

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA - UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
COORDENAÇÃO DE PÓS-GRADUAÇÃO**

ANTONIO EUDES NUNES DA COSTA FILHO

**REPRESENTAÇÃO POLÍTICA E FILIAÇÃO PARTIDÁRIA:
UM DIÁLOGO TRANSCONSTITUCIONAL À LUZ DA
CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS**

**JOÃO PESSOA
2020**

ANTONIO EUDES NUNES DA COSTA FILHO

**REPRESENTAÇÃO POLÍTICA E FILIAÇÃO PARTIDÁRIA:
UM DIÁLOGO TRANSCONSTITUCIONAL À LUZ DA
CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS**

Trabalho de dissertação apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (PPGCJ/UFPB) como requisito para obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídicas.

Área de concentração: Direitos Humanos.

Linha de pesquisa 01: Fundamentos Teórico-Filosóficos dos Direitos Humanos.

Professor orientador: Dr. Luciano Mariz Maia.
Professora co-orientadora: Dra. Maria Creusa de Araújo Borges.

JOÃO PESSOA
2020

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

C838r Costa Filho, Antonio Eudes Nunes da.

Representação política e filiação partidária: um diálogo transconstitucional à luz da Convenção Americana sobre Direitos Humanos / Antonio Eudes Nunes da Costa Filho. - João Pessoa, 2020.
152 f. : il.

Orientação: Luciano Mariz Maia.

Coorientação: Maria Creusa de Araújo Borges.
Dissertação (Mestrado) - UFPB/CCJ.

1. Sistema político-representativo. 2. Filiação partidária. 3. Sistema Interamericano de Direitos Humanos. 4. Transconstitucionalismo. I. Maia, Luciano Mariz. II. Borges, Maria Creusa de Araújo. III. Título.

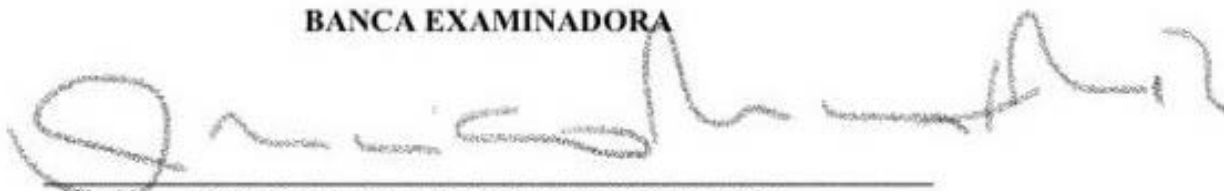
UFPB/CCJ

ANTONIO EUDES NUNES DA COSTA FILHO

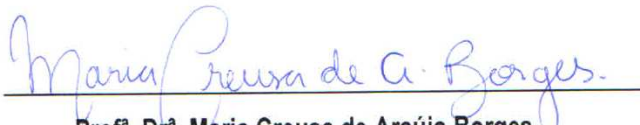
**REPRESENTAÇÃO POLÍTICA E FILIAÇÃO PARTIDÁRIA:
UM DIÁLOGO TRANSCONSTITUCIONAL À LUZ DA
CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS**

Trabalho de dissertação apresentado ao
Programa de Pós-Graduação em Ciências
Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba
(PPGCJ/UFPB) como requisito para obtenção
do título de Mestre em Ciências Jurídicas.

BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Luciano Mariz Maia (PPGCJ/UFPB)
Orientador



Prof.ª Dr.ª Maria Creusa de Araújo Borges
Coordenadora do PPGCJ
Mat. SIAPE 1331096
Co-orientadora



Prof. Dr. José Gilberto de Souza (IGCE/UNESP)
Examinador Externo



Prof. Dr. Leonam Baesso da Silva Liziero (PPGCJ/UFPB)
Examinador Interno

Apresentado e Aprovado em, 29 de abril de 2020.

AGRADECIMENTOS

Nenhuma pesquisa é realizada das nossas próprias dores, e, embora o pesquisador não se mantenha distante da pesquisa, os dados são observados à luz dos nossos diálogos, do nosso aprendizado e das nossas experiências de vida. Assim, é necessário, mesmo correndo o risco de esquecimento, o registro de pessoas que colaboraram direta e indiretamente na formação do nosso pensamento e, em consequência, com a presente pesquisa.

Em primeiro, quero agradecer ao divino, por oferecer referenciais morais como meio de questionamento das diversas formas de dominação no mundo e de evolução metafísica.

Também a Inez, uma mãe e pai sertaneja, antes de tudo, forte, pelos incontáveis conselhos no amanhecer diário para que fosse dormir, que já tinha estudado demais, o tempo é inexorável. Neste mesmo ponto, a Rachel, pela compreensão de minhas faltas e apoio incondicional.

Ao orientador, Prof. Dr. Luciano Maia, a quem tive a honra de auxiliar como estagiário-docente, pela inspiração de suas aulas. Aqui vale a citação de William Arthur Ward: “O bom professor explica, o professor superior demonstra, o grande professor inspira”.

De igual modo, em registro especial, à co-orientadora, Prof^a. Dr^a. Maria Creusa Borges, pela disponibilidade desde o primeiro momento, pela dedicação de seu tempo, diálogos e cafés sempre produtivos e questionadores, em que fizeram evoluir, significativamente, a pesquisa.

Aos Professores, Prof. Dr. Leonam Liziero, pelos diálogos e ensinamentos, indicações de leituras, especialmente das obras de Marcelo Neves. Prof. Dr. José Gilberto de Souza uma grata surpresa, os seus conselhos durante a curta qualificação duram por uma vida. Prof. Dr. Enoque Feitosa, pelos diálogos construtivos acerca dos Direitos Humanos. Prof. Dr. Luciano Nascimento, pelas aulas e diálogos, curtos, mas profundos, acerca da teoria luhmanniana.

Ao corpo docente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (PPGCJ/UFPB), que sempre demonstrou um comprometimento intenso e dedicação incisiva para com o programa. Também à coordenação e aos servidores do PPGCJ/UFPB sempre prestativos e eficientes.

Aos colegas do Mestrado e Doutorado pelos diálogos diários e evolução coletiva.

Por fim, ao Estado brasileiro, cujo povo, por meio de seus tributos, contribuiu para nossos estudos e evolução pessoal, esta circunstância nos traz grandes responsabilidades.

O sonho é maior que a realidade
mesquinha. (Ariano Suassuna)

RESUMO

A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece a necessidade da filiação partidária como condição de elegibilidade do cidadão no sistema representativo (artigo 14, §3º, V). Por seu turno, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) não estabelece como requisito necessário a filiação partidária para candidaturas políticas no sistema representativo (art. 23). Assim, a pesquisa tem por objetivo examinar a possibilidade de abertura cognitivo-dialógica entre a normativa constitucional brasileira e a normativa da CADH acerca da categoria jurídica da filiação partidária. Parte-se do pressuposto que o modelo representativo-partidário utiliza, com base na teoria dos sistemas autorreprodutores, autorreferentes e reflexivos de Niklas Luhmann, do método de eleições políticas para manter a circularidade do sistema político através de uma potencial legitimidade conferida aos representantes eleitos. Contudo, no Brasil, havendo o monopólio constitucional de candidaturas por meio dos Partidos Políticos, as populações tradicionais, que possuem culturas e costumes próprios, são excluídas deste sistema representativo gerando complexidade e quebras na circularidade do sistema político-constitucional da sociedade heterogênea brasileira. A pesquisa apresenta o seguinte problema: é possível a abertura cognitivo-dialógica entre a norma constitucional brasileira originária e a normativa internacional da CADH acerca da filiação partidária para fins de inclusão das populações tradicionais, de acordo com seus costumes e tradições, no sistema político-representativo brasileiro? Isso porque o direito, ao se comunicar por meio da linguagem, permite que os códigos linguísticos sejam alterados com a fixação dos sentidos para promover a redução de expectativas sociais e, em consequência, gerar congruência e circularidade no sistema político em uma sociedade heterogênea. A pesquisa utiliza do método de abordagem sistêmico, e técnica de pesquisa com a análise bibliográfica, e análise categorial dos estatutos partidários brasileiros e dos casos em que a Corte Interamericana interpreta o artigo 23 da CADH.

Palavras-chave: Sistema político-representativo; filiação partidária; Sistema Interamericano de Direitos Humanos; transconstitucionalismo.

ABSTRACT

The Constitution of the Federative Republic of Brazil establishes the need for political-party affiliation as a condition of citizens eligibility in the representative system (article 14, paragraph 3, V). For its part, the American Convention on Human Rights (ACHR) does not establish political-party affiliation to political candidacies in the representative system as a necessary requirement (art. 23). Thus, the research aims to examine the possibility of cognitive-dialogical opening between the Brazilian constitutional norms and the ACHR rules regarding the legal category of political-party affiliation. It is based on the assumption that the representative political-party model uses, based on Niklas Luhmann's theory of self-producing, self-referring and reflective systems, of the method of political elections to maintain the circularity of the political system through a potential legitimacy conferred to the elected representatives. However, in Brazil, with the constitutional monopoly of candidacies through the Political Parties, traditional populations, which have their own cultures and customs, are excluded from this representative system, generating complexity and breaks in the circularity of the political-constitutional system in heterogeneous society of Brazil. The research presents the following problem: it is possible to have a cognitive-dialogical opening between the original Brazilian constitutional norm and the international norms of the ACHR regarding political-party affiliation for the purpose of including traditional populations, according to their customs and traditions, in the political-representative system of Brazil? That is because the law, when communicating through language, allows linguistic codes to be changed with the fixation of meanings to promote the reduction of social expectations and, in consequence, generate congruence and circularity in the political system in a heterogeneous society. The research uses the systemic approach method, and research technique with the bibliographic analysis, and categorical analysis of the Brazilian political-parties statutes and the cases in which the Inter-American Court interprets the article 23 of the ACHR.

Keywords: Political-representative system; political-party affiliation; Inter-American Human Rights System; transconstitutionalism.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADI.....	Ação Direta de Inconstitucionalidade
CADH.....	Convenção Americana sobre Direitos Humanos
CIDH.....	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CRFB.....	Constituição da República Federativa do Brasil
EC.....	Emenda Constitucional
IBGE.....	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
MC.....	Medida Cautelar
OEA.....	Organização dos Estados Americanos
OIT.....	Organização Internacional do Trabalho
ONU.....	Organização das Nações Unidas
RAAN.....	Região Autônoma do Atlântico Norte
RAAS.....	Região Autônoma do Atlântico Sul
RE.....	Recurso Extraordinário
SIDH.....	Sistema Interamericano de Direitos Humanos
STF.....	Supremo Tribunal Federal
TSE.....	Tribunal Superior Eleitoral

LISTA DE QUADROS

Quadro 1. Análise dos Estatutos dos Partidos Políticos brasileiros.....	47
Quadro 2. Análise das decisões paradigmas da CIDH.....	91

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1 PROCEDIMENTO ELEITORAL E CRISES DE REPRESENTATIVIDADE NO SISTEMA POLÍTICO-REPRESENTATIVO DA SOCIEDADE HETEROGÊNEA BRASILEIRA.....	19
1.1 SISTEMA POLÍTICO-PARTIDÁRIO NA SOCIEDADE HETEROGÊNEA BRASILEIRA: EXCLUSÃO DOS SUBINTEGRADOS.....	25
1.2 DEMOCRACIA RACIONAL X PLURIDEMOCRACIA: A NECESSIDADE DA INCLUSÃO DOS SUBINTEGRADOS.....	33
1.3 PARTIDOS POLÍTICOS BRASILEIROS: AUTOLEGITIMAÇÃO E HETEROLEGITIMAÇÃO POLÍTICA.....	45
2 FILIAÇÃO PARTIDÁRIA À LUZ DA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS.....	58
2.1. ANÁLISE METODOLÓGICA DOS CASOS DA CIDH SOBRE O ARTIGO 23 DA CADH.....	60
2.1.1 Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos.....	65
2.1.1.1 Questões preliminares.....	66
2.1.1.2 Provas.....	67
2.1.1.3 Interpretação conferida ao artigo 23 da CADH.....	67
2.1.2 Caso Yatama vs. Nicarágua.....	72
2.1.2.1 Questões preliminares.....	73
2.1.2.2 Provas.....	74
2.1.2.3 Interpretação conferida ao artigo 23 da CADH.....	80
2.1.3 Premissas metodológicas da interpretação de decisão em Direitos Humanos.....	84
2.1.4 Resultados e interpretação das decisões paradigmas da CIDH.....	88
3 FILIAÇÃO PARTIDÁRIA NO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: REDUÇÃO DA COMPLEXIDADE NA SOCIEDADE HETEROGÊNEA BRASILEIRA.....	94
3.1 RELEVÂNCIA DOS DIREITOS HUMANOS PARA REDUÇÃO DAS COMPLEXIDADES DO DIREITO INTERNO NA MODERNIDADE.....	94
3.2 PROBLEMÁTICA DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DA NORMA CONSTITUCIONAL ORIGINÁRIA DE FILIAÇÃO PARTIDÁRIA.....	108
3.3 VIRADA CONSTITUCIONAL SIMBÓLICA AO TRANSVERSAL: TEORIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS COMO PONTES DE TRANSIÇÃO.....	121

CONCLUSÕES.....	136
REFERÊNCIAS.....	143

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabeleceu novos paradigmas democráticos como meio de assegurar a ruptura definitiva com o Estado de exceção vivenciado outrora¹. Instituiu, portanto, em seu preâmbulo, a democracia como um relevante valor da sociedade brasileira e, no texto normativo, como um princípio (art. 1º). Percebe-se, portanto, a importância da democracia na nova ordem constitucional.

Reflete a Constituição brasileira, portanto, o movimento da Revolução Francesa que inaugurou a idade moderna momento em que se tem “o fim de uma época e início de outra, e, portanto, indicam uma virada na história do gênero humano”.² Assim, surgiu a positivação, racionalização e constitucionalização do direito moderno. Em outras palavras, “o conceito de positivação do direito está estreitamente associado ao de sociedade moderna”.³

Nesta época, com o surgimento das Constituições, ocorreu a dominação da política pelo direito⁴, e a complexidade dos sistemas políticos e jurídicos aumentou⁵. Isso porque em uma sociedade simples⁶, como a medieval, por exemplo, a autoridade do Rei e da Igreja não detinha complexidade, uma vez que os problemas eram resolvidos por meio da autoridade, real ou divina, plenamente, portanto, legitimadas.

¹ “Do ponto de vista histórico, a Constituição de 1988 representa o coroamento do processo de transição do regime autoritário em direção à democracia. Apesar da forte presença de forças que deram sustentação ao regime militar na arena constituinte, foi possível promulgar um texto que tem como marcas distintivas o profundo compromisso com os direitos fundamentais e com a democracia, bem como a preocupação com a mudança das relações políticas, sociais e econômicas, no sentido da construção de uma sociedade mais inclusiva, fundada na dignidade da pessoa humana.” SARMENTO, Daniel. 21 Anos da Constituição de 1988: a Assembleia Constituinte de 1987/1988 e a Experiência Constitucional Brasileira sob a Carta de 1988. **DPU Nº 30** – Nov-Dez/2009. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/download/1659/957>. Acesso em 24 de abril de 2019.

² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 98.

³ NEVES, Marcelo. **Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro**. Tradução de Antonio Luz Costa. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018. p. 7.

⁴ Para Luhmann, a Constituição se trata de um mecanismo de “acoplamento estrutural” que liga o sistema jurídico ao sistema político. “Nesse sentido, a Constituição ‘possibilita uma solução jurídica do problema de auto-referência do sistema político e, ao mesmo tempo, uma solução política do problema de auto-referência do sistema jurídico’.” NEVES, Marcelo. **Justiça e diferença numa sociedade global complexa**. In: SOUZA, Jessé. (Org.). **Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. p. 348.

⁵ “A maneira mais acessível de entender a complexidade é pensar, primeiramente, no número de possível relações, dos possíveis acontecimentos e dos possíveis processos. Imediatamente, compreender-se-á que cada organismo, máquina e formação social, tem sempre um meio que é mais complexo, e oferece mais possibilidade do que aquelas que o sistema pode aceitar, processar ou legitimar.” LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. 2ª Ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2010. p. 184.

⁶ Para Luhmann, diferentemente da complexidade na modernidade, o sistema na Idade Média era baseado em uma complexidade simples, uma vez que todas as respostas às provocações do meio mais complexas eram resolvidas por meio da autoridade divina, já na modernidade “um sistema pode obter a realização de diferentes modelos de respostas”. Ibidem. p. 187

Assim, foi necessário que este novo sistema jurídico, até então eminentemente positivo, buscasse cognição externa no sistema político, institucionalizando: (i) os direitos fundamentais, como respostas às exigências sociais e políticas da modernidade; (ii) a divisão de poderes, mantendo o sistema político dentro do direito; (iii) eleição política, atuando como fator “descarregante do sistema político” que se legitima por meio do papel (e do poder) político atribuído a todos os indivíduos⁷.

Neste cenário, pode-se considerar a existência de um sistema político à luz da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann⁸, na medida em que é possível verificar as suas relações internas com o meio externo (ou meio social) em que atua⁹. Também é possível observar a circularidade¹⁰ entre o processo de escolha dos representantes eleitos por meio do sufrágio universal, o que gera legitimação e que, em consequência, deve gerar o retorno de políticas eficientes e representatividade dos eleitores, para manter a circularidade do sistema¹¹.

Neste sentido, pode-se também considerar que o processo de escolha de representantes conduz a um alívio de expectativas da sociedade para a manutenção e integridade do sistema político, sendo um fator “descarregante para o sistema político”¹². Tal procedimento de escolha de representantes é um dos fatores, portanto, que gera circularidade ao sistema político e confere potencial legitimidade popular aos representantes eleitos.

⁷ NEVES, Marcelo. op. cit. Nota 3. p. 69-73.

⁸ “A Teoria dos Sistemas não é senão um correlato desse fato fundamental no mundo: é uma forma de designar que há sistema e há meio. O mundo está cindido, delimitado, dividido entre sistema e meio. O ponto de partida dessa teoria consiste em que o mundo, como infinitude inobservável, é cortado por uma linha divisória: de um lado, está o sistema, e de outro, o meio.” LUHMANN, Niklas. op. cit. Nota 5.p. 163.

⁹ “El concepto de sistema significa, pues, algo que realmente es un sistema, y por consiguiente asume la responsabilidad de la verificación de sus proposiciones en relación con la realidad.” LUHMANN, Niklas. **Sociedade y sistema: la ambición de la teoría**. Tradução de Santiago López Petit e Dorothee Schmitz. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica. 1990. p. 41.

¹⁰ “a determinação de cada elemento depende da determinação de um outro [...]. Trata-se, como se vê, de um estrutura essencial extremamente instável, que desagrega imediatamente quando nada mais ocorre [...] ele é fator da própria relação com o ambiente, mas, ao mesmo tempo, ela é núcleo de cristalização para uma relação emergente entre o sistema e ambiente. [...] Ele trabalha com uma estrutura fundamentalmente fechada que se desagrega de momento para momento, quando não há contrarreação.” LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral**. Tradução de Antonio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Júnior, Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Vozes, 2016. p. 141-142.

¹¹ “A circulação do poder desenvolve-se na medida em que o público escolhe programas políticos e elege dirigentes, os ‘políticos’ condensam as premissas para a tomada de decisões vinculantes, a ‘administração’ (em sentido amplo) decide e vincula o público, que, por sua vez, reage a isso na forma de eleições políticas ou mediante outras manifestações de opinião.” NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 87.

¹² Cf. NEVES, Marcelo. op. cit. Nota 3. p. 73. No mesmo sentido: “a eleição constitui mecanismo seletivo de redução de complexidade e de estruturação das expectativas como programas políticos e modelos de normatização jurídica” NEVES, Marcelo. op. cit. Nota 11. p. 187.

Assim, no contexto da modernidade ocidental, as eleições políticas atuam, enquanto processo de legitimação política, como meio de alívio de expectativas de uma sociedade complexa, para a manutenção e circularidade do sistema político¹³.

No Brasil, a Constituição estabelece como condição de elegibilidade, ou seja, de ser votado por meio de eleições políticas, a necessária filiação partidária (artigo 14, §3º, V), e ainda assegura aos partidos políticos plena autonomia para definirem suas estruturas internas e estabelecerem regras sobre seu funcionamento (artigo 17, §§ 1º e 2º).

Há, portanto, no Brasil, um monopólio da representação política por meio de Partidos Políticos, onde para ser votado é imprescindível que o cidadão esteja necessariamente e anteriormente filiado a um Partido Político¹⁴. Acontece que a vontade de se candidatar não é conferida ao cidadão, ainda que filiado, trata-se de uma decisão partidária cuja organização tem autonomia garantida pela própria Constituição Federal.

Assim, considerando que as eleições políticas atuam no alívio de expectativas sociais para manutenção do sistema político, os dispositivos constitucionais acima citados geram mais complexidade na sociedade brasileira, uma vez que as populações tradicionais são excluídas do sistema partidário (e, portanto, das eleições políticas) que utiliza do direito para excluir a pluralidade existente na sociedade brasileira.

Aprofundando esta discussão, Boaventura de Sousa Santos, ao tratar do pluralismo jurídico estabelecido em sociedades heterogêneas como, por exemplo, a do Brasil, diz que há espaços sociais que são segregados por parte do direito dominante, de raiz europeia, não havendo, dessa forma, e por alguns Estados, o reconhecimento jurídico efetivo das populações autóctones que foram submetidas ao direito estatal ocidental.¹⁵

Neste mesmo sentido acusa Antonio Carlos Wolkmer. Para ele, as minorias (ou o que ele denomina de “estrutura sociais periféricas”), estão eivadas “até as raízes” por uma

¹³ “a eleição democrática tem, na perspectiva sistêmica, uma função descarregante da política [...] possibilitando que o eleito e eleitor atuem com independência dos seus outros vínculos sociais. Funciona como mecanismo de apoio generalizado do sistema político, exatamente enquanto contribui para sua diferenciação.” NEVES, Marcelo. op. cit. Nota 11. p. 104-105.

¹⁴ A princípio, de acordo com a lei brasileira, haveria a possibilidade de o cidadão ter sua candidatura assegurada, independentemente da vontade Partidária, no caso de já possuir mandato eletivo de parlamentar em curso, conforme diz o parágrafo primeiro, do artigo 8º, da Lei 9.507/97. Ocorre que, o Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2530/DF, deferiu Medida Cautelar para suspender a eficácia desta norma, aduzindo que os Partidos Políticos têm autonomia para definirem seus candidatos, assegurada pela Constituição, de modo que inexistente a possibilidade de candidaturas fora do reduto partidário. Em outras palavras, em juízo cautelar, para o Supremo Tribunal Federal, não existe candidatura previamente assegurada por lei, assim, toda e qualquer candidatura deverá passar pelo crivo da decisão partidária que é organizada autonomamente e com regras de Direito Privado (artigos 1º e 3º da Lei 9.096/95). Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta da Inconstitucionalidade n.º 2530 MC, Tribunal Pleno, Brasília, DF, 24 de abril de 2002. **Diário da Justiça de 21 de novembro de 2003**, vol. 233, p. 277, nov. 2003.

¹⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. **O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1988 p. 74-78.

estrutura política centralizadora, dependente e autoritária, sendo imposta por uma “elite burguesa-oligárquica”, que se apropria do Estado com a finalidade de controlar e centralizar o poder através de um monismo jurídico¹⁶. Assim, segundo este autor, há uma absoluta inexistência de tradição democrática e de participação política nas comunidades locais.¹⁷

Ainda, para este pensador, o sistema de representação, consubstanciado em Partidos Políticos, não consegue absorver e canalizar as demandas sociais das comunidades locais. Para ele, as lutas comunitárias e reivindicações não passam pelos Partidos Políticos, devendo existir uma pluralidade de espaços públicos participativos.¹⁸

Em suma, Wolkmer não acredita que possam existir espaços públicos destinados às reivindicações comunitárias no modelo representativo de Partidos Políticos, e que o espaço democrático comunitário deve se constituir na forma de democracia participativa.

A questão se intensifica quando se restringe o reconhecimento jurídico do Direito Estatal em face do pluralismo jurídico enxergado, por exemplo, nas comunidades dos povos tradicionais.¹⁹ Neste prisma, é importante salientar que o Direito Internacional, notadamente a Convenção n.º 169, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), sobre povos indígenas e tribais, reconheceu a existência de um direito consuetudinário indígena, e foi além, definiu que é papel do Estado estimular a igualdade de condições políticas que são outorgadas aos demais membros da população, respeitando-se, todavia, os seus costumes.²⁰

Observando a Constituição da República Federativa do Brasil, há um capítulo específico que trata “dos índios”, contudo, não versa de modo manifesto sobre o direito de

¹⁶ O monismo jurídico é o oposto do pluralismo jurídico e assim é conceituado por Wolkmer: “a íntima conexão entre a suprema racionalização do poder soberano e a positividade formal do Direito conduz à coesa e predominante doutrina no monismo. Tal concepção atribui ao Estado Moderno o monopólio exclusivo da produção das normas jurídicas, ou seja, o Estado é o único agente legitimado capaz de criar legalidade para enquadrar as formas de relações sociais que vão impondo.” WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 3ª Ed. São Paulo: Editora Alfa Ômega, 2001. p. 46.

¹⁷ Ibidem. p. 249.

¹⁸ Ibidem. p. 253.

¹⁹ Para Melissa Volpato Curi a legislação internacional reconhece a existência de normas dentro das sociedades indígenas, mas não as legitima: “As terminologias “direito consuetudinário” e “direito costumeiro” dos povos indígenas só existem na dimensão do direito positivo vigente, que tem como premissa identificar o Estado como fonte única do direito. Nesse contexto, as normas próprias dos povos indígenas ainda são identificadas como algo inferior, que supostamente promoveria incertezas jurídicas por não estarem codificadas e fundamentadas na figura do Estado.” CURI, Melissa Volpato. **O direito consuetudinário dos povos indígenas e o pluralismo jurídico**. Espaço Ameríndio, Porto Alegre, v. 6, n. 2, p. 230-247, jul./dez. 2012. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/index.php/EspacoAmerindio/article/view/32216/23719>. Acesso em: 24 jan. 2019.

²⁰ Artigo 2º 1. Os governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade. 2. Essa ação deverá incluir medidas: a) que assegurem aos membros desses povos o gozo, em condições de igualdade, dos direitos e oportunidades que a legislação nacional outorga aos demais membros da população. BRASIL. Decreto n.º 5.501, de 19 de abril de 2004. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, 20 de abr. 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm. Acesso em: 20 set. 2019.

participação política dos indígenas no Estado. De igual sorte, paradoxalmente, o Estatuto do Índio (Lei n.º 6.001/73), reconhece a necessidade de proteção dos seus costumes e tradições, mas, ao mesmo tempo, estabelece que o exercício dos direitos civis e políticos pelos índios dependem da verificação de “condições especiais”.

Assim, no Brasil, a Constituição da República reconhece os indígenas como organização social, que tem costumes e tradições próprias, e confere legitimidade às comunidades indígenas de ingressar em juízo na defesa de seus direitos e interesses (artigos 231 e 232), no entanto, nada dispõe de forma manifesta sobre a participação do indígena no sistema político-representativo.

Por outro lado, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas prevê, em seu artigo 5º, que o indígena tem o direito de participar plenamente, caso deseje, da vida política, econômica, social e cultural do Estado. Ainda, o artigo 23 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), que trata dos direitos políticos, em que pese trazer o sistema representativo como meio de participação no poder político dos Estados, não diz que estes representantes devam estar, necessariamente, filiados a partidos políticos, ou, tampouco, que é necessária a filiação partidária ou à outra organização política, diferentemente do que determina a Constituição brasileira.

Neste cenário normativo nacional e internacional, tem relevância, para o debate ora proposto, dentre outros, o caso *Yatama vs. Nicarágua*, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Em síntese, a causa versava sobre o direito da população indígena Yatama²¹ de participar do sistema político-representativo da Nicarágua, uma vez que tal população teria sido excluída de participar das eleições municipais no ano 2000.

A comunidade Yatama já participava, desde 1994, das eleições na Nicarágua, apresentando candidatos. Ocorre que, em 24 de janeiro de 2000, foi publicada uma nova Lei Eleitoral, e esta nova lei não contemplou o registro de candidatos por meio de “associações de inscrição popular” o que era previsto no ordenamento anterior. Segundo esta nova lei, somente seria permitida a participação no processo eleitoral por meio de Partidos Políticos, cuja “forma de organização não é própria das comunidades indígenas da Costa Atlântica.”²²

Por essa razão, a Corte Interamericana, ao interpretar a Convenção Americana, considerou que o Estado deve assegurar a igualdade de condições para participação do

²¹ Yatama foi a abreviação utilizada pela Corte Interamericana para denominar a organização indígena Yapti Tasba Masraka Nanih Asla Takanka.

²² CIDH. **Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Caso *Yatama vs. Nicarágua*, 2005. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/b3b2dcefe29f27b2984178160015c3ba.pdf>. Acesso em: 06 out. 2019. p. 91.

sistema representativo com base na diversidade política, ou seja, não apenas a possibilidade de os cidadãos se candidatarem por meio de Partidos Políticos, mas também em Organizações Políticas específicas como forma de assegurarem a participação política de grupos específicos da sociedade, levando em conta suas tradições e costumes.²³

Em abstrato, a Corte Interamericana interpreta o artigo 23 da CADH, que trata de modo geral sobre os direitos políticos, para reconhecer o direito de participação política dos indígenas. Esta interpretação judicial sobre o citado dispositivo pode ser aplicada aos demais Estados submetidos à CADH, dentre eles, o Estado brasileiro.

Assim surge o problema: é possível a abertura cognitivo-dialógica entre a norma constitucional originária e a normativa internacional da CADH acerca da filiação partidária para fins de inclusão das populações tradicionais, de acordo com seus costumes e tradições, no sistema político-representativo brasileiro?

Isso porque o direito se comunica por meio de linguagem, onde há uma “pluralidade de significações de uma palavra ou de uma seqüência de palavras que a norma exprime”, sendo que o conteúdo normativo pode se constituir de “várias significações possíveis” onde é conferido ao intérprete “fixar o sentido das normas que vai aplicar” a partir da harmonia entre a constituição, os tratados internacionais, e demais normas do direito²⁴, com a finalidade de, ao promover a “redução generalizante” de expectativas, gerar, em consequência, congruência ao sistema jurídico²⁵.

Desse modo, objetivo geral do presente trabalho é de investigar a interpretação dada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos ao artigo 23 da Convenção Americana sobre a categoria jurídica da filiação partidária em um contexto de uma sociedade heterogênea, de

²³ Trecho: 215. [...] Não se desconhece a importância dos partidos políticos como formas de associação essenciais para o desenvolvimento e fortalecimento da democracia, mas se reconhece que há outras formas através das quais se impulsionam candidaturas para cargos de eleição popular com vistas à realização de fins comuns, quando isso é pertinente e inclusive necessário para favorecer ou assegurar a participação política de grupos específicos da sociedade, levando em conta suas tradições e ordenamentos especiais, cuja legitimidade foi reconhecida e inclusive se encontra sujeita à proteção explícita do Estado. Inclusive, a Carta Democrática Interamericana afirma que para a democracia é prioritário “[o] fortalecimento dos partidos e de outras organizações políticas”. CIDH. op. cit. Nota 22. p. 91.

²⁴ Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 387-389.

²⁵ “Os sistemas sociais utilizam um outro estilo de redução. Eles estabilizam expectativas objetivas, vigentes, pelas quais ‘as’ pessoas se orientam. As expectativas podem ser verbalizadas na forma do dever ser, mas também podem estar acopladas a determinações qualitativas, delimitações da ação, regras de cuidado, etc. O importante é que se consiga uma simplificação através de uma redução generalizante.” LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. p. 52.

modo a verificar as possibilidades de diálogos²⁶ com a norma constitucional originária, à luz do direito internacional dos direitos humanos.

A pesquisa tem os seguintes objetivos específicos: (a) estudar o sistema representativo por meio de Partidos Políticos e as complexidades na sociedade heterogênea brasileira; (b) averiguar nos casos já julgados pela CIDH a respeito do artigo 23 da CADH a interpretação conferida à categoria jurídica de partidos políticos e filiação partidária no contexto de uma sociedade heterogênea; bem como analisar os Estatutos Partidários brasileiros de modo a verificar, se e como, incluem as populações tradicionais em suas normas internas; (c) verificar, a partir dos resultados obtidos, as possibilidades da inclusão das populações tradicionais no sistema político representativo, à luz do direito internacional dos direitos humanos, em paralelo à exigência constitucional da filiação partidária no Brasil.

Assim, a dissertação apresenta três capítulos: o primeiro é um capítulo teórico com a finalidade de fixar conceitos e analisar com profundidade as complexidades do sistema político na sociedade plural brasileira verificando, para tanto, os estatutos partidários brasileiros; o segundo capítulo analisa os casos julgados pela CIDH, que interpretam o artigo 23 da CADH, explorando aqueles necessários para consecução dos objetivos da pesquisa e ainda trará os resultados obtidos; o terceiro capítulo discute a categoria e a interpretação da filiação partidária em uma sociedade heterogênea à luz dos resultados obtidos no capítulo anterior e a possibilidade do diálogo transversal entre a normativa constitucional e a normativa internacional.

Portanto, o referido estudo busca contribuir para a compreensão da democracia em uma sociedade heterogênea, firmada sob o direito humano da efetiva participação política de modo igualitário e da não discriminação, bem como na análise do direito como instrumento voltado ao reconhecimento e afirmação da pluralidade na complexa sociedade brasileira.

²⁶ O termo “diálogo”, inclusive presente no título do trabalho não significa uma busca pelo consenso no sentido habermasiano, mas sim “formas de comunicação orientada para a absorção do dissenso [...] entre ordens jurídicas diversas [...] que implicam a possibilidade de aprendizado recíproco”. NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a corte internacional de direitos humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. **Revista de informação legislativa**, v. 51, n. 201, p. 193-214, jan./mar. 2014. p. 193-194. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/502958>. Acesso em: 03 mar. 2020.

1 PROCEDIMENTO ELEITORAL E CRISES DE LEGITIMIDADE NO SISTEMA POLÍTICO-REPRESENTATIVO DA SOCIEDADE HETEROGÊNEA BRASILEIRA

Na sociedade moderna, cujo paradigma é a razão²⁷, se fez necessário que o sistema político oferecesse “diferentes modelos de respostas”²⁸ em virtude de maiores demandas e questionamentos sociais para manter a circularidade do sistema político, agora constitucional.

Isso porque a sociedade moderna, cujo cidadão (e não mais o Rei) detém o poder político, questiona a legitimidade das decisões políticas ainda que amparadas em procedimento eleitoral. A legitimidade pode ser conceituada como “uma disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites da tolerância”, ressalte-se, contudo, que a sociedade que se apóia apenas no procedimento eleitoral “tem de ser altamente instável”²⁹. Desse modo, para a manutenção do sistema jurídico-político constitucional também foram necessárias “modernas formas de estabilização, caso contrário não se mantém”³⁰.

Neste contexto, em uma sociedade cada vez mais complexa apenas o procedimento de escolha eleitoral não confere legitimidade às autoridades, sendo necessário, portanto, que haja aceitação da sociedade, ou seja, um consenso, uma concordância em torno de decisões políticas dos representantes e que são a ela dirigidas³¹.

É dizer, portanto, que apenas a ideia de um procedimento eleitoral não seria suficiente para gerar um amplo consenso, ou um processo de densa legitimidade, e manter, assim, a circularidade do sistema político, mas é preciso, sobretudo, que a comunicação seja

²⁷ “Enfim, para a conclusão dessa moral, decidi passar em revista as diversas ocupações que os homens exercem nesta vida, para procurar escolher a melhor; e, sem que pretenda dizer nada sobre as dos outros, pensei que o melhor a fazer seria continuar naquela mesma em que me achava, isto é, empregar toda a minha vida em cultivar minha razão, e adiantar-me, o mais que pudesse, no conhecimento da verdade, segundo o método que me prescrevera”. DESCARTES, René. **Discurso sobre o método: para bem conduzir a própria razão e procurar a verdade nas ciências**. 2ª ed. Tradução de Jacob Guinsburg e Bento Prado Jr. São Paulo: Diefel – Difusão Européia do Livro, 1983. p. 62. Neste contexto, é imperioso trazer a crítica de Boaventura de Sousa Santos, onde ele diz que este é o paradigma dominante, assim “a nova [moderna] racionalidade científica é também um modelo totalitário, na medida em que nega o caráter racional a todas as formas de conhecimento que se não pautarem pelos seus princípios epistemológicos e pelas suas regras metodológicas.” SANTOS, Boaventura de Sousa Santos. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. Vol. 1. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. 6ª ed. São Paulo: Cortez, 2007. p. 61.

²⁸ LUHMANN, Niklas. op. cit. Nota 5. p. 187.

²⁹ Idem. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 30-31

³⁰ Ibidem. p. 127.

³¹ Ibidem. p. 31-32

efetiva entre o procedimento de escolha dos representantes e o seu agir democrático,³² de modo que se possa reduzir a complexidade deste sistema político.

Assim, em uma sociedade cada vez mais complexa, é necessário que ambos os sistemas, jurídico e político, possuam cognição aberta de modo conferir alterabilidade aos sistemas, ou seja, que as normas, ou institutos políticos, acompanhem as variações sociais.

No sistema jurídico da modernidade “a decisão, tornou-se fundamento do direito”³³ podendo ser tomada independentemente de apoio político, ou mesmo de mudança legislativa, para conferir alterabilidade ao sistema jurídico, o que se dá por meio de decisões que têm por base normas abstratas que permitem processos de comunicação cada vez mais complexos em consonância com o aumento da complexidade da sociedade.

Já no sistema político, considerando o processo eleitoral como fator descarregante de expectativas, este sistema dificilmente se abre em novos espaços democráticos de representação política, gerando falha na circularidade do sistema. Nesse aspecto, Luhmann identifica que é necessário romper com a hierarquia no sistema político, assim “se a hierarquia serve como estrutura de sistema, então isso significa que a cúpula simboliza o todo [...] com isso o todo é representado através dum papel, num plano *perigosamente concreto*”³⁴.

Destarte, para Luhmann, com o aumento da complexidade é necessário encontrar “formas mais abstratas de simbolização do sistema”³⁵. Em outras palavras, é preciso planificar o sistema de hierarquia na política dando mais significado e densidade a novas formas de atuação democrática gerando legitimidade e circularidade no sistema político.

As antigas formas de representação política estabelecidas nas Constituições modernas já não são suficientes para acompanhar o “aumento considerável de complexidade do poder, que devido à sua envergadura, exige novas formas de organização e comportamento”, sendo necessária, na política partidária, a existência de abstração cognitiva que “estime e incite a criação de alternativas e estas têm de ser funcionalmente diferenciadas e especificadas em si mesmas”³⁶.

³² “Esse processo democrático estabelece um nexo interno entre considerações pragmáticas, compromissos, discursos de auto-entendimento e discursos da justiça, fundamentando a suposição que é possível chegar a resultados racionais e equitativos. Nesta linha a razão prática passa dos direitos humanos universais ou da eticidade concreta de uma determinada comunidade para as regras do discurso e as formas de argumentação, que extraem seu conteúdo normativo da base de validade do agir orientado pelo entendimento e, em última instância, da estrutura da comunicação lingüística e da ordem insubstituível da socialização comunicativa.” HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre a facticidade e validade**. Vol. II. 2ª Ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 19.

³³ NEVES, Marcelo. op. cit. Nota 3. p. 30-31.

³⁴ LUHMAN, Niklas. op. cit. Nota 29. p. 127.

³⁵ Ibidem. p. 127-128.

³⁶ Ibidem. p. 127-128.

O sistema jurídico ao estabelecer procedimentos para atuação do debate público do sistema político acabou por gerar problemas de circularidade, uma vez que em uma sociedade complexa a comunicação é “‘ilimitada’, no sentido de que seus fluxos comunicacionais não são regulados através de processos”, o sistema político, com mediação do direito, deve se abrir em comunicação para descarregar as expectativas, gerando amplitude democrática.³⁷

Neste aspecto, aborda Luhmann a questão da necessidade de os partidos políticos abrirem-se democraticamente para absorver dissenso e gerar congruência ao sistema político:

O processo de eleição política dificilmente se presta a deixar decidir os conflitos sociais básicos através do “próprio povo”. Mas presta-se a trazer estes conflitos para dentro do sistema político, em vez de os levar para fora. Tem de ser compreendido como primeiro grau dum processo escalonado de absorção de conflitos. [...] os partidos têm de se colocar perante os conflitos sociais em aberto e que carecem urgentemente de decisão. Senão durante, então antes ou depois das eleições, têm de procurar vias para reconciliar mutuamente as exigências diferentes [...] uma consequência desta análise seria a reivindicação de maior publicidade ou facilidade de acesso dos conflitos partidários internos e dos processos de decisão. [...] na eleição são distribuídos apenas lugares e competências e não, simultaneamente, a satisfação das necessidades. A eleição política não se presta para expressão de interesses concretos, como tão pouco para decisão de conflitos concretos. O ato de comunicação nela admitido restringe-se à entrega de votos para um candidato ou uma lista, portanto à cooperação dum preenchimento de papéis e à expressão do apoio político numa forma altamente generalizada.³⁸

É dizer que a eleição apenas cumpre a finalidade de estabelecer papéis, o papel do eleitor e o papel do representante eleito, contudo não significa que tal procedimento, por si só, gere absorção de conflitos, sendo necessária a abertura democrática e um elo permanente de comunicação³⁹ entre os eleitos e os eleitores, especialmente com a necessidade da facilidade de acesso aos conflitos partidários internos e dos processos de decisões partidárias.

Assim, em que pese ser relevante como fator descarregante de expectativas, apenas o processo eleitoral não é suficiente para gerar densa legitimidade, ou consenso, em torno do sistema político, contudo, ressalte-se que esse “sistema político criado por eleições pode conseguir tantas alternativas que se pode autolegitimar num processo seletivo de decisão”⁴⁰.

³⁷ HABERMAS, Jürgen. op. cit. Nota 32. p. 41.

³⁸ LUHMAN, Niklas. op. cit. Nota 29. p. 136-137.

³⁹ No mesmo sentido aponta Habermas que a legitimidade da política deliberativa se dá pelo discurso e não no procedimento de escolha que confere legitimidade aos representantes. Assim arremata: “A política deliberativa obtém sua força legitimadora da estrutura discursiva de uma formação da opinião e da vontade, a qual preenche sua função social e integradora graças à expectativa de uma *qualidade* racional de seus resultados. Por isso, o nível discursivo do debate público constitui a variável mais importante. Ela não pode desaparecer na caixa preta de uma operacionalização que se satisfaz com indicadores amplos.” HABERMAS, Jürgen. op. cit. Nota 32. p. 27-28.

⁴⁰ LUHMAN, Niklas. op. cit. Nota 29. p. 143.

Nesta compreensão, portanto, é possível afirmar que o processo eleitoral, apesar de relevante, não é suficiente para gerar densa legitimidade entre os representantes eleitos e as decisões políticas tomadas por estes. Contudo, há inúmeras alternativas democráticas que podem ser estabelecidas capazes de manter a circularidade do sistema e absorver dissenso⁴¹.

Assim, enquanto o sistema jurídico propicia alterabilidade por meio de decisões, que independem de apoio político, e que se baseiam em normas abstratas para gerar inúmeras possibilidades de comunicação e, assim, reduzir a complexidade⁴², o sistema político deve atuar, em uma sociedade cada vez mais complexa, com abertura e aprofundamento do processo democrático para manter a circularidade do sistema em que atua, quer seja antes do procedimento eleitoral, quer seja após o procedimento eleitoral na reconciliação comunicativa e cognitiva entre o sistema político e a sociedade para manter a circularidade do sistema.⁴³

Nesse sentido é que diz Habermas⁴⁴, para ele, o sistema político enquanto sistema social tem que “aprender a superar suas cegueiras específicas e a se observar como sistemas parciais no interior de um sistema mais amplo”, assim o sistema político deve se vincular a

⁴¹ Nesta compreensão é pertinente a citação de Bobbio: “Não quero dizer que a democracia seja um sistema fundado não sobre o consenso mas sobre o dissenso. Quero dizer que, num regime que se apóia no consenso não imposto a partir do alto, alguma forma de dissenso é inevitável e que apenas onde o consenso é real o sistema pode proclamar-se com justeza democrático. Por isto afirmo existir uma relação necessária entre democracia e dissenso, pois, repito, uma vez admitido que democracia significa consenso real e não fictícios, a única possibilidade que temos de verificar se o consenso é real é verificando o seu contrário.” BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 10ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2006. p. 43

⁴² NEVES, Marcelo. op. cit. Nota 3. p. 30-31

⁴³ “Os procedimentos democráticos não se legitimam apenas porque canalizam a luta democrática pelo poder, mas sim decisivamente enquanto permanecerem cognitivamente abertos e sensíveis para a pluralidade da esfera pública e a autonomia dos subsistemas sociais.” Idem. op. cit. Nota 11. p. 140.

⁴⁴ Importante mencionar neste momento a crítica de Habermas à Teoria dos Sistemas desenvolvida por Luhmann. Para ele, a respeito da questão da intersubjetividade “a teoria dos sistemas é incapaz de explicar como sistemas autopoieticamente fechados conseguem romper o círculo da regulação auto-referencial da autopoiesis e da auto-referência” assim é que o sistema fechado não se comunicaria com o estranho, não conseguindo “dissolver a obscuridade da intransparência recíproca” HABERMAS, Jürgen. op. cit. Nota 32. p. 78-79. Nesse contexto é necessário dizer que inicialmente o próprio Habermas diz que a Teoria dos Sistemas “não é levada necessariamente a negar a existência dos fenômenos de um poder comunicativo” Ibidem. p. 73. Contudo, se entende, e como referencial para o presente trabalho, da leitura que se faz de Luhmann é que ele não só não nega o poder comunicativo como estabelece a necessidade de qualquer sistema fechado se abrir em cognição para manter a circularidade, razão pela qual não é dado a pensar que o sistema não se comunica com o ambiente social em que atua, ao contrário, trata-se de uma necessidade para gerar circularidade. Tanto é verdade que o próprio Luhmann afirma que “nenhum sistema político se pode apoiar apenas sobre a força física de coação”, mas sim o sistema deve “alcançar um consenso maior para permitir o domínio duradouro”. LUHMANN, Niklas. op. cit. Nota 29. p. 49. Diz ainda que um sistema social não se desenvolve sem comunicação, assim “um sistema social surge quando a comunicação desenvolve mais comunicação, a partir da própria comunicação.” Idem. op. cit. Nota 5. p. 90. No mesmo sentido Marcelo Neves: “Mesmo os códigos sistêmicos são cortados por códigos lingüísticos binários concretos que se reproduzem conforme as exigências tópicas de sujeitos interagentes”. NEVES, Marcelo. **Do consenso ao dissenso**. In: SOUZA, Jessé. (Org.). **Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. p. 127. Portanto, a Teoria dos Sistemas não só não nega o poder comunicativo como coloca em relevância para manter a durabilidade dos sistemas sociais, dentre eles o sistema político.

uma “formação democrática da opinião e da vontade”, sendo necessária a quebra do paradigma que “constitui um paternalismo do sistema que coloca em risco a legitimidade”.⁴⁵

Assim, para este autor, “as decisões impositivas, para serem legítimas, têm que ser reguladas por fluxos comunicacionais que partem da periferia e atravessam as comportas dos procedimentos próprios à democracia e ao Estado de direito”⁴⁶. É dizer, na mesma perspectiva de Luhmann, que apenas o procedimento regulado pelo direito não confere densa legitimidade à decisão política, sendo necessário que o processo de comunicação democrática rompa as barreiras calculadamente estabelecidas⁴⁷.

Para Habermas, “os partidos políticos também deveriam participar na formação da opinião e da vontade do público, ao invés de tentar influir no público para manter seu poder político, visando apenas extrair da esfera pública a lealdade das massas”⁴⁸.

Ao concluir, no trecho que interessa, este autor diz que a Constituição além de ser um documento histórico, “articula o horizonte de expectativas de um futuro antecipado no presente”, ganhando relevância a necessidade de um processo democrático legítimo para formulação do direito. Diz ainda que o sistema político “está exposto a perturbações capazes de colocar em risco [...] a legitimidade de suas decisões”, quando o sistema se coloca distante e “independente em relação ao poder produzido comunicativamente”⁴⁹.

o sistema político constituído através do Estado de direito está inserido assimetricamente em processos circulares altamente complexos, que têm que ser levados na devida conta pelos atores caso pretendam, enquanto cidadãos, deputados, juízes, funcionários, etc., engajar-se com sucesso, num enfoque performativo, na realização do sistema de direitos. [...] As constituições históricas podem ser entendidas como outras tantas interpretações de uma mesma prática – a da autodeterminação de parceiros do direito, livres e iguais; ora, esta prática, como qualquer outra, não foge à história. E os participantes desejosos de saber o que tal prática significa *em geral*, têm de tomar como ponto de partida a *sua própria* prática.⁵⁰

Isto é, em um o sistema político de natureza democrática, regulado pelo direito, os atores que participam desse sistema político-democrático devem ter como ponto de partida sua própria prática democrática para gerar durabilidade ao sistema.

⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. op. cit. Nota 32. p. 83.

⁴⁶ Ibidem. p. 88-89.

⁴⁷ “No entanto, a sociologia da comunicação de massas é cética quanto às possibilidades oferecidas pelas esferas públicas tradicionais das democracias ocidentais dominadas pelo poder e pela mídia. [...] agrupamentos da sociedade civil, são sensíveis aos problemas, porém os sinais que emitem e os impulsos que fornecem são, em geral, muito fracos para despertar a curto prazo processos de aprendizagem no sistema político ou para reorientar os processos de decisão”. Ibidem. p. 106-107.

⁴⁸ Ibidem. p. 112-113.

⁴⁹ Ibidem. p. 119-121.

⁵⁰ Ibidem. p. 121.

