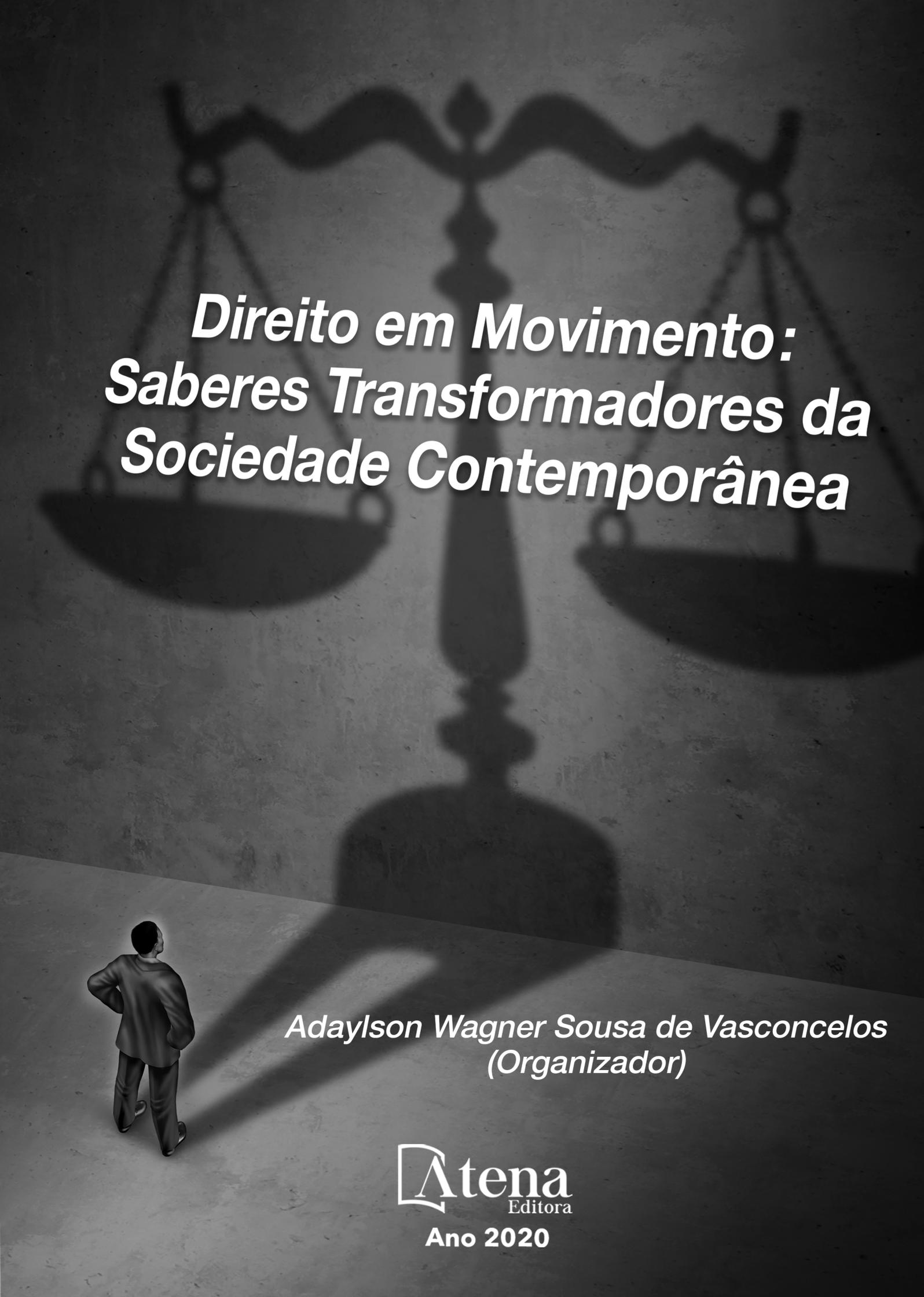


***Direito em Movimento:
Saberes Transformadores da
Sociedade Contemporânea***

***Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos
(Organizador)***

Atena
Editora

Ano 2020



***Direito em Movimento:
Saberes Transformadores da
Sociedade Contemporânea***



***Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos
(Organizador)***

Atena
Editora

Ano 2020

Editora Chefe

Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira

Assistentes Editoriais

Natalia Oliveira

Bruno Oliveira

Flávia Roberta Barão

Bibliotecário

Maurício Amormino Júnior

Projeto Gráfico e Diagramação

Natália Sandrini de Azevedo

Camila Alves de Cremona

Karine de Lima Wisniewski

Luiza Alves Batista

Maria Alice Pinheiro

Imagens da Capa

Shutterstock

Edição de Arte

Luiza Alves Batista

Revisão

Os Autores

2020 by Atena Editora

Copyright © Atena Editora

Copyright do Texto © 2020 Os autores

Copyright da Edição © 2020 Atena Editora

Direitos para esta edição cedidos à Atena Editora pelos autores.



Todo o conteúdo deste livro está licenciado sob uma Licença de Atribuição *Creative Commons*. Atribuição 4.0 Internacional (CC BY 4.0).

O conteúdo dos artigos e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva dos autores, inclusive não representam necessariamente a posição oficial da Atena Editora. Permitido o *download* da obra e o compartilhamento desde que sejam atribuídos créditos aos autores, mas sem a possibilidade de alterá-la de nenhuma forma ou utilizá-la para fins comerciais.

A Atena Editora não se responsabiliza por eventuais mudanças ocorridas nos endereços convencionais ou eletrônicos citados nesta obra.

Todos os manuscritos foram previamente submetidos à avaliação cega pelos pares, membros do Conselho Editorial desta Editora, tendo sido aprovados para a publicação.

Conselho Editorial

Ciências Humanas e Sociais Aplicadas

Prof. Dr. Álvaro Augusto de Borba Barreto – Universidade Federal de Pelotas

