilamente o pleito, em razão dos custos econômicos, especialmente ligados a prejuízos de pessoas que precisavam de remédios através de alguma outra política de saúde e não poderiam ser atendidas porque os recursos teriam que ser remanejados de algum lugar com o suposto prejuízo de todos.

Pela teoria dos círculos sociais, a decisão foi acertada, pois considerou o direito como força positiva para a coexistência e o equilíbrio das pessoas carentes nos referidos círculos, como se aquela jovem, agora, participasse do centro simétrico de algum modo. Explica-se: a decisão foi no sentido de força positiva, da socialização ou da igualização, apesar de ter sido

atendido o caso individual, pois realizou uma agenda da democracia, que, na ocasião, era uma eficácia do direito à saúde e valorização da pessoa. Ao contrário, se a decisão fosse negativa, estaria seguindo os guardas do templo, de que o direito à saúde teria eficácia apenas quando eles quisessem.

Isso é verdade quando, por exemplo, há notícia de que o Ministério da Saúde prefere cumprir decisões judiciais para fornecer remédios de alto custo, tanto que já pagou 4,5 bilhões em sete anos para atender determinações judiciais, em vez de fazer uma política pública específica nessa área.³⁹²

O fato é que não existe até hoje uma política pública de distribuição de remédios de alto custo para os vulneráveis da sociedade, pois, se existisse, fosse comprovada e devidamente executada, a decisão do STF – Supremo Tribunal Federal – sobre o caso daquela jovem poderia ser outra, porque o direito, como força positiva, teria que atender a socialização geral. Assim, aquela jovem estaria obrigada a entrar nesse programa, respeitar a ordem de distribuição e seguir a lista estabelecida. Eis a forma democrática adequada para cumprimento.

Outra decisão interventiva bem polêmica do Supremo Tribunal Federal brasileiro foi a do julgamento de interrupção de gravidez nas hipóteses de bebês com anencefalia na ADPF n. 54.³⁹³ Discutiu-se a legitimidade sobre a possibilidade de interromper a gravidez, reintroduziu a questão do aborto e a inviolabilidade do direito à vida como bem jurídico fundamental. O resultado da decisão foi o de que a interrupção da gravidez nos bebês com anencefalia é legítima e os fundamentos dos votos, em grande parte, seguiram a linha de que o bebê iria morrer em poucas horas depois do parto, ou seja, seria uma vida inviável, além de priorizar a dignidade e autonomia da mulher e dos pais. Ressalvou-se a posição do ministro Gilmar Mendes quando consignou que a tendência do direito internacional é a proteção da vida intrauterina. Os ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso consignaram em seus votos sobre o respeito à proteção da vida do nascituro, tendo este último defendido o nascituro como sujeito de direitos e da plena dignidade constitucional de sua vida mesmo que sem personalidade jurídica. A ementa foi construída nos seguintes termos:

392 FELIX, Paula. Distribuição de remédios para doenças raras obtidas por medida judicial está atrasada. Estadão Conteúdo. **UOL notícias Ciência e Saúde**. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/estado/2017/11/22/distribuicao-de-remedio-para-doenca-rara-esta-atrasada.htm>> Acesso em: 07 set. 2018.

393 As questões fáticas e teóricas foram extraídas de SARLET, Ingo W. O Supremo Tribunal Federal e o direito à vida – uma análise na perspectiva da Constituição Federal de 1988. **STF e direitos fundamentais** diálogos contemporâneos. Organizador: Robério Nunes dos Anjos Filho. Salvador: Editora Juspodivm, 2013, p. 235-256. Sem ISBN ou não identificado.

ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.³⁹⁴

A análise do caso pela teoria dos círculos sociais tende a consignar que a decisão apresentou-se como intervenção do direito, mas com força negativa. Desejou equilibrar o círculo familiar individual, porém a questão é que poderia haver espaço decisório para alguma socialização, como, por exemplo, fazer indicativos de que pudesse o Estado interferir nesse assunto tão delicado dando algum apoio material e psíquico a mulher para que esta fizesse uma escolha refletida.

Esse tipo de matéria, onde às decisões por argumentações racionalistas e antropocêntricas são plausíveis em todo tipo de recipiente teórico e prático, foi capaz de sujeitar que alguns não tenham a chance de viver nos círculos sociais, especialmente em estado de vulnerabilidade. A decisão era mesmo complexa, mas, o que fora posto judicialmente dentro do sistema de intervenção, tem consequências ou tendências de causar algum desequilíbrio em outras áreas, como a diminuição da carga de solidariedade entre as pessoas, ou, a impossibilidade de estudos científicos para amenizar ou resolver o problema de alguma forma de outras mulheres que não desejem realizar o aborto.

Por que, então, aquela intervenção do Supremo Tribunal Federal não foi aquela que apresenta o direito como força positiva? Porque não foi socializadora ou igualizadora, ou seja, não cumpriu a agenda da democracia no sentido do preceito da igualdade. Veja-se que o bebê não tinha nenhuma defesa, era um ser marginal, doente, vulnerável e que foi rejeitado, quando se poderia, por outro lado, acolher as sugestões doutrinárias de Sarlet³⁹⁵ sobre alguns deveres, como de medidas positivas para proteger a vida, ou de amparo financeiro ao casal, e que garantisse a sobrevivência física, mesmo por algumas horas, ou fixar normas adequadas de organização nessa área, ou impor sanções aos particulares que desrespeitam tal direito.

Com efeito, civilizar, ou aplicar o princípio da evolução civilizatória, ou respeitar a soma civilizatória, por exemplo, é seguir os padrões internacionais sobre a matéria, desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, inciso II, que prevê o direito à vida, além de outros documentos internacionais. Cabe a lembrança aqui, segundo Sarlet, do Pacto

394 BRASI. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL [STF]. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54**, Distrito Federal. Ministro Relator Marco Aurélio. Julg. Plenário 12.04.2012. Pub. 30.04.2012. Disponível em: < file:///C:/Users/casa/Downloads/texto_136389880.pdf > Acesso em: 08 mai. 2019.

395 Diz-se textos jurídicos que Sarlet vem produzindo desde 2003.

Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, art. 6º, I, sobre o direito à vida e o dever e proteção, quando prevê uma série de restrições contra arbítrios nessa área. Da mesma forma, o art. 4º, I, da Convenção Americana e Direitos Humanos de 1969, que fez a previsão da proteção do direito à vida desde o momento da concepção e reiterou que ninguém deveria ser privado arbitrariamente da vida.³⁹⁶

A decisão do STF não melhorou a vida social nos círculos sociais, pois não valorizou o indivíduo e não tratou o direito de forma constitucionalmente adequada, especialmente segundo as normas internacionais sobre a matéria. Sarlet percebeu isso mesmo, embora tenha exposto o tema de forma jurídica adequada, até de forma respeitosa, quando citou normas internacionais que protegem a vida desde a concepção, como mencionado acima.

Por outro lado, pela doutrina geral de Pontes de Miranda, observada no segundo capítulo e dentro do quadro da democracia que se relaciona com a liberdade e a igualdade, no que se conectam aos círculos sociais, os fracos devem ser protegidos para permitir suas coexistências e o equilíbrio social. Se não houve esses dois requisitos, parece que decisão fugiu um pouco da juridicidade e fez ninho na preponderância de algum aspecto moral, como da escolha da mulher sobre o que acontece com seu corpo. Repita-se: não teve melhora social e não alargou os horizontes individualistas, mas, como diria Pontes de Miranda, o fato pertence à história e a ciência pode apenas verificar o erro.³⁹⁷ Aquele jurista assim advertiu: “Em história, como em tudo, é nos efeitos que se julgam os erros cometidos”.³⁹⁸

Em outra passagem, tal jurista advoga a tese de conciliação entre o interesse geral e o individual ao afirmar que a história da moral e do direito aponta que nem sempre é bom o sacrifício ao interesse geral, como nem sempre é eficaz a regra originada da equidade, bondade e de princípios da fraternidade humana. Justifica Pontes de Miranda ao arrematar:

Têm de ser conciliados, dentro das circunstancias e do momento historico e do lugar, o interesse de cada um e do organismo total, não só porque se tratam de forças opostas, como, porque é da singular natureza das sociedades que ao harmonico aumento de forças positivas corresponde vantagem para o todo e o que a este serve represente acréscimo á utilidade do indivíduo.³⁹⁹

396 SARLET, Ingo Wolfgang. 2013. *Ibidem*, p. 237-238.

397 Esclarece este pesquisador que de modo algum deseja ofender o STF – Supremo Tribunal Federal, mas tem licença acadêmica para expor as críticas dentro da percepção da teoria de Pontes de Miranda. Assim, o faz com respeito à Instituição e com a intenção sincera de melhorar os seus julgamentos.

398 PONTES DE MIRANDA. 1922. *Ibidem*, volume 2, p. 122.

399 PONTES DE MIRANDA. 1922. *Ibidem*, volume 2, p. 588.

A última análise da teoria dos círculos acontece com a reflexão sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal na questão da União de pessoas do mesmo sexo.⁴⁰⁰ Tal julgamento ocorreu na ADIN – Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277 julgada em conjunto com a ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132 de 2011. A ementa do julgamento é grande com seis itens de larga extensão, por isso, por questões de padrões acadêmicos serão transcritas os itens ‘1’ e ‘6’, o que situa a matéria dentro do que o STF – Supremo Tribunal Federal desejou:

EMENTA: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação.

(...)

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.⁴⁰¹

Foi discutido o art. 1723 do Código Civil Brasileiro e nele se, também conforme a Constituição, poderia haver o entendimento de reconhecimento daquela união. Somente para deixar remarcado, tal dispositivo expressa: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência familiar, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição da família”. Já o art. 226, § 6º da Constituição Federal preceitua: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o

400 As questões fáticas e teóricas foram extraídas de texto produzido por Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi. DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. A decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a União de pessoas do mesmo sexo. **STF e direitos fundamentais** diálogos contemporâneos. Organizador: Robério Nunes dos Anjos Filho. Salvador: Editora Juspodivm, 2013, p. 139-154. Sem ISBN ou não localizado.

401 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL [STF]. **Ação direta de Inconstitucionalidade 4.277 Distrito Federal**. Julgamento no Plenário em 05.05.2011. Dje n. 198, Divulgação 13/10/2011, Ementário n. 2607-3. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>> Acesso em: 08 mai. 2019.

homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão ao casamento.”⁴⁰²

Em resumo, foi uma intervenção estatal que impactou os direitos das minorias sexuais, foi contrária à formulação literal da Constituição quando expressava que o casamento se dá entre homem e mulher e, além disso, foi unânime, embora nem sempre com argumentos idênticos. Não convém aqui citar um a um os votos dos ministros, mas os fundamentos divergiram nos seguintes aspectos: da diferenciação jurídica da união; das impossibilidades de enquadramento da união homoafetiva em espécie de família ou de que é uma nova forma de união familiar; de que proteger igual e diretamente as pessoas em união do mesmo sexo é questão de aplicação de preceito constitucional; de que os casais homoafetivos não dão publicidade às suas relações, pois temem represálias.

Pela teoria dos círculos sociais de Pontes de Miranda, a decisão foi correta como resultado, mas alguns fundamentos poderiam ser caracterizados como de duvidosa antropomorfia ou voluntaristas, como, por exemplo, a citação de um espírito da Constituição que conduz ao reconhecimento da união homoafetiva. A questão aqui é o direito como força positiva de reposicionamento das pessoas nos círculos sociais. Foi o que ocorreu. Esse público ou círculo de casais homoafetivos sempre existiu e sua relação estava à margem de algum reconhecimento estatal. Era e é uma agenda de que a democracia capta a possibilidade de fazer essa socialização pelo agregar aquelas pessoas no centro simétrico. Tal não foi efetivado pelo legislador, inclusive o constituinte. O texto constitucional e legal, ante a teoria dos círculos de Pontes de Miranda, limitava ou aprisionava a realidade de que família era a união estável entre homem e mulher, quando as relações sociais apontavam os vários tipos de entidades familiares. Tratou, ainda, de aplicação do princípio da civilização evolutiva quando o civilizar foi trazer para dentro ou próximo do círculo do centro simétrico tais pessoas, no sentido de reconhecimento dos seus direitos como família.

Diz-se, ainda, que vários princípios constitucionais foram mencionados naquela decisão do Supremo Tribunal Federal para fazer a aludida transformação, embora sem a manifestação clara se eles tinham o poder de alterar texto constitucional. Entretanto, pela teoria dos círculos sociais de Pontes de Miranda, houve alteração, pelo que se observa na atuação dos aspectos mecânico, sociológico, ideológico e técnico do direito. Fez com que houvesse entrada no círculo centro simétrico de pessoas de união homoafetiva e o seu

402 BRASIL. [CONSTITUIÇÃO, 1988]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. [2018].

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 12 nov. 2018.

reconhecimento como entidade familiar, porque: (a) aspecto mecânico – desde que agregados a uma eficácia protetiva maior pela integração, amplificam os impactos de ordem fiscal, previdenciária, social, etc, em que as pessoas que já estão no centro simétrico terão que se adaptar; (b) aspecto sociológico – reconhece as relações sociais diferentes das tradicionais; (c) aspecto ideológico – comunga com a época de tendência ao predomínio da moralização sobre o jurídico nos diversos aspectos da sociedade, ou seja, realiza o princípio da diferença, do reconhecimento, informado no segundo capítulo. Isso implica uma maior tolerância com os que poderiam ser considerados diferentes do padrão tradicional; e (d) aspecto técnico – necessitou-se de intervenção de técnicos para corrigir e equilibrar a sociedade nessa área, dado que o legislador constituinte não conseguiu, ou o fez de forma oculta para que fosse revelado, por conseguinte, permitiu que grupos ou indivíduos diferentes do tradicional pudessem coexistir com todos.

3.6.1.3 Análise de alguns dispositivos da chamada “Reforma Trabalhista” de 2017 a partir da teoria dos círculos

A Lei n. 13.467 de 13 de junho de 2017 fez uma profunda reforma na legislação trabalhista a ponto de alguns autores teóricos e práticos, como Martins, dizer que há necessidade de reformar doutrinas e jurisprudência sobre vários assuntos.⁴⁰³

Segundo o mesmo autor, foram vários os motivos, dentre os quais destacam-se: reduzir o ativismo judicial, diminuir o número de demandas, reconsiderar a figura do empregado como hipossuficiente econômico, prestigiar o negociado sobre o legislado, promover um diálogo de maior profundidade entre os atores sociais, impedir que a Justiça do Trabalho revise o que foi negociado, acelerar a duração de processo trabalhista, impor maior responsabilidade das partes no processo, gerar possibilidades de flexibilizações nas regras trabalhistas, racionalizar recursos e utilizar os meios alternativos de solução de conflitos.⁴⁰⁴

Segundo juristas e alguns dos membros da Associação Nacional dos Juizes do Trabalho - ANAMATRA, como Feliciano, Conforti e Porto, que acompanharam os debates sobre a Reforma Trabalhista de 2017, não foram dados espaços ao diálogo com várias instâncias, especialmente quando solicitaram atenção para normas de direito internacional e uma melhor técnica na produção legislativa.⁴⁰⁵

403 MARTINS, Sérgio Pinto. **Reforma Trabalhista**: comentários às alterações das Leis n. 13.467/2017, 13.545/2017 e da Medida Provisória n. 808/2017. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 22. ISBN: 978-8547231880.

404 MARTINS, Sérgio Pinto. 2018. Ibidem, p. 22.

405 FELICIANO, Guilherme Guimarães; CONFORTI, Luciana Paula; PORTO, Noêmia Aparecida. A reforma trabalhista e suas ‘modernidades’ na visão do Mundo Exterior: O “Caso Brasil” na 106ª Conferência

Diante desse quadro, o objetivo é analisar as intervenções legislativas no âmbito da teoria dos círculos sociais de Pontes de Miranda para dizer se o direito reformado foi uma força positiva quando busca uma maior socialização, ou negativa, quando caminhou para uma tendência individualista ou liberalista em excesso.

Em geral, a resposta é que, na quase totalidade, a tal Reforma Trabalhista de 2017 foi individualista, não socializante, por isso, apresentou o direito trabalhista, na oportunidade, como força negativa. Ficam excetuados alguns aspectos pontuais, como a negociação coletiva, embora com aberturas para flexibilizações perigosas no sentido de não trazer melhoria na condição do trabalhador.

Com efeito, a Reforma Trabalhista de 2017 quis aprisionar a realidade de modo que, para a teoria dos círculos sociais, a maioria dos dispositivos impôs um artificialismo indevido nas relações sociais trabalhistas. Além disso, trouxe uma discussão superada desde o século XIX, ao questionar e impedir a autonomia e a independência decisória dos juízes, como se isso fosse possível. Veja-se, por exemplo, o § 2º do art. 8º: “Súmulas e outros enunciados e jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei”.⁴⁰⁶

Bachof, se fosse falar sobre o tema, diria que o legislador da Reforma Trabalhista brasileira de 2017 pode não ter lembrado matéria sobre a existência de uma ordem de valores anteriores e posteriores à Constituição Federal; que o direito tem se conectar profundamente com força material da Constituição, e que a relação do homem com a lei mudou, porque ela pode ser uma ameaça aos bens como a liberdade e o próprio direito.⁴⁰⁷

Assim, o que interessa para os círculos é o acerto dos fatos para uma maior socialização e, por exemplo, isso não acontece quando a Lei n. 13.467 de 2017 acrescentou:

(1) § 3º do art. 2º da CLT – Consolidação das Leis do Trabalho expressa: “Não caracteriza grupo econômico a mera identidade de sócios, sendo necessária, para a configuração do grupo, a demonstração conjunta do que seria o interesse integrado, a efetiva

Internacional do Trabalho e as violações às Normas Internacionais do Trabalho. **Reforma Trabalhista:** novos rumos do Direito do Trabalho e do Processual do Trabalho. Organizadores: Carlos Arthur Figueiredo, Flávio Costa, Francisco Noronha e Sérgio Queiroz. 1. ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 12-18. ISBN: 978-85-361-9739-5.

406 BRASIL. **CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO [CLT]**. Decreto-Lei n. 5.452 de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm> Acesso em: 12 nov. 2018. .

407 BACHOF, Otto. **Jueces y Constitución**. Tradução: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Madrid: Editorial Civitas, 1985, p. 47-48. Tradução livre do pesquisador. ISBN: 84-7398-368-8.

comunhão de interesses e a atuação conjunta de empresas integrantes.⁴⁰⁸ Tal dispositivo não socializa, limita a realidade, pois dificulta a execução do crédito trabalhista, ou seja, não efetiva direito social, pois exige um formalismo exagerado com ordem expressa de demonstrar um conjunto de fatos quase impossíveis na prática. No país em que há pouco respeito às leis trabalhistas como o Brasil, há indicativo de que o número de processos trabalhistas diminuiu com a referida Reforma, segundo dados do TST- Tribunal Superior do Trabalho.⁴⁰⁹ Muito do sentimento jurídico, embora preliminar, porque no momento em que se analisa – a Reforma Trabalhista somente tem um ano – aconteceu tal diminuição, tem-se a noção dessas dificuldades e, também, o processo trabalhista ficou caro e possivelmente dificultou o acesso à justiça. Tanto que existe discussão no STF – Supremo Tribunal Federal – sobre os limites dos benefícios da Justiça Gratuita, o pagamento de honorários periciais e de advogado em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5766, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República.⁴¹⁰

(2) Outro dispositivo que compete destacar é este:

Art. 10-A. O sócio retirante responde subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas da sociedade relativas ao período em que figurou como sócio, somente em ações ajuizadas até dois anos depois de averbada a modificação do contrato, observada a seguinte ordem de preferência: I – empresa devedora; II – os sócios atuais; III – os sócios retirantes. Parágrafo Único. O sócio retirante responderá solidariamente com os demais quando ficar comprovada fraude na alteração societária decorrente da modificação do contrato.⁴¹¹

Na hipótese, também aqui o dispositivo traz problemas para a execução de créditos trabalhistas ou efetividade de cumprir o direito social trabalhista, caso reconhecido em sentença transitada em julgado. Infirma-se que, dada a demora nos trâmites de execução, para se chegar ao sócio retirante já passou o prazo de dois anos, por isso, esse sócio nunca será executado, exceto se houver intervenção judicial para vinculação antecipada dele. Trata-se aqui de uma porta aberta para não efetivação dos direitos trabalhistas, por isso, o direito aqui comparece como força negativa.

(3) Com referência a este dispositivo cabe fazer as considerações:

408 BRASIL. **CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO** [CLT]. Decreto-Lei n. 5.452 de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm> Acesso em: 12 nov. 2018.

409 BRASIL. **TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO** [TST]. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/24724445> Acesso em 12 nov. 2018.

410 BRASIL. **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL** [STF]. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=377922>> Acesso em: 12 nov. 2018.

411 BRASIL. **CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO** [CLT]. Decreto-Lei n. 5.452 de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm> Acesso em: 12 nov. 2018.

Art. 11-A. Ocorre a prescrição intercorrente no processo do trabalho no prazo de dois anos. § 1º A fluência do prazo prescricional intercorrente inicia-se quando o exequente deixa de cumprir determinação judicial no curso da execução. § 2º A declaração da prescrição intercorrente pode ser requerida ou declarada de ofício em qualquer grau de jurisdição.⁴¹²

É outro dispositivo que não traz qualquer melhoria na condição do trabalhador e, também, é atestado disfarçado de eficiência negativa da Justiça do Trabalho em cobrança de créditos trabalhistas, resolvendo-o pela extinção da própria cobrança. Se já é difícil executar, pois, entre muitas razões, está a questão do executado omitir bens, por outro lado, a prescrição intercorrente resolve o problema da efetividade dos direitos trabalhistas deixando de efetivá-los. A verdade é que, pela teoria dos círculos sociais de Pontes de Miranda e pela teoria da eficácia protetiva adequada dos direitos sociais de Sarlet, não há qualquer movimentação dos trabalhadores com problemas de execução trabalhista para o círculo simétrico.

(4) Outro dispositivo sob análise: § 2 do art. 58 da CLT – Consolidações das Leis do Trabalho:

O tempo despendido pelo empregado desde a sua residência até a efetiva ocupação do posto de trabalho e para o seu retorno, caminhando ou por qualquer meio de transporte, inclusive pelo empregador, não será computado na jornada de trabalho, por não ser tempo à disposição do empregador.⁴¹³

O direito tratado são as horas de percurso. Diz-se que se for um percurso razoável, a exemplo de uma hora ou uma hora e meia, dentro de uma lógica das grandes cidades e do homem médio, é até aceitável. Acontece que há situações muito particulares, como a questão dos trabalhadores rurais. A realidade do meio rural faz com que os trabalhadores esperem, com o trânsito, de duas ou três horas para chegar ao local de trabalho, pois muitas fazendas são distantes.⁴¹⁴ A aplicação literal do dispositivo não socializa tais pessoas, pois ele perde contato com o lazer, a família e outras espécies de convívio social. O dispositivo amarrrou a realidade com artificialismo, por isso, comparece como direito de força negativa.

(5) No tocante ao inciso III do art. 62 da CLT. Expressa a hipótese de inclusão de contagem de jornada de trabalho. Diz o seguinte: “Não são abrangidos pelo regime previsto

412 BRASIL. **CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO**. [CLT]. Decreto-Lei n. 5.452 de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm> Acesso em: 12 nov. 2018.

413 BRASIL. **CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO** [CLT]. Decreto-Lei n. 5.452 de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm> Acesso em: 12 nov. 2018.

414 MARTINS, Sérgio. 2018. *Ibidem*, p. 38.

neste capítulo: [...] III – os empregados em regime de teletrabalho.”⁴¹⁵ A realidade aqui ficou em segundo plano, porque qualquer entrada em algum programa virtual de trabalho na Rede de Computadores permite saber o tempo de trabalho e até a qualidade do trabalho. Tal monitoramento plausível e possível não está em consonância com o aludido dispositivo, o que precariza a condição daquela classe de trabalhadores. Dessa forma, tem-se que o direito compareceu aqui como força negativa nos círculos sociais, pois não veio ao encontro de uma maior socialização.

(6) Sobre o valor de danos morais, § 1º do art. 223-G da CLT tem-se a seguinte redação:

Se julgar procedente o pedido o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos: I – ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido; II – ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido; III – ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido; IV – ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.⁴¹⁶

Aqui se tem uma das mais graves distorções de uma agenda da democracia pela socialização, que é no sentido da igualdade. Pelo que se nota no dispositivo, um dedo de um professor de direito, se perdido por culpa do empregador em acidente de trabalho ou doença ocupacional equiparada, vale mais do que um de um trabalhador rural, que o perdeu no uso do seu facão de cortar cana. São distorções evidentes de intervenções artificiais despóticas. Exemplo aqui referido para dizer da distância que estão nos círculos, ante os graus de eficácia protetiva um professor de direito em relação ao trabalhador rural. E assim ficam comparados todos os trabalhadores, uma vez que a própria intervenção legislativa discriminou os trabalhadores pelo salário. Aqui, também, pela análise da teoria dos círculos sociais, o direito compareceu como força negativa.

(7) Para não dizer que somente se trouxe os exemplos de direito como força negativa, informam-se os dispositivos previstos no art. 611-A e art. 611-B da CLT – Consolidação das Leis do Trabalho. Eles tratam dos requisitos para prevalência do negociado sobre o legislado,

415 BRASIL. **CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO** [CLT]. Decreto-Lei n. 5.452 de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm> Acesso em: 12 nov. 2018.

416 Cabe salientar que houve uma Medida Provisória de n. 808, publicada em 14/11/2017 que alterou vários pontos da Reforma Trabalhista. Entre eles, a questão da fixação dos valores que passou a ser pelo limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social. Esclarece-se que tal Medida Provisória, por força do § 7º do art. 62 da Constituição, teria que ser objeto de aprovação pelo Congresso Nacional. Não foi. Perdeu a validade em 23 de abril de 2018, mas que se reconhecem os efeitos jurídicos do período. Permaneceu, assim, a antiga redação do dispositivo analisado. BRASIL. **CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO** [CLT]. Decreto-Lei n. 5.452 de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm> Acesso em 12 nov. 2018.

desde que se respeite a Constituição Federal. Essas previsões foram consolidações do que já se observava nas práticas adotadas nas relações sociais com reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal e o próprio Tribunal Superior do Trabalho, ou seja, havia a aceitação de autonomia dos autores coletivos para resolver pontualmente seus problemas em nome de algo maior, como a preservação dos empregos, ou alguma particularidade da relação.⁴¹⁷ O direito aqui tem força positiva, porque não prende a realidade, tem um padrão de seguir uma tendência mundial. Além disso, é possível que ocasione alguma melhoria na condição do trabalhador. O próprio termo “negociar” já diz muito sobre “trocas” e, até mesmo por razoabilidade e proporcionalidade, imagina-se que as partes, numa negociação, podem ter ganhos e perdas. O caso é que os dispositivos alteram a hierarquia das fontes no direito do Trabalho, promovem uma maior socialização com a capacidade de, ao menos em teoria, trazer muita gente para o centro simétrico, de uma eficácia protetiva maior dos seus direitos, especialmente o direito ao trabalho.

(8) Outro dispositivo analisado é o § 3º do art. 789 da CLT:

É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social.⁴¹⁸

É um dispositivo que limita a realidade ao detectar uma hipossuficiência econômica apenas levando-se em conta a proporcionalidade com o percentual limitador, a partir dos benefícios do Regime da Previdência. Há uma variedade de hipóteses das relações sociais de detectar a hipossuficiência, como, por exemplo, o trabalhador endividado ou com custos de saúde despendidos para atender membro familiar, etc. Assim, ao não trazer esses trabalhadores para uma agenda democrática de acesso à justiça, desconsidera a socialização, portanto, a intervenção artificial legislativa apresentou o direito como força negativa, até porque tem forte impacto no direito de acesso à justiça, um direito que dá acesso a quase todos os outros direitos.

Certo que o Supremo Tribunal Federal está julgando as regras da gratuidade da justiça do texto questionado pela Procuradoria Geral da República na Ação Direta de

417 ESTEVES, Alan da Silva. O negociado sobre o legislado: análise dos arts. 611-A e 611-B da CLT – Consolidação das Leis do Trabalho, conforme Lei n. 13.467, de 2017. **Reforma Trabalhista:** novos rumos do Direito do Trabalho e do Processual do Trabalho. Organizadores: Carlos Arthur Figueiredo, Flávio Costa, Francisco Noronha e Sérgio Queiroz. São Paulo: LTr, 2018, p. 58-67. ISBN: 978-85-361-9739-5.

418 BRASIL. **CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO.** [CLT]. Decreto-Lei n. 5.452 de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm> Acesso em: 12 nov. 2018.

Inconstitucionalidade n. 5.766. O ministro relator Luís Roberto Barroso manteve o dispositivo numa interpretação conforme a Constituição e admitiu que os trabalhadores, mesmo hipossuficientes, sejam cobrados por encargos do processo, enquanto que o Ministro Edson Fachin considerou o dispositivo inconstitucional por ofender o direito ao acesso à justiça, daí, o processo foi suspenso por pedido de vista.⁴¹⁹

A ementa do voto do Ministro Relator Roberto Barroso ficou assim elaborado segundo a sua tese, seguida da posição do Ministro Edson Fachin:

Decisão: Após o voto do Ministro Roberto Barroso (Relator), julgando parcialmente procedente a ação direta de inconstitucionalidade, para assentar interpretação conforme a Constituição, consubstanciada nas seguintes teses: “1. O direito à gratuidade de justiça pode ser regulado de forma a desincentivar a litigância abusiva, inclusive por meio da cobrança de custas e de honorários a seus beneficiários. 2. A cobrança de honorários sucumbenciais do hipossuficiente poderá incidir: (i) sobre verbas não alimentares, a exemplo de indenizações por danos morais, em sua integralidade; e (ii) sobre o percentual de até 30% do valor que exceder ao teto do Regime Geral de Previdência Social, mesmo quando pertinente a verbas remuneratórias. 3. É legítima a cobrança de custas judiciais, em razão da ausência do reclamante à audiência, mediante prévia intimação pessoal para que tenha a oportunidade de justificar o não comparecimento, e após o voto do Ministro Edson Fachin, julgando integralmente procedente a ação, pediu vista antecipada dos autos o Ministro Luiz Fux. Ausentes o Ministro Dias Toffoli, neste julgamento, e o Ministro Celso de Mello, justificadamente. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 10.5.2018.⁴²⁰

Portanto, as questões trazidas pela Reforma Trabalhista de 2017, a partir da intervenção legislativa nos círculos, podem ser consideradas de força positiva ou força negativa, conforme a tendência de uma maior ou menor socialização, respectivamente.

419 Barroso mantém regra a reforma trabalhista; Fachin pede vista: dispositivo questionado pela PGR altera regras da gratuidade da justiça. **MIGALHAS**: Portal jurídico, com doutrina, jurisprudência e legislação.

Disponível em:

<<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI279921,51045->

Barroso+mantem+regra+da+reforma+trabalhista+Fachin+diverge+e+Fux+pede> Em 10 mai 2018. Acesso em: 08.11.2018.

420 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL [STF] **ADI (ação direta de inconstitucionalidade) 5766**. Julgado parcialmente em 10.05.2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5250582>> Acesso em: 08 mai. 2019. A última movimentação informa que o autos estão conclusos com o Ministro Relator desde 07 de março de 2019.

4 CONSTRUÇÃO DAS REGRAS DE PROTEÇÃO DO CIDADÃO: A TEORIA DA POSIÇÃO JURÍDICA

Estudar os círculos sociais e as pessoas presentes em constantes interações; saber que há diferentes conceitos de povo; identificar que estes estão separados; inferir que existe um sistema de intervenções que têm origem no chamado centro simétrico, permite identificar, de logo, que os cidadãos podem ser posicionados e reposicionados no que se considera para uma área de maior proteção dos seus direitos.