Aprofundando o debate, Marcelo Neves entende, com base em Luhmann, que a Constituição propicia “diversas esferas de comunicação”, assim, os procedimentos constitucionais se legitimam na medida em que se comunicam e reconhecem o dissenso, não necessariamente gerando consenso, assim o que é “relevante é que os procedimentos constitucionais [...] permaneçam abertos para diversidade de expectativas, valores e interesses, mesmo o que eventualmente sejam derrotados”, contudo, o que se impõe é um consenso em torno dos procedimentos constitucionais⁵¹.

Em outras palavras, para o autor, o procedimento (por exemplo, o procedimento eleitoral) propriamente dito não necessariamente deve gerar consenso, mas sim absorver sistematicamente o dissenso, na medida em que legitimados em razão da abertura e possibilidade de atuação junto a esfera pública. De modo que o procedimento é legítimo quando “é capaz de intermediar o consenso procedimental e o dissenso conteudístico”, promovendo, dessa forma, “o respeito das diferenças na sociedade global supercomplexa da contemporaneidade”⁵².

Assim, um procedimento pode ser considerado de consenso na medida em que ele “se destina a assegurar o dissenso generalizado que se expressa nos mais diversos tipos de relações interpessoais de uma pluralidade de esferas de comunicação”. Deste modo, quando da existência de mecanismos constitucionais que são capazes de absorverem o dissenso é que “a esfera pública pluralista emerge do mundo da vida em forma de interesses, valores e discursos que pretendem, por meio desses procedimentos, generalizar-se politicamente”⁵³.

Portanto, diz o autor que o grande desafio do Estado democrático de direito, no que tange a esfera pública, é propiciar a intermediação do procedimento que permita a absorção de dissenso em uma sociedade cada vez mais complexa e plural. Tal fato só poderá ocorrer se os procedimentos se mantiverem abertos e plurais⁵⁴.

Os procedimentos democráticos não se legitimam apenas porque canalizam a luta democrática pelo poder, e sim, também e decisivamente, enquanto permanecerem cognitivamente abertos e sensíveis para a pluralidade da esfera pública e a autonomia dos subsistemas sociais.⁵⁵

⁵¹ NEVES, Marcelo. op. cit. Nota 4. p. 351-352.

⁵² Ibidem. p. 353.

⁵³ Idem. op. cit. Nota 44. p. 129-132.

⁵⁴ Ibidem. p. 135.

⁵⁵ Ibidem. p. 139-140. No mesmo sentido, e mais categórico, na obra a respeito do transconstitucionalismo: “É imprescindível que os procedimentos políticos estejam de tal maneira estruturados para absorver o dissenso da esfera pública, sem eliminá-lo, antes possibilitando-lhe e promovendo-lhe emergência. Isso significa que, embora o povo constitucional, como instância procedimental de fechamento, tenha uma forte função seletiva em face da pluralidade complexa de valores, interesses, expectativas e discursos que se relacionam dissensualmente na esfera pública, os procedimentos político-constitucionais só encontram sua heterolegitimação se

Assim, retorna-se a Luhmann quando o autor se refere de que a existência apenas do procedimento não é suficiente para legitimação, sendo necessária a geração de consenso no procedimento. Dessa forma, é necessário questionar o procedimento eleitoral por meio de Partidos Políticos na sociedade heterogênea brasileira como forma de absorção, ou não, de dissenso, e, em consequência, sua capacidade de gerar consenso ao procedimento democrático e, em consequência, legitimidade aos representantes eleitos.

1.1 SISTEMA POLÍTICO-PARTIDÁRIO NA SOCIEDADE HETEROGÊNEA BRASILEIRA: EXCLUSÃO DOS SUBINTEGRADOS

Os Partidos Políticos, embora atuem no sistema político, são regulados pelo direito. Nesta perspectiva, é possível enxergar uma reciprocidade, enquanto o direito regula o sistema político, a política decide o que deve entrar no direito para concretização de seus fins⁵⁶. Nesse sentido, até que ponto o sistema jurídico invade o sistema político para manter um fechamento operativo deste, ou vice-versa, até que ponto o sistema político usa do sistema jurídico para manter-se operativamente fechado? Levando em consideração que a “capacidade operativa depende da distinção entre código e programa, que ‘possibilita uma combinação de fechamento e abertura no mesmo sistema’”⁵⁷.

Em outras palavras, a Constituição, por meio do sistema jurídico insere no sistema político (cujo código é o de poder/não poder) o código lícito/ilícito. Isso permite que o sistema político se aproprie, indevidamente, do código lícito/ilícito para transformá-lo em poder/não poder, quando, por exemplo, se utiliza do poder para “desconhecerem a pluralidade contraditória de valores, interesses e expectativas, características inerentes à sociedade supercomplexa de hoje”⁵⁸, utilizando-se do direito para tal fim.

Nesse sentido, a Constituição cumpre o papel de estabelecer os limites de atuação do direito no âmbito do sistema político enquanto acoplamento estrutural⁵⁹, permitindo ainda a

permanecerem abertos ao dissenso presente na esfera pública. NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 72.

⁵⁶ Idem. op. cit. Nota 11. p. 92.

⁵⁷ Ibidem. p. 94.

⁵⁸ Ibidem. p. 105. Tal circunstância poderia ser descrita de que o sistema político se apropria do direito para manter o *status quo*, desvirtuando o código do sistema jurídico ilícito/licito ao transformá-lo em poder/não poder, utilizando-se, indevidamente, em uma sociedade supercomplexa, do direito, para dominação do poder político.

⁵⁹ “a Constituição em sentido moderno pode ser compreendida como via de transmissão de prestações recíprocas e, sobretudo, como mecanismo de interpenetração entre dois sistemas sociais, a política e o direito, uma vez que ela ‘possibilita uma solução jurídica para o problema da autorreferência do sistema político e, ao mesmo tempo,

“intermediação sistêmica do mundo da vida”⁶⁰, promovendo arena para o dissenso em um Estado Democrático de Direito, onde “todos os valores, interesses e expectativas possam apresentar-se livre e igualmente no âmbito dos procedimentos políticos e jurídicos”⁶¹.

Assim, só há legitimação do Estado Democrático quando não exista privilégio ou exclusão dos “valores e interesses de determinados grupos, indivíduos ou organizações nos procedimento constitucionais”⁶².

Portanto, a Constituição propicia que os procedimentos adotados, a exemplo do procedimento eleitoral por meio de Partidos Políticos, que estes possam atuar como condução da esfera pública com o “respeito recíproco às diferenças no campo jurídico-político da sociedade supercomplexa contemporânea e pode, ao mesmo tempo, atuar como fator construtivo e dinâmico para a reprodução autônoma das esferas plurais de comunicação”⁶³.

Neste contexto, no Brasil, é fato que existe a ideia de procedimento democrático para escolha dos representantes por meio do sufrágio universal e do voto⁶⁴, conforme estabelecido no artigo 14, *caput*, da Constituição de 1988. Por seu turno, o §3º, do mesmo artigo, estabelece dentre diversas condições para elegibilidade, ou seja, dentre os pré-requisitos a ser votado, no inciso V, a filiação partidária.

Assim, havendo, no Brasil, o monopólio do acesso à representação política pelos Partidos, só se pode pensar em legitimidade estabelecida pelo processo de eleição política com base em Partidos quando se “garante e promove o acesso equânime dos mais diferentes valores e interesses nos seus procedimentos jurídicos-políticos”⁶⁵.

Deste modo, se os Partidos Políticos não forem instrumentos de condução de dissenso em uma sociedade heterogênea e plural, os procedimentos eleitorais e partidários adotados serão questionados (ausência de consenso) na medida em que não propicia espaço para uma “esfera pública pluralista e, por conseguinte, de realização do Estado Democrático do Direito”⁶⁶.

uma solução política para o problema de autorreferência do sistema jurídico”. NEVES, Marcelo. op. cit. Nota 3. p. 262-263.

⁶⁰ “O mundo da vida pode ser considerado a esfera social em que a comunicação é reproduzida através da linguagem natural cotidiana, não de acordo com uma linguagem sistêmica especializada.” Idem. op. cit. Nota 11. p. 125.

⁶¹ Ibidem. p. 132.

⁶² Ibidem. p. 132-133.

⁶³ Ibidem. p. 144.

⁶⁴ “O direito de sufrágio é o direito público subjetivo de votar em candidatos a cargo eletivos.” COSTA, Adriano Soares da. **Instituições de direito eleitoral**. 9 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 37.

⁶⁵ NEVES, Marcelo. op. cit. Nota 11. p. 145.

⁶⁶ Ibidem. p. 151.

Portanto, é possível pensar na necessidade de uma autolegitimação interna que se dá mediante a abertura do procedimento eleitoral à esfera pública plural, promovendo a absorção de dissenso por meio dos Partidos Políticos, bem como de uma heterolegitimação que se dá por meio dos fluxos comunicacionais permanentes entre os representantes já eleitos e a sociedade plural.

A “relação representativa” está associada à abertura do procedimento eleitoral para as diversas tendências políticas presentes na esfera pública e a possibilidade de “reciclagens” posteriores da composição do parlamento e do governo. O eleito não se legitima nas respectivas funções porque expressa a vontade ou interesse do eleitorado, mas sim na medida em que passou por um procedimento ao qual tiveram acesso as diversas correntes de opinião construídas na esfera pública pluralista [...] Entretanto, o problema da função heterolegitimante do procedimento eleitoral para a respectiva “representação”, no Estado Democrático de Direito, diz respeito, em última análise, à capacidade de um fluxo e refluxo permanente de informação entre heterogeneidade do eleitorado e o pluralismo parlamentar, sem exclusões ou privilégios procedimentais.⁶⁷

Neste contexto, o processo eleitoral periódico não apenas atua enquanto fator descarregante de expectativas, com a geração de novas expectativas e re-legitimação a cada novo processo eleitoral, como também pode permitir, caso esteja aberto à pluralidade política, se tornar “veículo de um fluxo permanente de heterolegitimação do Estado”, enquanto processo de comunicação contínuo entre os representantes e a sociedade, tão quanto mais real, quanto “maior for a força imunizante da regulação jurídica do procedimento eleitoral em relação às interferências das estruturas oligárquicas”⁶⁸.

Acontece que, na modernidade periférica brasileira, a situação envolve problemas de funcionalidade, disfunção e funcionamento insuficiente⁶⁹. Tais problemas acarretam falha de generalização de expectativas no ambiente social na medida em que se negligencia a correta seleção e aplicação dos programas constitucionais dirigidos a alterabilidade⁷⁰.

Segundo Marcelo Neves, historicamente, no Brasil, as Constituições não serviram de amparo a seleção de programas adequados para atenuar as expectativas da sociedade por meio de uma comunicação efetiva. Assim, a “rápida urbanização e industrialização” não promoveram a Constituição como reconhecimento da sociedade para estabilizar expectativas,

⁶⁷ NEVES, Marcelo. op. cit. Nota 11. p. 189-190.

⁶⁸ Ibidem. p. 187-188.

⁶⁹ “a primeira leva à generalização congruente de expectativas de comportamento adequada ao ambiente [...] disfunções surgem mediante o estabelecimento de institutos jurídicos inadequados [...] o último resulta da concretização insuficiente ou deficiente das normas jurídicas positivas” NEVES, Marcelo. op. cit. Nota 3. p. 215.

⁷⁰ Ibidem. p. 216-217.

sendo que “para a maioria da população, ou seja, os subintegrados ou subcidadãos, os horizontes da ação e vivência permanecem muito distantes dos programas constitucionais”⁷¹.

Assim, o sistema jurídico penetra no sistema político conferindo mecanismos jurídicos para realizar procedimentos políticos, como, por exemplo, os mecanismos previstos na Constituição para realização de eleições políticas, contudo há uma deformação no processo eleitoral quando o sistema econômico se comunica com o sistema político, contaminando, e deformando o procedimento regulado pelo sistema jurídico.

Portanto, os “subintegrados”, que são a maioria da população, são manipulados “seus votos são transformados em bem de troca” em campanhas eleitorais de altos custos. O processo eleitoral, por si só, não se torna eficaz para descarregar as expectativas no sistema político uma vez que não depende apenas da votação dos eleitores, mas sim que critérios externos (econômicos) aos sistemas jurídicos e político⁷².

Neste contexto, observa-se que a Constituição Federal, com redação da Emenda Constitucional n.º 97/2017, assegura aos Partidos Políticos: (i) autonomia para definir sua estrutura interna; (ii) autonomia para estabelecer regras sobre as escolhas de seus dirigentes; (iii) autonomia para formas e duração dos seus órgãos; (iv) veto às coligações partidárias proporcionais; (v) acesso a recursos do fundo partidário apenas aos Partidos que obtiverem nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 3% (três por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 2% (dois por cento) dos votos válidos em cada uma delas ou tiverem eleito pelo menos quinze Deputados Federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação (art. 17).

Fácil observar que os Partidos Políticos se fecham em cognição em razão de sua autonomia plena. O sistema interno partidário é fechado, não se abre em processo democrático para absorver o dissenso em uma sociedade plural, gerando, neste ponto, falha de comunicação e circularidade no sistema político.

Para Gomes Canotilho, devem existir uma liberdade interna e externa Partidária, que para os fins deste trabalho, utilizar-se-á o termo “autonomia”. Portanto, a autonomia externa seria necessidade de liberdade da fundação de partidos políticos e da sua livre atuação partidária, importando, deste modo, em um abster-se pelo Estado na interferência partidária⁷³.

Por sua vez, no que diz respeito à autonomia interna partidária tem-se: a impossibilidade de controle ideológico-programático do partido; e a impossibilidade de

⁷¹ NEVES, Marcelo. op. cit. Nota 11. p. 218-219.

⁷² Ibidem. op. cit. Nota 3. p. 256.

⁷³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 318

controle estatal sobre a organização interna partidária, contudo, ressalta-se que esta autonomia interna deve ser pautada pelo princípio democrático enquanto impulso dirigente de uma sociedade plural, ou seja, no estabelecimento de um sistema democrático interno⁷⁴, o que significa que esta autonomia partidária deve ser limitada pelo princípio democrático (art. 1º, *caput*, CRFB).

Ora, neste sentido, um sistema representativo democrático, que possui o monopólio de representação partidária, evidentemente, deve ter base democrática para gerar circularidade ao sistema político. O *caput* do art. 17 da Constituição Federal de 1988 diz que é livre a criação de Partidos resguardados os seguintes princípios: (i) regime democrático; (ii) pluripartidarismo; e (iii) direitos fundamentais. Assim, a autonomia partidária prevista no §1º deste dispositivo não pode estar dissociada do caráter democrático partidário e da garantia do pluripartidarismo, com garantia de igualdade⁷⁵, em sociedade plural, como a brasileira⁷⁶.

Assim, com base em Gomes Canotilho, a autonomia partidária não pode colidir com estes valores “a democracia de partidos postula a democracia nos partidos”, e que desta noção de democraticidade interna partidária derivam exigências como: (i) a proibição do princípio do chefe (*Führerprinzip*)⁷⁷; (ii) a exigência da formação da vontade a partir das bases; (iii) o direito dos membros do partido a atuação efetiva dentro do partido; (iv) o direito à liberdade de expressão, à oposição e à igualdade de tratamento de todos os membros⁷⁸.

⁷⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. op. cit. p. p. 318

⁷⁵ Ibidem. p. 319-20

⁷⁶ “A teoria social do pluralismo insere-se no modelo normativo do liberalismo através de uma simples substituição: o lugar dos cidadãos e de seus interesses individuais é ocupado por organizações e interesses organizados. Ela parte do princípio, segundo o qual os atores coletivos têm aproximadamente as mesmas chances de influenciarem os processos de decisão relevantes para eles: que os membros da organização determinam a política das associações e dos partidos; e que estes, por seu turno, são forçados a assumir compromissos e a entrelaçar seus interesses, levados pelos vários tipos de pertença a associações. A democracia de concorrência forma então um equilíbrio social do poder, no nível de distribuição do poder político, de tal modo que a política estatal leve em consideração um amplo leque de interesses simétricos.” HABERMAS, Jürgen. op.cit. Nota 32. p. 59-60.

⁷⁷ *Führerprinzip* era um dos princípios do estado nazista Alemão, esclarece Luiz Felipe Silveira Difini: “Assim, o fascismo foi a vertente positivista; já o nazismo era meta-positivista, pois buscava sua legitimação não só pela aplicação da lei, como na consciência jurídica da comunidade do povo alemão e no *Führerprinzip*, segundo o qual o *Führer* não se sujeitava ao controle jurídico de quaisquer órgãos nem encontrava limites jurídicos à sua atuação.” DIFINI, Luiz Felipe Silveira. **Princípio do Estado constitucional democrático de direito**. Lisboa: Revista do Instituto de Direito Brasileiro da Universidade de Lisboa, Ano 1, 2012, n.º 1, p. 151. Disponível em: https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/01/2012_01_0143_0183.pdf. Acesso em: 24 abr. 2019.

⁷⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. op. cit. p. 318. Neste mesmo sentido: “A ideia que sai do texto constitucional é a de que os partidos hão de se organizar e funcionar em harmonia com o regime democrático e sua estrutura interna também fica sujeita ao mesmo princípio. A autonomia é conferida na suposição de que cada partido busque, de acordo com a suas concepções, realizar um estrutura interna democrática. Seria incompreensível que uma instituição resguardasse o regime democrático se internamente não observasse o mesmo regime.” SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 243.

Gomes Canotilho diz que a Constituição concede aos Partidos quase um “monopólio partidário de representação política”, e estes partidos não são órgãos do povo, são, na verdade, “organizações aglutinadoras dos interesses de mundividências” de classes e grupos sociais que detém o monopólio da vontade popular, “sendo incorrecto qualificá-los como órgãos de uma unidade místico-espiritual reconduzível, em último termo, ao povo”.⁷⁹

Neste panorama, a Emenda Constitucional 97/2017 agravou ainda mais os problemas reflexividade e alívio das expectativas quando determinou que os Partidos têm autonomia plena para definir sua estrutura interna; escolha de representantes; tempo de duração de seus órgãos; além de vetar as coligações proporcionais dificultando que Partidos menores cheguem ao Poder Político, limitando, em consequência, o pluralismo político; bem como restringindo o acesso aos recursos do fundo partidário apenas para os grandes Partidos, em evidente afronta a necessidade do fomento ao pluripartidarismo e à garantia de igualdade partidária⁸⁰.

Neste contexto, é possível pensar, à luz de Marcelo Neves, em um panorama simbólico⁸¹ ao dispositivo constitucional que regula os Partidos Políticos, bem como da legislação de regência, em desarmonia com a necessidade de estes observarem a pluralidade e o regime democrático, isto com a finalidade de obter a “lealdade das massas” por meio de “regras do silêncio [*gag rules*]” que são procedimentos que simplesmente são “excluídos da discussão jurídico-política nos sistemas constitucionais democráticos”, contudo, tais procedimentos, a exemplo da escolha dos candidatos dos Partidos, são fracassados, a sociedade começa a questionar o próprio significado da ordem constitucional⁸².

Isso porque o observador externo ao sistema constata que, em que pese o *caput* do art. 17, da Constituição Federal, dizer que os Partidos Políticos devem observar o

⁷⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. op. cit. p. 316.

⁸⁰ “partindo-se de que a atividade constituinte (e reformadora) e o texto constitucional não estão associadas a uma concretização normativo-jurídica relevante, representando antes formas especiais de ação político-simbólica, o próprio direito como sistema de regulação da conduta cai em descrédito; o público sente-se então, iludido; os atores político tornam-se ‘cínicos’”. NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011. p. 124. Nesse contexto, nas Eleições 2018 no Brasil, à luz já das normas já consolidadas na Emenda Constitucional n.º 97/2017, dos 32 partidos políticos existentes no Brasil, 14, exatamente os partidos menores, não cumpriram as novas exigências constitucionais ficando sem recursos financeiros do fundo partidário, que são recursos públicos destinados aos Partidos para sua manutenção e fomento de seu programa partidário, bem como ficaram sem “tempo de TV” que reflete justamente na impossibilidade de difusão do programa partidário como forma de atrair adeptos e de divulgação de suas candidaturas. 14 partidos devem cair na cláusula de barreira e ficar sem fundo partidário e tempo de TV. **G1 Política**. Brasília, 09 de out. de 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2018/10/09/14-partidos-devem-ser-enquadrados-na-clausula-de-barreira-e-ficar-sem-fundo-partidario-e-tempo-de-tv.ghtml>. Acesso em: 22 de set. de 2019.

⁸¹ Utilizado como parâmetro o conceito de legislação simbólica de Marcelo Neves: “a nova legislação constitui apenas mais uma tentativa de apresentar o Estado como identificado com os valores ou fins por ela formalmente protegidos, sem qualquer novo resultado quando à concretização normativa, evidentemente estaremos diante de um caso de legislação simbólica”. NEVES, Marcelo. op. cit. Nota 80. p. 33

⁸² Ibidem. p. 124-125.

pluripartidarismo, o sistema de autonomia partidária e o monopólio de acesso ao processo político por meio da filiação aos Partidos igualmente previstos na Constituição geram, por outro lado, processos políticos conservadores que negam, com a utilização do código lícito/ilícito, a pluralidade política e o próprio princípio democrático.

De outra banda, não há qualquer regra constitucional que permita a participação dos subintegrados, como, por exemplo, dos grupos de populações tradicionais, hodiernamente excluídas do processo de representação política, caso desejem assim participar.

Tais circunstâncias levam, possivelmente, a “crítica generalizada do sistema de dominação encoberto pelo discurso constitucionalista”, produzindo movimentos sociais questionadores, em razão de problemas de circularidade em prol de um sistema efetivamente democrático⁸³ com crises sazonais após cada processo de escolha de representantes.

Isso porque o observador externo constata que o processo “democrático” com base em Partidos Políticos, amparado pela Constituição, não é efetivamente democrático, ocorrendo grave quebra de circularidade no sistema político, uma vez que para ser democrático ao final, o processo de eleição política evidentemente, deve ter base democrática e plural, em uma sociedade como a brasileira.⁸⁴

Gilberto de Mello Kujawski em seu livro “A crise do século XX”, ao tratar do conceito de crise, traz uma passagem de uma entrevista concedida por Hélió Jaguaribe denominada de “Dimensões da Crise Atual” Editada na Coletânea “Que crise é esta?” da editora Brasiliense e Conselho Nacional de Desenvolvimento Tecnológico em 1984. Na passagem, Hélió Jaguaribe traz o seguinte conceito deveras adequado para este trabalho:

Uma análise do conceito de crise, no sentido mais amplo, tem indubitavelmente características de uma inquirição filosófica. Seria então levado a dizer que, no sentido mais amplo, a palavra crise – que etimologicamente significa ‘ruptura’, ‘conflito’, ‘luta’, em suas raízes gregas – exprime uma desconformidade estrutural entre um processo e seu princípio regulador. Esse é o sentido mais amplo que me parece existir no conceito de crise. [...] Existe a mesma aplicação do conceito de crise, no que diz respeito às condutas referíveis a valores, condutas éticas e

⁸³ NEVES, Marcelo. op. cit. Nota 80. p. 126.

⁸⁴ Nesse sentido diz Weber sobre os Partidos Políticos: “Sua estrutura sociológica é necessariamente muito diversa, conforme a ação social, por cuja influência estão lutando, consoante a comunidade esteja ou não diferenciada por estamentos ou classes e, sobretudo, de acordo com a sua estrutura de ‘dominação’, pois para seu líderes é disso que se trata, em regra. No sentido conceitual geral que aqui estabelecemos, os partidos não são produtos de formas de dominação especificamente modernas: também os partidos da Antiguidade e da Idade Média reservamos essa denominação, apesar de sua estrutura ser fundamentalmente diferente daquela dos partidos modernos. Mas, devido a essas diferenças na estrutura da dominação, nada podemos dizer a respeito da estrutura do partido que, sendo sempre um formação que luta pela dominação, costuma ele mesmo estar organizado, muitas vezes rigorosamente, de forma ‘autoritária’, sem examinar ontem as formas estruturais da dominação social, em geral.” WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Vol. 2. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999. p. 186.

normativas, no sentido axiológico, quando um comportamento entra em conflito com a norma segundo a qual ela deveria se pautar. Assim, eu creio que se pode realmente, observando esse assunto mais amplo do conceito de crise, defini-la como uma situação de conflito, de desconformidade, de contradição, entre o princípio regulador e o processo que esse princípio regulador era suposto condicionar.⁸⁵

Nesse exato sentido reside a crise de representatividade partidária no Brasil, em uma desconformidade estrutural entre o princípio democrático (princípio regulador) e o processo de base não-democrática. Tal processo de escolha de representantes se consubstancia em um processo simbólico com “estabelecimento de textos constitucionais [...] de exceção” que permitem que os detentores do poder não sofram limitação da própria Constituição, ou, em outras palavras, limitação em face do seu princípio regulador (princípio democrático), dessa forma, “excluem os órgãos políticos supremos de qualquer limitação ou controle jurídico, ou porque ocorrem mudanças casuísticas na Constituição no sentido de impedir a invocação dos eventuais instrumento de controle”⁸⁶, a exemplo da Emenda Constitucional 97/2017.

É possível pensar, portanto, que o sistema representativo-partidário no Brasil, com o silêncio que ecoa da ausência de controle democrático, se configura em um procedimento simbólico, paradoxalmente amparado pela Constituição para garantir a lealdade das massas onde sequer há mecanismos democráticos para o debate⁸⁷. Outrossim, a Emenda Constitucional 97/2017 nada mais fez do que aprofundar a impossibilidade de controle em matéria Partidária, com amplos reflexos no próprio sistema representativo.

Para Marcelo Neves, o sistema político em um país periférico, como no Brasil, não atua como autopoietico à luz da Teoria dos Sistemas, mas sim em como alopoiético, uma vez que tal sistema é invadido com critérios e elementos de outros sistemas sociais, como o sistema econômico baseado no ter/não ter, sendo o princípio da igualdade e de eleições democráticas “ilusões ideológicas [...] mecanismos de encobrimento de relações concretas de dominação”, isso se agrava em países periféricos onde o poder econômico destrói a generalização de expectativas sociais em tornos dos procedimentos democráticos⁸⁸.

Nesse sentido, é possível pensar que o código lícito/ilícito é subtraído indevidamente pelo código “poder/não poder” que, por sua vez, é subtraído indevidamente pelo código “ter/não ter”, consistindo, portanto, em último grau, na apropriação indevida pelo sistema

⁸⁵ JAGUARIBE, Hélio *apud* KAJAWSKI, Gilberto de Mello. **A crise do século XX**. São Paulo: Ática, 1988. p. 63-64.

⁸⁶ NEVES, Marcelo. *op. cit.* Nota 80. p. 148-149.

⁸⁷ “Tal situação pode estar vinculada à predominância de uma ideologia totalitária que elimine qualquer autonomia à esfera jurídica; mas é possível que esteja associada a interesses mais concretos de minorias privilegiadas, sem consistência ‘ideológica’”. *Ibidem.* p. 149.

⁸⁸ *Ibidem.* p. 174.

econômico do código “lícito/ilícito” para manter a dominação política e econômica⁸⁹ assegurada por uma expectativa jurídico-constitucional simbólica, retórica e atemporal.

1.2 DEMOCRACIA RACIONAL X PLURIDEMOCRACIA: A NECESSIDADE DA INCLUSÃO DOS SUBINTEGRADOS

O constituinte originário estabeleceu a democracia como um relevante valor para sociedade brasileira, sendo o primeiro valor a ser lido no preâmbulo constitucional e, no texto normativo, também colocou como primeiro princípio (art. 1º), o princípio democrático⁹⁰, o

⁸⁹ É necessário registrar que a combinação de tais códigos permite não só o direcionamento de recursos financeiros a Partidos Políticos tradicionais como, também, os Partidos Políticos tradicionais refletem os interesses econômicos do mercado. A estrutura moderna dos Partidos Políticos é uma estrutura não apenas de Poder Político, mas de Poder Jurídico e de Poder Econômico. Os Partidos Políticos em sua estrutura interna são verdadeiras “empresas” com funções específicas e especializadas. Nesse sentido é o que diz Weber: “Políticos ‘profissionais’ *fora* dos parlamentos tomam o empreendimento em suas mãos, seja como ‘empresários’ [...] seja como funcionários fixamente remunerados. Formalmente, acontece uma ampla democratização. Já não é a fração parlamentar que cria os programas decisivos, e os notáveis locais já não têm em suas mãos a nomeação dos candidatos [...] o poder obviamente está nas mãos daqueles que trabalham permanentemente dentro da organização partidária, ou então daqueles dos quais – como mecenas ou dirigentes de poderosos clubes de interessados políticos (Tammanu Hall) – o funcionamento da empresa depende, sob aspectos pecuniários pessoais. O decisivo é que todo esta aparato humano – a ‘máquina’, como se chama, significativamente, nos países anglo-saxões -, ou melhor, aqueles que o dirigem, dá xeque aos parlamentares e está em condições de impor-lhes, em grau considerável, sua vontade. E isto tem muita importância para a direção partidária. Chefe torna-se aquele a quem obedece a máquina, mesmo sem consultar o Parlamento. A criação de semelhantes máquinas significa, em outras palavras, o advento da democracia *plebiscitária*”. WEBER, Max. op. cit. Nota 84. p. 550. Assim, os Partidos Políticos tradicionais que mantêm sua forte estrutura interna econômica, tal como uma empresa, refletem externamente os interesses econômicos empresariais, sobre este aspecto o economista estadunidense Thomas Ferguson desenvolveu uma teoria denominada Teoria do Investimento dos Partidos Políticos, para ele, a participação no sistema partidário é direcionada a grandes conglomerados financeiros que possuem condições econômicas para financiarem os partidos em prol de seus interesses. Neste sentido: “For what can be taken as the core proposition of the “investment theory of political parties” denies the validity of the Downsian treatment of parties as simple vote maximizers. Instead, the investment theory of parties holds that parties are more accurately analyzed as blocs of major investors who coalesce to advance candidates representing their interests. FERGUSON, Thomas. **Golden rule: the investment theory of party competition and logic money-driven political systems**. Chicago: The University of Chicago Press, 1995. p. 27. Tal compreensão é refletida ainda na propaganda eleitoral destinada aos Partidos Políticos, as técnicas de publicidade são as mesmas técnicas de materiais de consumo o eleitor é transformado em consumidor do programa partidário, nesse sentido é o que diz Habermas quando afirma que os dirigentes dos Partidos são substituídos por especialistas em publicidade que definem a propaganda eleitoral com base em pesquisas de mercado, sendo que tais especialistas em publicidade são “neutros em matéria de política partidária e que são contratados para vender política apoliticamente”. HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da Esfera Pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa**. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. p. 252.

⁹⁰ Apesar de não ser objeto do presente trabalho fixar o sentido do “valor” ou “princípio” da democracia, não se enxerga que a polissemia do termo “democracia” seja, necessariamente, um problema da modernidade, que busca a racionalidade para fixar o sentido e a razão de seus valores, ao contrário, se pensa que a abertura cognitiva do termo “democracia” pode permitir processos de alívio de expectativas em uma sociedade supercomplexa que demanda, cada vez mais, processos de comunicação. Neste sentido para Luhmann, não pode haver sistema sem comunicação, assim “um sistema social surge quando a comunicação desenvolve mais comunicação, a partir da própria comunicação.” LUHMANN, Niklas. op. cit. Nota 5. p. 90. Permitindo, portanto, que o sistema possa se comunicar com as diversas formas de expectativas oriundas do meio social em que atua. Para a integridade do sistema é necessário que ele se disponha à complexidade do meio em que atua,

que, apesar de não haver sobreposição com os demais princípios ou valores, denota o zelo do constituinte originário e a significação de ser o primeiro valor e o primeiro princípio em decorrência do Estado de exceção vivenciado anteriormente.

Deste modo, é pressuposto da Constituição brasileira que o princípio democrático conduz à legitimidade para realização das finalidades constitucionais. Em outras palavras, o processo político-constitucional pode ser considerado legítimo caso haja um procedimento democrático, não apenas na escolha de representantes, mas em todos os aspectos da vida em sociedade democrática tal como um “impulso dirigente” da modernidade⁹¹.

Neste aspecto, ainda no preâmbulo constitucional, diz que, por meio de um Estado Democrático, assegurará os direitos individuais em uma sociedade pluralista. Já no art. 1º, V, também define o pluralismo⁹² político como fundamento do Estado Democrático de Direito. É possível, portanto, constatar que a condução da democracia enquanto impulso dirigente na sociedade brasileira só pode ser pensado a partir de um pluralismo político efetivo.

Segundo José Afonso da Silva, a Constituição brasileira “opta, pois pela sociedade pluralista [...] em lugar de uma sociedade monista que mutila os seres e engendra ortodoxias

em um movimento de reconhecimento de complexidade e redução de complexidade, de modo a “compreender as instâncias da racionalidade”. LUHMANN, Niklas. op. cit. Nota 5. p. 179. Neste contexto, parece bastante adequado o pensamento de João Maurício Adeodato: “Essa ampliação metodológica da retórica estratégica enfrenta dificuldades para implantar-se na retórica material e o *topos* frequentemente expressa-se pela “busca da efetividade” ou por neologismos como “necessidade de eficacialização”. Os reclamos de doutrinadores e políticos brasileiros não se dirigem apenas a uma maior extensão semântica, mas também reconhecem que não há correspondência no plano fático, social. Ora, essa correspondência não existe porque seu nível retórico é estratégico e não material, a ineficácia é parte importante no funcionamento do sistema.” ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional: sobre a tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 128.

⁹¹ “Da mesma forma que o princípio do estado de direito, também o princípio democrático é um princípio jurídico-constitucional com dimensões materiais e dimensões organizativo-procedimentais [...] a constituição condicionou a *legitimidade* do domínio político à prossecução de determinados fins e à realização de determinados valores e princípios (soberania popular, garantia dos direitos fundamentais, pluralismo de expressão e organização política democrática; *normativo-processualmente*, porque vinculou a *legitimação* do poder à observância de determinadas regras e processos (*Legitimations durch Verfahren*). É com base na articulação das bondades materiais e das bondades procedimentais que a Constituição respondeu aos desafios da legitimidade-legitimação ao conformar normativamente o princípio democrático como *forma de vida*, como *forma de racionalização do processo político* e como *forma de legitimação do poder*. O princípio democrático constitucionalmente consagrado, é mais do que um *método* ou *técnica* de os governados escolherem os governantes, pois o princípio normativo, considerado nos seus vários aspectos políticos, econômicos, sociais e culturais, ele aspira a tornar-se *impulso dirigente* de uma sociedade.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. op. cit. p. 287-288.

⁹² “No âmbito do Direito Constitucional, a ideia de pluralismo encontra-se na noção de abertura da Constituição para dentro, pois o conceito de abertura, para além de caracterizar a ordem constitucional no contexto da internacionalização do direito e da existência, de fato, de uma rede de Constituições comprometidas com os direitos humanos, também identifica as Constituições de sociedades pluralistas. Desta forma, a Constituição se abre para dentro, para a sua própria sociedade, reconhecendo direitos de uma sociedade plural.” MALISKA, Marcos Augusto. Dignidade humana e pluralismo constitucional. Limites e possibilidades de dois princípios constitucionais em tempos de profundo dissenso político. **Revista da AJURIS** – Porto Alegre, v. 45, n. 144, Junho, 2018. p. 383. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-AJURIS_n.144.13.pdf. Acesso em: 03 mar. 2020.

opressivas”. Assim, a Constituição reconhece o dissenso na sociedade plural como caminho para buscar a conciliação social sendo dever do poder político o seu fomento. Desse modo, “a Constituição consagra, como um de seus princípios fundamentais, o princípio pluralista – o que vale dizer: encaminha-se para a construção de uma *democracia pluralista*”. Esta circunstância prevista na Constituição demanda, dentre outros, “o pluralismo de candidaturas e o pluralismo dos grupos parlamentares”⁹³.

Apesar desta constatação, o que se percebe, é que no Brasil o debate acerca de uma democracia pluralista como amparado pela Constituição é colocado à margem ou frequentemente escamoteado por mecanismos da própria Constituição, originários ou fruto de emendas. Assim, a expectativa de uma democracia plural pode ser caracterizada por uma perspectiva constitucional simbólica, utilizada apenas como retórica e discurso figurativo.

Para Luhmann, o direito se constitui não como um “ordenamento coativo, mas sim como um alívio para as expectativas”⁹⁴, acontece que, no Brasil, a expectativa é quebrada quando não se cumpre a exigência primeva constitucional de uma democracia plural.

Neste contexto, compreende Luhmann que quando a expectativa normativa não corresponde com a realidade jurídica “surtem tipicamente estratégias de defesa, de fragmentação, de generalização e de neutralização [...] o próprio direito positivo [...] torna-se um direito trivial”.⁹⁵ Ou seja, um direito incapaz de ser reconhecido como direito.

Assim, para que o direito seja imposto à determinada relação social são necessários dois fatores que segundo o autor se complementam: “o consenso e pela força da coerção”. O *consenso* só pode ser colocado em relevo quando a sociedade em geral conhece “o conteúdo de sentido com o qual se deve concordar”, já a *força* deve ser efetivada quando se toma conhecimento das transgressões do direito.⁹⁶ Este debate será feito no momento oportuno.

Contudo, como já visto, o consenso em uma sociedade heterogênea, como a brasileira, é o reconhecimento jurídico do dissenso. Em outras palavras, o reconhecimento da pluralidade nas diversas esferas de poder originárias da Constituição.

Neste contexto, paradoxalmente, a Constituição brasileira ao elencar, e reconhecer faticamente, em seu preâmbulo, a existência de uma sociedade plural e que tem como um dos fundamentos, o pluralismo político, o faz na intenção de reduzir a complexidade na sociedade plural brasileira mantendo uma elevada expectativa constitucional.

⁹³ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 26

⁹⁴ LUHMANN, Niklas. op. cit. Nota 25. p. 115.

⁹⁵ Idem. **Sociologia do Direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985. p. 56.

⁹⁶ Ibidem. p. 71.

Contudo, quebrada constantemente esta expectativa, a norma jurídica gera, ao contrário, mais complexidade no ambiente social promovendo, em consequência, novas formas de neutralização e fragmentação do direito constitucional por meio do discurso, para a necessária estabilização do sistema em um verdadeiro espiral retórico de persuasão.⁹⁷

Assim, com a positivação do direito moderno e o surgimento das Constituições houve a dominação da política pelo direito, com o estabelecimento inclusive de eleições políticas como fator de promoção de legitimidade e alívio de expectativas dentro do sistema político-representativo.

Todavia, apenas o procedimento eleitoral não conduz, necessariamente, à legitimidade das decisões dos representantes eleitos, sendo necessária a reconciliação comunicativa constante com a sociedade.

Assim, é necessário refletir de que, na compreensão da Constituição enquanto acoplamento estrutural, se se permite a entrada do código lícito/ilícito (do sistema jurídico) no sistema político, por seu turno, e logicamente, igualmente se permite a entrada do código poder/não poder (do sistema político) no sistema jurídico, permitindo, dessa forma, que o sistema político possa igualmente utilizar, indevidamente, do código lícito/ilícito para transformá-lo em poder/não poder.

Eis que, portanto, na modernidade, é possível perceber que com a combinação de tais códigos ocorreu a apropriação da categoria política da “legitimidade” (do sistema político) em “legalidade” (do sistema jurídico).

Ou seja, na modernidade constitucional, a decisão política só é legítima caso: (i) observe o procedimento jurídico previsto na Constituição; (ii) seja proveniente ou advinda do representante, ou órgão, erigido por meio do procedimento juridicamente regulado pela Constituição. O que conduz a uma decisão política baseada em uma racionalidade jurídica, e, portanto, a uma pretensa racionalidade política, como pretenso meio de alívio de expectativas na sociedade moderna do paradigma da razão.

⁹⁷ “Sempre que a unidade de análise é ampliada de modo a abranger espaços geo-políticos mais vastos em que tais sociedades estão integradas, as instâncias mais típicas e mais tratadas da literatura são o colonialismo e o pós-colonialismo, isto é, a coexistência no mesmo espaço do direito primitivo, tradicional, costumeiro, nativo, autóctone e do direito colonial ou, na situação pós-colonial, do novo direito estatal moldado, em aspectos decisivos, no direito do estado ex-colonizados. Nestas situações o direito estatal ou é o direito de um estado capitalista colonial ou pós-colonial ou um direito de um estado pós-colonial que, apesar de inspiração e orientação anti-capitalistas, não pode ainda criar uma ordem jurídica adequada às suas necessidade de desenvolvimento social, sendo, por isso, forçado – para evitar rupturas políticas e administrativas graves – a manter ou adoptar as estruturas jurídicas do estado capitalista de cujo domínio colonial se libertou.” SANTOS, Boaventura de Sousa. op. cit. Nota 15. p. 57-58.

Isso porque, ao estabelecer previamente o procedimento, o direito estabelece previamente expectativas de comportamentos de modo objetivo, abstrato, e pretensamente racional, por meio de normas, o que faz para reduzir a complexidade do sistema social em que atua⁹⁸, trabalhando em direcionamento da contingência⁹⁹ para que se evitem erros no sistema.

As Constituições modernas permitem, portanto, que o sistema político se aproprie do código lícito/ilícito (do sistema jurídico) para estabelecer previamente as expectativas políticas, eis que, portanto, com o surgimento das Constituições modernas e, em consequência, da democracia moderna, levou a uma racionalização política de base jurídica.

Neste sentido, Kelsen, ao escrever sobre a democracia coloca em relevo o que ele denomina de “caráter racionalista da democracia”. Veja-se:

O caráter racionalista da democracia manifesta-se sobretudo na tendência em estabelecer a ordem jurídica do Estado como um sistema de normas gerais criadas, com essa finalidade, por um procedimento bem organizado. Existe uma clara intenção de determinar, mediante uma lei preestabelecida, os atos individuais dos tribunais e órgãos administrativos, de modo a torná-los – o máximo possível – calculáveis. Há uma franca necessidade de racionalizar o processo no qual o poder do Estado se manifesta. É esse o motivo pelo qual a legislação é vista como a base das outras funções do Estado. O ideal de legalidade desempenha um papel decisivo: admite-se que os atos individuais do Estado podem ser justificados por sua conformidade com as normas gerais do Direito. A segurança jurídica, em vez da justiça absoluta, ocupa o primeiro plano da consciência jurídica. [...] Uma vez que a democracia tem por exigências a segurança jurídica, a legalidade e o caráter calculável das funções do Estado, criam-se instituições de têm por finalidade controlar essas funções, de modo que sua legitimidade seja assegurada.¹⁰⁰

Percebe-se, portanto, no afã da racionalização da modernidade, a legitimidade política se transformou em procedimento jurídico¹⁰¹, ou seja, pouco importa a efetiva

⁹⁸ “Malgrado as diversidades do meio. Por outro lado, um sistema pode reagir de maneira diferente a situações homogêneas ou constantes; ou seja, pode condicionar a si mesmo, e pode reagir segundo condições internas que não têm nenhuma correlação imediata com o meio. Nesse sentido, ele é superior ao meio, em aspectos específicos, quanto à sua complexidade. Ambas as funções, a da absorção de insegurança e a de nivelção de complexidade, estão obviamente relacionadas. O termo adequado para esta relação é a *generalização*.” LUHMANN, Niklas. op. cit. Nota 5. p. 65.

⁹⁹ Neste sentido: “A validade jurídica resulta da redução seletiva de complexidade/contingência mediante legiferação, na medida em que as expectativas normativas selecionadas tornem-se congruentemente generalizadas. [...] A função seletiva da legiferação na sociedade moderna implica, pois, destacar, dentro da multiplicidade de expectativas normativas em princípio incongruentes, o direito válido, quer dizer, as expectativas normativas de comportamento congruentemente generalizadas.” NEVES, Marcelo. op. cit. Nota 3. p. 32.

¹⁰⁰ KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 185-186.

¹⁰¹ Nesse mesmo sentido aponta Weber: “A posição moderna das associações políticas baseia-se no prestígio que lhe concede a crença específica, difundida entre os participantes, numa especial sagração, dada pela ‘conformidade à lei’ da ação social por elas ordenada. E isso também e precisamente quando esta ação compreende coação física, incluindo o poder sobre vida e morte: trata-se, no tocante a essa situação, do reconhecimento específico da sua legitimidade. Esta crença na ‘conformidade à lei’ específica da ação de associação política pode intensificar-se – o que de fato é o caso nas condições modernas – até o ponto em que,

legitimidade popular da decisão política dos representantes, bastando o cumprimento do procedimento burocraticamente regulado pelo direito que atua como alívio de expectativas jurídicas, mas não políticas.

Este é um grande paradoxo. O procedimento político regulado pelo direito alivia as expectativas da sociedade inserida dentro do sistema jurídico (legitimidade política de base jurídica) mas, quando não consegue também aliviar tais expectativas desta sociedade que também está inserida dentro do sistema político (legitimidade política de base popular), a ordem constitucional começa a ser questionada pela sociedade. De modo que cabe à Constituição, e aos seus intérpretes, caso se pense em uma ordem constitucional duradoura, intermediar e harmonizar o alívio das expectativas dos sistemas político e jurídico.

Isto fica evidente quando se observa que o desenvolvimento da política no Estado racional ocidental ter sido obra de “juristas profissionais” que se apropriaram, sobretudo, do “direito romano, em sua forma elaborada pelo Estado burocrático da época romana tardia”, tal forma de racionalização do poder encontrou adeptos nos vários os países ocidentais, com o fim de “criar meios formais para o poder real minar o domínio dos *seigneurs*¹⁰²”, ao ponto de Weber concluir que sem a existência dos “advogados¹⁰³ da época da Revolução [...] são inimagináveis tanto o nascimento do Estado absoluto quanto a Revolução [francesa]”¹⁰⁴.

Ocorre que a Revolução Francesa não foi realizada pelo “povo”, a exemplo dos “indigentes, mendigos, vagabundos, e mesmo pobres simplesmente”, a Revolução foi realizada por uma casta privilegiada, a dos que tinham posses para se fazer representar, tais como “o magistrado, o negociante e o cultivador que possui terras”, estes eram considerados o “povo” para fins políticos no Século XV, a elite burguesa. Os que não tinham posses sequer eram assim considerados, pois excluídos dos âmbitos político e social, eram, portanto, considerados “multidão”, em que “são reputados por não terem vontade própria” e serem

exclusivamente, certas comunidades políticas (sob o nome de ‘Estados’) são consideradas capacitadas a ordenar ou admitir a aplicação de coação física ‘conforme a lei’ por parte de outras comunidades quaisquer. Em consonância com isso, para o exercício e a ameaça desta coação física, a observação daquela ordem. Esta preeminência da ‘ordem jurídica’ garantida pelo poder *político* é o resultado de um processo de desenvolvimento muito lento, durante o qual as outras comunidades, portadoras de poderes coativos próprios, sob a pressão de mudanças econômicas e organizatórias, perderam seu poder sobre o indivíduo e se dissolveram ou, então, subjugadas pela ação de comunidade política, viram seu poder coativo por ela limitado ou atribuído.” WEBER, Max. op. cit. p. 157.

¹⁰² *Seigneurs* era o nome dado aos senhores feudais franceses, na Inglaterra poderia ser denominado de *Lords*, ou seja, pessoas que detinham poder no Estado Medieval e davam sustentação ao poder político do Rei.

¹⁰³ Na edição original *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriß der verstehenden Soziologie*, Weber utiliza o termo “Advokaten”, apesar de sua tradução literal ser “advogado” pode ser considerado como um estudioso das ciências jurídicas de um modo geral, e não, necessariamente, o profissional que exerce a advocacia.

¹⁰⁴ WEBER, Max. op. cit. p. 533.

incapazes de lidar com a tirania, “era como se o povo [multidão] e a elite pertencessem a humanidades diferentes. A distância entre o povo e a elite era de natureza antropológica”.¹⁰⁵

Portanto, o “povo não-elite” não foi chamado a participar do processo de construção dessa nova “democracia”, o “povo não-elite” foi posto à margem das decisões políticas no âmbito da Revolução Francesa, cuja absoluta maior parte dos membros que compunham - apesar de eleitos - a Convenção francesa, era formada de juristas que promoveram a racionalização do processo democrático da Revolução Francesa¹⁰⁶, tal fato refletiu de que a democracia moderna ocidental, à luz da Revolução¹⁰⁷, é fundamentada no processo de racionalização jurídica, havendo uma nítida, e não casual, aproximação entre os advogados [juristas] e os partidos políticos “pois as atividades políticas nas mãos de partidos significam atividades nas mãos de interessados”.¹⁰⁸

Assim, para participar da democracia racional os Partidos Políticos também foram racionalmente organizados e, de um modo geral, de forma burocrática e autoritária excluindo os povos que também são [e foram] excluídos hodiernamente deste Estado racional.¹⁰⁹

Ainda, considerando que o direito racional se preocupa mais com a forma, do que com o conteúdo¹¹⁰, do mesmo modo, a satisfação do requisito legitimidade (fundado em legalidade), enquanto instituto do direito moderno racional, se ampara mais no o procedimento formal da decisão política emanada por uma autoridade constitucionalmente constituída, do que com o seu conteúdo ou com os interesses dos representados¹¹¹. Em outras

¹⁰⁵ GONÇALVES, Jussemar Weiss. A revolução francesa e a invenção social da pobreza. **Biblos**. Rio Grande, v. 23, n. 1, 2009. p. 9-24. Disponível em: <https://periodicos.furg.br/biblos/article/view/1267/561>. Acesso em: 03 mar. 2020.

¹⁰⁶ Possivelmente com a utilização dos códigos “poder/não poder” transformando em “lícitos/ilícitos”, transformando, igualmente, a legitimidade de base popular em legitimidade de base jurídica, para manter os marginalizados dentro da ordem “democrática” racionalizada pelo direito.

¹⁰⁷ “O Estado moderno constituiu-se sob a base de um programa, o iluminismo, fundado na construção racional da sociedade. Com isso, pretendia-se delimitar uma racionalidade igual para todos os homens. [...] A concepção moderna de democracia, e também de direito, é produto desta Razão [...]. A razão iluminista adotou a política como sistema universal da sociedade moderna. A escolha não foi arbitrária, mas racional: o sistema político é o meio necessário para a imposição dos preceitos da Razão. A base de formulação desse argumento é o princípio da causalidade e o processo lógico-dedutivo.” GONÇALVES, Guilherme Leite. **Limites do projeto iluminista: problemas operativos do Estado Nacional na Sociedade Mundial**. In: NEVES, Marcelo (coord.). **Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 56-57.