Prof. Dr. Alexandre Jose Schumacher – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Mato Grosso

Prof. Dr. Américo Junior Nunes da Silva – Universidade do Estado da Bahia

Prof. Dr. Antonio Carlos Frasson – Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof. Dr. Antonio Gasparetto Júnior – Instituto Federal do Sudeste de Minas Gerais

Prof. Dr. Antonio Isidro-Filho – Universidade de Brasília

Prof. Dr. Carlos Antonio de Souza Moraes – Universidade Federal Fluminense

Profª Drª Cristina Gaio – Universidade de Lisboa

Prof. Dr. Deyvison de Lima Oliveira – Universidade Federal de Rondônia
Prof. Dr. Edvaldo Antunes de Farias – Universidade Estácio de Sá
Prof. Dr. Elson Ferreira Costa – Universidade do Estado do Pará
Prof. Dr. Eloi Martins Senhora – Universidade Federal de Roraima
Prof. Dr. Gustavo Henrique Cepolini Ferreira – Universidade Estadual de Montes Claros
Profª Drª Ivone Goulart Lopes – Istituto Internazionale delle Figlie de Maria Ausiliatrice
Prof. Dr. Jadson Correia de Oliveira – Universidade Católica do Salvador
Prof. Dr. Julio Candido de Meirelles Junior – Universidade Federal Fluminense
Profª Drª Lina Maria Gonçalves – Universidade Federal do Tocantins
Prof. Dr. Luis Ricardo Fernandes da Costa – Universidade Estadual de Montes Claros
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Marcelo Pereira da Silva – Pontifícia Universidade Católica de Campinas
Profª Drª Maria Luzia da Silva Santana – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul
Profª Drª Paola Andressa Scortegagna – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Rita de Cássia da Silva Oliveira – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Prof. Dr. Rui Maia Diamantino – Universidade Salvador
Prof. Dr. Urandi João Rodrigues Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará
Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande
Prof. Dr. William Cleber Domingues Silva – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Prof. Dr. Willian Douglas Guilherme – Universidade Federal do Tocantins