4.1 Considerações preliminares

Segue-se, inicialmente, a doutrina geral de Pontes de Miranda, que é como se fosse uma das simplificações de toda a sua teoria: não permitir que as ideias modelem os fatos; mas, ao contrário, deixar que os fatos moldem as ideias.⁴²¹ Há um pensamento do jurista que vale a pena transcrever como quadro geral de sua teoria:

Os factos sociaes são as relações e são as relações que os julgamentos traduzem. A extração das regras é processo posterior, porque, no próprio direito costumeiro, os factos precedem à norma, que elles descrevem. Imaginar regras prévias, a que se reportem os julgamentos e pelas quaes se modelem as relações, denuncia a sobrevivencia de theologismo ou de metaphysica da concepção do direito: em vez de nos contentarmos com as relações, queremos seres, ainda abstractos (regras), de que dimanem os factos.⁴²²

Tal jurista pensava assim porque há sempre os perigos de aprisionamentos dos seres humanos em labirintos: de antropomorfismo, de antropocentrismo, de voluntarismo subjetivista e das limitações hereditárias, como se disse no capítulo 3 desta pesquisa. Para aquele propósito, é preciso verificar as realidades, buscar induzir algo e, somente depois, fazer as racionalizações por deduções. O fito é verificar os indicativos para a ciência, que são os julgamentos de fato para, em seguida, conseguir extrair os imperativos. Por certo, tudo dentro da teoria dos círculos sociais.

No capítulo terceiro, foram analisadas algumas práticas de intervenções e suas consequências para os círculos sociais. Neste capítulo, uma das missões é continuar a analisar alguns acórdãos de jurisprudências do Brasil, particularmente aqueles que lidam com os direitos fundamentais e os princípios jurídicos, quais sejam: do STF – Supremo Tribunal Federal, do STJ – Superior Tribunal de Justiça, do TST – Tribunal Superior do Trabalho e um do TRT – Tribunal Regional do Trabalho da 19ª Região sobre a Reforma Trabalhista de 2017.

421 São várias as passagens. Cf. PONTES DE MIRANDA. 1922. Ibidem, vol. 2, fls. 15, 17, 18, 21, 136, 517-518.

422 PONTES DE MIRANDA. 1922. Ibidem, volume 2, p. 518.

Deseja-se ter uma visão do comportamento de tais órgãos, quando obrigados a fazer a aplicação dos princípios jurídicos, especialmente aquele da igualdade, pois está na raiz da própria democracia. Esta que, pelo que se viu, está estruturada na diminuição do elemento autoritário e ligada à liberdade como reflexão de escolha de itinerários da ciência e da verdade. Após, deduzir as inferências para, posteriormente, definir os parâmetros de como construir a regra de proteção dos cidadãos, pois esta corresponde ao problema central da própria democracia.

Nesse itinerário, a escolha de decisões respeita a linha de edificação desta investigação. Questiona-se como o Estado é capaz de valorizar os seus cidadãos nos diversos aspectos da vida, para trazê-los a um lugar próximo do centro simétrico, que, como foi estudado, trata-se de um espaço onde a eficácia protetiva dos seus direitos é melhor.

4.2 Da análise de decisões do STF – Supremo Tribunal Federal, do STJ – Superior Tribunal de Justiça, do TST – Tribunal Superior do Trabalho e Tribunal Regional do Trabalho

Esquadrinhar decisões de tribunais superiores e fazer a respectiva relação entre a teoria dos círculos sociais de Pontes de Miranda significa estruturar uma perspectiva prática do que foi estudado e do que será proposto. Isso porque há nuance particular como se viu no capítulo terceiro, de que se avance à socialização pouco a pouco.

4.2.1 Da análise da ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347 em MC/DF – Medida Cautelar do Distrito Federal sobre o sistema carcerário

Eis um modelo de intervenção judicial no âmbito legislativo e no administrativo dos Poderes, seja para corrigir os defeitos sociais da área, seja para prevenir outros problemas. Tal referência é a ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental em Medida Cautelar n. 347 MC/DF, cujo relator foi o Ministro Marco Aurélio. Foi debatido e julgado o tema chamado “Sistema carcerário: estado de coisas inconstitucional e violação a direito fundamental”, relativos ao sistema penitenciário brasileiro. Da mesma forma, foram aventadas as providências estruturais, com o objetivo de sanar as lesões aos direitos fundamentais dos presos, ante as omissões e as ações dos Poderes Públicos.⁴²³ A Ementa do acórdão foi confeccionado nos seguintes termos:

423 GOUVEIA, Roberval; GOUVEIA, Mila (orgs). **Principais julgamentos STF/STJ**: versão integral. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 105-110. Sem ISNN. O resumo das ocorrências, inclusive os votos de alguns ministros, são retirados desta obra.

CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.⁴²⁴

O resumo do caso é este: (a) tratou-se de uma Medida Cautelar, que tomou expressão utilizada pela Corte Constitucional da Colômbia – “estado de coisas inconstitucional”; (b) partiu-se da observância de situações práticas de ofensas gerais e sistêmicas de direitos fundamentais dos presos; (c) constatou-se a omissão e a incapacidade reiterada de autoridades públicas de modificar tal estruturação; (d) apurou-se a necessidade de ações que exigiam as atuações de autoridades de diversos ramos.

O Ministro Relator deferiu a liminar em parte e adiantou algumas providências. Eis a síntese da decisão: (1) que os juízes motivassem expressamente a prisão e explicassem os motivos pelos quais não adotaram medidas alternativas; (2) que os juízes observassem o Pacto dos Direitos Civis e Políticos, artigo 9.3, bem como a Convenção Interamericana dos Direitos Humanos, art. 7.5, com a finalidade de realizar audiências de custódia e viabilizar o comparecimento do preso no prazo máximo de 24 horas, contadas do momento da prisão, respectivamente; (3) que os juízes considerassem o quadro dramático do sistema penitenciário, no momento de análise de concessão de cautelares e, quando possível, optassem por penas alternativas à prisão. Tal Ministro reconheceu, assim, que as reclusões no Brasil são cumpridas em condições severas. Houve, ainda, a determinação judicial para a liberação de verbas do Fundo Penitenciário Nacional – FUPEN, administrado pela União, além de determinação para que esta não efetivasse novos contingenciamentos de valores, a fim de não prejudicar a administração nacional do sistema carcerário. Por outro lado, indeferiu o pedido

424 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL [STF]. **Medida Cautelar na Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal**. Julgado em Plenário em 09/09/2015. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665> > Acesso em: 08 mai. 2019.

de abrandamento dos requisitos temporais e de abatimento do tempo de prisão em razão das condições do sistema, pois isso era caso de disciplina legal e verificada caso a caso a existência de qualquer hipótese de flexibilização. A decisão tratou ainda sobre o tempo de custódia definitiva e apontou a ausência legal para fazer qualquer alteração, bem como indeferiu pedido relativo ao envolvimento do CNJ – Conselho Nacional de Justiça para trabalhar na concretização de medidas nessa área.

Com referência aos direitos ofendidos, o referido Ministro Relator apontou as violações gerais aos preceitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, de vedação de tortura e de tratamento desumano, direito à assistência judiciária e dos direitos sociais à saúde, à educação, ao trabalho e à segurança dos presos. Justificou também a relação de causa e efeito entre as ações e as omissões dos Poderes Públicos quanto ao tema, porque tornaram as prisões brasileiras cruéis e desumanas. Constatou que a contingência de recursos por órgãos do Poder Executivo agravava a situação de formulação e de administração de melhorias de políticas públicas nessa área. Considerou que o sistema brasileiro não favorece a socialização; faz aumentar a criminalidade e transforma pequenos infratores em “monstros do crime”, o que seria comprovado pelas altas taxas de reincidência. Arremata que a sociedade como um todo estava sendo prejudicada. O Ministro Relator consignou, ainda, que a responsabilidade era dos três Poderes – o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Aduziu que os problemas localizados estavam, principalmente, na ineficiência de políticas públicas, na interpretação da lei penal e na coordenação institucional. Defendeu, também, uma atuação assertiva do STF – Supremo Tribunal Federal, ante o elevado número de presos além do tempo de pena fixado, da inadequada assistência judiciária e que o percentual de 41% dos presos em custódia poderia ser acolhido em regime diferenciado, preferencialmente por medidas alternativas. Justificou que a alta Corte de Justiça deveria trabalhar para que a situação de inércia e ineficiência fosse superada com sugestão de novas políticas públicas, do coordenar as ações e as soluções, embora com respeito às tarefas próprias atinentes ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo. Justificou a necessidade do diálogo institucional entre os Poderes. Sugeriu que qualquer bloqueio político e jurídico fosse afastado na busca de soluções para o problema, embora não coubesse ao Tribunal definir o conteúdo e a administração de políticas na área; porém que houvesse a coordenação para superar as notórias deficiências. Reiterou que não era caso da atuação do STF – Supremo Tribunal Federal, de substituir os outros poderes, mas caso de oferecer os incentivos, os parâmetros e os objetivos para alcançar o equilíbrio e fazer cessar aquelas violações.

O Plenário do STF – Supremo Tribunal Federal – reiterou a liminar, embora com alguns itens indeferidos e outros acrescentados, especialmente para que houvesse a participação do CNJ – Conselho Nacional de Justiça – e, também, impôs a ordem de abatimento de tempo de penas, se verificado que as condições de prisão são mais severas que as previstas na ordem jurídica, de forma a compensar o ilícito estatal. De maneira idêntica, que fossem abrandados os requisitos temporais para a fruição de benefícios e de direitos dos presos, como: a progressão do regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando reveladas as condições rigorosas de cumprimento dela.

O Plenário, ainda, na decisão final, deliberou, por maioria, com algumas ressalvas, especialmente na questão da observância de prazos fixados pelo CNJ – Conselho Nacional de Justiça –, bem como, por sugestão do Ministro Roberto Barroso, que todos os Estados da Federação estavam obrigados a mandar as informações sobre as suas situações prisionais. Outras exceções do Plenário foram dirigidas aos juízes, especialmente porque, em razão da existência de mandamentos legais da legislação penal, não havia necessidade de fazer reiterações no julgado sobre compensações de pena, pois isso causaria excessos de reclamações à própria Corte Constitucional. De modo subsequente, foram construídas ordens para algumas medidas alternativas, como no sentido de que os órgãos jurisdicionais atuassem na formação jurídica do magistrado, no sentido de reduzir a cultura do encarceramento. A Corte reiterou que era preciso saber sobre o panorama nacional do assunto para construir a solução integral para o problema.

Neste compasso, do ponto de vista da teoria dos círculos sociais, pode-se verificar o acerto da doutrina geral de Pontes de Miranda, no que se refere a uma intervenção social, a partir da jurisprudência numa área sensível da vida. Havia e há um ramo do círculo que estava em desequilíbrio social e isso causava e causa os prejuízos ao organismo social como um todo. Os membros de um dos poderes públicos do centro simétrico, localizados na instância máxima de justiça brasileira, no uso da forma – a democracia; e do conteúdo – conjunto de regras e de princípios – fizeram uma interferência forte na sociedade, no sentido de corrigir os defeitos que existiam e existem no sistema carcerário do Brasil, além de prevenir outros. Observou-se uma postura conciliatória, a partir de proposta de diálogo com os demais Poderes Públicos, para resolver o quadro de inércia e de ineficiência nesse âmbito. Foi uma decisão em que o direito apresentou-se como uma força positiva em razão do quadro desolador das condições físicas, morais e sociais dos presos no Brasil. Foram, assim, traçados os caminhos para o melhor resultado de socialização nessa área. Dito de outra forma ampla: alguma adição

de benefício para todos os círculos. Com efeito, os fatos⁴²⁵ estudados e julgados naquela demanda eram: (a) complexos – envolviam e envolvem a atuação de todos os Poderes; (b) circunstanciais – ligados à situação desumana no tratamento dos presos, de se tornarem “monstros” e de prejudicarem a sociedade continuamente pelas reiterações dos delitos; (c) políticos – inércia e ineficiência na gestão dos presídios do Brasil, a considerar o ponto de vista do Poder Executivo, através de administração e de aplicação de recursos. Este, inclusive, retinha reiteradamente os valores de fundo que cooperaria com a amenização do problema. Na outra perspectiva, tais evidências eram observáveis pela longa demora dos membros do Poder Judiciário em apreciar as condições legais da prisão ou ordenar medidas alternativas à prisão. O tema fora tratado como se os juízes tivessem a cultura do aprisionamento. Uma das evidências reais desta assertiva vem, por exemplo, quando se vê a data do julgamento e se compara com a data da promulgação da Constituição Federal Brasileira, ou seja, demorou vinte e sete (27) anos para haver uma intervenção séria nesse âmbito;⁴²⁶ (d) fatos violadores dos direitos fundamentais – existentes a partir de evidências de torturas, de falta de assistência, e do desrespeito aos direitos sociais dos presos, etc; (e) fato compatível – a atuação dos poderes públicos para resolver problema; para isso, teriam que superar eventuais bloqueios, conforme sugerido pelo próprio Ministro Relator. Um desses fatores de “superar bloqueios” era uma eventual análise restritiva do princípio da separação de poderes.

Nessa linha de pensamento, o acerto da teoria dos círculos sociais é evidente, quando se refere que a existência das intervenções para resolver o problema nos círculos sociais somente acontece por “soluções aproximadas”. Diz-se assim porque, em parte, tentou-se resolvê-lo e, em parte, criaram-se outras dificuldades, especialmente quando generalizou abstratamente por antropocentrismo. Nesta hipótese, faltou algum estudo científico de impacto sobre política criminal dos pequenos delitos na população, especialmente a mais carente. E, ao menos por observância de padrão médio de responsabilidade, razoabilidade e de sensibilidade, o potencial ofensivo de pequenos delitos, quando reiterados e não punidos adequadamente, prejudica um grande contingente de pessoas dos círculos sociais, especialmente os mais vulneráveis social e economicamente. A lógica se impõe, por

425 Aqui se tem a lembrança de alguns dos fatos que são estudados quando se têm em debate e julgamento os direitos fundamentais, segundo Pieroth e Schilink. Estes autores citam os seguintes: fato de exame, fato complexo, fato preparatório e fato desenvolvedor, fato circunstancial, fato político, fato padrões do direito, fato compatível e fato violador dos direitos fundamentais. PIEROTH, Bodo; SCHILINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. Tradução: Antônio Francisco de Souza e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 27-34. ISBN: 978-85-02-13036-4.

426 O caso foi julgado em 2015 e a Constituição Federal é de 1988. Chama-se atenção que o STF – Supremo Tribunal Federal – não demorou 27 anos para julgar o caso, mas que o problema dos presidiários sobre o ‘estado de coisas inconstitucional’, contado da Constituição, quando do julgamento, já durava 27 anos.

ilustração, com o fato de uma pessoa do centro simétrico perder um aparelho celular de última geração para um assaltante e outra do círculo intermediário perder o seu, mas, presumivelmente, objeto de grau inferior ou similar. As pessoas do centro simétrico têm a capacidade financeira imediata de comprar outro, enquanto aquelas situadas no grupo intermediário e no das minorias, nem sempre. Estas porque têm suas rendas limitadas, presumivelmente; assim, ao despender recursos para a compra de outro aparelho, ficam automaticamente em situação de instabilidade em outras áreas da vida. Lembrança ocorre, por exemplo, dos pequenos furtos para os pequenos comerciantes e dos prejuízos causados a todos, pois há repasses dos custos das perdas a toda a população.⁴²⁷ Novamente, aqui, quem sai perdendo nos círculos sociais é um grande número de pessoas. Desse modo, não punir adequadamente os pequenos delitos causa tantos transtornos sociais, quanto os grandes e de notória repercussão. Tal tema não foi debatido.

Outro questionamento que acontece é o seguinte: se os órgãos públicos, aqui envolvido o Ministério Público, demoram vinte e sete anos para intervir fortemente no sistema carcerário, quanto tempo demoram os juízes para julgar uma pessoa presa? Ou quantas vezes tal pessoa que cometeu o delito foi levada ao encarceramento? Faltam dados científicos específicos nessa área. Questiona-se: pode-se admitir que eles tenham uma cultura do aprisionamento sem um dado científico preciso? Se existe uma cultura do encarceramento, em parte, é decorrente da demora na prestação jurisdicional, que é outro problema, neste espaço não tratado, porque foge da linha de investigação; embora, como fora mencionado nos capítulos precedentes, a abstenção é uma das formas de solução adotadas pelos poderes do centro simétrico.

Para a teoria dos círculos sociais, especialmente a partir da democracia, a intervenção social deveria ter sido mínima, necessária e suficiente, pois precisava fazer com que os grupos coexistissem e obtivessem equilíbrio nesse âmbito. Verifica-se que ela, aquela ingerência judicial, apresentou-se nas formas mínima e necessária, mas não o suficiente. Por isso, também, que se expressou como “solução aproximada”. A insuficiência decorreu a partir de evidências da percepção de que os pequenos furtos na vida social, dada a sua reiteração obstinada, prejudicam um grande contingente do povo, especialmente de maior vulnerabilidade social e econômica.

427 PEQUENOS FURTOS geram grandes prejuízos: comerciantes apelam para o sistema de câmaras para evitar que talheres e outros objetos sejam levados por “clientes”. **Folha cidades**. 18 out. 2013. Disponível em: <<https://www.folhadelondrina.com.br/cidades/pequenos-furtos-geram-grandes-prejuizos-859639.html>> Acesso em: 14 nov. 2018.

Poder-se-ia muito bem, como solução imediata de alguma suficiência, sugerir-se a construção de presídios ou pequenas unidades prediais para delitos pequenos, para separar os grandes criminosos daqueles que praticam pequenos delitos. De fato, a decisão de abrandar as penas, em compensação aos ilícitos penais dos delitos de baixo potencial ofensivo, não resolve o problema da criminalidade; não socializa de modo integrador nos círculos, porque uma grande parte da população não tem benefício e ainda sai prejudicada ao extremo. Assim, o que aconteceu pode ser considerado uma política criminal, a partir do Judiciário, que precisa ser aperfeiçoada nos Poderes Legislativo e no Executivo, tal como o próprio acórdão reiterou sobre a existência de uma ação coordenada.

Mas é fato, também, que o Judiciário precisava agir para o bem do próprio sistema jurídico como um todo. Em primeiro lugar, como o próprio Sarlet constatou na comemoração dos 20 anos de promulgação da Constituição. Disse tal jurista que há o problema de resistência aos direitos sociais em geral, especialmente no que diz respeito a sua eficácia e a sua efetividade.⁴²⁸ Tal resistência sofre abalos com intervenção daquele porte, como a efetivada pelo Supremo Tribunal Federal, embora este tenha chamado a atenção para a superação dos obstáculos. Em segundo lugar, como bem percebeu Souza Júnior, a instituição judicial tem que agir para fazer com que as promessas da lei sejam cumpridas, sob pena de perda da confiança dela como instância de solução de conflitos.⁴²⁹

Por outro norte, a decisão do STF – Supremo Tribunal Federal – atuou com base em quatro processos de adaptação social, quais sejam: o político, o jurídico, o econômico e o moral; isso para juridicizar algo relevante do mundo social para o próprio direito. Estendeu os fatos por respeito e consideração ao princípio da socialização jurídica, ou igualização, até o político, constatando a ineficiência e a omissão na gestão e nas políticas legislativas; em seguida, mais um pouco até o econômico, dizendo que os recursos existiam, pois eram do fundo penitenciário e que eles estavam em contenção reiterada pelo Poder Executivo com prejuízos ao sistema carcerário; ao jurídico, ante a atuação dos juízes para contornar a cultura de prisão, dos problemas de julgamentos não efetivados e de pessoas presas além do prazo legal, das violações aos direitos fundamentais; bem como, do fato social das péssimas e desumanas condições das prisões brasileiras; o moral, pois a ideologia de que os presos

428 SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais: algumas notas sobre o seu conteúdo, eficácia e efetividade nos vinte anos da Constituição Federal de 1988. **Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal**. Coordenação: Walber Moura Agra. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 253-254. ISBN-13 978-852076778.

429 SOUZA JUNIOR, José Geraldo. **Sociologia jurídica**: condições e possibilidades teóricas. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 2002, p. 145/147. ISBN-13: 979-857525009.

estariam sofrendo abalos íntimos; portanto, injustiças, assim, precisavam acionar a doutrina contra majoritária dos direitos fundamentais.

Com efeito, na análise desta decisão, ficou comprovada uma das ideias de Sarlet sobre o fato de que proteger e promover os direitos fundamentais como a saúde e o mínimo para uma vida digna, por exemplo, envolve juridicidade em rede, ou seja, são bens assegurados mediante direitos, garantias e deveres fundamentais.⁴³⁰ Isso foi possível notar no acórdão, quando se invocaram os diplomas internacionais e nacionais, além dos limites fáticos e jurídicos para a concretização dos direitos discutidos.

Na explicação de Ferrajoli, houve a administração da justiça, em que o jurídico atuou para fazer cumprir várias garantias e interesses de todos, especialmente ligada à socialização ou igualdade; mas o político, como se viu, atuou para assegurar alguns direitos.⁴³¹

Enfim, em grande medida, foi realizada a Constituição Federal de 1988.

4.2.2 Análise de decisão do STF sobre direitos sociais

O Plenário analisou Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI MC/AP 4726, de 11.2.2015, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio. Foi dada interpretação conforme a Constituição aos artigos 5º, combinado com o 9º, e, 14 e 17 da Lei 1.598 de 2011 do Estado do Amapá. Tal legislação criou um programa chamado “Renda para Viver Melhor”, no âmbito da Administração direta do Executivo Estadual. Houve a previsão de pagamento de metade do valor de um salário mínimo às famílias em condições de pobreza ou pior. Os preceitos legislativos indicavam os critérios de enquadramento, e aconteceu a impugnação dos artigos de iniciativa parlamentar, porque criavam um “Conselho Gestor do Programa”. O Pleno do STF – Supremo Tribunal Federal – entendeu por uma interpretação conforme a Constituição e, assim, manteve a legislação, mas vetou vinculação futura, em respeito ao inciso IV do art. 7º da Constituição Federal.⁴³² A saída judicial foi aceitar o valor fixado inicialmente, na edição da lei; mas, a partir desse montante referencial, a correção

430 SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Direitos Fundamentais**: orçamento e reserva do possível. Organizadores: Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Timm. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 2013, p. 15-27. ISBN: 978-85-7348-673-5.

431 FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos fundamentais e dos bens fundamentais**. Tradução: Alexandre Salim, Alfredo Copeti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior e Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 15. ISBN-85-7348-726-8.

432 Art. 7º (...): “IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;” BRASIL. [CONSTITUIÇÃO, 1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. [2018]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 15 nov. 2011.

deverá ser segundo valor diverso do mencionado salário mínimo, em respeito ao dispositivo constitucional referido. Sobre o Conselho Gestor, vinculado à Secretaria de Estado da Inclusão e Mobilização Social, por afetar estrutura administrativa no tocante às atribuições do Poder Executivo, a regra correspondente foi julgada pela sua inconstitucionalidade formal.⁴³³

A ementa do acórdão foi expressa nos seguintes termos:

INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Toda vez que a norma atacada viabiliza dupla interpretação, cumpre adotar a teoria que revela o sentido harmônico com a Carta da República. BENEFÍCIO – SALÁRIO MÍNIMO. A referência ao salário mínimo contida na norma de regência do benefício há de ser considerada como a fixar, na data da edição da lei, certo valor, passando a ser corrigido segundo fator diverso do mencionado salário. EXECUTIVO – CRIAÇÃO DE ÓRGÃO – INICIATIVA. A iniciativa visando criar órgão no Executivo é deste último, não podendo resultar de emenda parlamentar.⁴³⁴

Cuida-se, para a democracia, no sentido da socialização, de uma das mais felizes medidas de intervenção legislativa nos círculos sociais e referendada por outro Poder Público: o Poder Judiciário, embora apenas em parte. É fato histórico e notório a pobreza; é fato complexo porque se diz, constantemente, que faltam recursos suficientes para todos, embora um dos Estados dos mais pobres do Brasil faz a medida;⁴³⁵ é fato que reconhece a violação aos direitos fundamentais, na perspectiva de que existem pessoas sem a mínima carga de eficácia protetiva no aspecto de sobrevivência digna. Foi uma decisão importante no sentido de confirmar a doutrina geral de Sarlet, de se construir uma ideia de mínimo para a existência digna na condição de direito fundamental,⁴³⁶ embora para este jurista não seja o bastante, especialmente quando expressa:

Não se pode, outrossim, negligenciar a circunstância de que o valor necessário para a garantia das condições mínimas de existência evidentemente estará sujeito a câmbios, não apenas no que diz com a esfera econômica e financeira, mas também no concernente às expectativas e necessidades do momento.⁴³⁷

O zelo pelo direito social começou com uma intervenção legislativa de transformar o direito ao mínimo para uma existência digna na força positiva. Weber defende a tese de

433 GOUVEIA, Roberval; GOUVEIA, Mila (orgs.). **Principais julgamentos STF/STJ**. Op. cit. 2016, p. 110/112.

434 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL [STF]. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.726 Amapá**. Rel. Min. Marco Aurélio. Requerente: Governador do Estado do Amapá. Julgamento em Plenário em 11.02.2015. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15315041514&ext=.pdf> > Acesso em 08 mai. 2019.

435 Estudos apontaram que a pobreza cresce em 25 Estados brasileiros e o Estado do Amapá tem um elevado índice nessa matéria. Vide a matéria: LAPORTA, Taís. Pobreza extrema cresce em 25 Estados brasileiros, aponta estudo. **PORTA G1**. Disponível em: < <https://g1.globo.com/economia/noticia/2018/10/10/pobreza-extrema-cresce-em-25-estados-brasileiros-aponta-estudo.ghtml> > Acesso 29 nov. 2018.

436 Cf. SARLET. Ingo W. 2018, Posição 643/644.

437 SARLET. Idem. 2018, Posição 649.

ampliação do conceito de mínimo existencial quando aduz: “Ocorre que a satisfação das condições necessárias para uma vida digna inclui o exercício efetivo da cidadania”.⁴³⁸

Sobre a decisão analisada, diz-se que houve o reconhecimento judicial de que as medidas eram necessárias e mínimas, mas pontualmente se fizeram os ajustes de correção do valor, e de que não poderia se vincular ao mínimo legal. Após, também se declarou a incompetência de regras que se chocavam com preceitos relativos às competências de órgão do Poder Executivo local. A extensão dos fatos decorreu dos aspectos: político, econômico, jurídico e moral, pois os dois primeiros, em respeito e consideração ao direito de coexistir na sociedade, mesmo que minimamente; os dois últimos, a correção jurídica para combater as desigualdades e elevar a personalidade de pessoas pobres ou em extrema pobreza que vão receber o benefício.

Sobre a questão moral que interage com a política, com o jurídico e o econômico, como aquela antes explicitada, de distribuir metade do salário mínimo aos pobres e extremamente pobres, diz respeito ao preceito de justiça, embora não seja ainda ideal ou suficiente. Sim, pois este é apenas um percurso de realizar algo justo nessa área, não o fim propriamente dito.

O economista e filósofo Sen concorda com aquele tipo de intervenção social nos círculos da sociedade, ao admitir a existência das várias estradas para realizar o preceito de justiça, apesar de reconhecer que as capacidades das pessoas são difíceis de medir e elas têm uma noção do que seria melhor para si, do que é factível, das reais necessidades e das suas condições sociais e ambientais.⁴³⁹

Ora, uma política como aquela de combate à fome por meio de renda mínima, seria admitido por Sen como boa, como questão de justiça, pois estaria fazendo a ligação com o aumento da forma tradicional do conceito de democracia, e a conectaria ao desenvolvimento. Ora, pensar somente em aumentos de PIB – Produto Interno Bruto, ou da renda pessoal, ou da industrialização, para o economista, apesar de importantes, tudo deve estar relacionado com o poder de ajudar nas vidas e nas liberdades das pessoas.⁴⁴⁰

Por fim, cabe citar a lição de Fachin, ao se referir ao direito de as pessoas terem um patrimônio mínimo. Tal jurista considera “[...] de algum modo, a expiação da desigualdade,

438 WEBER, Thadeu. **Ética e Filosofia do Direito**: autonomia e dignidade da pessoa. Petrópolis/RJ: Vozes, 2013, p. 211. ISBN: 978-85-326-4621-7.

439 SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução: Denise Bottmann e Ricardo Doninelli. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 259-302. ISBN 978-85.359-1927-1.

440 SEN. Idem, p. 380-381. Também, p. 355-371.

ao menos em parte, à lógica do direito à razoabilidade da vida daqueles que, no mundo do ter, menos têm e mais necessitam”.⁴⁴¹

4.2.3 Análise de decisão do STJ – Superior Tribunal de Justiça – sobre o direito à convivência familiar e comunitária

Cuida-se de uma decisão oriunda do Estado do Paraná a partir da análise do Recurso Especial, REsp n. 1.540.814-PR, cujo Relator foi o Ministro Ricardo Villas Boas, publicado no Diário de Justiça eletrônico no dia 25.8.2015. O acórdão foi elaborado nos seguintes termos, o qual também será feito um recorte, pois é extenso, no entanto, o que será exposto não retira a centralidade da ideia:

É possível a inscrição de pessoa homoafetiva no registro de pessoas interessadas na adoção (art. 50 do ECA), independentemente da idade da criança a ser adotada. A legislação não veda a adoção de crianças por solteiros ou casais homoafetivos, tampouco impõe, nessas condições, qualquer restrição etária. Ademais, sendo a união entre pessoas do mesmo sexo reconhecida como uma unidade familiar, digna de proteção do Estado, não se vislumbra, no contexto do “pluralismo familiar (REsp 1.183.378), pautado nos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, a possibilidade de haver qualquer distinção de direitos ou exigências legais entre as parcelas homoafetivas (ou demais minorias) e heteroafetiva (sic) da população brasileira. (...) No mesmo sentido, em precedente da Quarta Turma do STJ (REsp 889.852), afirmou-se que ‘os diversos e respeitados estudos realizados sobre o tema, fundados em fortes bases científicas (realizados na Universidade da Virgínia, na Universidade de Valência, na Academia Americana de Pediatria), não indicam inconveniente em que as crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga a seus cuidadores’.⁴⁴²

A matéria foi o direito à convivência familiar e comunitária, cujos subtemas foram: a família substituta e a adoção de criação por pessoa homoafetiva. O julgado caminhou por considerar possível que uma pessoa homoafetiva pudesse fazer sua inscrição no registro de pessoas interessadas na adoção, segundo o art. 50 do Estatuto da Criança e Adolescente, independentemente da idade da criança adotada. As justificativas foram: (a) de que não há vedação legal de faixa etária ou opção sexual; (b) de que foi reconhecida a união de pessoas do mesmo sexo no contexto de pessoas, pelo reconhecimento da categoria de pluralismo familiar; (c) de que os preceitos da igualdade e da dignidade da pessoa humana, no assunto dos direitos das minorias homoafetivas, precisavam ser respeitados em relação ao direito da maioria heteroafetiva do povo brasileiro; (d) de que a análise deveria abranger a questão da legislação, que não faz restrição, até o interesse do menor, observadas as circunstâncias do

441 FACHIN. 2006. Ibidem, p. 278.

442 GOUVEIA, Roberval; GOUVEIA, Mila (orgs.). **Principais julgamentos STF/STJ**: versão integral. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 476.

caso concreto, como laudos periciais que possam ser produzidos e colaborarem na solução; (e) de que há decisões outras do próprio Tribunal no mesmo sentido, inclusive citando pesquisa científica internacional, especialmente da Universidade da Virgínia nos Estados Unidos da América, onde expressa que crianças adotadas por pessoas homoafetivas não tiveram comprometimento ou problemas no seu desenvolvimento. O resultado foi o de que o que importa é o ambiente; (f) de que não há inconveniências que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, pois o que envolve é a qualidade do vínculo e do afeto na família.⁴⁴³

O acórdão ocupa-se de um assunto sensível. A matéria relaciona-se às minorias homoafetivas e à possibilidade de elas se inscreverem em programa de adoção, pois estavam sendo impedidas. A decisão mostra quão importantes são as realizações dos direitos fundamentais, pois importam em trazer para o centro simétrico ou próximo deste as pessoas que tinham sido alijadas pelo autoritarismo da maioria.