¹⁰⁸ WEBER, Max. op. cit. 534.

¹⁰⁹ “Em sua estrutura interna, todos os partidos vão passando, no decorrer destas últimas décadas, paralelamente à racionalização crescente da técnica das campanhas eleitorais, para a organização burocrática.” *Ibidem*. p. 547.

¹¹⁰ “O direito racional do Estado ocidental moderno, segundo o qual decide o funcionalismo especializado, origina-se em seus aspectos formais, mas não no conteúdo, no direito romano. Este foi, inicialmente, um produto da cidade-estado romana, que nunca viu chegar ao poder a democracia, no sentido da cidade grega e, junto com ela, sua justiça.” *Ibidem*. p. 518.

¹¹¹ “fundamentos da *legitimidade* de uma dominação – para começar com estes – existem três, em princípio. Primeiro, a autoridade do ‘eterno ontem’, do *costume* sagrado por validade imemorable e pela disposição habitual de respeitá-lo: dominação ‘tradicional’ tal como a exerciam o patriarca e o príncipe patrimonial de

palavras, a tomada de decisão política se preocupa mais com a legitimidade jurídica de que com legitimidade política.

É dizer que, na sociedade moderna, a observação do procedimento jurídico racional satisfaz o requisito da “legitimidade” das decisões políticas, uma vez que se busca uma racionalização jurídica como meio de aliviar as expectativas, pouco havendo a preocupação com aquilo que realmente o sistema político deve se pautar, na reconciliação comunicativa entre o sistema político e a sociedade em que atua para manter a circularidade do sistema.

Isso porque o modelo de democracia racional se pauta no procedimento racional, de outro lado há a necessidade de dialogar com as diversas esferas da pluralidade para que ocorra um processo de densa legitimação, no ponto colhe-se afirmação de Marcelo Neves:

a democracia como racionalidade do sistema político importa uma legitimação por *input*: cadeia ou rede de procedimentos circularmente conectados, que vincula as decisões políticas ao apoio e ao controle do povo constitucional como instância procedimental que fecha o sistema político. Essa é a dimensão da racionalidade interna como consistência democrática do sistema políticos. Mas na democracia a legitimação por *input* está relacionada à legitimação por *output*. Isso aponta para a dimensão da adequação social da política democrática. Não se trata de corresponder aos diversos interesses particulares presentes no ambiente do sistema político, mas sim de possibilitar o convívio das forças antagônicas em uma esfera pública política abrangente. Nesse sentido, pode-se afirmar que, *enquanto o povo constitucional fecha o sistema político, a esfera pública abre esse sistema*. Essa é a instância de sua heterolegitimação, pois pressupõe procedimentos políticos suscetíveis e abertos às suas instigações e influências. Não se confunde com o “público” como dimensão do sistema político, nem é constituída de sistemas funcionais que fazem parte do ambiente da política e do direito enquanto sistemas sociais acoplados estruturalmente pela Constituição.¹¹²

Portanto, a adoção do procedimento jurídico racional partidário com fim de conferir legitimidade política às decisões políticas, ao invés de aliviar as expectativas da sociedade e manter a circularidade do sistema político, ao contrário, gera mais complexidade ao sistema político em uma sociedade heterogênea, como a brasileira, uma vez que os povos tradicionais não reconhecem no monismo jurídico estatal um instrumento das liberdades, ao contrário, tem o direito estatal como instrumento de poder e dominação¹¹³ para manter o estado de coisas

antigamente. Segundo, a autoridade do *dom de graça* pessoal, extracotidiano (carisma): a entrega pessoal e a confiança pessoal em revelações, heorismo ou outras qualidades de líder de um indivíduo: dominação ‘carismática’, tal como exercem o profeta ou – na área política – o príncipe guerreiro eleito ou soberano plebiscitário, o grande demagogo e o chefe de um partido político. Por fim, a dominação, em virtude de ‘legalidade’ da crença na validade de *estatutos* legais e da ‘competência objetiva, fundamentada em regras racionalmente criadas’. WEBER, Max. op. cit. p. 526.

¹¹² NEVES, Marcelo. op. cit. Nota 55. p. 71.

¹¹³ Interessante a passagem a passagem em que Luhmann diz que “Os heróis não podem ser esperados, mas quando eles se apresentam impede-se ou dificulta-se que eles mesmos reduzam as expectativas por meio da sua ‘normatização’”. LUHMANN, Niklas. op. cit. Nota 25. p. 100. A figura do herói remonta à Grécia antiga, onde se tratava de uma pessoa que possuía condições particulares para superar determinados obstáculos

estabelecido¹¹⁴, e, igualmente, não reconhecem a legitimidade das decisões políticas que são amparadas numa racionalidade jurídica que nega as diferenças culturais dos diversos povos¹¹⁵ e os excluem das decisões de poder que são, ao final, a eles dirigidas.

Assim, o discurso retórico da democracia racional é apropriado para manter o estado de coisas estabelecido pelos próprios representantes eleitos¹¹⁶, buscando, dessa forma, eternizar o modelo atual de representatividade. Nesse sentido, Boaventura de Sousa Santos diz que a democracia representativa, a qual chama de “elitista” e se constitui em uma verdadeira “forma hegemônica da democracia”, e que tal forma de democracia ignora “as experiências e as discussões oriundas dos países do Sul no debate sobre a democracia”.¹¹⁷

Para ele, esta democracia racional ou procedimental não é capaz de responder a dois questionamentos fundamentais: “a questão de saber se as eleições esgotam os procedimentos de autorização por parte dos cidadãos e a questão de saber se os procedimentos de representação esgotam a questão da representação da diferença”.¹¹⁸

Tal perspectiva já foi inclusive abordada no presente trabalho quando se chegou à conclusão na primeira parte deste capítulo da necessidade de uma autolegitimação e heterolegitimação do sistema representativo, são as mesmas perspectivas e ditos de outra forma por Boaventura, assim, segundo o autor, o procedimento jurídico adotado, tal como já visto, não é suficiente para gerar uma densa legitimidade popular.

intransponíveis por indivíduos comuns. “O Herói é uma figura arquetípica que reúne em si os atributos necessários para superar de forma excepcional um determinado problema de dimensão épica.” VALLE, Cléa Fernandes Ramos. TELLES, Verônica. **O mito do conceito de herói**. Disponível em: https://www.revistadoisat.com.br/numero2/01_O_Mito_do_Conceito_de_Heroi_Clea_e_Veronica.pdf. Acesso em: 10 jan. 2019.

¹¹⁴ A expressão de “manter o estado de coisas estabelecido” foi cunhada da obra de Herbert Marcuse, quando o mesmo afirma que há uma manipulação na sociedade contemporânea mantendo a sociedade como um “modelo de um comportamento arrasador do estado de coisas estabelecido”. MARCUSE, Herbert. **A ideologia da sociedade industrial: o homem unidimensional**. 4ª Ed. Tradução de Giasone Rebuá. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1973. p. 116-120.

¹¹⁵ “O monopólio da razão iluminista destruiu as outras razões que surgiram nos últimos dois séculos. Essa Razão, portanto, não era justa, pois impedia o surgimento de outras razões. Mas, mesmo assim, surgiram outras razões, que a razão universal buscava eliminar. A razão universal era incapaz de reconhecer as outras razões, incapaz de atuar com alta complexidade. Com o surgimento das outras razões, a razão universal incorria num problema: ela não pode provar a partir de si mesmo que é racional. Quem pode afirmar que aquela Razão é universal? Uma outra razão: a Razão precisa de uma outra razão para se descrever racional. Paradoxalmente, ela perde seu caráter de universalidade, Isto significa que só poderá se afirmar como tal se recorrer ao autoritarismo, ou seja, eliminando as outras razões ou, em outros termos, reduzindo bruscamente a complexidade.” GONÇALVES, Guilherme Leite. op. cit. p. 60-61.

¹¹⁶ “Nesse relativismo moral anunciava-se a redução do problema da legitimidade ao problema da legalidade, uma redução que Kelsen extraiu de uma leitura incorreta de Weber. Coube a dois autores, Joseph Shumpeter e Noberto Bobbio durante o período entre guerras e no imediato pós-guerra, transformar o elemento procedimentalista da doutrina kelsiana de democracia em um forma de elitismo democrático.” SANTOS, Boaventura de Sousa. **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 44.

¹¹⁷ Ibidem. p. 43.

¹¹⁸ Ibidem. p. 46.

Continua Boaventura a tecer críticas ao modelo do sistema representativo da modernidade, para ele o “consenso” seria um grande problema da autorização representativa, e outro problema seria a “capacidade das formas de representação de expressarem as distribuições de opiniões em nível da sociedade”, assim, conclui seu pensamento de que apesar de a “representação facilitar o exercício da democracia”, por outro lado, não garante que o “método de tomada de decisão por maioria, que as identidades minoritárias irão ter expressão adequada no parlamento”¹¹⁹.

Assim, para Boaventura, a democracia representativa não representa em pé de igualdade os subintegrados e excluídos dos “economicamente mais prósperos”, sendo, portanto, em sua perspectiva, a “articulação entre democracia representativa e democracia participativa parecem mais promissores na defesa de interesses e identidades subalternas”¹²⁰.

No mesmo sentido caminha Antônio Carlos Wolkmer, para ele, há uma verdadeira “falência dos canais tradicionais” de representação política, que são incapazes de canalizar as demandas em uma sociedade plural, havendo uma verdadeira crise de representação política por meio da “distância e/ou aproximação entre eleitores e seus representantes, a burocratização das agremiações partidárias, a ausência de controle dos mandatários”, aprofundada pelas crises as instituições políticas como um todo¹²¹.

Diz ainda que esta crise se aprofunda nos países latino-americanos, que são “marcados por acentuada tradição autoritário-patrimonialista”, assim, os grupos sociais, de um modo geral, procuram novas formas de legitimação política “informais e descentralizadas” uma vez que as formas de representação tradicional se mostram “limitadas para enfrentar situações cada vez mais complexas”, deste modo, tais influxos sociais organizados ganham relevância na medida da “capacidade de romperem com a padronização opressora e de constituírem nova identidade coletiva”¹²².

Em suma, Wolkmer acredita que o pluralismo político só poderá existir por meio de canais da democracia participativa, uma vez que o sistema representativo é dominado pelas oligarquias que não reconhecem as comunidades locais como detentoras do poder político.¹²³

¹¹⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. op. cit. Nota 116. p. 48-49.

¹²⁰ Ibidem. p. 54-55.

¹²¹ WOLKMER, Antonio Carlos. op. cit. Nota 16. p. 139-140.

¹²² Ibidem. 141-143.

¹²³ “Na medida em que a democracia burguesa formal e o sistema convencional de representação (partidos políticos) envelhecem e não conseguem absorver e canalizar as demandas sociais, criam-se condições de participação para novas identidades coletivas insurgentes. Assim, as reivindicações e as lutas políticas por direito a satisfazer às necessidades essenciais passam ao largo dos partidos políticos e dos sindicatos, afluindo para uma pluralidade de espaços públicos participativos” Ibidem. p. 253.

Contudo, é necessário ponderar que a amplitude do sistema representativo por meio da reconciliação cognitiva entre os Partidos Políticos e uma sociedade plural não coloca de lado a importância do sistema de democracia participativa, sendo necessário o recorte metodológico no presente trabalho uma vez que tal compreensão reside na esfera da eficácia normativa, não sendo, portanto, objeto a efetividade da democracia participativa no Brasil.

De toda forma, é possível verificar que as estruturas são distintas, de um lado se tem um parlamento burocrático, centralizado, hierarquizado, de outro se tem os movimentos sociais descentralizados, informais, voluntários¹²⁴.

Nesse aspecto, os influxos comunicacionais vindos “de fora” do sistema representativo atuam apenas como grupos de pressão, havendo contestação do próprio parlamento que é baseado em uma estrutura jurídica monista (racionalmente legítima) e, portanto, não reconhece legitimidade formal, amparada juridicamente, na produção da comunicação dos movimentos sociais, para o parlamento a arena do debate é o debate formal, regido por regimentos internos e demais burocratização do direito.¹²⁵

Daí, portanto, e como já dito, reside a importância da autolegitimação e heterolegitimação dos Partidos Políticos em uma sociedade plural, quer seja pela por meio da abertura interna à pluralidade, quer seja por meio da reconciliação comunicativa permanente entre o sistema representativo e a sociedade plural.

Talvez seja por essa razão que Wolkmer, apesar de insistir que devemos acabar com o pensamento de que os Partidos detêm o monopólio da representação política pondera, adiante, que não se deve “induzir à abolição do sistema representativo”, mas sim que os Partidos Políticos podem ser redefinidos e se aproximarem das bases comunitárias.¹²⁶

Evidentemente que se compreende a democracia como processo contínuo de redução de complexidades na sociedade que pode promover a legitimidade, deslegitimidade e relegitimidade de decisões para a coletividade¹²⁷, tal processo é perene, em outras palavras,

¹²⁴ WOLKMER, Antonio Carlos. op. cit. Nota 16. p. 145.

¹²⁵ “na evolução das instituições jurídicas brasileiras coexistiu desde as origens de nossa colonização, uma prática nem sempre reconhecida de pluralismo normativo corporificado, de um lado, pelo Direito estatal da oligarquias agrária e pelas leis oficiais, produção das elites e dos setores sociais dominantes, e, de outro, por práticas legais informais, obstacularizadas pelo monopólio do poder público mas geradas e utilizadas por grandes parcelas da população, por setores discriminados e excluídos da vida política. Assim, a trajetória de nossas instituições jurídicas fundadas numa cultura liberal-individualista e numa tradição patrimonialista, estatal e formalista acaba consagrando o modelo unitários, restritivo e alienígena sobre as diversas formas de pluralidade e de fontes normativas que já existiam antes mesmo do processo de colonização e de incorporação do Direito Português.” Idem. **Instituições e Pluralismo na formação do Direito brasileiro**. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Teoria do Direito e do Estado**. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1994. p. 15-16.

¹²⁶ Idem. op. cit. Nota 16. p. 148-149.

¹²⁷ “As instituições representam o poder legítimo no sentido weberiano da palavra, isto é, o poder cujas decisões são aceitas e cumpridas na medida em que consideradas como emanadas de uma autoridade à qual se reconhece

não se limita nem se deve limitar, reside exatamente na “autopromoção enquanto conquista”¹²⁸ interminável da sociedade moderna.

Neste pensamento, portanto, é possível afirmar que tanto o sistema representativo¹²⁹ deve se abrir à pluralidade, uma vez que se trata de uma exigência constitucional do reconhecimento de uma democracia plural, não excluindo, decerto, o fomento ao sistema de democracia participativa, uma vez que não se excluem, mas, sobretudo, se harmonizam.¹³⁰

o direito de tomar decisões válidas para toda a coletividade; a sociedade civil representa o lugar onde se formam, especialmente nos períodos de crise institucional, os poderes de fato que tendem a obter uma legitimação própria inclusive em detrimento dos poderes legítimos – o lugar onde, em outras palavras, desenvolvem-se os processos de deslegitimação e de relegitimação.” BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade; por uma teoria geral da política**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. p. 36-37.

¹²⁸ Cf. DEMO, Pedro. **Participação é conquista**. 3 ed. São Paulo: Cortez, 1996. p. 25.

¹²⁹ É necessário que o leitor compreenda que aqui se está a utilizar e a adotar o termo “sistema representativo” ao invés de “democracia representativa”, isso porque se entende que o modelo de representação, à luz da Teoria dos Sistemas, serve para a democracia como fator de redução das complexidades em uma sociedade moderna, daí não ser objeto do presente trabalho o debate acerca da Teoria da Representação. Assim, tal recurso se mostra necessário para evitar questionamentos sobre o sistema de representação ser, de fato, democrático, contudo, se compreende a luz de Georges Bordeau, Francis Hamon e Michel Troper como sendo o sistema representativo como uma “variedade de democracia” uma vez que advindo de um sistema de sufrágio. Nesse sentido: “le système représentatif moderne n'est pas une démocratie, mais une aristocratie, puisque la puissance suprême y est déléguée à un Parlement. [...] Cependant, l'évolution des systèmes politiques a conduit à reconsidérer ce schéma, en raison de deux phénomènes majeurs, d'ailleurs étroitement liés: l'avènement du suffrage universel et la concentration du pouvoir législatif dans la ou les chambres élues, au détriment du chef de l'Etat et des chambres héréditaires. Depuis la fin du XIX siècle, dans la plupart des Etats, la loi a pour auteur principal et quelquefois exclusif une ou deux chambres issues directement ou indirectement du suffrage universel. Dans ces conditions, la théorie de la représentation a conduit à justifier le pouvoir des parlements en cherchant à le rattacher non cratie ou au gouvernement mixte, mais à la démocratie. La thèse aujourd'hui dominante est donc que la démocratie comporte deux variétés: la démocratie directe et la démocratie représentative. La démocratie directe est le système dans lequel le peuple exerce lui-même la souveraineté. Certains estiment qu'il présente des inconvénients, tenant au risque de démagogie manière impraticable dans les grands Etats modernes. Aussi, le peuple délègue-t-il l'exercice de la souveraineté à des hommes qu'il choisit pour le représenter. Le régime représentatif est donc bien une variété de démocratie, dès lors qu'il est associé à l'élection au Cette thèse se réclame de Montesquieu. BURDEAU, Georges. HAMON, Francis. TROPER, Michel. **Droit constitutionnel**. 23^a edição. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence. 1993. p. 176. “o sistema representativo moderno não é uma democracia, mas uma aristocracia, uma vez que o poder supremo é delegado a um Parlamento. [...] No entanto, a evolução dos sistemas políticos levou a uma reconsideração deste padrão, por causa de dois grandes fenômenos, que estão intimamente ligados: o advento do sufrágio universal ea concentração do poder legislativo nas câmaras ou câmaras eleitas, em detrimento do Chefe de Estado e Câmaras Hereditárias. Desde o final do século XIX, na maioria dos estados, a lei principal e às vezes exclusiva tem sido uma ou duas câmaras direta ou indiretamente derivadas do sufrágio universal. Nessas condições, a teoria da representação levou à justificação do poder dos parlamentos, procurando ligá-lo a um governo não concreto ou misto, mas à democracia. A tese dominante hoje é que a democracia tem duas variedades: democracia direta e democracia representativa. A democracia direta é o sistema no qual as próprias pessoas exercem soberania. Alguns acreditam que tem desvantagens, assumindo o risco de demagogia impraticável nos principais estados modernos. Assim, as pessoas delegam o exercício da soberania aos homens que ele escolhe para representá-lo. O sistema representativo é, portanto, uma variedade de democracia, uma vez que está associado à eleição de Montesquieu.” (Tradução nossa).

¹³⁰ “Democracia representativa e democracia direta não são dois sistemas alternativos (no sentido de que onde existe uma não pode existir a outra), mas são dois sistemas que se podem integrar reciprocamente. Com uma fórmula sintética, pode-se dizer que num sistema de democracia integral as duas formas de democracia são ambas necessárias mas não são, consideradas em si mesmas, suficientes.” BOBBIO, Norberto. op. cit. Nota 41. p. 65.

Assim, apesar da exigência constitucional de uma democracia plural, ao observar o sistema representativo, este não abraça a pluralidade das populações tradicionais. Veja-se, portanto, como referência a população indígena no Brasil, segundo a estimativa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), no Censo Demográfico realizado em 2010¹³¹, a população brasileira autodeclarada indígena consistia em 817.963 pessoas de uma população total 190.755.799 pessoas, o que corresponde a aproximadamente 0,43%.

O fato é que, desde a promulgação da Constituição da República de 1988, só houve no Brasil uma indígena eleita para a Câmara dos Deputados, a Deputada Federal Joênia Wapichana, eleita em 2018 pelo estado de Roraima¹³², com 8.491 votos, correspondente a 3,14%¹³³ dos votos válidos do seu estado.

Portanto, o que se percebe é que os povos tradicionais não conseguem lograr êxito em eleger número considerável e permanente de representantes, sendo escamoteados do processo de representação política por meio de Partidos Políticos, cujo parlamento federal possui 513 deputados (art. 1º, Lei Complementar 78/93), daí a necessidade de se verificar a sistemática dos partidos políticos a representatividade das populações tradicionais.

1.3 PARTIDOS POLÍTICOS BRASILEIROS E PLURALIDADE: AUTOLEGITIMAÇÃO E HETEROLEGITIMAÇÃO POLÍTICA

Primeiramente, é necessário distinguir a categoria do “sistema representativo” como sistema de representação política em um Estado pretensamente democrático, da representação política por meio de Partidos Políticos. Percebe-se, portanto, que os Partidos Políticos estão inseridos dentro do sistema representativo, contudo, não encerra o sistema representativo que pode possuir inúmeras alternativas para se autolegitimar.¹³⁴

Acontece que, no Brasil, os Partidos Políticos detêm o monopólio do sistema representativo por meio da regra constitucional da necessidade da filiação partidária (art. 14, V). Esta circunstância é problemática quando se aprofunda o debate para as populações tradicionais, por exemplo, que têm costumes e tradições próprias e que não conseguem ter

¹³¹ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Censo Brasileiro de 2010**. Rio de Janeiro: IBGE, 2012. Disponível em: <https://indigenas.ibge.gov.br/graficos-e-tabelas-2.html>. Acesso em: 04 de set. 2019.

¹³² Candidatos indígenas aumentam participação em eleições nacionais. **Tribunal Superior Eleitoral**, 2019. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2019/Abril/candidatos-indigenas-aumentam-participacao-em-eleicoes-nacionais>. Acesso em: 04 set. 2019.

¹³³ Divulgação de Resultado de Eleições. **Tribunal Superior Eleitoral**, 2018. Disponível em: <http://divulga.tse.jus.br/oficial/index.html>. Acesso em 04 de set. de 2019.

¹³⁴ Cf. LUHMAN. Niklas. op. cit. Nota 29. p. 143.

representatividade efetiva em um sistema representativo com base exclusiva em Partidos Políticos.

Segundo Weber, os Partidos Políticos só fazem sentido “dentro de comunidades que, por sua vez, constituem, de alguma forma, uma relação associativa, isto é, que possuem alguma ordem racional e um aparato de pessoas dispostas a pô-las em prática”, Isso porque os Partidos atuam de modo a exercer o poder dentro desta ordem racional a partir da composição de seus filiados inseridos igualmente nesta ordem racional.¹³⁵

Precisamente por esta razão é que o sistema representativo em uma sociedade plural como a brasileira, que utiliza como forma de exercício do poder político exclusivamente por Partidos Políticos, é incompatível com o modo de vida das comunidades tradicionais, sobretudo dos indígenas.

Para promover, neste aspecto, uma norma constitucional duradoura é necessário que os Partidos Políticos, que exercem o poder dentro desta ordem racional, se preocupem não apenas com a legitimidade política de base jurídica, mas, de igual modo, com a legitimidade política de base popular, e, em uma sociedade plural, a partir de uma autolegitimação interna com a abertura democrática interna do procedimento eleitoral à esfera pública plural, transformando-se em carreadores de dissenso, bem como de uma heterolegitimação externa por meio do diálogo permanente entre os representantes já eleitos e esta sociedade plural.

Neste ponto, diga-se que, no caso das populações tradicionais, a primeira (autolegitimação interna) conduz à segunda (heterolegitimação externa), uma vez que o diálogo entre o representante eleito e os representados, no contexto das populações tradicionais, se torna bastante complexo, a depender de tradução etnográfica.¹³⁶

Portanto, não se duvida da possibilidade de alguns Partidos, ou parlamentares, defenderem pautas importantes para as populações tradicionais, mas, mesmo assim, aquela população tradicional não se enxergará representada em razão de estarem inseridas em contextos culturais distintos, o que gera maior complexidade no objeto em estudo.¹³⁷

¹³⁵ WEBER, Max. op. cit., p. 185.

¹³⁶ “A observação participante obriga seus praticantes a experimentar, tanto em termos físicos quanto intelectuais, as vicissitudes da tradução. Ela requer um árduo aprendizado lingüístico, algum grau de envolvimento direto e conversação, e freqüentemente um ‘desarranjo’ das expectativas pessoais e culturais. [...] Se é difícil, para representações dialógicas, escapar de procedimentos tipificantes, elas podem, num grau considerável, resistir ao impulso de representar o outro de forma autolegitimadora. Isto depende de sua habilidade ficcional em manter a estranheza da outra voz e de não perder de vista as contingências específicas do intercâmbio.” CLIFFORD, James. **A experiência etnográfica: antropologia e literatura no século XX**. Organizado por José Reginaldo Santos Gonçalves. 2ª ed. Rio de Janeiro: UFRJ, 2002. p. 20- 46.

¹³⁷ “Em defesa dos direitos das minorias – índios, ciganos, quilombolas, gerazeiros e outras populações tradicionais – há-se sempre de equacionar os fatores objetivos em conjunto com os subjetivos, sendo que os tratos culturais tidos como relevantes para o *discrímen* o são pelo grupo minoritário, e não pela sociedade

Com essas considerações, é necessário analisar os estatutos partidários no Brasil¹³⁸, se estes estão abertos à autolegitimação interna, consubstanciada em uma democraticidade interna plural, como carreador democrático da pluralidade e do dissenso, para fins de constituírem uma heterolegitimidade externa com o diálogo intercultural diante da pluralidade enxergada no Brasil.

Para tanto são analisados os estatutos partidários registrados no Tribunal Superior Eleitoral até o momento, que são os seguintes: Movimento Democrático Brasileiro (MDB); Partido Trabalhista Brasileiro (PTB); Partido Democrático Trabalhista (PDT); Partido dos Trabalhadores (PT); Democratas (DEM); Partido Comunista do Brasil (PC do B); Partido Socialista Brasileiro (PSB); Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB); Partido Trabalhista Cristão (PTC); Partido Social Cristão (PSC); Partido da Mobilização Nacional (PMN); Cidadania; Partido Verde (PV); Avante; Progressistas (PP); Partido Socialista dos Trabalhadores Unificado (PSTU); Partido Comunista Brasileiro (PCB); Partido Renovador Trabalhista Brasileiro (PRTB); Democracia Cristã (DC); Partido da Causa Operária (PCO); Podemos (PODE); Partido Social Liberal (PSL); Republicanos; Partido Socialismo e Liberdade (PSOL); Partido Liberal (PL); Partido Social Democrático (PSD); Patriota; Partido Republicano da Ordem Social (PROS); Solidariedade; Partido Novo (NOVO); Rede Sustentabilidade (REDE); Partido da Mulher Brasileira (PMB); Unidade Popular (UP).

Quadro 1. Análise dos Estatutos dos Partidos Políticos brasileiros, relativa à autolegitimação e heterolegitimação política: 2020.

Partidos Políticos brasileiros	Autolegitimação	Heterolegitimação
Movimento Democrático Brasileiro (MDB)	Estabelece como diretriz fundamental a democracia interna, contudo estabelece a possibilidade de intervenção/dissolução em órgãos inferiores inclusive para impedir coligações desaprovadas pelos órgãos superiores.	Estabelece como objetivo a consolidação de um regime pluralista, contudo não prevê a escolha de candidatos oriundos de populações tradicionais.

envolvente.” MAIA, Luciano Mariz. **Do papel da perícia antropológica na afirmação dos direitos dos índios.** Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/d_o_papel_da_pericia_antropologica_na_afirmacao_dos_direitos_dos_indios.pdf. Acesso em: 13 jan. 2020.

¹³⁸ Os programas e estatutos partidários são instrumentos obrigatórios para registros dos Partidos Políticos nos Brasil sendo um dos requisitos para constituição a teor do artigo 9º da Lei n.º 9.096/95, que são, em verdade, as normas internas partidárias das quais todos os filiados estão submetidos. Os programas estabelecem “seus objetivos políticos” e os estatutos “a sua estrutura interna, organização e funcionamento” (artigo 14), no contexto da autolegitimação interna é relevante a verificação dos estatutos se dispõe de norma de eficácia para trazer candidaturas das populações tradicionais para se tornarem carreadores de dissenso. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL (TSE). **Partidos Políticos registrados no TSE.** Disponível em: <http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos/registrados-no-tse>. Acesso em: 13 jan. 2020.

Partido Trabalhista Brasileiro (PTB)	Apesar de prever a possibilidade de eleições periódicas e a prevalência da vontade da maioria nas tomadas de decisões, prevê a possibilidade de intervenção nos órgãos inferiores inclusive para impedir acordo e coligações em desconformidade com as decisões superiores (art. 87).	Não prevê a escolha de candidatos oriundos de populações tradicionais.
Partido Democrático Trabalhista (PDT)	Possui regra de escolha de dirigentes e candidatos por meio de eleições, contudo prevê a possibilidade de dissolução dos órgãos inferiores.	Estabelece como compromisso básico a luta pela causa “do índio” e sem qualquer forma de discriminação, contudo não prevê a escolha de candidatos oriundos de populações tradicionais.
Partido dos Trabalhadores (PT)	Possui regra de escolha de dirigentes e candidatos por meio de eleições, contudo prevê a possibilidade de dissolução dos órgãos inferiores.	Estabelece como um dos seus fundamentos a pluralidade, diz que são deveres dos filiados combater a discriminação em relação à etnia, contudo apesar de prevê a possibilidade de criação de órgãos setoriais para atuar junto a movimentos sociais e parcelas específicas da sociedade, não fala nas populações tradicionais, bem como não prevê a escolha de candidatos oriundos destas populações.
Democratas (DEM)	Possui regra de escolha de dirigentes e candidatos por meio de eleições, contudo prevê a possibilidade de dissolução dos órgãos inferiores.	Não prevê a escolha de candidatos oriundos de populações tradicionais.
Partido Comunista do Brasil (PC do B)	Possui regra de escolha de dirigentes e candidatos por meio de eleições, contudo prevê a possibilidade de intervenção nos órgãos inferiores.	Diz que são deveres dos filiados combater a discriminação étnica, estabelece as comissões de base para atuar em setores sociais como comunidades indígenas e quilombolas, diz que tais organizações se dão para fomentar

		a participação desta população na vida partidária. Determina também a atuação junto às minorias e expressamente os indígenas, contudo não prevê a escolha de candidatos de populações tradicionais.
Partido Socialista Brasileiro (PSB)	Possui regra de escolha de dirigentes e candidatos por meio de eleições, contudo prevê a possibilidade de intervenção nos órgãos inferiores.	Cita ser fiel à democracia pluralista e diz que é objetivo abolir a marginalização de indivíduos e grupos sociais, contudo não prevê a escolha de candidatos de populações tradicionais.
Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB)	Estabelece como objetivo programático a democracia interna, possuindo regra de escolha de dirigentes e candidatos por meio de eleições, contudo prevê a possibilidade de intervenção nos órgãos inferiores.	Estabelece como objetivos programáticos o respeito ao pluralismo de idéias, culturas e etnias, bem como a articulação junto aos movimentos sociais, assegurando a representação nos quadros partidários e lista de candidatos, em especial, os setores ainda marginalizados. Diz ainda que uma das linhas de atuação junto à sociedade abrange as relações das minorias étnicas, contudo não prevê a escolha de candidatos de populações tradicionais.
Partido Trabalhista Cristão (PTC)	Possui regra de escolha de dirigentes e candidatos por meio de eleições, contudo prevê a possibilidade de intervenção nos órgãos inferiores.	Não prevê a escolha de candidatos oriundos de populações tradicionais.
Partido Social Cristão (PSC)	Possui regra de escolha de dirigentes e candidatos por meio de eleições, contudo prevê a possibilidade de intervenção nos órgãos inferiores.	Não prevê a escolha de candidatos oriundos de populações tradicionais.
Partido da Mobilização Nacional (PMN)	Possui regra de escolha de dirigentes e candidatos por meio de	Não prevê a escolha de candidatos oriundos de populações

	eleições, contudo prevê a possibilidade de intervenção nos órgãos inferiores.	tradicionais
Cidadania	Possui regra de escolha de dirigentes e candidatos por meio de eleições, contudo prevê a possibilidade de intervenção nos órgãos inferiores.	Prevê a criação de Órgão de Cooperação por meio de uma Coordenação Nacional dos Povos Indígenas, contudo não prevê a escolha de candidatos de populações tradicionais.
Partido Verde (PV)	O estatuto prevê processo de eleição interna para escolha dos candidatos. Contudo estabelece a possibilidade de intervenção nos casos de “desobediência às direções superiores” (art. 22).	Apesar de prever a o estabelecimento de “secretaria de direitos humanos e diversidade”, contudo não prevê a escolha de candidatos de populações tradicionais.
Avante	Possui regra de escolha de dirigentes e candidatos por meio de eleições, contudo prevê a possibilidade de intervenção nos órgãos inferiores.	Possui determinação de criação de núcleo de base para atuação junto à sociedade compreendendo inclusive núcleo de minorias étnicas, contudo não prevê a escolha de candidatos de populações tradicionais.
Progressistas (PP)	Possui regra de escolha de dirigentes e candidatos por meio de eleições, contudo prevê a possibilidade de dissolução nos órgãos inferiores, inclusive interferência na formação das coligações.	Estabelece que as Comissões Executivas poderão criar, dentre outras, órgãos de apoio de “Movimentos afrodescendentes”
Partido Socialista dos Trabalhadores Unificado (PSTU)	Possui regra de escolha de dirigentes e candidatos por meio de eleições, contudo prevê a possibilidade de intervenção nos órgãos inferiores.	Diz ser solidário com as “lutas das minorias, nações e povos oprimidos”, contudo não prevê a escolha de candidatos de populações tradicionais.
Partido Comunista Brasileiro (PCB)	Possui regra de escolha de dirigentes e candidatos por meio de eleições, contudo prevê a possibilidade de intervenção nos órgãos inferiores.	Não prevê a escolha de candidatos oriundos de populações tradicionais.
Partido Renovador Trabalhista	Possui regra de escolha de	Não prevê a escolha de candidatos

Brasileiro (PRTB)	dirigentes e candidatos por meio de eleições, contudo prevê a possibilidade de intervenção nos órgãos inferiores.	oriundos de populações tradicionais.
Democracia Cristã (DC)	Possui regra de escolha de dirigentes e candidatos por meio de eleições, contudo prevê a possibilidade de intervenção nos órgãos inferiores.	Diz que o Partido deverá organizar a atuação junto aos Movimentos Sociais, dentre eles o indígena, contudo não prevê a escolha de candidatos oriundos de populações tradicionais.
Partido da Causa Operária (PCO)	Possui regra de escolha de dirigentes e candidatos por meio de eleições, contudo determina que o órgão superior decidirá sobre questões da organização partidária.	Não prevê a escolha de candidatos oriundos de populações tradicionais.
Podemos (PODE)	Possui regra de escolha de dirigentes e candidatos por meio de eleições, contudo prevê a possibilidade de intervenção nos órgãos inferiores.	Estabelece como um dos princípios a pluralidade política, contudo não prevê a escolha de candidatos oriundos de populações tradicionais.
Partido Social Liberal (PSL)	Possui regra de escolha de dirigentes e candidatos por meio de eleições, contudo prevê a possibilidade de intervenção nos órgãos inferiores.	Estabelece como um dos seus fundamentos os direitos humanos e o pluripartidarismo, cita que poderão ser criados órgãos para atuar junto a grupos sociais expressivos, contudo nenhum dos grupos previamente estabelecidos tratam das populações tradicionais, bem como não prevê a escolha de candidatos oriundos de populações tradicionais.
Republicanos	Possui regra de escolha de dirigentes e candidatos por meio de eleições, contudo prevê a possibilidade de intervenção nos órgãos inferiores.	Não prevê a escolha de candidatos oriundos de populações tradicionais.
Partido Socialismo e Liberdade (PSOL)	Possui regra de escolha de dirigentes e candidatos por meio de eleições, contudo prevê a possibilidade de	Estabelece como objetivos a construção partidária junto aos setores excluídos da sociedade e manifesta solidariedade às lutas das

	intervenção/dissolução nos órgãos inferiores.	minorias, prevê a possibilidade de criação de Núcleos de Base para atuação nos diversos setores da sociedade, como, por exemplo, dos indígenas, contudo não prevê a escolha de candidatos oriundos de populações tradicionais.
Partido Liberal (PL)	Possui regra de escolha de dirigentes e candidatos por meio de eleições, contudo prevê a possibilidade de intervenção nos órgãos inferiores.	Não prevê a escolha de candidatos oriundos de populações tradicionais
Partido Social Democrático (PSD)	Possui regra de escolha de dirigentes e candidatos por meio de eleições, contudo prevê a possibilidade de intervenção nos órgãos inferiores.	Não prevê a escolha de candidatos oriundos de populações tradicionais
Patriota	Possui regra de escolha de dirigentes e candidatos por meio de eleições, contudo prevê a possibilidade de intervenção nos órgãos inferiores.	Estabelece a criação da Comissão Executiva Afro Descendente, contudo não prevê a escolha de candidatos oriundos de populações tradicionais.
Partido Republicano da Ordem Social (PROS)	Possui regra de escolha de dirigente e candidatos por meio de eleições, prevê a possibilidade de dissolução dos órgãos inferiores que não obedeçam as decisões dos superiores.	Apesar de prever a o estabelecimento de Secretaria do Multiculturalismo e Igualdade Racial, contudo não prevê a escolha de candidatos de populações tradicionais.
Solidariedade	Possui regra de escolha de dirigentes e candidatos por meio de eleições, contudo prevê a possibilidade de dissolução dos órgãos inferiores.	Não prevê a escolha de candidatos oriundos de populações tradicionais.
Partido Novo (NOVO)	Possui regra de escolha de dirigentes e candidatos por meio de eleições, contudo prevê a possibilidade de intervenção nos órgãos inferiores.	Não prevê a escolha de candidatos oriundos de populações tradicionais
Rede Sustentabilidade (REDE)	Possui regra de escolha de dirigente e candidatos por meio de	Estabelece como princípios a pluralidade política e a defesa dos

	eleições, contudo prevê a possibilidade de intervenção nos órgãos inferiores.	direitos das minorias, cria um Conselho Político composto por militantes de causas sociais, dentre eles de minorias, e de representantes de diferentes povos e populações indígenas e tradicionais, que tem a função de opinar nas decisões da Comissão Executiva Nacional
Partido da Mulher Brasileira (PMB)	Possui regra de escolha de dirigente e candidatos por meio de eleições, contudo prevê a possibilidade de intervenção nos órgãos inferiores.	Diz que o Partido busca apoiar as causas femininas, bem como que pode criar conselhos e coordenadorias ou células para atuação na área indígenas, contudo não prevê a escolha de candidatos de populações tradicionais, contudo não prevê a escolha de candidatos de populações tradicionais.
Unidade Popular (UP)	Possui regra de escolha de dirigente e candidatos por meio de eleições, contudo prevê a possibilidade de intervenção nos órgãos inferiores.	Estabelece como conteúdo programático a demarcação e posse imediata de todas as terras indígenas; defesa da cultura e dos direitos dos povos indígenas, além do fim da discriminação, contudo não prevê a escolha de candidatos de populações tradicionais.

Fonte: TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL (TSE). Partidos Políticos registrados no TSE. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos/registrados-no-tse>. Acesso em: 13 jan. 2020. Org. COSTA FILHO, A. E. N., 2020.

Da análise dos estatutos partidários, o que se verifica é que a grande maioria apenas repete os termos dos demais, suas constituições são típicas de exercício de poder concentrado, estabelecendo, salvo exceções de quorum qualificado, a possibilidade de intervenção ou dissolução nos órgãos inferiores com base em normas abstratas, ou seja, com base em critério subjetivo que será analisado pelos diretórios superiores.

Já no que diz respeito à democracia plural, alguns partidos citam a possibilidade de criação de órgãos para atuação junto às populações tradicionais com a possibilidade de estabelecimento de diálogo com tais povos, a exemplo dos seguintes Partidos: Partidos dos

Trabalhadores (PT); Partido Comunista do Brasil (PC do B); Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB); Cidadania; Partido Verde (PV); Avante; Progressistas (PP); Democracia Cristã (DC); Partido Social Liberal (PSL); Partido Socialismo e Liberdade (PSOL); Patriota; Partido Republicano da Ordem Social (PROS); Rede Sustentabilidade (REDE); Partido da Mulher Brasileira (PMB).

Outros Partidos possuem em seus estatutos algumas normas programáticas relativas às populações tradicionais, os seguintes: Partido Democrático Trabalhista (PDT); Partido Socialista Brasileiro (PSB); Partido Socialista dos Trabalhadores Unificado (PSTU); Podemos (PODE); Unidade Popular (UP). Contudo, não estabelecem a escolha de candidatos originários destas populações, ficando tais disposições apenas como discurso figurativo uma vez que não há norma que obrigue tais candidaturas.

Percebe-se, pois, que os Partidos Políticos no Brasil, em sua grande maioria, refletem em seus estatutos uma disciplina que vai de encontro ao princípio democrático previsto na CRFB, não sendo, portanto, capazes de conduzir a um denso processo democrático¹³⁹ ou, menos ainda, de serem carreadores de dissenso na sociedade plural brasileira, não havendo, portanto, uma autolegitimação e heterolegitimação política, sequer de abertura democrática interna, e ainda menos para a pluralidade dos povos tradicionais.

Ainda, é que segundo a CRFB, os Partidos Políticos adquirem personalidade jurídica na forma da lei civil (art. 17, §2º), o que significa de todo e qualquer debate jurídico acerca das regras partidárias, processo de escolha de dirigentes e candidatos, são regidos pelo feixe normativo do direito privado, o que implica em um diálogo mais rígido com os princípios constitucionais em razão dos próprios fundamentos originários do direito civil.¹⁴⁰

¹³⁹ Na análise dos dados a intenção foi de apenas dar um panorama geral, de forma objetiva, acerca de ambas as circunstâncias: democraticidade interna partidária e pluralidade. Caso o leitor tenha interesse em um estudo aprofundado sobre o tema verificar o relatório de pesquisa pós-doutoral em Ciência Política de Eneida Desiree Salgado, na oportunidade chegou-se à conclusão de que: “Os resultados encontrados na aplicação do modelo de medição do índice de democracia intrapartidária não destoaram da intuição inicial de uma tendência à organização oligárquica dos partidos. Mesmo que apenas pela leitura de seus estatutos, os partidos políticos brasileiros não apresentam, em sua grande maioria, mecanismos democráticos de organização interna e de tomada de decisões. Ainda que seja mais evidente a falta de permeabilidade das opiniões dos filiados no recrutamento de candidatos, o índice relativo à relação entre órgãos partidários é igualmente baixo. Há, pelos próprios estatutos, uma concentração de poder e de recursos nos diretórios centrais, o que é bastante grave em uma federação peculiar que não permite a organização de partidos locais”. SALGADO, Eneida Desiree. **Índice de democracia intrapartidária: uma proposta de mensuração a partir dos estatutos dos Partidos Políticos brasileiros**. Relatório (Pesquisa Pós-Doutoral). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019. p. 44. Disponível em: https://www.academia.edu/40687425/%C3%8DNDICE_DE_DEMOCRACIA_INTRAPARTID%C3%81RIA_Uma_proposta_de_mensura%C3%A7%C3%A3o_a_partir_dos_estatutos_dos_partidos_pol%C3%ADticos_brasileiros. Acesso em: 03 mar. 2020.

¹⁴⁰ “A distinção entre o Direito Público e o Direito Privado fixou-se no Direito Romano em virtude da necessidade de elaboração de regras capazes de diferenciar os bens do Império Romano daqueles do patrimônio particular do imperador; e sobre a necessidade de conceder alguns direitos subjetivos aos estrangeiros. Então, dessa idéia inicial, firmaram-se as seguintes molduras: Direito Público é o destinado a disciplinar os interesses

Outro dado interessante, neste contexto, é que no Brasil o voto é obrigatório para cidadãos maiores de 18 (dezoito) anos, e facultativo para analfabetos; maiores de 60 (sessenta) anos; maiores de 16 (dezesesseis) anos e menores de 18 (dezoito) anos (art. 14, §1º, da CRFB). Caso o cidadão não vote, deverá pagar uma multa (art. 7º, da Lei 4.737/65), caso não se pague a multa o cidadão sofrerá uma série de restrições em seus direitos políticos subjetivos, como, por exemplo, impossibilidade inscrever-se em concurso público; impedimento de receber remuneração de órgão público; obter empréstimos; obter passaporte ou carteira de identidade; dentre outros.

Contudo, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) ampliou o rol constitucional das pessoas em que o voto é facultativo no Brasil. Por meio de Resolução n.º 21.538/2003, o TSE incorporou dos julgados anteriores da Corte em que diz que os indígenas, ainda que venham se alfabetizar e se inscreverem como eleitores, estão isentos da referida multa eleitoral, estabelece também o alistamento eleitoral facultativo aos indígenas.¹⁴¹

No caso, não há necessidade da norma para os indígenas que não têm contato com a ordem normativa, de modo que, ao isentar os indígenas da multa eleitoral, apesar das melhores intenções, acaba por excluí-los do próprio sistema de representação política baseado na obrigatoriedade do voto, assim parece haver a necessidade de estabelecimento de processos de eleição alternativos, sem multa, mas de acordo com os seus costumes e tradições.

Neste sentido, a Missão de Observação Eleitoral das eleições gerais no Brasil em 2018, da Organização dos Estados Americanos (OEA), identificou que há uma sub-representação dos povos indígenas e afrodescendentes, tanto no que diz respeito às candidaturas como dentro do Congresso Nacional, bem como que a participação destas populações no processo eleitoral é reduzida. Identificou-se que “não existem dados oficiais sobre a origem étnica dos eleitores que permita saber a taxa de alistamento eleitoral e a participação eleitoral dos povos indígenas e comunidades quilombolas”.¹⁴²

gerais da coletividade ou interesses públicos; o Direito Privado é o conjunto de preceitos que regulam as relações interprivadas, o locus normativo privilegiado do indivíduo. [...] o interesse público pode servir-se do interesse privado, mas não pode pedir ao Direito Privado mais do que esse pode dar, aceitando-se dele aquilo que é essencial.” RIVABEM, Fernanda Schaefer. Direito privado e interesses o públicos: uma análise à luz de Giorgio Oppo. *Revista Eletrônica do CEJUR* - Curitiba, v. 1, n. 3, 2008. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/cejur/article/view/16757/11143>. Acesso em: 03 mar. 2020.

¹⁴¹ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL (TSE). **Resolução nº 21.538, de 14 de outubro de 2003**. Brasília: TSE, 2003. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/normas-editadas-pelo-tse/resolucao-nb0-21.538-de-14-de-outubro-de-2003-brasil-2013-df>. Acesso em: 20 fev. 2020.

¹⁴² OEA. **Missão de observação eleitoral das eleições gerais de 2018 no Brasil: Relatório final**. Washington: OEA, 2019. Disponível em: <http://www.oas.org/documents/por/press/MOE-Brasil-2018-Relatorio-Final-POR.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2020. p. 22.

Contudo, a Missão da OEA fora informada que “a taxa estimada de alistamento eleitoral dos povos indígenas corresponde a 20% de sua população”, uma das problemáticas é que as campanhas de alistamento eleitoral são divulgadas em Português, sendo um problema para as comunidades que não dominam o idioma. Também constatou o esforço da Justiça Eleitoral em promover a tradução de manuais sobre as Eleições para as línguas indígenas e a difusão das Zonas Eleitorais para as populações indígenas mais remotas, sobretudo nos Estados que possuem maior densidade de povos indígenas.¹⁴³

Ainda segundo o relatório da Missão, desde 2014 o Tribunal Superior Eleitoral coleta dados sobre as etnias dos candidatos, nas eleições de 2014 houve 2.422 dos candidatos que se declararam negros, correspondente a um percentual de 9,26%, e 85 indígenas que corresponde a 0,32% do total, já em 2018 foram 3.160 candidatos negros, 10,86% do total e 133 indígenas, 0,46% do total, ressaltando que dentre os candidatos negros o TSE não faz distinção entre os declarados negros e os quilombolas.¹⁴⁴

Também aponta o relatório que os requisitos para constituir partidos “dificultam a existências de partidos de representação indígena”, especialmente porque os povos indígenas estão dispersos geograficamente e seu baixo peso demográfico no contexto brasileiro, tendo ainda, em reuniões realizadas com a Missão, relatado os candidatos a “existência de discriminação contra os candidatos desses grupos na distribuição do financiamento público pela liderança de alguns partidos”.¹⁴⁵

Assim, a Missão da OEA fez três sugestões ao Estado brasileiro: (1) incluir a variável étnica no censo eleitoral, para que se possam ter dados efetivos sobre os eleitores oriundos de populações tradicionais com a finalidade de promover programas para inclusão destes povos no processo eleitoral¹⁴⁶; (2) reflexão sobre adoção de medidas para melhorar o acesso destes povos a cargos políticos, a exemplo do estabelecimento de cotas e financiamento direcionado; (3) que continue a Justiça Eleitoral a traduzir o material sobre as eleições para as línguas nativas dos povos sob sua jurisdição, e o fomento para escolha de indígenas como membros da Justiça Eleitoral em Estados com alta densidade indígena.¹⁴⁷

Por fim, a Missão considera que o “reflexo das diversidades multiétnicas e regionais do Brasil nos espaços de discussão política enriqueceriam o debate entre os brasileiros

¹⁴³ OEA. op. cit. p. 105.

¹⁴⁴ Ibidem. p. 108.

¹⁴⁵ Ibidem. p. 108.

¹⁴⁶ Observa-se que enquanto a Resolução n.º 21.538/2003 do TSE meramente exclui os indígenas de votos obrigatórios e alistamento eleitoral, a Missão da OEA, por outro lado, se preocupa na necessidade de programas com a finalidade de incluir as populações tradicionais no processo eleitoral.

¹⁴⁷ OEA. op. cit. 22-109.

permitindo a inclusão de todas as minorias” e que esta promoção está consagrada na Carta Democrática Interamericana.¹⁴⁸

Com essas considerações, importante aprofundar o debate de como a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) analisa o art. 23 da CADH diante do monopólio de filiação partidária por Partidos Políticos no contexto de uma sociedade plural.

Assim, deverão ser analisados todos os casos em que a CIDH analisa o art. 23 da CADH filtrando aqueles que guardam correlação com o objeto em estudo, especialmente verificando as razões de decidir da CIDH já que o art. 23 da CADH não prevê a necessidade de candidaturas políticas por meio de Partidos.