Ciências Agrárias e Multidisciplinar

Prof. Dr. Alexandre Igor Azevedo Pereira – Instituto Federal Goiano
Profª Drª Carla Cristina Bauermann Brasil – Universidade Federal de Santa Maria
Prof. Dr. Antonio Pasqualetto – Pontifícia Universidade Católica de Goiás
Prof. Dr. Cleberton Correia Santos – Universidade Federal da Grande Dourados
Profª Drª Daiane Garabeli Trojan – Universidade Norte do Paraná
Profª Drª Diocléa Almeida Seabra Silva – Universidade Federal Rural da Amazônia
Prof. Dr. Écio Souza Diniz – Universidade Federal de Viçosa
Prof. Dr. Fábio Steiner – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul
Prof. Dr. Fágner Cavalcante Patrocínio dos Santos – Universidade Federal do Ceará
Profª Drª Girlene Santos de Souza – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
Prof. Dr. Jael Soares Batista – Universidade Federal Rural do Semi-Árido
Prof. Dr. Júlio César Ribeiro – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Profª Drª Lina Raquel Santos Araújo – Universidade Estadual do Ceará
Prof. Dr. Pedro Manuel Villa – Universidade Federal de Viçosa
Profª Drª Raissa Rachel Salustriano da Silva Matos – Universidade Federal do Maranhão
Prof. Dr. Ronilson Freitas de Souza – Universidade do Estado do Pará
Profª Drª Talita de Santos Matos – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Prof. Dr. Tiago da Silva Teófilo – Universidade Federal Rural do Semi-Árido
Prof. Dr. Valdemar Antonio Paffaro Junior – Universidade Federal de Alfenas

Ciências Biológicas e da Saúde

Prof. Dr. André Ribeiro da Silva – Universidade de Brasília
Profª Drª Anelise Levay Murari – Universidade Federal de Pelotas
Prof. Dr. Benedito Rodrigues da Silva Neto – Universidade Federal de Goiás
Prof. Dr. Douglas Siqueira de Almeida Chaves – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro

Prof. Dr. Edson da Silva – Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri
Profª Drª Eleuza Rodrigues Machado – Faculdade Anhanguera de Brasília
Profª Drª Elane Schwinden Prudêncio – Universidade Federal de Santa Catarina
Profª Drª Eysler Gonçalves Maia Brasil – Universidade da Integração Internacional da Lusofonia Afro-Brasileira
Prof. Dr. Ferlando Lima Santos – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
Profª Drª Gabriela Vieira do Amaral – Universidade de Vassouras
Prof. Dr. Gianfábio Pimentel Franco – Universidade Federal de Santa Maria
Prof. Dr. Helio Franklin Rodrigues de Almeida – Universidade Federal de Rondônia
Profª Drª Iara Lúcia Tescarollo – Universidade São Francisco
Prof. Dr. Igor Luiz Vieira de Lima Santos – Universidade Federal de Campina Grande
Prof. Dr. Jesus Rodrigues Lemos – Universidade Federal do Piauí
Prof. Dr. Jônatas de França Barros – Universidade Federal do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. José Max Barbosa de Oliveira Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará
Prof. Dr. Luís Paulo Souza e Souza – Universidade Federal do Amazonas
Profª Drª Magnólia de Araújo Campos – Universidade Federal de Campina Grande
Prof. Dr. Marcus Fernando da Silva Praxedes – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
Profª Drª Mylena Andréa Oliveira Torres – Universidade Ceuma
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Paulo Inada – Universidade Estadual de Maringá
Profª Drª Regiane Luz Carvalho – Centro Universitário das Faculdades Associadas de Ensino
Profª Drª Renata Mendes de Freitas – Universidade Federal de Juiz de Fora
Profª Drª Vanessa Lima Gonçalves – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande

Ciências Exatas e da Terra e Engenharias

Prof. Dr. Adélio Alcino Sampaio Castro Machado – Universidade do Porto
Prof. Dr. Alexandre Leite dos Santos Silva – Universidade Federal do Piauí
Prof. Dr. Carlos Eduardo Sanches de Andrade – Universidade Federal de Goiás
Profª Drª Carmen Lúcia Voigt – Universidade Norte do Paraná
Prof. Dr. Douglas Gonçalves da Silva – Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia
Prof. Dr. Eloi Rufato Junior – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Prof. Dr. Fabrício Menezes Ramos – Instituto Federal do Pará
Profª Dra. Jéssica Verger Nardeli – Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho
Prof. Dr. Juliano Carlo Rufino de Freitas – Universidade Federal de Campina Grande
Profª Drª Luciana do Nascimento Mendes – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Marcelo Marques – Universidade Estadual de Maringá
Profª Drª Neiva Maria de Almeida – Universidade Federal da Paraíba
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Takeshy Tachizawa – Faculdade de Campo Limpo Paulista

Linguística, Letras e Artes

Profª Drª Adriana Demite Stephani – Universidade Federal do Tocantins
Profª Drª Angeli Rose do Nascimento – Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro
Profª Drª Carolina Fernandes da Silva Mandaji – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Profª Drª Denise Rocha – Universidade Federal do Ceará

Prof. Dr. Fabiano Tadeu Grazioli – Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões
Prof. Dr. Gilmei Fleck – Universidade Estadual do Oeste do Paraná
Profª Drª Keyla Christina Almeida Portela – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Mato Grosso
Profª Drª Miranilde Oliveira Neves – Instituto de Educação, Ciência e Tecnologia do Pará
Profª Drª Sandra Regina Gardacho Pietrobon – Universidade Estadual do Centro-Oeste
Profª Drª Sheila Marta Carregosa Rocha – Universidade do Estado da Bahia

Conselho Técnico Científico

Prof. Me. Abrãao Carvalho Nogueira – Universidade Federal do Espírito Santo
Prof. Me. Adalberto Zorzo – Centro Estadual de Educação Tecnológica Paula Souza
Prof. Me. Adalto Moreira Braz – Universidade Federal de Goiás
Prof. Dr. Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos – Ordem dos Advogados do Brasil/Seccional Paraíba
Prof. Dr. Adilson Tadeu Basquerote Silva – Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí
Prof. Me. Alexsandro Teixeira Ribeiro – Centro Universitário Internacional
Prof. Me. André Flávio Gonçalves Silva – Universidade Federal do Maranhão
Profª Ma. Anne Karynne da Silva Barbosa – Universidade Federal do Maranhão
Profª Drª Andreza Lopes – Instituto de Pesquisa e Desenvolvimento Acadêmico
Profª Drª Andrezza Miguel da Silva – Faculdade da Amazônia
Prof. Dr. Antonio Hot Pereira de Faria – Polícia Militar de Minas Gerais
Prof. Me. Armando Dias Duarte – Universidade Federal de Pernambuco
Profª Ma. Bianca Camargo Martins – UniCesumar
Profª Ma. Carolina Shimomura Nanya – Universidade Federal de São Carlos
Prof. Me. Carlos Antônio dos Santos – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Prof. Ma. Cláudia de Araújo Marques – Faculdade de Música do Espírito Santo
Profª Drª Cláudia Taís Siqueira Cagliari – Centro Universitário Dinâmica das Cataratas
Prof. Me. Daniel da Silva Miranda – Universidade Federal do Pará
Profª Ma. Daniela da Silva Rodrigues – Universidade de Brasília
Profª Ma. Daniela Remião de Macedo – Universidade de Lisboa
Profª Ma. Dayane de Melo Barros – Universidade Federal de Pernambuco
Prof. Me. Douglas Santos Mezacas – Universidade Estadual de Goiás
Prof. Me. Edevaldo de Castro Monteiro – Embrapa Agrobiologia
Prof. Me. Eduardo Gomes de Oliveira – Faculdades Unificadas Doctum de Cataguases
Prof. Me. Eduardo Henrique Ferreira – Faculdade Pitágoras de Londrina
Prof. Dr. Edwaldo Costa – Marinha do Brasil
Prof. Me. Eliel Constantino da Silva – Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita
Prof. Me. Ernane Rosa Martins – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Goiás
Prof. Me. Eivaldo de Sousa Costa Junior – Prefeitura Municipal de São João do Piauí
Profª Ma. Fabiana Coelho Couto Rocha Corrêa – Centro Universitário Estácio Juiz de Fora
Prof. Dr. Fabiano Lemos Pereira – Prefeitura Municipal de Macaé
Prof. Me. Felipe da Costa Negrão – Universidade Federal do Amazonas
Profª Drª Germana Ponce de Leon Ramírez – Centro Universitário Adventista de São Paulo
Prof. Me. Gevair Campos – Instituto Mineiro de Agropecuária
Prof. Dr. Guilherme Renato Gomes – Universidade Norte do Paraná
Prof. Me. Gustavo Krahl – Universidade do Oeste de Santa Catarina
Prof. Me. Helton Rangel Coutinho Junior – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Profª Ma. Isabelle Cerqueira Sousa – Universidade de Fortaleza