No primeiro aspecto, o julgado baseou-se na noção de família plural reconhecida em outro processo judicial perante o Supremo Tribunal Federal, como já estudado no capítulo 3 desta pesquisa. No segundo aspecto, a democracia, quando da introdução dos direitos fundamentais na Constituição e as regras na estrutura legislativa, teve funcionalidade quando atendeu a um caráter de diminuição do poder da maioria para ceder espaço as minorias. No terceiro aspecto, observa-se a importância de que haja bases científicas, especialmente de estudos psicológicos, em que se detectou que a qualidade do meio tem maior importância e impacto do que a opção sexual das pessoas.

A decisão foi feliz, porque ela compareceu nos círculos sociais através do direito pela aplicação dos princípios jurídicos de direitos fundamentais para indicar a coexistência de direitos iguais de grupos na sociedade, além de fazer a correção para o equilíbrio social. Houve, assim, melhoria nessa sensível área social, através de intervenção judicial para permitir maior socialização, especialmente ampliar o leque de possibilidades de crianças serem adotadas.

A extensão dos fatos para socialização se deu no aspecto moral, quando se buscou o justo na lei, de que não havia claramente uma proibição, conforme o art. 60 do Estatuto da Criança e Adolescente, quando expressa: “A autoridade judiciária manterá, em cada comarca

443 GOUVEIA, Roberval; GOUVEIA, Mila (orgs.). Idem, p. 476.

ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotadas e outro de pessoas interessadas na adoção”.⁴⁴⁴

Outra dilatação fática da igualização dos direitos, agora no aspecto jurídico, da maioria aos direitos da minoria, ocorre em respeito ao preceito da igualdade para combater o preconceito.

4.2.4 Análise de decisão do TST – Tribunal Superior do Trabalho – sobre os direitos fundamentais sociais

Eis uma análise de decisão que envolveu a discussão sobre vários princípios constitucionais, o que, para evolução da democracia que reflete e adere aos princípios, foi importante. Trata-se de uma decisão do TST – Tribunal Superior do Trabalho – em demanda de ação civil pública contra empresa de cigarros nacional, onde se questionava a ilicitude do trabalho dos chamados provadores de cigarro, com pedido cumulado de dano moral coletivo, entre outros.

O processo tem uma longa ementa, nos embargos de recurso de revista, a qual vale a pena ser transcrita pelas questões principiológicas suscitadas e que estavam em conflito. Ela foi construída nos seguintes termos:⁴⁴⁵

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. INDÚSTRIA TABAGISTA. PROVADORES DE CIGARROS EM "PAINEL DE AVALIAÇÃO SENSORIAL". OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. VEDAÇÃO DE ATIVIDADE PROFISSIONAL. LIVRE EXERCÍCIO DE QUALQUER OFÍCIO OU PROFISSÃO — ART. 5º, XIII, CF. NOCIDADE INERENTE À EXPOSIÇÃO DE SERES HUMANOS A AGENTES FUMÍGENOS. ATIVIDADE LÍCITA SUSCETÍVEL DE CAUSAR DANOS. DIREITO À INDENIZAÇÃO.

1. Inconteste, à luz das regras da experiência ditadas pela observação do que ordinariamente acontece, a grave lesão à saúde advinda da exposição de empregados a agentes fumígenos, de forma sistemática, mediante experimentação de cigarros no denominado "Painel de Avaliação Sensorial".

2. O labor prestado em condições adversas ou gravosas à saúde não justifica, contudo, a proibição de atividade profissional. Tanto a Constituição Federal quanto o próprio Direito do Trabalho não vedam o labor em condições de risco à saúde ou à integridade física do empregado. Inteligência dos artigos 189, 193 e 194 da CLT, NR 9, NR 15, Anexos 13 e 13-A, do MTE.

3. Conquanto não se possa fechar os olhos à atual ausência de normatização relativamente ao exercício da atividade de "provador" ou "degustador" de cigarros, a clara dicção do artigo 5º, XIII, da CF — garantia de livre exercício de qualquer ofício ou profissão — não dá margem a que se preencha essa importante lacuna legislativa mediante a pretendida vedação, pura e simples, do exercício de atividade profissional, por comando judicial, ainda que sob o louvável escopo de proteção à

444 BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de junho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em 15 nov. 2018.

445 Não há como fazer cortes aqui, pois perderia algum raciocínio importante sobre aplicação dos princípios.

saúde dos empregados. Referida norma somente autoriza eventual restrição ao seu âmbito de proteção mediante lei e apenas em relação à qualificação profissional, nunca ao exercício em si de atividade profissional (reserva legal qualificada).

4. Sobreleva notar que o fato de tal vedação virtualmente provir de decisão judicial importaria extrapolação de poder e, por conseguinte, acarretaria inescusável afronta ao princípio constitucional da Separação dos Poderes. Se nem mesmo ao legislador é facultado intervir na liberdade de profissão, senão no tocante à fixação de requisitos mínimos de capacidade e qualificação, não cabe ao Poder Judiciário, em interpretação a garantias constitucionais, obstar-lhe o exercício. Precedentes do STF.

5. A aparente colisão de direitos fundamentais decorrente da atividade profissional de "provador" de cigarros há de solucionar-se mediante harmonização. Daí que as garantias constitucionais do livre exercício de profissão ou ofício (art. 5º, XIII, CF), da livre iniciativa e do livre exercício de qualquer atividade econômica (art. 170, *caput* e inciso IV, e parágrafo único, CF) não podem ser cumpridas ilimitadamente e de forma indiscriminada, sem que haja uma preocupação com a saúde e a segurança dos empregados. *Mutatis mutandis*, tutelar o direito à saúde (art. 6º, *caput*, CF) e ao meio ambiente do trabalho ecologicamente equilibrado (art. 205, *caput*, CF) não deve implicar a completa inviabilização da atividade econômica e do livre exercício profissional, sob pena de "*esvaziamento do conteúdo*" destes últimos direitos fundamentais. Trata-se de assegurar o equilíbrio já adotado na própria Constituição Federal e na CLT no tocante à regulamentação das atividades insalubres e perigosas, buscando minorar os riscos inerentes ao trabalho.

6. Nessa perspectiva, a solução da questão passa necessariamente, a longo prazo, pela edição de leis que venham a regulamentar detalhadamente a atividade de "provador de cigarros". É o que já se verifica, a título exemplificativo, em relação a outras atividades profissionais insalubres e perigosas, de indiscutível nocividade à saúde e à segurança dos empregados, porém objeto de disciplinamento normativo apenas no tocante às **condições** para o seu exercício: labor em minas de subsolo (arts. 293 a 301 da CLT), atividades de exploração, perfuração, produção e refinamento de petróleo (Lei nº 5.811/72 e NR 30, Anexo II, do MTE) e mergulho em águas profundas, sob condições hiperbáricas (NR 15, Anexo nº 6, do MTE).

7. Relativamente à atividade de "provador de cigarros", diante do panorama atual de vácuo normativo, cabe à Justiça do Trabalho, se instada a tanto, velar pela observância dos direitos fundamentais dos empregados em harmonia com as normas constitucionais, impondo às empresas a obrigação de adotar medidas que minimizem os riscos daí decorrentes e desencorajá-las na adoção de práticas nocivas à saúde.

8. Infundada, assim, a imposição de condenação à empresa que implique inviabilizar o exercício de uma atividade empresarial lícita e implique igualmente tolher o exercício de atividade profissional lícita, sob pena de, a pretexto de tutelar determinados direitos, vulnerarem-se outros de igual hierarquia constitucional, inclusive o Princípio da Separação dos Poderes.

9. Em que pese a licitude em si do ofício de "provador de cigarros", desenvolvido em favor de atividade econômica também lícita, é manifestamente perniciosa e lesiva à saúde dos empregados a referida atividade, em "Painel de Avaliação Sensorial", ainda que voluntariamente desempenhada. O desenvolvimento de tal atividade acarreta lesão a direitos personalíssimos fundamentais (saúde e vida). Conquanto não se possa proibi-la judicialmente, da conduta patronal emerge inequivocamente responsabilidade civil, pela prática de ato ilícito, com a correlata obrigação de indenizar os danos morais perpetrados à coletividade indeterminada de empregados potencialmente sujeitos à atividade de experimentação de cigarros. Responsabilidade civil que se reconhece mediante a fixação de indenização por danos morais coletivos, também em caráter pedagógico, com o escopo de desestimular o prosseguimento de atividade prejudicial à saúde humana.

10. Embargos da Reclamada de que se conhece, por divergência jurisprudencial, e a que se dá provimento para afastar da condenação a obrigação de abster-se de exigir labor no denominado "Painel de Avaliação Sensorial". Embargos do Ministério Público do Trabalho igualmente conhecidos, por divergência jurisprudencial, e

providos para restabelecer a condenação ao pagamento de indenização por danos morais difusos e coletivos, no importe de R\$ 1.000.000,00, reversíveis ao FAT.⁴⁴⁶

Cuida-se de um processo oriundo do TRT 1 – Tribunal Regional da 1ª Região, Rio de Janeiro, a partir de uma ação civil pública onde o MPT – Ministério Público do Trabalho, discute os direitos dos trabalhadores para ambiente de trabalho sadio e dos provadores de cigarro no setor chamado de “Painel Sensorial”. A matéria fática engloba o seguinte:⁴⁴⁷ (a) que os trabalhadores desse painel fazem provas de cigarros de várias marcas do mercado como se fossem cobaias, sujeitos aos múltiplos problemas de saúde, já notórios; (b) que a empresa trata a questão como a administração dos princípios da livre iniciativa e da liberdade do trabalho; além disso, considerou que a técnica é usada internacionalmente e que a atividade empresarial é lícita, que o produto é lícito, e há respeito aos princípios constitucionais acima referidos; (c) a primeira e segunda instâncias deferiram o pleito de proibição da atividade, o pagamento de assistência médica por 30 anos, entre outros e, além disso, a indenização de um milhão de reais por danos difusos e coletivos, revertida ao FAT – Fundo de Amparo ao Trabalhador; (d) no recurso de revista, perante o TST – Tribunal Superior do Trabalho –, a 7ª Turma manteve a proibição da atividade, mas excluiu a reparação de um milhão por considerar excessiva e que não beneficiaria os empregados; (e) houve novos recursos, embargos ao recurso de revista, ao SDI-1 – Seção de Dissídios Individuais 1, a qual é composta por catorze ministros e tem a função de órgão de revisão de decisões das Turmas e unificador da jurisprudência do TST – Tribunal Superior do Trabalho. Na hipótese, o julgamento seguiu pela liberação ou licitude da atividade dos provadores de cigarro, mas reconsiderou a indenização para deferi-la nos termos pleiteados.

A decisão final envolveu um conjunto de normas, quais sejam:⁴⁴⁸ internacionais, constitucionais, da legislação infraconstitucional, além das normas regulamentares instituídas pelo Ministério do Trabalho e Emprego. O julgado ainda analisou, detidamente, o princípio da dignidade da pessoa humana atrelada ao livre arbítrio dos trabalhadores, já fumantes, de ter a autonomia de escolha livre, para participar do chamado “Painel de Avaliação Sensorial”. Buscou-se harmonização com os preceitos constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade, com o fito de fixar uma eficácia protetiva do núcleo essencial de todos os

446 BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. SDI-1 – Seção de Dissídios Individuais 1. **Ação Civil Pública em processo RR-120300-89.2003.5.01.0015**, Rio de Janeiro, publicado acórdão em 13/09/2014. Disponível em: < <http://www.tst.jus.br/processos-do-tst>>. Acesso 09 mai. 2019. Todos os detalhes deste processo são retirados das informações do TST sobre a matéria, bem como, do acórdão produzido no processo acima, portanto, não há mais necessidade de fazer novas referências.

447 Diz-se no presente porque o processo seguiu com o recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal.
448 Todos estes aspectos foram retirados da decisão final, inclusive, dos embargos de declaração julgados em 28/03/2014. Referência já citada acima.

direitos fundamentais em debate, quais sejam: a dignidade da pessoa, o livre exercício de profissão, a livre iniciativa e o livre exercício de atividade econômica, a saúde e o equilíbrio saudável e ecológico do meio ambiente de trabalho. Desejou, ainda, conter o que chamou de ativismo judicial em exagero.

A análise do inteiro teor do acórdão do recurso, embargos à SDI-1 – Seção de Dissídios Individuais do TST – Tribunal Superior do Trabalho, aponta que os ministros limitaram o debate a dois pontos: verificar se atividade de provedores de cigarros poderia ou não ser proibida e a indenização por dano moral coletivo. Por outro lado, não conheceu de matéria sensível decidida anteriormente com justificativa em formalidade não cumprida e que fora mantida pela 7ª Turma do TST, originária do TRT 1 – Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, de que: (a) a empresa deveria prestar assistência médica aos trabalhadores que laboraram no ‘painel de avaliação sensorial’ por 30 anos, com realização periódica de exames e de fiscalização e supervisão do MPT – Ministério Público do Trabalho; (b) a empresa, às suas expensas, deveria assegurar tratamento médico e hospitalar a cada um trabalhador que desempenhe os testes com cigarros, e (c) a empresa, às suas expensas, deveria manter e assegurar tratamento antitabagista aos trabalhadores que participem como provedores de cigarro. Houve fundamento nesta parte específica da decisão da prevalência dos princípios da saúde e da dignidade da pessoa humana em relação ao princípio da livre iniciativa

Em resumo final, houve decisão de se manter a atividade como lícita, mas se condenou à empresa por dano moral coletivo. No aspecto da manutenção do trabalho de provedores de cigarro, a decisão da SBDI-1 cita os indicativos da ciência, relativamente aos limites e as restrições aos direitos fundamentais, especialmente a doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet e de Gilmar Mendes. Estes juristas defendem, segundo o julgado, que qualquer restrição ao acesso e ao exercício ou profissional deve está vinculada à lei.

De fato, do ponto de vista do que fora previsto no art. 5º, XIII, da Constituição Federal brasileira, qual seja: “ser livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas às qualificações profissionais que a lei estabelecer”⁴⁴⁹, a decisão da SBDI-1 foi correta. Ela estruturou-se na argumentação constitucional e doutrinária para inferir que não poderia haver proibições de atividade laboral sem lei autorizativa. Diz-se, inclusive, ao não revisar o que fora decidido anteriormente por questões formais, hipóteses acima referidas, quais sejam: de assistência médica e hospitalar, entre outras providências, permitiu algum nível de socialização de melhora da condição do trabalhador. Certo que poderia avançar um

449 BRASIL. **Constituição da República Federal do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 18.06.19.

pouco mais, como mandar a realização de perícias habituais no ambiente de trabalho para subsidiar alguma intervenção legislativa nessa área, no sentido de aperfeiçoamento, mas se ficou silente.

Por certo, quando do julgamento do recurso de revista perante a 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, o Ministro Vieira de Mello Filho apresentou decisão alternativa, no sentido de fixar as condições para o exercício da atividade, como, por exemplo: de que os provadores lotados no chamado “Painel Sensorial” trabalhariam apenas por seis meses, ficariam afastados por três, e teriam a oportunidade de retornar ou não à atividade.⁴⁵⁰ Tais medidas eram excelentes para uma maior socialização nessa área, uma vez que a atividade era lícita e o produto lícito; mas com repercussões fortes no direito fundamental à saúde dos trabalhadores. Tal sugestão não prevaleceu.

Com efeito, a decisão era complexa, pois envolvia discussão de diversos fatos, tais como: (a) o econômico: o grau de impacto dos problemas dos eventuais trabalhadores doentes no sistema público de saúde, ativos e passivos; (b) jurídico: coexistência de pessoas com saúde no ambiente do painel sensorial e o equilíbrio permanente nesse âmbito entre a saúde e a livre iniciativa; (c) moral: questão da escolha dos provadores como pessoas que se viciaram ou vão se viciar fortemente no consumo de cigarros; (d) político: havia a necessidade de uma atuação firme nessa área, de que poderia ser sugerido à classe política algum nível maior de proteção, especialmente a necessidade de perícias contínuas para verificar o ambiente de trabalho equilibrado.

Enfim, foi uma intervenção por decisão judicial em alguma área dos círculos sociais, onde utilizou fortemente os princípios para formar a base de convicção, permitiu algum nível de socialização para melhoria da condição do trabalhador, mas poderia ter avançado um pouco mais.

4.2.5 Análise de decisão do TRT 19 – Tribunal Regional do Trabalho da 19ª Região, Alagoas –, sobre dispositivo da Reforma Trabalhista de 2017

Trata-se de decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 19ª Região, Alagoas, em acórdão da lavra do desembargador João Leite. Ocorreu decisão pela inconstitucionalidade do art. 791-A da CLT – Consolidação das Leis do Trabalho, que impunha ao beneficiário da

450 Notícias do site do TST, já informadas acima.

Justiça Gratuita a possibilidade de ser condenado em encargos.⁴⁵¹ A ementa foi expressa nos seguintes termos:

BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA. POSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. ART. 791-A, INCLUÍDO PELA LEI N. 13.467/17, IMPÕE RESTRIÇÕES ÀS GARANTIAS FUNDAMENTAIS DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL E GRATUITA (ART. 5º, LXXIV) E DO ACESSO À JUSTIÇA (ART. 5º, XXXV), AFRONTANDO, TAMBÉM, O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (ART. 1º, III), ALÉM DE DAR, EQUIVOCAMENTE, O MESMO TRATAMENTO A QUEM SE ENCONTRA MATERIALMENTE EM SITUAÇÕES DESIGUAIS, NUMA CLARA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE (ART. 5º, CAPUT), RESTA AO PODER JUDICIÁRIO DECLARAR A SUA INCONSTITUCIONALIDADE.⁴⁵²

Há indicativo de que o TRT 19 – Tribunal Regional do Trabalho da 19ª Região – tenha, em algum momento, suspenso a matéria, em razão de o tema estar sendo tratado no STF – Supremo Tribunal Federal. Apesar disso, decidiu seguir o julgamento para análise de arguição de inconstitucionalidade. O assunto visava estudar o problema para verificar a possibilidade de redução de texto legal do art. 791-A, § 4º, da CLT – Consolidação das Leis do Trabalho. Houve a proposição pelo desembargador relator, João Leite, e acolhida pela 1ª Turma do referido Tribunal. Em seguida, foi levada ao Pleno daquela Corte.

A chamada Reforma Trabalhista de 2017, Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, trouxe alterações profundas na legislação do trabalho sob muitas justificativas, entre estas, a pretensão de diminuir o elevado número de demandas trabalhistas. O dispositivo objeto de análise prevê, dentre outras possibilidades, que haja condenação de honorários de sucumbência para ambas as partes no processo, inclusive o beneficiário da Justiça Gratuita. O art. 791-A da CLT – Consolidação das Leis do Trabalho prevê o seguinte:

Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito

451 BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 19ª REGIÃO. Alagoas. Arguição de inconstitucionalidade **ArgInc. 0000206-34.2018.5.19.0000**. Arguição de inconstitucionalidade. Arguente: Primeira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 19ª Região. Arguido: José Cícero dos Santos. Publicado DJE – Diário de Justiça Eletrônico em 13 nov. 2018. Disponível em: <https://pje.trt19.jus.br/consultaprocessual/pages/consultas/DetalhaProcesso.seam?p_num_pje=27887&p_grau_pje=2&p_seq=0000206&p_dig_cnj=34&p_ano_cnj=2018&p_vara=0000&cid=24094> Acesso em 21 nov. 2018.

econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.⁴⁵³

O § 4º do art. 791 da CLT em questão expressa:

Vencido o beneficiário da Justiça Gratuita, desde que não obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou o credor, demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado o prazo, tais obrigações do beneficiário.⁴⁵⁴

O Pleno do Tribunal Regional do Trabalho da 19ª Região, composto por todos os membros da Corte, considerou ofensa ao princípio do Processo do Trabalho da gratuidade e ao princípio constitucional de acesso à justiça. A Corte justificou a sua intervenção no âmbito legislativo com citação de doutrina e preceitos do reconhecimento internacional do direito ao acesso à justiça e, inclusive, fez constar hipótese quase idêntica que aconteceu no direito comparado. Informou que a Suprema Corte do Reino Unido afastou, por inconstitucionalidade, preceito legal que cobrava taxas aos trabalhadores pelo simples ingresso de demandas nos tribunais trabalhistas. A justificativa para tal preceito de lei inglesa foi o de que as cobranças dissuadiriam os incentivos por demandas e estimulariam os acordos. A decisão da Suprema Corte Inglesa decidiu que o direito ao acesso à justiça não deveria sofrer obstáculos, que, no caso específico, era o medo de os trabalhadores acionarem e terem que pagar as referidas taxas.

Do mesmo modo, o Pleno do Tribunal Regional do Trabalho da 19ª Região, Alagoas, considerou idêntica situação ao que ocorreu na Inglaterra. Ponderou que o direito previsto na Constituição brasileira, de que o Estado prestará assistência gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, inciso LXXIV, art. 5º, não pode ser restringido por legislador infraconstitucional de forma desproporcional. Aduz que a Lei n. 13.467 de 2017, a chamada Reforma Trabalhista de 2017, incorreu em equívoco, ao impor que os juízes decidam por uma situação incerta e condicional, deixando o trabalhador em extrema insegurança, pois, em hipótese de melhoria de vida ou de algum ganho em outro processo na justiça, estaria obrigado a pagar aqueles honorários de advogado, fixados anteriormente, por execução regular quando foi beneficiário de Justiça Gratuita. O referido Tribunal admitiu que a fixação

453 BRASIL. **CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO**. [CLT]. Decreto-Lei n. 5.452 de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm> Acesso em: 12 nov. 2018.

454 BRASIL. **CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO**. [CLT]. Decreto-Lei n. 5.452 de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm> Acesso em: 12 nov. 2018.

dos honorários a pessoa declarada hipossuficiente com a possibilidade de serem cobrados em dois anos, gera um ônus desproporcional ao trabalhador de ser cobrado naquele prazo e, ao mesmo tempo, prejudicar seus ganhos de natureza alimentar.

Ante a análise da doutrina dos círculos, a decisão teve forte carga de socialização, portanto, apresentou-se para o direito que intervém na forma da regra imposta pelo Poder Legislativo, especialmente pelo uso de princípio constitucional, oriundo de direitos fundamentais. Discute-se, no final, se o direito fundamental ao acesso à justiça pode ser restringido daquela forma preconizada pela Reforma Trabalhista de 2017. O debate que se trava é a hipótese de criação de empecilho ao direito, referido pelo medo incutido no trabalhador de acionar e ser depois cobrado, ou se o prejudica por deixar a abertura de que eventuais ganhos alimentares posteriores, inclusive em outros processos, possam vir a ser penhorados. É algo não edificante à personalidade do trabalhador, ou seja, que não a valoriza como construção teórica e prática de quase todo o século XX e, portanto, tem-se a percepção de que outros direitos além de créditos trabalhistas estão em jogo.

De fato, a intervenção legislativa nessa sensível área foi rígida. Pode-se dizer também uma medida desproporcional, pois poderia muito bem criar outros mecanismos que garantissem o acesso à justiça e impedissem as demandas aventureiras. A mensagem que passou foi: cuidado, trabalhador, quando for acionar, pois, mesmo que sejas declarado hipossuficiente econômico, se perder a demanda, serás condenado a pagar os encargos de outro advogado contratado e poderás ser cobrado no prazo de dois anos, inclusive em qualquer outro processo trabalhista. Quem não teria medo?

Naquela demanda judicial, o que se defendeu foi a aplicação de valores insuperáveis, expressos por princípios, especialmente advindos dos direitos fundamentais, o que faz Moreira Neto considerar hoje o Poder Judiciário como poder moderador, quando protege o direito fundamental na atuação de garantir a sua expressão contra majoritária pelo afastamento da regra da maioria.⁴⁵⁵

455 MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. Uma crise da democracia representativa eletiva parlamentar e a sua superação pela ascensão de uma democracia seletiva judicial. **Segurança Jurídica e protagonismo judicial: desafios em tempos de incertezas**. Estudos jurídicos em homenagem ao Ministro Carlos Mário da Silva Velloso. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2017, p. 184-195. ISBN-13: 978-8595240001.

4.3 Construção da regra de proteção dos cidadãos ou regra do cidadão: teoria da posição jurídica

A construção da regra de proteção do cidadão ou regra do cidadão identifica-se com a teoria da posição jurídica. Entende-se que toda e qualquer edificação interpretativa ou por produção legislativa, no aspecto jurídico, pode ter a capacidade de movimentar as pessoas para um lugar nos círculos sociais, onde a eficácia social e jurídica dos seus direitos é melhorada.

4.3.1 *Considerações iniciais: resumo do que foi e vai ser desenvolvido por representação*

Pontes de Miranda, marco teórico desta investigação, gostava muito de gráficos.⁴⁵⁶ Existem vários deles nas suas obras, especialmente aquelas de 1922. Esta pesquisa também faz opção, por representar por uma figura o que foi construído na pesquisa, e do que vai ser explicado posteriormente em termos de teoria da posição jurídica. A concepção é seguir os passos daquele jurista com os incrementos das técnicas modernas. Isso emprestará vida ao tema e permitirá a outros pesquisadores resolverem outras questões para a democracia na sua relação com a liberdade e a igualdade, e que podem ser salutares para aproximar os diversos sentidos de povo.

A Figura 1 invoca o sentido formalizado, desde o segundo capítulo e que também passa a ideia de pertencimento do que as pessoas podem ter sobre a sociedade em que todos são iguais por serem cidadãos, bem como de que os direitos postos pela democracia sejam respeitados e que algum progresso alcançado não venha a retroceder.⁴⁵⁷

A figura aponta a existência do centro simétrico, os demais círculos, os fenômenos da pressão e compressão, acolhimento e dispersão de movimentação das pessoas para um lugar de eficácia e efetividade dos seus direitos; bem assim, a impossibilidade de todas entrarem no centro simétrico. Interessante notar uma posição doutrinária que se identifica com a exposta por Pontes de Miranda, com algumas alterações relevantes. Trata-se da teoria de Lyra Filho.

456 A segunda paixão de Pontes de Miranda era a matemática por razões familiares: seu pai era professor de matemática.

457 A ideia é desenvolvida por T.H. Marshall na parte I com o título: "Citizenship and Social Class." Ele estava fazendo comentários de texto de jurista da época chamado Alfred Marshall. Parece que, na época de produção do livro, a sociologia não era bem aceita nas faculdades. Questiona sobre a questão social, a hipótese de que não seja sobre se todos os homens serão iguais, pois nunca serão, mas se o progresso vai continuar mesmo lentamente. A ideia é que um dia todos participem do patrimônio social, o qual significa a pretensão de que todos sejam aceitos como cidadãos. MARSHALL, T. H; BOTTOMORE. **Citizenship and Social Class**. E-book Kindle [recurso eletrônico]. London: Pluto Press, 1987. Posição 83-161. ISBN-10 9780745304762 e ISBN-13: 978-0745304762. ASIN: 0745304761. Disponível na Amazon.com. Tradução Bing Translator da Amazon.com com ideias interpretativas do pesquisador. O trecho citado é do próprio T.H. Marshall.

Este acolhe a tese a partir da ideia: de classes, de grupos, de oposições de espoliados e espoliadores, de oprimidos e opressores, todos que movimentam a dialética social e, nela, a vertente jurídica. Para o jurista, existem infraestruturas sobre superestruturas que, de um lado, estabelecem a coesão e, de outro, a dispersão. Pois bem. Ele admite a existência de um mínimo de força centrípeta para garantir a coesão,⁴⁵⁸ pois, se não fosse assim, a sociedade iria explodir; mas, é inegável a revelação de coeficiente de forças centrífugas que se iludem com os donos do poder, onde esperam por uma estrutura que não se altera e até impedem as mudanças verdadeiras. Em síntese, na imagem projetada por Lyra Filho: “[...] a estabilidade e a mudança constantemente se confrontam e conflitam, com maior e menor intensidade.”⁴⁵⁹

Assim, a democracia e seus experimentos práticos de liberdade e de igualdade, os círculos sociais e a teoria da posição jurídica são assim explanados, conforme a figura que se vê adiante:

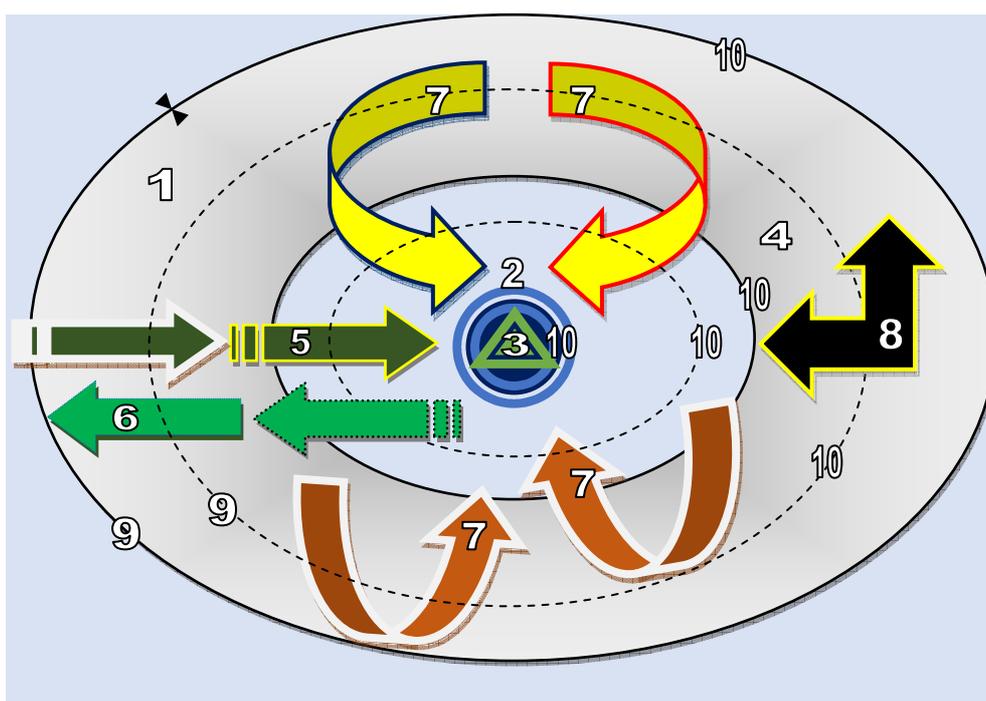


Figura 1: a democracia e seus experimentos práticos de liberdade e de igualdade, os círculos sociais e a teoria da posição jurídica.