¹⁴⁸ OEA. op. cit. p. 109.

2 FILIAÇÃO PARTIDÁRIA À LUZ DA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS

No Brasil, os Partidos Políticos detêm o monopólio do sistema representativo por meio da regra constitucional da necessidade da filiação partidária (art. 14, §3º, V), por seu turno, o Brasil também é signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) por meio do Decreto n.º 678/1992, bem como, reconheceu ainda a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) para interpretação e aplicação da referida Convenção, conforme Decreto n.º 4.463/2002.

A temática sobre os Direitos Políticos é tratada no âmbito do artigo 23 da CADH, que se transcreve em inteiro teor:

ARTIGO 23

Direitos Políticos

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

- a) de participar da direção dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos;
- b) de votar e se eleitos em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores; e
- c) de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.

2. A lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades e a que se refere o inciso anterior, exclusivamente por motivos de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal.¹⁴⁹

Verificando textualmente o referido artigo em confronto com os dispositivos da Constituição brasileira que tratam dos direitos políticos, percebe-se que o artigo 23 da CADH, em que pese trazer a possibilidade de participação do poder político por meio de representantes eleitos, não diz que estes representantes devam estar, necessariamente, filiados a partidos políticos, ou, tampouco, que é necessária a filiação partidária ou a outra organização política, diferentemente, portanto, do que determina a Constituição brasileira, quando outorga o monopólio da representação política aos Partidos.

Segundo a CADH, as restrições que a Lei Nacional pode regular a fim de limitar os direitos políticos dos cidadãos serão exclusivamente por motivos de: (a) idade; (b) nacionalidade; (c) residência; (d) idioma; (e) instrução, (f) capacidade civil ou mental; (g)

¹⁴⁹ BRASIL. Decreto n.º 678, de 06 de novembro de 1992. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, 9 de nov. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 20 set. 2019.

condenação, por juiz competente, em processo penal. Há, portanto, um aparente conflito entre a normativa constitucional e a normativa internacional.

Neste contexto, é interessante registrar uma clara distinção entre a Constituição brasileira e a CADH, o que leva ao questionamento de suas razões uma vez que a Constituição brasileira de 1998 é posterior à CADH de 1968, sendo que “os constituintes brasileiros de 1988 foram muito influenciados pelo conteúdo normativo desses instrumentos”¹⁵⁰, assim que a CRFB de 1988 reflete vários dispositivos dos instrumentos do direito interamericano dos direitos humanos, contudo, divergiu em matéria da regulação do exercício dos direitos políticos, restringindo-os por meio da filiação partidária.

Tal conflito normativo não seria relevante caso a sociedade brasileira fosse uma sociedade homogênea com ampla possibilidade de aderir à democracia racional dominada por Partidos Políticos. Contudo, em uma sociedade heterogênea, como a brasileira, a estrutura partidária acaba por excluir os povos tradicionais de participarem da vida política e do poder político do país, caso assim desejem, gerando complexidade no sistema político uma vez que a sociedade plural brasileira não é efetivamente representada com igualdade.

Ainda, ao dispor sobre as populações tradicionais, a normativa internacional coloca em relevância a participação política dos povos indígenas, notadamente a Convenção n.º 169, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), sobre povos indígenas e tribais, cujo Brasil é signatário (Decreto n.º 5.5051/2004), reconheceu a existência de um direito consuetudinário indígena¹⁵¹, e foi além, definiu que é papel do Estado estimular a igualdade dos direitos que são conferidos aos demais membros da população, dentre eles, evidentemente, os direitos políticos, respeitando-se seus costumes.¹⁵²

Assim, com suporte em Borges, se verifica que a normativa internacional e a interpretação conferida pelas Cortes Internacionais que tutelam os direitos indígenas são pautadas no princípio da autodeterminação destes povos, sobretudo na proteção ao modo da organização política, dos seus territórios, dos seus costumes e tradições à luz do que preceitua a Convenção n.º 169 da OIT.¹⁵³

¹⁵⁰ MAIA, Luciano Mariz. O Brasil antes e depois do Pacto de San José. **B. Cient. ESMPU, Brasília, a. I – n.º 4.** jul./set. 2002. p. 81-97. Disponível em: <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n-4-2013-julho-setembro-de-2002/o-brasil-antes-e-depois-do-pacto-de-san-jose>. Acesso em: 04 out. 2019.

¹⁵¹ Cf. Nota 19.

¹⁵² Cf. Nota 20.

¹⁵³ Nesse sentido: “Parte-se do pressuposto de que o princípio da autodeterminação aplicado aos povos indígenas constitui um princípio fundamental, constituindo um parâmetro em torno do qual as demandas desses povos têm se articulado. Esse princípio constitui parâmetro norteador do reconhecimento dos direitos humanos dos povos indígenas na normativa internacional, com destaque à Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), como também consiste em princípio que informa a interpretação realizada pelos órgãos do sistema interamericano”. BORGES, Maria Creusa de Araújo. **O Princípio da Autodeterminação e o Direito de**

Portanto, tem-se que, enquanto a CRFB determina que somente os representantes políticos, por meio de Partidos, podem ser eleitos para participarem desta democracia representativa, por seu turno, a CADH não estabelece a filiação partidária como condição para o cidadão participar do processo de eleições políticas, e, ainda, a Convenção n.º 169 da OIT determina que os indígenas deverão gozar em condições de igualdade, dos direitos e oportunidades que a legislação nacional confere aos demais cidadãos.

Assim, é necessário verificar qual a interpretação que a CIDH confere para eficácia do disposto no artigo 23 da CADH, analisando casos julgados pela Corte que tratam dos direitos políticos especialmente no contexto de Estados que possuam uma população plural a exemplo de vários países da América Latina, uma vez que os instrumentos internacionais “inspiram interpretações novas de como implementar e dar maior eficácia aos conceitos gerais e abstratos das normas”¹⁵⁴.

2.1. DA ANÁLISE METODOLÓGICA DOS CASOS DA CIDH SOBRE O ARTIGO 23 DA CADH

Inicialmente será realizada a pré-análise da documentação correspondente aos casos já julgados pela CIDH, de modo a extrair somente aqueles que interpretaram o artigo 23 da CADH, que é objeto da presente pesquisa. Após, os casos serão explorados de modo a identificar se a CIDH traz a exigência da filiação a organizações, especialmente, a partidos políticos, para que os cidadãos possam participar do sistema representativo, ocorrendo, ao final, a síntese do tratamento dos resultados obtidos e a interpretação dos julgados.¹⁵⁵

Na pesquisa serão evidenciados aspectos sobre a interpretação do referido dispositivo da CADH daquilo “que se possa ser efetivamente observado”, de modo a evitar a subjetividade do pesquisador, contudo, o pesquisador não se manterá distante da pesquisa, realizando, por meio da dialética, o confronto entre o objeto observado e a realidade social das

Propriedade Territorial dos Povos Indígenas: uma leitura a partir do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. In: MONTE, Mário Ferreira et. al. (Org.). **Direito na lusofonia: diálogos constitucionais no espaço lusófono.** Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, Braga, Portugal, 2016, v. 1, p. 283. Disponível em: http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/47513/1/3%c2%ba%20Congresso%20em%20Direito%20na%20Lusofonia_Di%c3%a1logos%20Constitucionais%20no%20Espa%c3%70%20Lus%c3%b3fono.pdf. Acesso em: 03 mar. 2020.

¹⁵⁴ MAIA, Luciano Mariz. op. cit. Nota 150.

¹⁵⁵ BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo.** Tradução de Luís Antero Reto e Augusto Pinheiro. Lisboa: Edições 70, 1979. p. 95-101.

populações tradicionais e, em especial, da população indígena, que é um exemplo para a pesquisa em razão da possibilidade de observação com profundidade da temática.¹⁵⁶

Na realização da pré-análise da documentação mencionada foram detectados 13 casos da CIDH que envolvem a interpretação do artigo 23 da CADH, os seguintes: (i) *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*; (ii) *Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala*; (iii) *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*; (iv) *Chitay Nech e outros vs. Guatemala*; (v) *Chocrón Chocrón vs. Venezuela*; (vi) *Claude Reyes e outros vs. Chile*; (vii) *Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*; (viii) *Tribunal Constitucional vs. Perú*; (ix) *Escué Zapata vs. Colombia*; (x) *López Mendoza vs. Venezuela*; (xi) *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*; (xii) *Reverón Trujillo vs Venezuela*; e (xiii) *Yatama vs. Nicarágua*.

O caso *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela* foi sentenciado em 05 de agosto de 2008, se trata do caso em que Juízes da *Corte Primera de lo Contencioso Administrativo* na Venezuela que tutelavam atos administrativos. Os juízes, ao concederem uma cautelar contra o Município de Baruta passaram por uma investigação dos Tribunais e, posteriormente, foram decretadas suas destituições, segundo Representante, perante a Comissão, o ato violou o artigo 23 da CADH uma vez que teria havido interferência política do Presidente da República no Poder Judiciário, e que outros juízes que seriam aliados ao Partido do Governo não sofreram tais perseguições de natureza política.¹⁵⁷

O caso *Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala* foi sentenciado em 22 de novembro de 2004, se trata do caso em que o jornalista e ativista político Jorge Carpio Nicolle, juntamente com sua comitiva, fora surpreendido nas redondezas de um lugar denominado Molino El Tesoro, no Município de Chichicastenango del Quiché, por mais de quinze homens armados que atiraram a queima-roupas levando o grupo à óbito. Fora considerado que o Estado não adotou satisfatoriamente as medidas para investigação criminal, e considerado, dentre outras violações a outros artigos, que houve violação ao artigo 23.1 a), b) e c) da CADH em razão da atividade política do jornalista.¹⁵⁸

¹⁵⁶ “A pesquisa participante, de acordo com Fals Borda (1983, p. 43) é a pesquisa ‘... que responde especialmente às necessidades de populações que compreendem operários, camponeses, agricultores e índios – as classes mais carentes nas estruturas sociais contemporâneas – levando em conta suas aspirações potencialidades de conhecer e agir. É a metodologia que procura incentivar o desenvolvimento autônomo (autoconfiante) a partir das bases e uma relativa independência do exterior’ [...] a realidade não é fixa e o observador e seus instrumentos desempenha papel ativo na coleta, análise e interpretação dos dados. [...] A dialética procura captar os fenômenos históricos, caracterizados pelo constante devir. Privilegia, pois, o lado conflituoso da realidade social. GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 29-31.

¹⁵⁷ CIDH. **Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Caso *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*, 2008. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf. Acesso em: 22 set. 2019.

¹⁵⁸ Idem. Caso *Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala*, 2004. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_117_esp.pdf. Acesso em: 22 set 2019.

O caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, sentenciado em 06 de agosto de 2008, se trata do caso em que Jorge Castañeda Gutman reivindicara a necessidade da existência de um recurso constitucional que lhe permitisse se candidatar a Presidente do México sem a necessidade de estar filiado a um Partido Político.¹⁵⁹

O caso *Chitay Nech e outros vs. Guatemala*, sentenciado em 25 de maio de 2010, trata do caso do desaparecimento forçado do líder político indígena Florencio Chitay Nech, onde se narrava a falta de diligência na investigação por parte do estado da Guatemala, tendo ele sido seqüestrado por homens armados, e no mesmo dia registrado o fato na Polícia Nacional sem que esta realizasse qualquer registro, e que mesmo após 29 anos do seqüestro, ainda era desconhecido seu paradeiro. A CIDH considerou que houve violação ao artigo 23 da CADH vez que o seu desaparecimento fora vinculado à representação política que exercia na localidade, cuja expressão dos direitos políticos deve ser assegurada pelo Estado.¹⁶⁰

O caso *Chocrón Chocrón vs. Venezuela*, sentenciado em 01 de julho de 2011, trata do caso da juíza Mercedes Chocrón Chocrón em que fora destituída do seu cargo de modo arbitrário e sem o devido processo legal. No despacho de abertura, a Comissão citou que houve possível violação ao dispositivo do artigo 23.1.c, uma vez que houvera discriminação pessoal à pessoa prejudicada, contudo, a CIDH não se manifestou acerca desta violação, vez que constatou a violação em outros artigos.¹⁶¹

O caso *Claude Reyes e outros vs. Chile*, sentenciado em 19 de setembro de 2006, trata do caso de cidadãos chilenos que quiseram obter acesso à informação do Comitê de Investimentos Estrangeiros no Chile sobre a empresa Trillium responsável pelo Projeto Rio Condor onde possivelmente tal projeto poderia ser prejudicial ao meio ambiente, a Comissão alegou que houve violação ao artigo 23 uma vez que os cidadãos foram privados de participar dos assuntos políticos de seu país, contudo a corte não analisou tal violação ao artigo 23 uma vez que considerou tais argumentos como violação ao artigo 13 da CADH.¹⁶²

O caso *Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*, sentenciado em 31 de agosto de 2001, trata do caso em que o Estado da Nicarágua não teria demarcado as terras das Comunidades indígenas Awas Tingni, nem adotou medidas para assegurar o direito

¹⁵⁹ CIDH. **Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, 2008. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/castanedagutman.pdf>. Acesso em: 22 set. 2019.

¹⁶⁰ Idem. Caso Chitay Nech e outros vs. Guatemala, 2010. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_212_por.pdf. Acesso em: 22 set. 2019.

¹⁶¹ Idem. Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela, 2011. Disponível em: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_227_esp.pdf. Acesso em: 22 set. 2019.

¹⁶² Idem. Caso Claude Reyes e outros Vs. Chile, 2006. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf. Acesso em: 22 set. 2019.

de propriedade, ao contrário, emitiu concessão de terras sem consulta à comunidade indígena. Em suas alegações finais a Comissão entendeu que houve também violação ao artigo 23 da CADH na medida em que não se consultou a comunidade que teria o direito de participar dos assuntos políticos, contudo, a CIDH não apontou violação ao artigo 23 uma vez que só fora trazido em sede de alegações finais e ainda sem a devida fundamentação, aduzindo ainda que o caso seria resolvido à luz do direito de propriedade e do direito de proteção judicial aos membros de comunidades tradicionais.¹⁶³

O caso *Tribunal Constitucional vs. Perú*, sentença de 03 de janeiro de 2001, trata de possível violação aos membros do Tribunal Constitucional do Peru, dentre eles a violação ao artigo 23.1.c vez que foram destituídos por supostas irregularidades na declaração de inaplicabilidade de uma Lei Federal, o que teria violado a garantia de permanência nas funções públicas de seu país. A CIDH considerou violado o artigo 23.1.c da CADH em razão da violação ao devido processo legal onde os magistrados foram sumariamente destituídos dos seus cargos em afronta ao referido dispositivo.¹⁶⁴

O caso *Escué Zapata vs. Colombia*, sentença de 04 de julho de 2007, trata do caso em que os militares do Exército da Colômbia invadiram a casa de Germán Escué Zapata, onde o amarram e retiraram de sua casa a golpes. Após, sua mãe ouvira disparos e posteriormente encontrou seu corpo que havia sinais de tortura. A comissão verificou que German Escué fora eleito representante pela comunidade indígena de Jambaló e era dedicado à defesa do território indígena, assim o ocorrido o impediu que continuasse com a representação indígena a que fora eleito, razão pela qual a Comissão apontou também violação ao artigo 23 da CADH. No caso, a CIDH não analisou sob a ótica da violação ao artigo 23 uma vez que a violação já teria ocorrido em consonância com o artigo 4.1, e que tal alegação à violação deste dispositivo fora trazida desde o primeiro momento.¹⁶⁵

O caso *López Mendoza vs. Venezuela*, sentença de 01 de setembro de 2011, trata do caso em que o Estado venezuelano teria desabilitado López Mendoza para o exercício de funções públicas o impedindo de ser candidato nas eleições de 2008 sem as devidas garantias constitucionais. A CIDH considerou a violação aos artigos 23.1.b e 23.2 considerando que as normas devem ter marcos temporais definidos quando tratam de sanções que impliquem em

¹⁶³ CIDH. **Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, 2001. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/1d066bbac6f06f20e3bb0e08e5697c4a.pdf>. Acesso em: 22 set. 2019.

¹⁶⁴ Idem. Caso Tribunal Constitucional Vs. Perú, 2001. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_71_esp.pdf. Acesso em: 22 set. 2019.

¹⁶⁵ Idem. Caso Escué Zapata Vs. Colombia, 2007. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_165_esp.pdf. Acesso em: 22 set. 2019.

restrições de direitos políticos, sendo necessária a existência de uma previsibilidade e de uma segurança jurídica.¹⁶⁶

O caso *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, sentença de 26 de maio de 2010, trata do caso de perseguição política pelo exército colombiano e grupos paramilitares e da morte do senador Manuel Cepeda Vargas que era comunicador social e líder do Partido Comunista Colombiano e do Partido Político União Patriótica. Alegava-se que ele fora executado em uma sistemática de perseguição aos referidos Partidos Políticos, bem como estaria havendo impunidade diante da ausência de efetiva investigação do caso, razão pela qual haveria a violação ao artigo 23 da CADH. A CIDH reconheceu a violação ao artigo 23 uma vez que o Estado não assegurou ao Senador a efetiva liberdade de expressão que deve ser assegurada a quem é detentor de mandato político, e que, mesmo diante das constantes ameaças de morte, o Estado se manteve inerte em dar proteção ao parlamentar, afetando em sua liberdade de expressão e associação, culminando em sua execução.¹⁶⁷

O caso *Reverón Trujillo vs Venezuela*, sentença de 30 de junho de 2009, trata do caso da destituição da juíza María Cristina Reverón Trujillo em que o Supremo Tribunal anulou o processo em razão da afronta ao devido processo legal, contudo não determinou a restituição de sua remuneração no período em que foi afastada até a anulação do caso, a Comissão aponta que, em que pese o reconhecimento da nulidade do caso, a reparação não foi efetiva uma vez que privou a prejudicada de sua remuneração. A CIDH considerou violação ao artigo 23.1.c da CADH uma vez que em casos semelhantes o Supremo Tribunal tinha determinado a restituição da remuneração dos juízes, de modo que no caso da prejudicada houve um tratamento desigual, razão pela qual configurada a violação ao referido dispositivo.¹⁶⁸

O caso *Yatama vs. Nicarágua*, sentença de 23 de Junho de 2005, trata do caso da organização indígena Yapti Tasba Masraka Nanih Asla Takanka (Yatama)¹⁶⁹, que fora excluída de participar das eleições do ano 2000 na Nicarágua, tendo a Comissão apontado que o Estado não previu qualquer dispositivo na norma eleitoral para permitir a candidatura dos membros das comunidades indígenas, tampouco a facilitação de sua participação de acordo com o direito consuetudinário, seus valores e seus costumes. A CIDH considerou que houve violação ao artigo 23 da CADH uma vez que os direitos políticos devem ser efetivados com

¹⁶⁶ CIDH. **Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Caso López Mendoza vs. Venezuela, 2011. Disponível em: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_233_esp.pdf. Acesso em: 22 set. 2019.

¹⁶⁷ Idem. Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia, 2011. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_213_esp.pdf. Acesso em: 22 set. 2019.

¹⁶⁸ Idem. Caso Reverón Trujillo vs Venezuela, 2009. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_197_esp.pdf. Acesso em: 22 set. 2019.

¹⁶⁹ Significa “a organização dos Povos da Mãe Terra” ou a “organização dos filhos da mãe terra”.

respeito aos princípios da igualdade e da não discriminação, havendo a violação quando o Estado não garantiu o pleno exercício dos direitos políticos conforme seus costumes.¹⁷⁰

Verificando, portanto, os casos em que a CIDH tutelou o artigo 23 da CADH, dois casos são importantes para o presente trabalho, o caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos* uma vez que poderá fornecer elementos de como a CIDH trata da questão dos Partidos Políticos e, especialmente, o caso *Yatama vs. Nicarágua* uma vez que aborda a temática da representatividade política e a pluralidade nas comunidades indígenas.

Desse modo, ambos os casos serão a seguir explorados metodologicamente para que, ao final, se apresentem resultados acerca da aplicação do artigo 23 pela CIDH de modo a verificar a hipótese da presente pesquisa.

2.1.1 Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos

Trata-se do caso em que Jorge Castañeda Gutman reivindicara a necessidade da existência de um recurso constitucional que lhe permitisse se candidatar ao cargo político Presidente do México sem a necessidade de estar filiado a um Partido Político, ou seja, a possibilidade de se ter uma candidatura independente.

Assim, entendia Jorge Castañeda que a inexistência de possibilidade de possuir sua candidatura própria, independente de Partidos Políticos, violaria os direitos de participação política no Estado e a proteção judicial, nos termos tutelados pelos artigos 23, 24 e 25 da CADH, cujo Estado mexicano era subscritor.

Na instrução do processo, a CIDH rejeitou o pedido de prova pericial formulado extemporaneamente pelos representantes de Jorge Castañeda, bem como das testemunhas por eles oferecidas, deferiu apenas a oitiva da suposta vítima, já que no entender da corte, diferentemente das demais provas requeridas, a sua declaração seria útil para a resolução do caso. Outrossim, em que pese ter sido deferida a oitiva do especialista Lorenzo Córdova Vianello proposta pela Comissão, posteriormente, a Comissão desistiu da referida prova pericial. Foram ainda encaminhadas diversas manifestações de *amici curiae* nos termos do artigo 44 do Regulamento da CIDH¹⁷¹.

¹⁷⁰ CIDH. **Corte Interamericana de Direitos Humanos**. op. cit. Nota 22.

¹⁷¹ No que diz respeito à manifestação do *amicus curiae*: “em casos contenciosos é possível enviar a peça sem aprovação da Presidência da Corte, nos termos do artigo 44 do Regulamento da corte”. TRINDADE, Ivonei Souza. **Amicus curiae na Corte Interamericana de Direitos Humanos: um guia prático**. Joinville: Clube de Autores, 2018. p. 20.

2.1.1.1 Questões preliminares

Houve algumas preliminares, na primeira, o Estado argumentou que não houve afronta a lei uma vez que Jorge Castañeda solicitou seu registro de candidatura em março de 2004, muito antes da abertura do processo eleitoral que se daria somente em 2006, e a Comissão Eleitoral apenas indeferiu em razão da extemporaneidade do pedido, assim, como não houve afronta à lei, o caso não poderia ser tutelado pela CIDH. Contudo, a CIDH observou que não fora esse o motivo do indeferimento, tendo o Instituto Federal Eleitoral (IFE) considerado que “el derecho a ser postulado y ser votado para ocupar un cargo de elección popular a nível federal, sólo puede ejercerse a través de alguno de los partidos políticos nacionales”¹⁷². Assim a CIDH entendeu que independente do prazo do pedido o fato do IFE não ter sequer analisado o pedido gerou efeitos de atrair a competência da corte.

A segunda preliminar é bastante semelhante com a anterior, o Estado alegou que a CIDH não teria competência para conhecer da matéria de fundo uma vez que era fato que Jorge Castañeda teria pedido seu registro de candidatura de modo extemporâneo, razão pela qual não haveria a necessidade de tutela da CIDH. A CIDH entendeu que não estaria a julgar o pedido de registro de candidatura, mas tão somente se houve afronta aos direitos humanos tutelados pela Convenção Americana.

A terceira preliminar, o Estado alegou que possui instrumento interno de recursos que não foram esgotados integralmente por Jorge Castañeda, e, quando o fez, dirigiu a outro órgão com a finalidade de obter a inconstitucionalidade da norma, e não o deferimento de seu pedido de registro de candidatura, assim não poderia a petição ser processada na CIDH uma vez que não houvera o esgotamento das instâncias internas nos termos dos artigos 46 e 47 da CADH. A CIDH rejeitou a preliminar aduzindo que tem interpretado a regra de esgotamento das vias internas de modo a verificar a eficácia dos recursos internos para alcançar o direito material perseguido, e que a matéria seria analisada juntamente com o mérito.

Na quarta e última preliminar, o Estado alegou uma série de situações em que questionava a atuação da Comissão no referido caso. Em suma, a CIDH sustentou que a Comissão possui independência própria, bem como não ficou evidenciada qualquer atuação da Comissão tenha, de alguma forma, prejudicado o direito de defesa do Estado.

¹⁷² O direito a ser postulado e votado para ocupar uma cargo por meio de eleição popular no nível federal só pode ser exercido através de um dos partidos políticos nacionais. (Tradução nossa).

Tais questões preliminares em que pese não se aterem ao mérito da demanda, em especial à interpretação do artigo 23, podem trazer elementos para os resultados finais da análise da observação de todo o material a ser explorado.

2.1.1.2 Provas

Além das provas documentais carreadas aos autos, a CIDH ouviu Jorge Castañeda Gutman, que discorreu sobre a tentativa de registro de candidatura e sobre o processo judicial em que o Estado recusou a sua candidatura, bem como os motivos que levaram a recorrer à CIDH, e ainda os efeitos que o alegado prejuízo causou de dano material ou imaterial.

A Corte entendeu que o depoimento de Jorge Castañeda seria valorado com as demais provas documentais do processo, uma vez que ele era a pessoa prejudicada de modo que tal prova não poderia ser valorada isoladamente para formação da sua convicção.

2.1.1.3 Interpretação conferida ao artigo 23 da CADH

Em que pese outros artigos da CADH serem objeto do presente caso, a exemplo do artigo 25 onde se discute se mesmo sem estar registrado a Partido Político poderia o prejudicado interpor recurso perante as diversas esferas, o objetivo do presente trabalho é de identificar a interpretação dada especificamente ao artigo 23 da CADH no que tange a temática de registro de candidaturas sem filiação partidária, desse modo, explorado o caso com a decomposição das partes, passa-se a tecer da interpretação dada ao artigo 23 da CADH.

Neste ponto, a Comissão requereu que a CIDH declarasse a violação ao artigo 23 CADH imputando a responsabilidade ao México, em prejuízo de Jorge Castañeda, por ter sido negado seu direito a ser votado em razão da denegação de seu registro de candidatura independente, ou seja, sem estar filiado a partido político.

Os representantes de Jorge Castañeda alegaram que: (i) os Partidos Políticos não são os únicos veículos em que o cidadão pode postular cargos em eleições políticas, segundo o sistema de proteção de direitos humanos, especialmente o que restou decidido no caso Yatama; (ii) que o disposto no artigo 23.2 da CADH ao falar de “exclusivamente” não poderia o Estado criar impedimentos outros não previstos no artigo 23.2 da CADH; (iii) que as candidaturas não podem ser demasiadamente exigidas com a filiação partidária, conforme a “Observación General No. 25 del Comité de Derechos Humanos” da ONU; (iv) que as

candidaturas independentes são necessárias ante a falta de credibilidade dos Partidos Políticos e baixa participação eleitoral.

O Estado, por sua vez, argumentou que (i) os direitos políticos não são absolutos, podendo ser limitados; (ii) o monopólio de candidaturas por meio de Partidos Políticos tem fundamento no direito do Estado adotar um sistema político próprio sendo compatível com o direito internacional; (iii) que é necessária uma distinção entre limitações a direitos políticos “(como exclusiones por razones de género o étnicas)”¹⁷³ das modalidades que os Estados realizam o exercício dos direitos políticos; (iv) que o caso Yatama não se aplica ao presente caso; (v) que a “Observación General No. 25 del Comité de Derechos Humanos” não se refere ao monopólio de candidaturas por Partidos Políticos, mas sim da exigência de que os cidadãos filiem-se a determinados Partidos para serem votados; (vi) a exclusividade de candidaturas por meio de Partidos obedece a razões históricas e práticas para organizar o sistema eleitoral dentro do contexto social e econômico mexicano.

A CIDH iniciou sua apreciação destacando a importância dos direitos políticos que são direitos humanos fundamentais dentro do sistema interamericano e se relacionam com outros consagrados como a liberdade de expressão, liberdade de reunião e liberdade de associação, que fazem possível o jogo democrático, fazendo menção à importância da democracia no sistema interamericano nos termos da Carta Democrática Interamericana.

Disse ainda que o pleno exercício dos direitos políticos “constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención”¹⁷⁴.

Percebe-se, portanto, que a CIDH coloca em primazia o princípio democrático como fim em si mesmo e como meio para consecução dos direitos humanos previstos na Convenção, o sentido fixado pela CIDH vem sendo utilizado na ciência jurídica, em os conceitos de democracia e direitos humanos se confundem, enquanto aquela reside em uma auto-afirmação enquanto conquista humana e, portanto, em um direito humano, estes, só são concretizados por meio daquela.¹⁷⁵

¹⁷³ “Como exclusões por razões de gênero ou étnicas” (Tradução nossa). A passagem da argumentação chama atenção uma vez que o Estado, por seu turno, admite que pode ocorrer limitações a direitos políticos por questões étnicas, sendo que este não seria o caso tutelado.

¹⁷⁴ “constituem um fim em si mesmo e, ao mesmo tempo, um meio fundamental para que as sociedades democráticas garantam os demais direitos humanos previstos na Convenção”. (Tradução nossa).

¹⁷⁵ Nesse sentido é que diz Bobbio: “Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos.” BOBBIO, Norberto. op. cit. Nota 2. p. 7. No mesmo sentido vale ainda destacar o que diz Habermas: “Soberania popular e direitos humanos, democracia e Estado de Direito estão conceptualmente interligados. Pois a decisão inicial em favor de uma legislação democrática só pode ser executada pela via da realização daqueles direitos que os participantes

Merece destaque o trecho que será posteriormente abordado, em que a CIDH entende que o artigo 23 é distinto de outros vários artigos da Convenção, uma vez que o dispositivo, além de garantir o que os demais artigos garantem, enquanto afirmação de pessoas sujeitas de direitos humanos, traz o termo “oportunidades” o que significa que de o Estado deve garantir prestações positivas para consecução dos direitos políticos enquanto direitos humanos, e vai além, que tal determinação implica ao Estado garantir meios efetivos para quem deseje participar do sistema político baseado nos princípios da igualdade e da não discriminação.¹⁷⁶

Desta compreensão, é possível constatar que o Estado não deve apenas se abster de interferir na vida política, a exemplo do que ocorre quando se garante plena autonomia partidária sem que tais partidos observem o próprio princípio democrático, assim revela que o Estado deve ser condutor de uma esfera pública efetivamente democrática pautada em dois princípios o da igualdade, ou seja, da igualdade de condições de participar da vida política do Estado e o da não discriminação, ou seja, as pessoas não podem ser excluídas da vida política do Estado por o que são, indígenas, quilombolas, mulheres, e demais grupos minoritários.

Considera ainda a CIDH que o direito de participação política mediante o direito a ser eleito implica que o cidadão: (i) possa postular como candidato; (ii) possa postular como candidato em condições de igualdade; (iii) que possa ocupar cargos públicos sujeitos a eleição; (iv) obter a quantidade de votos necessária para ocupar o cargo público.

Portanto, aqui se tem que a Corte não desconhece a necessidade de eleição por meio do voto e a quantidade de votos para ocupar o cargo público, contudo, condiciona isso a que o cidadão possa, efetivamente, postular sua candidatura em condições de igualdade com os demais candidatos concorrentes.

Ressalta ainda a CIDH que a CADH não estabelece uma modalidade específica do sistema eleitoral, limita a estabelecer determinados paradigmas em que os Estados podem e

devem reconhecer reciprocamente, se quiserem regular legitimamente a sua convivência com os meios do direito positivo.” HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2002. p. 162.

¹⁷⁶ 145. El artículo 23 contiene diversas normas que se refieren a los derechos de la persona como ciudadano, esto es, como titular del proceso de toma de decisiones en los asuntos públicos, como elector a través del voto o como servidor público, es decir, a ser elegido popularmente o mediante designación o nombramiento para ocupar un cargo público. Además de poseer la particularidad de tratarse de derechos reconocidos a los ciudadanos, a diferencia de casi todos los demás derechos previstos en la Convención que se reconocen a toda persona, el artículo 23 de la Convención no solo establece que sus titulares deben gozar de derechos, sino que agrega el término “oportunidades”. Esto último implica la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos. Como ya lo señalara este Tribunal anteriormente, es indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para que los derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación. CIDH. **Corte Interamericana de Derechos Humanos**. op. cit. Nota 159. p. 42

devem regular os direitos políticos, aptos a cumprir uma finalidade legítima, necessária e proporcional para consecução da democracia representativa.

No que diz respeito ao termo “exclusivamente” do artigo 23.2 da CADH, que diz que a Lei Nacional pode limitar direitos políticos exclusivamente por motivos de: (a) idade; (b) nacionalidade; (c) residência; (d) idioma; (e) instrução, (f) capacidade civil ou mental; (g) condenação, por juiz competente, em processo penal, a CIDH disse ainda que tais requisitos servem de parâmetros sobre os quais o Estado pode restringir o direito de ser votado, contudo, sempre que não seja desproporcional e desarrazoado, o Estado pode regular outros requisitos para que as pessoas possam ser votadas.

Contudo, alerta a CIDH, que tais requisitos não podem deixar de garantir o efetivo gozo dos direitos políticos, pautados, sobretudo, no princípio da não discriminação. Diz ainda que o efetivo exercício dos direitos políticos demandam procedimentos e organização por parte do Estado, vez que, sem esta organização, o exercício dos direitos políticos poderiam ser prejudicados, e que as medidas que o Estado adota para organizar o processo eleitoral estão excluídas da competência da CIDH, sendo, contudo, competente para analisar se o procedimento de organização eleitoral pautada exclusivamente por meio de Partidos Políticos implica em uma restrição indevida aos direitos humanos consagrados na CADH.

Diz ainda a Corte, que a CADH não estabelece um modelo determinado do exercício dos direitos políticos, e do que consta na “Observación General n.º 25” se refere a obrigação de o Estado não liminar que os candidatos sejam membros de partidos políticos, ou de determinados partidos políticos, o que seria distinto do registro exclusivo por parte dos partidos de seus candidatos.

No presente caso, a CIDH observou que a norma que estabelece procedimentos eleitorais no México não prevê como requisito estar filiado ou ser membro de um partido político para que se registre a candidatura, ao contrário, permite que os partidos políticos solicitem candidaturas externas e de pessoas não filiadas a eles.

Para a Corte, a norma tutelada do México estabelece os Partidos Políticos como forma de organização do procedimento eleitoral para fins do exercício dos próprios direitos políticos, o que seria legítimo segundo a CIDH, contudo, a norma do México, diferentemente da Constituição brasileira, não determina que para ser candidato deve-se estar necessariamente filiado a um partido político.

Também merece destaque o fato de que os representantes do prejudicado alegaram que o caso era análogo ao caso Yatama, em que a Corte teria chegado à conclusão que não há dispositivo na CADH que determine que o cidadão só deva ser eleito por meio de partidos

políticos. Chama atenção a manifestação do Estado em que diz que o presente caso é distinto, pois se refere a candidaturas independentes, e não ao direito de determinados grupos ou organizações sociais, que não sejam partidos políticos, da possibilidade de participar de eleições municipais mediante seus costumes.

Assim, a CIDH disse que o caso Yatama era diverso do presente caso, uma vez que naquela hipótese se tratava de comunidades indígenas, que se diferenciam da maioria da população em razão de sua língua, dos seus costumes e de sua forma de organização, e estavam diante de uma situação de vulnerabilidade cujo exercício dos direitos políticos por meio de partidos políticos se tratava de uma forma de organização alheia aos seus costumes.

Disse, ainda a CIDH, que no presente caso se trata de uma pessoa que deseja ter sua candidatura independente, mas não alegou ser representante dos interesses de algum grupo vulnerável ou marginalizado na sociedade e que, por esta razão, seria impedido de participar do sistema eleitoral mexicano.

Assim, a CIDH diz que o artigo 23 estabelece as finalidades pelas quais os Estados devem regular os Direitos Políticos, contudo não estabelece as restrições específicas que devem haver para existência do próprio procedimento eleitoral e, em consequência, para o efetivo gozo dos direitos políticos tutelados.

Desse modo, analisando o caso concreto, a CIDH entendeu que pode haver sistemas baseados em Partidos, como há sistemas eleitorais de candidaturas independentes nos diversos Estados tutelados, há também o sistema misto, e que esses sistemas podem se basear nas necessidades de organização das eleições de acordo com as particularidades de cada Estado. Assim, a CIDH considerou que o México ao estabelecer que as candidaturas, ainda que independentes, devam ser postuladas por Partidos Políticos, seria necessário para organização do próprio procedimento eleitoral e, em consequência, para o efetivo gozo dos direitos políticos que, sem os procedimentos organizativos, não seriam gozados.

Continua dizendo que os Estados que admitem candidaturas independentes colocam restrições a tais candidaturas, como, por exemplo, um respaldo em um percentual de apoio dos eleitores, de modo que tanto o sistema partidário, como o sistema de candidaturas independentes, possuem restrições para fins do exercício do direitos a ser votado.

Assim, verificou a Corte que neste caso, Castañeda Gutman dispunha de alternativas democráticas caso desejasse se candidatar no México, que poderia ser filiando-se a um partido político; tentar obter a inscrição por partidos políticos ainda que não filiado; ser candidato externo de um partido; ou ainda formar seu próprio partido.

Desse modo, a Corte entendeu que a postulação de candidaturas por meio de Partidos Políticos em nível federal é uma medida idônea e justificada com o fim de organizar o próprio procedimento eleitoral. Assim, tanto os sistemas de base exclusivamente em partidos políticos como de candidaturas independentes podem ser compatíveis com a Convenção, contudo deve sempre ser feita uma reflexão sobre o processo de representatividade, especialmente considerando a profunda crise em relação aos Partidos Políticos, sendo que o Estado deve sugerir propostas para melhorar a representatividade, fortalecendo os direitos políticos e a democracia, e as candidaturas independentes pode ser um, dentre tantos, mecanismos.¹⁷⁷

Portanto, a CIDH não considerou provada que, no presente caso, que o sistema de registro de candidaturas por meio de partidos políticos, constitua uma restrição indevida para ser eleito, a luz do artigo 23.1.b da CADH, razão pela qual não haveria violação, neste caso, ao disposto no artigo 23 da CADH.

2.1.2 Caso Yatama vs. Nicarágua

Trata-se do caso da exclusão do partido político regional indígena Yapti Tasba Masraka Nanih Asla Takanka, denominado pela corte de Yatama, das eleições políticas para Prefeitos, Vice-Prefeitos e Vereadores de 05 de novembro de 2000 nas Regiões Autônomas do Atlântico Norte e do Atlântico Sul na Nicarágua¹⁷⁸, em razão da inexistência de medidas

¹⁷⁷ 204. Finalmente, la Corte considera que ambos sistemas, uno construido sobre la base exclusivamente de partidos políticos, y otro que admite también candidaturas independientes, pueden ser compatibles con la Convención y, por lo tanto, la decisión de cuál sistema escoger está en las manos de la definición política que haga el Estado, de acuerdo con sus normas constitucionales. A la Corte no se le escapa que en la región existe una profunda crisis en relación con los partidos políticos, los poderes legislativos y con quienes dirigen los asuntos públicos, por lo que resulta imperioso un profundo y reflexivo debate sobre la participación y la representación política, la transparencia y el acercamiento de las instituciones a las personas, en definitiva, sobre el fortalecimiento y la profundización de la democracia. La sociedad civil y el Estado tienen la responsabilidad, fundamental e inexcusable de llevar a cabo esta reflexión y realizar propuestas para revertir esta situación. En este sentido los Estados deben valorar de acuerdo con su desarrollo histórico y político las medidas que permitan fortalecer los derechos políticos y la democracia, y las candidaturas independientes pueden ser uno de esos mecanismos, entre muchos otros. CIDH. **Corte Interamericana de Derechos Humanos**. op. cit. Nota 159. p. 57.

¹⁷⁸ A Nicarágua é dividida administrativamente por 15 departamentos e 02 regiões autônomas, nesse aspecto a Lei n.º 28 de 1987 da Nicarágua concedeu autonomia as regiões do Atlântico Sul e Atlântico Norte, considerando as características indígenas que possuem seus costumes, línguas e tradições próprias, e reconhecendo sobretudo que “la lucha revolucionaria del pueblo nicaragüense por construir una nación nueva, multiétnica, pluricultural y multilingüe, basada en la democracia, el pluralismo, el antimperialismo y la eliminación de la explotación social y la opresión en todas sus formas” entendo que o processo de autonomia fortalece a cultura nacional e possibilita o desenvolvimento cultural e regional das comunidades indígenas, assim são direitos estabelecidos pela Lei: “Art. 11.- Los habitantes de las Comunidades de la Costa Atlántica tienen derecho a: 1. La absoluta igualdad de derechos y deberes entre sí, independientemente de su número poblacional y nivel de desarrollo. 2. Preservar y desarrollar sus lenguas, religiones y culturas. 3. Usar, gozar y disfrutar de las aguas, bosques y tierras comunales dentro de los planes de desarrollo nacional. 4. Desarrollar libremente sus organizaciones sociales y productivas conforme a sus propios valores. 5. La educación en su lengua materna en español, mediante programas que recojan su patrimonio histórico, su sistema de valores, las tradiciones y

legislativas, ou de outra medida, para contemplar as candidaturas indígenas, não tendo previsão na legislação eleitoral da possibilidade de participação política efetiva das comunidades indígenas das Regiões Autônomas da Costa Atlântica da Nicarágua de acordo com o direito consuetudinário, bem como de seus valores e costumes, fato que teria, segundo a Comissão, contrariado, dentre outros dispositivos, o artigo 23 da CADH.

Antes de o caso ser analisado pela CIDH, a Comissão propôs ao Estado da Nicarágua para que, no prazo de dois meses, adotasse medidas administrativas e legislativas para garantir a efetiva participação dos povos indígenas e de suas organizações representativas, a partir de consulta aos indígenas, nas eleições políticas, levando em consideração o direito consuetudinário, os valores e costumes dos povos habitantes das Regiões Autônomas da Costa Atlântica da Nicarágua.

Como o Estado não cumpriu a recomendação da Comissão, esta resolveu apresentar o referido caso à Corte, anexando prova documental, requerendo produção de prova testemunhal e pericial. Após, houve a fase de habilitação dos representantes do Estado e das supostas vítimas e também dos *amici curiae*. A Corte solicitou ainda do Estado o encaminhamento da lista dos candidatos registrados pelo partido político Yatama na Região Autônoma do Atlântico Norte (RAAN) e da Aliança do Partido dos Povos Costeiros e Yatama na Região Autônoma do Atlântico Sul (RAAS).

O Estado respondeu que não houve registro de candidatos da organização política Yatama, uma vez que não cumpriram o requisito da Lei Eleitoral que estabelecia a necessidade de 3% de assinaturas de apoio, além da constituição em seis meses anteriores à Eleição, sendo que tais requisitos estão de acordo com a Lei.

2.1.2.1 Questões preliminares

Houve cinco questões preliminares apresentadas pelo Estado, a primeira fora analisada pela corte juntamente com quarta que se questionava a ausência de jurisdição da CIDH e a falta de ação (violação) a ser tutelada. Sustentou, no que tange ao artigo 23, que o fato de a norma eleitoral regular os requisitos para apresentação de candidatos não viola o

características de su medio ambiente, todo de acuerdo con el sistema educativo nacional. 6. Formas comunales, colectivas o individuales de propiedad y la transmisión de la misma. 7. Elegir y ser elegidos autoridades propias de las Regiones Autónomas. 8. Rescatar en forma científica y en coordinación con el sistema nacional de salud, los conocimientos de medicina natural acumulados a lo largo de su historia.” NICARÁGUA. Ley n.º 28, de 07 de 7 de Septiembre de 1987 . Estatuto de la autonomía de las regiones de la Costa Atlántica de Nicaragua. **Diário Oficial de la República de Nicaragua n.º 238**. Manágua, 30 de Octubre de 1987. Disponível em: <http://legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/xpNorma.xsp?documentId=9F88A9114C4CA12F062570A100578099&action=openDocument>. Acesso em: 01 out. 2019.

artigo 23 CADH, bem como que a própria Comissão reconheceu a existência de numerosas leis e disposições constitucionais em favor das comunidades da Costa Atlântica de modo que possam se desenvolver de acordo com o seu modo de vida. A CIDH entendeu que estas preliminares se referem ao próprio mérito da causa, assim, não conheceu estas exceções.

A segunda preliminar, o Estado sustentou que o caso não deva ser admitido uma vez que não preenche os requisitos do artigo 46.2.a.b.c da CADH, já que a legislação vigente permite o efetivo devido processo legal tendo, os denunciante, esgotado as vias internas de acordo com a Constituição da Nicarágua. A CIDH rejeitou a preliminar argumentando que as argumentações deverão ser enfrentadas juntamente com o mérito do caso.

A terceira preliminar, o Estado alegou que a representação foi formulada por pessoa que não detinha a procuração das vítimas. A CIDH entendeu que o acesso dos indivíduos ao Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos não pode ser restringido pela exigência da representação legal. Podendo a denúncia ser apresentada inclusive por pessoa diversa da vítima. Além do mais, a CIDH entendeu que não é indispensável que as procurações concedidas para representação perante a Corte cumpram as mesmas formalidades que atribuídas pela legislação do Estado demandado.

Na quinta preliminar, o Estado sustentou que a demanda é obscura em razão de não ter pedido concreto uma vez que a Comissão pede que a CIDH declare a violação a CADH pela Nicarágua para seja reformada a legislação eleitoral e facilitar a participação política das organizações indígenas da Costa Atlântica. A Corte entendeu que é seu papel verificar se o Estado adequou a legislação interna aos preceitos do direito internacional dos direitos humanos assumidos por ocasião da adesão à CADH.

Tais questões preliminares, em que pese não se aterem ao mérito da demanda, em especial à interpretação do artigo 23, podem trazer elementos para os resultados finais da análise da observação de todo o material a ser explorado.

2.1.2.2 Provas

Antes de adentrar na matéria das provas, é importante registrar que neste caso a CIDH tratou inicialmente de fundamentar que a matéria de prova é aquela que pode ser utilizada sob o manto do contraditório, e que a valoração dada a cada uma das provas para formar sua convicção trata-se de prerrogativa das Cortes Internacionais.

A primeira prova referenciada se tratou da chamada prova “documental”, consubstanciada de testemunhos e pareceres periciais.

A primeira testemunha, proposta pela Comissão e pelos Representantes foi *Centuriano Knight Andrews*, representante legal do Yatama na RAAN, em linhas gerais o depoente informou que a organização Yatama é protetora das comunidades indígenas que sempre se recorrem a ela para dirimir os conflitos dentro das comunidades. Tal organização, desde 1990, participava das eleições políticas como “associação de inscrição popular”, onde qualquer organização poderia participar das eleições desde que tivesse um número de apoiadores por meio de assinaturas, e que não era exigida a apresentação de candidatos em todas as circunscrições eleitorais, contudo a nova lei eleitoral de 2000 acabou com as candidaturas via inscrição popular obrigando a organização social a se transformar em Partido Político, caso assim desejasse participar das eleições políticas, bem como que essa mudança impediu a organização de acesso a recursos de modo a competir com igualdade com os demais partidos políticos, uma vez que os indígenas tinham dificuldades em se estabelecer nessa nova sistemática partidária.

Disse ainda, a testemunha, que o Conselho Supremo Eleitoral notificou o Yatama de que não obtivera as condições de participar do pleito, uma vez que não conseguira seu registro jurídico junto aos órgãos competentes no prazo de 06 meses antes das eleições, bem como não teria apresentado candidatos em todas as regiões o que seria obrigatório de acordo com a nova lei eleitoral. Segundo a testemunha, as alegações não procedem uma vez que o Yatama teria obtido a tempo o seu registro, bem como apresentara candidatos em 5 municipalidades de um total de 6, sendo a RAAS e a RAAN independentes, tal fato poderia ter afetado as candidaturas na RAAS, mas não na RAAN, onde conseguiu preencher o total de candidatos.

Assim, a exclusão dos candidatos indígenas não afetou somente a eles, que despenderam tempo e dinheiro, houve uma significativa abstenção das comunidades indígenas nas votações vez que somente se votou em centros urbanos e em regiões “mestiças”, tal fato ocorreu em razão de que as comunidades não apresentaram representação no poder legislativo da região, mesmo tendo 80% da população indígena na RAAN e 20% na RAAS e 15% da população nacional. Apenas 05 deputados representariam a RAAN e a RAAS, mas que são oriundos de partidos tradicionais, não possuindo “uma visão indígena”.¹⁷⁹

¹⁷⁹ Trecho do depoimento: “A exclusão do YATAMA das eleições afetou os candidatos e suas famílias, que investiram dinheiro, tempo e ‘deixaram de trabalhar para se dedicar à [...] campanha política’. Assim mesmo, afetou o YATAMA, que ‘financiou a realização das assembleias, e as comunidades indígenas, que não contaram com os representantes ‘que já haviam elegido’. Nas eleições houve abstencionismo: somente se votou nos grandes centros urbanos e em ‘regiões de presença mestiça’. O fato de não terem representantes indígenas, fez com que ‘a maioria dos investimentos e projetos fossem transferidos a locais onde residem simpatizantes dos que foram escolhidos’. As comunidades não possuem ‘representação no poder legislativo’, mesmo quando os indígenas constituem 80% da população da RAAN, 20% da RAAS e 15% da população nacional. Somente cinco deputados representam a RAAN e a RAAS, os quais pertencem aos partidos tradicionais e nenhum tem ‘uma

Outro testemunho de *Nancy Elizabeth Henríquez James*, membro do Diretório do partido Yatama, disse que o Partido cumpriu com as obrigações eleitorais a tempo e modo, sendo que após a exclusão houve protestos das comunidades indígenas e, por essa razão, o Governo teria enviado tropas das forças especiais da Polícia Nacional.

Mais um depoimento foi de *Eklan James Molina*, apresentado como candidato a prefeito pelo Yatama no Município de Prinzapolka da RAAS para as eleições municipais do ano 2000, o depoente disse que gastou 500.000 córdobas para realizar sua campanha, e que sua escolha para ser candidato pelo Yatama se deu com respaldo de mil assinaturas, que após a exclusão do Yatama, além do protesto, houve abstenção de 85% de votos, para ele, a lei eleitoral deveria ser reformada para permitir eleições autônomas de acordo com os costumes das comunidades indígenas.

Em seguida, o depoimento de *Hazel Law Blanco*, advogada, reiterou o que foi dito pelas demais testemunhas acrescentando que a exclusão do Yatama “significou um fator a mais de dominação e a expressão de um ‘poder arbitrário e racista’”.