Profª Ma. Jaqueline Oliveira Rezende – Universidade Federal de Uberlândia
Prof. Me. Javier Antonio Albornoz – University of Miami and Miami Dade College
Prof. Me. Jhonatan da Silva Lima – Universidade Federal do Pará
Prof. Dr. José Carlos da Silva Mendes – Instituto de Psicologia Cognitiva, Desenvolvimento Humano e Social
Prof. Me. Jose Elyton Batista dos Santos – Universidade Federal de Sergipe
Prof. Me. José Luiz Leonardo de Araujo Pimenta – Instituto Nacional de Investigación Agropecuaria Uruguay
Prof. Me. José Messias Ribeiro Júnior – Instituto Federal de Educação Tecnológica de Pernambuco
Profª Drª Juliana Santana de Curcio – Universidade Federal de Goiás
Profª Ma. Juliana Thaisa Rodrigues Pacheco – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Kamilly Souza do Vale – Núcleo de Pesquisas Fenomenológicas/UFGA
Prof. Dr. Kárpio Márcio de Siqueira – Universidade do Estado da Bahia
Profª Drª Karina de Araújo Dias – Prefeitura Municipal de Florianópolis
Prof. Dr. Lázaro Castro Silva Nascimento – Laboratório de Fenomenologia & Subjetividade/UFPR
Prof. Me. Leonardo Tullio – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Ma. Lilian Coelho de Freitas – Instituto Federal do Pará
Profª Ma. Liliani Aparecida Sereno Fontes de Medeiros – Consórcio CEDERJ
Profª Drª Lívia do Carmo Silva – Universidade Federal de Goiás
Prof. Me. Lucio Marques Vieira Souza – Secretaria de Estado da Educação, do Esporte e da Cultura de Sergipe
Prof. Me. Luis Henrique Almeida Castro – Universidade Federal da Grande Dourados
Prof. Dr. Luan Vinicius Bernardelli – Universidade Estadual do Paraná
Prof. Dr. Michel da Costa – Universidade Metropolitana de Santos
Prof. Dr. Marcelo Máximo Purificação – Fundação Integrada Municipal de Ensino Superior
Prof. Me. Marcos Aurelio Alves e Silva – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de São Paulo
Profª Ma. Maria Elanny Damasceno Silva – Universidade Federal do Ceará
Profª Ma. Marileila Marques Toledo – Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri
Prof. Me. Ricardo Sérgio da Silva – Universidade Federal de Pernambuco
Prof. Me. Rafael Henrique Silva – Hospital Universitário da Universidade Federal da Grande Dourados
Profª Ma. Renata Luciane Polsaque Young Blood – UniSecal
Prof. Me. Sebastião André Barbosa Junior – Universidade Federal Rural de Pernambuco
Profª Ma. Silene Ribeiro Miranda Barbosa – Consultoria Brasileira de Ensino, Pesquisa e Extensão
Profª Ma. Solange Aparecida de Souza Monteiro – Instituto Federal de São Paulo
Prof. Me. Tallys Newton Fernandes de Matos – Faculdade Regional Jaguaribana
Profª Ma. Thatianny Jasmine Castro Martins de Carvalho – Universidade Federal do Piauí
Prof. Me. Tiago Silvio Dedoné – Colégio ECEL Positivo
Prof. Dr. Welleson Feitosa Gazel – Universidade Paulista