A explicação da figura acima sugere a compreensão da teoria dos círculos de Pontes de Miranda de forma didática. Os círculos em geral com indicativo de '1' lembram as posições

458 Para esta tese é o sistema de intervenções ou Estado de Direito que atua por princípios.

459 LYRA FILHO, Roberto. **Que é direito**. São Paulo: Brasiliense, 2006, p. 79-80. ISBN: 978-85-11-01062-6. Todos os trechos do entendimento de Lyra Filho foram colhidos destas páginas, mas a citação encontra-se na página 80.

abstratas e as posições reais das pessoas em termos de direitos e de distribuição de bens, bem como, podem representar círculos de processos de adaptação social, como a política, economia, moral, direito, ciência, arte, moda, etc. Há círculos visíveis, subentendidos e em formação em constantes interações naqueles processos. O indicativo '2' do círculo menor no centro de cor azul situa o chamado centro do círculo – lugar privilegiado onde as pessoas têm uma maior carga de eficácia e de efetividade dos direitos e bens, além do poder de influenciar a sociedade e todos os outros círculos. Observe-se que o lugar é pequeno para tanta gente que deseja entrar. O aspecto mecânico do direito da doutrina de Pontes de Miranda aponta as diversas adaptações que são efetivadas nestes círculos para as acomodações das pessoas que conseguem. É fato também que quanto mais às pessoas ficam próximas do centro tem maior carga de eficácia jurídica e social dos seus direitos. O indicativo '3', o triângulo dentro do círculo menor de cor verde, é o lugar daqueles que mandam e de onde parte o sistema de intervenções sociais por legislação, hermenêutica, interpretação e processo exegético. Geralmente, coincide com os poderes públicos, mas, como se viu no curso da história social da democracia, o deus Mercado, atualmente, vem dando as cartas, ou seja, influenciando as preponderâncias da economia sobre diversas áreas. O indicativo '4', os círculos em linhas contínuas que se vão formando são os demais círculos intermediários da classe média e das minorias. As linhas pontilhadas são círculos que ainda estão em formação e interagindo. O indicativo '5', as setas da esquerda em sentido de fora para dentro, de cor verde escura, representam o sistema de pressão social para reconhecimento, eficácia e efetividade dos direitos. O indicativo '6', as setas da esquerda em sentido de dentro para fora, de cor verde mais clara, representam o sistema de compressão social, ou seja, são as respostas do direito para aqueles que estão fora. O indicativo '7', as setas curvadas e diferenciadas – cores amarelo, cinza e abóbora, acima e abaixo do pequeno círculo simétrico, representam as pessoas dos círculos intermediários ou das minorias que estão fora de uma maior carga protetiva e querem seu pertencimento como cidadãos e, geralmente, pela aplicação de princípios, conseguem. O indicativo '8', a seta da direita, de cor preta, de sentido de esquerda e para cima, representam aqueles que tentam e não conseguem por vários motivos, especialmente, porque seus direitos foram decididos dentro do aspecto formalista do direito, ou, por outro lado, conseguem alguma movimentação em parte. O indicativo '9', os círculos e as linhas representam a tendência ao crescimento evolutivo e, para estabilização social, há tendência de diminuição do elemento autoritário para coexistência e equilíbrio social, se houver investimento nos círculos mais largos, pois as pessoas não desejarão tentar se aproximar do centro simétrico. O indicativo '10', para construir a regra de proteção dos

cidadãos, as propostas da tese para a sociedade são: saber como definir o direito “entre” os círculos sociais e ter como medir a eficácia e a efetividade dos direitos dados, estendidos ou restringidos pelo sistema de intervenções sociais ou Estado de Direito.

4.3.2 Posição jurídica a partir da acolhida dos princípios para aperfeiçoar a democracia

A questão fundamental para desenvolver esta parte da investigação deve responder a esta questão essencial: o que se percebe e deduz dos capítulos precedentes e das análises deste capítulo? Sim, pois houve a apresentação teórica da democracia e da sua relação com a liberdade e a igualdade; não obstante, analisaram-se alguns princípios que constroem a civilização e a cultura. Estudaram-se os conteúdos dos círculos sociais. Foram apurados outros fundamentos da democracia na doutrina dos círculos sociais, a questão da existência de princípios práticos e de como eles trabalham no sistema de intervenções sociais pela relação das teorias e das práticas. Foram percebidas as suas influências nas realidades, a partir daquelas intervenções pelo diagnóstico de jurisprudência e de legislação. As diversas decisões jurisprudenciais consideradas, especialmente aquelas que utilizam ou não o princípio da socialização, apontaram um itinerário evolutivo de progresso social de condições para algumas pessoas dos círculos sociais.

Com efeito, a governança social na democracia, que relaciona a liberdade e a igualdade, não tem sido efetivada apenas por leis. Waldron defende tal hipótese de que a legislação teria uma dignidade, a partir do fato de que não foi usada apenas como para moldar o comportamento dos homens, mas para usá-la de tal maneira que acrescenta o *plus* a mais ao Estado de direito. Para o jurista, o Estado de direito passaria a ser um Estado de governança, apesar de ter alguns autores que estranhem esse fato de a lei ser usada para o bem-estar e governar esse bem-estar. Ele também cita a passagem de Hart entre as regras primárias e secundárias, para dizer que as mudanças nas legislações adviriam de algo moral e teriam que ser reconhecidas pela regra do reconhecimento.⁴⁶⁰

Foi o que se viu nos capítulos precedentes e nas análises de jurisprudência, pois há essa percepção de evolução da lei, através do uso de princípios, porque, para Pontes de Miranda, os princípios da lei servem para isso mesmo, uma vez que: “[...] são justiça e liberdade. [...]; o Estado, a ordem jurídica realizada. A justiça nas relações fundamentais do

460 WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Tradução: Luís Carlos Borges. Revisão da Tradução: Marina Appenzeller. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 1-42. ISBN 85-336-1896-4. Título original: The dignity of legislation.

Estado produz os ideais de liberdade e igualdade como fins dele”.⁴⁶¹ Fachin também concorda: “Pode e deve o direito enfrentar o desafio de realizar transformações. Um marco hermenêutico axiológico, ancorado em princípios sistematizadores, confere norte e luz a essa eleição do caminho jurídico”.⁴⁶²

Desse modo, se por um lado a democracia introduz os direitos como uma forma de convivência nos círculos sociais, por outro, há uma chamada para aplicação dos princípios jurídicos. Uma das principais razões é porque os fatos sociais são explicados por outros fatos sociais, constatando-se, pois, que as leis e as práticas são diferentes e atendem às reações sociais para soluções aproximativas pelo sistema de intervenções ou Estado de Direito, especialmente pelos Poderes Públicos.

Essa tal aproximação pode ser chamada de uma carga maior de eficácia protetiva dos direitos nos círculos sociais para alguns que são movimentados de suas posições originais. Assim, quando acontece, deduz-se que tenta reunir os diversos conceitos de povo, inclusive até em razão de melhorar, em grande medida, a vida das chamadas minorias.

Acontece aqui o que Tribe relatou, quando disse que há tantos problemas na sociedade, que estão além dos textos da Constituição, que algumas decisões que as pessoas tomam podem definir o que elas vão se tornar, ou evitar se tornar.⁴⁶³ No fundo, isso é para evidenciar que a decisão por princípios vem como o reforço aos valores e tende a resolver aquelas muitas dificuldades, que a própria Constituição ou legislação trouxeram ou foram omissas nas soluções.

Numa perspectiva mais profunda, a partir dos círculos sociais e das variações entre os indicativos da ciência e os imperativos do direito, constatam-se alternâncias históricas para acolher as necessidades sociais que se sobrepuseram umas às outras, sejam de interesses individuais, de classes, de coletividades, etc. São as exigências novas das diversas espécies de povo, segundo as épocas. Em alguma medida, as instituições transformam a própria sociedade, embora em ritmo lento, na medida em que se apresentam as boas legislações e são parcimoniosos no cumprimento delas.

Os princípios jurídicos, especialmente o democrático, por isso, têm a função de acelerar esse *modus operandi* do sistema de intervenções ou Estado de Direito. Torres explica tal proposição no contexto do primado da Constituição, quando fala que o princípio do Estado Democrático tem os seguintes papéis, quais sejam: (a) garantem materialmente outros

461 PONTES DE MIRANDA. 1922. Ibidem, vol. 2. p. 201.

462 FACHIN. 2006. Ibidem, p. 233.

463 TRIBE, Laurence H. 2008, Ibidem, p. 2008, p. 8. Tradução livre do pesquisador.

princípios; e (b) corrige-se a si para concretizar-se por outros modos, porque é autônomo e cheio de valores. Assim, para tal jurista não é ele apenas forma, mas direito material e justiça, certeza e previsibilidade da Constituição, que formulou os direitos para o povo, especificamente ligados aos comportamentos dos Poderes Públicos para suas efetivações.⁴⁶⁴

Sobre o tema, Saldanha consigna que as permanências e as transformações sociais estruturam-se da persistência de valores: “do valor liberdade, do valor controle dos atos estatais, do valor garantia de direitos, do valor ‘certeza jurídica’”.⁴⁶⁵

Em outro aspecto, Pontes de Miranda, da mesma forma, assinala que os princípios que fazem isso são como partículas mais ou menos determinadas, os quais ora levam a uma direção positiva, ou negativa, ou para direita, ou para esquerda, ou maior, ou menor.⁴⁶⁶ Nesse âmbito, Saldanha vem em reforço do que se acentua e diz que isso liga-se ao grande papel dos valores – leia-se: princípios ou fins –, ao conectar direito e Estado, e está no fato de permitir ver ou compreender o lado concreto das realidades.⁴⁶⁷

Tourtoulon, um dos autores mais citados por Pontes de Miranda⁴⁶⁸, faz a seguinte pergunta no início da sua obra: as instituições humanas são destinadas para apenas existir ou para fazer as transformações? Este filósofo, então, arremata que o homem tem uma ideia muito vaga das vantagens e das desvantagens das instituições ou de como elas atuam na sociedade.⁴⁶⁹

Hoje, na primeira quadra do século XXI, tal percepção de Tourtoulon pode modificar-se, por exemplo, com as pesquisas quantitativas efetivadas pelo jurista e sociólogo Joaquim Falcão. Este consigna, a partir de dados empíricos, especialmente por sistema de entrevistas, que as justiças mais bem avaliadas são aquelas mais ligadas ao povo, como os Juizados Especiais e a Justiça do Trabalho, bem como, é mister que os brasileiros acreditam no Estado Democrático, desde que este esteja relacionado a uma melhor legislação e um ágil cumprimento desta.⁴⁷⁰

464 TORRES, Heleno Taveira. Prefácio da obra de: SALDANHA, Nelson. **O Estado moderno e a separação dos poderes**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 18. ISBN 85-7674-466.

465 SALDANHA, Nelson. **O Estado moderno e a separação dos poderes**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 120. ISBN 85-7674-466.

466 PONTES DE MIRANDA. 1922. Ibid. Volume 2, p. 185.

467 SALDANHA, Nelson. 2010. Ibidem, p. 89-90.

468 Especialmente na obra *Systema de Scienza Positiva do Direito*, de 1922.

469 TOURTOULON, Pierre. **Lês principes philosophiques de l’histoire du droit**. Paris, 1919. London: FB & c Ltd., 2017, p. 8. Tradução livre do pesquisador. ISBN 978-0-282-96808-3.

470 FALCÃO, Joaquim. Judiciário segundo os brasileiros. **Transformações do Estado e do direito: novos rumos para o Poder Judiciário**. Org. Sérgio Guerra. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009, [p.13-29], p. 22-24. ISBN 978-8522507467.

Entretanto, os estudos de práticas desenvolvidas nesta investigação, especialmente a doutrina de Pontes de Miranda, apontaram que as pessoas do centro simétrico introduziram os textos constitucionais e legais por proposições abstratas e por ficções. Isso foi, então, uma porta aberta para artificialismos legais, para as práticas interpretativas antropomórficas e de posições voluntaristas subjetivistas. Entretanto, aquele jurista não rejeita totalmente as ficções como expressa nessa passagem que, apesar de longa, vale a transcrição pela riqueza da exposição:

As ficções são raciocínios hypotheticos; e não devemos depreciá-los; na propria geometria é grande a função do raciocínio fictivo. O que é preciso é não as tomar em sentido absoluto, nem lhes atribuir valor independente dos fatos. Ainda quando o legislador as apresenta como dogmas, é como hypótheses que as devemos considerar. Daí a postura respeitosa e sceptica do jurisconsulto, notada por Tourtoulon: a cada momento o legislador proclama uteis, necessarios e sagrados, princípios que, logicamente, como taes não poderia justificar; ao jurisconsulto cabe apenas interpretar; assim, se a lei francesa põe por principio a superioridade do marido e lhe dá a supremacia na direcção da sociedade conjugal, o jurisconsulto não pode jungir-se a isto, porque então não faria o direito francês; na aplicação aos casos particulares, seria puro e simplesmente hypotetico o raciocínio e o valor logico dele de todo independente do valor do próprio princípio. E, assim, a realidade penetra no arcabouço logico e, por sucessivas pressões do interior, o modifica e deforma, como a reapropriá-lo á vida.⁴⁷¹

A questão é exatamente essa: como reapropriar os conceitos jurídicos à vida? Um dos estudiosos da obra de Pontes de Miranda, Limongi, ao interpretar o tema democracia naquele autor, compreendeu que o direito é social e antecedente ao Estado e, se assim é, não pode dele exclusivamente fluir.⁴⁷² Ora, se vontade geral fez incluir nas constituições e nas legislações os direitos, também se percebeu que todos os poderes públicos julgam fatos e direitos, mas, para que alguns destes últimos venham a valer, precisou-se de sistema de intervenções ou Estado de Direito, especialmente judiciais e, mais ainda, pelo uso de princípios, como se percebeu. Os princípios, portanto, têm essa função de reapropriação do direito à vida.

Com efeito, os relatos das jurisprudências analisadas apontam que a democracia avançou, como tinha previsto Ferreira Filho. Este consignou que ela seria desenvolvida pela dependência de vários fatores, tais como: o político, o jurídico, o econômico, o social e, principalmente, quando fomentada pelas instituições. Em outro sentido, para tal jurista a fórmula passa pelo incentivar aqueles fatores do progresso, o respeito às tradições e às

471 PONTES DE MIRANDA. 1922. Ibidem, vol. 1, p. 373. TOUTORLON. Ibidem, p. 363-364. Tradução livre do pesquisador. Veja que Pontes de Miranda cita em parte a doutrina de Tourtolon.

472 LIMONGI, Dante Braz. **O projeto político de Pontes de Miranda: Estado e democracia na obra de Pontes de Miranda**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 227. ISBN: 85-7147-102-9.

circunstâncias e, assim, fazer as adaptações e as incorporações de novos graus de democracia.⁴⁷³

Sarlet e Castro concordam que o princípio democrático seja considerado dirigente de uma sociedade e não só na perspectiva de técnica de eleição de governantes.⁴⁷⁴ Pontes de Miranda chega a considerar que a democracia pura é indiferente aos resultados; mas, em compensação, é a ideia fixa dos meios.⁴⁷⁵ Tais meios nada mais são que a liberdade e a igualdade, as quais, para Silva, são realizações da democracia no plano prático através de um processo em cadeia: “[...] políticos, econômicos, sociais, direitos individuais, onde a liberdade é a expressão mais importante”.⁴⁷⁶

Por outro sentido, para a doutrina geral de Pontes de Miranda, é muito ruim a distribuição de bens ou direitos ser efetivada quase que totalmente por instituições e não por relações sociais.⁴⁷⁷ A justificativa é de que se criou um mundo artificial ou paralelo ao das realidades; assim, os princípios utilizados podem dissimular razões apenas instintivas de preservação, e não efetivamente uma convicção de melhorar a condição social de todos.⁴⁷⁸ É verdade. Veja-se, por exemplo, a decisão do STF – Supremo Tribunal Federal – sobre o sistema carcerário e o “estado de coisas inconstitucional” quando, apesar de terem atendidas as circunstâncias difíceis e superados os obstáculos naturais, a explicação expressa e subentendida foi que a ineficiência sistemática e geral da administração poderia atingir a todos, especialmente àqueles do Centro Simétrico, local onde os ministros estão. Por certo, na hipótese, crê-se que o instinto de preservação falou alto tanto quanto a questão de melhorar a condição dos presos.

As discussões teóricas e práticas desta pesquisa informam que o sistema de intervenções vai aprendendo com as experiências sociais, pois adota as noções da função do direito nos sentidos e nas direções que podem ser dados nos seus eixos, quais sejam: o

473 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Sete vezes democracia**. São Paulo: Editora Convívio, 1977, p. 36-37. Na catalogação na fonte aparecem os seguintes dados da época: CDD-321.80931.8 e CDU-342 (81).

474 SARLET, Ingo W.; CASTRO, David Almagro. Los derechos políticos em España y Brasil: una aproximación em perspectiva comparada. **Estúdios constitucionais**. Versión on-line. Vol. 11, n 1, Santiago, 2013, p. 381-424. Versão on line ISSN 0718-5200. Tradução livre do pesquisador. Disponível em: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002013000100010> Acesso em: 19 nov. 2018.

475 PONTES DE MIRANDA. **Comentários à Constituição da República dos E.U do Brasil. 1934**. Tomo I. Artigos 1-103. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1936, p. 17. Sem ISBN.

476 SILVA, José Afonso da. 2014. *Ibidem*, p. 467/468.

477 PONTES DE MIRANDA. 1922. Vol. 2, p. 251. *Idem*, 1945. Vol. 1, p. 51-52.

478 PONTES DE MIRANDA, 1922. Vol. 2, p. 252.

entender do que é necessário para cada círculo, do que seria a responsabilidade pela intervenção ou interdição e do que seria uma permanente valorização das pessoas.⁴⁷⁹

Em outras palavras, as atuações do sistema de intervenção vão captar a noção das várias necessidades sociais; em seguida, relaciona as funções dos direitos, especialmente os fundamentais e, por fim, faz as quantificações de medidas: do mínimo, do possível e do suficiente, embora, às vezes, isso se dê apenas em parte.

Sobre as intervenções referidas pela utilização de termos como função ou poder, cabe fazer o esclarecimento crítico que vem da doutrina de Saldanha, especialmente quando afirma que é uma falácia falar em separação de poderes públicos. Adverte tal jurista que os termos têm ideias correlatas de extensão, mas o termo função tem carga abstrata e liga-se às conotações sociopolíticas, enquanto o termo poder tem relação com o problema de política.⁴⁸⁰ Para a teoria dos círculos sociais aqui desenvolvida, em razão de que a democracia funciona melhor com a diminuição do elemento autoritário e da relação com a liberdade e a igualdade, o termo poder tem aperfeiçoamento evolutivo como transmudado mesmo em função.

Com referência à função do poder em relação à função do princípio, os estudos da pesquisa apontam um dado interessante, qual seja: o princípio consegue deslocar-se para fora do círculo do jurídico e captar dados de outros processos de adaptação e, assim, permite que o sistema de intervenções no âmbito de suas funções venha a prover o bem de todos ou de um grande número de pessoas. Isso também fora previsto por Pontes de Miranda. Este chegou a afirmar que o direito provê o bem de todos, quando aqueles que interpretam e aplicam que foi o melhor para todo o organismo social. Tal acontece pela utilização do princípio seletivo para tal fim, ou seja, há o deslocamento da realização do princípio para fora da estruturação legislativa e por outros processos.⁴⁸¹

Basta ver, por exemplo, quando o STF – Supremo Tribunal Federal – tentou resolver o problema do sistema carcerário como o estado de coisas inconstitucional. Ele utilizou como processos de adaptação: o direito, o político, o econômico e o moral. E assim foi com todas as amostras. Por outro lado, na ilustração do TST – Tribunal Superior do Trabalho – o princípio não se desloca do jurídico, portanto, não atendeu ao corpo social na sua integralidade.

A percepção geral aponta especificamente para o direito e a evolução da própria lei e comprova o que Hart citou sobre a riqueza do próprio direito, este que vem pela percepção da existência de vários tipos de normas, de origens diversas e de relações diferentes no que

479 PONTES DE MIRANDA. *Ibidem*, 1922. Vol. 2, p. 92.

480 SALDANHA, Nelson. 2010, *Ibidem*, p. 170.

481 PONTES DE MIRANDA. 1922. *Ibid.* Vol. 2, p. 120.

concerne às condutas, enquanto umas derivam da legislação, outras têm origem em outros processos.⁴⁸² No caso analisado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 19ª Região, há o entendimento de que o direito de acesso à justiça deve ser compatibilizado com as necessidades econômicas da classe que mais precisa dela, que são os trabalhadores; por isso, é reticente com quaisquer obstáculos que ofendam essa relação.

De fato, os princípios, objetos de introdução para resolver alguns dos problemas sociais pelo sistema de intervenções, foram aqueles que melhor beneficiaram o corpo social como um todo. Isso somente foi possível porque eles são capazes de trabalhar a extensão do domínio dos fatos. Tanto que se falou, no capítulo terceiro, que os Poderes Públicos têm somente uma missão, qual seja: fazer o acerto do fato.

Pontes de Miranda chegou a se referir que cada processo de adaptação tem um limite de extensão dos fatos da vida e cita, por exemplo, a religião como sendo o de maior círculo nesse sentido do que o direito e a ética.⁴⁸³ Em outro momento, o jurista chega a dizer que o que prepondera nos círculos é quem tiver a maior parcela de elemento material ou fático.⁴⁸⁴ Assim, quem, por exemplo, preponderou na questão da redefinição do conceito de família ou da abertura de pessoas homoafetivas poderem participar da inscrição em programa de adoção foi a realidade, através do processo moral e justo como de maior elemento fático. Barroso expressa exatamente assim: “A valorização dos princípios, sua incorporação explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética.”⁴⁸⁵

Neste compasso, pela análise da teoria dos círculos, a partir das intervenções legislativas e jurisprudenciais observadas, entende-se que, no aspecto democrático, os direitos foram sendo estabelecidos para suscitar as igualizações com aqueles que dominam os processos de adaptação no centro simétrico. Acontece, porém, que a interpretação e a aplicação desses mesmos direitos são efetivadas por pessoas que se localizam no centro simétrico. Isso quer dizer que tais práticas não são regulares ou uniformes e, como as soluções vêm por aproximações, o sistema de intervenções por princípios ocorrem por exceções ou bem lentamente. Tal assertiva é para deixar remarcado, como se disse no capítulo terceiro, que há pessoas no centro simétrico que são diferenciadas e que amam a ciência e a livre

482 HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Tradução: Antônio de Oliveira Sette-Câmara. Revisão da tradução: Marcelo Brandão Cipolla. Revisão técnica: Luiz Vergílio Dalla-Rosa. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 11/12. ISBN 978-85.7827-096-4. Título original: The concept of law.

483 PONTES DE MIRANDA. Op. cit., 1922, vol. 2, p. 151.

484 Idem, 1922, vol. 2, p. 129.

485 BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2104, p. 146/147. ISBN 978-85.7700-640-3.

reflexão, além de que rompem as barreiras oligárquicas, hereditárias, antropocêntricas, inconscientes, etc. para permitir que mais e mais pessoas sejam atendidas pelos direitos.

Fica certificado, assim, ante o teórico e o prático estudados anteriormente, por efeito da noção de aplicação de princípios, que o conhecimento aponta com clareza que o direito pode não estar todo na lei. Para a doutrina geral de Pontes de Miranda, então, se nesse momento o corpo do centro simétrico intervém para dizer que todo o direito está na lei, traduz-se a prática de forte autoritarismo do fenômeno político. Isso como aconteceu com a Reforma Trabalhista de 2017 no Brasil. Veja-se, por exemplo, o seguinte dispositivo do § 2º do art. 8º da CLT – Consolidação das Leis do Trabalho, trazido pela referida Reforma, já analisada em alguns aspectos no capítulo terceiro, qual seja: “Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir os direitos legalmente previstos, nem criar obrigações que não estejam previstas na lei”⁴⁸⁶.

Pontes de Miranda reitera o que disse, expressando que tudo que está na lei é reflexo de autoritarismo legislativo e, nessa hipótese da Reforma Trabalhista, vai ocorrer o que ele expressou com lucidez: “[...] *occasio legis*, a lei pertence a *systema de forças* – aspecto mecanico; à vida (aspecto biológico); a conjuncto de condições formaes e interiores da sociedade (aspecto sociologico), ao quadro geral do tecido jurídico (aspecto technico).”⁴⁸⁷

Foi o que se viu na análise da jurisprudência, que já criou o chamado estado de emergência judicial, e que começa dividindo o próprio STF – Supremo Tribunal Federal –, quando este discute, por exemplo, o alcance do direito a ser beneficiário da Justiça Gratuita e o pagamento de honorários de advogado pelo trabalhador. Além disso, analisa-se, ainda, o confronto do preceito legislativo com o direito fundamental de acesso à justiça. Da mesma forma, a decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 19ª Região que enveredou, de logo, para definir a inconstitucionalidade do dispositivo, já analisado.

Nesse ritmo, são perfeitamente identificados os motivos pelos quais as teorias e as práticas ora estão próximas, ora distanciadas na estruturação constitucional. Tal assertiva aconteceu na decisão do TST – Tribunal Superior do Trabalho – na questão de proibir ou não a atividade dos provadores de cigarro, a questão da saúde e o meio ambiente de trabalho equilibrado. O equívoco não foi a decisão em si, pois é perfeita do ponto de vista jurídico. E só. O caso foi de intervenção por interpretação jurídica no mundo social apenas a partir das

486 BRASIL [CLT]. **CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO**. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm> Acesso em 21 nov. 2018.

487 PONTES DE MIRANDA. 1922, *Ibidem*, 2, p. 273.

peças do interior daquele círculo simétrico, e não das relações entre os círculos, especialmente quem vai pagar a conta final do tratamento de saúde dos trabalhadores, que têm a tendência ao adoecimento pelo labor como provadores de cigarros; ou quais medidas poderiam ser tomadas para igualização, ou socialização, ou a proteção geral daqueles que estão neste âmbito e de toda a sociedade. Examinou-se apenas o lado do empregador, mas não se fez análise do lado dos trabalhadores e da sociedade em geral, quando esta seria uma medida que se impunha como necessária e de alguma suficiência para tal fim.

Para Pontes de Miranda, é preciso intervir no real com o auxílio das próprias realidades, e isso só era possível conhecendo a totalidade dos fatos,⁴⁸⁸ como, por exemplo: quanto custa o tratamento de um trabalhador doente por uso do cigarro para o sistema público de saúde? É compatível com os impostos que a empresa de cigarros paga ou não? Essas respostas poderiam até fugir dos limites da lide, mas estavam em relação com o bem-estar de todos ou se referiam a todas as pessoas nos círculos.

Com referência à intervenção legislativa, que introduziu uma renda mínima para os pobres, inclusive os extremos, reconhecida pelo STF – Supremo Tribunal Federal –, cabe algum esclarecimento complementar. Tratou-se de um direito reconhecido pela insistência da doutrina, especialmente de Sarlet e de outros autores, de que há um direito a um mínimo existencial, o qual, independentemente de previsão constitucional, decorre de proteger a vida e a dignidade da pessoa humana; portanto, condição e limite da democracia.⁴⁸⁹

O próprio Pontes de Miranda defendeu o direito público subjetivo à subsistência como um dos cinco Novos Direitos do Homem, porque: (a) está ligado ao dever do Estado quanto à intervenção econômica para dirimir o estado de necessidade do pobre; (b) está conectado com tal problema humano não poder ser deixado ao *fórum internum* das pessoas pois isso, na história, foi utopia; (c) está relacionado a todo governo, pois este deve começar daí e, em hipótese, colocar aquele fim à frente de quaisquer pretensões individualistas, de modo que todas as forças da sociedade combatam contra qualquer medida de retrocesso nesse âmbito.⁴⁹⁰

488 PONTES DE MIRANDA. *Ibidem*, 1922. Vol. 2, p. 336.

489 SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial com base nos direitos sociais. **Revista de Investigações Constitucionais**. Biblioteca digital de Periódicos. Repositório Digital Institucional UFPR, Curitiba, vol 3, n. 2, 2016, p. 126-133. Base digital encontrada: periódico da CAPES, Google play. ISSN: 2359-5639. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v3i2.46594>.

490 PONTES DE MIRANDA. **Direito à Subsistência e Direito ao Trabalho**. Rio de Janeiro: Editorial Alva Limitada, p. 7-15. Sem ISBN.

4.3.3 Posição jurídica como poder social pelo sistema de oferta de condições para as pessoas

Essa ideia de ‘posição jurídica’ não vem do nada teórico, mas de uma parte da teoria da eficácia protetiva dos direitos fundamentais da doutrina geral de Ingo Sarlet, outra parte da teoria dos círculos sociais em Pontes de Miranda e, outra ainda, da atuação do direito por princípios, segundo a doutrina de Gustavo Zagrebelsky, todos já mencionados neste trabalho.

O primeiro, Sarlet, ao tecer a doutrina sobre o conceito de direitos fundamentais, consagra o entendimento de que estes expressam ‘posições jurídicas’ das pessoas, como se fossem empoderamentos delas frente à disponibilidade dos poderes constituídos.⁴⁹¹ A primeira noção aqui é conferir a existência de um poder das pessoas frente aos poderes públicos. Em outro momento, tal jurista é mais explícito: “De todo o exposto, já se constata que os direitos fundamentais formam, também e especialmente na ordem constitucional brasileira, um conjunto complexo e extremamente heterogêneo de posições jurídicas.”⁴⁹²

Já os círculos sociais, na sua estruturação envolvente, como se fossem capas de cebola, já fornecem os indicativos sobre a posição física e jurídica das pessoas e, eventualmente, a eficácia protetiva dos seus direitos fundamentais. Assim, tem-se que a posição física é diferente da posição jurídica e da social de cada um. Basta notar quem habita no centro simétrico, nos círculos intermediários e no círculo das minorias. É até natural explicar que não é possível dizer que alguém que esteja no círculo das minorias tenha, por exemplo, uma carga de eficácia do direito à saúde, ou outro direito social, idêntica àquele que vive no centro simétrico, exceto por alguma exceção pontual; mas, em termos gerais, não.

Antes da continuação das explicações, é preciso fazer parênteses e justificar o motivo pelo qual se está falando de direitos fundamentais, quando no corpo da pesquisa fora feita uma relação entre a democracia, a liberdade e a igualdade. Ressalte-se, também, que liberdade e igualdade são dois termos que não vão ser deixados de lado, pois têm relação íntima com a própria democracia. A verdade, com apoio na doutrina de Alexy, a justificativa de se invocar vez ou outra os direitos fundamentais acontece porque eles são, em alguma medida, as derivações tanto da liberdade quanto da igualdade.⁴⁹³ Essa é a ligação.

491 SARLET. 2015, *Ibidem*, p. 78.

492 SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. **Constituição, Direitos fundamentais e Direito Privado**. Organizador: Ingo Wolfgang Sarlet. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: Rio Grande do Sul, 2010 (p.13-36), p. 18. ISBN 978-85-7348-661-2.

493 Alexy, ao falar sobre os direitos fundamentais, disse que “todos os outros direitos são ou casos especiais de ambos esses direitos ou meios necessários para a produção e asseguramento de uma medida suficiente de

Em outra perspectiva de análise, acontecem, às vezes, chamadas aos direitos fundamentais, pois eles se constituíram em cláusulas pétreas na Constituição e, em alguma aproximação, são ideias jurídicas a serviço do ser humano para a construção de algum futuro de harmonia e paz; enfim, são agendas que trabalham para que não haja prevalência do processo político sobre o jurídico.⁴⁹⁴

Nesse íterim, para Pontes de Miranda, o direito, quando estruturado a partir dos círculos, vai resolver as controvérsias sociais. Tal indicativo vai ser perceptível pela coerção e no apontamento de garantia, espécie de solidariedade inerente ou socialização para integrar os corpos sociais. Para tal jurista, será como uma porteira que vai deixar passar um, dois, três direitos, fecha para outros, sendo o fim básico que um dia passem todos.⁴⁹⁵

Tomadas essas precauções explicativas, retoma-se a linha investigativa para dizer que as práticas e as doutrinas estudadas salientaram uma tendência forte de democracia no mundo. Isso Tocqueville também constatou a partir do século XIX, quando visitou os Estados Unidos e fez os relatos. Ele observou que, a partir do momento em que são dadas as condições de oportunidades sociais às pessoas, há uma reconfiguração do poder, ou seja, como se o poder econômico, o poder político, o poder jurídico, o poder moral etc, se transmudassem em poder social para elas.⁴⁹⁶

Para os círculos sociais, tal poder social constitui-se numa mensagem, a partir do momento em que são introduzidos na Constituição os direitos fundamentais, qual seja: de que existe conhecimento e civilização e que, por isso, as pessoas precisam buscá-los, aplicá-los e vivê-los nas relações; mas, para quem não os possa por algum motivo, há que se pleitear junto ao sistema de intervenções sociais ou Estado de Direito. Portanto, a democracia apresenta-se como fato histórico, a partir do processo de socialização em contínuo aperfeiçoamento para dar o poder social às pessoas ou grupos.