Por fim, o depoimento de *Cristina Poveda Montiel*, apresentada como candidata a prefeita pelo Yatama no município de Rosita da RAAS para as eleições municipais de 2000, a depoente acrescentou que o Estado deveria ressarcir os gastos com as eleições bem como deveria “respeitar a dignidade dos povos indígenas, que possuem o ‘direito a eleger’ seus governos, de acordo com seus costumes e tradições”.

No que diz respeito às Perícias, inicialmente houve quatro, sendo duas propostas pela Comissão e outras duas pelo Estado. A primeira de *María Luisa Acosta Castellón*, advogada de algumas comunidades indígenas da Costa Atlântica, segundo a perita, o Yatama não seria apenas um partido político, “mas a organização etnopolítica de maior trajetória na Costa Atlântica da Nicarágua, pois está formada pelas comunidades indígenas e étnicas, especialmente por ‘membros do povo indígena miskito¹⁸⁰’”.

visão indígena’. Os sete membros do Conselho Supremo Eleitoral pertencem aos partidos políticos tradicionais e nenhum deles é indígena. A Lei Eleitoral deve ser reformada, estabelecendo uma ‘quota política fixa para os povos indígenas na Assembleia Legislativa e nos demais órgãos do Estado’”. CIDH. **Corte Interamericana de Direitos Humanos**. op. cit. Nota 22. p. 74.

¹⁸⁰ “Apesar de ter ganhado um regime autônomo em 1987, passando a escolher seus próprios governadores, a Miskititá tem os piores índices socioeconômicos da Nicarágua - que por sua vez é o país mais pobre da América Central. Só o desemprego ronda entre os 80% e 90%, segundo números oficiais. Além da barreira cultural, a Miskititá, coberta principalmente por pântanos e florestas, vive fisicamente isolada do resto do país: sem nenhuma estrada pavimentada, a viagem de Bilwi a Manágua leva em média 30 horas em ônibus, apesar da distância de apenas 550 km. Pelo ar, são apenas três voos diários de 1h30, em avionetas com 12 lugares. Bilwi impressiona pela pobreza: quase todas as casas são de madeira, construídas sobre palafitas para separá-las da água imunda que acumula no chão. A maioria das ruas é de terra, e a praia está coberta de lixo e imensas poças de água parada de esgoto.” ÍNDIOS da Nicarágua buscam independência. **Folha de São Paulo**, 2009. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft2712200909.htm>. Acesso em: 06 out. 2019.

Segundo ainda esta perita, a organização Yatama foi fundada para promover um autogoverno por meio de uma democracia comunitária com base nos costumes e tradições indígenas. O direito consuetudinário indígena, obrigatório aos membros das comunidades, é transmitido de forma oral e preservado pela memória histórica e coletiva, e reconhecida sua validade pela própria Constituição da Nicarágua, e que um dos direitos indígenas é o de escolher suas autoridades de acordo com seus costumes e tradições, e o reconhecimento dessa “diversidade étnica tem, como propósito, eliminar a discriminação contra esses povos”, por meio da garantia dos direitos políticos de acordo com seus costumes e tradições, bem como o autogoverno é reconhecido pelo Estatuto da Autonomia.

Por fim, disse que a eleição dos representantes das comunidades, do conselho de anciãos e demais autoridades, não se dá por meio de um direito escrito, mas por meio do direito consuetudinário. Assim, a participação do Yatama nas eleições políticas é uma forma de “contribuir à proteção da sobrevivência cultural e econômica dos povos indígenas”, bem como há uma diferença dos partidos tradicionais que “fazem suas campanhas nos centros urbanos, o Yatama realiza suas atividades no seio dos povos indígenas”.

Outro perito admitido foi *Robert Andrés Courtney Cerda*, Diretor Executivo da organização não governamental “Ética e Transparência”, tal perito, diferentemente do anterior, narrou questões procedimentais, de que para cumprir a exigência da lei eleitoral o Yatama teve que se aliar ao Partido Indígena Multiétnico e com o Partido dos Povos Costeiros, sendo que este último não cumprira a exigência de 3% de assinaturas de eleitores, contudo em nada afetaria o Yatama que cumpriu os requisitos, todavia, fora excluído por não apresentar candidatos em todas as localidades. Para o perito, a abstenção de 80% significa que os representantes eleitos carecem de legitimidade e não representam a população indígena.

Mauricio Carrión Matamoros, advogado, apresentado pelo Estado, disse que há a supremacia da Constituição sobre as leis eleitorais, sendo a lei eleitoral uma lei constitucional, uma vez que aprovada por 60% dos deputados da assembleia nacional, que se trata do “único poder que tem a competência para aprovar reformas à Lei Eleitoral”.

Lydia de Jesús Chamorro Zamora, advogada, apresentada pelo Estado, também se referiu à supremacia da Constituição, e ainda a existência de Leis Constitucionais sobre as Leis Ordinárias, sendo que a lei eleitoral se trata de uma lei constitucional, uma vez que demanda a maioria qualificada para aprovação, razão pela qual sua aplicação, segundo a Constituição, é de competência exclusiva do Conselho Supremo Eleitoral, e só pode ser alterada pela Assembleia Nacional.

A CIDH ainda admitiu, posteriormente, na audiência pública, declarações de testemunhas e peritos encaminhadas pelas partes, que reafirmaram basicamente o que foi dito pelas outras testemunhas e peritos

Brooklyn Rivera Bryan, principal dirigente da organização Yatama, acrescentou que a organização política está ligada às suas tradições, que tem um regime próprio de escolha de representantes em três níveis e que permite a inclusão de candidatos “mestiços” em eleições regionais, e que os partidos tradicionais desenvolvem suas campanhas alheias as tradições indígenas, que a organização Yatama decidiu entrar na vida política para reivindicar os direitos dos povos indígenas e que foi obrigada a se transformar em um partido político por ocasião da nova Lei Eleitoral de 2000, que eliminou a possibilidade de candidaturas por meio de inscrição popular, e que o fato de se transformar em partido político passou a organização de se constituir em uma tradição oral para uma legislação escrita, para cumprir os requisitos impostos pela Lei Eleitoral, sendo que foi necessário fazer campanha até em territórios que não possuem comunidades indígenas.

Jorge Teytom Fedrick, encarregado das “relações internacionais” do Yatama, para ele, “na Costa Atlântica existem tradições culturais diferentes às da Costa Pacífica e são falados seis idiomas diferentes”, e que o Estado teria reformado a Lei Eleitoral justamente como estratégia para impedir a participação do Yatama no poder político. Para ele, “o Yatama é mais que um partido. É parte da vida, é a história, é um processo de luta, é a ‘organização dos filhos da mãe terra’, pois ‘sem terra não existimos’”, assim, no sistema indígena as decisões são tomadas por meio de um consenso comunitário, já nos Partidos, as decisões são movidas por interesses pessoais, incompatíveis com as tradições indígenas.

Ainda foram aceitas as declarações de *John Alex Delio Bans*, representante do Yatama na RAAS no ano 2000 e *Anicia Matamoros de Marly*, proposta como candidata a vice-prefeita pelo Yatama no Município Puerto Cabezas da RAAN para as eleições municipais do ano 2000, que basicamente corroboraram com o que tinha sido dito, anteriormente, pelas demais testemunhas.

Fora colhida também a prova pericial da perita *María Dolores Álvarez Arzate*, antropóloga e etnóloga, arrolada pelas supostas vítimas, que salientou que a Costa Atlântica ocupa 50% do território da Nicarágua e possui uma população de 170.000 indígenas, que se organizam politicamente por meio de assembleias comunitárias, possuindo ainda instâncias superiores para decisões mais importantes, cuja forma de organização é oral, nas assembleias são escolhidos os candidatos, que, de acordo com os costumes, devem gozar de prestígio e serem moralmente idôneos. Algumas situações os impedem da participação política como a

ausência de escritórios para registro de eleitores, bem como a listagem eleitoral, pois são povos que estão constantemente mudando de território, além disso, os documentos eleitorais não são emitidos na língua indígena, sendo que as regras da Lei Eleitoral representam uma “visão global” que olvida as tradições culturais indígenas, especialmente sua tradição oral.

Foram dois os peritos propostos pelo Estado nesta nova assentada. O primeiro *Carlos Antonio Hurtado Cabrera*, encarregado da Secretaria da Presidência da República para os Assuntos da Costa Atlântica, disse que a Lei Eleitoral anterior representava uma essência de uma democracia para a Nicarágua, pois permitia as inscrições populares, excluída pela nova lei, sendo necessária uma reforma eleitoral, contudo os partidos políticos majoritários não têm interesse em fazê-la, já que estão satisfeitos com a lei atual. Por fim, *Marvin Saúl Castellón Torres*, Procurador Auxiliar da Propriedade, que tratou basicamente das dificuldades de uma reforma eleitoral que dependia de 60% de votos favoráveis dos deputados.

Após a admissão das provas acima referidas, a CIDH entendeu como fatos provados os seguintes, em síntese: (i) a população da Nicarágua é multiétnica, multicultural e multilígue; (ii) a Constituição da Nicarágua estabelece que as comunidades da Costa Atlântica têm o direito de preservar suas tradições e sua forma de organização; (iii) que 172.069 habitantes da Costa Atlântica pertencem a comunidades indígenas, cerca de 3,13% da população nacional; (iv) que a organização Yatama se trata de uma organização etnopolítica regional com a finalidade de defender o direito histórico dos povos indígenas e promover o autogoverno com base de democracia comunitária¹⁸¹; (v) a Yatama participava de eleições desde 1990 por meio de inscrições popular e que a Lei Eleitoral de 2000 não contemplou a participação nas eleições de organizações políticas de inscrição popular, somente permitindo a participação por meio de Partidos Políticos, cuja forma de organização não é própria dos povos indígenas; (vi) para inscrição os Partidos devem observar: (a) se estabelecer como forma de partido político pelo menos 06 meses antes das eleições, com respaldo de 3% de assinaturas dos cidadãos com o respectivo número do documento da identidade; (b) devem inscrever candidaturas em pelo menos 80% dos municípios; (vii) que o Yatama, apesar de se registrar como Partido Político, foi excluído porque um partido indígena que formou aliança não teria alcançado o número mínimo de 3% de assinaturas válidas, prejudicando toda a inscrição de

¹⁸¹ “124.13) A organização YATAMA tem uma forma organizativa própria herdada de seus antepassados, denominada “democracia comunitária”, a qual está baseada em assembleias de comunidades e bairros, assembleias territoriais nos territórios indígenas ou étnicos, e regionais na RAAN, RAAS e Jinotega.⁴² Cada assembleia comunal, instância de decisão da comunidade e bairro, está integrada pela assembleia das famílias (Tawan Aslika), ou seja, por todas as famílias indígenas ou étnicas pertencentes à comunidade ou bairro, e a referida assembleia comunal está dirigida pelo Conselho Comunal (Wihta Daknika), que é a estrutura executiva da assembléia.” CIDH. **Corte Interamericana de Direitos Humanos**. op. cit. Nota 22. p. 43.

candidaturas da aliança; (viii) os únicos candidatos que foram eleitos em 2000 foram os candidatos de partidos tradicionais, tendo a nova Legislação Eleitoral, através das exigências de constituição de um partido político, diminuído a possibilidade de participação das organizações indígenas nas eleições; (ix) nas eleições de 2004, já como partido político, a Yatama elegeu três prefeitos; (x) em 2000, o requisito de 3% de assinaturas para constituição de um Partido foi declarado Inconstitucional por determinar exigência que não seria possível o cumprimento por todos os partidos políticos que desejarem participar do processo político.

2.1.2.3 Interpretação conferida ao artigo 23 da CADH

Em relação à violação ao artigo 23 da CADH, a Comissão alegou que (i) os candidatos apresentados pela Yatama foram impedidos de participarem das eleições políticas; (ii) os órgãos devem garantir o exercício dos direitos políticos; (iii) o direito interamericano requer a proteção especial aos indígenas de modo a exercer seus direitos em igualdade com os demais membros da população; (iv) o artigo 23 da CADH aliado à normativa interna “tendem a fortalecer a participação política dos povos indígenas”; (v) apesar do artigo 71 da Lei Eleitoral estabelecer que será observada o modo de organização indígena para formação dos partidos regionais, sujeita esses partidos aos mesmos requisitos dos partidos tradicionais; (vi) assim, requer que a CIDH declare violação ao artigo 23 por a Lei Eleitoral não prever a facilitação da participação das organizações indígenas no processo eleitoral, “de acordo com o direito consuetudinário, os valores, usos e costumes dos povos indígenas que a habitam”.

Os representantes alegaram que (i) o Estado violou os direitos políticos dos candidatos apresentados pelo Yatama, criando obstáculos que impediram a igualdade de oportunidades entre os nicaraguenses; (ii) os candidatos do Yatama não puderam exercer seus direitos políticos de acordo com seu direito consuetudinário, suas tradições e seus costumes; (iii) as comunidades indígenas não tiveram o direito de serem representadas por seus próprios integrantes, e a falta de representatividade teria gerado efeitos diretos nas decisões políticas tomadas em âmbito regional, sobretudo a respeito do manejo dos recursos; (iv) o direito internacional assegura aos indígenas, caso assim desejem, a efetiva participação política “nas decisões que afetem seus direitos, vidas e destinos, por via de representantes eleitos por eles de acordo com seus próprios procedimentos”; (v) houve discriminação do Estado quando estabeleceu requisitos legais excessivos às organizações indígenas que não têm as mesmas possibilidades de cumpri-las que os partidos políticos tradicionais; (vi) são necessárias medidas para garantir o efetivo direito de igualdade das comunidades indígenas do restante da

população, sobretudo para “garantir a sobrevivência dos valores culturais e, em particular, das formas de participação política”; (vii) houve também afronta à igualdade quando o Estado não previu na normativa medidas especiais “para facilitar e assegurar a participação política dos povos indígenas, de acordo com seus valores, usos e costumes”.

Por sua vez, o Estado argumentou que (i) nas eleições foram respeitadas as Leis Eleitorais e a Constituição; (ii) que nas Eleições de 2004, após cumprir os requisitos eleitorais, o Yatama obteve vitórias em seis cidades; (iii) que os candidatos indígenas devem se submeter aos mesmos requisitos legais dos demais candidatos e pensar de modo diverso seria contemplar indevidamente um agrupamento independente dentro do Estado; (iv) que a Lei Eleitoral está em constante aperfeiçoamento e que é possível, a partir da orientação das normas internacionais, alterar a legislação de modo a contemplar pessoas que estão longe dos centros urbanos; (v) a Lei Eleitoral tem hierarquia constitucional e necessidade de aprovação de 60% dos deputados da assembléia nacional para alteração; (vi) que não houve ferimento ao direito à igualdade e à não discriminação pela Lei Eleitoral; (vii) que a Lei Eleitoral reconhece as peculiaridades dos povos indígenas, contudo eles devem se submeter aos mesmo requisitos que todos os demais cidadãos da Nicarágua.

Interpretando o artigo 23 em consonância com o artigo 24, que determina que “todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei”, a CIDH entendeu que os princípios da igualdade e da não discriminação constituem fundamento na tutela dos direitos humanos nos instrumento internacionais.

É com base nestes princípios que os Estados têm o dever de não estabelecer nas leis internas quaisquer regras discriminatórias, (expectativa negativa) bem como de “eliminar as regras de caráter discriminatório, combater as práticas deste caráter e estabelecer normas e outras medidas que reconheça e assegure a efetiva igualdade perante a lei de todas as pessoas” (expectativa positiva), razão pela qual não é possível diferenciar pessoas em uma norma sem uma “justificação objetiva e razoável”, nos termos do artigo 24 da CADH.

Assim, a Corte passou a analisar, diante do caso concreto, se houve restrição aos direitos políticos previstos no artigo 23 à luz dos princípios da igualdade e da não discriminação previsto nos artigos 24 da CADH.

A Corte considera que a democracia representativa é determinante no sistema de proteção aos direitos humanos dos Estados Americanos, cujo exercício dos direitos políticos

nesta perspectiva é resguardado em diversos instrumentos internacionais¹⁸², com a finalidade de “fortalecimento da democracia e o pluralismo político”.

Disse ainda que os Estados devem assegurar o efetivo exercício dos direitos políticos previstos no artigo 23 da CADH, “respeitando o princípio de igualdade e não discriminação”. Que leva ao direito dos cidadãos de participarem da direção dos assuntos políticos do Estado por meio de representantes eleitos, sendo o direito ao voto “um dos elementos essenciais para a existência da democracia e uma das formas com as quais os cidadãos exercem o direito à participação política”.

Para a Corte, o Estado deve promover os direitos políticos e, à luz do caso concreto, deve colocar em relevo o fato de serem indígenas que se diferenciam da maioria da população por suas tradições, costumes, línguas e forma de organização. Sendo certo que os direitos políticos não são direitos absolutos, são passíveis de limitações pelo Estado, contudo tais limitações devem “observar os princípios de legalidade, necessidade e proporcionalidade em uma sociedade democrática”, em que se exige que o Estado estabeleça de forma clara e objetiva os requisitos para os cidadãos participarem das eleições. Além do mais, não podem tais requisitos ser discriminatórios, e a ressalva deve ser proporcional, ou seja, se pautar em uma finalidade pública restringindo da forma menor possível os referidos direitos.

A CIDH diz que os padrões da democracia representativa devem “observar a realização de eleições periódicas, livres, justas e baseadas no sufrágio universal, igual e secreto como expressão da vontade dos eleitores que reflita a soberania do povo”, em harmonia com o artigo 6 da Carta Democrática Interamericana¹⁸³, que determina que o Estado

¹⁸² Em nota de rodapé a corte consignou os seguintes dispositivos dos instrumentos internacionais: “Carta Democrática Interamericana (artigos 2, 3 e 6); Convenção Americana sobre Direitos Humanos (artigo 23); Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (artigo XX); Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigo 21); Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (artigo 25); Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (artigo 5.c); Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias (artigo 42); Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (artigo 7); Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher (artigos I, II e III); Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (artigo 6); Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas (artigos 2 e 3); Convenção Nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais (artigo 6 Proclamação de Teerã, Conferência Internacional de Direitos Humanos de Teerã, 13 de maio de 1968 (par. 5); Declaração e Programa de Ação de Viena, Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, 14 a 25 de junho de 1993 (I.8, I.18, I.20, II.B.2.27); Protocolo Nº 1 ao Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (artigo 3); e Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos “Carta de Banjul” (artigo 13).” CIDH. **Corte Interamericana de Direitos Humanos**. op. cit. Nota 22 p. 86.

¹⁸³ “Artigo 6. A participação dos cidadãos nas decisões relativas a seu próprio desenvolvimento é um direito e uma responsabilidade. É também uma condição necessária para o exercício pleno e efetivo da democracia. Promover e fomentar diversas formas de participação fortalece a democracia.” OEA. **Carta Democrática Interamericana**. Disponível em: http://www.oas.org/OASpage/port/Documents/Democratic_Charter.htm. Acesso em: 06 de out. 2019.

assegure a participação de setores específicos da sociedade, a exemplo dos membros das comunidades indígenas, como forma de fortalecer a democracia.

Fundamenta, ainda, que o Comitê de Direitos Humanos da ONU, na Observação Geral nº 25, estabelece que o direito de participar das eleições políticas não deve ser tutelado pelo Estado de modo excessivo, a exemplo, de que todos os candidatos devem ser membros de partidos políticos, toda exigência como essa deverá ser razoável não podendo ser um obstáculo à própria candidatura.

Por essa razão, a nova Lei Eleitoral de 2000 exigiu novos requisitos que limitam a possibilidade de participar das eleições políticas, e o próprio Estado admitiu a necessidade de reformar a Lei Eleitoral. Aliás, a OEA, em observação internacional das Eleições de 2000 na Nicarágua constatou que a nova legislação limitou “consideravelmente as oportunidades de participação na eleição municipal”. Assim, a CIDH considerou a lei eleitoral obscura, não estabelecendo requisitos claros para participar das eleições políticas o que permite, em consequência, a aplicação da lei de modo arbitrário, restringindo a efetiva participação dos cidadãos no processo de eleições políticas.

A CIDH considerou ainda que a Lei Eleitoral estabeleceu que a participação nos processos eleitorais exclusivamente por Partidos Políticos afetou a organização Yatama, uma vez que tais procedimentos não são próprios das formas de organização indígenas, em paralelo, “não existe disposição na Convenção Americana que permita sustentar que os cidadãos somente podem exercer o direito a se candidatar a um cargo eletivo através de um partido político”. A Corte, contudo, reconhece a importância dos Partidos Políticos para a democracia, mas considera que “há outras formas através das quais se impulsionam candidaturas para cargos de eleição popular com vistas à realização de fins comuns”, especialmente se tratando de grupos específicos da sociedade.

Considera, portanto, que participação de organizações sociais de grupos específicos, que são excluídos do sistema partidário, juntamente com os Partidos Políticos, é “essencial para garantir a expressão política legítima”, assim, considerou a Corte, que determinar que grupos específicos se consubstanciem em Partidos Políticos para participarem do processo de eleições políticas, sem a observância de seus costumes e tradições, “constitui uma restrição indevida ao exercício de um direito político”.

Deste modo, taxativamente, expressou que qualquer disposição legal que estabeleça requisitos destinados a Partidos Políticos, que não possam ser atendidos pelas organizações sociais específicas, afrontam diretamente o disposto nos artigos 23 e 24 da CADH, uma vez

que se constitui em um recurso de impedimento dos grupos específicos da sociedade de participarem dos assuntos políticos do Estado.

Portanto, concluiu a CIDH, que o Estado da Nicarágua “não adotou as medidas necessárias para garantir o gozo do direito dos candidatos propostos pelo YATAMA a serem eleitos”, e que tais candidatos foram discriminados pela lei. Assim, o Estado deveria adotar medidas para garantir a efetiva participação das comunidades indígenas em condições de igualdade com os demais candidatos, por meio de suas instituições próprias e de acordo com seus valores, tradições e costumes.

Considerou, ainda, a Corte, que as violações aos direitos dos candidatos do Yatama são graves, uma vez que não só prejudicou os candidatos, no exercício do direito de serem votados, como também dos eleitores do direito de votar em seus representantes, e, portanto, um limite ao próprio exercício do voto, “o que representa uma consequência grave para a democracia”. Assim, diante do que foi exposto, a CIDH considerou que o Estado violou, dentre outros, os artigos 23 e 24 da CADH, uma vez que a Lei Eleitoral estabeleceu restrições indevidas e “de forma discriminatória”.

Por essa razão, a Corte condenou o Estado (i) a reparar em US\$ 80.000,00 (oitenta mil dólares) destinados à organização Yatama; (ii) a dar ampla publicidade à sentença; (iii) que o Estado deve reformar a Lei Eleitoral, em prazo razoável, “para que os integrantes das comunidades indígenas e étnicas possam participar nos processos eleitorais de forma efetiva e levando em conta suas tradições, usos e costumes, no contexto da sociedade democrática”, bem como que as disposições legislativas devem permitir e fomentar “que os membros dessas comunidades contem com uma representação apropriada que lhes permita intervir nos processos de decisão sobre as questões nacionais”; (iv) condenou ainda em custas judiciais.

2.1.3 Premissas metodológicas da interpretação de decisão em Direitos Humanos

Os resultados serão obtidos, e interpretados, também através do método sistêmico desenvolvido por Niklas Luhmann, isto é, perquirindo como a CIDH analisou ambos os casos com a finalidade de reduzir a complexidade social por meio das decisões proferidas.¹⁸⁴ Por

¹⁸⁴ “Para poder apreender a complexidade dos sistemas sociais utiliza NIKLAS LUHMANN um «método funcional», que distingue expressamente do método científico-causal. LUHMANN pretende comparar diferentes modos de comportamento interativo ou modelos sociais de conduta sob o ponto de vista da sua contribuição para a «redução da complexidade social» e assim, em última análise, o seu alcance relativamente ao indivíduo. Esta é com certeza apenas *uma* possível postura metodológica, ao lado de outras, mas mostra também que os problemas de metodologia são mais complexos no âmbito das ciências sociais do que muitos talvez pensem.”

seu turno, a técnica de pesquisa será de análise categorial, com o desmembramento do texto em unidades e categorias para investigação da temática.¹⁸⁵

Para tanto, serão identificados os meios de como a CIDH utiliza do processo de comunicação e justificação de modo a adequar o caso concreto à subsunção normativa em direitos humanos, proporcionando alívio de expectativas e consenso.¹⁸⁶

Aqui vale o registro feito por Karl Larenz, segundo o qual, para Luhmann, a aceitação das decisões se dá para os destinatários de acordo com as suas próprias expectativas. Para ele, Luhmann não se atenta para o fato de que os destinatários aceitam a decisão que consideram devidamente “justificada”, e que para Luhmann a legitimação seria apenas o processo de “provocar tal disposição para aceitação das decisões”. Assim, o conceito de legitimação pelo procedimento de Luhmann rejeitaria a exigência de uma “fundamentação discursiva de pretensões de validade” rejeitando “as exigências de possibilidade de fundamentação [das decisões] que podem tornar efectivas nos discursos práticos”.¹⁸⁷

Em outras palavras, para Larenz, Luhmann não estaria preocupado com conceitos abstratos, tais como “justo” ou “retidão”, mas apenas na eficiência da decisão como meio de reduzir as complexidades no meio social em que atua. Conclui, Larenz, que “o procedimento só é susceptível de legitimar a decisão [...] quando o próprio procedimento assenta em princípios ‘retos’”.¹⁸⁸

Excluindo certa complexidade em se estabelecer conceitos subjetivos e abstratos tais como “justo” ou “retidão”, Larenz parece correto ao dizer que a decisão deve produzir comunicação discursiva capaz de ser aceita pelos destinatários, mas isso não destoa do que diz dito por Luhmann, ao contrário.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3ª ed. Tradução de José Lamego. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1997. p. 274.

¹⁸⁵ BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Tradução de Luís Antero Reto e Augusto Pinheiro. Lisboa: Edições 70, 1979. p. 153.

¹⁸⁶ “Na verdade, trata-se nas ciências sociais do «fático», da questão sobre o que ocorre ou ocorrerá. Mas no fático que elas indagam plasmam-se relações de sentido de teor diverso, e, de entre estas, também relações normativas. Por isso, não se alcançam aqui quaisquer resultados, só com o medir e o numerar, bem como mediante explicações causais. De todo o modo, as relações de sentido interessam particularmente ao investigador social, em primeira linha, só na medida em que motivam a conduta social, na medida em que contribuem para a articulação de sistemas de relação social. A Jurisprudência recorta as relações normativas de sentido do Direito enquanto tal e converte-as expressamente no tema da sua indagação. A possibilidade de distinguir modos de abordagem tendentes à apreensão de conexões entre factos ou dirigidos ao sentido normativo encontra expressão tanto na linguagem pré-científica como na linguagem científica. Esclarecemos já a distinção entre validade «factual» e «normativa» e a correlativa ambivalência do termo «regra». O significado de «dever ser» e «justificação» não pode ser traduzido na linguagem que se refere ao domínio dos factos. Tais expressões têm o carácter de termos-chave, mediante os quais se constitui uma esfera de sentido particular.” LARENZ, Karl. op. cit. p. 274.

¹⁸⁷ Ibidem. p. 276-278.

¹⁸⁸ Ibidem. p. 278.

Na verdade, Luhmann diz que em uma sociedade cada vez mais complexa apenas o procedimento não confere legitimidade às autoridades [ou às decisões por elas proferidas], sendo necessário, portanto, que haja aceitação da sociedade, ou seja, um consenso, uma concordância em torno de decisões que são a ela dirigidas¹⁸⁹.

Reside, portanto na “aceitação” os conceitos abstratos retóricos acima narrados de “justo” ou “retidão”, e da capacidade da comunicação discursiva de decisão jurídica promover a redução de complexidades para gerar consenso, ou aceitação.

Neste contexto, Larenz, como dito, em crítica ao livro “legitimação pelo procedimento” de Luhmann, diz que o conceito de legitimação pelo procedimento de Luhmann rejeitaria a exigência de uma “fundamentação discursiva de pretensões de validade” rejeitando “as exigências de possibilidade de fundamentação [das decisões] que podem tornar efectivas nos discursos práticos”.¹⁹⁰

Contudo, esta é uma aparente antítese trazida no referido livro de Luhmann diante de tudo o que foi dito quanto à possibilidade retórica das decisões em promover o consenso por meio do discurso e justificação. É que Luhmann diz expressamente, que em decorrência de uma sociedade cada vez mais complexa não se pode atribuir à moral a legitimação do poder, sendo necessário que o próprio sistema estabeleça procedimentos que sejam reconhecidos pela sociedade com vistas a legitimar o poder.¹⁹¹

Assim, diz que a “legitimação pelo procedimento e pela igualdade das probabilidades de obter decisões satisfatórias substitui os antigos fundamentos jusnaturalistas ou os métodos de estabelecimento do consenso”.¹⁹² Em outras palavras, Luhmann acredita que em uma sociedade cada vez mais complexa o consenso exclusivamente pela moral não é mais válido, sendo que a legitimação deve ser realizada por meio de um procedimento que seja aceito pela sociedade.

Contudo, Luhmann faz uma distinção que se mostra bastante razoável, de que “é preciso distinguir claramente no conceito de legitimidade, entre a aceitação das *premissas* da própria decisão”.¹⁹³ Percebe-se, portanto, quando Luhmann fala de que o consenso deve ser superado pelo procedimento para dar legitimidade à decisão [as quais devem promover consenso], ele não está falando, portanto, dos fundamentos da decisão que devem gerar congruência ao sistema, mas sim da necessidade de um procedimento aceito para dar

¹⁸⁹ LUHMANN, Niklas. op. cit. Nota 29. p. 31-32

¹⁹⁰ LARENZ, Karl. op. cit. p. 276-278.

¹⁹¹ LUHMANN, Niklas. op. cit. Nota 48. p. 51

¹⁹² Ibidem. p. 51

¹⁹³ Ibidem. p. 52

legitimidade às decisões enquanto instrumentos de poder, ou seja, para que se reconheça a obrigatoriedade das decisões unicamente por as mesmas passarem por um procedimento.

Nada mais é, por suposto, de uma das características da retórica. Nesse sentido é o que diz Aristóteles, que há três características do argumento: *etos*, *patos*, de base emotiva, e o *logos* de base racional. O *etos* seria a característica do emissor em passar confiabilidade, e, no procedimento racional, a autoridade constitucional; já o *patos* seria “o conjunto de emoções, paixões e sentimentos”, ou, por assim dizer, as premissas da decisão, quanto mais naturais mais aceitas para redução da complexidade; por fim, o *logos* que a característica racional, que utilizada da indução ou dedução para suscitar premissas verossímeis.¹⁹⁴

Portanto, faz sentido na ordem racional que se coloque em relevo o *etos* e o *logos* para uma decisão ser aceita no contexto da racionalidade pautada em procedimentos previamente estabelecidos. Mas apenas tais elementos não são suficientes para uma decisão que produza consenso e redução da complexidade.

Tanto é assim que Luhmann adiante, já em suas conclusões sobre legitimidade, fala que a consistência dos procedimentos estabelecidos por meio de decisões é apenas um, dentre vários, fatores importantes para a legitimação, em paralelo a isso, ratifica, nas suas palavras, que “o trabalho político-jurídico, o cuidado na votação dos programas isolados de decisão e, do mesmo modo, a retórica jurídica e o talento mímico dos magistrados administrativos na aplicação do direito, ou do juiz, constituem momentos do processo de legitimação.”¹⁹⁵ Tais características narradas por Luhmann são intrínsecas ao elemento *phatos*.

É dizer, portanto, que o procedimento é colocado em relevo para que a sociedade aceite a decisão como obrigatória, uma vez que a decisão passou por um procedimento que é previamente estabelecido pelo próprio sistema como adequado. Contudo, o processo que legitimação não se finda no procedimento, é preciso que as próprias decisões sejam dotadas de uma linguagem e discurso capazes de produzir aceitação.

Portanto, resta fixada a premissa, de que o procedimento para fins de legitimação, não é apenas compatível, mas desejável que os fundamentos das decisões sejam baseados na linguagem discursiva para o consenso. Desse modo, é firme a necessidade de um consenso que pode ser realizado por meio dos Direitos Humanos que possuem, nesta esteira, pretensões de valores éticos universais.

¹⁹⁴ REBOUL, Oliver. **Introdução à retórica**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 47-49.

¹⁹⁵ Ibidem. p. 52.

Assim, considerando que os Direitos Humanos, nesta perspectiva, possibilitam carga argumentativa para manutenção do sistema social do direito enquanto dirigente da sociedade internacional para o futuro, os resultados das decisões da CIDH acima referidas serão abordados, sobretudo, na característica da retórica jurídica de como a CIDH utilizou da justificação como forma de aliviar [ou não] as expectativas e promover aceitação dos destinatários da normativa internacional.

2.1.4 Resultados e interpretação das decisões paradigmas da CIDH

Passa-se a analisar, à luz da metodologia escolhida, os casos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos* e *Yatama vs. Nicarágua*, de como a corte interpretou o art. 23 da CADH para a solução das questões com fundamento em direitos humanos.

Inicialmente, de pronto, se observa que o caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos* a prova produzida se restringiu à prova documental e ao depoimento de Jorge Castañeda Gutman, enquanto que o caso *Yatama vs. Nicarágua* se baseou especialmente em laudos antropológicos, em razão de se tratar de povos indígenas.

No caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos* a CIDH iniciou seu julgamento trazendo inúmeros princípios, como a liberdade de expressão liberdade de reunião e liberdade de associação que são premissas da democracia onde estão inseridos os direitos políticos, e que devem ser garantidos. Apesar de trazer vários princípios, portanto, abstratos, a CIDH não os explora, ficando clara a intenção da utilização dos princípios como forma de pretensão de alívio de expectativas, como fatores de consenso, na decisão a ser proferida.

Diz ainda a CIDH no caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos* que o art. 23 da CADH promove a concretização dos demais direitos humanos, tal característica demonstra a preocupação da CIDH em reafirmar a relevância do art. 23 da CADH, e que os direitos políticos devem se pautar em duas premissas também baseadas em princípios, o princípio da igualdade, pelo qual denota a igualdade de participação da vida política, e a não discriminação, pelos quais as minorias não podem ser excluídas da vida política.

No caso *Yatama vs. Nicarágua* a Corte utilizou basicamente dois princípios, o da igualdade e o da não discriminação, pelos quais não podem os Estados estabelecerem quaisquer regras discriminatórias no que tange os direitos políticos.

Ainda no caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos* a CIDH diz que a Lei Nacional pode limitar direitos políticos exclusivamente por motivos de: (a) idade; (b)

nacionalidade; (c) residência; (d) idioma; (e) instrução, (f) capacidade civil ou mental; (g) condenação, por juiz competente, em processo penal, a CIDH diz que tais requisitos servem de parâmetro sobre os quais o Estado pode restringir o direito de ser votado, contudo, sempre que não seja desproporcional e desarrazoado o Estado pode regular outros requisitos para que as pessoas possam ser votadas.

Percebe-se, portanto, que há uma flexibilização na decisão de modo que esta seja aceita nos países sob jurisdição permitindo que os Estados limitem o exercício dos direitos políticos desde que não seja “desproporcional” ou “desarrazoado”, conceitos abstratos e subjetivos o que gera complexidade no observador.

A mesma flexibilização ocorre quando a Corte no caso *Yatama vs. Nicarágua* diz que não é possível diferenciar pessoas sem uma “justificação objetiva e razoável”.

Diz ainda no caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos* que o exercício dos direitos políticos demandam procedimentos e organização, ou seja, que sejam realizados por meio de um ordem racional, com expectativas prévias de comportamento estabelecidas, e que tais medidas seriam excluídas da competência da CIDH, sendo, contudo, competente para analisar se o procedimento de organização eleitoral pautada exclusivamente por meio de Partidos Políticos implica em uma restrição indevida aos direitos humanos consagrados na Convenção Americana de Direitos Humanos.

No caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, a Corte Internacional de Direitos Humanos observou que a norma que estabelece procedimentos eleitorais no México não prevê como requisito estar filiado ou ser membro de um partido político para que se registre a candidatura, ao contrário, permite que os partidos políticos solicitem candidaturas externas e de pessoas não filiadas a eles.

E que os Partidos Políticos servem para organizar o procedimento eleitoral, bem como que o caso *Yatama* não seria paradigma em razão de se tratar de pessoas excluídas o que não seria o caso de Jorge Castañeda. Aqui se percebe que a Corte realizou a distinção entre os casos de pessoas que estão inseridas na ordem racional de pessoas que são excluídas.

Assim, a interpretação do artigo 23 era de que estabelecia apenas as finalidades em que os Estados devem regular os Direitos Políticos, havendo, contudo, a possibilidade de restrições específicas para o efetivo gozo dos direitos políticos, devendo observar alguns requisitos abstratos e subjetivos tais como: (i) interesse público; (ii) menor restrição possível ao direito protegido; (iii) se ajustar estreitamente a lograr o objetivo legítimo da norma.

Da mesma forma no caso *Yatama vs. Nicarágua* a Corte diz que os Direitos Políticos não são absolutos, sendo necessário o estabelecimento por parte do Estado de forma clara das

restrições, não podendo haver discriminações nos requisitos, restringindo tais direitos da menor forma possível.

Percebe-se que a CIDH estabelece que os Direitos Políticos devam incidir sobre menor restrição possível, contudo não explora a temática, não se visualiza quais são os limites, tais premissas certamente são para promover aceitação nos países que são submetidos à Corte, contudo gera complexidade, uma vez que não há uma definição acerca destes limites.

No caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, diz a CIDH que no México a existência de candidaturas independentes a serem estabelecidas por meio de Partidos Políticos é necessária para organização do procedimento eleitoral. Percebe-se que aqui a CIDH coloca em relevo o procedimento para garantir o direito material, contudo, tal fundamento, gera complexidade, uma vez pode haver a possibilidade de o Partido Político não aceitar as candidaturas independentes.

Por seu turno, no caso *Yatama vs. Nicarágua* a Corte diz que deve o Estado assegurar a participação de setores específicos da sociedade, a exemplo das comunidades indígenas como meio de fortalecer a democracia.

Por fim, no caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos* a Corte diz que o sistema baseado em candidaturas exclusivas por Partidos Políticos pode ser compatível com a Convenção, mas que deve o Estado sugerir proposta para melhorar a representatividade, sendo, as candidaturas independentes, uma alternativa.

Desta decisão, resta claro que a representatividade Partidária fora considerada como possível quando há abertura ao cidadão de se candidatar independentemente, sendo os Partidos Políticos uma forma de organização. Isso sugere, portanto, que caso os Partidos não aceitem as candidaturas independentes, como no Brasil, nada impediria, a teor do art. 23 da CADH que outros organismos políticos específicos, como por exemplo, organismos políticos de populações tradicionais, de acordo com os seus costumes e tradições, o façam.

No caso *Yatama vs. Nicarágua* diz que o Estado não deve tutelar os Direitos Políticos de modo excessivo, como, por exemplo, que todos os candidatos devem ser membros de Partidos Políticos, tal exigência não pode ser um obstáculo à candidatura, considerando que a Lei Eleitoral, ao determinar às organizações indígenas se constituíssem em Partidos Políticos, afeta as candidaturas indígenas, em razão de seus costumes e tradições.

Diz ainda que há a necessidade de participação das organizações políticas específicas indígenas juntamente com os Partidos Políticos de modo a promover uma “expressão política legítima”, e que qualquer disposição legal que regula os Partidos Político que não possam ser atendidas pelas populações tradicionais, viola o art. 23 e 24 da CADH.

Assim, o Estado deveria assegurar a efetiva participação das populações tradicionais no processo político em condições de igualdade com os demais candidatos, por meio de organizações específicas de acordo com seus valores, tradições e costumes.

Em ambos os casos é possível constatar que a CIDH utiliza, a todo o momento, de conceitos abstratos como meio de promover comunicações em sociedades distintas, o que faz na intenção de reduzir a complexidade e, em consequência, promover o consenso. Contudo há falhas no processo comunicativo quando os conceitos são demasiadamente genéricos e abstratos, tais como “desproporcional” e “razoável”, eis que, portanto, seria necessária uma fixação do sentido destas palavras de maneira mais densa.

Em síntese, da análise das duas decisões paradigmas, tem-se o seguinte quadro:

Quadro 2. Análise das decisões paradigmas da CIDH.

Elemento	Caso <i>Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos</i>	Caso <i>Yatama vs. Nicaragua</i>
Provas produzidas	- Documental - Depoimento pessoal de Jorge Castañeda Gutman	- Documental - 5 Testemunhas - 4 Perícias - 6 Depoimentos - Prova Pericial Antropológica
Princípios imediatos	- Liberdade de expressão - Liberdade de reunião - Liberdade de associação	---
Princípios mediatos	- Igualdade - Não discriminação	- Igualdade - Não discriminação
Limites aos Direitos Políticos	- Idade - Nacionalidade - Residência - Idioma - Instrução - Capacidade civil ou mental - Outros requisitos que não sejam “desproporcionais” ou “desarrazoados” - Interesse público - Menor restrição possível - Lograr o objetivo da norma	- Necessidade de justificação objetiva e razoável - Possibilidade de restrição da menor forma possível
Partidos Políticos/Filiação Partidária	- Ajuda a organizar o procedimento eleitoral	- Não pode o Estado fixar que todos os candidatos serão membros

	- Possibilidade de registrar candidaturas independentes - Sistema baseado em candidaturas exclusivas por meio de Partidos Políticos é possível ser compatível com a CADH	- de partidos políticos - Necessidade de participação de Organizações Políticas Específicas em conjunto com os Partidos Políticos para registrar candidaturas
--	---	--

É possível perceber que a decisão do caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos* a CIDH utilizou mais elementos da retórica jurídica que o caso *Yatama vs. Nicarágua*, a exemplo dos princípios mediatos citados e os limites aos direitos políticos, tal circunstância demonstra, portanto, que há uma maior complexidade, na acepção da Teoria dos Sistemas, no caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, para que a Corte consiga promover consenso na interpretação do art. 23 da CADH para o caso concreto.

Por seu turno, também se pode constatar que a decisão do caso *Yatama vs. Nicarágua* não traz tantos elementos de retórica, apesar de mais provas. Denota, portanto, que a referida decisão é dotada de maior congruência e capaz de gerar uma maior possibilidade absorção de um consenso, especialmente no contexto da pluralidade, tendo, esta, relevância sobre aquela, no contexto da Teoria dos Sistemas.¹⁹⁶

Confrontando as decisões em ambos os casos, tem-se a seguinte conclusão da interpretação do art. 23 da CADH pela CIDH: (1) o sistema de representativo exclusivo por meio de Partidos Políticos é possível de ser compatível com a CADH, desde que abertos à autolegitimação democrática; (2) em uma sociedade plural, não pode haver regra de que todos os candidatos serão oriundos exclusivamente por meio de Partidos Políticos; (3) e necessidade da heterolegitimação política com por meio de organizações políticas específicas, em conjunto com os Partidos Políticos, formarem o sistema representativo.

¹⁹⁶ “o paradigma da ponderação (em detrimento da subsunção) conduz ao. subjetivismo, não fornecendo critérios intersubjetivos para a função heterolimitadora do direito, parte de distinção também saturada, inadequada para a análise de modelos referentes à concretização constitucional. Ponderação e subsunção ocorrem dentro de processos complexos de comunicação. O que se passa na mente dos juízes antes da argumentação e da interpretação (como produção de texto) é incontrolável tanto na subsunção quanto na ponderação. O que é controlável social e juridicamente é o comunicado. A alternativa, controle intersubjetivo, nesse contexto, não diz nada. O modelo da inter subjetividade tem se apresentado antes como uma alternativa à pretensão de legitimação monológica de um juiz como sujeito (ideal) capaz de decidir corretamente a partir de uma posição privilegiada de observação. [...] Os princípios, ao contrário, como estrutura de reflexividade, que nunca, em si mesmo, alcança definitividade, podem mais facilmente ser articulados para encobrir soluções que minam a consistência da ordem jurídica a favor de interesses particularistas que pressionam a solução do caso. Ou seja, os princípios são mais apropriados a abusos no processo de concretização, pois eles estão vinculados primariamente ao momento de abertura cognitiva do direito. Quando funcionam em um Estado constitucional rigorosamente consistente (autorreferência), eles desempenham um papel fundamental para adequar o direito à sociedade (heterorreferência).” NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. p. 179-191.

Verifica-se, portanto, que o Estado brasileiro está em confronto com o art. 23 da CADH no que tange a participação política de povos tradicionais no sistema representativo, vez que erigiu à norma constitucional o monopólio da participação política no sistema representativo por meio de Partidos, sendo necessário analisar as possibilidades de diálogo entre a normativa internacional e a Constituição brasileira com a finalidade de trazer luzes acerca da problemática normativas entre as ordens jurídicas diversas.

3 FILIAÇÃO PARTIDÁRIA NO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: REDUÇÃO DA COMPLEXIDADE NA SOCIEDADE HETEROGÊNEA BRASILEIRA

Conforme constatado no capítulo anterior, a normativa brasileira está em confronto com o art. 23 da CADH, interpretada pela CIDH a respeito da matéria. A grande problemática é que a norma brasileira que determina a exclusividade de candidaturas por meio de Partidos Políticos é originária da própria Constituição, não passível, portanto, a princípio, de controle de convencionalidade, uma vez que a Emenda Constitucional n.º 45/2004, estabeleceu que apenas terão *status* de Emenda Constitucional os “tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros” (art. 5º, §3º).

O fato é que a CADH não passou por este procedimento de aprovação no âmbito do Congresso Nacional, ganhando, a princípio, *status*, de Lei, ou supralegalidade, mas, contudo, abaixo da Constituição da República Federativa do Brasil.

Todavia, a promulgação da CADH no Brasil foi realizada em 1992, por meio do Decreto n.º 678/1992, quando não havia, portanto, a determinação do referido procedimento da aprovação das Convenções Internacionais de Direitos Humanos pelo Congresso com quorum qualificado, vez que a Emenda Constitucional que inseriu tal regra é de 2004. Na época apenas havia o §2º, do art. 5º, da CRFB que diz: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Assim, constatando que o Estado brasileiro está em franca violação ao art. 23 da CADH, conforme interpretação da CIDH, é necessário aprofundar a pesquisa de modo a verificar se é possível o exercício do controle de convencionalidade da norma constitucional quando a subscrição se deu anterior à Emenda Constitucional 45/2004, ou ainda a possibilidade de outros meios de diálogos entre a normativa nacional e internacional, com a finalidade de redução da complexidade na sociedade heterogênea brasileira.

Tal análise deve ser feita, sobretudo, reconhecendo a complexidade da filiação partidária na sociedade plural verificada no primeiro capítulo e a consequência dos direitos políticos, e, portanto, fundamentais, previstos da Constituição brasileira estarem em desarmonia com o direito internacional dos direitos humanos em Convenção que é subscrita pelo Estado brasileiro, daí a necessidade de o direito estabelecer processos de diálogo para contingência e redução da complexidade gerada na sociedade brasileira acerca da matéria.

3.1 RELEVÂNCIA DA DECISÃO EM DIREITOS HUMANOS PARA REDUÇÃO DAS COMPLEXIDADES DO DIREITO INTERNO

Após o estudo acerca da decisão em direitos humanos, foi possível perceber a possibilidade de comunicação das premissas da decisão com base em direitos humanos. Portanto, à luz da metodologia utilizada, é necessário questionar qual o papel (admitindo-se que exista) e para que servem (admitindo-se que servem) os Direitos Humanos como fundamento de uma decisão judicial para aliviar as expectativas de uma sociedade plural, de base normativa racional excludente?

Daí ser necessário o presente debate de modo a identificar, à luz da metodologia adotada, em que contexto os direitos humanos atuam nas decisões judiciais para resolver problemas constitucionais complexos, como o apresentado no presente trabalho.

Segundo Luhmann, não existe convivência humana sem regras previamente estabelecidas.¹⁹⁷ O direito tem características bastante particulares, com a “existência de papéis especiais que decidem os conflitos de forma impositiva, ou através da disposição ao estabelecimento de sanções no caso de transgressões.”¹⁹⁸ Percebe-se, portanto, a característica atribuída pelo autor ao direito, uma característica essencialmente de poder.

Para o autor, o ser humano vive em um mundo que se apresenta em “uma multiplicidade de possíveis experiências e ações em contraposição ao seu limitado potencial em termos de percepção, assimilação de informação, e ação atual e consciente.”¹⁹⁹ É dizer que apreensão cognitiva humana passa ao largo das diversas possibilidades de experiências que são disponíveis ao sujeito em cada circunstância social, tal circunstância, como já visto, é denominada de *complexidade*.

O direito, por sua vez, ao estabelecer previamente expectativas de comportamentos de modo objetivo e abstrato, por meio de normas, o faz para reduzir a complexidade do sistema social em que atua²⁰⁰, trabalhando em direcionamento da *contingência* para que se

¹⁹⁷ LUHMANN, Niklas. op. cit. Nota 25. p. 21.

¹⁹⁸ Ibidem. p. 42.

¹⁹⁹ Ibidem. p. 45.

²⁰⁰ “Malgrado as diversidades do meio. Por outro lado, um sistema pode reagir de maneira diferente a situações homogêneas ou constantes; ou seja, pode condicionar a si mesmo, e pode reagir segundo condições internas que não têm nenhuma correlação imediata com o meio. Nesse sentido, ele é superior ao meio, em aspectos específicos, quanto à sua complexidade. Ambas as funções, a da absorção de insegurança e a de nivelção de complexidade, estão obviamente relacionadas. O termo adequado para esta relação é a *generalização*.” Idem. op. cit. Nota 5. p. 65.

evitem erros no sistema, ou seja, orientando as expectativas de comportamento, reduzindo, em consequência, “o risco de erros da expectativa”.²⁰¹

Daí ser necessário o estudo de como os Direitos Humanos podem exercer o papel de direcionamento da contingência para manter a circularidade do sistema constitucional, diante, portando, de problemas constitucionais complexos de ordem internacional.

Isso porque, quando ocorre um erro de expectativa previsto na norma, ou seja, uma quebra do sistema jurídico, é, *incontinenti*, realizado exercício do poder para manutenção e integridade do sistema, quer seja por meio da solução impositiva dos conflitos ou o estabelecimento de sanções, ou ainda ambos, tal contexto não é visto, a princípio, na normativa de direitos humanos.

Há uma distinção entre expectativas *cognitivas* e *normativas*. Assim, as expectativas cognitivas (ser) são adaptações da realidade que ocorrem no cotidiano na forma inclusive de assimilação e aprendizado, já as expectativas normativas (dever ser) “não são abandonadas quando alguém a transgride” sendo necessária a manutenção do sistema jurídico e das expectativas normativas, que é realizada através da sanção.²⁰²

Para adequação do sistema social Luhmann diz que é necessário um “volume suficiente de diversidade de expectativas normativas”, ou seja, que haja no sistema uma diversidade normativa capaz de abarcar a complexidade social.²⁰³

Nesta diversidade normativa é capaz de haver conflitos entre as próprias normas, como por exemplo, entre a normativa internacional e interna, havendo a necessidade da “institucionalização de expectativas comportamentais”. Desse modo, o autor trabalha o conceito da expectativa das expectativas normativas por meio de um terceiro, expectador, que irá julgar o que se espera para integridade do sistema normativo, ou o que o autor denomina de consenso em torno da expectativa normativa.²⁰⁴

Para redução da complexidade é preciso que o indivíduo reconheça “que ele tem que esperar que dele se espera o que os juízes dele esperam”.²⁰⁵ Em outras palavras, para vigência da decisão judicial é preciso que os indivíduos em geral possam reconhecer em um terceiro (juiz) a autoridade de dizer o que se espera do comportamento dos indivíduos, daí porque seria complexo na sociedade atual enxergar que um Juiz de um Corte internacional pudesse ditar regras que estão no âmago da Constituição, tal circunstância não seria problemática se a

²⁰¹ LUHMANN, Niklas. op. cit. Nota 25. p. 52-53.

²⁰² Ibidem. p. 56-58.

²⁰³ Ibidem. p. 77.

²⁰⁴ Ibidem. p. 77-80.

²⁰⁵ Ibidem. p. 93.

Corte Constitucional pudesse utilizar do paradigma internacional para interpretar o direito interno, inclusive de natureza constitucional, temática que será posteriormente abordada.

Assim, para manutenção do sistema jurídico é preciso também que haja abstração da norma, uma vez que a particularidade normativa aumenta a complexidade podendo levar à quebra do sistema. Contudo, o autor ressalta que a abstração exacerbada também gera problemas de modo a não congruência da expectativa normativa ao ambiente social, e para que haja segurança nas expectativas normativas é preciso que haja o comprometimento social com os instrumentos de sanção previstos a norma.²⁰⁶

Interessante a passagem em que Luhmann diz que “Os heróis não podem ser esperados, mas quando eles se apresentam impede-se ou dificulta-se que eles mesmos reduzam as expectativas por meio da sua ‘normatização’”.²⁰⁷ A figura do herói remota à Grécia antiga, onde se tratava de uma pessoa que possuía condições particulares para superar determinados obstáculos intransponíveis por indivíduos comuns.²⁰⁸

Em seguida, o autor faz uma diferenciação que será útil para o presente trabalho. Ele diferencia o plano de abstração em níveis, tal abstração se dá para estabilização das expectativas das normas aplicadas às pessoas; aos papéis; aos programas; e aos valores, em resumo, no seguinte sentido:

(i) às *pessoas*, revela o que a norma pode ser aplicada a determinada pessoa sendo importante em grupos reservados “os quais, através de suas especificidades, podem normatizar o colorido local”.²⁰⁹ Esse contexto revela uma preocupação do sistema do direito com grupos personalíssimos, de modo atraí-los para dentro do sistema jurídico, diminuindo a complexidade, como, por exemplo, as normas aplicadas às populações tradicionais;

(ii) aos *papéis*, que são “feixes de expectativas, limitados em seus volumes por sua exequibilidade, mas não vinculados a uma determinada pessoa”, no caso tem-se um grau maior de abstração da norma, onde qualquer pessoa pode assumir determinado papel social e a normatização não é mais direcionada à pessoa individual, mas sim ao papel que é exercido por aquela pessoa, ou seja, várias pessoas podem assumir determinado papel social, e todas elas estarão sujeitas àquele feixe normativo, a exemplo do representante eleito;²¹⁰

²⁰⁶ LUHMANN, Niklas. op. cit. Nota 25. p. 96-100.

²⁰⁷ Ibidem. p. 100.

²⁰⁸ “O Herói é uma figura arquetípica que reúne em si os atributos necessários para superar de forma excepcional um determinado problema de dimensão épica.” VALLE, Cléa Fernandes Ramos. TELLES, Verônica. **O mito do conceito de herói**. Disponível em: https://www.revistadoisat.com.br/numero2/01_O_Mito_do_Conceito_de_Heroi_Clea_e_Veronica.pdf. Acesso em: 02 jan. 2019.

²⁰⁹ LUHMANN, Niklas. op. cit. Nota 25. p. 100.

²¹⁰ Ibidem. p. 101.

(iii) aos *programas*, segundo o qual se traduzem em condições de aplicabilidade normativa são especificadas na norma, servindo de apoio às decisões e às expectativas, “fixam determinadas conseqüências e condições para a ação esperada”, ou seja, não importa se o papel social é reassumido por outra pessoa, os programas normativos permanecerão vigentes a fim de dar estabilidade ao sistema, com grau de abstração maior;²¹¹

(iv) aos *valores*, “julgamentos sobre a preferibilidade de ações”, não especificam qual ação deverá ser seguida por determinada pessoa, suas referências são indeterminadas, “oferecendo grandes possibilidades de consenso”. Em outras palavras, o grau de abstração normativo dos valores²¹² se dá para que o sistema permaneça hígido diante da complexidade possível das relações humanas.²¹³

Assim, conclui a importância da abstração nos diversos níveis para congruência do sistema normativo:

Podemos partir da constatação de que as sociedades mais complexas necessitam crescentemente de premissas mais abstratas das expectativas, para poderem permitir e legitimar estruturalmente mais amplas possibilidades em termos de expectativas e comportamentos [...] Podemos atacar ou trocar valores, por exemplo desacreditando o valor da nacionalidade ou o valor da instrução, sem sequer tocar no conjunto dos papéis ou a identidade do indivíduo. São exatamente essas identidades remanescentes que oferecem uma segurança suficiente em termos de expectativas, servindo assim de respaldo para uma revolução dos valores no sentido de adaptação ao desenvolvimento social. Por outro lado é possível, em nome dos valores constantes, reestruturar-se programas e papéis, para adaptar-se a uma realidade modificada.²¹⁴

É dizer, portanto, quanto mais complexa for a sociedade, ou mais complexa ela se tornar, mais é necessário que haja a abstração normativa para diminuir a complexidade na medida em que se pretenda regular a infinitude de comportamentos humanos dentro do sistema jurídico, ou dentro do sistema de expectativas de comportamento. Mas também que os valores permitam acompanhar a alterabilidade social, ou seja, acompanhar as mudanças

²¹¹ LUHMANN, Niklas. op. cit. Nota 25. p. 103.

²¹² Nesse sentido o autor traz um exemplo interessante na referida passagem: “Por exemplo, podemos estar seguros de defender um valor considerável e não nos ridicularizarmos ao propugnarmos pela saúde pública. Em termos grosseiros isso também delimita o campo de eventos e ações que podem ser observados da mesma forma; permanece porém em aberto quais são as ações que devem fomentar a saúde pública, e que por isso deveriam ser esperadas normativamente, quanto dinheiro (de outras pessoas) a saúde pública poderia custar, e também se ela seria preferencialmente no caso de conflito com outros valores, por exemplo econômicos, culturais da liberdade e da dignidade e da dignidade individuais. Diferentemente dos programas, os valores são formulados tão abstratamente que a relação recíproca entre os diferentes valores não pode ser estabelecida em termos constantes.” Ibidem. p. 103-104.

²¹³ Ibidem. p. 103.

²¹⁴ Ibidem. 104-105.

sociais em razão do seu grau de abstração, capazes de adaptação às diversas alterações no ambiente social, estabilizando, portanto, o sistema.

Caso o direito, portanto, não seja capaz de regular comportamentos ou expectativas humanas, não servirá como direito na sociedade em que atua, de modo que o sistema é rompido pela ausência de circularidade caso não exista a abstração para alterabilidade da norma jurídica diante de uma, cada vez maior, complexidade das relações humanas.

Para Luhmann, o direito não se constitui, primeiramente, como um “ordenamento coativo, mas sim como um alívio para as expectativas”²¹⁵, nesse sentido, é necessária a transcrição da seguinte passagem:

O direito não é primariamente um ordenamento coativo, mas sim um alívio para as expectativas. O alívio consiste na disponibilidade de caminhos congruentemente generalizados para as expectativas, significando uma eficiente indiferença inofensiva contra outras possibilidades, que reduz consideravelmente o risco da expectativa contra-fática. A coação relevante para o direito em termos constitutivos reside na obrigatoriedade de selecionar expectativas, a qual, por seu lado, em poucos mas importantes casos pode motivar a imposição de determinados comportamentos. A necessidade de segurança que molda o direito se refere inicialmente à segurança das expectativas próprias, principalmente enquanto expectativas sobre expectativas, referindo-se apenas secundariamente à seguranças do preenchimento dessas expectativas através do comportamento esperado. Apenas após assegurar-se a congruência das expectativas através do direito do sistema social é que podem se desenvolver formas mais elevadas da generalização específica a cada dimensão, assim como congruências ao plano reflexivo das expectativas sobre expectativas. Nesse sentido o direito é uma das bases imprescindíveis da evolução social.²¹⁶

Assim, é possível dizer que a função do direito no sistema social é de selecionar as expectativas dos comportamentos humanos, generalizando-as, capazes de serem adotadas na maior quantidade de comportamentos sociais de modo não só a orientar as expectativas como possibilitar a previsão da evolução dos comportamentos sociais, dado seu grau de abstração, e, por fim, sancionando as condutas fora do padrão de expectativas de comportamento.

É razoável afirmar, portanto, que o direito cumpre um papel importante no sistema social na medida em que possui, além da capacidade de alívio de expectativas, o poder e coação necessários para manter os indivíduos dentro do sistema social adotado. Quando o indivíduo tende a “quebrar” o sistema por meio de um comportamento inesperado o direito cumpre o papel impositivo de fazê-lo retornar ao sistema.

Portanto, nesta construção teórica, pode-se dizer que o direito, a princípio, apresenta duas funções: a primeira consiste em gerar expectativas de comportamento subjetivas, ou seja, que o indivíduo siga a expectativa normativa previamente determinada, sob pena de ser-lhe

²¹⁵ LUHMANN, Niklas. op. cit. Nota 25. p. 115.

²¹⁶ Ibidem. p. 115.

aplicada sanção, e, a segunda, de aplicar a sanção para o indivíduo que não cumpre a expectativa normativa estabelecida, fazendo-o retornar ao sistema (por meio da sanção), gerando, em consequência, *congruência* ao sistema social.

Nesse sentido, Luhmann distingue as sociedades conforme a expectativa normativa de cada sociedade, assim, divididas em três tipos: arcaicas, civilizações pré-modernas e a sociedade moderna.²¹⁷

Na sociedade *arcaica* não há alternativa ao comportamento social, são baseadas em parentesco e hierarquia, nesse passo a resposta do direito não se dá como procedimento, mas sim, unicamente como represália.²¹⁸

Nas *civilizações pré-modernas* há a “institucionalização do procedimento de aplicação jurídica”, nesta sociedade a “dominação da política encontra-se no topo”, a aplicação do direito é baseada especificamente na aplicação do procedimento. Os princípios abstratos no direito dessa sociedade não são considerados como possibilidade de alteração normativa, ou seja, não há uma alteração da expectativa normativa, assim, nasce um “problema da seletividade diante da crescente variação de expectativas normativas” com o avanço e o desenvolvimento das relações sociais.²¹⁹

Já na *modernidade* o direito natural tem lugar de destaque invadindo o ordenamento positivo de modo que se dê alterabilidade ao direito positivo, ou seja, a perspectiva de alteração das expectativas normativas diante das crescentes relações sociais. Assim, a característica do direito positivo de sua alterabilidade por meio de normas abstratas, e decibilidade quando a “decisão, tornou-se fundamento do direito”, são preponderantes para a manutenção do positivismo jurídico na contemporaneidade, uma vez que se consegue uma característica fundamental à manutenção do sistema, que é o de acompanhar a evolução social e o aumento da complexidade das relações sociais.²²⁰

Uma maior complexidade surge, doravante, do próprio direito quando a sociedade moderna não mais reconhece aquele direito como exigível, já que programático a depender de condições políticas para ser realizado. Diz assim que “o direito tornou-se definitivamente tão complexo ao ponto do indivíduo não mais poder conhecê-lo”.²²¹

Neste contexto, compreende Luhmann que quando a expectativa normativa não corresponde com a realidade jurídica “surtem tipicamente estratégias de defesa, de

²¹⁷ NEVES, Marcelo. op. cit. Nota 3. p. 27.

²¹⁸ Ibidem. p. 27-28.

²¹⁹ Ibidem. p. 29.

²²⁰ Ibidem. p. 30-31.

²²¹ LUHMANN, Niklas. op. cit. Nota 95. p. 55.

fragmentação, de generalização e de neutralização [...] o próprio direito positivo [...] torna-se um direito trivial”.²²² Ou seja, um direito incapaz de ser reconhecido como direito.

Assim, para que o direito seja imposto à determinada relação social são necessários dois fatores que segundo o autor se complementam: “o consenso e pela força da coerção”. O *consenso* só pode ser colocado em relevo quando a sociedade em geral conhece “o conteúdo de sentido com o qual se deve concordar” por meio da decisão judicial, já a *força* deve ser efetivada quando se toma conhecimento das transgressões do direito.²²³

A referida passagem se torna bastante interessante e será mais adiante explorada. Luhmann afirma que o direito quando positivado, pensando-se, portanto, na perspectiva dos direitos humanos, para que haja harmonia sobre determinada linguagem, é preciso que haja discurso lógico e coerente, ou seja, é preciso que haja um consenso no plano social.²²⁴

Já os demais direitos positivos, que possuem sanções impositivas, são aplicados conforme as transgressões. Ou seja, havendo o descumprimento da norma cabe a sanção impositiva. Aqui, se trata de uma passagem bastante sutil, mas revela a distinção na aplicação do direito positivo daquele dotado de sanção ou daquele cuja finalidade é promover consenso. Ambas as situações ocorrem para manutenção do sistema normativo.

Nesse sentido, Luhmann afirma que “nenhum sistema político se pode apoiar apenas sobre a força física de coação”, mas sim o sistema deve “alcançar um consenso maior para permitir o domínio duradouro”.²²⁵

Em outras palavras, apenas a coação não manteria a duração do sistema, sendo necessário que haja um consenso, evidentemente, quão mais complexa for a sociedade, mais deverá o sistema possuir estruturas descarregantes de expectativas por meio de um consenso, mantendo, dessa forma, a duração do sistema, tais estruturas podem ser, a exemplo, do controle de convencionalidade a ser realizado pelos juízes internos.

Para o autor, na segunda metade do século XVIII, os conceitos de contrato social e seu “poder de convencimento” mostravam cansaço. Já hoje, os Direitos Humanos surgem

²²² LUHMANN, Niklas. op. cit. Nota 95. p. 56.

²²³ Ibidem. p. 71.

²²⁴ Neste particular: “a retórica é útil porque a verdade e a justiça são por natureza mais fortes que os seus contrários. De sorte que, se os juízos se não fizerem como convém, a verdade e a justiça serão necessariamente vencidas pelos seus contrários, e isso é digno de censura. Além disso, nem mesmo que tivéssemos a ciência mais exacta nos seria fácil persuadir com ela certos auditórios. Pois o discurso científico é próprio do ensino, e o ensino aqui é impossível, visto ser necessário que as provas por persuasão e os raciocínios se formem de argumentos comuns [...]. Além disso, é preciso ser capaz de argumentar persuasivamente sobre coisas contrárias, como também acontece nos silogismos; não para fazer uma e outra coisa – pois não se deve persuadir o que é imoral – mas para que nos não escape o real estado da questão e para que, sempre que alguém argumentar contra a justiça, nós próprios estejamos habilitados a refutar seus argumentos.” ARISTÓTELES. **Retórica**. 2ª Ed. Lisboa: Imprensa Nacional, 2005. p. 93.

²²⁵ LUHMANN, Niklas. op. cit. Nota 29. p. 49.

como “ideologia da burguesia ascendente”, dessa forma, tenta-se resolver o que ele denomina de “paradoxo dos Direitos Humanos” com a sua positivação, assim, primeiramente é pensado em declarações de direitos como no *Bill of Rights* e na Declaração Francesa, assim, “logo se tornará, porém usual incluir tais textos na Constituição.”²²⁶

No que tange aos Direitos Humanos, primeiramente é necessária uma distinção entre Direitos Humanos e Direitos Constitucionais Fundamentais sendo estes últimos direitos subjetivos positivados, ou seja, “considerados os únicos direitos subjetivos dogmaticamente aceitos nos procedimentos”, havendo inclusive confusão uma vez que estes direitos fazem parte da “tradição histórica dos direitos humanos no Ocidente”.²²⁷

Em seu livro “A Retórica Constitucional”, João Maurício Adeodato diz que o conceito de direitos humanos em um sistema positivo é complicador “exatamente em torno da questão de se os direitos humanos estariam acima, ontológica e axiologicamente falando dos direitos fundamentais positivados”.²²⁸ Tal debate é visto no presente trabalho quando se lança a problemática do controle de convencionalidade de direitos políticos inseridos na Constituição brasileira em confronto com o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Segundo Bobbio, os Direitos Humanos são, e devem ser, variáveis ao longo da história, de modo que “não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar”.²²⁹

Neste contexto, os Direitos Humanos assumem uma característica particular, eles não possuem uma regra de sanção, depende, portanto, de outros elementos cognitivos e estruturais para realização. Nesta perspectiva, ocorre uma geração de complexidades ainda maior quando o indivíduo, então observador, não consegue, na maioria das vezes, enxergar e vivenciar a concretude do direito internacional dos direitos humanos, que depende de condições especiais para satisfazê-la diante da soberania dos Estados.²³⁰

²²⁶ LUHMANN, Niklas. **O paradoxo dos Direitos Humanos e três formas de seu desdobramento**. Tradução de Ricardo Henrique Arruda de Paula e Paulo Antônio de Menezes Albuquerque. Themis, Fortaleza, v 3, n. 1, 2000. p. 157. Disponível em: <http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/view/314/295>. Acesso em: 03 mar. 2020.

²²⁷ ADEODATO, João Maurício. op. cit. p. 124.

²²⁸ Ibidem. p. 124.

²²⁹ Ibidem. p. 38.

²³⁰ “Todos os fenômenos que o observador pode descrever como vivos baseiam-se no fato de que o próprio observador vive. Na base desses novos preceitos teóricos deve ficar claramente entendido que o mundo está constituído por um *continuum* de operações, que se fragmenta no momento em que se introduzem cortes artificiais que correspondem às realidades parciais da física, química, biologia, psicologia, sociedade... Em segundo lugar, a observação e o observador dêem ser considerados previamente como sistemas, uma vez que a observação não é um ato único e isolado, mas sempre se dá em conjunto de conhecimentos, em um espécie de memória, em uma limitação de perspectivas, com restrições de ligação em outras operações de observação. A consideração de *sistema* também resvala para a compreensão psicológica do sujeito: só é possível obter uma

Para Luhmann, há um verdadeiro paradoxo a “necessidade de positivação do direito pré-positivo”, e que os textos normativos se tratam apenas de auxílio para “direitos já existentes”, um grande paradoxo é que a positivação depende da soberania do Estado sobre determinado território, quando a validade dos Direitos Humanos pressupõe uma sociedade global²³¹, neste contexto, “as convenções internacionais permanecem ligadas aos países individuais”, que podem ser ratificadas ou não, e são, portanto “submetidas ou não a uma jurisdição prévia”, isso se trata de um paradoxo na sociedade moderna.²³²

A característica da soberania é problemática para aplicação para a aplicação da decisão judicial da Cortes Internacionais de Direitos Humanos, e será adiante explorada.

Para Luhmann, no âmbito social, não pode haver sistema sem comunicação, assim “um sistema social surge quando a comunicação desenvolve mais comunicação, a partir da própria comunicação.”²³³ No contexto dos direitos humanos a comunicação é falha.

Pegue-se, por exemplo, o art. 23 da CADH quando não estabelece a limitação da filiação partidária para o indivíduo ser candidato. Nesta perspectiva, a comunicação falha quando o observador observa de modo crítico, no ambiente social, que alguns indivíduos e grupos são socialmente marginalizados e, portanto, não se pode falar que são iguais em dignidade e direitos, pois uns podem ser candidatos, outros não.²³⁴

representação do sujeito no momento em que se leva em conta a sistematicidade de sua operação.” LUHMANN, Niklas. op. cit. Nota 5. p. 76.

²³¹ Neste mesmo sentido: “uma problemática também especial, de relevância dificilmente avaliável. Trata-se de crescente discrepância entre o sistema da sociedade que aspira uma unidade global, e o direito positivo pelo outro lado, que é estatuído com vigência dentro dos limites territoriais de jurisdição. O sistema social abrangente amalgamou-se de fato no sentido de uma sociedade mundial uniforme, abarcando todas as relações entre as pessoas, sem que esse desenvolvimento tivesse sua correspondência em termos de uma unificação política do mundo. A formação do direito continua sendo, como sempre, atribuída a sistemas políticos locais e controlada por seus processos decisórios. Com isso delinea-se a situação na qual aqueles problemas que só podem ser resolvidos no plano da sociedade mundial, que não mais podem ser problematizados nos sistemas políticos parciais a não ser do ponto de vista local, não mais podem ser encaminhados na forma do direito.” Idem. op. cit. Nota 95. p. 154.

²³² Idem. op. cit. Nota 226. p. 157.

²³³ Idem. op. cit. Nota 5. p. 90. No mesmo sentido: “Esta sociedad mundial está hecha de comunicaciones. Su limite exterior está demarcado por la comunicación: en su entorno no hay comunicación alguna. Dentro de Ella caben todas las comunicaciones posibles y, por esta razón, los diferentes subsistemas funcionales de la sociedad como sus propios limites externos. En la medida que consisten de comunicaciones, los subsistemas de la sociedad mundial participan de ella y en tanto su comunicación sigue formas diversas, se diferenciam entre si. MANSILLA, Darío Rodríguez. **Los limites del Estado em la sociedade mundial: de la política al derecho**. In: NEVES, Marcelo (coord.). **Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 25.

²³⁴ Norberto Bobbio também alertou sobre esta problemática dos direitos humanos: “a linguagem dos direitos permanece bastante ambígua, pouco rigorosa e frequentemente usada de modo retórico [...] uma coisa é proclamar esse direito, outra é desfrutá-lo efetivamente. A linguagem dos direitos tem indubitavelmente um grande função prática, que é emprestar uma força particular às reivindicações dos movimentos que demandam para si e para os outros a satisfação de novos carecimentos materiais e morais; mas ela se torna enganadora se obscurecer ou ocultar a diferença entre o direitos reivindicado e o direito reconhecido e protegido.” BOBBIO, Norberto. op. cit. Nota 2. p. 29.

Assim, é razoável constatar que os Direitos Humanos podem gerar uma maior complexidade ao sistema jurídico, decorrente de sua linguagem e signos que não significam na realidade social.²³⁵ Razão pela qual é necessário o uso de instrumentos, a exemplo do controle de convencionalidade a fim de atenuar as expectativas tanto para os direitos humanos como para o direito interno.

Isso porque, a complexidade reside na diferença entre o sistema e o meio. Surge na medida em que o sistema não é capaz de dar respostas efetivas à “imensa possibilidade de estímulos provenientes do meio”, sendo necessário que o sistema possua uma “disposição para a complexidade, no sentido de ignorar, rechaçar, criar indiferenças, enclausurar-se em si mesmo”.²³⁶ Percebe-se, portanto, que para a integridade do sistema é necessário que ele se disponha à complexidade do meio em que atua, em um movimento de reconhecimento de complexidade e redução de complexidade, de modo a “compreender as instâncias da racionalidade”.²³⁷

Para redução da complexidade, é necessária a generalização, com respostas iguais ou diferentes em face de provocações distintas oriundas do meio em o sistema que atua, havendo a necessidade do estabelecimento de “níveis de gradação”, aqui compreendidos como a possibilidade de enfrentar problemas do meio não como um todo, mas também de modo localizado.²³⁸

Outra forma de redução de complexidade se dá por meio de uma “construção limitada de racionalidade” na busca por soluções ideais “que garanta o estado de segurança na operação do sistema”.²³⁹ Veja-se neste sentido:

Quando essas deliberações se organizam dentro de uma teoria da sociedade, seu significado consiste em que precisamente a diferenciação por sistemas tem a função de aproveitar as oportunidades de racionalidade, mediante a elevação da capacidade de irritação do sistema. Este, por sua vez, permite que tal capacidade aumente e, ao mesmo tempo, prepara medidas de contraste e contraposição. Tudo isso se realiza em cada um dos sistemas de funções; mas não pode ser efetuado no plano da totalidade do sistema da sociedade.²⁴⁰

²³⁵ Neste sentido: “Existencialmente, o discurso é linguagem porque aquele ente, cuja abertura se articula em significações, possui o modo de ser-lançado-no-mundo, depende de um ‘mundo’. [...] O discurso é a articulação em significações da compreensibilidade inserida na disposição do ser-no-mundo. HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Parte I. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 15ª Ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2005. p. 220-221

²³⁶ LUHMANN, Niklas. op. cit. Nota 5. p. 178-179.

²³⁷ Ibidem. p. 179.

²³⁸ Ibidem. p. 180-181.

²³⁹ Ibidem. p. 182

²⁴⁰ Ibidem. p. 201.

Nesta construção teórica, é possível compreender que para manter a congruência, diante das mais diversas expectativas normativas, em uma sociedade hipercomplexa, o sistema positivo fechado deve se abrir em cognição, sendo necessário que as decisões judiciais se voltem a uma “fundamentação ética, seja ela material ou argumentativo-procedimental”, assim a problemática do direito “é reorientada para a questão da *complexidade* adequada do sistema jurídico e da *consistência* de suas decisões”.²⁴¹

Mas o que seria uma decisão consistente ou racional? A busca pela racionalidade na modernidade, em consequência, fez surgir a *racionalidade sistêmica*, uma racionalidade²⁴² movida pelo consenso.²⁴³ De forma que é possível concluir que quanto mais gerar o consenso, mais consistente é uma decisão judicial. Neste cenário, para que servem os Direitos Humanos atuando em controle de convencionalidade em uma decisão judicial?

Uma perspectiva que é necessária para esta construção trata-se de Costas Douzinas, a qual se torna necessária a transcrição nas mesmas palavras evitando perda de significação:

Os direitos humanos se tornam o princípio de libertação da opressão e da dominação, o grito de guerra dos sem-teto e dos destituídos, o programa político dos revolucionários e dos dissidentes. [...] Os direitos humanos são o fado da pós-modernidade, a energia das nossas sociedades, o cumprimento da promessa do Iluminismo de emancipação e autorrealização. [...] Os direitos humanos são alardeados como a mais nobre criação da nossa filosofia e jurisprudência e como a melhor prova das aspirações universais da nossa modernidade, que teve de esperar por nossa cultura global pós-moderna para ter seu justo e merecido reconhecimento.²⁴⁴

Nesta construção teórica, permite-se observar que alguns dos conceitos que podem ser atribuídos aos Direitos Humanos, são de que se trata de um programa político para a pós-modernidade, que possui pretensão universal de realização de ideais comuns por meio de um consenso sobre valores universais éticos e intrínsecos aos indivíduos do mundo:

Essa inserção de mecanismos cognitivos na estrutura em si normativa do direito parece corresponder ao desenvolvimento de uma sociedade mundial. Formações de estruturas universais e seus problemas de consequência, sistemas de interação e seus desequilíbrios, “regem” o direito positivo posto em vigência, não na forma de uma normatização abrangente, de um direito superior, supra-estatal e com isso superpositivo, mas sim porque o dinamismo da sociedade mundial estabelece ensejos à assimilação, exercendo talvez até pressões à assimilação, indicando uma

²⁴¹ NEVES, Marcelo. op. cit. Nota 3. p. 51,

²⁴² “No contexto da Teoria dos Sistemas, racionalidade não significa racionalidade ontológica do mundo, mas, exclusivamente, racionalidade do sistema”. LUHMANN, Niklas. op. cit. Nota 5. p. 199.

²⁴³ “Cf. Idem. op. cit. Nota 9. Ressalte-se: “Não se trata de um consenso fático ou de ‘vontade geral’, mas sim de suposição de consenso”. NEVES, Marcelo. op.cit. Nota 3. p. 33.

²⁴⁴ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009. p. 19

certa não aleatoriedade das soluções aos problemas. O grau de detalhamento de tais exigências de assimilação e limitações de soluções variará com o adensamento das estruturas da sociedade mundial; ele não é concretamente previsível nem em termos abstratos nem em seus detalhes, e temos todos os motivos para supor que não existe apenas uma, mas sim muitas constelações úteis para a relação entre sistema da sociedade mundial e seus sistemas parciais.²⁴⁵

O que seria e para que serve, portanto, a criação de um consenso sobre valores universais éticos? Já foi visto nas linhas anteriores do presente trabalho que a ideia da criação de consenso está intimamente ligada à redução de complexidades no sistema de modo a construir um caminho adequado para correspondência das expectativas normativas e geração de congruência ao sistema.²⁴⁶

Nesse passo, é importante que as decisões judiciais sejam proferidas também com base na expectativa criada pelo indivíduo amparada em expectativas normativas previamente definidas, daí a necessidade de abstração das normas para abranger a quantidade de relações sociais cada vez em maior em quantidade e mais complexas.²⁴⁷

Diga-se ainda que na medida em que a sociedade se torna mais complexa decorrente do progresso da civilização, os problemas também são aumentados, as relações sociais são colocadas em maior possibilidade de conflitos, havendo a necessidade do surgimento de novas formas de consenso.²⁴⁸

Neste contexto, os valores éticos possuem o maior grau de abstração que possibilitam o consenso por meio de um conteúdo moral, cujo sistema tem similitude com a natureza humana, sendo desejável, que qualquer sistema social seja o mais natural possível de modo que se diminua a resistência social para aceitá-lo.²⁴⁹

²⁴⁵ LUHMANN, Niklas. op. cit. Nota 95. p. 163.

²⁴⁶ Cf. Nota 22.

²⁴⁷ Cf. Nota 24. No mesmo sentido, Marcelo Neves: “A partir do contexto teórico, proponho que os direitos humanos sejam definidos primariamente como expectativas normativas de inclusão jurídica de toda e qualquer pessoa na sociedade (mundial) e, portanto, de acesso universal ao direito em quando subsistema social”. NEVES, Marcelo. op. cit. Nota 55. p. 253.

²⁴⁸ LUHMANN, Niklas. op. cit. Nota 8. p. 51.

²⁴⁹ Cf. Nota 32. Nesse sentido também Marcelo Neves: “cabe observar que as condições para o surgimento dos direitos humanos na sociedade moderna relaciona-se com a emergência de um dissenso estrutural, concernente não apenas à pluralidade de esferas de comunicação com pretensão de autonomia (complexidade sistêmica), mas também à heterogeneidade de expectativas, interesses e valores de pessoas e grupos. Nesse sentido, cabe delimitar o conceito de direitos humanos, para defini-lo como expectativas normativas de inclusão jurídica generalizada nas condições de dissenso estrutural da sociedade mundial. Assim compreendidos, os direitos humanos estão localizados na fronteira do sistema jurídico, vinculando-o a uma moral da inclusão e do dissenso, que circula com relevância no âmbito da sociedade mundial do presente, em concorrência com outros modelos morais. Pode-se dizer que certas formas de sua expressão (direitos humanos ‘frágeis’) ainda não atravessaram, para usar uma metáfora, a fronteira do sistema jurídico no âmbito abrangente da sociedade mundial, pois lhes falta o mínimo de institucionalização jurídica, de positivação e de condições de implementação processual, enquanto outras formas (os direitos humanos ‘fortes’) já ultrapassaram essa fronteira e lutam, antes, por concretização e efetivação.” NEVES, Marcelo. op. cit. Nota 55. p. 255-256.

Os valores também possibilitam, quando formulados em consenso, uma direção para o futuro, garantindo o que Luhmann chama de alterabilidade do direito.²⁵⁰ Assim, alguns direitos trabalham como “força de coerção”, impositivos, já outros trabalham com fator de “consenso”, permitindo a diminuição das complexidades, ambos se complementam.²⁵¹

Dessa forma, é razoável entender que os Direitos Humanos, na perspectiva de Luhmann, como um direito se comunica através do consenso, e que bebe da fonte do sistema da moral aumentando a naturalidade e congruência do sistema do direito.

Neste contexto, em uma sociedade global, os Direitos Humanos surgem, na perspectiva da Teoria dos Sistemas, como o mecanismo (ou, fidedignamente, como acoplamento estrutural) que permite a abertura cognitiva para conexão entre o direito positivo e referenciais éticos pretensamente universais para geração internacional do consenso e diminuição das complexidades na sociedade moderna e, conseqüência, geração de congruência ao sistema normativo internacional.

Assim, é necessário que hajam valores, formulados em consenso, que permitam nutrir expectativas cognitivas de futuro (fator descarregante), tornando o sistema jurídico duradouro, diante da possibilidade linguística de mudança social estrutural.²⁵²

Daí porque, a não concretização dos Direitos Humanos pode ser pensada como fator fundamental para manutenção e integridade do sistema jurídico, uma vez que, caso concretizados, perderá carga retórica que possibilita a expectativa e projeção cognitiva de mudança social para um futuro utópico.

Não que os Direitos Humanos sejam, nesta construção, uma utopia, um direito nunca alcançado. Apenas possibilitam, que uma decisão de Corte Internacional, promova carga argumentativa para manutenção do sistema social do direito enquanto dirigente da sociedade global para o futuro, podendo servir de parâmetro para atenuar as expectativas normativas de uma sociedade plural de base normativa racional e excludente, como a brasileira.

Portanto, a norma constitucional que estabelece a filiação partidária como meio exclusivo do cidadão participar do sistema representativo deve se abrir em cognição para absorver a complexidade do meio social em que atua, sendo necessária uma interpretação à

²⁵⁰ Cf. Nota 35.

²⁵¹ Cf. Nota 81.

²⁵² Nesse sentido segue a crítica de Marcelo Neves: “O ‘mundo internacional’ não é uma organização, Para a sociedade mundial, toda tentativa de utilização retórica da comunidade é, antes, mais uma expressão retórica do discurso hegemônico. O que há são sistemas de comunicações, jogos de linguagem, grupos e pessoas diversas, numa confluência heterogênea de interesses, valores e expectativas em geral. [...] O que se exige na sociedade mundial do presente é a promoção da inclusão: a redução do crescente setor de exclusão” NEVES, Marcelo. op. cit. Nota 55. p. 291-292.

luz do direito internacional dos direitos humanos, para promover a circularidade do sistema por uma desejável naturalidade normativa e aceitação social.

3.2 PROBLEMÁTICA DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DA NORMA CONSTITUCIONAL ORIGINÁRIA DE FILIAÇÃO PARTIDÁRIA

Feitas as considerações acerca da importância da observância da decisão em direitos humanos pelas decisões das Cortes acerca do direito interno, é preciso, primeiramente, reconhecer a diferença no contexto da sociedade do México no caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, que admite as candidaturas independentes, por meio de Partidos Políticos, mas que não há debate acerca da pluralidade, e também o contexto da sociedade da Nicarágua, no caso *Yatama vs. Nicaragua*, cuja população indígena é mais identitária e concentrada demograficamente que no Brasil.

Mas também é preciso reconhecer que, na modernidade, a “decisão tornou-se fundamento do direito”, uma vez que é possível promover a alterabilidade de normas abstratas por meio da fixação dos sentidos com decibilidade, características que são fundamentais na contemporaneidade, pois permite a evolução do direito para acompanhar a evolução social.²⁵³

Significa dizer que, embora em contextos sociais diversos, é possível a recepção da *ratio decidendi* do Caso julgado pela CADH diante de um problema jurídico semelhante²⁵⁴, sendo que tal controle poderá ficar a cargo do Poder Judiciário interno, que também poderá utilizar das mesmas premissas jurídicas em que a CIDH utilizou para interpretar o art. 23 da

²⁵³ NEVES, Marcelo. op. cit. Nota 3. p. 30-31.

²⁵⁴ Aqui cabe a ressalva que tal circunstância não é cabível para todo o caso, ao que parece a decisão da CIDH implica muito mais em fornecer elementos jurídico-comunicativos para formação da decisão do direito interno quando o Estado não é parte no Caso concreto, uma vez que a necessidade de cumprimento da decisão se dá exclusivamente para as partes (art. 68, CADH). Nesse sentido são as considerações de Marinoni: “Porém, a obrigatoriedade de respeito à fundamentação determinante de uma decisão nada tem a ver com a participação como parte no processo em que proferida. A parte, como é óbvio, é sujeita ao dispositivo da decisão, não podendo dela fugir. Sucede que os fundamentos determinantes ou a *ratio decidendi* expressam uma tese jurídica ou o sentido atribuído a uma norma diante de determinada realidade fática. Essa tese ou sentido, por revelarem o entendimento da Corte acerca de como a Convenção deve ser compreendida em face de certa situação, certamente devem ser observados por todos aqueles que estão obrigados perante a Convenção. [...] No plano supranacional, existem diferenças notórias entre as contingências políticas e as realidades sociais de cada país, muitas vezes a impossibilitar a definição de uma regulação igualmente legítima para todos. De modo que o emprego do *distinguishing* [técnica de distinção de precedentes], na dimensão do direito convencional, é particularmente legitimado pela diferença entre as realidades de cada país, o que torna a sua adoção – na perspectiva da diferença entre as realidades e os valores sociais – aí muito mais frequente do que no âmbito das jurisdições internas.” MARINONI, Luiz Guilherme. **Controle de convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro)**. In: MARINONI, Luiz Guilherme. MAZZOULI, Valerio de Oliveira. (Org.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 83-85

CADH e concluir que não pode haver regra de representação política exclusiva com base em Partidos em uma sociedade plural.²⁵⁵

Por seu turno, também se verifica que o art. 23 é interpretado pela CADH, no caso *Yatama vs. Nicarágua*, para propiciar candidaturas de indígenas com base no princípio da não-discriminação, o qual, segundo Borges, faz parte do *jus cogens*, que são valores norteadores do direito internacional dos direitos humanos os quais “merecerem proteção especial, em decorrência dos seguintes critérios: indisponibilidade oriunda da qualidade especial do seu titular; pelo seu objeto e pelas relações jurídicas que encerram”.²⁵⁶

Assim, a característica que difere o *jus cogens* é justamente a capacidade de criar “obrigações específicas” aos Estados que devem cumprir obrigações relacionadas à norma internacional de direitos humanos, e independem da “vontade e aceitação de tais normas pelo ente estatal”, caso não cumpridas as normas decorrentes do *jus cogens* os Estados podem sofrer responsabilidade no plano internacional.²⁵⁷

Um dos instrumentos relevantes para observância do direito internacional é o chamado “controle de convencionalidade”, que surgiu no âmbito da CIDH por meio do caso *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*, em 2006, onde considerou que cabe ao Poder Judiciário dos Estados que subscreveram a CADH velar pela Convenção e por sua efetividade no âmbito interno, sendo necessário realizar o controle de convencionalidade das normas internas. Veja-se:

²⁵⁵ “A jurisprudência do SIDH teve um considerável impacto na jurisprudência dos tribunais nacionais que aplicam as normas de direito internacional dos direitos humanos. É importante considerar que as decisões adotadas pelos órgãos do sistema num caso concreto têm um valor heurístico de interpretação dos tratados aplicáveis ao conflito que transcende às vítimas afetadas no processo. Além disso, essa jurisprudência internacional costuma ser utilizada como guia para as decisões posteriormente adotadas em nível doméstico pelos tribunais nacionais, que procuram assim evitar que os Estados possam ser expostos a petições e eventuais condenações ante as instâncias internacionais. Esse processo de globalização de parâmetros de direitos humanos, embora não tenha alcançado igual grau de desenvolvimento em toda a região e esteja sujeito à precariedade dos sistemas de justiça, teve um incontestável impacto positivo na transformação desses mesmos sistemas judiciais e gerou uma maior atenção das autoridades estatais ao desenvolvimento do SIDH. Assim, a jurisprudência fixada pela Comissão e especialmente pela Corte incidiu em diversas alterações jurisprudenciais nos países da região, em temas relacionados com a frágil e deficitária institucionalidade das democracias latino-americanas.” ABRAMOVICH, Víctor. Das violações em massa aos padrões estruturais: novos enfoques e clássicas tensões no sistema interamericano de direitos humanos. *Sur, Rev. int. direitos human.*, São Paulo, v. 6, n. 11, p. 6-39, Dec. 2009. p. 12. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452009000200002&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 07 mar. 2020..

²⁵⁶ BORGES, Maria Creusa de Araújo. *Jus Cogens, Normativa Internacional de Proteção dos Direitos Humanos e o Caso da Prisão Civil por Dívida do Depositário Infiel: Estudo Analítico a Partir do Sistema Global e Regional de Proteção*. In: MEZZAROBBA et. al. (Org.) I Encontro de Internacionalização do CONPEDI. Vol. 4. Barcelona: Ediciones Laborum, 2015. p. 119. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/wp-content/uploads/2016/01/NOVO-Miolo-CONPEDI-vol.-4-em-moldes-gr%C3%A1ficos.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2020.

²⁵⁷ Ibidem, p. 121-122.

124. A Corte tem consciência de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, são obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato estatal, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e a seu fim e que, desde o início, carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas internas aplicadas a casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana, fez do mesmo.²⁵⁸

A partir desta decisão da CIDH surgiram vários trabalhos científicos no Brasil acerca do controle de convencionalidade, não havendo dúvidas sobre a possibilidade do controle de convencionalidade em face de normas infraconstitucionais, sendo cabível tanto pelos tribunais internos bem como pelos tribunais internacionais.

Contudo, a problemática proposta no presente trabalho é que se trata, a filiação partidária, de uma norma constitucional originária. Diante disso, é necessário aprofundar o debate para verificar a possibilidade deste controle de convencionalidade de normas constitucionais originárias.

Para Abramovich, o processo de consolidação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) não é “linear” bem como, estrategicamente “procuram definir suas prioridades temáticas e sua lógica de intervenção, num novo cenário político regional de democracias deficitárias e excludentes”.²⁵⁹

Para o autor, muitos países que subscreveram a CADH “não alcançaram uma consolidação de seus sistemas democráticos”, sendo os países inseridos em um contexto exclusivo de democracia representativa que, é verdade, houve avanços na melhoria do sistema eleitoral mas que, contudo, não consegue diminuir a desigualdade e a exclusão.²⁶⁰

Tanto a Comissão quanto a CIDH buscam fornecer aos países que subscreveram a CADH meios e parâmetros para fixação do sentido das normas internas “com o propósito de incidir na qualidade dos processos democráticos e no fortalecimento dos principais mecanismos domésticos de proteção dos direitos”, tendo como desafio de buscar alternativas e instrumentos capazes de dar efetividade as decisões da Corte no direito interno.²⁶¹

Ressalta, ainda, Abramovich

²⁵⁸ CIDH. **Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile, 2006. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/7172fb59c130058bc5a96931e41d04e2.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2020.

²⁵⁹ ABRAMOVICH, Víctor. op. cit. p. 8.

²⁶⁰ Ibidem p. 9-10.

²⁶¹ Ibidem. p. 10.

, que as questões acerca da desigualdade e exclusão tem sido uma agenda nos últimos anos do SIDH, isso porque considerou a fragilidade das democracias na América Latina frente ao aumento da desigualdade e exclusão que incide diretamente na capacidade democrática de um Estado, dentre estes, a “exclusão de amplos setores da população dos sistemas políticos”²⁶²

Significa dizer, portanto, que o SIDH tem colocado como relevo, nos dias atuais, a promoção da inclusão de setores específicos da sociedade nos países latino-americanos como forma de promover a concretização dos direitos humanos, tais como a “participação política dos povos e comunidades indígenas”, agenda esta que também deve refletir no ordenamento jurídico interno de qualquer Estado submetido à CADH.²⁶³

Para o autor, os problemas da desigualdade e exclusão levam os Estados democráticos a se pautarem em práticas autoritárias históricas, não sendo capazes as autoridades, ainda que oriundas de um processo eleitoral, de reverter a situação de violação aos direitos humanos:

Os problemas de desigualdade e exclusão se refletem na degradação de algumas práticas institucionais e no funcionamento deficiente dos Estados democráticos, o que produz novas formas de violação dos direitos humanos, muitas vezes relacionadas com as práticas dos Estados autoritários de décadas passadas. Não se trata de Estados que se organizam para violar sistematicamente direitos, nem que planejam em suas esferas superiores ações deliberadas para violá-los em massa, mas de Estados com autoridades eleitas legitimamente, que não são capazes de reverter e impedir práticas arbitrárias de seus próprios agentes.²⁶⁴

Assim, o papel da CIDH neste contexto é de “guiar com princípios e parâmetros”, ou seja, de fornecer densidade e carga argumentativa aos direitos humanos pelos quais devem se pautar os Estados em seu sistema de direito interno, bem como a “formulação de políticas públicas”, como meio de contribuir para o fortalecimento da democracia.²⁶⁵

Para o autor, houve uma “evolução da jurisprudência” no que diz respeito à temática da igualdade, que impele para que os Estados sejam mais ativos na promoção da igualdade. Neste passo, a SIDH se orienta no sentido de uma “igualdade material”, ou seja, a “idéia de igualdade como não discriminação a uma idéia de igualdade como proteção de grupos subordinados”, ou o que o autor denomina de “igualdade substantiva”, para promover a “proteção especial de determinados grupos que sofrem processos históricos ou estruturais de

²⁶² ABRAMOVICH, Víctor. op. cit. p. 16-17

²⁶³ Ibidem. p. 17

²⁶⁴ Ibidem. p. 17

²⁶⁵ Ibidem. p. 17

discriminação”²⁶⁶. Neste contexto, é possível verificar o relevo que se dá a temática inclusão dos povos tradicionais no processo político de eleições.

Tanto é que o autor cita, como um exemplo, a decisão da CIDH do caso *Yatama vs. Nicarágua*, pela qual a legislação eleitoral deve se adequar “às formas de organização política que expressem a identidade cultural de um grupo”.²⁶⁷

Para ele, a distinção da norma nacional e internacional não é tão precisa e definida quanto se dizer que a norma nacional é emanada pela autoridade legislativa nacional, eleita pelo povo que lhe outorgou, por meio de um processo eleitoral, uma potencial representatividade, mas que a norma internacional tem expressiva participação dos atores sociais e políticos dos países que a subscreveram.²⁶⁸

No caso do presente trabalho, a problemática reside em que a norma interna brasileira que impõe as candidaturas exclusivas por meio de Partidos Políticos é de ordem constitucional originária, razão pela qual não seria, a princípio, possível o controle de convencionalidade.

Isso porque a Emenda Constitucional n.º 45/2004 estabeleceu que as normas internacionais de Direitos Humanos apenas teriam o mesmo patamar jurídico das normas constitucionais quando os “tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros” (art. 5º, §3º), não tendo a CADH ao ser subscrita, anteriormente à Emenda, pelo Estado brasileiro, passado por tal procedimento.

Portanto, nesta concepção, a CADH não teria a mesma força normativa que a norma da Constituição, prevalecendo esta quando diz que a filiação partidária, por exemplo, é requisito indispensável para o cidadão se candidatar. Diversamente, seria se a CADH tivesse passado pelo procedimento estabelecido no art. 5º, §3º, onde seria possível a harmonia entre a filiação partidária e candidaturas de autóctones por meio de seus costumes e tradições.

Antes da alteração por meio da Emenda Constitucional referida, a doutrina tratava a norma do §2º como uma “tendência de Constituições latino-americanas recentes de conceder um tratamento especial” ao direito internacional dos direitos humanos, que independiam da “intermediação do Poder Legislativo” para fins de “integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento

²⁶⁶ ABRAMOVICH, Víctor. op. cit. p. 18.

²⁶⁷ Ibidem. p. 22.

²⁶⁸ Ibidem. p. 25.

jurídico interno”.²⁶⁹ O direito internacional era colocado como relevo de modo a ultrapassar inclusive as barreiras de ordem constitucional. Veja-se:

a um Estado não é dado deixar de cumprir suas obrigações convencionais sob o pretexto de supostas dificuldades de ordem constitucional ou interna, com maior razão ainda não haverá desculpa para um Estado de não se conformar a um tratado de direitos humanos no qual é Parte pelo simples fato de seus tribunais interpretarem, no plano do direito interno, o tratado de modo diferente do que se impõe no plano do direito internacional.²⁷⁰

Contudo, a possibilidade de controle de convencionalidade das normas da CADH de maneira geral e abstrata já foi objeto de debate no âmbito do Supremo Tribunal Federal brasileiro, a Corte Constitucional, quando do julgamento da impossibilidade de prisão de depositário infiel (norma interna) que foi derogada por força da norma internacional CADH, cuja decisão foi tomada no *Habeas corpus* n.º 87.585/TO²⁷¹.

A prisão de depositário infiel é prevista do art. 5º, LXVII, da CRFB/88, que diz: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

No Acórdão, o Supremo Tribunal Federal considerou que com a subsunção da CADH no ordenamento brasileiro ocorreu a derrogação das normas que determinam a prisão do depositário infiel, cuja possibilidade é prevista constitucionalmente.

Portanto, será possível o controle de convencionalidade de normas constitucionais originárias, sem que tenha a Convenção Internacional *status* de Emenda Constitucional, pelo Poder Judiciário brasileiro considerando que o Brasil está violando o art. 23 da CADH segundo a interpretação da CIDH a respeito da temática?²⁷²

²⁶⁹ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos Direitos Humanos**. In: CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto (editor). **A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro**. 2º ed. San José: MARS Editores, 1996. p. 210.