O poder social tem outro nome nos círculos. Identifica-se com as posições jurídicas e sociais dos cidadãos, os quais, por sua vez, dividem-se nas seguintes posições: (a) real; (b) abstrata; (c) positiva ou por soluções aproximadas de igualização; (d) negativa por soluções individualistas ou liberalistas. A posição real, como já fora mencionado nos capítulos

liberdade e igualdade fática”. ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 2. ed. Trad. HECK, Luís Afonso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 34. ISBN 978-857389422.

494 PONTES DE MIRANDA. 1945. *Ibid.* Vol. 2, p. 607 e ss.

495 PONTES DE MIRANDA. 1922. *Ibidem*, vol. 1, p. 71-72.

496 TOCQUEVILLE, Alexis. **Democracy in America**. [recurso eletrônico]. E-book. Volume 1. Translated by Henry Reeve. Posição A public domain book, posição 168-200. Disponível em: Amazon.com.br. Não há referência ao ano, nem a cidade, nem ISSN. A tradução livre do pesquisador pelo sistema Bing Translator da Amazon.com.br com adaptações técnicas. Tocqueville esteve nos Estados Unidos da América em 1835, segundo relato de Saldanha. SALDANHA. *Ibidem*, p. 107.

precedentes, somente existe para aqueles que têm eficácia protetiva total ou algo avizinhado disso e, geralmente, coincide com aqueles que estão no centro simétrico. A posição abstrata acontece porque as pessoas ou grupos que dominam o centro simétrico se arvoraram em fazer a quase totalidade das distribuições dos bens ou direitos, e assim como fora mencionado acima, criaram um mundo abstrato de regras como promessas ou possibilidades. Geralmente, quem possui a posição abstrata são as pessoas que estão fora do centro simétrico, desde algumas classes intermediárias mais distantes daquele centro até as minorais. Logo, os direitos para esses são apenas possibilidades que, interpretadas ou administradas por intervenções, sejam através: de legislação, de jurisprudência, de hermenêutica e processo exegético, fazem com que elas se movimentem de posições jurídicas abstratas para posições jurídicas reais ou não. Geralmente, quando movimentadas, ganham algum poder social. Tal movimentação é característica para aqueles que obtiveram uma eficácia protetiva maior dos seus direitos, ou por soluções aproximativas de socialização – posição positiva, ou por solução individualista –, posição negativa; esta última desde que seja, embora pontual, em algum sentido, aplicada para o geral da sociedade.

Já no tema ‘direito por princípios, como se vive numa sociedade pluralista, segundo Zagrebelsky, é preciso afirmar ‘valores que não têm preço’, combater a mercantilização destes; assim, neste aspecto, os princípios implicariam numa tomada de posição, especialmente para uma função prática do direito para alcançar o equilíbrio.⁴⁹⁷

4.3.4 A posição jurídica das pessoas, o aperfeiçoamento do conceito de democracia e a construção de reposicionamento dos cidadãos nos círculos

A formulação da ideia de posição jurídica das pessoas nos círculos sociais é trabalhada a partir do que será a construção da regra de proteção dos cidadãos numa sociedade. Adverte-se, de antemão, o que verdadeiramente importa, em termos de democracia, é como se chegou a construir tal regra e não propriamente a construção final da regra. Assim, neste item serão recordadas algumas noções já mencionadas anteriormente. Isso apenas como parte e base para construir a formulação da regra de proteção dos cidadãos ou regra do cidadão. A explicação decorre de que construir a regra de proteção, em síntese, são reposicionamentos das pessoas nos círculos e saber que, apesar de a legislação ter trazido algum progresso, os princípios jurídicos são os genuínos produtores da verdadeira transformação no processo de democratização. Tal ocorrência torna-se visível aos sentidos quando as abstrações produzidas pelos poderes públicos são conectadas com as realidades de alguma forma. Desse modo, tem-

497 ZAGREBELSKY. Gustavo. *Ibidem*, p. 117-126. *Passim*.

se a renovação perene das tarefas que estão ligadas à conceituação social de democracia, quando se faz concreta a diminuição do elemento autoritário nos círculos e constrói um poder social de todos, ou para um maior número.

Para entender essas assertivas, é preciso resgatar um dos conceitos mais antigos de democracia, indicar como ele foi aperfeiçoado e o que pode ser hoje. Como estudado no segundo capítulo, Arblaster considerou particularidades interessantes no termo político de democracia, pois esta tem origem em duas palavras gregas, *demos* e *kratos*; assim, para ele,

Ambos os termos tinham mais de um significado. Demos poderia significar todo o corpo cidadão vivendo dentro da pólis particular, ou cidade-estado, mas também poderia significar máfia ou a ralé ou as ordens inferiores. Kratos poderia significar poder ou regra: os dois não são os mesmos. [...] Essa ambiguidade, em ambos os termos constituintes, presente no próprio nascimento do conceito e na realidade da democracia, tem um significado permanente na compreensão do seu significado e de sua história.⁴⁹⁸

Com efeito, a observação da realidade histórica, política e social da proposição do conceito de democracia como “poder do povo” não é bem verdade, apesar de ter tido a acolhida sentimental através dos tempos. Ao contrário, pela teoria dos círculos sociais em Pontes de Miranda, a ideia de conceito de democracia é como reflexo da “regra do corpo cidadão”, pois tem respaldo nas realidades das relações sociais. Entenda-se aqui o aperfeiçoamento contínuo da expressão por tudo que se trabalhou nesta pesquisa: regra do corpo cidadão, regra dos cidadãos e regra de proteção dos cidadãos.

As explicações já foram dadas no segundo capítulo, mas não custa relembrar, por exemplo, que “poder do povo” não é real, pois o povo, como de origem sensível, de base sociológica, política e jurídica, é utilizado para legitimar o poder dos governantes que receberam o consentimento para governar e o fazem em nome daquele povo, que é o dirigido.

Ocorre também recordar que aqueles que controlam o poder fecharam o centro simétrico e disseram que iriam distribuir direitos e bens segundo valores; aprisionaram as realidades em artificialismos, segundo as promessas; mas que, diante da má distribuição, ou de recursos não disponíveis, optou-se pelo sistema de intervenções sociais, que funciona apenas pontualmente. Tal sistema, utilizando certos mecanismos como a legislação, a hermenêutica, a jurisprudência e o processo exegético, como já se mencionou, tem um papel de movimentar as pessoas nos círculos para uma melhor eficácia dos seus direitos. Entretanto, isso não é feito de forma regular, direta e rápida, mas por aproximações, também já comprovado.

498 ARBLASTER, Antony. 2002. Ibidem, p. 15.

A verdade é que aqueles mecanismos são utilizados por pessoas do próprio centro simétrico. Muitas vezes, cheios de obstáculos antropomórficos, de voluntarismos subjetivistas, de notórias limitações hereditárias, conscientes, inconscientes; mas que em alguns espíritos humanos dotados de ciência e de liberdade conseguem romper.

Acontece, por outro lado, como se observou nas práticas estudadas nesta pesquisa, que quando o sistema de intervenções utiliza os princípios jurídicos, especialmente de igualizações, rompem-se aqueles bloqueios do centro simétrico, em razão de procurar atender as necessidades, de buscar valorização das pessoas e do que é o bem para todo o organismo social. Por isso mesmo, para a democracia, desde os gregos até hoje, há essa ideia de busca da regra de socialização adequada, pois ela faz os reposicionamentos dos cidadãos nos círculos e, desta forma, diz-se que fez movimentações para lugares de maior eficácia protetiva dos seus direitos, portanto, os protegeu. Assim, quanto maior for o acerto da regra dos cidadãos ou de proteção dos cidadãos, maior será a aproximação dos conceitos de povo, especialmente de povo dirigente e de povo dirigido.

Nesta linha de percepção, o correto é pensar o “como construir as regras de proteção dos cidadãos”, ou a democracia relacionada à liberdade e à igualdade, como algum indicativo para resolver o enigma da esfinge proposto por Pontes de Miranda e referido no segundo capítulo. A dúvida é essa: como cuidar do indivíduo sem desprezar a coletividade e como zelar pelo coletivo sem esquecer o indivíduo?

Não é tarefa das mais fáceis, pois, como se notou, alguns indivíduos ou grupos assumiram posições de vantagem da sociedade.⁴⁹⁹ Além disso, a lei está em mútua dependência com os fenômenos sociais, por conseguinte, qualquer solução para o direito em parte concorre e em parte depende das correspondências que possa fazer com a de outros problemas, sejam econômicos, morais, ou políticos, etc.⁵⁰⁰

Não é à toa, por exemplo, que, no início desta quadra do século XXI, já se escreve sobre a chamada pós-democracia ou Estado pós-democrático. Trata-se de outros nomes para velhas coisas. Segundo Casara, ela é um retorno ao autoritarismo decorrente da doutrina do neoliberalismo que transforma tudo em mercadoria, que fabrica as crises permanentes, que impõe ao Estado o atendimento ao ultraliberalismo econômico e aos fins desejados pelos detentores do poder econômico; enfim, que deixa o campo aberto para concentrar os poderes e

499 KLÜPPEL citado por PONTES DE MIRANDA. 1922. *Ibidem*, volume 1, p. 305.

500 PONTES DE MIRANDA. 1922. *Ibidem*, vol. 1, p. 469/470.

os novos mandos.⁵⁰¹ Conce e Kerber tentaram definir o neoliberalismo como: “[...] um aglomerado de políticas que ditam os modos de ser: relacionar-se, existir, trabalhar, sofrer, pensar, ao mesmo tempo em que é uma nova etapa do desenvolvimento capitalista”.⁵⁰²

Bobbio, por sua vez, queixou-se do por que de o processo de democratização não ter sido concluído, pois a democracia não conseguiu vencer o poder oligárquico, que não deixa mudar a forma de poder, do ascendente para o descendente, e que multiplica o papel dos indivíduos – na igreja, de trabalhador, de soldado, de doente, etc, mas não trabalha o papel geral do cidadão.⁵⁰³

Por outro lado, como já se disse, é preciso reconhecer que a lei trouxe alguma melhoria civilizatória, especialmente quando se estruturou com base na ideia de vontade e permitiu, quando das generalizações e indeterminações dela, que fosse explorada nos fatos sociais e nas mudanças da vida.⁵⁰⁴ Por isso mesmo, cabe lembrar a referência à legislação efetivada por Waldron. Este entende que houve um processo de governança dignificado por fonte que poderia ser levada ao bem comum de todos e, ao mesmo tempo, com o reconhecimento e o respeito das diferenças de opinião e de princípios entre eles.⁵⁰⁵

Sim, em parte, a ideia de Waldron poderia estar correta se não fosse a mentalidade de cada época ou o aspecto ideológico do direito, como estudado no terceiro capítulo e citado pela doutrina geral de Pontes de Miranda. O psíquico ou a ideologia de cada período histórico desejam a predominância nos círculos sociais, como se notou no capítulo precedente. Assim, consciente ou inconscientemente, todos os processos de adaptação erram, ao limitar os fatos nos círculos sociais, especialmente o político; por isso, a proteção adequada naqueles círculos para os cidadãos está em observar toda a cadeia de fatos na sua integridade.⁵⁰⁶

Conhecer os fatos na sua totalidade é mais do que conhecê-los, a partir do que o legislador consignou nas legislações, ou que o intérprete jurídico apreendeu nas constituições e nas legislações, ou o administrador captou nas suas gestões. Utilizar os fatos é conhecer como as relações sociais se dão pela observação objetiva, para intervir no real, utilizando as próprias realidades em primeiro lugar. Significa ver os diversos lados do que se encontra no

501 CASARA, Rubens. R. R. **O Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. E-book Kindle [recurso eletrônico]. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017, posições 207, 213 e 219. Recurso digital. ISBN: 978-85.200.1349-6.

502 CONCE, Christian; KERBER, Shaun. A inexpugnabilidade do neoliberalismo: um diagnóstico social contemporâneo aproximado. **ANAIS** [recurso eletrônico]. Criminologia Global: criminologia. Vol. 1-8. Anais do 8º Congresso Internacional de Ciências Criminais – PUCRS. Orgs. Augusto Jobim do Amaral – [et. al], 1. ed. Florianópolis [SC]: Tirant lo Branck, p. 94. ISBN: 9788594771605.

503 BOBBIO. *Ibidem*, 2015, p. 49/50.

504 PONTES DE MIRANDA. 1922, *Ibidem*, vol. I, p. 459.

505 WALDRON, Jeremy. 2003. *Ibidem*, p. 1-6.

506 PONTES DE MIRANDA. 1922. *Ibidem*, vol. 2, p. 476.

espaço social. E, depois, o sujeito, já modificado pelo que viu⁵⁰⁷, vai utilizar o fio da razão humana para escolher o melhor caminho possível, dentro do mínimo, do necessário e do suficiente, o qual, no caso da teoria geral dos círculos de Pontes de Miranda, é tentar conseguir extrair dos indicativos os imperativos.⁵⁰⁸ E, se for efetivado com o mínimo de elemento autoritário, melhor.⁵⁰⁹

Reconhece-se, então, que as respostas sociais de socialização dadas por algumas intervenções efetivadas pelos atores legislativos, administradores e judiciais nos círculos sociais, especialmente pela aplicação da lei, ou interpretação, são lentas para o equilíbrio e para a coexistência entre os círculos sociais.

Diz-se assim porque o legislador analisa e ‘julga’ determinados fatos, o administrador outros fatos e os membros do Poder Judiciário outros tantos, enquanto as pessoas vivem os seus próprios fatos nas suas relações, muitas delas no chamado estado de emergência social, dada alguma necessidade precária. O único meio de aproximar esses espaços e tempos diferentes de ações de poderes públicos às necessidades das pessoas, ao menos pelo que se estudou nesta pesquisa, para uma democracia que tem um fascínio por meios, é reconhecer e saber aplicar os princípios jurídicos. Estes, por sinal, quando bem utilizados ante o seu caráter geral, podem ser estendidos e compreendidos como próximos da totalidade dos fatos nas relações, ou seja, além da estrutura normativa posta. Diz-se que a tarefa, embora seja complexa, é apenas fazer o acertamento do fato segundo aquelas realidades e que atenda o direito como força positiva. Nisso, dever-se-á perceber se a história mudou e qual a mentalidade da época, ou se outras variações das circunstâncias da vida surgiram, inclusive da própria norma, tudo em razão do menor ou maior contato com a vida.⁵¹⁰

Nesse compasso, a solução do enigma da esfinge proposto por Pontes de Miranda pode vir com a ideia trazida por Tocqueville. Este ficou impressionado com o que a força da igualdade geral de condições pode propor, quando visitou os Estados Unidos no início da formação da democracia naquele país. Para ele, as pessoas sentem a necessidade de unir-se com a coletividade para proteger suas fraquezas, especificamente, quando ajudam e cooperam facilmente percebem que seus interesses individuais vão se identificar com os interesses coletivos.⁵¹¹

507 Lembrança das lições de Molinaro de que o sujeito na sua relação com o objeto é agente transformador e transformado, porque vinculado ao processo de dominação recíproca histórica e social. MOLINARO. 2007, 2007, p. 15.

508 PONTES DE MIRANDA 1922, Ibidem, vol. 2, p. 336.

509 PONTES DE MIRANDA. 1922. Ibidem, vol. 1, p. 475.

510 PONTES DE MIRANDA. 1922. Ibidem, vol. 1, p. 453.

511 TOCQUEVILLE, Alexis. Ibidem. Posição 295 e Posição 298.

Numa democracia, o ajudar e o cooperar relacionam a liberdade e a igualdade na identificação entre os interesses individuais e coletivos e somente pode ser efetivada por princípios. Renova-se a explicação de que eles têm poder de ir além da estruturação jurídica hermética, de perceber o mais próximo possível da totalidade dos fatos e fazer as interações com outros processos de adaptação social, como o econômico, o moral, o político. Aqui também se justifica porque a solução de reposicionar as pessoas nos círculos sociais vem apenas por aproximações ou etapas.

A verdade é que a relação dos princípios com os fatos é muito rica de hipóteses, principalmente quando se vai dos fatos aos princípios ou se conferem estes com aqueles. As razões são porque podem ser apresentados do seguinte modo: como necessários, como fundamentos, como fins, como contingentes e como relativos. Se eles forem apresentados como necessários, fundamentos e fins relacionam-se bem com os fatos, porque se foram destes para aqueles ou daqueles para estes. Se ocorrer de se apresentar como contingentes e relativos, como meio de conhecer os fatos de uma época, ou, entre os fatos anteriores e os novos, para Pontes de Miranda deve-se partir para substituir os princípios frustrados por outros melhores.⁵¹²

Isso significa, em outras palavras, saber como conceituar o direito nos círculos sociais, onde ele, o direito, estaria na proposição ‘entre’⁵¹³, não necessariamente meio, como se verá adiante.

4.3.5 Posição jurídica a partir de como saber conceituar o direito nos círculos sociais: o direito como ‘entre’ e a teoria da posição jurídica

Existe uma relação entre saber conceituar o direito nos círculos sociais, o direito encontrado ‘entre’ os círculos e a teoria da posição jurídica. A questão é compreender que as pessoas precisam coexistir e necessita-se de equilíbrio permanente para que não aconteçam os conflitos capazes de comprometer a própria sobrevivência do organismo total.

4.3.5.1 Posições justificadoras desta linha de pesquisa

A ideia de saber como conceituar o direito nos círculos faz parte da construção da regra de proteção dos cidadãos. Ela vem da doutrina geral de Pontes de Miranda e do que se investigou até aqui. Formula-se na teoria da posição jurídica através dos seguintes elementos:

512 PONTES DE MIRANDA. 1922. *Ibidem*, vol. 2, p. 437/438. Ver também f. 507 e 509.

513 Vai ser deixado entre aspas para um destaque ou chamar atenção para a preposição.

(1) É preciso ter a visão do direito de modo amplo;

(2) É necessário estar consciente de que tal amplitude somente se consegue com os princípios, pois estes fornecem posição jurídica da força positiva de aperfeiçoamento, de redução, de um dos defeitos da democracia: a distância entre as teorias e práticas;

(3) É imprescindível considerar que, quanto maior for a aproximação do cidadão do centro simétrico dos círculos, maior será sua proteção em termos de direitos, mas, como o tal centro é lugar limitado, as intervenções ou Estado de Direito devem investir nos últimos círculos, estes hoje que são da humanidade e das tecnologias;

(4) É forçoso compreender que o direito que faz a regra de proteção do cidadão se encontra como ‘entre’ o jurídico e os outros processos de adaptação social, como o econômico, o moral, o político, etc., uma vez que o jurídico apreende apenas uma parte da realidade;

(5) É indispensável captar que o indicativo que se transforma no imperativo, numa democracia que se relaciona aos princípios da liberdade e da igualdade, acontece quando permite que as pessoas coexistam, que as formulações da lei, as administrações e as decisões judiciais impliquem em equilíbrio e traduza-se como disse Pontes de Miranda: “[...] vantagem para o todo e o que a este serve represente acréscimo á utilidade do individuo.”⁵¹⁴

Tal ideia do direito nos círculos como ‘entre’ vem sendo construída por Pontes de Miranda desde 1922. Tal concepção advém de que, como disse Farias Brito: “O conceito do direito varia ‘entre’ os diferentes sistemas, varia, quase que se pode dizer, de indivíduo a indivíduo”.⁵¹⁵ A explicação decorre de Kauffmann ao dizer que o direito não é algo de substancial, mas algo de relacional e arremata dizendo: “um pensamento para o qual Edgar Bodenheimer encontrou uma feliz imagem: ‘Law is a Bridge between is and Ought’”.⁵¹⁶ Tal ponte, portanto, é a descoberta ou revelação do direito como ‘entre’.

De idêntica maneira Sessarego: “El derecho es dinámica interacción ‘entre’ vida social vivida, valores y normas jurídicas”.⁵¹⁷ Este mesmo jurista, ao falar que o homem é o criador, protagonista e criador do direito, adverte que o direito é sempre essa relação entre sujeitos, na interrelação de condutas e no entrecruzamento de comportamentos.⁵¹⁸ Isso acontece, segundo

514 PONTES DE MIRANDA. 1922. Volume 2, p. 588.

515 FARIAS BRITO. **A verdade como regra das ações**: ensaio de filosofia moral como introdução ao estudo do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde/Instituto Nacional do Livro, 1953, p. 55. Sem ISBN. O destaque do ‘entre’ do pesquisador.

516 KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. 4. ed. Lisboa: Fundação Caloute Gulbenkian, 2010, p. 203. Sem ISBN. Tradução livre do pesquisador: “o direito é uma ponta entre o que é e o que deve ser.”

517 SESSAREGO. 2015. Ibidem, p. 13. A remarcação com aspas do ‘entre’ não existe no original. Não é necessário traduzir, pois o texto é claro.

518 SESSAREGO. 2015. Ibidem, p. 18-19.

o mesmo autor, porque o direito tem essa dimensão coexistencial da pessoa, pois: “permite reconocer la importância del valor solidariad dentro del derecho, otorga sustento a la posición doctrinal que postula que el derecho es intersubjetividad, relación entre sujetos”.⁵¹⁹

Para os propósitos desta pesquisa, tal proposição ‘entre’ é concebida como construtos intermédios, sem ser necessariamente meio e estar mais para uma ponte, que pode fazer com que a democracia tenha resultados concretos, aproxime as teorias das práticas e, assim, avance em favor de maior liberdade e melhor socialização, embora por etapas. Assim, é perfeitamente admissível que, algumas vezes, a democracia se transforme de forma para conteúdo. Pontes de Miranda chegou a referir-se a esta hipótese – de como a democracia passa de forma para conteúdo – como se as ovelhas dominassem o pastor. Quis dizer o jurista que, quando as práticas sociais das relações de necessidades sociais são tais, elas asseguram a observância dos direitos em maior e melhor quantidade do que o artificialismo ou o autoritarismo da lei.⁵²⁰

Já a ideia moderna de cidadão nos círculos sociais é concebida por aquele que deseja que os direitos sejam respeitados e tem alguma semelhança com a proposta de Saldanha. Este consigna que concepção tem ligação política e constitui uma metamorfose do súdito, por isso:

Ele se entende como contribuinte, dentro da velha ideia inglesa, de que o pagamento de impostos se vincula ao direito de representação; ele é eleitor, em face da ideia de que cada homem consciente participa da formação da vontade do corpo político; ele é integrante da opinião pública e da vontade geral.⁵²¹

A função dessa linha de investigação é comprovar que os legisladores, os administradores e os juízes, dentro do sistema de intervenções sociais, fazem esforços para não ser chamados de ditadores ou autoritários. Sim, comumente as expressões depreciativas são mencionadas, como ‘juristocracia’ ou equivalentes. O que acontece é que as atuações dos poderes públicos para atendimento de necessidades promovem aberturas de criação de formas compensatórias de espaços e de tempos de eficácia protetiva dos direitos das pessoas, especialmente aquelas dos círculos intermediários e das minorias. Nesse particular, Rousseau defende a tese de necessidade de democracia contínua e que pode acontecer nos espaços entre o povo que forma o corpo político e o povo que forma o corpo social, tudo a partir da articulação desses dois significados entre si, por um meio, que é o próprio direito.⁵²²

519 SESSAREGO. 2015. *Idibem*, p. 81.

520 PONTES DE MIRANDA. 1922. *Ibidem*, vol. 2, p. 496.

521 SALDANHA. *Ibidem*, p. 76.

522 DOMINIQUE, Rousseau. *Ibidem*, p. 41. Tradução livre do pesquisador.

No caso da teoria da posição jurídica, trata-se, ao colocar as coisas nos seus devidos termos, de entender a feição do princípio da diminuição do elemento autoritário nos círculos sociais, a configuração do poder social dos cidadãos e como tal perspectiva vai dar legitimidade aos próprios poderes públicos. O caso é que não são somente os votos que dão legitimidade aos Poderes Públicos, mas as suas ações em favor do respeito aos direitos.

Por outra perspectiva, fica explicado o motivo de Pontes de Miranda insistir em dizer que o individualismo, especialmente o jurídico, ocasiona a perda de espaços sociais e de como ele dotou o direito, de modo a se tornarem as formas ineficazes, que são os elementos de injustiça e de perturbação,⁵²³ especialmente quando não atendem às necessidades. A explicação também sobre por que isso ocorre é ligada ao problema daquele individualismo ignorar a co-igualdade e a subordinação de cada parte ao todo.⁵²⁴

Como poderiam ser explicadas as visões que vão de um lugar para outro e que podem ser prejudiciais à democracia fixada nos meios? Emmanuel Macron, presidente francês em 2018, disse uma frase que representa essa dualidade entre o individualismo e a socialização, bem como, quanto se deve compreender a concepção de direito como ‘entre’ processos de adaptação diferentes. Esclareça-se que se acontece entre as nações também acontece entre as pessoas dos círculos sociais. Ele fez um discurso na cerimônia do centésimo aniversário do fim da I Guerra Mundial, realizada no Arco do Triunfo, em Paris, no dia 11 de novembro de 2018 e assim expressou: “Dizendo ‘nossos interesses primeiro; o que importam os outros’, apaga-se aquilo que uma nação tem de mais precioso; seus valores morais”. Apesar de estar evidente que o alvo do discurso era o Presidente Donald Trump com seu slogan “A América em primeiro lugar”, crê-se que ele quis dizer que os interesses individuais não poderiam estar dissociados de valores morais. Daí, também, o presidente francês continuou com o destaque da falta de comprometimento de alguns com o esforço global das nações para combater as mudanças climáticas e proteger a natureza.⁵²⁵

Portanto, não é absurda a ideia de estudar o conceito de direito nos círculos sociais como posição jurídica a partir da proposição ‘entre’. Isso porque, tanto na doutrina investigada em toda esta pesquisa, como nas práticas informadas, e nos próprios círculos a partir da democracia relacionada à liberdade e à igualdade, o direito compareceu como ‘soluções aproximadas’ ou ‘soluções por etapas’. No fundo, porque a tensão natural entre liberdade e igualdade somente é resolvida assim. Tais compreensões não são ingênuas, pois se

523 PONTES DE MIRANDA. 1922, *Ibidem*, vol. 2, p. 470.

524 PONTES DE MIRANDA. 1922, *Ibidem*, vol. 2, p. 528.

525 GAMA, Daniel. *Contra o pesadelo nacionalista*. Secção: imagem da semana. **Veja**. Versão impressa. Ano 51, n. 47, São Paulo: Editora Abril, 21 nov. 2018, p. 27.

viu que a lei e o direito nem sempre coincidem e, porque, para aproximar os diversos conceitos de povo, teve-se que buscar a aplicação de princípios, preferencialmente, e até observar as suas interações com os processos de adaptação, tais como: o econômico, o político e a moral e o próprio direito. O próprio Rousseau admite, embora registre que isso não seja unânime na doutrina, de que a criação contínua de direitos é o coração vivo da democracia.⁵²⁶

É preciso, então, saber que o direito como ‘entre’ acontece pela observância dos organismos sociais ao considerar as relações que os cercam, o que, para Pontes de Miranda, é difícil fazer tais separações do conjunto de condições que os cercam.⁵²⁷ como se verá.

4.3.5.2 Fundamentos da posição jurídica do direito como ‘entre’: princípio das relações sociais

O princípio das relações sociais é um dos mais importantes princípios na doutrina dos círculos sociais. Ele foi deixado para ser explicitado aqui e somente neste momento, por conta de sua ligação à proposição de direito como “entre”. Ele diz algo sobre o direito que nenhum outro princípio diz. A proposição é a de que, segundo Pontes de Miranda, as relações mostram que existe algo de pré-existente ao direito, sejam os conteúdos morais, jurídicos, econômicos, religiosos, de ciência, etc. No fundo, porque as pessoas já vivem de alguma forma o direito antes de parte deles serem capturados pelas picuinhas legislativas. Expressa tal jurista:

Quer se trate de economia, de direito, ou de moral, há sempre materia plastica que constitue o conteúdo do phenomeno, e não é, em si, economica, nem juridica, nem moral. É a interação social, que lhe dá o elemento qualitativo, como o encontro de dois corpos malleáveis produz a forma dells no plano da intersecção.⁵²⁸

Neste compasso, o direito seria encontrado no ‘entre’ dessas matérias, onde pode se apresentar como forma dentro da estrutura jurídica, e como substância de outro processo de adaptação social. Para Pontes de Miranda, então, o direito seria a ciência do equilíbrio jurídico,⁵²⁹ como já se disse em outro lugar deste trabalho. A razão é porque a vida é superior ao sistema jurídico e atende à sugestão dos fatos. Daí, para se ter uma certeza de tal assertiva, basta perguntar: qual a função social de quem legisla? de quem administra? de quem julga? Ou, da própria norma? Todas as respostas vão, necessariamente, remeter às relações. Nestas, a depender de uma matéria, por exemplo, de choque com a moral de certa época, pode

526 ROUSSEAU, Dominique. 2015. Ibidem, p. 50.

527 PONTES DE MIRANDA. 1922. Ibidem, vol. 2, p. 522.

528 PONTES DE MIRANDA. 1922, vol. 1. p. 216/217. Também na pág. 243.

529 PONTES DE MIRANDA. 1922, Ibid. Vol. 1, 1922, p. 19.

reconduzir a direção e o sentido da lei para outro patamar, que não o indicado pela legislação.⁵³⁰ Foi exatamente assim que aconteceu quando o STF – Supremo Tribunal Federal – definiu a respeito do novo conceito de família para incluir pessoas do mesmo sexo, ou seja, reconheceu o pluralismo; ou quando atuou na questão de tentar resolver o sistema carcerário brasileiro e seu estado de coisas inconstitucional; ou, quando o STJ – o Superior Tribunal de Justiça – aperfeiçoou o programa de adoção para permitir cadastro de pessoas homoafetivas; ou, ainda, quando um dos Estados da Federação definiu o mínimo valor para a existência digna, para ser distribuído às pessoas pobres ou extremamente pobres.

Em outro momento, Hart admite a relação de diferentes tipos entre direito e moral e vai mais além:

Assim, não se pode negar em sua consciência que o desenvolvimento do direito tem de fato sido influenciado, em todos os tempos e lugares, tanto pela moral quanto pelos ideais convencionais de grupos sociais específicos, e também por formas esclarecidas de crítica moral oferecidas com insistência por alguns indivíduos cujo horizonte moral transcendeu a moral comumente aceita.⁵³¹

O próprio Alexy percebeu de forma idêntica aos autores acima, quando disse: “Quem identifica o direito com a lei escrita, ou seja, quem defende a tese do positivismo legal, deve afirmar que, nos casos duvidosos, a decisão é determinada por fatores extrajurídicos”.⁵³² É semelhante a posição de Canotilho, no que se refere aos direitos fundamentais, quando admitiu que eles estão no sistema aberto e, por isso, existe diferenciação teórica e prática entre o conteúdo e a sugestão de conteúdo, principalmente quando se está sob sujeição de modelações político-jurídicas que se alternam a cada época.⁵³³ De idêntico modo, percebeu Habermas, ao relatar o que entendeu a partir de estudos de vários juristas e filósofos, quando afirmou:

A crítica imanente ao positivismo jurídico, desenvolvida por Fuller até Dworkin contra as posições de Austin, Kelsen e Hart, revela que a aplicação do direito tem que contar, cada vez mais, com objetivos políticos, com fundamentações morais e com princípios. Em termos luhmanianos, isso significa que, no código jurídico, se introduzem conteúdos morais do código moral e do código de poder; neste sentido, o sistema jurídico não é ‘fechado’.⁵³⁴

530 PONTES DE MIRANDA. 1922. *Ibidem*, vol. 2, p. 577 e p. 579.

531 HART. H.L.A. 2009. *Ibidem*, p. 239.

532 ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Trad. Karina Jannini. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 12. ISBN 878-85-7827-163-3.