²⁷⁰ Ibidem. p. 211.

²⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 87.585, Tribunal Pleno, Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008. **Diário da Justiça de 25 de junho de 2009**, vol. 23366. Em conjunto com o RE 466.343/SP e o RE 349.703/RS.

²⁷² Vale destacar que a CIDH já declarou que o Chile alterasse regras da sua Constituição, no Caso “*A Última Tentação de Cristo*” (*Olmedo Bustos e outros*) Vs. *Chile*, onde na oportunidade consignou: “88. No presente caso, ao manter a censura cinematográfica no ordenamento jurídico chileno (artigo 19, inciso 12, da Constituição Política e Decreto-Lei número 679), o Estado está descumprindo o dever de adequar seu direito interno à Convenção de modo a fazer efetivos os direitos consagrados na mesma, como estabelecem os artigos 2 e 1.1 da Convenção. 89. Esta Corte tem presente que, em 20 de janeiro de 1997, a Corte de Apelações de Santiago proferiu sentença em relação ao presente caso, que foi confirmada pela Corte Suprema de Justiça do Chile em 17 de junho 1997. Por não estar de acordo com os fundamentos destas sentenças, em 14 de abril de 1997, o Governo do Chile apresentou ao Congresso um projeto de reforma constitucional para eliminar a censura cinematográfica. A Corte aprecia e destaca a importância da iniciativa do Governo de propor a mencionada reforma constitucional, porque pode conduzir a adequar o ordenamento jurídico interno ao conteúdo da Convenção

Não haveria qualquer debate caso o Supremo Tribunal Federal formasse sua convicção de acordo com o princípio *pro homine* que é previsto na CRFB/88 no art. 4º, II, que coloca a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais.²⁷³

Contudo, no *Habeas corpus* n.º 87.585/TO, no Supremo Tribunal Federal, houve duas correntes acerca especificamente da matéria da recepção da CADH enquanto norma de natureza constitucional, a primeira corrente foi do Ministro Celso de Mello, e a segunda corrente ao do Ministro Gilmar Mendes.

Para o Ministro Celso de Mello, caberia ao Supremo Tribunal Federal dar a maior efetividade possível às convenções internacionais, especialmente as de direitos humanos, e, com fundamento de que o “constitucionalismo democrático aberto ao processo de crescente internacionalização dos direitos básicos da pessoa humana”.

Para ele, fica claro o caráter de supralegalidade da convenção, ou seja, a prevalência da convenção sobre as leis ordinárias, contudo, aprofunda o debate, citando Antonio Augusto Cançado Trindade, Flávia Piovesan, Celso Lafer, Valério de Oliveira Mazzouli, para considerar, com suporte na referida doutrina, que a CADH tem “qualificação constitucional”, ou seja, é norma constitucional, uma vez que fora celebrada antes da Emenda Constitucional 45/2004 e, portanto, de acordo com o §2º, do art. 5º, da CRFB.

A segunda corrente, a do Min. Gilmar Mendes, entendeu que a CADH tem seu *status* de supralegalidade, não podendo, todavia, ter qualificação constitucional uma vez que demandaria insegurança jurídica já que poderia existir um controle de constitucionalidade com base na normativa internacional.²⁷⁴

Americana em matéria de liberdade de pensamento e de expressão. O Tribunal constata, entretanto, que apesar do período transcorrido a partir da apresentação do projeto de reforma ao Congresso não se adotaram ainda, conforme o previsto no artigo 2 da Convenção, as medidas necessárias para eliminar a censura cinematográfica e permitir, assim, a exibição do filme “A Última Tentação de Cristo.” 90. Em consequência, a Corte conclui que o Estado descumpriu os deveres gerais de respeitar e garantir os direitos protegidos pela Convenção e de adequar o ordenamento jurídico interno às suas disposições, consagrados nos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.” CIDH. **Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Caso “A Última Tentação de Cristo” (Olmedo Bustos e outros) Vs. Chile, 2001. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/f30eb7942e6ea89e4d2ec4ca870784d3.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2020.

²⁷³ “Este princípio faz comunicar a ordem jurídica internacional com a ordem interna, estabelecendo um critério hermenêutico de solução de antinomias que é a consagração do próprio princípio da norma mais favorável, a determinar que, em caso de conflito entre a ordem internacional e a ordem interna, a ‘prevalência’ – ou seja, a norma que terá primazia – deve ser sempre do ordenamento que melhor proteja os direitos humanos.” MAZZOULI. Valerio de Oliveira. **Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro**. In: MARINONI, Luiz Guilherme. MAZZOULI. Valerio de Oliveira. (Org.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 30.

²⁷⁴ Interessante passagem doutrinária de Gilmar Mendes em que diz: “Não se ignora, por outro lado, a tendência contemporânea do constitucionalismo mundial de prestigiar as normas internacionais destinadas à proteção do ser humano. Por conseguinte, a partir desse universo jurídico voltado aos direitos e garantias fundamentais, as constituições não apenas apresentam maiores possibilidades de concretização de sua eficácia normativa, como

Para ele, o Congresso ao demarcar o §3º no art. 5º, da CRFB, o fez corretamente, e caso entenda que a Convenção deva ser qualificada como constitucional, cabe ao Congresso dizer. Contudo, diante da temática do presente trabalho, levar a cabo tal afirmação se mostra bastante controversa uma vez que o Congresso Nacional formado por Partidos possivelmente não absorva norma de caráter internacional que possa interferir nos espaços de poder.

A posição do Ministro Gilmar Mendes foi acompanhada pelos Ministros Menezes Direito, Carmen Lúcia, Carlos Britto, Ricardo Lewandowski. Enquanto a posição do Ministro Celso de Mello foi acompanhada pelos Ministros Eros Grau, Cezar Peluso, Ellen Gracie, o que se tem um placar de 5 votos a 4, pelo reconhecimento do *status* de suprallegalidade da CADH, não tendo patamar constitucional²⁷⁵. Neste sentido, não votou, claramente, acerca da temática, o Ministro Marco Aurélio²⁷⁶ e ausente o Ministro Joaquim Barbosa.

No mesmo sentido, vale registrar, tem sido as decisões do Supremo Tribunal Federal quando o cidadão, em casos particulares, busca a tutela jurisdicional para ter direito à candidatura independente com base na normativa da CADH. Um exemplo é o Mandado de Injunção 6.977/DF, que em decisão singular, o Ministro Celso de Mello, em que pese não ter conhecido do Mandado de Injunção por não vislumbrar a inércia do legislador para o efetivo exercício de um direito constitucional (art. 5º, LXXI, CRFB), debateu a temática.

também podem ser concebidas em uma abordagem que aproxime o Direito Internacional do Direito Constitucional.” MENDES. Gilmar Ferreira. **A justiça constitucional nos contextos supranacionais.** In: NEVES, Marcelo (coord.). **Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicos.** São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 255.

²⁷⁵ Tal circunstância da inferioridade constitucional, segundo Marinoni, leva ao fato de “o precedente convencional contrário a norma constitucional não detém autoridade sobre o Poder Judiciário brasileiro” MARINONI, Luiz Guilherme. op.cit. p. 83. Contudo, Marinoni se referia, ao proferir tal afirmação, no contexto de uma Teoria de Precedentes Convencionais, onde debatia se tais precedentes podiam ou não ser aplicados ao direito interno, o que não é o debate do presente trabalho. Primeiro porque se entende que os precedentes dos casos analisados, especialmente o caso *Yatama vs. Nicarágua*, não são incompatíveis com a Constituição brasileira, ao contrário, conduz a possibilidade de produção de consenso para realização de uma democracia que reconheça a pluralidade enquanto sujeitos políticos, ou, no dizer de José Afonso da Silva, a busca por uma democracia pluralista. Segundo porque os precedentes, embora não sejam, evidentemente, autoaplicáveis no direito interno, fornecem substanciosos elementos para realização do controle de convencionalidade interno. Para Sarlet, “há que se enfatizar sempre que a condição de direitos fundamentais é absolutamente incompatível com uma hierarquia normativa infraconstitucional, visto que direitos fundamentais são sempre direitos constitucionais e não podem estar à disposição plena do legislador ordinário. Entendimento diverso, mesmo em que seja em favor de uma hierarquia suprallegal dos tratados (posição hoje adotada pelo Supremo Tribunal Federal na matéria!), ainda que tenha representado em considerável avanço em relação ao entendimento antes prevalente, em favor da paridade entre lei ordinária e tratado, segue relegando os direitos humanos consagrados nos tratados internacionais a uma posição secundária em face dos direitos fundamentais da Constituição, sendo, de tal sorte, no mínimo questionável, visto que o STF, como bem apontado, acabou – em matéria de tratados de direitos humanos- criando uma espécie de ‘duplicidade de regimes jurídicos’”. SARLET, Ingo Wolfgang. **Notas sobre as relações entre a Constituição Federal de 1988 e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos na perspectiva do assim chamado controle de convencionalidade.** In: MARINONI, Luiz Guilherme. MAZZOULI. Valerio de Oliveira. (Org.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai.** Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 105.

²⁷⁶ Alguns autores entendem que o Ministro Marco Aurélio acompanhou a maioria, mas não se enxerga um posicionamento claro e contundente em sua manifestação acerca da temática.

Mesmo não conhecendo do Mandado de Injunção o Ministro Celso de Mello, então precursor do debate anterior acerca do *status* constitucional dos Tratados e Convenções, teceu considerações acerca do mérito do direito do cidadão brasileiro candidatar-se a cargos políticos de forma independente, à luz da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Na oportunidade, reafirmou seu posicionamento de que os “tratados internacionais de direitos humanos revestem-se de qualificação constitucional”, mas, em atenção ao princípio da colegialidade, se curvou ao entendimento firmado outrora pela Corte Constitucional em que a normativa internacional suscitada tem caráter de supralegalidade, devendo, portanto, a Constituição Federal, que determina a necessidade de filiação partidária, se sobrepor.²⁷⁷

Ressaltou, portanto, no âmbito do “sistema de direito positivo brasileiro, prevalece o monopólio partidário das candidaturas a mandatos eletivos no direito positivo brasileiro”, pelo qual não restaria possível a existência de “candidaturas extrapartidárias”, contudo, ponderou o Ministro que esta conclusão se dá por ser “condição hoje expressamente alçada ao plano constitucional”.²⁷⁸

Desta última expressão, é possível observar, especialmente por utilizar o termo “hoje” e “plano constitucional”, que esta compreensão se dá no nível do direito constitucional, colocado em patamar, nos dias atuais, como a *ultima ratio* do direito dentro de um território. Esta decisão, portanto, poderia ser diversa caso o entendimento do Ministro Celso de Mello tivesse sido vencedor outrora, de que as convenções e tratados internacionais sobre direitos humanos teriam, por sua natureza, *status* de norma constitucional. Talvez tal entendimento pudesse aliviar as expectativas do sistema excludente constitucional brasileiro.

Atualmente a matéria está, e será posta, novamente em debate perante o Supremo Tribunal Federal. Inicialmente a matéria chegou como Recurso Extraordinário com Agravo, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, em que fora reconhecida a repercussão geral do debate e aceito como Recurso Extraordinário n.º 1.238.853 (art. 102, III, CRFB).

Considerando a repercussão do debate, o Ministro Roberto Barroso convocou uma audiência pública para ouvir as pessoas interessadas, de modo a trazerem “pontos de vista diferenciados sobre a questão”, nesta mesma decisão, o Ministro considerou que a questão “extrapola os limites do estritamente jurídico, demandando conhecimento interdisciplinar a respeito de aspectos políticos, eleitorais e administrativos relacionados à matéria”.²⁷⁹

²⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n.º 6977, Decisão Monocrática, Brasília, DF, 05 de outubro de 2018. **Diário da Justiça de 08 de outubro de 2019**, DJe. 215. p. 5.

²⁷⁸ Ibidem. p. 7.

²⁷⁹ Idem. Recurso Extraordinário com Agravo n.º 1.054.490, Decisão Monocrática, Brasília, DF, 30 de setembro de 2019. **Diário da Justiça de 03 de outubro de 2019**. Nr. 215. p. 1.

O acirramento na votação originária e os debates acerca da matéria demonstram que a questão sobre o *status* da CADH no ordenamento jurídico brasileiro ainda não está inteiramente pacificado.²⁸⁰

Deve-se considerar que a resistência à implantação da jurisprudência da CIDH tem sido diretamente proporcional ao aprofundamento das problemáticas acerca de assuntos políticos, sob a suposta concepção de “soberania nacional, que reside, como tudo indica, em renacionalizar o domínio sobre a interpretação dos direitos humanos universais e, em particular, sua violação pelo Estado, como assuntos internos”.²⁸¹

A questão da soberania constitucional tem sido questionada diante do confronto com o direito internacional dos direitos humanos considerando a abertura do Estado na sociedade internacional, nesse sentido é o que diz Luís Roberto Barroso taxativamente que “a ideia da soberania ilimitada do poder constituinte não merece abrigo”, para ele o conteúdo da Constituição deve estar em harmonia com os princípios e valores universais, tal circunstância acerca “dos limites materiais do poder constituinte originário, é mais teórica do que real”.²⁸²

O autor utiliza como base os trabalhos de Hildebrando Accioly e Haroldo Valladão que dizem, em síntese, “que a disposição interna, mesmo de natureza constitucional, não poderá ser observada se contrariar preceito em vigor de direito internacional básico”, contudo, cita que os dois autores se referem às normas internacionais ratificadas anteriormente à promulgação da Constituição.²⁸³ Tal raciocínio, portanto, pode se aplicar à reforma da Constituição por meio de Emenda.

²⁸⁰ O próprio Gilmar Mendes diz que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal deverá ser revisada criticamente, tratando especificamente da introdução do §3º ao art. 5º da CRFB: “Esse modificação, além de encerrar o infundável embate entre as teses constitucionais mais aplicáveis, abre novas perspectivas para a conformação do instituto da incorporação dos tratados e convenções internacionais em contexto supranacionais, e, sobretudo, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – a qual, sem sombra de dúvidas, deverá ser revisitada criticamente.” MENDES, Gilmar Ferreira. op. cit. p. 275.

²⁸¹ PETERKE, S. O 50º Aniversário da Convenção Americana de Direitos Humanos. **Prim Facie**, v. 18, n. 39, p. 01-12, 3 mar. 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/primafacie/article/view/50983>. Acesso em: 20 mar. 2020. No mesmo sentido: “o ponto central da proteção dos direitos humanos, em escala nacional, está não somente na necessária interação entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno, mas, principalmente, na falta de vontade política, na incompetência burocrática, no rancor ideológico das elites e no fracasso do Estado impotente, desorganizado e ausente no cumprimento de seus deveres constitucionais mais elementares.” ALVES PEREIRA, Antônio Celso. **O acesso à Justiça e a adequação da legislação brasileira aos instrumentos internacionais relativos aos Direitos Humanos**. In: CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto (editor). **A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro**. 2º ed. San José: MARS Editores, 1996. p. 198.

²⁸² BARROSO, Luís Roberto. **Constituição e Tratados Internacionais: alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito internos**. In: MARINONI, Luiz Guilherme. MAZZOULI, Valerio de Oliveira. (Org.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 156.

²⁸³ Ibidem, p. 158-159.

Neste contexto, Valerio de Oliveira Mazzouli desenvolveu uma teoria de controle de convencionalidade, para ele o CRFB ao estabelecer a norma do §2º no art. 5º quis que as convenções e tratados internacionais se incluíssem no rol dos direitos e garantias fundamentais, quando diz, expressamente, que os direitos e garantias previstos “não exclui” outros previstos na normativa internacional de direitos humanos.²⁸⁴

Merece destaque que o §2º, do art. 5º, da CRFB, não apenas elencou a não exclusão de “direitos”, mas também de “garantias” da normativa internacional, ou seja, a possibilidade do estabelecimento de garantias para consecução dos direitos humanos previstos na normativa internacional da qual o Estado brasileiro faz parte.

Para Mazzouli, as convenções e tratados internacionais têm “índole e nível constitucionais, além de aplicação imediata”, com o referido dispositivo do §2º teria passado o Estado brasileiro a reconhecer uma “dupla fonte normativa” para os direitos humanos, a interna e a proveniente do direito internacional.²⁸⁵

Para este autor, o intérprete deverá buscar uma solução sempre mais favorável ao bem jurídico protegido pelos direitos humanos uma vez que há fontes internas e externas para uma efetiva tutela jurídica.²⁸⁶

Diz ainda que há uma série de incongruências na normativa trazida pela Emenda Constitucional n.º 45/2009 ao inserir o §3º, no art. 5º, CRFB/88. Para ele, é uma forma de negação e retrocesso das conquistas do direito internacional dos direitos humanos, não se dando conta o legislador que os tratados e convenções são vigentes, e independem da ordem interna para sua realização, quer seja aprovados por maioria simples ou qualificada. De modo que, “a responsabilidade internacional do Estado por violações comprovadas de direitos humanos permanece intangível, independentemente dos malabarismos pseudo-jurídicos de certos publicistas”.²⁸⁷

Outro problema, segundo o autor, é que a existência de dois tratados de direitos humanos, um ratificado pelo quorum qualificado pelo Congresso e outro por maioria simples acaba por gerar uma problemática de tratados internacionais desiguais quando no contexto de direitos humanos isso não é possível.²⁸⁸

Para ele, o fato de o §3º referenciar que a existência de quorum qualificado para uma convenção internacional ser “equivalente a uma emenda constitucional”, não significa que as

²⁸⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 28.

²⁸⁵ Ibidem. p. 28-30.

²⁸⁶ Ibidem. p. 30.

²⁸⁷ Ibidem. p. 36.

²⁸⁸ Ibidem. p. 40.

outras convenções aprovadas por quorum simples não tenham status constitucional conforme apregoa o §2º, assim a conjugação de ambos os dispositivos significa que as convenções internacionais aprovadas por quorum simples já são materialmente constitucionais, enquanto que as aprovadas por quorum qualificado são formalmente constitucionais, e que a consequência desta última seria a possibilidade de controle concentrado e a reforma direta da Constituição, havendo, neste sentido, uma harmonização entre os §§2º e 3º.²⁸⁹

Para o autor, não importa o momento em que a convenção internacional foi ratificada internamente para fins de *status* constitucional, uma vez que já são, por decorrência do §2º, razão pela qual não caberia a diferenciação das convenções ratificadas antes ou depois da Emenda Constitucional n.º 45/2009.²⁹⁰ Este momento irá apenas diferir quanto a possibilidade de controle concentrado ou difuso do Poder Judiciário brasileiro.

Assim, a tese mais congruente seria de que: (a) convenções de direitos humanos subscritas antes da Emenda Constitucional n.º 45/2009, são normas constitucionais cabendo a possibilidade controle concentrado; (b) convenções de direitos humanos subscritas após a Emenda Constitucional n.º 45/2009: (b.1) caso passem pelo rito do art. 5º, §3º, da CRFB/88, terão qualificação de Emenda Constitucional cabendo controle concentrado; (b.2) caso não passem pelo referido rito, terão qualificação de supralegalidade, cabendo controle de convencionalidade difuso, na prática, um controle de constitucionalidade difuso, que também não impede tutela da Corte Constitucional em sede de Recurso Extraordinário para fins de atribuir repercussão geral do controle de convencionalidade (art. 102, §3º, CRFB/88).

Parece haver razão por parte da doutrina que aponta que a CADH adentrou o ordenamento jurídico brasileiro como norma materialmente constitucional de acordo com o §2º, art. 5º da CFRB/88, do contrário não haveria necessidade de o constituinte originário ter inserido o referido dispositivo na Constituição.

Por seu turno, também se compreende que a norma do §3º do art. 5º, da CRFB/88 é razoável ao estabelecer um *quorum* semelhante ao da Emenda Constitucional para atribuir, formalmente, à Convenção ou Tratado, *status* de Emenda Constitucional.

Ocorre que tal debate se é formal, ou não, constitucional, não impede a necessidade diálogo entre o direito constitucional e o direito internacional dos direitos humanos, vez que

²⁸⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. op. cit. Nota 284. p. 52-53.

²⁹⁰ Ibidem. p. 68.

estes não deixam de ser materialmente constitucionais fornecendo elementos jurídicos para o exercício do direito constitucional pautado no direito internacional dos direitos humanos.²⁹¹

Também não parece possível o retrocesso em direitos humanos por ordem constitucional reformista, como por exemplo, o fato de não atribuir *status* materialmente constitucional a CADH, seria um paradoxo a referida restrição *a posteriori* especialmente em uma Constituição moderna que prevê, com abertura cognitiva, normas ético-jurídicas como meio de aliviar as expectativas no ambiente social cada vez mais complexo em que atua.

É dizer, portanto, que a redução do alcance da norma de direitos humanos gera mais complexidade em uma sociedade cada vez mais globalizada e com demandas cada vez mais rápidas onde há necessidade de o direito regular uma infinidade de comportamentos sociais impossíveis de serem regulados por uma norma, ou uma ordem, isolada.

Contudo, os debates travados acerca do Controle de Convencionalidade, tanto na doutrina quanto no Supremo Tribunal Federal, não são suficientes para uma clara elucidação da problemática do presente trabalho, uma vez, postas as premissas, há uma dificuldade, tanto doutrinária quanto judicial, no controle de convencionalidade das normas constitucionais originárias arraigadas em conceitos de soberania e definição do poder dentro de um Estado.

Registre-se, contudo, que Constituição brasileira permite abertura de diálogo de acordo com a norma do art. 5º, §2º com as normas internacionais de direitos humanos. De igual forma, há reciprocidade na CADH quando prevê a abertura do diálogo com a normativa interna dos Estados-Partes nos termos do art. 29.b.²⁹² Neste sentido:

Na medida em que tais tratados se internalizam no Brasil com nível de normas constitucionais (materiais ou formais), tais ‘cláusulas de diálogo’ passam também a deter o mesmo *status* normativo no direito interno, garantindo o *diálogo das fontes* no sistema jurídico interno como garantia de índole e nível constitucionais. Assim, pode-se então dizer que o critério dialógico de solução de antinomias entre o sistema

²⁹¹ Nesse sentido é a posição de Sarlet: “Com efeito, ainda mais no âmbito de um Mundo globalizado, a existência de um diálogo entre as diversas ordens jurídicas (nacionais e supranacionais) e o reconhecimento da necessidade de considerável dose de harmonização entre os ordenamentos dos diversos Estados (por meio de um efetivo Direito Internacional Público e, cada vez mais, por meio de um renovado e constitucionalizado Direito Internacional Privado), constituem demandas prioritárias.” Contudo, para este autor, pode haver a compatibilidade entre o §§2º e 3º do art. 5º, não cabendo que as convenções anteriores à Emenda Constitucional n.º 45 possa ter equivalentes à emendas constitucionais, para ele há um “incompatibilidade total de rito (e natureza) dos decretos legislativos. [...] Em caráter alternativo – mas substancialmente diverso da tese da recepção -, já como sustentar que os tratados internacionais (que já são materialmente constitucionais e, portanto, [...] já possuem hierarquia constitucional por força do próprio art. 5º, §2º, da CF!) também poderão ser formalmente constitucionais – ainda que não inseridos no corpo permanente do texto constitucional – caso foram aprovados, a qualquer momento, pelo procedimento reforçado instituído pelo art. 5º, §3º, linha argumentativa que nos parece mais sólida.” SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit. p. 88-92.

²⁹² Art. 29. Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: [...] b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados-Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados.

internacional de proteção dos direitos humanos e a ordem interna [...] passa a ficar *constitucionalizado* em nosso país à medida em que os tratados de direitos humanos são ratificados pelo governo, independentemente de *quorum* qualificado de aprovação e de promulgação executiva suplementar.²⁹³

Assim, é necessário aprofundar o debate para além do Controle de Convencionalidade perquirindo a possibilidade de diálogo entre as diversas ordens jurídicas²⁹⁴. Aqui se tem certa complexidade de um diálogo entre três ordens distintas: i) norma internacional de direitos humanos; ii) a norma constitucional interna; iii) ordem extraestatal das populações tradicionais. O referido diálogo entre as ordens é necessário para redução da complexidade, onde os direitos humanos atuam como fatores de consenso para o direito, na medida em que reconhecem o dissenso nas diversas ordens jurídicas.

Dito isto, é necessário questionar se é possível o diálogo adequado acerca da filiação partidária entre as referidas ordens. Em outras palavras, é possível a Constituição brasileira intermediar o diálogo entre a norma internacional e as populações tradicionais reduzindo a complexidade no meio jurídico e político em que atua, evitando, portanto, quebras de circularidade na ordem constitucional?

Caso a resposta seja negativa ocorrerá o questionamento da norma constitucional impossível de integrar a pluralidade da sociedade brasileira, gerando problemas de reflexividade e circularidade.

3.3 VIRADA CONSTITUCIONAL SIMBÓLICA AO TRANSVERSAL: TEORIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS COMO PONTES DE TRANSIÇÃO

É possível observar que o modelo atual do constitucionalismo está em crise. Conceitos como “soberania” já não fazem tanto sentido diante da crescente globalização. Com a facilidade dos meios de comunicação cada dia mais velozes, como, por exemplo, a internet das coisas²⁹⁵, haverá o aumento ainda mais significativo dos contatos humanos em nível

²⁹³ MAZZOULI, Valerio de Oliveira. op. cit. Nota 273. p. 46.

²⁹⁴ “Já não mais se justifica que o direito internacional e o direito constitucional continuem sendo abordados de forma estanque ou compartimentalizada, como o foram no passado. Já não pode haver dúvida de que as grandes transformações internas dos Estados repercutem no plano internacional, e a nova realidade nestes assim formada provoca mudanças na evolução interna e no ordenamento constitucional dos Estados afetados.” CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. op. cit. p. 207.

²⁹⁵ “A Internet das Coisas, tradução do inglês Internet of Things (IoT), surge como uma evolução da internet e um novo padrão tecnológico, digital, social e cultural. A Internet das Coisas revolucionará a interação da sociedade com o meio ambiente e os modelos de negócios, por meio de objetos virtuais e físicos, em que essas fronteiras se tornam cada vez mais sensíveis” REZER, Morgana Mezalira. FORTES, Vinícius Borges. **A internet das coisas na sociedade de risco: uma análise a partir do direito à privacidade**. In: LIMBERGER, Têmis. et. al. (Org). **Direito, governança e novas tecnologias I**. Florianópolis: CONPEDI, 2018. p. 100.

internacional e, em consequência, uma maior complexidade para o direito que atua no direcionamento prévio da contingência da diversidade dos comportamentos humanos.

Significa dizer que, caso a norma interna da Constituição não se abra cognitivamente para o direito internacional, possibilitando, por meio de uma abertura dialógica, a intermediação entre o direito internacional e a sociedade interna, a Constituição será negada, vez que será incapaz de reduzir a complexidade em uma sociedade global²⁹⁶.

Daí porque existe a necessidade de ruptura do paradigma do modelo tradicional de Constituição enquanto norma definidora dos limites da soberania estatal, para a possibilidade atribuição de sentido às suas normas com a finalidade de diálogo com o direito internacional, e, no caso do presente trabalho, com o direito internacional dos direitos humanos.²⁹⁷

Neste novo cenário da sociedade, a Constituição deverá atuar no plano internacional abrindo-se para esta complexidade internacional, do contrário, não servirá para o sistema do direito enquanto fator de alívio de expectativas e redução de complexidade, promovendo a ruptura do sistema constitucional baseado no conceito intrínseco de soberania.

Neste contexto, identificando problemas complexos da sociedade atual, incapazes de serem resolvidos por uma ordem jurídica única e a necessidade do diálogo entre as mais diversas ordens jurídicas da sociedade moderna, Marcelo Neves desenvolveu a metodologia do transconstitucionalismo.

Observa-se que os Tribunais Constitucionais encontram dificuldade em resolver problemas complexos com base apenas na ordem interna de maneira isolada, onde se deve haver uma reconfiguração do conceito de soberania de “autonomia territorial” para o que o autor denomina, com base em Luhmann, de “responsabilidade política regional nas condições estruturais da sociedade mundial”.²⁹⁸

Para ele, a sociedade moderna não teria uma vinculação estrita a um território, mas, em paradoxo, é estruturada “na forma de Estados”, sendo que a comunicação da sociedade

Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/34q12098/9I053031/kFt980Gr7fWk908s.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2020.

²⁹⁶ “A Constituição aplica-se aos casos modernos, não previstos pelos que a elaboram, em que se deve supor a sabedoria de adaptar a linguagem às emergências futuras, de modo que deve ser estendida a diferenças de relações e circunstâncias criadas por um estado aperfeiçoado da sociedade.” PACHECO. Cláudio. **Tratado das Constituições brasileiras**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1958. p. 49.

²⁹⁷ Neste sentido: “Com o tempo, o incremento das relações transterritoriais com implicações normativas fundamentais levou à necessidade de abertura do constitucionalismo para além do Estado. Os problemas dos direitos fundamentais ou dos direitos humanos ultrapassaram fronteiras, de tal maneira que o direito constitucional estatal passou a ser uma instituição limitada para enfrentar esses problemas.” NEVES, Marcelo. op. cit. Nota 55, p. 120.

²⁹⁸ Ibidem. p. 134.

moderna ultrapassa a comportas do território de um Estado, partindo para uma “estabilização de expectativas além de identidades nacionais ou culturais e fronteiras político-jurídicas.”²⁹⁹

Tal circunstância é vista nos dias atuais como influência de uma política regionalizada, cujo processo de legitimação política é regionalizado, onde não há uma perspectiva “de uma política mundial abrangente que possa prescindir da formação de Estados”, isso reflete no direito, especialmente na Constituição que é o instrumento de acoplamento estrutural entre os sistemas político e o jurídico, baseados, portanto, em um território definido não havendo abertura para o plano mundial.³⁰⁰

Contudo, nos dias atuais, tornou-se “imprescindível a emergência de uma ‘nova ordem mundial’” que deverá absorver (a) “processos de tomada de decisão coletivamente vinculante”; (b) “mecanismos de estabilização de expectativas” no plano da “dinâmica” atual da sociedade mundial com o aumento das relações internacionais.³⁰¹

Para o autor, há o “entrelaçamento de ordens estatais, internacionais, supranacionais, transnacionais e locais no âmbito de um sistema jurídico mundial de níveis múltiplos, a partir do qual se tem desenvolvido o transconstitucionalismo da sociedade mundial”.³⁰²

Assim, a sociedade moderna é o que ele denomina de “multicêntrica” uma vez que é “formada de uma pluralidade de esferas de comunicação”, essa comunicação tem pretensão de ser autônoma e conflitante com as demais esferas de comunicação tendo a necessidade de se estabelecer “mecanismos” que “possibilitem a interinfluências entre diversos âmbitos autônomos de comunicação”, sem tais mecanismos não seria possível o convívio entre as diversas esferas de comunicação da modernidade, conduzindo a uma “autodestruição”, caso não haja um diálogo entre estas diversas esferas.³⁰³

Parece bastante razoável tal afirmação de que o diálogo com as demais esferas de comunicação gera possibilidade de contingência, uma vez que caso determinada esfera de comunicação se feche para o diálogo ela acabará por perder consistência enquanto ordem condutora de alívio de expectativas.

Portanto se faz necessário o surgimento de “acoplamentos estruturais” ou “interpenetrações” que possibilite a “construção de uma racionalidade transversal entre as diversas esferas autônomas de comunicação da sociedade mundial”.³⁰⁴ Interessante que a construção da racionalidade passa pela construção de uma linguagem adequada, remetendo as

²⁹⁹ NEVES, Marcelo. op. cit. Nota 55. p. 26.

³⁰⁰ Ibidem. p. 31.

³⁰¹ Ibidem. p. 31-32.

³⁰² Ibidem. p. 34.

³⁰³ Ibidem. p. 34-35.

³⁰⁴ Ibidem. p. 38.

características da retórica já estudada. Veja como Marcelo Neves conecta temas como linguagem, discurso e razão, para fechamento de raciocínio no tópico:

E aqui não se trata apenas de “interferências” *operativas* no sentido de Teubner, mas antes de mecanismos *estruturais* que possibilitam o intercâmbio construtivo de experiências entre racionalidades parciais diversas, que, conforme o tipo e a singularidade dos respectivos sistemas ou discursos e de acordo com suas relações específicas, variará intensamente na forma e no conteúdo. Portanto, no sentido ora empregado, os conceitos de racionalidade transversal e acoplamento estrutural são afins, pois a afirmação de primeira supõe a existência do segundo. No entanto, a noção de racionalidade transversal importa em um *plus* em relação à de acoplamento estrutural. [...] Todo âmbito de comunicações, ao pôr-se em conexão com um outro, pode desenvolver seus próprios mecanismos estáveis de aprendizado e influências mútuos. Então cabe falar em racionalidades transversais parciais, que podem servir à relação construtiva entre as racionalidades particulares dos sistemas ou jogos de linguagem que se encontram em confronto. Cada racionalidade transversal parcial está vinculada estruturalmente às correspondentes racionalidades particulares, para atuar como uma “ponte de transição” específica entre elas.³⁰⁵

A referida passagem possivelmente é a mais relevante no presente capítulo. Marcelo Neves, em sua construção teórica, e fixada a premissa da necessidade de diálogo entre as diversas ordens jurídicas, diz que tal diálogo é possível quando ambas as ordens se colocam problematicamente em contato, ou seja, quando há um problema fático entre as duas ordens, de modo que cada uma deva ceder sua racionalidade parcial para uma servir a outra como criação de uma “relação construtiva entre as racionalidades”³⁰⁶.

Percebe-se, portanto, a necessidade do diálogo em confronto com as diversas ordens jurídicas, nacional e internacional, por exemplo, para gerar circularidade no sistema jurídico. É que ao ceder parcialmente a racionalidade (premissa inescusável uma vez que se nenhuma ordem ceder, não haverá diálogo) gera-se um processo novo comunicativo. Portanto, se tem uma comunicação que gera mais comunicação (circularidade) construindo uma racionalidade que o autor denomina de “racionalidade transversal”.³⁰⁷

A existência desse diálogo entre ordens normativas para construção dessa racionalidade e do processo de comunicação para proporcionar a circularidade do sistema é imprescindível nos dias atuais, em razão da hipercomplexidade da sociedade global.

Para o autor, a Constituição deve superar o “acoplamento estrutural” luhmanniano para permitir a construção de “pontes de transição” entre as diversas ordens jurídicas, pela

³⁰⁵ NEVES, Marcelo. op. cit. Nota 55. p. 38-42.

³⁰⁶ Ibidem. p. 42.

³⁰⁷ Ibidem. p. 42.

qual se permite, por meio da comunicação, a construção do que ele denomina de “racionalidade transversal”³⁰⁸:

Mas como se constroem as racionalidades particulares que são vinculadas transversalmente mediante a Constituição estatal? Do lado do direito, cabe definir a sua racionalidade específica como “justiça”. Essa implica, em relação ao sistema jurídico, a “consistência jurídica” no plano da autorreferência (fechamento normativo) e a “adequação” ou “adequada complexidade” à sociedade (abertura cognitiva), especialmente dos processos de decisão de casos jurídicos, sendo caracterizada uma “fórmula de contingência” porque motiva a ação e a comunicação no âmbito jurídico.³⁰⁹

Assim, o autor retoma o que se vem sendo discutido no presente trabalho, para o campo do direito “exige uma capacidade cognitiva altamente aguçada do sistema jurídico, considerando a complexidade e mesmo a fragmentação do ambiente”, e, no que tange o sistema político, cuja Constituição permeia ambos, “implica uma modelo constitucional que suporte o pluralismo em relação a partidos, a grupos de pressão, à opinião pública”.³¹⁰

Verifica-se que corrobora com o já foi debatido de que é necessário que a Constituição, enquanto sistema jurídico, abra-se cognitivamente para a hipercomplexidade das relações jurídicas da contemporaneidade, e, enquanto sistema político, que aprofunde as relações da democracia permitindo a condução do dissenso, do contrário, a Constituição estará fadada a ser norma não reconhecida como norma, podendo haver ruptura da própria ordem constitucional em razão da ausência de promoção da circularidade para o sistema jurídico e político na sociedade hipercomplexa.

Assim, o autor coloca em relevância o papel desempenhado pelo Tribunal constitucional que atua como “fiscalizadores da legitimidade das passagens nos dois sentidos dessa ‘ponte’ servindo a realização da racionalidade transversal nos casos constitucionais”.³¹¹ Reconhece, contudo, que as experiências das Constituições transversais em nível mundial são poucas e, na sociedade periférica, a Constituição se transforma em simbólica, ou seja, os problemas constitucionais são tratados como discurso figurativo, sendo necessários “esforços práticos e teóricos a respeito da emergência de constituições além do Estado, às quais se atribui a função de desenvolver novas formas de racionalidades transversais”³¹²

Assim, é preciso que os Tribunais possam identificar que a ordem jurídica da contemporaneidade é “multicêntrica”, ou seja, há ordens jurídicas que atuam no Estado

³⁰⁸ NEVES, Marcelo. op. cit. Nota 55. p. 62.

³⁰⁹ Ibidem. p. 63.

³¹⁰ Ibidem. p. 65.

³¹¹ Ibidem. p. 77.

³¹² Ibidem. p. 82.

brasileiro, mas que não tem a característica de territorialidade, em outras palavras, a noção de Constituição enquanto delineadora do poder dentro dos limites do estado vai ficando defasada. Tal situação deve levar a “formas de aprendizado e intercâmbio, sem que se possa definir o primado definitivo de uma das ordens, uma *ultima ratio* jurídica”.³¹³

Deste modo, o que Marcelo Neves propõe é uma “conversação constitucional” um diálogo entre a Constituição e as diversas ordens normativas que estão além do Estado ou inseridas dentro do Estado com a finalidade de resolver problemas constitucionais, não havendo, no difundido modelo, equivocado, kelseniano³¹⁴, de “hierarquia entre ordens”, o que se tem é a “incorporação recíproca de conteúdos” que “implica em uma releitura de sentido à luz da ordem receptora”, assim “há uma reconstrução de sentido, que envolve certa desconstrução do outro e uma auto desconstrução”.³¹⁵

Para este papel coloca como fundamental a atuação da Corte Constitucional em promover o referido diálogo as quais “citam-se reciprocamente não como precedente, mas como autoridade persuasiva”, ou seja, as Cortes devem interpretar o direito constitucional por meio do diálogo com as demais Cortes.³¹⁶ Tal disposição pode permitir o diálogo, por exemplo, entre o Supremo Tribunal Federal e a CIDH, acerca da filiação partidária e representatividade das populações tradicionais no Brasil, sem haver a necessidade da resistência de um controle de convencionalidade de normas constitucionais originárias.

Assim, diante da antinomia das normas do direito interno e do direito internacional, pegando-se, como exemplo, a questão da filiação partidária na sociedade heterogênea brasileira, não se faz necessário que “ambas as ordens sejam negadas, mas sim que, à luz do

³¹³ NEVES, Marcelo. op. cit. Nota 55. p. 116-117.

³¹⁴ “A norma fundamental é uma hipótese formal que impede uma infinita regressão para o fundamento da validade. Isso significa que essa norma não provém de comandos, mas concede validade para a norma com conteúdo de escalão mais alto na hierarquia das normas. É uma operação lógica de dedução que determina que a norma mais geral possível, a pressuposta, forneça validade para as mais particulares, sempre em sequência lógica. Ainda que a ideia de norma fundamental não seja uma exclusividade de Kelsen, a sua se caracteriza por ser um norma fundamental analítica, ou seja, é um mero pressuposto epistemológico.” LIZIERO, Leonam. **Levando Kelsen a sério**. Andradina: Meraki, 2019. Não paginado. Portanto, não se trata de uma questão piramidal onde normas são superiores a outras, a questão é de método, ou seja as normas mais abstratas e outras mais concretas permite-se a aplicação do método de interpretação para o direito especialmente dedutivo, ou indutivo, para garantir uma lógica na aplicação do direito ao caso concreto, o método é exigido para uma racionalidade na era moderna inaugurada por Descartes no livro “Discurso do Método: para bem conduzir a razão e procurar a verdade das ciências”, esta concepção iluminista da necessidade de método para chegar a razão e, portanto, a uma verdade, irradiou também para o direito moderno, que utiliza dos métodos hermenêuticos para construir suas verdades, cuja racionalidade é requisito para aceitação da norma e da decisão na sociedade moderna da razão.

³¹⁵ NEVES, Marcelo. op. cit. Nota 55. p. 118.

³¹⁶ Ibidem. p. 119.

problema, os conteúdos normativos se transformem no processo concretizador, possibilitando o convívio construtivo entre ordens”.³¹⁷

Aliás, neste sentido, a própria CADH estabelece que os Estados se comprometem a adotar “medidas legislativas ou de outras naturezas” a fim de garantir o direitos previstos da CADH (art. 2º) as medidas de “outras naturezas” certamente poderá ser por meio de decisão judicial da Corte Constitucional, uma vez que dificilmente tal perspectiva seja adotada por medida legislativa em razão da disputa de poder, e especialmente por se tratar de medida jurídica baseada no princípio da não-discriminação.³¹⁸

Portanto, se faz necessária a “abertura normativa” do direito interno e do direito internacional, por meio de uma linguagem construtiva, com a finalidade de manter a circularidade do sistema operando de modo a possibilitar a solução de problemas “em uma sociedade mundial policêntrica”.³¹⁹ No mesmo sentido, aprofunda o autor:

O processamento dos casos vai exigir uma postura indutiva de construções e reconstruções de estruturas e de acoplamento no plano das novas operações do sistema. A dinâmica relacional entre estrutura (critérios normativos) e operações (atos jurídicos) para aprendizados recíprocos é intensamente circular no contexto do transconstitucionalismo da sociedade mundial do presente. A cada novo caso inesperado estruturas reflexivas das respectivas ordens precisam rearticular-se consistentemente para possibilitar uma solução complexamente adequada à sociedade, sem atuar minando, bloqueando ou destruindo a ordem concorrente ou cooperadora, mas antes contribuindo para estimulá-la a estar disposta ao intercâmbio em futuros “encontros” para enfrentamento de casos comuns. O que caracteriza o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas é, portanto, ser um constitucionalismo relativo a (soluções de) problemas jurídico-constitucionais que se apresentam simultaneamente a diversas ordens. Quando questões de direitos fundamentais ou de direitos humanos submetem-se ao tratamento jurídico concreto, perpassando ordens jurídicas diversas a “conversação” constitucional é indispensável. Da mesma maneira, surgindo questões organizacionais básicas da limitação e controle de um poder que se entrecruza entre ordens jurídicas, afetando os direitos dos respectivos destinatários, impõe-se a construção de “pontes de transição” entre as estruturas reflexivas das respectivas ordens.³²⁰

Neste contexto, o autor cita expressamente como sendo “um caso relevante de transconstitucionalismo” o diálogo entre o SIDH e as normas internas dos Estados que subscrevem a CADH, para ele “não se trata de uma simples imposição de decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos”, mas sim tem se construído um “diálogo em questões

³¹⁷ NEVES, Marcelo. op. cit. Nota 55. p. 126.

³¹⁸ “Ademais, a Convenção contém normas que podem ser aplicadas pelos tribunais nacionais sem medidas legislativas adicionais. Os preceitos sobre não-discriminação, consagrados em tantos tratados de direitos humanos, prestam-se a autoaplicação.” CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. op. cit. p. 222.

³¹⁹ NEVES, Marcelo. op. cit. Nota 55. p. 127.

³²⁰ Ibidem. p. 129.

constitucionais comuns referentes à proteção dos direitos humanos” por meio de uma “aplicação do direito convencional pelos tribunais domésticos”.³²¹

Inclusive, o autor cita como um caso relevante da CIDH para o transconstitucionalismo, o *Yatama vs. Nicarágua*, um exemplo em que o direito internacional adentrou no direito interno da Nicarágua para “ampliação de direitos fundamentais constitucionais [...] para dirimir o conflito”, uma vez que as questões relacionadas à cidadania interna passaram a “depender da interpretação de um tribunal também internacional”.³²²

Ou seja, o mesmo diálogo transconstitucional pode ser aplicado no Brasil por meio de um diálogo entre a jurisprudência da CIDH e a interpretação realizada pela Corte constitucional acerca da categoria jurídica da filiação partidária.

Mas o transconstitucionalismo não propõe apenas uma abertura de diálogo para fora do Estado, mas também uma abertura para dentro, quando propõe o diálogo, embora problemático, entre a “ordem jurídica estatal e as ordens extraestatais de coletividades nativas, cujos pressupostos antropológico-culturais não se compatibilizam com o modelo de constitucionalismo do Estado”.³²³

Assim, tais ordens extraestatais, para o autor, “não admitem problemas jurídico-constitucionais de direitos humanos e de limitação jurídica de poder”, são ordens que não se coadunam com “regras secundárias”, ou seja, são aplicadas de modo absoluto e de acordo com seus costume e tradições, o que demanda o que o autor chama de “‘transconstitucionalismo unilateral’ de tolerância e, em certa medida, de aprendizado”.³²⁴

Nesse ponto, o autor reconhece um “paradoxo” uma vez que implica para o transconstitucionalismo um diálogo *constitucional* com ordens que estão à margem do próprio *constitucionalismo*, e também dos próprios direitos humanos, mas ressalta que tal diálogo é importante para que a própria Constituição não exclua, juridicamente, os povos tradicionais.³²⁵ A exclusão jurídica de tais povos, por outro lado, gera uma maior quebra de circularidade na ordem jurídica estatal de uma sociedade plural.

Para o autor, é necessário o “desenvolvimento de institutos alternativos que possibilitem um diálogo construtivo com essas ordens dos antropológico-culturamente ‘diferente’” Diz ainda que a América Latina é um exemplo dos inúmeros entrelaçamentos entre as ordens jurídicas chamadas de extraestatais com o constitucionalismo, citando

³²¹ NEVES, Marcelo. op. cit. Nota 55. p. 144-145.

³²² Ibidem. p. 147.

³²³ Ibidem. p. 216.

³²⁴ Ibidem. p. 216-217.

³²⁵ Ibidem. p. 217.

exemplos da Colômbia e Bolívia onde há um diálogo denso entre a norma constitucional e “as ordens normativas das comunidades indígenas”.³²⁶

Diz ainda que no Brasil o diálogo constitucional é restrito ao reconhecimento dos direitos originários das terras indígenas, não havendo uma autonomia definida para as organizações indígenas o implicando em uma maior “probabilidade de colisões entre a ordem jurídica estatal brasileira e as ordens normativas das comunidades indígenas”.³²⁷

O que se propõe, em verdade, com o transconstitucionalismo, é a abertura de diálogo entre a ordem constitucional e ordem normativa dos povos tradicionais sem haver a sobreposição da “ordem dos mais fortes, à outra, a da ordem dos mais fracos”. Neste ponto, tece também a crítica aos Direitos Humanos, e, portanto, cabe há ordem internacional também realizar o diálogo com a ordem extraestatal, especialmente em se abster de impor uma concepção ética universal que encontra barreiras na ordem extraestatal.³²⁸

Para este diálogo, propõe o autor que haja autonomia às comunidades indígenas para que estas possam, por meio de seus costumes e tradições, resolver os seus próprios dissensos, cabendo ao transconstitucionalismo discricção e comedimentos:³²⁹

Esse delicado problema não se restringe ao dilema entre relativismo ético (das culturas particulares) e universalismo moral (dos direitos dos homens), antes aponta para o convívio entre ordens jurídicas que partem de experiências históricas diversas, exigindo especialmente por parte do Estado constitucional uma postura de moderação relativamente à sua pretensão de concretizar suas normas específicas, quando essas entrem em colisão com normas de comunidades nativas fundadas em base culturais essencialmente diferentes. A discricção e o comedimento, nesse caso, parecem ser a via que pode levar a conversações construtivas que estimulem autotransformações internas das comunidades indígenas para uma relação menos conflituosa com a ordem estatal.³³⁰

Portanto, a existência de diversas ordens normativas no mundo, a exemplo da ordem internacional, estatal e extraestatal, dentre outras, gera vários níveis de complexidades jurídicas por meio de um “sistema jurídico mundial de níveis múltiplos no qual ocorre um transconstitucionalismo pluridimensional, que resulta da relevância simultânea de um mesmo problema jurídico-constitucional para uma diversidade de ordens jurídicas”.³³¹

³²⁶ NEVES, Marcelo. op. cit. Nota 55. p. 217-218.

³²⁷ Ibidem. p. 219.

³²⁸ Ibidem. p. 226.

³²⁹ Ibidem. p. 227-228.

³³⁰ Ibidem. p. 228.

³³¹ Ibidem. p. 235.

Em tal complexidade jurídica em vários níveis se torna necessário o diálogo e abertura das ordens como meio de promover a contingência e a circularidade transversal³³², um dos problemas da espécie, em que se está debatendo no presente trabalho, é justamente a questão da filiação partidária, tratada de diversas formas entre a ordem constitucional brasileira, a ordem internacional de direitos humanos e que exclui a ordem extraestatal dos povos tradicionais de participarem da vida política do Estado em que habitam.

Para o autor, o diálogo entre o direito interno e os direitos humanos realizados pelos Tribunais constitucionais não são “mera ‘convergência’”, mas sim o reconhecimento do conflito e do aprendizado entre as ordens jurídicas o que “implica uma forma de dois lados, sendo o valor positivo a interlocução construtiva entre ordens jurídicas”.³³³

Desse modo, o autor realiza uma distinção muito clara que não se trata do “modelo de convergência” adotado na Constituição no art. 5º, §§2º e 3º, para diálogo constitucional com os direitos humanos, o qual indica um modelo que entende mais adequado por meio de um “modelo de articulação”, ou seja, um método em que as ordens jurídicas diversas possam, entrelaçando-se, adotar um diálogo construtivo acerca dos mesmos problemas constitucionais, sendo que o modelo absoluto de “convergência ou resistência” acaba por não permitir o diálogo entre a constitucional e o direito internacional dos direitos humanos.³³⁴

Perceba-se, portanto, que o modelo adotado por Neves, acaba por retirar a problemática acerca do debate da possibilidade do controle de convencionalidade das normas constitucionais originárias, como o é a filiação partidária como meio exclusivo para o cidadão se candidatar no Brasil. A proposta do diálogo, especialmente das racionalidades parciais entre as ordens jurídicas, proporciona uma dialógica, por meio da norma-decisão, sem a necessária aplicação normativa tudo-nada³³⁵, ou seja, supera o debate de que se é possível, ou não, o controle de convencionalidade de normas constitucionais originárias.