533 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Metodologia fuzzy” e “camaleões normativos” na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Portugal: Coimbra Editora, 2008, p. 101. ISBN 978-05-203-3297-9 (Revista dos Tribunais) e ISBN 978-972-32-1593-9 (Coimbra Editora).

534 HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre a facticidade e validade**. Volume 2. 2. ed. Tradução: Flávio Siebeneich. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 229. ISBN: 85-282-0095-7. Tal escrito se encontra na seção “Estudos preliminares e complementos”.

Por isso, o sistema jurídico, por não ser fechado e com tendência progressiva para abertura, a doutrina de Pontes de Miranda presta muitos esclarecimentos a esta matéria. Um deles ocorre nessa frase reveladora:

A progressiva socialização é lei, dependencia condicionalmente necessária **entre** dois termos; de maneira que determinar os proveitos ou encargos se socializem á medida que se consumam certos fatos. Se dizemos que a verdade está com tal política, não negamos o valor de qualquer instituição que não seja socialista.⁵³⁵

O que seria aquela ‘consumação dos fatos’ para se dar a socialização?

Em primeiro lugar, porque é a busca de tentar harmonizar as partes com o todo nos círculos sociais e que são diferentes em essência. Tal assertiva é obra da evolução, quando trabalha mais o coletivo e menos o individual. É necessário, portanto, perceber o que é interesse geral, que também não se confunde com os direitos advindos, eventualmente, de lutas sociais ou de conflitos,⁵³⁶ os quais, muitas vezes, podem até significar os retrocessos sociais. Sim, é preciso entender que, mesmo com a aplicação de princípio mais geral de generalização, isso para atender às pessoas dos círculos mais largos, como as minorias, há que se respeitar o que há nos processos: político, jurídico, moral e econômico, etc. Estes, quando se relacionam, muitas vezes de forma defeituosa e insegura, têm tempo e espaços diferentes de ideologias e de realizações, como já em outro espaço desta investigação se afirmou.

Em outras palavras, a verdadeira democracia socializadora e jurídica vai atender aos fatos da vida, respeitar a cultura de todos, proteger e fortalecer a todos e, assim, eleva as condições dos melhores, que nem sempre são os mais fortes.⁵³⁷ Por isso que se disse, em capítulo precedente, que era equívoco buscar uma socialização radical. Esta fora da proposta de Pontes de Miranda e desta pesquisa, pontue-se.

Em segundo lugar, Pontes de Miranda dedicou rios de tintas para falar da influência do psíquico no direito, outro modo de consignar as influências das interações das ideologias de cada época nas mentes; por isso, como se viu em outro lugar desta pesquisa, definiu o direito como sendo um produto social de assimilação e desassimilação psíquica.⁵³⁸ A ideia aqui é a de que o direito estaria ‘entre’ aceitar psiquicamente o direito em algum momento da história e deixar de aceitá-lo em outro. Em outra perspectiva, para aquele jurista o direito vai ser vida

535 PONTES DE MIRANDA. 1922. *Ibidem*, vol. 2, p. 623. O destaque é do pesquisador.

536 PONTES DE MIRANDA. 1922. *Ibidem*, vol. 2, p. 625.

537 PONTES DE MIRANDA. 1922. *Ibidem*, vol. 2, p. 629. .

538 PONTES DE MIRANDA. 2005, *Ibidem*, p. 150.

que evolui ‘entre’ os homens, ‘entre’ as situações, ‘entre’ as personalidades e ‘entre’ as manifestações; portanto, não há como dizer que ele não tenha um dado íntimo.⁵³⁹

E foi mais além, na teoria do fato jurídico, aqui numa simplificação espartana, Pontes de Miranda considerou que o direito estaria resumido a uma medida da mente, do texto jurídico e do fato, este último como fato considerado relevante.⁵⁴⁰ Não é o fito aqui explicar a teoria, porque foge da proposta da pesquisa, mas é referenciado apenas para mostrar os indicativos do direito como ‘entre’, onde poderia estar entre a mente, a regra e o fato, ou entre algo dos três elementos.

Em outra passagem, quando estudou como se daria o conhecimento a partir da relação entre o sujeito e o objeto, Pontes de Miranda assim expressou:

[...] ao ser que tem experiência chamamos sujeito, em oposição ao ser que é conteúdo dela, objeto. [...] A ‘relação sujeito-objeto’ significa o laço **entre** os dois termos, o que nos permite falar de experiência sem nos restringirmos a um dos termos e sem nunca nos deslembramos da existência intercalar do conhecimento (cognosco) entre o conhecente e o conhecido.⁵⁴¹

O que será, então, esse “laço entre”? A partir do entendimento de que Pontes de Miranda considerou direito como “adaptação”, segue a assertiva de que ele coloca mesmo o direito como ‘entre’ algo e outra coisa. Veja-se: ‘Racionalismo, tradicionalismo, técnica, todos são formas parciais e, portanto, provisórias do conhecimento. E **entre** eles dar-se-á a adaptação, a que corresponderá mais seguro processo de orientação na vida social e particularmente jurídica.’⁵⁴²

Em outro momento, como já se disse no corpo da pesquisa, tal jurista consigna que o direito vai ser, no seu conteúdo, a força do equilíbrio social para corrigir a diferença ‘entre’ a força positiva da organização (humanidade, nação, altruísmo) e a resultante de forças negativas (indivíduos, egoísmo, individualismo).⁵⁴³

Pontes de Miranda apresentou o direito não apenas como diferença entre as duas correntes, positiva ou negativa, da organização social; mas como forma que representa as forças vivas e opostas, sendo: (a) coexistência com toda a forma das condições existenciais, e

539 PONTES DE MIRANDA. 1922. *Ibidem*, vol. 2, p. 526.

540 A teoria do fato jurídico se encontra nos seis primeiros volumes da obra de Pontes de Miranda e levou 15 anos para ser concluída. PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado**. Tomos I a VI. São Paulo: Bookseller. Sem citação de páginas porque foi uma simplificação do que seria o direito para ele na teoria do fato jurídico. ISBN 85-7468-005-2 (obra completa) e ISBN 85-7468-008-7 (Tomo 1).

541 PONTES DE MIRANDA. 1937. *Ibidem*, p. 74. O destaque é do pesquisador.

542 PONTES DE MIRANDA. 1922. *Ibidem*, vol. 2, p. 281/282. O destaque em negrito no ‘entre’ é do pesquisador.

543 *Idem*, 1922. *Ibidem*, vol. 2, p. 45.

(b) equilíbrio com aquela diferença, ‘entre’ positiva ou negativa, das energias que discordam.⁵⁴⁴

Tal jurista admitiu, por outro lado, que existiam verdades interiores na regra jurídica e que, através de um método científico objetivo, era preciso descobri-las, especialmente através do método indutivo. Assim, há necessidade de investigar a relação ‘entre’ o fato jurídico e a norma. Esclarece-se, aqui, que estas não são novas verdades.⁵⁴⁵

O mesmo expressou Hart, quando cita o aprofundamento nas teorias clássicas de Direito Natural ante a ambiguidade da palavra lei: “a ideia de que há certos princípios do comportamento humano, que aguardam serem descobertos pela razão, aos quais a lei humana deve se adaptar para ser válida.”⁵⁴⁶

Continua-se a expor os dados doutrinários de Pontes de Miranda, onde ele coloca a proposição ‘entre’ algo e outro algo para conceituar o direito. Veja-se, por exemplo, quando ele pergunta sobre o que prejudica o indivíduo e o social? A resposta vem a partir da ideia de que o prejuízo advém de não se saber a diferença ‘entre’ o direito votado e o direito concreto, este é o que chamou de *socius*. Então ele faz uma série de entendimentos de prejuízos, como: não saber que, de momento a momento, é preciso avançar, ou não saber que as legislações não dão provisão a todas as categorias jurídicas e, ou, ou fazem a má distribuição de bens.⁵⁴⁷

Outra percepção importante daquele jurista é sobre o sentido da evolução e do progresso do direito como produto do que acontece ‘entre’ os círculos sociais e, para exemplificar, cita a história da indenização, que vai da vingança à composição legal, que não vem ao caso aqui fazer especificações, mas apenas mencionar para fins e percepção de um conceito de direito como ‘entre’ que evolui nos círculos.⁵⁴⁸

Com efeito, a busca do conceito do direito nos círculos sociais dá-se por uma linha intermédia de soluções por tentativas e ensaios, mas sem ser salomônica, porque se viu nos círculos sociais que há muitos benefícios, mas poucos os detêm, por isso, a socialização pela democracia e o avanço do processo civilizatório tenta corrigir e recompor esse estado para trazer mais e mais pessoas para serem beneficiadas.⁵⁴⁹

544 PONTES DE MIRANDA, 1922. Ibidem, vol, 2, p. 45.

545 Cf. PONTES DE MIRANDA. 1922, vol, 2, p. 420. O jurista cita neste aspecto Stillschweig, Konstruktion und Sociologie, na Juristische Wochenschrift, Belim, 2 jan., 1920, p. 10. Pontes de Miranda não nega a dedução, mas diz que ela pode vir no segundo momento.

546 HART, H. L. A. 2009. Ibidem, p. 240.

547 PONTES DE MIRANDA. 1922. Ibidem, vol. 2, p. 424/425. Ver também p. 515 ao dizer que o *socius* é formado pelo Eu-realidade e o Tu-realidade, formados conjuntamente em nós, por isso, as relações sociais devem ser objeto de todas as indagações. Pontes de Miranda cita a doutrina de Herman Cohen e Erich Wulffen.

548 PONTES DE MIRANDA, 1922, ibidem, vol. 2, p. 471.

549 PONTES DE MIRANDA, 1922, vol. 2, p. 474/475. Vide também p. 524/525.

Para Pontes de Miranda, o direito como ‘entre’ é cada avanço e cada incentivo no aperfeiçoamento do equilíbrio, pois afirma a evolução e o sistema de intervenções na ordem social, especialmente o científico, e a partir do plano do direito e do econômico. A verdade é que isso nunca acabará com a dicotomia entre a pobreza e a riqueza, ou domínio de credores sobre devedores, mas é apenas uma estrada para que haja diminuição desses espaços.⁵⁵⁰ Registre-se de outro modo: reduzir a distância entre povo dirigente e povo dirigido.

Existem assim, no direito como ‘entre’, os métodos político e jurídico usados pelos Poderes Públicos, que não é dado por saltos mortais, como disse Pontes de Miranda, “[...] mas por ascensões mais ou menos constantes, a vencer dificuldades e a destruir obstáculos e a conseguir novos alentos”.⁵⁵¹ Foi assim, por exemplo, que ocorreu na decisão do STF – Supremo Tribunal Federal – no caso do sistema carcerário brasileiro e o estado de coisas inconstitucional.

O direito como ‘entre’ tem base em captar os outros dados dos processos de adaptação social, como a economia, a moral, a política, em que o conteúdo destes vai ser juridicizado de alguma forma e, por isso, tem a capacidade de mudar o sentido e a direção da lei.⁵⁵²

Derrida, quando tentou conceituar a justiça e o direito, disse que a primeira é algo incalculável e o segundo assegura algum cálculo e, portanto, algum endereço. Ele percebeu de forma idêntica a Pontes de Miranda. Sejam observadas as ideias de tal filósofo, que, apesar de extensas, representam alguma identificação do direito como “entre”:

Mas a justiça incalculável manda calcular. E primeiramente no mais próximo daquilo a que associamos a justiça, isto é, o direito, o campo jurídico que não se pode isolar em fronteiras seguras, mas também em todos os campos de que não podemos separá-lo, que nem intervêm e que já não são somente campos: o ético, o político, o técnico, o econômico, o psicossociológico, o filosófico, o literário, etc. Não apenas é preciso calcular, negociar a relação **entre** o calculável e o incalculável, e negociar sem regra que não esteja por reinventar ali onde estamos “jogados”, ali onde nos encontramos; mas é preciso também fazê-lo tão longe quanto possível, para além do lugar onde nos encontramos e para além das zonas já identificáveis da moral, da política ou do direito, para além da distinção **entre** o nacional e o internacional, o público e o privado.⁵⁵³

550 PONTES DE MIRANDA, 1922, vol. 2, p. 474/475. Vide também p. 562.

551 Idem. 1922, vol. 2, p. 474/475. Vide também p. 566.

552 PONTES DE MIRANDA. Op. cit., vol. 2, p. 569-570.

553 DERRIDA, Jacques. **Força da lei**: o “fundamento místico da autoridade”. 2. ed. Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes. ISBN: 978-85-7827146-6. Título original: Force de loi. O destaque é do pesquisador.

Da mesma forma, Botelho, ao estudar profundamente os direitos sociais em tempos de crise, afirma, com base em suas pesquisas, que aqueles direitos ocupam uma ‘posição intermédia’ ‘entre’ a liberdade e a igualdade.⁵⁵⁴

Isso tem acontecido, como se observou nesta pesquisa, nas práticas jurisprudenciais que utilizaram os princípios jurídicos.

4.3.5.3 O direito como ‘entre’: o valor posicional

É preciso apreender a relação entre o sistema de intervenções e os processos de legislação, de jurisprudência, de hermenêutica e de processo exegético; estes, como visto em todo este trabalho, estão na base do aperfeiçoamento da democracia e da sua relação com a liberdade e a igualdade. Em outros termos, como fazer as práticas serem eficazes em relação às teorias e vice-versa. A ideia neste espaço é compreender as interações que se fazem entre o indivíduo, o Estado, a sociedade, a personalidade e o que se vê nos processos de adaptação como o econômico, o direito, a moral, o religioso, o político, etc. Tal visualização faz parte do aprofundamento do desempenho do direito como ‘entre’ para o fito de responder a um questionamento fundamental da teoria da posição jurídica, qual seja: para que serve este ‘direito como entre’ no aspecto ‘decifra-me ou te devoro?’; ou, decifra as realidades ou te encaminhes para os extremismos, ou para retrocessos, ou para novas rodadas de dissonância entre a teoria e a prática?

Ora, se o trabalho desta investigação tomou um itinerário de fazer a correspondência de contextos teóricos e práticos, fê-lo para permitir compreender que as práticas sociais pudessem ser conhecidas através de um misto de autodeterminação ou liberdade e de socialização ou igualdade. Com efeito, as práticas políticas apontadas – especialmente essas porque ligadas ao poder de fazer as leis, interpretá-las, aperfeiçoá-las, aplicá-las e, a partir delas, distribuir os bens jurídicos – estão todas interagindo com os outros processos de adaptação, como o direito, a economia, a moral, etc., seja para compreender, mudar e saber de modo consciente, ou não, o papel das instituições em cada época, seja para aperfeiçoá-las. Essas concepções, por suposto, permitem saber para onde a nau da democracia está indo em termos de melhoramentos sociais, seja para uma vida feliz, justa, boa, seja para as ofertas de condições sociais para os cidadãos.

554 BOTELHO, Catarina Santos. 2015. Ibid. Posição 2669. Aqui o ‘entre’ é remarcado para destacar que a jurista reconhece a busca de uma proporção.

Para compreender melhor essa mediação entre teoria e prática, é preciso trazer as lições de Jürgen Habermas (2013). Este tem uma importante visão que permite a retomada da ideia da democracia como método de discutir princípios em razão do que se ensina como ‘valor posicional’. Tal explicação, como se viu, garante a construção do que tem sido a democracia até os dias de hoje. Não que tal filósofo tecesse considerações sobre o tema específico deste estudo que ora se trabalha, mas ele enfrenta o debate entre as questões teóricas e as práticas na sociedade. Nesse caso, as considerações têm laços diretos com a democracia. Assim, para tal filósofo, as primeiras, as questões técnicas ou teóricas, têm afinidade com a organização de meios de bases racionais, e elas interagem com os fins ou escolha racional entre os meios alternativos; as segundas, as práticas, têm outra perspectiva, pois se conectam com aceitar ou recusar as normas, especialmente aquelas que impõem ação, ou seja, estão no nível de inferir se são válidas ou não. No caso, as teorias vão mesmo esclarecer as questões práticas, mas os produtos daquilo que vem das interpretações têm ‘valor posicional’ para a formação da vontade. Para Habermas, então, esse debate é importante porque serve para regular as desigualdades e os conflitos existentes na sociedade, especialmente pelo processo econômico e a respectiva valorização contínua do capital.⁵⁵⁵

Habermas, então, formulou estudos comparativos entre a teoria de Aristóteles e de Thomas Hobbes. Ele analisa e compara as posições ou enunciados que foram sendo substituídos no curso da história social. Cita que, para Aristóteles, quando este introduziu a filosofia política, o fez para a produção das relações éticas de vida boa, excelente e justa para todos; já Hobbes teoriza sobre a filosofia social, situando o quesito da sobrevivência e na ideia de oferta de facilitação das condições da vida, ou de bem-estar, a partir de uma ordem correta do Estado e da sociedade em geral e que, portanto, há exigências de soluções técnicas.⁵⁵⁶

Esse debate, que continua até os dias de hoje, ao encontrar a teoria da posição jurídica, explica o direito como ‘entre’ como valor posicional que tende a proteger de modo mais eficaz os cidadãos e os seus bens jurídicos, especialmente os direitos fundamentais. Isso quando, conhecidas as realidades diversas, pelas reafirmações práticas do que se constitui o caminho de aproximar os diversos processos de adaptação – econômico, moral, político, o próprio direito, etc. –, constrói a base evolutiva para reproduzir a vida de forma melhorada,

555 HABERMAS, Jürgen. **Teoria e práxis**: estudos de filosofia social. Tradução e apresentação: Rúrion Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2013, p. 28-30, passim. ISBN: 978-85-393-0488-2. Observe a relação da liberdade e da igualdade presente o tempo todo, quando, por exemplo, cita a liberdade da escolha de fins e o valor posicional em favor de combater as desigualdades.

556 HABERMAS, Jürgen. 2013, *Ibidem*, p. 82-95 ss.

seja para o indivíduo, seja para o Estado, seja para a sociedade, seja para aprimorar as personalidades. Tal evento ocorre porque o ‘entre’ permite as generalizações de um nível mais elevado nas diversas realidades; assim, têm-se as adaptações diversas de fluxos contínuos que vão prestigiar a socialização para individualização e vice-versa.

Por que, então, o direito como ‘entre’? Porque (a) não permite que as fórmulas do direito fiquem insuladas⁵⁵⁷ ou imperfeitas na sua maior parte da aplicação; (b) abre espaço a todos os fatos sociais no sentido de uma perspectiva integral e não no caráter fragmentário de uma análise exclusiva; (c) percebe os fatos sociais em conjunto, visualizando não os fatos simples, mas as correntes de toda a espécie, que ligam, no tempo, os homens, as ideias e as sociedades; (d) combate a feição do mundo, segundo leis naturais, de ser efetivado no modo que o intérprete ou cidadão deseja; (e) despersuade-nos das insinceridades daqueles que controlam o centro simétrico.⁵⁵⁸

No aspecto jurídico, o direito como ‘entre’ tenta fazer a concordância mais forte entre as teorias e as ações, ou lei e fatos, para levar uma verdade adequada, ou é aquele que medeia os fins entre o sentimento ou consciência do ser livre de cada cidadão e as condições dadas por um mundo desigual. Trata-se de um itinerário de “tornar mais humanamente verdadeira a realidade”,⁵⁵⁹ ou de uma vontade incompleta de democracia para uma de maior completude, ou ainda, como se disse, aproximar de forma adequada o direito à própria vida. Por isso, o fazer da democracia acontece por etapas e não de forma radical ou por extremismos.

O direito como ‘entre’ mostra que na própria vida a realidade de cada momento ou cada processo social é pequena. E, assim, como que reconhece que todos os processos sociais adaptam os cidadãos de modo diverso.

Enfim, o direito como ‘entre’ permite seguir a própria orientação de Pontes de Miranda, de que: “Os fatos não se devem julgar humanamente, mas serem experimentados e

557“Insuladas” é um termo comum nas obras de Pontes de Miranda, porque ele sempre pregou que nada fosse considerado como separado, afastado, isolado, posto que, se tal ocorresse, poderiam se caracterizar os defeitos antropocêntricos e de voluntarismos subjetivistas dentro da teoria jurídica.

558 Inspiração geral em Pontes de Miranda, especialmente na obra ‘Moral do Futuro’ (1913). Não que ele tecesse considerações sobre ‘direito como entre’, mas tal jurista fornece ideias para acoplamento da tese. PONTES DE MIRANDA. 1913. *Ibidem*, p. 83/92, *passim*. Esclarece-se que nessa obra, em geral, Pontes de Miranda reconhece a insinceridade e as simulações do Estado e da sociedade para construir suas relações e distribuir os bens, assim, a partir de uma visão clara e ampla sobre elas, as mentiras foram sendo deixadas de lado, os novos direitos vão se fazendo sentir no melhoramento da moral da vontade e da ação dos cidadãos. É como se o futuro tivesse a função de substituir as fórmulas envelhecidas e as feições embotadas por outras mais novas, mais puras, menos mentirosas, mais sinceras e mais completas.

559“Tornar mais humanamente verdadeira a realidade” é expressão utilizada por Pontes de Miranda para dizer dos avanços das conquistas científicas e seus progressos em todas as áreas. Cf. PONTES DE MIRANDA. 1913. *Ibidem*, p. 112. Trata-se de um princípio particular dele, defendido em todas as obras.

postos em suas relações com os outros fatos e com os processos mesmo do espírito humano, que os concebe, verifica e sente”.⁵⁶⁰

Veja-se, a representação, das ideias acima e da maior parte desta pesquisa, na visualização que segue na figura abaixo:



Figura 2: Vida e realidades: o ‘entre’ e as adaptações diversas formam o valor posicional

A figura 2 apresenta a relação entre a vida, às diversas realidades e os processos sociais de adaptação. O ‘entre’ é encarado como valor posicional, especialmente pelo uso de princípios, quando tenta reapropriar-se continuamente da vida para a boa relação entre o indivíduo, o Estado, a sociedade e a personalidade das pessoas, ou seja, tenta aproximar as práticas das teorias. São fatos habituais, ao menos nas sociedades do mundo ocidental, que são oferecidas condições ou socializações como fins permanentes ao povo, que podem ser aceitos ou não, ante a liberdade como autodeterminação, porém, ao serem relacionados os fatos com outros fatos – econômicos, políticos, jurídicos, morais, etc –, apresenta-se o ‘entre’

⁵⁶⁰ PONTES DE MIRANDA. 1913. Ibidem. p. 220.

para fixar alguma preponderância. O uso do direito para realizar os seus vários conteúdos, especialmente por princípios, tem a tendência que ocasiona maior potencial de estabilização social. Tal ocorrência é perceptível quando há uma maior coexistência e melhor equilíbrio social entre as pessoas nos círculos sociais. Nesse compasso, esclareça-se que: (a) o direito, ao juridicizar os fatos da vida, fará preponderar aquele fato com maior conteúdo fático, ou seja, aquele com maior carga de elementos que conciliem o que é abstrato com a própria realidade; (b) o direito como ‘entre’ faz esse papel por conta de que, como se viu no capítulo terceiro, a socialização acontece por etapas. Trata-se de processo do aperfeiçoamento da democracia na sua relação entre a liberdade e a igualdade. É explicado, ainda, para que as pessoas se habituem aos preceitos debatidos, fiquem obrigadas, não precisem discutir mais e os cumpram espontaneamente.

4.3.5.4 Posições jurídicas como sistema de vantagens para a democracia: propostas da tese para sociedade

Para formular o raciocínio de proposições para a sociedade, seja lembrada a doutrina de Pontes de Miranda sobre o conceito de democracia. Diz ele:

Toda democracia é atenção ao querer; e esforço para identificar; marchar-se, sem que se saiba para onde; mas marchar-se. O seu fim, pois, é esperança, e não pròpriamente fim; espera-se que se chegue ao acordo, pelas simetrizações que atenuem as diversidades da vontade.⁵⁶¹

Aqui se trata de entender que a juridicização dos fins no sistema democrático não significa propriamente o ponto de chegada, mas um sistema de aperfeiçoamentos. Identifica-se com o percurso em si e não porto onde o navio que se chama democracia deseja aportar. Por exemplo, quando relacionado aos direitos fundamentais, aquele regime vai se consolidar nas efetivações destes como seu parâmetro de legitimidade, ao oferecer posições para que as pessoas tenham condições de desenvolver a personalidade, segundo Sarlet.⁵⁶²

A questão é perguntar: como a teoria da posição jurídica e o direito como ‘entre’ podem trazer as vantagens para a consolidação e aperfeiçoamento da democracia na sua relação com a liberdade e da igualdade? Eis as repostas, que são proposições da tese para a sociedade, quais sejam:

(1) Saber que as posições jurídicas das pessoas nos círculos sociais são estruturadas, porque existem conhecimento e civilização para construir uma regra de proteção dos

561 PONTES DE MIRANDA. 1953b. Ibidem, p. 14. Sem ISBN.

562 SARLET. 2015. 2015b. Ibidem, p. 62.

cidadãos. Tal dado constitui os passos para os aperfeiçoamentos, as correções e os rumos sociais em que os fatos são relacionados a outros fatos, induzidos, depois deduzida a melhor solução para maior liberdade e melhor igualização. A história mostrou que a generalização e a indeterminação das regras, especialmente pelos usos de princípios, apontam para a contínua socialização beneficiando alguns, depois outros, e assim sucessivamente.

(2) Identificar o fato de que nem a lei, nem o direito, provê tudo no sentido de uma adequada distribuição de bens, apesar de que, quando generalizada, tem a tendência de melhorar a condição de todos. Chama-se a atenção para a palavra melhorar, porque se sabe que nem todos são fortes e é deveras importante, até mesmo natural, a abertura do sistema de intervenções sociais por princípios, porque se reconhece que o organismo social se aperfeiçoa,⁵⁶³ bem como constituem-se em processos aproximativos, que beneficiando algumas partes, pode permitir se chegar ao todo;

(3) Entender que há, nos círculos sociais, uma humanidade que frui e outra que sofre no aspecto de uma maior ou menor carga de eficácia protetiva dos seus direitos. Por isso mesmo, traduzem-se em benefícios para a democracia que os deveres sejam conhecidos, reforçados e aperfeiçoados entre o indivíduo para o organismo social total e vice-versa, especificamente numa sociedade de livres e iguais. Não só os direitos. A formulação de objetivo é que todos devam prosperar e, para esse fim, é imprescindível combater quaisquer espécies de artificialismos, pois estes são os causadores de divisão entre os oprimidos e os opressores.⁵⁶⁴

(4) Propor continuamente que, ao lado da produção de bens, haja alguma proporcionalidade na distribuição deles. O estudo dos círculos mostra o desequilíbrio e este leva a problemas morais, sociais, econômicos, como bem observou Pontes de Miranda.⁵⁶⁵ Nos círculos, basicamente, a falta de equilíbrio entre produzir e distribuir é a base da desigualdade e, portanto, aquilo que organiza a própria injustiça;⁵⁶⁶

(5) Ponderar pela adoção do método científico é trilhar um percurso onde não haja quaisquer exclusivismos, seja: moralista, religioso, jurídico, econômico, político, etc., embora se tenha consciência, a partir da observação da história social e política, de que em cada época um deles deseja preponderar sobre outro. A razão é porque isso impede de conhecer todos os aspectos sociais; e, também, a luta na democracia, com usos da inteligência e da ciência, não é contra as pessoas, mas para corrigir as condições desfavoráveis de muitas pessoas, que vivem

563 PONTES DE MIRANDA. 1922, vol. 2, p. 536-537.

564 Idem, 1922, vol. 2, p. 559.

565 Idem, 1922, vol. 2, p. 563.

566 Idem, vol. 2, p. 567.

nos círculos mais afastados do centro simétrico. Pontes de Miranda fornece alguns passos, tais como: (a) que aconteça por decisões que visam mais resultados práticos e menos contraditórios; (b) que os julgados, pelos usos dos imperativos, relacionem o poder e o dever; (c) que as condutas sejam justificadas pelo uso de instintos. A ideia é que a vida que procure a vida sempre tende a evoluir no atendimento às necessidades; (d) que se reconheça que há seres humanos que têm natureza especial, quando se apresentam com nitidez dos seus deveres e, enfim, usa o conhecimento para dar meios de separar ou substituir o inútil do útil, ou o supérfluo pelo suficiente.⁵⁶⁷

(6) Fazer com que o sistema de intervenções sociais funcione e, especialmente, movimente as pessoas nos círculos para um lugar de maior eficácia dos seus direitos, tanto como pelo corrigir os artificialismos, como pela distribuição adequada de bens, segundo os círculos. Trata-se, em grande medida, de soluções constitucionais, especialmente para evitar o que é artificial, ou voluntarismo, ou subjetivismo político, em que o caminho é praticar o mínimo de elemento autoritário, e aprimorar o corpo social administrativo, legislativo e judicial no perfil técnico-científico.⁵⁶⁸

(7) Compreender que construir a regra de proteção dos cidadãos é captar que a democracia ensina, em todo canto, que há de ser o “[...] reconhecimento dos direitos alheios, direitos independentes de vontades individuais ou de corpos despoticos: reflexos subjectivos das regras jurídicas, induzidas dos fatos e tendentes á harmonia social.”⁵⁶⁹ Para tanto, para a felicidade dos que estão nos círculos intermediários e das minorias, é preciso consultá-los continuamente, para identificar suas necessidades permanentes, imediatas e variáveis exigências.⁵⁷⁰

Diante da série de vantagens para o empoderamento da democracia e para transmitir o poder social aos cidadãos, as propostas desta tese para a sociedade são os trajetos a que Pontes de Miranda se referiu para conciliar a unidade homem, a unidade sociedade e as unidades intermediárias ou valores, quais sejam: atender as necessidades, especialmente as biológicas e as de autoconservação, guiam o acordo entre a unidade homem e unidade sociedade, enquanto que a emissão de valores, leiam-se os princípios, tem trajetória no sentido e na direção específica às unidades internas.⁵⁷¹

567 PONTES DE MIRANDA. 1922. Vol. 2, p. 587.

568 PONTES DE MIRANDA. 1922. Ibidem, vol. 2, p. 601-603.

569 PAUL KAMMERER, citado por PONTES DE MIRANDA. 1922. Ibidem, vol. 2, p. 609.

570 PONTES DE MIRANDA. 1922. Ibidem, vol. 2, p. 620.

571 PONTES DE MIRANDA. 1922. Ibidem, vol. 2, p. 92.

Em outras palavras, é preciso dizer que as posições jurídicas das pessoas e grupos nos círculos sociais dependem das seguintes proposições, as quais são efetivadas por esta pesquisa para melhoria da sociedade, quais sejam:

(a) saber que conceituar o direito numa democracia, que relaciona a liberdade e a igualdade, envolve o como construir a regra de proteção dos cidadãos através do direito, especialmente pelo uso de princípios. Estes permitem tem a visão ampla do todo. Tal como conceituar, também envolve entender as interações com outros processos de adaptação social, como: economia, moral, política, direito e que comparece como ‘entre’ algo e outra coisa, depois que juridiciza algum aspecto relevante da vida. A diferença é a de que o jurídico apresenta-se, quando o seu produto permita a coexistência e equilíbrio das pessoas nos círculos sociais. Tal regra, quando descoberta ou revelada, pelo que foi estudado e apresentado faz aumentar o poder social das pessoas para uma melhor eficácia protetiva dos seus direitos. Ela, tal regra, deveria ser efetivada primordialmente através de relações; mas, como o centro simétrico está ‘fechado’ por posições individualistas, voluntaristas e antropomórficas, tende a se realizar por intervenções sociais dos Poderes Públicos ou o Estado de Direito. Estes utilizam basicamente os princípios, tentam fazer o acertamento do fato, trabalham as limitações e as expansões dos próprios direitos, e fazem o sistema avançar passo a passo. Isso acontece, essencialmente, por uma socialização jurídica não radical, onde o direito é acolhido como força positiva de melhorias da condição social e para configurar o poder econômico, político, jurídico e moral dos cidadãos em poder social; e

(b) Saber que é preciso criar um órgão vinculado a cada Poder Público que venha a estudar, classificar e medir os níveis de eficácia dos deveres e dos direitos das pessoas e dos grupos nos círculos, especialmente os fundamentais, e que isso se faça partir das suas relações com outros processos de adaptação social. Tal estudo de classificação de nível indicaria o mínimo, o necessário e o suficiente para que a civilização possa prosseguir, pois traduz conhecimento, sendo que: (i) o mínimo será a própria legislação até a realização de graus intermediários da socialização pela aplicação do princípio mais geral, em que seriam verificadas as soluções por fatos vistos por outros fatos. Tal método científico objetivo permitiria a aproximação do tempo e do espaço entre o direito e a moral, o direito e a política, o direito e a economia, etc, no que couber; (ii) o necessário será, ante as consultas regulares das necessidades mediatas e imediatas, além das exigências variáveis da comunidade, aquelas escalas de atendimentos de melhorias de condições; (iii) o suficiente será a busca desde a totalidade das informações vindas dos fatos de vários processos de adaptação para formulação de base objetiva de distribuição de bens adequada e proporcional à produção.