³³² “nenhuma das ordens pode apresentar-se legitimamente como detentora da *ultima ratio* discursiva [...] Assim, questões de direitos fundamentais ou da limitação e do controle do poder, como também da participação juridicamente regulada em processos políticos, que constituem problemas centrais do constitucionalismo em sentido moderno, reaparecem enredadas em uma malha de pretensões de resolução de caso que partem de ordem diversas. Nessas circunstâncias, um caminho equivocado seria negar a abertura cognitiva das respectivas ordens para os sistemas sociais com o qual se encontram confrontadas, o que impediria o surgimento da transversalidade constitucional” NEVES, Marcelo. op. cit. Nota 55. p. 237.

³³³ Ibidem. p. 257-260.

³³⁴ Ibidem. p. 264.

³³⁵ “Isso significa, enfim, que os problemas de colisão não são enfrentados ou solucionados a cada passo no nível da mera fragmentação ou dos simples fragmentos, mas sim por via de pontes construídas transversalmente entre as unidade constitutivas de uma ordem diferenciada de comunicação em constante transformação.” NEVES, Marcelo. (Não) Solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. **Lua Nova**, São Paulo, 93: 201-232, 2014. p. 212. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n93/08.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2020.

Aqui, portanto, não se trata de um controle estrito e determinado a sua aplicação *tout court* pelos Tribunais o que esbarraria em uma resistência normativa, mas sim da possibilidade de diálogo entre as diversas ordens jurídicas em que se permita o reconhecimento mútuo para resolução de problemas complexos de direitos fundamentais e direitos humanos, o que se dá mediante uma característica essencial do direito, sua capacidade dialética para o dissenso, incidindo na evolução dos signos, através de uma linguagem construtiva, como meio de atenuar as expectativas da sociedade do seu tempo e para o futuro.

Um exemplo citado pelo autor foi a interpretação acerca do direito fundamental constitucional de propriedade no Paraguai, a CIDH nos casos *Yankye Axa vs Paraguai* e *Sawhoyamaxa vs Paraguai* a CIDH superou o “conceito técnico-jurídico de propriedade privada” para uma noção de “propriedade ancestral das comunidades indígenas sobre os respectivos territórios, sedimentada historicamente em suas tradições”.³³⁶ Tem-se, portanto, a comunicação de uma ordem internacional de modo transversal à Constituição do Estado para dialogar com a ordem extraestatal, para solucionar casos comuns de direitos humanos:³³⁷

Os exemplos apresentados a respeito do transconstitucionalismo pluridimensional dos direitos humanos parecem-me corroborar a ideia de que, embora não se possa afastar o direito constitucional clássico do Estado, vinculado geralmente a um texto constitucional, o constitucionalismo abre-se para esferas além do Estado, não propriamente porque surjam outras Constituições (não estatais), mas sim porque os problemas eminentemente constitucionais, especialmente os referentes aos direitos humanos, perpassam simultaneamente ordens jurídicas diversas, que atuam entrelaçadamente na busca de soluções. O transconstitucionalismo afigura-se, dessa maneira, como o direito constitucional do futuro, exigindo um maior grau de interdisciplinaridade. Nesse sentido, é fundamental a construção de uma metodologia específica para o transconstitucionalismo.³³⁸

Acerca da metodologia, o autor aponta que o transconstitucionalismo atua como “dupla contingência”, a dupla contingência se dá para ambas as ordens em diálogo, necessariamente um problema constitucional demanda a análise de diversas ordens jurídicas, portanto, não significa que seja, essencialmente, a contingência entre duas ordens, tal

³³⁶ NEVES, Marcelo. op. cit. Nota 55. p. 264-265.

³³⁷ “Nesses casos, cabe não apenas uma releitura complexamente adequada quanto das normas internacionais de direitos humanos. Um universalismo superficial dos direitos humanos, baseado linearmente em uma certa concepção ocidental ontológica de tais direitos, é incompatível com um diálogo constitucional em ordens nativas que não correspondem a esse modelo. Ao contrário, a negação de um diálogo construtivo com as ordens indígenas em torno dessas questões delicadas é contrária aos princípios de direitos humanos, pois implicaria um ‘ultracriminalização’ de toda a comunidade de autores e coautores dos respectivos atos, afetando-lhes indiscriminadamente corpo e mente mediante uma ingerência destrutiva. No âmbito de um transconstitucionalismo positivo impõe-se, nesses casos, uma disposição das ordens estatais e internacionais de surpreender-se em um aprendizado recíproco com a experiência do outro, o nativo em sua autocompreensão”. Ibidem. p. 266.

³³⁸ Ibidem. p. 269.

circunstância reside na redução da complexidade dos problemas constitucionais de duas ou mais ordens que devem ser resolvidas por meio do diálogo.³³⁹

Assim, as ordens jurídicas não devem dispor apenas de uma “abertura cognitiva”, mas também a possibilidade uma abertura normativa capaz de “absorver o dissenso originário”, do contrário, haverá um “bloqueio recíproco na solução de relevantes problemas constitucionais”.³⁴⁰

Portanto, o que o autor propõe é a necessidade de uma abertura cognitiva, mas que se transforme em normativa, e aqui não apenas na construção de uma norma *stricto sensu*, mas sim a possibilidade de os Tribunais realizarem o diálogo entre as diferentes ordens jurídicas proferindo decisões-normas, que promovam a redução da complexidade atuando na contingência dos problemas constitucionais e direitos humanos com o fim de manter a circularidade do sistema constitucional.

Para um método do transconstitucionalismo o autor cita como “primeiro passo” a “contenção” que seria a capacidade de “descoberta” que soluções entre as diversas ordens de modo a “oferecer solução para problemas comuns”.³⁴¹

Dito isto, para o transconstitucionalismo não há “um modelo metódico hierárquico” o diálogo transversal não se dá de baixo para cima, ou vice-versa, como comumente se é enxergado o direito na sociedade brasileira atual. Ele atravessa as duas ou mais ordens como uma “busca de construir ‘pontes de transição’ que possibilitem um relacionamento mais construtivo (ou menos destrutivo) entre ordens jurídicas”, com a finalidade de trazer soluções a problemas constitucionais complexos, muitas vezes não contingenciados quando o caso concreto se coloca em face de uma ordem jurídica isolada, excluindo as demais.³⁴²

Eis que fica fixada a tese de que, considerando a característica dialógica do direito, as normas constitucionais, por possuírem abertura cognitiva entre o direito e a política, podem, à luz do transconstitucionalismo, se constituírem em “pontes de transição” para uma relação de diálogo entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito dos povos tradicionais com a finalidade de redução dos complexos problemas constitucionais.

Assim, há a necessidade da transmutação das normas constitucionais (apesar da corrupção sistêmica em países periféricos, como no Brasil³⁴³) de sua característica simbólica,

³³⁹ NEVES, Marcelo. op. cit. Nota 55. p. 266.

³⁴⁰ Ibidem. p. 272-273.

³⁴¹ Ibidem. p. 274-275.

³⁴² Ibidem. p. 277.

³⁴³ “Analogamente, a relação dos regimes privados para com as formas de direitos dos países periféricos afasta-se, com certa regularidade, do modelo transconstitucional. A corrupção sistemática das formas de direitos dos

ou seja, utilizada apenas como discurso figurativo, para uma concepção de normas constitucionais como “pontes de transição” entre as diversas ordens normativas da sociedade mundial e extraestatal, caso se deseje um constitucionalismo que mantenha uma circularidade sistêmica, o qual deverá ser aberto ao diálogo e ao dissenso na construção da norma-decisão pelos Tribunais constitucionais, do contrário, não tardará para o constitucionalismo ser completamente negado na sociedade hipercomplexa.

Portanto, à luz do transconstitucionalismo, a categoria jurídica da filiação partidária pode se transmutar de uma perspectiva simbólica, que exclui parcela do povo, dentre eles, os povos tradicionais, para se transformar em uma “ponte de transição” entre de um lado o direito internacional dos direitos humanos, no meio, o direito constitucional como ponte, e, do outro lado, o direito dos povos autóctones com seus costumes e tradições próprias, a partir de um diálogo normativo-antropológico, atuando na solução da complexidade gerando contingência e circularidade ao sistema constitucional.

Para tanto, pode, nesta perspectiva, o Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a abertura cognitiva e dialógica da Constituição, onde no direito há uma “pluralidade de significações de uma palavra ou de uma seqüência de palavras que a norma exprime”, de modo que no conteúdo normativo cabe “várias significações possíveis” devendo o intérprete “fixar o sentido das normas que vai aplicar” a partir da harmonia entre a constituição, os tratados internacionais, e demais normas do direito³⁴⁴, promover a “redução generalizante” de expectativas, para gerar, em consequência, congruência ao sistema jurídico de uma sociedade plural, como a brasileira³⁴⁵.

De modo que, é possível a Corte Constitucional fixar o sentido da categoria jurídica da “filiação partidária” e de “partidos políticos” em harmonia com o direito internacional dos direitos humanos a partir do entendimento da CIDH acerca do art. 23 da CADH³⁴⁶, propiciando que os povos tradicionais possam, caso desejem, conviver no sistema

Estados frágeis mediante as autorregulações privadas no plano transnacional, em benefício das grandes empresa multinacionais”. NEVES, Marcelo. op. cit. Nota 55. p. 282.

³⁴⁴ Kelsen, Hans. op. cit. Nota 24. p. 387-389.

³⁴⁵ “Os sistemas sociais utilizam um outro estilo de redução. Eles estabilizam expectativas objetivas, vigentes, pelas quais ‘as’ pessoas se orientam. As expectativas podem ser verbalizadas na forma do dever ser, mas também podem estar acopladas a determinações qualitativas, delimitações da ação, regras de cuidado, etc. O importante é que se consiga uma simplificação através de uma redução generalizante.” LUHMANN, Niklas. op. cit. Nota 25. p. 52.

³⁴⁶ “Eventuais distorções – assim como ocorrem em casos de inadequada aplicação até mesmo dos direitos consagrados na Constituição (que, não esqueçamos, incluem os previstos nos tratados, consoante dicção expressa do art. 5º, §2º) – haverão de ser superados com sensibilidade, pela aplicação das cabíveis diretrizes hermenêuticas.” SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit. p. 106.

representativo brasileiro, juntamente com os Partidos Políticos, por meio de Organizações Políticas específicas, em um processo de alívio de expectativas da ordem extraestatal.

Tal compreensão, aliás, guarda harmonia com a Carta Democrática Interamericana quando prevê uma democracia representativa pluralista organizada por meio de partidos e também de outras organizações políticas (art. 3) em convivência democrática, e o necessário fortalecimento tanto dos Partidos Políticos e de outras Organizações Políticas como prioritários para a democracia (art. 5):

Artigo 3

São elementos essenciais da democracia representativa, entre outros, o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, o acesso ao poder e seu exercício com sujeição ao Estado de Direito, a celebração de eleições periódicas, livres, justas e baseadas no sufrágio universal e secreto como expressão da soberania do povo, o regime pluralista de partidos e organizações políticas, e a separação e independência dos poderes públicos. [...]

Artigo 5

O fortalecimento dos partidos e de outras organizações políticas é prioritário para a democracia. Dispensar-se-á atenção especial à problemática derivada dos altos custos das campanhas eleitorais e ao estabelecimento de um regime equilibrado e transparente de financiamento de suas atividades.³⁴⁷

Aliás, outro paradoxo, que é necessário trazer para o debate, é a capacidade da exclusão de promover integração. É que os povos tradicionais são mais integrados enquanto organização política do que a sociedade racional, portanto, “los excluídos no son marginales ni están desintegrados”, em outras palavras, os excluídos estão integrados dentro de sua exclusão, e desintegrados em relação à sociedade racional, pelo qual se justifica a necessidade de Organizações Políticas específicas como forma de condução para uma inclusão política, mantendo uma integração social dos de grupos específicos da sociedade.³⁴⁸

Além disso, à luz da Teoria dos Sistemas, a comunicação entre subsistemas se dá por meio de organizações criadas pelo sistema jurídico, “tales como el Estado, los partidos políticos, el tribunal constitucional, los juzgados, la Corte Suprema, las Universidades, los Bancos y las empresas.” Uma característica dessas organizações é justamente de “se especializan en la solución de algún problema específico de la sociedad”.³⁴⁹

Nesta construção, o Partido Político nada mais é do que uma organização criada pelo sistema jurídico para comunicação entre a sociedade política e o sistema político, seu processo circular se dá por meio do *input* de decisões políticas oriundas da sociedade, e o *output* por meio da aceitação da sociedade da decisão política e aprofundamento democrático.

³⁴⁷ OEA. op. cit. Nota 183.

³⁴⁸ MANSILLA, Darío Rodríguez. op. cit. p. 44-45.

³⁴⁹ Ibidem. p. 49.

Portanto, o Partido Político é (ou deveria ser) o acoplamento estrutural entre a sociedade política e o sistema político, permitindo as condições de reentrada.

Neste contexto, reside a dificuldade de Partidos Políticos serem também acoplamentos estruturais entre as sociedades extraestatais e o sistema político, vez que o código de reentrada é diverso, não é arraigado em uma racionalidade jurídica, os povos tradicionais têm costumes e tradições próprias, ou seja, possuem os seus próprios códigos de *input* e *output* para além do direito racional.

Sendo, portanto, necessário, que existam Organizações Políticas específicas que possam ser o acoplamento estrutural entre estes povos tradicionais e o sistema político, com seus códigos de reentrada próprios de acordo com seus costumes e tradições:

Una organización se caracteriza por poner condiciones de ingreso [...]. Sus características de coordinación del trabajo, de especificidad de objetivos, de poder comunicarse con su entorno, de generalización de las motivaciones, etc. [...] Son excelentes instrumentos al servicio de los subsistemas funcionales de la sociedad y se les encarga buscar soluciones para los problemas de éstos.³⁵⁰

Portanto, à luz do diálogo transconstitucional entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito dos povos tradicionais, a filiação partidária prevista na Constituição brasileira, deve, observando o modelo constitucional de democracia pluralista, se abrir em cognição para permitir a fixação do sentido da categoria jurídica da “filiação partidária” como também filiação a Organizações Políticas específicas, cuja essência não deixa de ser um Partido, numa compreensão weberiana³⁵¹ e da própria CIDH³⁵², contudo, constituído pelas populações tradicionais e de acordo com os seus costumes e tradições.

Em síntese, em uma democracia pluralista, à luz do direito internacional dos direitos humanos, a categoria jurídica da “filiação partidária” (art. 14, §3º, V, CRFB) deve ser entendida como: (i) filiação a Partidos Políticos; (ii) filiação a Organizações Políticas de grupos específicos da sociedade; com a finalidade de reduzir a complexidade do sistema constitucional pluralista.

³⁵⁰ MANSILLA, Darío Rodríguez. op. cit. p. 49-50.

³⁵¹ “Mas antes cabe fazer sobre as ‘classes’, os ‘estamentos’ e os ‘partidos’ a seguinte observação geral: o fato de que eles pressupõem, necessariamente, uma relação associativa que os abrange, especialmente uma ação social política, dentro da qual realizam suas atividades” WEBER, Max. op. cit. p. 186.

³⁵² “Os partidos políticos e as organizações ou grupos que participam da vida do Estado, como é o caso dos processos eleitorais em uma sociedade democrática, devem ter propósitos compatíveis com o respeito dos direitos e liberdades consagrados na Convenção Americana. Neste sentido, o artigo 16 desse tratado estabelece que o exercício do direito de se associar livremente ‘só pode estar sujeito às restrições previstas pela lei que sejam necessárias, numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e liberdades das demais pessoas’”. CIDH. **Corte Interamericana de Direitos Humanos**. op. cit. Nota 22. p. 91.

CONCLUSÕES

A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece a busca por uma democracia pluralista e tem a pretensão de intermediar o dissenso desta sociedade para o futuro. Mas, não diferente de outras Constituições modernas, este diálogo é realizado por meio de uma racionalização jurídica à luz das promessas do Iluminismo.

Um das promessas do Iluminismo seria o de evitar a concentração do poder político nas mãos de poucos, para isso, criou o processo eleitoral como meio descarregante do sistema político para gerar circularidade, um modelo racionalmente organizado em que se destina a todos os cidadãos, e não mais súditos, a prerrogativa de pretensamente escolherem a quem atribuir o poder político, sob o discurso de que “todo o poder emana do povo”.

Tal circunstância não é tão problemática em sociedades homogêneas, a exemplo do paradigma europeu, mas, no Brasil, a existência de uma sociedade heterogênea com povos tradicionais que estão dentro dos limites físicos e formais do Estado, mas são excluídos, materialmente, do Estado constitucional, há uma ruptura desta circularidade.

O problema se acentua quando se observa que a própria normativa constitucional, em que deveria intermediar o dissenso nesta sociedade para inclusão, outorgou a participação, de uma das formas de exercício de poder político, e, na sociedade atual, a mais relevante, do sistema político-representativo, por meio exclusivo de Partidos Políticos.

Portanto, há uma dupla ruptura, uma ruptura da circularidade do sistema político, pois o sistema político-representativo exclusivo de Partidos Políticos não consegue descarregar as expectativas da sociedade heterogênea, e também uma ruptura do sistema jurídico, uma vez que o direito determina uma restrição ao sistema político-representativo, e, portanto, a norma não consegue aliviar as expectativas para o sistema jurídico da sociedade heterogênea, em consequência, uma significativa ruptura e paradoxo Constitucional, que não consegue, neste aspecto, manter o acoplamento estrutural entre ambos os sistemas.

O processo eleitoral, portanto, pensado como meio de alívio de expectativas da sociedade moderna não consegue cumprir seu papel, ocorrendo graves crises de representatividade e questionamentos não só de ordem política, mas, sobretudo, jurídica. Vez que os povos tradicionais não conseguem enxergar representatividade e, tampouco, aceitar as normas a eles dirigidas, também pela mesma razão.

Neste sistema fechado de representatividade caberia aos Partidos Políticos conduzir o dissenso desta sociedade plural por meio da abertura interna de uma

democraticidade interna plural, em uma atividade de reconhecimento, afirmação e condução do dissenso para esfera pública plural.

Todavia, no Brasil, enquanto país de modernidade periférica ocorrem problemas funcionais onde o sistema jurídico é utilizado por meio do código lícito/ilícito para fechar cognitivamente o sistema político, eternizando o modelo de representatividade.

Tal circunstância gera uma crise para o sistema constitucional, uma vez que o processo dito democrático, e plural, não é pautado com base em seu princípio condutor, ou seja, no processo interno partidário, dito democrático, não há democracia.

Também foi possível verificar que a Constituição permite o acoplamento estrutural estabelecendo o diálogo entre o sistema político, cujo código é poder/não poder, e o sistema jurídico, cujo código é lícito/ilícito, a combinação de tais códigos permitiu ao sistema político se apropriasse, indevidamente, do código lícito/ilícito transformando em poder/não poder.

O que levou, portanto, a constatação que, decorrente da combinação de tais códigos, a categoria política de “legitimidade” se transformou em “legalidade”, portanto, uma decisão política é legítima caso observe a legalidade, ainda que muitas vezes excludente para o próprio sistema político. Tal circunstância fez com que a decisão política fosse baseada em uma racionalidade jurídica com uma pretensão de racionalidade política, como exigência da sociedade moderna do paradigma da razão. Sem se preocupar, todavia, com aqueles outros que estão fora deste modelo de estado racional, os subintegrados em geral.

A preocupação de uma decisão política é mais formal, no atendimento dos requisitos legais, que substancial. O que impele a um alívio de expectativas do sistema jurídico, mas, em paradoxo, há uma complexidade para o sistema político, gerando, portanto, um desequilíbrio da ordem constitucional que não consegue realizar um acoplamento estrutural efetivo para redução das complexidades de ambos os sistemas.

Neste contexto, foi verificada a possibilidade de os Partidos Políticos brasileiros, atualmente registrados no Tribunal Superior Eleitoral de conduzirem o dissenso para esfera pública plural brasileira por meio da abertura de um democraticidade interna plural.

Da análise dos estatutos dos Partidos Políticos brasileiros, em um panorama geral, foi verificado que há uma grave falta de democracia interna partidária, especialmente quanto à organização partidária interna e a disciplina entre órgãos partidários, isso se acentua quando excluem os povos tradicionais, vez que nenhum apresenta uma regra concreta e efetiva de inclusão desses povos na vida partidária, quando o fazem, se dá meramente por órgãos subsidiários de atuação junto aos povos tradicionais, em paralelo, são centralizados em uma disciplina rígida e autoritária que nega o próprio princípio democrático.

Fica evidente a crise no modelo de representatividade político-partidária no Brasil, uma desconformidade, quando estas organizações partidárias atuam na democracia, sem, contudo, serem efetivamente democráticas. Crise que se aprofunda ainda mais quando se coloca em patamar da democracia plural, onde inexistente uma disciplina própria e efetiva para inclusão dos povos tradicionais na vida partidária.

Tais constatações são corroboradas conforme relatório da Missão de Observação Eleitoral das eleições gerais no Brasil em 2018, da Organização dos Estados Americanos (OEA), que constatou uma sub-representação dos povos autóctones.

Neste contexto, verificando que a normativa internacional da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) não estabelece como requisito a filiação partidária, foi realizada a análise metodológica dos casos em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) interpreta o art. 23 da CADH que trata dos direitos políticos.

Foram identificados doze casos em que a CIDH interpreta o art. 23 da CADH. Restou demonstrada a pertinência do objeto estudado em apenas dois casos: o caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, em que se buscava a candidatura independente no México, e o caso *Yatama vs. Nicarágua*, em que a comunidade indígena Yatama fora excluída de participar das eleições políticas da Nicarágua pela lei.

Após o debate acerca dos casos, foi realizada a análise metodológica de acordo com o método sistêmico adotado e análise categorial, com o desmembramento do texto em unidades e categorias para investigação da temática.

Por fim, chegou-se à seguinte conclusão da interpretação do art. 23 da CADH pela CIDH, que: (1) o sistema de representativo exclusivo por meio de Partidos Políticos é possível de ser compatível com a CADH, desde que abertos à autolegitimação democrática; (2) em uma sociedade plural, não pode haver regra de que todos os candidatos serão oriundos exclusivamente de Partidos Políticos; (3) e a necessidade da heterolegitimação política com a por meio de organizações políticas específicas, em conjunto com os Partidos Políticos, formarem o sistema representativo.

Deste cotejo, se chega à conclusão que o Brasil está em afronta direta em face normativa internacional da CADH a respeito do sistema representativo por meio de Partidos Políticos, uma vez que os Partidos Políticos não são abertos à pluralidade democrática, nem existem Organizações Políticas específicas no Brasil para que os povos tradicionais participem, caso assim queiram, do sistema representativo, e, por fim, existe, no Brasil, a regra de que todas as pessoas, caso queiram ser candidatas, deverão ser, exclusivamente, por Partidos Políticos, mesmo sendo a sociedade brasileira, heterogênea.

Diante disso, o primeiro impulso investigativo para verificar a resposta à problemática do presente trabalho foi analisar a possibilidade do controle de convencionalidade, contudo, antes disso, sentiu-se a necessidade de debater, à luz da metodologia adotada, a importância de uma tomada de decisão com base em direitos humanos para a redução da complexidade do direito interno, e a necessidade do diálogo internacional.

Assim, verificou-se que os direitos humanos, à luz da teoria adotada, é o mecanismo pelo qual se permite a abertura cognitiva entre o direito interno e referenciais éticos pretensamente universais para geração internacional do consenso e diminuição das complexidades na sociedade moderna e, em consequência, geração de congruência ao sistema normativo internacional.

Assim, podem os direitos humanos incidir na regra da filiação partidária de modo a atenuar as expectativas da sociedade heterogênea brasileira sendo desejável uma interpretação à luz do direito internacional dos direitos humanos para promover a circularidade do sistema do direito interno.

Contudo, não basta afirmar. A pesquisa buscou solucionar a problemática de modo a trazer mecanismos para realização deste diálogo. O primeiro, como dito, foi o do controle de convencionalidade, o qual não apresentou respostas satisfatórias diante do debate, judicial e doutrinário, acerca do *status* da CADH no direito interno, uma vez que a norma que determina a exclusividade de candidaturas por Partidos Políticos é de natureza constitucional.

Portanto, diante da querela acerca desta questão é que não trouxe luzes concisas à problemática estudada, se verificou a necessidade de superar esta divergência, sobretudo considerando que a possibilidade de abertura normativo-cognitiva, tanto da Constituição brasileira, quanto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Daí porque foi preciso verificar uma metodologia que buscasse responder a possibilidade de diálogo entre a Convenção Americana de Direitos Humanos, a Constituição brasileira, e a ordem jurídica das populações tradicionais, assim surge, para esta construção, a metodologia do transconstitucionalismo.

A primeira constatação é de que a Constituição deverá se abrir para a normativa internacional para gerar alívio de expectativas, uma vez que os problemas jurídicos estão cada vez mais complexos sendo impossível a solução e o alívio de expectativas apenas com base em uma ordem jurídica, sendo necessário o diálogo entre as diversas ordens jurídicas.

É para isso que no método do transconstitucionalismo é desenvolvido um diálogo, não pela busca do consenso, mas pelo reconhecimento do dissenso e do conflito entre diversas ordens para solucionar problemas do direito, especialmente dos direitos fundamentais.

Assim, o transconstitucionalismo reconhece a sociedade como multicêntrica onde existem diversas esferas de comunicação, havendo, em consequência, diversas esferas de produção do direito na sociedade global. Sendo necessário que exista uma interpenetração em tais ordens, sem destruí-las, um convívio construtivo para solucionar problemas complexos que atravessam várias ordens jurídicas.

Já que existem problemas jurídicos que tocam em várias ordens jurídicas é necessário que as várias ordens cedam parcialmente as suas racionalidades para construção de uma racionalidade transversal, para que se gere uma chamada “circularidade transversal”.

Tal circunstância é imprescindível para solucionar problemas complexos e incongruências do sistema jurídico multicêntrico. Assim, a proposta do transconstitucionalismo é que a Constituição supere o modelo de “acoplamento estrutural” entre política e direito em determinado território, para construir “pontes de transição” entre as diversas ordens jurídicas.

Isto gera circularidade para o próprio sistema constitucional, do contrário, caso a circularidade da Constituição falhe para resolver determinado problema hipercomplexo da sociedade atual, a Constituição será rompida e ultrapassada por forças maiores de ordem política global, econômica mundial, jurídica internacional, etc.

Aqui vale lembrar Tobias Barreto, na sua obra Estudos de Direito, quando disse: “*Serpes nisi comederit non fit draco*”, a serpente que não devora a serpente não se faz dragão; a força que não vence a força não se faz direito; o direito é a força que matou a própria força”.

Assim, a proposta da conversação constitucional se dá mediante um questionamento da hierarquia entre ordens jurídicas. Nesta abertura dialógica, a Corte constitucional assume papel preponderante para realizar a conversação constitucional por meio de “pontes de transição”. Essa perspectiva, portanto, permitiu à pesquisa a ultrapassagem da problemática do controle de convencionalidade de normas constitucionais originárias, para a possibilidade de um método de diálogo entre ordens jurídicas para resolução de problemas complexos.

Também permitiu a compreensão do diálogo entre a ordem internacional, a ordem constitucional e as ordens extraestatais, sem a sobreposição entre as ordens, ambas em mesmo patamar de hierarquia, cedendo sua racionalidade para as demais, a exemplo da cessão da racionalidade para que a ordem extraestatal vigore à luz dos costumes e tradições próprias.

Assim, chegou-se a conclusão que as normas constitucionais, diante da característica dialógica do direito, e da capacidade de intermediarem o diálogo entre a política e o direito podem, à luz do transconstitucionalismo, serem “pontes de transição” entre, uma metade

ponte aberta para o direito internacional, a norma constitucional enquanto pilar de sustentação deste diálogo, e na outra metade da ponte o direito extraestatal dos povos autóctones.

A Constituição, portanto, ultrapassa perspectiva de “acoplamento estrutural” vencida pelo decorrer do tempo e da hipercomplexidade social, para se tornar o filtro e o elo, a ligação, entre o direito internacional dos direitos humanos, o direito constitucional e o direito extraestatal, sem sobrepor, sem hierarquia, mas em um aprendizado recíproco e construtivo para manter a circularidade do sistema jurídico para o futuro.

Nesta perspectiva, a norma constitucional da “filiação partidária” ao invés de se fechar em torno do acoplamento estrutural, pode se abrir para permitir o diálogo entre Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o direito consuetudinário dos povos tradicionais cedendo, parcialmente, sua racionalidade, para resolução de problemas de outras ordens jurídicas e da sua própria.

Repita-se a exaustão: não se trata de uma faculdade, mas sim de uma necessidade de abertura para o diálogo com outras ordens jurídicas caso o constitucionalismo queira ter sobrevida e permanecer realizando o intermédio entre as ordens jurídicas da sociedade global multicêntrica e o “mundo da vida”.

É, pela própria Constituição, atribuído o papel aos Tribunais, e, em especial ao Tribunal constitucional, de fixar o sentido das normas, como lembra Kelsen, e nesta fixação dos signos lingüísticos poderá construir pontes para o futuro, por meio da incidência normativa transversal a uma perspectiva reducionista, por exemplo, da categoria jurídica da filiação partidária, promovendo a circularidade do sistema jurídico interno em nível global.

Portanto, só faz sentido, em uma dedução da lógica que, em uma sociedade heterogênea como a brasileira, as categorias jurídicas como “filiação partidária” e “partidos políticos” permitam que os povos tradicionais possam conviver, em dissenso, para construção de uma efetiva democracia plural, como almeja a própria Constituição.

Por fim, chegou-se também a conclusão de que os Partidos Políticos são, ou deveriam ser, o acoplamento estrutural entre a sociedade política e o sistema político, com seus códigos de *input/output*. Assim, há uma dificuldade de os Partidos Políticos absorverem o dissenso dos povos tradicionais vez que os códigos são absolutamente distintos, estas populações possuem códigos de *input/output* específicos de acordo com os seus costumes e tradições que promovem a redução da complexidade em suas próprias tribos, quilombos, etc.

Assim, a proposta que se faz é que existam Organizações Políticas específicas, análogas aos Partidos Políticos, constituídas pelos povos tradicionais de acordo com seus costumes e tradições, igualmente em processos eleitorais específicos, em um processo

normativo-antropológico para que estes povos possam se enxergar representados no sistema político do Estado brasileiro, reduzindo a complexidade tanto do sistema jurídico, quanto do sistema político, e, portanto, do sistema constitucional pluralista.

Deste modo, os objetivos específicos da presente pesquisa foram alcançados com o estudo do sistema representativo por meio de Partidos Políticos demonstrando as complexidades, à luz da metodologia adotada, na sociedade brasileira; foram também verificados todos os casos em que a CIDH interpreta o art. 23 da CADH para extrair a interpretação dada pela Corte acerca da filiação partidária e partidos políticos; em paralelo, foram estudados os Estatutos Partidários brasileiros de modo a verificar as regras de inclusão dos povos tradicionais na vida partidária; e, por fim, de acordo com os resultados obtidos em cada objetivo alcançado, foram verificadas as possibilidades jurídicas de inclusão das populações tradicionais no sistema político-representativo brasileiro.

Assim, fora atingido o objetivo geral da pesquisa de modo a verificar a interpretação da CIDH ao art. 23 da CADH, sobre a categoria jurídica da filiação partidária no contexto de uma sociedade heterogênea, e as possibilidades de diálogo entre a norma constitucional brasileira e a normativa internacional de direitos humanos.

Com isso, a pesquisa apontou pela possibilidade, e necessidade, de abertura cognitivo-dialógica entre a norma constitucional originária e a normativa internacional da CADH acerca da filiação partidária para fins de inclusão das populações tradicionais, de acordo com seus costumes e tradições, no sistema político-representativo brasileiro, podendo ocorrer mediante a construção de uma “ponte de transição”, à luz do transconstitucionalismo.

Por fim, direcionamentos e sugestões para o aprofundamento da pesquisa consistem em: analisar os programas partidários e como, materialmente, lidam com as questões das populações tradicionais no sistema representativo; bem como verificar o diálogo entre a Constituição brasileira, a CADH e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, no que diz respeito ao acesso ao sistema representativo e às funções públicas do país.

Isso porque o artigo 23.2 da CADH estabelece algumas restrições, em que pese considerar a CIDH que tais requisitos não podem deixar de garantir o efetivo gozo dos direitos políticos, pautados, sobretudo, no princípio da não discriminação como previsto no artigo 24 da CADH, a exemplo de: (a) residência; (b) idioma; (c) instrução; (d) capacidade civil; o que seria problemático e limitante no contexto das populações tradicionais, ao passo que o art. 25 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos não faz tais restrições, ao contrário, determina que o acesso ao sistema representativo e às funções públicas do país se dará “sem restrições infundadas” e em “condições gerais de igualdade”.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Víctor. Das violações em massa aos padrões estruturais: novos enfoques e clássicas tensões no sistema interamericano de direitos humanos. **Sur, Rev. int. direitos human.**, São Paulo, v. 6, n. 11, p. 6-39, Dec. 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-4452009000200002&lng=en&nrm=isso. Acesso em: 07 mar. 2020.

ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional: sobre a tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALVES PEREIRA, Antônio Celso. **O acesso à Justiça e a adequação da legislação brasileira aos instrumentos internacionais relativos aos Direitos Humanos**. In: CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto (editor). **A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro**. 2º ed. San José: MARS Editores, 1996

ARISTÓTELES. **Retórica**. 2ª Ed. Lisboa: Imprensa Nacional, 2005.

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Nações Unidas, 217 (III) A, 1948, Paris. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2020.

BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Tradução de Luís Antero Reto e Augusto Pinheiro. Lisboa: Edições 70, 1979.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição e Tratados Internacionais: alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno**. In: MARINONI, Luiz Guilherme. MAZZOULI, Valerio de Oliveira. (Org.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Estado, governo e sociedade; por uma teoria geral da política**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

_____. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 10ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2006.

BORGES, Maria Creusa de Araújo. **O Princípio da Autodeterminação e o Direito de Propriedade Territorial dos Povos Indígenas: uma leitura a partir do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos**. In: MONTE, Mário Ferreira et. al. (Org.). **Direito na lusofonia: diálogos constitucionais no espaço lusófono**. Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, Braga, Portugal, 2016, v. 1, p. 279-285. Disponível em: http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/47513/1/3%c2%ba%20Congresso%20em%20Direito%20na%20Lusofonia_Di%c3%a1logos%20Constitucionais%20no%20Espa%c3a7o%20Lus%c3%b3fono.pdf. Acesso em: 03 mar. 2020.

_____. *Jus Cogens, Normativa Internacional de Proteção dos Direitos Humanos e o Caso da Prisão Civil por Dívida do Depositário Infiel: Estudo Analítico a Partir do Sistema Global e Regional de Proteção*. In: MEZZAROBBA et. al. (Org.) **I Encontro de Internacionalização do CONPEDI**. Vol. 4. Barcelona: Ediciones Laborum, 2015. p. 109-135. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/wp-content/uploads/2016/01/NOVO-Miolo-CONPEDI-vol.-4-em-moldes-gr%C3%A1ficos.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)] Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, 5 de out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 24 abr. 2019.

_____. Decreto n.º 592, de 06 de julho de 1992. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, 7 de jul. de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 29 mai. 2020.

_____. Decreto n.º 678, de 06 de novembro de 1992. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, 9 de nov. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 20 set. 2019.

_____. Decreto n.º 4.463, de 08 de novembro de 2002. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, 11 de nov. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4463.htm. Acesso em: 20 set. 2019.

_____. Decreto n.º 5.501, de 19 de abril de 2004. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, 20 de abr. 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm. Acesso em: 20 set. de 2019.

_____. Lei Complementar n.º 78, de 30 de dezembro de 1993. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, 5 de jan. 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp78.htm. Acesso em: 04 set. 2019.

_____. Lei n.º 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, 21 de dez. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm. Acesso em: 25 set. 2019.

_____. Lei n.º 9.096, de 19 de setembro de 1995. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, 20 de set. 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19096.htm. Acesso em: 25 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta da Inconstitucionalidade n.º 2530 MC, Tribunal Pleno, Brasília, DF, 24 de abril de 2002. **Diário da Justiça de 21 de novembro de 2003**, vol. 233

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 87.585, Tribunal Pleno, Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008. **Diário da Justiça de 25 de junho de 2009**, vol. 23366.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n.º 6977, Decisão Monocrática, Brasília, DF, 05 de outubro de 2018. **Diário da Justiça de 08 de outubro de 2019**, DJe. 215.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo n.º 1.054.490, Decisão Monocrática, Brasília, DF, 30 de setembro de 2019. **Diário da Justiça de 03 de outubro de 2019**. Nr. 215.

BURDEAU, Georges. HAMON, Francis. TROPER, Michel. **Droit constitutionnel**. 23ª edição. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence. 1993.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos Direitos Humanos**. In: CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto (editor). **A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro**. 2º ed. San José: MARS Editores, 1996.

CANDIDATOS indígenas aumentam participação em eleições nacionais. **Tribunal Superior Eleitoral**, 2019. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2019/Abril/candidatos-indigenas-aumentam-participacao-em-eleicoes-nacionais>. Acesso em: 04 set. 2019.

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

CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia**. São Paulo: Editora Ática, 2000.

CIDH. **Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Caso “A Última Tentação de Cristo” (Olmedo Bustos e outros) Vs. Chile, 2001. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/f30eb7942e6ea89e4d2ec4ca870784d3.pdf> Acesso em: 08 mar. 2020.

_____. **Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile, 2006. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/7172fb59c130058bc5a96931e41d04e2.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2020.

_____. **Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela, 2008. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf. Acesso em: 22 set. 2019.

_____. **Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Caso Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala, 2004. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_117_esp.pdf. Acesso em: 22 set. 2019.

_____. **Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, 2008. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/castanedagutman.pdf>. Acesso em: 22 set. 2019.

_____. **Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Caso Chitay Nech e outros vs. Guatemala, 2010. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_212_por.pdf. Acesso em: 22 set. 2019.

_____. **Corte Interamericana de Derechos Humanos.** Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela, 2010. Disponível em: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_227_esp.pdf. Acesso em: 22 set. de 2019.

_____. **Corte Interamericana de Derechos Humanos.** Caso Claude Reyes e outros Vs. Chile, 2010. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf. Acesso em: 22 set. 2019.

_____. **Corte Interamericana de Derechos Humanos.** Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, 2001. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/1d066bbac6f06f20e3bb0e08e5697c4a.pdf>. Acesso em: 22 set. 2019.

_____. **Corte Interamericana de Derechos Humanos.** Caso Tribunal Constitucional Vs. Perú, 2001. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_71_esp.pdf. Acesso em: 22 set. 2019.

_____. **Corte Interamericana de Derechos Humanos.** Caso Escué Zapata Vs. Colombia, 2007. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_165_esp.pdf. Acesso em: 22 set. 2019.

_____. **Corte Interamericana de Derechos Humanos.** Caso López Mendoza vs. Venezuela, 2011. Disponível em: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_233_esp.pdf. Acesso em: 22 set. 2019.

_____. **Corte Interamericana de Derechos Humanos.** Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia, 2011. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_213_esp.pdf. Acesso em: 22 set. 2019.

_____. **Corte Interamericana de Derechos Humanos.** Caso Reverón Trujillo vs Venezuela, 2009. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_197_esp.pdf. Acesso em: 22 set. 2019.

_____. **Corte Interamericana de Derechos Humanos.** Caso Yatama vs. Nicaragua, 2005. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/b3b2dcefe29f27b2984178160015c3ba.pdf>. Acesso em: 22 set. 2019.

CLIFFORD, James. **A experiência etnográfica: antropologia e literatura no século XX.** Organizado por José Reginaldo Santos Gonçalves. 2ª ed. Rio de Janeiro: UFRJ, 2002.

COSTA, Adriano Soares da. **Instituições de direito eleitoral.** 9 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

CURI, Melissa Volpato. **O direito consuetudinário dos povos indígenas e o pluralismo jurídico.** Espaço Ameríndio, Porto Alegre, v. 6, n. 2, p. 230-247, jul./dez. 2012. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/index.php/EspacoAmerindio/article/view/32216/23719>. Acesso em: 21 set. 2019.

DEMO, Pedro. **Participação é conquista.** 3 ed. São Paulo: Cortez, 1996.

DESCARTES, René. **Discurso sobre o método: para bem conduzir a própria razão e procurar a verdade nas ciências**. 2ª ed. Tradução de Jacob Guinsburg e Bento Prado Jr. São Paulo: Diefel – Difusão Européia do Livro, 1983.

DIFINI, Luiz Felipe Silveira. Princípio do Estado constitucional democrático de direito. Lisboa: **Revista do Instituto de Direito Brasileiro da Universidade de Lisboa**, Ano 1, 2012, n.º 1, p. 151. Disponível em: https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/01/2012_01_0143_0183.pdf. Acesso em: 24 abr. 2019.

DIVULGAÇÃO de Resultado de Eleições. **Tribunal Superior Eleitoral**, 2018. Disponível em: <http://divulga.tse.jus.br/oficial/index.html>. Acesso em: 04 set. 2019.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009.

FERGUSON, Thomas. **Golden rule: the investment theory of party competition and logic money-driven political systems**. Chicago: The University of Chicago Press, 1995.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico**. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GONÇALVES, Guilherme Leite. **Limites do projeto iluminista: problemas operativos do Estado Nacional na Sociedade Mundial**. In: NEVES, Marcelo (coord.). **Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

GONÇALVES, Jussemir Weiss. A revolução francesa e a invenção social da pobreza. **Biblos**. Rio Grande, v. 23, n. 1, 2009. p. 9-24. Disponível em: <https://periodicos.furg.br/biblos/article/view/1267/561>. Acesso em: 03 mar. 2020.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

_____. **Direito e democracia: entre a facticidade e validade**. Vol. II. 2º Ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Mudança estrutural da Esfera Pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa**. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. p. 252.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. 11ª Ed. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2006.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Parte I. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 15ª Ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2005.

ÍNDIOS da Nicarágua buscam independência. **Folha de São Paulo**, 2009. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft2712200909.htm>. Acesso em: 06 out. 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Censo Brasileiro de 2010**. Rio de Janeiro: IBGE, 2012. Disponível em: <https://indigenas.ibge.gov.br/graficos-e-tabelas-2.html>. Acesso em: 04 set. 2019.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3ª ed. Tradução de José Lamago. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1997.

LIZIERO, Leonam. **Levando Kelsen a sério**. Andradina: Meraki, 2019. Não paginado.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. 2ª Ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2010.

_____. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

_____. **O paradoxo dos Direitos Humanos e três formas de seu desdobramento**. Tradução de Ricardo Henrique Arruda de Paula e Paulo Antônio de Menezes Albuquerque. Themis, Fortaleza, v 3, n. 1, 2000. Disponível em: <http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/view/314/295>. Acesso em: 03 mar. 2020.

_____. **Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral**. Tradução de Antonio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Júnior, Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Vozes, 2016.

_____. **Sociedade y sistema: la ambición de la teoría**. Tradução de Santiago López Petit e Dorothee Schmitz. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1990.

_____. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

_____. **Sociologia do Direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.

KAJAWSKI, Gilberto de Mello. **A crise do século XX**. São Paulo: Ática, 1988.

KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

MAIA, Luciano Mariz. O Brasil antes e depois do Pacto de San José. **B. Cient. ESMPU, Brasília, a. I – nº 4**. jul./set. 2002. Disponível em: <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-4-2013-julho-setembro-de-2002/o-brasil-antes-e-depois-do-pacto-de-san-jose> Acesso em 04 de outubro de 2019.

_____. **Do papel da perícia antropológica na afirmação dos direitos dos índios.** Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/do_papel_da_pericia_antropologica_na_afirmacao_dos_direitos_dos_indios.pdf. Acesso em: 13 jan. 2020.

MALISKA, Marcos Augusto. Dignidade humana e pluralismo constitucional. Limites e possibilidades de dois princípios constitucionais em tempos de profundo dissenso político. **Revista da AJURIS** – Porto Alegre, v. 45, n. 144, Junho, 2018. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-AJURIS_n.144.13.pdf. Acesso em: 03 mar. 2020.

MANSILLA, Darío Rodríguez. **Los limites del Estado em la sociedade mundial: de la política al derecho.** In: NEVES, Marcelo (coord.). **Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas.** São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MARCUSE, Hebert. **A ideologia da sociedade industrial: o homem unidimensional.** 4ª Ed. Tradução de Giasone Rebuá. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1973.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Controle de convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro).** In: MARINONI, Luiz Guilherme. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. (Org.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai.** Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis.** 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro.** In: MARINONI, Luiz Guilherme. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. (Org.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai.** Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **A justiça constitucional nos contextos supranacionais.** In: NEVES, Marcelo (coord.). **Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas.** São Paulo: Quartier Latin, 2010.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica.** 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

_____. **Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro.** Tradução de Antonio Luz Costa. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018.

_____. **Do consenso ao dissenso.** In: SOUZA, Jessé. (Org.). **Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea.** Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

_____. Do diálogo entre as cortes supremas e a corte internacional de direitos humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. **Revista de informação legislativa,** v. 51, n. 201, p. 193-214, jan./mar. 2014. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/502958>. Acesso em: 03 mar. 2020.

_____. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico.** São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

_____. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Justiça e diferença numa sociedade global complexa.** In: SOUZA, Jessé. (Org.). **Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea.** Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001

_____. (Não) Solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. **Lua Nova**, São Paulo, 93: 201-232, 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n93/08.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2020.

_____. **Transconstitucionalismo.** São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

NICARÁGUA. Ley n.º 28, de 07 de 7 de Septiembre de 1987 . Estatuto de la autonomía de las regiones de la Costa Atlântica de Nicaragua. **Diário Oficial de la República de Nicaragua n.º 238.** Manágua, 30 de Octubre de 1987. Disponível em: <http://legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/xpNorma.xsp?documentId=9F88A9114C4CA12F062570A100578099&action=openDocument>. Acesso em: 01 out. 2019.

OEA. **Carta Democrática Interamericana.** Disponível em: http://www.oas.org/OASpage/port/Documents/Democractic_Charter.htm. Acesso em: 06 out. 2019.

_____. **Missão de observação eleitoral das eleições gerais de 2018 no Brasil: Relatório final.** Washington: OEA, 2019. Disponível em: <http://www.oas.org/documents/por/press/MOE-Brasil-2018-Relatorio-Final-POR.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2020.

ONU. **Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas.** Disponível em: http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf. Acesso em: 25 set. de 2019.

PACHECO, Cláudio. **Tratado das Constituições brasileiras.** Vol. 1. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1958.

PETERKE, S. O 50º Aniversário da Convenção Americana de Direitos Humanos. **Prim Facie**, v. 18, n. 39, p. 01-12, 3 mar. 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/primafacie/article/view/50983>. Acesso em: 20 mar. 2020.

REBOUL, Oliver. **Introdução à retórica.** Tradução de Ivone Castilho Benedetti. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

REZER, Morgana Mezalira. FORTES, Vinícius Borges. **A internet das coisas na sociedade de risco: uma análise a partir do direito à privacidade.** In: LIMBERGER, Têmis. et. al. (Org). **Direito, governança e novas tecnologias I.** Florianópolis: CONPEDI, 2018. p. 98-117. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/34q12098/9l053031/kFt980Gr7fWk908s.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2020.

RIVABEM, Fernanda Schaefer. Direito privado e interesses o públicos: uma análise à luz de Giorgio Oppo. **Revista Eletrônica do CEJUR**. Curitiba, v. 1, n. 3, 2008. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/cejur/article/view/16757/11143>. Acesso em: 03 mar. 2020.

SALGADO, Eneida Desiree. **Índice de democracia intrapartidária: uma proposta de mensuração a partir dos estatutos dos Partidos Políticos brasileiros**. Relatório (Pesquisa Pós-Doutoral). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019. Disponível em: https://www.academia.edu/40687425/%C3%8DNDICE_DE_DEMOCRACIA_INTRAPARTID%C3%81RIA_Uma_proposta_de_mensura%C3%A7%C3%A3o_a_partir_dos_estatutos_dos_partidos_pol%C3%ADticos_brasileiros. Acesso em: 03 mar. 2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa Santos. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. Vol. 1. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. 6ª ed. São Paulo: Cortez, 2007. p. 61.

_____. **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 43.

_____. **O discurso e poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

SARMENTO, Daniel. 21 Anos da Constituição de 1988: a Assembleia Constituinte de 1987/1988 e a Experiência Constitucional Brasileira sob a Carta de 1988. **DPU Nº 30** – Nov-Dez/2009. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/download/1659/957>. Acesso em: 24 abr. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Notas sobre as relações entre a Constituição Federal de 1988 e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos na perspectiva do assim chamado controle de convencionalidade**. . In: MARINONI, Luiz Guilherme. MAZZOULI, Valerio de Oliveira. (Org.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Resolução nº 21.538, de 14 de outubro de 2003. Brasília, DF, 14 de outubro de 2003. **Diário da Justiça de 03 de novembro de 2003**. TSE Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/normas-editadas-pelo-tse/resolucao-nb0-21.538-de-14-de-outubro-de-2003-brasilia-2013-df>. Acesso em: 20 fev. de 2020.

_____. **Partidos Políticos registrados no TSE**. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos/registrados-no-tse>. Acesso em: 13 jan. 2020.

TRINDADE, Ivonei Souza. **Amicus curiae na Corte Interamericana de Direitos Humanos: um guia prático**. Joinville: Clube de Autores, 2018.

VALLE, Cléa Fernandes Ramos. TELLES, Verônica. **O mito do conceito de herói**. Disponível em: https://www.revistadoisat.com.br/numero2/01_O_Mito_do_Conceito_de_Herói_Clea_e_Veronica.pdf. Acesso em: 03 mar. 2020.

WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Vol. 2. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Instituições e Pluralismo na formação do Direito brasileiro**. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Teoria do Direito e do Estado**. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1994.

_____. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 3ª ed. São Paulo: Editora Alfa Ômega, 2001.