A esperança final da democracia na sua relação com a liberdade e a igualdade, a partir das propostas em lide, é fazer com que as intervenções sociais nos círculos, especialmente por princípios, deixem de ser necessárias, especialmente quando as pessoas conseguirem extrair os seus bens ou direitos das próprias relações sociais.

4 CONCLUSÃO

Os argumentos teóricos e as amostras práticas consignadas na pesquisa comprovam o êxito da tarefa de demonstrar que a democracia tem sido considerada positiva ou escrava do trabalho com os meios, estes que são os princípios jurídicos. O direito, então, é tensionado para além de suas possibilidades previstas nos textos constitucionais e legislativos, com benefícios diretos aos integrantes do povo e das minorias mais distanciados do chamado centro simétrico, lugar de ocupação de pessoas e grupos que detêm o poder real. As assertivas acima são aquelas principais vertentes da análise da democracia, concebida nesta pesquisa na sua relação com a liberdade e a igualdade.

Sim, porque ficou evidenciado que os diversos conceitos de povo estão muito distanciados nos círculos sociais. Eles se apresentaram, no resultado mais básico, como o de povo dirigente e de povo dirigido. Neste último, há, ainda, o que se chama de círculo de minorias.

Ficou constatado que, nos referidos círculos, o chamado centro simétrico é formado por indivíduos ou grupos de poder consolidados nos tempos pela junção daqueles vindos de processos de adaptação social, como: econômico, jurídico, moral, religioso, político, etc, entre os principais. Na democracia, eles criaram um sistema abstrato de regras em diversos setores da sociedade, entre elas, no espaço do direito com funcionalidades múltiplas, para coexistência e equilíbrio social, além de fazer a administração do como se dá o processo de liberdade entre os homens e de distribuição de bens e direitos. Entretanto, o problema é que das teorias e práticas continuam distanciadas. Basta observar, dentro dos círculos, os núcleos intermediários e das minorias, que estão mais afastados do chamado centro simétrico e que possuem uma carga de eficácia protetiva de direitos diminuída.

Nessa quadra, convém enfatizar um aspecto crucial desta investigação, qual seja: ao lado da democracia, estavam sempre os problemas ou técnicas da liberdade e da igualdade. No ponto de vista teórico e real de que algumas pessoas ou grupos dos círculos sociais não conseguem extrair bens ou direitos das relações sociais, exceto de forma pontual ou precariamente, a democracia, vinculada aos princípios, vai atender ao chamado do estado de emergências das necessidades sociais das pessoas em alguma situação de precariedade. Não só. Nos círculos referidos, a democracia, pelo uso dos princípios, tem capacidade de movimentar as pessoas para determinados espaços, onde se integram ou têm a possibilidade de fazer integrações nos diversos conceitos de povo, talvez quase idêntico àqueles que vivem

no centro simétrico. Por isso, pela sensação de pertencimento, podem ser chamados de cidadãos.

A contribuição da história social e jurídica apontou que, para estabilizar as relações e o crescimento das necessidades dos círculos sociais atua o princípio da diminuição do elemento autoritário do povo dirigente. Isso, conforme se apurou, está evidenciado, quando tal povo permite a coexistência de todos e promove o equilíbrio social. Na hipótese, vem principalmente quando se dão oportunidades às pessoas ou grupos e, por conseguinte, algo acontece de transformação nas instituições e no poder. O poder, que é econômico, jurídico, político, moral, etc, ganha uma adjetivação trazida pela própria democracia, qual seja: transforma-se em poder social. Como se ficou evidenciado, este seria formado a partir de uma série de interações de outros processos de adaptação social, como a economia, a política, a moral, o direito, etc e desaguados no mar chamado direito como 'entre'.

Tal poder trabalha para conciliar o indivíduo, a comunidade e as suas circunstâncias internas, estas que são os valores, ou princípios, opostos desde o nascimento da democracia: o individualismo ou liberalismo e a igualização ou socialização. Tal conciliação faz a civilização prosseguir com coexistência e equilíbrio, como já se disse acima, pois, se não fosse assim, tudo estaria destruído. Diz-se, portanto, que há um saldo positivo maior do que o negativo, porque o estágio civilizatório prossegue.

Se o povo, na história, foi o conceito dividido, sentimental, usado e abusado para justificar a gestão dos dirigentes e fazer com que suas práticas construíssem a legitimidade; por outro lado, a democracia, como regra desse mesmo povo, atuou para tentar diminuir as distâncias daquela divisão. Sim, porque foi correto insistir que ela, a democracia, tem vários significados. Identifica-se não só como poder do povo, mas pode ser considerada como regra do corpo cidadão, ou regra dos cidadãos, ou, no atendimento e distribuição de oportunidades e possibilidades, como regra de proteção dos cidadãos. Daí que, para fechar esse resultado, o seu principal problema de distanciamento de teorias e práticas fica resolvido em termos quando se constrói a regra de proteção desses mesmos cidadãos, que está justamente na diminuição daquelas distâncias ou espaços.

No embate entre dirigir a liberdade e atender às necessidades sociais ou igualdade, aqueles que detêm o poder no centro simétrico iniciaram o sistema de produção e distribuição de bens. O caso é que, por atuação incompetente, ou em razão de alegação de falta de recursos, ou decorrente de práticas de retrocessos sociais, são obrigados a usar o sistema de intervenções ou Estado de Direito.

Tal percepção fez-se uma porta aberta para a democracia corrigir suas imperfeições e calar alguns críticos, que chegaram a dizer que a democracia seria um reino de desejos ilimitados. A intenção de tal sistema de intervenções em que o Estado de direito era e é, ao consolidar um sistema abstrato ou aprisionar as realidades, apenas distribuir os bens aos poucos, especialmente por socialização jurídica. Isso significou que os cidadãos seriam beneficiados pontualmente. Assim, os direitos seriam apenas condições de possibilidades ou de promessas, depois interpretados, depois internalizados e, finalmente, acolhidos pela adesão.

Ocorre que tal sistema funcionou e funciona em parte, pois: de um lado, necessitou de um sistema organizado de reivindicações – sistema de pressão; de outro, de algumas pessoas de ciência, de espírito livre e adeptos de uma maior socialização que insistem em fazer a aplicação de princípios para movimentar as pessoas nos círculos – sistema de compressão. Isso foi observado na representação da teoria na figura apresentada no quarto capítulo.

Resolver o problema da distribuição de bens e direitos encontrou, assim, outra equação grave, qual seja: aqueles que atuam no sistema de intervenções são os que fazem a distribuição dos direitos como condições de promessas ou de possibilidades. E, não por acaso, os que fazem estão influenciados por voluntarismos, subjetivismos ou antropocentrismo, seja de nível consciente ou inconsciente. Tal comportamento apenas apontava a tendência histórica e política de que nunca quiseram dar o poder ao povo real, porque temiam pela sua liberdade como projeto, como também entenderam que, nem todos os direitos seriam efetivados pelo processo de socialização. Renova-se, assim, de tempos em tempos, a questão do individualismo ou liberalismo, pois é difícil fazer o grupo ou indivíduos adeptos dessa corrente compreender que o melhor para todos é, também, o melhor para eles; ou fortalecer os fracos socialmente significa melhorar a condição de escolha dos melhores para a direção.

Não se trata de luta da democracia que fora perdida. Não, pois a civilização continua ou há superávit do bem maior do que o do mau. O sistema de intervenções sociais continua, com pleno vigor, estruturado a partir das legislações, das jurisprudências, da hermenêutica e do processo exegético e, circunstancialmente, vai fazendo as movimentações das pessoas nos círculos sociais, para lugares de maior eficácia protetiva dos seus direitos.

A teoria da posição jurídica detectou que, ao dar oportunidade às pessoas por medidas de socialização jurídica, garante-lhes maior liberdade, e fortalece e transforma as funcionalidades da democracia. Tratou-se do tema de como construir as regras de proteção dos cidadãos nos círculos sociais. Acontece que se percebeu que os aspectos dos processos sociais, sejam os políticos, os econômicos, os jurídicos, os morais, etc., têm tempo, espaços e

elementos fáticos próprios e diferenciados. Isso é um problema para a própria distribuição dos bens ou direitos nos círculos, porque há pontos de conflito, como o tratamento socializador de necessidades de algumas minorias, que precisam ser atendidas de forma emergencial.

Assim, conseguiu-se perceber que construir a regra de proteção dos cidadãos está baseado em elementos, especialmente: como conceituar o direito nos círculos sociais, ter uma visão ampla que somente é oferecida por princípios como posições para alguma providência e, em seguida, ter como medir o nível de eficácia do dever de efetivação e do próprio conteúdo nos círculos sociais.

A democracia em correspondência à liberdade e à igualdade teria um grau maior de funcionalidade, pois poderia ser transformada por recursos da legislação, da jurisprudência, da hermenêutica e do processo exegetic, especialmente para encontrar o direito como “entre”.

Significa a proposta de ver os diversos aspectos do fato – não só aqueles estruturados a partir do corpo constitucional e legislativo –, e seguir pela juridicização de algum fato que faça a democracia transformar-se de forma em conteúdo, e assim melhorar as condições de vida de todo o grupo social e não apenas de um.

Viu-se isso ocorrer em diversas amostras neste trabalho, como, por exemplo, quando se analisou o caso do estado de coisas inconstitucional, no processo sobre o sistema carcerário brasileiro. Apurou-se que havia má gestão e ineficiência nos agentes dos poderes políticos e do executivo. Notou-se uma série de violações aos direitos dos presos, como os sociais e da proibição de tortura, além de ambiente que os tornava monstros. As respostas que não foram dadas, no devido tempo neste campo, pelos atores do campo político e administrativo foram oferecidas pelos membros do Poder Judiciário, especialmente pela superação dos chamados obstáculos de críticas de um governo de juizes. Tudo, ainda, efetivado pela utilização de princípios.

Por aí se vê que há emergências, a partir das necessidades que são diferenciadas nos círculos sociais; porquanto a demora do sistema de intervenções sociais ainda é um defeito grave para a socialização e, no fim, atinge a própria estruturação da democracia. Isso ficou apurado porque aqueles que estão no centro simétrico, somente atendem às necessidades de quem for considerado forte. Em parte, sim, as pessoas dos outros círculos se tornaram fortes, especialmente pela introdução dos direitos fundamentais na Constituição como cláusula pétrea. Só em parte, como se disse, pois atuam sem organização. Ficou explicado, também, porque há outros motivos para que estas sejam atendidas pontualmente e apenas por soluções aproximadas.

Nesse ínterim, é decisivo para quem lida com a democracia, na sua relação com a liberdade e a igualdade, pelas intervenções sociais, especialmente por uso de princípios, que os fatos políticos, sociais, jurídicos, econômicos, morais, etc. tenham curso. Este seriam as relações entre as pessoas e que, também, sejam estruturados nas legislações, trabalhados nas administrações públicas, julgados diversas e de várias maneiras nas instâncias judiciais e, depois, vivenciados pelas pessoas. As épocas mostraram uma tendência de que alguns deles desejam preponderar, segundo a ideologia do tempo em que se vive. Assim, no momento atual, na primeira quadra do século XXI, há a prevalência do econômico em razão da atuação dos mercados etc, em combate com a moralização dos diversos aspectos da vida. Neste ambiente, também há discussões paralelas da judicialização da política e da politização da justiça.

No contexto do percurso dos fatos identificados nesta pesquisa, se percebidos apenas por um ou alguns aspectos, fechados para outros, mesmo com interações das diversas relações, foi que se deu a criação do dogma do direito de que todo o direito estaria na lei. O tempo provou que essa máxima não era real. Observe-se o recurso de análise de alguns aspectos da chamada Reforma Trabalhista de 2017, onde se viu a repetição daquele dogma. Não só o motivo pelo qual as constituições e os textos legais têm lacunas, mas porque se permitiu, em nome da socialização, fazer regras indeterminadas ou genéricas, a fim de que pudesse haver equilíbrio com os fatos de cada época.

A tese também apurou que os princípios, por serem genéricos, quando aplicados, aproximam-se de algo específico, pois têm um papel fundamental na democracia que se vive. Esse algo específico foi garantir uma maior socialização jurídica, mas não é fácil utilizá-los porque há todo um sistema de referência que trabalha como filtro que fica justamente controlado por aqueles que estão no centro simétrico.

Nesse sentido, observou-se que há risco de alguma ditadura do Poder Legislativo, do Poder Executivo, ou do próprio Poder Judiciário, este que, na maioria das vezes, dá a última palavra sobre algum contexto jurídico. No entanto, nas diversas amostras que foram estudadas, os princípios garantiram aproximar os diversos sentidos do conceito de povo e, destarte, fortaleceram a própria democracia. Não só porque legitimaram os dirigentes a serem chamados de povo, mas porque o povo dirigido teve alguma melhora nas suas condições sociais.

Eles, os princípios, agiram como partículas que têm o poder de percorrer todos aqueles caminhos dos fatos apurados, ou quase todos, pois a realidade ainda se mostra maior. Assim,

as soluções aproximadas do direito, que compareceu como “entre” algo e outro algo, não propriamente meio, resolveram em alguma medida as urgências da socialização.

Daí, também, o uso de um método científico, objetivo, foi e é imprescindível para atender demandas de distribuição de bens e de direitos, especialmente com o uso dos princípios, mesmo de forma aproximada. Isso porque se substituiu a velha fórmula utilizada por aqueles do centro simétrico, baseada em voluntarismo ou antropomorfismo. Desse modo, qualquer socialização na espécie científica e jurídica, por meio daquele método, nunca foi e nem é pensada de forma radical para contextos de guerras ou de lutas armadas. Até porque o centro simétrico é lugar limitado mesmo e, pelos estudos do aspecto mecânico do direito, não é possível que todos entrem em tal centro, sem desajustar todos os que estão lá dentro e fazer adaptações diversas. Sim, tal desajuste tem um quê egoísta, individualista, prepotente; mas há impactos de outras ordens, como aqueles de maior repartição tributária e de encargos sociais, ou seja, alguns do centro simétrico teriam que sair de sua posição confortável, o que eles, de fato, não vão permitir.

Isso não é tão importante, porque o que é relevante nesta pesquisa foi a ideia de que todas as conquistas da democracia, para ser funcional, são aquelas em que ela pode ser aperfeiçoada. Uma conquista que nunca será definitiva. Isso implica uma questão de melhoria para o povo, para as minorias e o aperfeiçoamento do Estado de Direito.

Nesse sentido, esta pesquisa chega a um porto de um achado que aproxima o teórico e o prático, ao concluir que: na relação entre a democracia, a liberdade e a igualdade, o serviço do processo social do direito é servir-se dele mesmo, pelos usos dos princípios, especialmente, para revelar e construir uma nova maneira de realizar o direito. Nessa condição, as realidades são apreendidas pela vida para construir incessantemente a regra de proteção dos cidadãos, e isso faz toda a diferença para a democracia continuar a ser a metodologia de discussão e de adesão aos princípios.

REFERÊNCIAS

ACHA A REFORMA TRABALHISTA ULTRAPASSADA: Veja quantas mudanças já foram feitas em 74 anos. **Portal UOL ECONOMIA**. Acesso em 27 nov. 2018. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2017/05/28/acha-a-clt-ultrapassada-veja-quantas-alteracoes-ela-ja-sofreu-em-74-anos.htm>> Acesso 28 nov. 2018.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 2. ed. Trad. HECK, Luís Afonso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. ISBN 978-857389422.

_____. **Conceito e validade do direito**. Trad. Karina Jannini. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. ISBN 878-85-7827-163-3.

ALVIM, Mariana. **Homofobia mata uma pessoa a cada 25 horas**. Norte tem o maior índice – Levantamento anual mostra recorde no país em 2016. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/homofobia-mata-uma-pessoa-cada-25-horas-norte-tem-maior-indice-20819002>> Acesso em 24 out. 2017, 23:02 h.

AGAMBEN, Giorgio. **A comunidade que vem**. Formato: E-Book Kindle [recurso eletrônico]. Tradução e notas: Cláudio Oliveira. Belo Horizonte, 2013, Título original: La comunità che viene. Autêntica Editora, 2013. Disponível na Amazon.com.br. ISBN: 978-85.8217-138-7.

AGUIAR, Mônica. A proteção do direito à diferença com conteúdo do princípio da dignidade humana: a desigualdade em razão da orientação sexual. **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**: estudos comemorativos dos seus vinte anos. Org. Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2008, p. 81-107. ISBN: 978-85-60520053.

AMARAL, Pricila. Maus tratos contra idosos no Brasil têm números impressionantes: negligência e violência psicológica é teor da maior parte das denúncias. Delegacia de Goiás atende de 10 a 15 casos por dia. **G1 Portal de Notícias**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/hora1/noticia/2016/06/maus-tratos-contra-idosos-no-brasil-tem-numeros-impressionantes.html>> Acesso em 24 out. 2017.

A MATÉRIA ESCURA: após muitos anos de observação, cientistas detectaram uma matéria não visível no universo, a matéria escura. **PORTAL BOL MUNDO EDUCAÇÃO**. Disponível em: <<https://mundoeducacao.bol.uol.com.br/fisica/a-materia-escura.htm>> Acesso em 28 nov. 2018.

ANONYM. **Isaiah Berlin**: two concepts of liberty. E-Book Kindle [recurso eletrônico]. Tradução do alemão: Bing Translator. 2013. Sorriso Verlag GmbH. ASIN: BOO4WDHSZG.

ARBLASTER, Anthony. **Democracy** Formato: E-Book Kindle [recurso eletrônico]. Third edition. Open University Press: Buckingham-Philadelphia, 2003. Third edition. Philadelphia, USA: Open University Press, 2002. ISBN 0-335-20-970-X ou ISBN 0-335-20969-6 (pbk).

ARISTÓTELES. **Política**. Trad. Therezinha Monteiro Deutsch e Baby Abrão. Coleção: “Os Pensadores”. São Paulo: Editora Nova Cultural LTDA, 2000. ISBN: 85-351-0706-1.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. ISBN: 978-85-392-0113-6.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. 4. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Globo, 2008. ISBN: 978-85-250-4573-7.

BACHOF, Otto. **Jueces y Constitución**. Tradução: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Madrid: Editorial Civitas, 1985. Tradução livre do pesquisador. ISBN: 84-7398-368-8.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo. **A não-discriminação como direito fundamental e as redes municipais de proteção a minorias sexuais – LGBT**. Brasília a. 47, n. 186, abril/jun. de 2010, p. 89-106. Disponível em: <
<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198675/000888820.pdf?sequence=1>>
 Acesso em 24 out.17. Disponível em: <
http://direitoshumanos.gddc.pt/3_2/IIIPAG3_2_10.htm> Acesso em 24 de out. de 2017.

BARROS, Ivan. **Pontes de Miranda: o jurisconsulto**. Editora Vala: Brasília, 1981.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2104. ISBN 978-85.7700-640-3.

_____. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o Governo da Maioria. SARMENTO, Daniel (org.). **Jurisdição Constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 3-34. ISBN: 978-85-309-6381-1.

BARROSO MANTÉM regra a reforma trabalhista; Fachin pede vista: dispositivo questionado pela PGR altera regras da gratuidade da justiça. **MIGALHAS**: Portal jurídico, com doutrina, jurisprudência e legislação. Disponível em: <
<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI279921,51045-Barroso+mantem+regra+da+reforma+trabalhista+Fachin+diverge+e+Fux+pede>> Em 10 mai 2018. Acesso em: 08.11.208.

BASTOS, Celso. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. ISBN: 978-7420-823-7.

BERGEL, Jean-Louis. **Teoria Geral do Direito**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006. ISBN: 85-336-2176-0. Título original: *Theorie générale du droit*.

BERLIN, Isaiah. **La traición de la libertad: seis enemigos de la libertad humana**. Formato: E-Book Kindle [recurso eletrônico]. Editado por Henry Hardy. Fondo de Cultura Económica: México, 2017. Posição 395-307. ASIN: BO73DT25PC. Disponível na Amazon.com.br. Tradução livre do pesquisador.

BERGEL, Jean-Louis. **Teoria Geral do Direito**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006. ISBN: 85-336-2176-0.

BÍBLIA SAGRADA. Livro do Êxodo. Tradução de João Ferreira de Almeida. 2. ed. Capítulo 22, versículos 21-26. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1993. ISBN: 85-311-0061-1.

_____. Livro da Segunda Epístola de São Paulo aos Coríntios. Capítulo 12, versículos 7-10.

_____. Gênesis, Cap. 3, v. 5.

BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS. USP. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Preven%C3%A7%C3%A3o-contr-a-Discrimina%C3%A7%C3%A3o-e-Prote%C3%A7%C3%A3o-das-Minorias/declaracao-sobre-a-eliminacao-de-todas-as-formas-de-intolerancia-e-discriminacao-fundadas-na-religiao-ou-nas-conviccoes.html>> Acesso em 27 nov. 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Constituição e normatividade dos princípios**: discursos e prefácios. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 198-207. ISBN: 978-85-392.0123-5.

_____. **Teoria Constitucional da Democracia participativa**: por um Direito Constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. ISBN 978-8574208886.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. ISBN: 978-85.7420-848-0.

BRAGON, Ranier. Dinastias políticas do Brasil lançam mais de 60 candidatos nas eleições: em Minas, família Andrada tenta emplacar sexta geração na Câmara de Deputados. **Folha de São Paulo**. Eleições 2018. 19 ago. 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/08/dinastias-politicas-do-brasil-lancam-mais-de-60-candidatos-nas-eleicoes.shtml>> Acesso em: 29 nov. 2018.

BRASIL. [CONSTITUIÇÃO, 1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. [2018]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 15 nov. 2011.

BRASIL. **CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO [CLT]**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm> Acesso em: 12 nov. 2018.

BRASIL. **CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/politica-nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-jurisdicao/dados-estatisticos-priorizacao>> Trata-se o Relatório “Justiça em Números, 2016, Ano base 2015. Acesso em: 12 nov. 2018.

BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de junho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em: 15 nov. 2018.

BRASIL. **Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 [...]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm> Acesso em: 30.11.2018.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL [STF]. **Ação direta de Inconstitucionalidade 4.277 Distrito Federal**. Julgamento no Plenário em 05.05.2011. Dje n. 198, Divulgação 13/10/2011, Ementário n. 2607-3. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>> Acesso em: 08 mai. 2019.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL [STF] **ADI (ação direta de inconstitucionalidade) 5766**. Julgado parcialmente em 10.05.2018. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5250582>> Acesso em: 08 mai. 2019.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL [STF]. **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela antecipada 175 Ceará**. Julgamento no Plenário 17.03.2010, DJe n. 76, Divulgação 29/04/2010, Publicado 30/04/2010. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>> Acesso em: 08 mai. 2019.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL [STF]. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.726 Amapá**. Rel. Min. Marco Aurélio. Requerente: Governador do Estado do Amapá. Julgamento em Plenário em 11.02.2015. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15315041514&ext=.pdf>> Acesso em: 08 mai. 2019.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL [STF]. **Medida Cautelar na Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal**. Julgado em Plenário em 09/09/2015. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>> Acesso em: 08 mai. 2019.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL [STF]. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54**, Distrito Federal. Ministro Relator Marco Aurélio. Julg. Plenário 12.04.2012. Pub. 30.04.2012. Disponível em: < file:///C:/Users/casa/Downloads/texto_136389880.pdf> Acesso em: 08 mai. 2019.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 19ª REGIÃO. Alagoas. Arguição de inconstitucionalidade **ArgInc. (Arguição de Inconstitucionalidade) 0000206-34.2018.5.19.0000**. Arguição de inconstitucionalidade. Arguente: Primeira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 19ª Região. Arguido: José Cícero dos Santos. Publicado DJE – Diário de Justiça Eletrônico em 13 nov. 2018. Disponível em: < https://pje.trt19.jus.br/consultaprocessual/pages/consultas/DetalhaProcesso.seam?p_num_pje=27887&p_grau_pje=2&p_seq=0000206&p_dig_cnj=34&p_ano_cnj=2018&p_vara=0000&c_id=24094> Acesso em: 21 nov. 2018.

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. SDI-1 – Seção de Dissídios Individuais 1. **Ação Civil Pública em processo RR-120300-89.2003.5.01.0015**, Rio de Janeiro, publicado acórdão em 13/09/2014. Disponível em: < <http://www.tst.jus.br/processos-do-tst>>. Acesso 09 mai. 2019.

BRASIL. **TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO** [TST]. Disponível em <http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/24724445> Acesso em: 12 nov. 2018.

BRASIL É CAMPEÃO de ações trabalhistas no mundo? Dados são inconclusivos. **UOL NOTÍCIAS**. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/confere/ultimas-noticias/2017/06/27/brasil-e-campeao-de-acoes-trabalhistas-no-mundo-dados-sao-inconclusivos.htm>> Acesso em: 28 nov. 2018.

BRASIL É O SEGUNDO PAÍS com pior nível de aprendizado, aponta estudo da OCDE. Conteúdo Estadão. **UOL EDUCAÇÃO**. 10 fev. 2016. Disponível em: <<https://educacao.uol.com.br/noticias/agencia-estado/2016/02/10/brasil-e-segundo-pais-com-pior-nivel-de-aprendizado-aponta-estudo-da-ocde.htm>> Acesso em: 02 nov 2017.

BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. 1. ed. 1 reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2010. ISBN: 978-8577000885.

BOBBIO, Norberto. **Teoría general de la política**. Traducción de Antoino de Caboy Y Gerardo Piessarello. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009. ISBN: 978-84-8164-579-8. Tradução livre do pesquisador.

_____. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz & Terra, 2015. ISBN: 978-85-7753-087-8.

BOTELHO, Catarina Santos. **Os direitos sociais em tempos de crise: ou revisitar as normas programáticas**. Formato e-book Kindle [recurso eletrônico]. Coimbra: Almedina, 2015. ISBN 978-972-40-6919-7. Disponível na Amazon.com.

CAETANO, Marcelo. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. 6. ed. Revista e ampliada por Miguel Galvão Teles. Tomo I. 7. reimpressão. Lisboa: Almedina, 2015. ISBN: 978-9724005171.

CALGARO, Fernanda. **Constituição 30 anos: alterado 105 vezes, o texto ainda tem 119 dispositivos para regulamentar**. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2018/09/22/constituicao-30-anos-alterado-105-vezes-texto-ainda-tem-119-dispositivos-para-regulamentar.ghtml>> Acesso em: 08/05/2019.

CALMON DE PASSOS, J. J. **Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo: reflexões de um jurista na contramão**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2012, p. 85-86. Sem ISBN ou não localizado.

CANOTILHO, J.J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN: 978-97-2402-106-8.

_____. “Metodologia fuzzy” e “camaleões normativos” na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Portugal: Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-05-203-3297-9 (Revista dos Tribunais) e ISBN 978-972-32-1593-9 (Coimbra Editora).

CASARA, Rubens. R. R. **O Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. E-book Kindle [recurso eletrônico]. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017. Recurso digital. ISBN: 978-85.200.1349-6.

CASTELS, Manuel. **A galáxia da Internet: reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade**. Trad. Maria Luíza X. de A. Borges. Revisão Técnica: Paulo Vaz. Jorge Zahar Editor: Rio de Janeiro. ISBN: 85-7110-740-8.

_____. CASTELS, Manuel. **O poder da identidade**. Vol. II. 6. e. Tradução: Klauss Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 2008. Sem ISBN, mas aparecem esses números: CDD 303.483 e CDU 316.422.44 e 99-0946.

CAVALCANTE, Ricardo Tenório. **Jurisdição, direitos sociais e proteção do trabalhador: a efetividade do direito material e processual do trabalho desde a teoria dos princípios**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. ISBN: 978-85-7348-583-7.

CONCE, Christian; KERBER, Shaun. A inexpugnabilidade do neoliberalismo: um diagnóstico social contemporâneo aproximado. **ANAIS** [recurso eletrônico]. Criminologia Global: criminologia. Vol. 1-8. Anais do 8º Congresso Internacional de Ciências Criminais – PUCRS. Orgs. Augusto Jobim do Amaral – [et. al], 1. ed. Florianópolis [SC]: Tirant lo Branck, p. 93-102. ISBN: 9788594771605.

CONSTANT, Benjamin. **A liberdade dos antigos comparada a dos modernos**. Tradução da versão francesa com a introdução e notas de Édouard Labouyale. Estudo introdutório e tradução de Emerson Garcia. São Paulo: Atlas, 2015. ISBN: 978-8522499618.

COSTA, Ana Edite Olinda. **Poder Judiciário e Democracia Constitucional: a atividade jurisdicional sobre Comissões Parlamentares de Inquérito**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004. ISBN: 85-98424-10-2.

CRICK, Bernard. **Democracia**. Tradução: Carla Hilário Quevedo. Revisão científica: Alberto Gonçalves. Santa Maria da Feira/Portugal: Rainho & Neves, 2006. ISBN: 989-552-194-4. Título original: Democracy.

DAHL, Robert A. **Who governs? Democracy and Power in an American City**. Second Edition. Printed in the United States of America: Yale University Press. Formato: E-Book Kindle [recurso eletrônico]. 2005. Disponível: <https://www.amazon.com.br>. ASIN: BOO4YXUSO6. Tradução: Bing Translator com adaptações do pesquisador.

DALLARI, Dalmo. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva: 2016. ISBN: 978-85-0263-861-7.

DANTAS, Ivo. **Teoria do Estado: direito constitucional 1**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey. CDU 342-1.

DEATON, Angus. **Revista Veja**. Versão impressa. Seção: entrevista. Título da entrevista: “Marcha para o progresso”. Editora Abril, edição 2542, ano 50, n. 32, 09 agosto de 2017. ISSN: 0100-7122.

_____. **A grande saída:** saúde, riqueza e as origens da desigualdade. Formato: E-Book Kindle [recurso eletrônico]. Preparação: Raphani Margiotta. Revisão: Carolina Rodrigues, Andre Marinho e Luciana Ferreira. Revisão de E-BOOK: Taynée Mendes. Rio de Janeiro: Editora Intrínseca, 2017. ASIN: BO73H631KZ.

Defensoria Pública cobra investigações de mortes de moradores de rua em Maceió. **GI Portal de Notícias.** Disponível em <<https://g1.globo.com/al/alagoas/noticia/defensoria-publica-cobra-investigacao-de-mortes-de-moradores-de-rua-em-maceio.ghtml>> Acesso em 25 out. 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego:** entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução. São Paulo: LTr, 2005, p. 28-29. ISBN: 85-0361-0770-7.

DERRIDA, Jacques. **Força da lei:** o “fundamento místico da autoridade”. 2. ed. Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes. ISBN: 978-85-7827146-6. Título original: Force de loi.

DÍAS, Elias. **Estado de Derecho e sociedad democrática.** E-Book Kindle [recurso eletrônico]. Madrid: Santillana Ediciones Generales, 2011. ISBN ebook: 978-84-306-0831-7.

DICIONÁRIO ON LINE. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/frugalidade/>> Acesso em 26.10.2018.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. A decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a União de pessoas do mesmo sexo. **STF e direitos fundamentais** diálogos contemporâneos. Organizador: Robério Nunes dos Anjos Filho. Salvador: Editora Juspodivm, 2013, p. 139-154. Sem ISBN ou não localizado.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos.** Trad. Luiza Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. ISBN: 978-85-7431-333-7. Título original: The end of human rights.

ESTEVES, Alan da Silva. **Proteção do trabalhador em face da automação:** eficácia jurídica e social do inciso XXVII do art. 7º da Constituição Brasileira. São Paulo: LTr, 2013. ISBN: 978-85-361-2664-7.

_____. O negociado sobre o legislado: análise dos arts. 611-A e 611-B da CLT – Consolidação das Leis do Trabalho, conforme Lei n. 13.467, de 2017. **Reforma Trabalhista:** novos rumos do Direito do Trabalho e do Processual do Trabalho. Organizadores: Carlos Arthur Figueiredo, Flávio Costa, Francisco Noronha e Sérgio Queiroz. São Paulo: LTr, 2018, p. 58-67. ISBN: 978-85-361-9739-5.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo:** à luz do novo Código Civil brasileiro e da Constituição Federal. 2. ed. Atualizada. São Paulo: Renovar, 2006.

FALCÃO, Joaquim. Judiciário segundo os brasileiros. **Transformações do Estado e do direito:** novos rumos para o Poder Judiciário. Org. Sérgio Guerra. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009, [p.13-29], p. 22-24. ISBN 978-8522507467.

FARA, Patrícia. **Uma breve história da ciência**. Versão brasileira da editorial. São Paulo: Editora Fundamento Educacional, 2014. 11-02149 e CDD – 509.

FARIAS BRITO. **A verdade como regra das ações**: ensaio de filosofia moral como introdução ao estudo do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde/Instituto Nacional do Livro, 1953. Sem ISBN.

FARIAS, Domenico. **Idealità e indeterminatezza dei principicostituzionali**. Milano: Dott A. Giufré Editore, 1981. Tradução livre do pesquisador. Sem ISBN.

FELICIANO, Guilherme Guimarães; CONFORTI, Luciana Paula; PORTO, Noêmia Aparecida. A reforma trabalhista e suas ‘modernidades’ na visão do Mundo Exterior: O “Caso Brasil” na 106ª Conferência Internacional do Trabalho e as violações às Normas Internacionais do Trabalho. **Reforma Trabalhista**: novos rumos do Direito do Trabalho e do Processual do Trabalho. Organizadores: Carlos Arthur Figueiredo, Flávio Costa, Francisco Noronha e Sérgio Queiroz. 1. ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 12-18. ISBN: 978-85-361-9739-5.

FELIX, Paula. Distribuição de remédios para doenças raras obtidas por medida judicial está atrasada. Estadão Conteúdo. **UOL notícias Ciência e Saúde**.. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/estado/2017/11/22/distribuicao-de-remedio-para-doenca-rara-esta-atrasada.htm>> Acesso em 07.11.2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos fundamentais e dos bens fundamentais**. Tradução: Alexandre Salim, Alfredo Copeti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior e Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. ISBN-85-7348-726-8.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional**: o Estado na questão no início do século XXI, em face o direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro. 2. ed. São Paulo: Saraiva: 2010. ISBN: 978-85-0222-076-8.

_____. **Sete vezes democracia**. São Paulo: Editora Convívio, 1977. Na catalogação na fonte aparecem os seguintes dados da época: CDD-321.80931.8 e CDU-342 (81).

FIGUEIREDO NETO, Diogo Moreira de. Funções essenciais à justiça. **Tratado de Direito Constitucional 1**. 2. ed. MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder (Coord). São Paulo: Saraiva: 2012, p. 1127 a 1156. ISBN: 978-85-02-14388-3.

FRANCO, Raquel Veras; MOREIRA, Leonardo Neves. História da Justiça do Trabalho no Brasil: o olhar do TST. **A história da Justiça do Trabalho no Brasil**: multiplicidade de olhares. Brasília: Tribunal Superior do Trabalho-Comissão de Documentação, p. 15-43. CDU: 347.998.4 (81) (091), CDD: 341.68.

FUKUYAMA, Francis. **The end of History and the Last Man** Formato: E-Book Kindle [recurso eletrônico]. UK: Penguin Random House, 2012, E-book. Tradução Bing Translator com adaptações do pesquisador. Disponível na Amazon.com.br. ISBN: 978-0-141-92776-3.

_____. **As origens da ordem política:** dos tempos pré-humanos até a Revolução Francesa. Formato: E-Book Kindle [recurso eletrônico]. Trad. Nivaldo Montigelli Jr. Rio de Janeiro: Rocco Digital, 2013. Disponível na Amazon.com. ASIN: BOODGVQG62.

GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO. Disponível em: < http://direitoshumanos.gddc.pt/3_2/IIIPAG3_2_10.htm> Acesso em 24 de outubro de 2017.

GAMA, Daniel. Contra o pesadelo nacionalista. Secção: imagem da semana. **Veja**. Versão impressa. Ano 51, n. 47, São Paulo: Editora Abril, 21 nov. 2018, p. 27.

GOMES, Victor. **Brasil possui o sistema de saúde mais ineficiente do mundo**. Disponível em: <<https://economiasdeservicos.com/2016/02/25/brasil-possui-o-sistema-de-saude-mais-ineficiente-do-mundo/>> 25 fev. 2016. Acesso em 02 nov. 2017.

GOUVEIA, Roberval; GOUVEIA, Mila (orgs). **Principais julgamentos STF/STJ:** versão integral. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 105-110. Sem ISNN.

GRAU. Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2011. ISBN: 978-392-0081-8.

HÄBERLE, Peter. **El Estado constitucional**. Buenos Ayres: Editorial Astrea de Alfredo Depalma, 2007. ISBN: 950-508-741-1.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre a facticidade e validade. Volume 2. 2. ed. Tradução: Flávio Siebeneich. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. ISBN: 85-282-0095-7.

_____. **Teoria e práxis:** estudos de filosofia social. Tradução e apresentação: Rúrion Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2013. ISBN: 978-85-393-0488-2.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Tradução: Antônio de Oliveira Sette-Câmara. Revisão da tradução: Marcelo Brandão Cipolla. Revisão técnica: Luiz Vergílio Dalla-Rosa. São Paulo: Martins Fontes, 2009. ISBN 978-85.7827-096-4. Título original: The concept of law.

HOBBSAWN, Eric. **Mundos do trabalho:** novos estudos sobre a história operária. Trad. Waldea Barcellos e Sandra Bedran. Revisão Técnica: Edigar de Decca e Michael Hall. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015. ISBN: 978-85-7753-337-4.

JELLINEK, Giorgio. **E la storia del diritto pubblico generale**. Traduzione Italiana sulla terza Tedesca del Dott. Modestino Pretrozziello. Com una Introduzione Generale di Vittoria Emanuele Orlando. Milano: Dott. A. Giuffè Editore, 1949. Sem ISBN.

Ideologia plutocrática: vivemos um retrocesso mundial dos direitos humanos, afirma Eugênio Zaffakroni. 7 nov. 2017. **CONJUR**. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2017-nov-07/vivemos-retrocesso-mundial-direitos-humanos-zaffaroni?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook > Acesso em 07 nov. 2017.

JIMÉNEZ, Alfredo Ramos. El debate sobre la construcción del orden democrático y sus condiciones. **Revista Debates**. Porto Alegre, V. 10, n. 3, set-dezembro de 2016, p. 131-152.

Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/debates/article/view/69910>> Acesso em 09 nov. 2017. ISSN eletrônico 1982-5269. DOI: <https://doi.org/10.22456/1982-5269.69910>.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. 4. ed. Lisboa: Fundação Caloute Gulbenkian, 2010. Sem ISBN.

KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução: Ivone Castilho Benedetti; Jefferson Luiz Camargo; Marcelo Brandão Cipolla; Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000. ISBN 85-333-1257-5.

KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais – um estudo comparativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. ISBN: 85-7348-309-1.

KROPOTKIN, Piotr. **O Estado e o seu papel histórico**. Trad. Alfredo Guerra. São Paulo: Editora Imaginário, 2000. ISBN: 97-88-5853-625-46.

LAPORTA, Taís. Pobreza extrema cresce em 25 estados brasileiros, aponta estudo. **PORTAL G1**. Disponível em: < <https://g1.globo.com/economia/noticia/2018/10/10/pobreza-extrema-cresce-em-25-estados-brasileiros-aponta-estudo.ghml>> Acesso 29 nov. 2018.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Tradução. José Lamego Lisboa: Fundação Caloute Gulbenkian, 1997. Tradução foi da 6ª. Edição do original Alemão. ISBN: 972-31-0770-8. Título original: Methodenlehre der Rechtswissenschaft.

LIMONGI, Dante Braz. **O projeto político de Pontes de Miranda: Estado e democracia na obra de Pontes de Miranda**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. ISBN: 85-7147-102-9.

LYRA FILHO, Roberto. **Que é direito**. São Paulo: Brasiliense, 2006. ISBN: 978-85-11-01062-6.

LUÑO, Antonio-Henrique Pérez. **Los Derechos fundamentales**. 11. ed. Madrid: Editoria Tecnos, 2013. ISBN: 978-84-309-5807-8.

MARSHALL, T. H; BOTTOMORE. **Citizenship and Social Class**. E-book Kindle [recurso eletrônico]. London: Pluto Press, 1987. Posição 83-161. ISBN-10 9780745304762 e ISBN-13: 978-0745304762. ASIN: 0745304761. Disponível na Amazon.com. Tradução Bing Translator da Amazon.com com ideias interpretativas do pesquisador.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Reforma Trabalhista: comentários às alterações das Leis n. 13.467/2017, 13.545/2017 e da Medida Provisória n. 808/2017**. São Paulo: Saraiva, 2018. ISBN: 978-8547231880.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto Comunista**. Formato: E-Book Kindle [recurso eletrônico]. Tradução: Regina Lúcia F. de Moraes. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2006. Edição digital. ISBN: 978-85-378-1256-3.

MELLO, Marcos Bernardes de. Notas sobre o caráter normativo dos princípios e das normas programáticas. **Revista do Mestrado em Direito**. V. 2. N. 3. Dez. 2006. Maceió: Edufal, 2008, p. 79-114. ISSN 1809-1873.

MENOS DA METADE DOS BRASILEIROS DE 18 ANOS estão no ensino médio ou no superior. 12 set. 2017. **PORTAL IG – NOTÍCIAS, VÍDEOS, FAMOSOS, ESPORTES , ESPORTES, BATE PAPO, INFOGRÁFICOS.** Disponível em: < <http://ultimosegundo.ig.com.br/educacao/2017-09-12/educacao-brasil-ocde.html>> Acesso 02 nov. 2017.

MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Constitucional.** Volume 1. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016. ISBN: 9789725405123.

_____. **Curso de Direito Constitucional:** estrutura do Estado, sistemas políticos, atividade constitucional do Estado, fiscalização de constitucionalidade. Volume 2. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016. ISBN: 9789725405208.

_____. **Teoria do Estado e da Constituição.** Rio de Janeiro: Forense, 2005. Tradução da edição portuguesa. ISBN: 85-309.1679-4.

MOISÉS, José Álvaro. Seção Entrevista dada a Roberta Paduan. **Revista Veja.** Versão impressa. Edição 2600, ano 51, n. 38. São Paulo: Editora Abril, 19. set. 2018. ISSN: 0100-7122.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis.** E-Book Kindle [recurso eletrônico] Posição 1169. Disponível pela Amazon.com.br. ASIN: B01N5B0V4I. Título original: De L'Esprit dès Loix. Não há referência ao ano.

MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. Uma crise da democracia representativa eletiva parlamentar e a sua superação pela ascensão de uma democracia seletiva judicial. **Segurança Jurídica e protagonismo judicial:** desafios em tempos de incertezas. Estudos jurídicos em homenagem ao Ministro Carlos Mário da Silva Velloso. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2017, p. 171-198. ISBN-13: 978-8595240001.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. 5. ed. Revista e atualizada. Trad. Peter Neuman. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, ISBN 978-8520348680.

MOLINARO, Carlos Alberto; ESTEVES, Alan da Silva. A dignidade da pessoa humana na visão de Ingo W. Sarlet: desde a problematização do conceito até o pensar fora do marco jurídico estabelecido. **Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica.** Salvador. V. 4, n. 1, p. 94-118. Jan-jun-2018. e-ISSN: 2526-0103. Disponível em:

<https://www.researchgate.net/publication/327268320_A_DIGNIDADE_DA_PESSOA_HUMANANA_NA_VISAO_DE_INGO_W_SARLET_DESDE_A_PROBLEMATIZACAO_DO_CONCEITO_ATE_O_PENSAR_FORA_DO_MARCO_JURIDICO_ESTABELECIDO>

Acesso em: 11 mai. 2019.

MOLINARO, Carlos Alberto. **Direito ambiental:** proibição do retrocesso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. ISBN: 978-85-7348-469-4.

NATUSCH, Igor. Imigrantes denunciam xenofobia e violações. **Jornal do Comércio.** Porto Alegre, 24 out. 2017. Notícia impressa em 08 fev. 2017. Disponível em: <

http://jers.uol.com.br/_conteudo/2017/02/geral/545737-imigrantes-denunciam-xenofobia-e-violacoes.html> Acesso em 24 out. 2017, 23:48 h.

NEGROS SÃO MAIORES VÍTIMAS DAS DENÚNCIAS de violações dos direitos humanos. Editorial. **PORTAL BRASIL CIDADANIA**. Disponível em:

<<http://www.ebc.com.br/cidadania/2016/01/negros-sao-maiores-vitimas-das-denuncias-de-violacoes-de-direitos-humanos>> Acesso em 24 out. 2017.

NEVES, Jose Roberto de Castro. **A invenção do direito**: as lições de Ésquilo, Sófocles, Eurípedes e Aristófanes. 1. ed. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2015. ISBN: 978-675854-86-1.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. ISBN: 978-972-32.1445-1.

_____. **A dignidade da pessoa humana**; dignidade e direitos fundamentais. Coimbra: Almedina, 2016a. ISBN: 978-972-40-6157.

_____. **Em defesa do Tribunal Constitucional**: resposta aos críticos, Coimbra: Almedina, 2016b. ISBN: 978-972-40.5825-2.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2016. ISBN: 978-85-442-0827-4.

PEQUENOS FURTOS geram grandes prejuízos: comerciantes apelam para o sistema de câmaras para evitar que talheres e outros objetos sejam levados por “clientes”. **Folha cidades**. 18 out. 2013. Disponível em: <<https://www.folhadelondrina.com.br/cidades/pequenos-furtos-geram-grandes-prejuizos-859639.html>> Acesso em: 14 nov. 2018.

PNUD BRASIL. **Relatório do PNUD destaca grupos sociais que não se beneficiam do desenvolvimento humano**. Publicado 21 de março de 2017. Disponível em: <<http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/presscenter/articles/2017/03/21/relat-rio-do-pnud-destaca-grupos-sociais-que-n-o-se-beneficiam-do-desenvolvimento-humano.html>> Acesso em: 10 mai. 2019.

PIEROTH, Bodo; SCHILINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. Tradução: Antônio Francisco de Souza e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN: 978-85-02-13036-4.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969**. Tomo IV. 2. ed. Revista. São Paulo: Editora dos Tribunais, 1970. Sem ISBN.

_____. **Systema de Sciencia Positiva do Direito**: Introdução á Sciencia do Direito. Volume 1. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro Santos Editor, 1922.

_____. **Systema de Sciencia Positiva do Direito**: investigação scientifica e politica juridica. Volume 2. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro Santos Editor, 1922.

_____. **Democracia, Liberdade, igualdade**: os três caminhos. Volume 1. São Paulo: Livraria José Olimpio Editora, 1945.

_____. **Democracia, Liberdade, igualdade:** os três caminhos. Volume 2. São Paulo: Livraria José Olímpio Editora, 1945.

_____. **Garra, mão e dedo.** São Paulo: Livraria Martins Editora, 1953, Edição 1. Sem ISBN.

_____. **O problema fundamental do conhecimento.** Porto Alegre: Edição da Livraria do Globo, 1937. Sem ISBN.

_____. **Introdução à Política Científica ou fundamentos da sciencia positiva do direito.** Rio de Janeiro: Livraria Garnier, 1924a. Sem ISBN.

_____. **Fundamentos actuaes do direito constitucional.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1932. Sem ISBN.

_____. **Comentários à Constituição de 1946.** Tomo 1. Arts. 1º e 5º. V. 1. 4. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1953b. Sem ISBN.

_____. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro.** 2. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1981. ISBN não localizado, mas encontrado os seguintes números: CDU – 347/342.1/ e outra numeração: 80-0693.

_____. **Introdução à sociologia geral.** 2. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1980. Sem ISBN, mas aparecem os seguintes números: CDD – 301, CDU – 301 e 80-0220.

_____. **A moral do futuro.** Rio de Janeiro: F. Brigueit e Cia Editores, 1913. Sem ISBN.

_____. Subjectivism und Voluntarismus im Recht. **ANAIS.** Atti del V Congresso Internazionale di Filosofia. Napoli, 5-9, Maggio, 1924. Promosso Dalla Società Filosofica Italiana pel settimo centenario della Fondazione della R. Università di Napol. A cura della Secretaria Generale Guido Della Valle. Società Anônima Editrice Francesco Perella. Napoli - Genova - Città di Castello, 1924b, p. 522- 543. Tradução do professor de Alemão Ralf Kaffer com adequações deste pesquisador. Disponível no Memorial Pontes de Miranda localizado no TRT – Tribunal Regional do Trabalho da 19ª Região, Alagoas.

_____. **À margem do direito** (Ensaio de Psicologia Jurídica). 3ª. Ed. Campinas: Bookseller, 2005, p. 150. ISBN: 85-7468-361-2.

_____. **Tratado de Direito Privado.** 2. ed. Tomo I. Campinas: Bookseller, 2000, p. 52-53. ISBN: 85-7468-008-7.

_____. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969.** Tomo IV. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1974.

_____. **Comentários à Constituição de 1946,** 2. ed. Revista e aumentada. Tomo IV (arts. 141-156). São Paulo: Max Limonad Editor, 1953c.

_____. **Comentários à Constituição da República dos E.U do Brasil. 1934.** Tomo I. Artigos 1-103. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1936, p. 17. Sem ISBN.

_____. **Direito à Subsistência e Direito ao Trabalho.** Rio de Janeiro: Editorial Alva Limitada. Sem ISBN.

_____. **Sabedoria dos Instintos:** Idéas e antecipações. Rio de Janeiro: Livraria Guarnier, 1924.

ONU PEDE POR UM MUNDO sem estigmas e discriminações. **PORTAL AGÊNCIA BRASIL.** Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2015-03/onu-pede-por-mundo-sem-discriminacao>> Acesso em 24 out.2017.

RAINER, Forst. **Contextos da justiça:** filosofia para além do liberalismo e comunitarismo. Tradução: Denílson Luís Werle. São Paulo: Boitempo, 2010. ISBN: 978-85-7559-148-2. Tradução de: Kontexte der Gerechtigkeit: politische Philosophie jenseits von Liberalismus und Kommunitarismus.

RANCIÈRE, Jacques. **Ainda se pode falar em democracia?** 1. ed. Tradução: Vanessa Brito. Lisboa: Edição J.F Figueira e V. Silva. Lisboa: KKYM, 2014. ISBN: 978-989-97684-9-9.

_____. **Ódio à democracia.** Formato: E-Book Kindle [recurso eletrônico. Trad. Mariana Echalar. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2014. Disponível da Amazon.com.br. ASIN: BO17BW21WC.

REALE, Miguel. **Da revolução à democracia.** 2. ed. São Paulo: Editora Convívio, 1977. CDD-320.98108-321.80981.

_____. **Teoria do Direito e do Estado.** 5. ed. Revista. São Paulo: Saraiva, 2000. ISBN: 978-85-02-03087-9.

RICOUER, Paul. **A crítica e a convicção:** conversas com François Azouvi e Marc de Launay. Tradução: António Hall. Lisboa: Edições 70, 2009. ISBN: 978-972-44-1522-2.

RIOS JUNIOR, Carlos Alberto. **Direitos das minorias e limites jurídicos do poder constituinte.** São Paulo: EDIPETRO, 2013. ISBN: 978-7283-832-0.

RODRÍGUEZ-AGUILERA, Cesáreo. **El poder judicial em la Constitución.** Barcelona: Boch Casa Editorial, 1980. ISBN: 84-7162-802-2. Tradução livre do pesquisador.

ROSANVALLON, Pierre. **La sociedad de iguales.** E-Book Kindle [recurso eletrônico]. Traducción: Victor Goldstein. Spanish Edition. Buenos Aires: Manantial 2015. ASIN: BOOSPMJR1I.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais.** Segunda tiragem. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2003, p. 78. Não encontrado.

ROUSSEAU, Dominique. **Radicaliser la démocratie:** propositions pour me refondation. Paris: Éditions du Seuil, 2015. Formato: E-Book Kindle [recurso eletrônico]. ISBN: 978-02-123699-6.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. E-Book Kindle [recurso eletrônico]. Trad. Paulo Neves. São Paulo: L& PM POCKET, 2007. Obra original de 1762. ASIN: BOOA3DOV94.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. **Jurisdição e democracia**: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. ISBN: 978-857348442.

SALDANHA, Nelson. **O Estado moderno e a separação dos poderes**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. ISBN 85-7674-466.

SISTEMA PENITENCIÁRIO DO BRASIL É CAÓTICO, aponta levantamento do MP. **GI – O PORTAL DE NOTÍCIAS DA GLOBO**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2017/01/sistema-penitenciario-do-brasil-e-caotico-aponta-levantamento-do-mp.html>> 04 jan. 2017. Acesso em 02 nov. 2011.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **O paradoxo de Rousseau**: uma interpretação democrática da vontade geral. Rio de Janeiro: Rocco, 2007. ISBN: 978-85-325-2241-2.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: 10 ed. rev. atual. Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015a, ISBN: 978-85-7348-957-6.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015b.

_____. O Supremo Tribunal Federal e direito à vida – uma análise da perspectiva da Constituição Federal de 1988. **STF e direitos fundamentais**. Organizador: Robério Nunes dos Anjos Filho. Salvador: Bahia, 2013, p. 235-256. ISBN: 978-8577618262.

_____. Direitos Sociais, mínimo existencial e o núcleo essencial dos direitos fundamentais – algumas aproximações. **30 anos da Constituição Brasileira**: democracia, direitos fundamentais e instituições. E-Book Kindle [recurso eletrônico]. Organização: José Antônio Dias Toffoli. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Posição 643-662. ASIN: BO7HS54T4.

_____. O Supremo Tribunal Federal e o direito à vida – uma análise na perspectiva da Constituição Federal de 1988. **STF e direitos fundamentais** diálogos contemporâneos. Organizador: Robério Nunes dos Anjos Filho. Salvador: Editora Juspodivm, 2013, p. 235-256. Sem ISBN ou não identificado.

_____. Os direitos fundamentais sociais: algumas notas sobre o seu conteúdo, eficácia e efetividade nos vinte anos da Constituição Federal de 1988. **Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal**. Coordenação: Walber Moura Agra. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 251-283. ISBN-13 978-852076778.

_____. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Direitos Fundamentais**: orçamento e reserva do possível. Organizadores: Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Timm. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 2013, p. 13-50. ISBN: 978-85-7348-673-5.

_____. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. **Constituição, Direitos fundamentais e Direito Privado**. Organizador: Ingo Wolfgang Sarlet. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: Rio Grande do Sul, 2010, p.13-36. ISBN 978-85-7348-661-2.

SARLET, Ingo Wolfgang; CASTRO, David Almagro. Los derechos políticos em España y Brasil: una aproximación em perspectiva comparada. **Estúdios constitucionais**. Versión on-line. Vol. 11, n 1, Santiago, 2013, p. 381-424. Versão on line ISSN 0718-5200. Tradução livre do pesquisador. Disponível em:
<https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002013000100010>
Acesso em: 19 nov. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO. **Curso de Direito Constitucional**. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. ISBN: 978-85-02-63491-6.

SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial com base nos direitos sociais. **Revista de Investigações Constitucionais**. Biblioteca digital de Periódicos. Repositório Digital Institucional UFPR, Curitiba, vol 3, n. 2, 2016, 115-141. Base digital encontrada: periódico da CAPES, Google play. ISSN: 2359-5639.DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v3i2.46594>.

SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL: dias atuais. **PORTAL EDUCAÇÃO**. Disponível em: <<https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/medicina/saude-publica-no-brasil-dias-atuais/52515>> 27 nov. 2013.

SCHAWARCZ, Lilia Moriz; BOTELHO, André. Cidadania e direitos: aproximações e relações. **Cidadania, um projeto em construção: minorias, justiça e direitos**. Orgs. SCHAWARCZ, Lilia Moriz; BOTELHO, André. São Paulo: Claro Enigma, 2012, p. 8-27. ISBN: 978-8581660202.

SCHIER, Paulo Ricardo. Constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988. **Direito Constitucional Brasileiro: teoria da Constituição e dos direitos fundamentais**. Coordenação: Clèmerson Merlin Clève. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 45-59. ISBN: 978-805-203-5243-4.

SCHMITTOFF, Clive M. **O papel das maiorias e a proteção das minorias no direito inglês**. Tradução e notas por Alberto Pimenta. Coimbra, Portugal: Livraria dos Advogados, 1965. Sem ISBN.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2016, p. 17-20. ISBN: 978-85-7283-978-5.

SENA, Jaqueline Santa Brígida; LEVY, Wilson. Judicialização do direito à saúde: entre reserva do possível e participação democrática no acesso a medicamentos. **Comentários à jurisprudência do STF: direitos fundamentais e omissão inconstitucional**. Organizadores: Juarez Freitas e Anderson V. Teixeira. Barueri/SP: Manole, 2012, p. 34-52. ISBN: 978-8520433478.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução: Denise Bottmann e Ricardo Doninelli. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. ISBN 978-85.359-1927-1.

SESSAREGO, Carlos Fernández. **Derecho y persona**. 5. ed. Cidade Autônoma de Buenos Aires: Astrea, 2015. ISBN: 978-987-706-045-4.

SILVA, José Afonso da. **Teoria do Conhecimento Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014. ISBN: 978-85-3920-246-8.

SILVA NETO, Manoel Jorge. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009. ISBN não localizado.

SILVERINHA, Maria João. Democracia e reconhecimento: o repensar o espaço público. **Comunicação e cultura das minorias**. Orgs. Raquel Paiva e Alexandre Barbalho. São Paulo: Paulus, 2005, p. 41-70. ISBN: 978-8534923361.

SPERB, Paula. Em Porto Alegre, epidemia de tuberculose afeta moradores de rua. **Veja digital**. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/rio-grande-do-sul/em-porto-alegre-epidemia-de-tuberculose-afeta-moradores-de-rua/>> Acesso em 25 out. 2017, 20:25 h.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. Processo constitucional e direitos fundamentais. SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte, Del Rey, 2003, p. 394-422. ISBN: 85-7308-622-X.

SODRÉ, Muniz. Por um conceito de minoria. **Comunicação e cultura das minorias**. Orgs. Raquel Paiva e Alexandre Barbalho. São Paulo: Paulus, 2005, p. 11-14. ISBN: 978-8534923361.

SOUZA JUNIOR, José Geraldo. **Sociologia jurídica**: condições e possibilidades teóricas. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 2002. ISBN-13: 979-857525009.

STRICKER, Salomon. **Fisiologia do direito**. Campinas/SP: Servanda Editora, 2010. ISBN: 978-85-7890-030-4.

SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**: ensaio sobre a função antropológica do direito. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. ISBN: 978-85-60156186.

TADEU, Tomaz. Nós, ciborgues: o corpo elétrico e a dissolução do humano. **Antropologia do ciborgue**: as vertigens do pós-humano. HARAWAY, Donna; KUNZRU, Hari. 2. ed. 2. reimpressão. Org. e trad. Tomaz Tadeu. E-Book Kindle [recurso eletrônico]. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2016. Títulos originais: A cyborg manifesto: science, technology, and socialist-feminism in the late twntieth/Donna Haraway; You are cyborg – the cyborg ancestry/Hari Kunzu. ISBN: 979-85-7526-395-2.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. **A democracia e o Brasil**: uma doutrina para a revolução de março. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1965. Sem ISBN.

TILLY, Charles. **Democracia**. Trad. Raquel Weiss. Petrópolis/RJ: Vozes, 2013. ISBN: 978-85-326-4494-7. Título original: Democracy.

TOCQUEVILLE, Alexis. **Democracy in America**. [recurso eletrônico].E-book. Volume 1. Translated by Henry Reeve. Posição A public domain book. Disponível em: Amazon.com.br. Não há referência ao ano, nem a cidade, nem ISSN. A tradução livre do pesquisador pelo sistema Bing Tradutor da Amazon.com.br com adaptações técnicas.

TOLEDO, Cláudia. **Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Landy, 2003. Sem ISBN, mas na INTERNET foi encontrado. ISBN: 978-8587731814.

TORRES, Heleno Taveira. Prefácio da obra de: SALDANHA, Nelson. **O Estado moderno e a separação dos poderes**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. ISBN 85-7674-466.

TOURAINÉ, Alain. **Depois da crise**. Tradução João Duarte. Lisboa: Instituto Piaget. ISBN: 978-989-659-113-7.

TOURTOULON, Pierre. **Lês principes philosophiques de l'histoire du droit**. Paris, 1919. London: FB &c Ltd., 2017. Tradução livre do pesquisador. ISBN 978-0-282-96808-3.

TRIBE, Laurence H. **The invisible constitution**. New York: Oxford Press, 2008. ISBN: 978-0-19-530425-1.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção dos direitos humanos e o Brasil: as primeiras cinco décadas**. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, p. 152. ISBN: 85-230-0491-2.

VILELA, Cardeal Avelar Brandão. **A prece que brota da vida**. São Paulo: Editora Salesiana Dom Bosco, 1983. SBN: 261-8-83-0380.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Tradução: Luís Carlos Borges. Revisão da Tradução: Marina Appenzeller. São Paulo: Martins Fontes, 2003. ISBN 85-336-1896-4. Título original: The dignity of legislation.

WEBER, Thadeu. **Ética e Filosofia do direito: autonomia e dignidade da pessoa**. Petrópolis/RJ: Vozes, 2013. ISBN: 978-85-326-4621-7.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2011. Título original: Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia. ISBN: 978-84-8164-071-7.



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Pró-Reitoria de Graduação
Av. Ipiranga, 6681 - Prédio 1 - 3º. andar
Porto Alegre - RS - Brasil
Fone: (51) 3320-3500 - Fax: (51) 3339-1564
E-mail: prograd@pucrs.br
Site: www.pucrs.br