Direito em movimento: saberes transformadores da sociedade contemporânea

Editora Chefe: Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira
Bibliotecário: Maurício Amormino Júnior
Diagramação: Camila Alves de Cremonesi
Edição de Arte: Luiza Alves Batista
Revisão: Os Autores
Organizador: Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (eDOC BRASIL, Belo Horizonte/MG)	
D598	<p>Direito em movimento [recurso eletrônico] : saberes transformadores da sociedade contemporânea 1 / Organizador Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos. – Ponta Grossa, PR: Atena, 2020.</p> <p>Formato: PDF Requisitos de sistemas: Adobe Acrobat Reader Modo de acesso: World Wide Web Inclui bibliografia ISBN 978-65-5706-269-2 DOI 10.22533/at.ed.692201308</p> <p>1. Sociologia jurídica. I. Vasconcelos, Adaylson Wagner Sousa de. II. Série.</p> <p style="text-align: right;">CDD 340.115</p>
Elaborado por Maurício Amormino Júnior – CRB6/2422	

Atena Editora
Ponta Grossa – Paraná – Brasil
Telefone: +55 (42) 3323-5493
www.atenaeditora.com.br
contato@atenaeditora.com.br

APRESENTAÇÃO

Coletânea de vinte e um capítulos que une pesquisadores de diversas instituições, discute temáticas que circundam a grande área do Direito e dos diálogos possíveis de serem realizados com as demais áreas do saber e com as múltiplas ações e reações da sociedade que se exercita por transformações.

Assim, nesse primeiro volume, temos dois grandes grupos de reflexões que explicitam as mutações sociais diárias e que o Direito estabelece relações para um regular convívio entre sujeitos.

Em duas singelas divisões estão debates que circundam os direitos humanos e o universo penal.

Nessa perspectiva, os direitos humanos aqui contemplam um arcabouço por demais variado e interseccional. Inicia com a problemática dos direitos sociais, discute a eficácia dos direitos humanos em território nacional, debate o estado de coisas inconstitucional, violações de direitos junto aos povos tradicionais, bem como a cidadania dos negros. Temas mais específicos como energia nuclear, direito da personalidade, família, pensão para ex-cônjuge à partir de uma perspectiva de direitos humanos, majoração de valor de aposentadoria decorrente de invalidez e a teoria das incapacidades encontram ecos e discussões de relevância.

Alcançando o universo penal aqui congregamos estudos que perpassam a análise da criminalização da pobreza, e também dos movimentos sociais, o populismo penal midiático – tema de bastante relevância e que carece de maiores debates e críticas, principalmente no cenário vigente –, o voto do preso, o instituto da delação premiada, a figura do estupro de vulnerável e o papel da Psicologia na análise da questão. Ademais, a violência infantil, medidas socioeducativas e jogos eletrônicos e violência também se fazem abordagens necessárias diante da sociedade das mudanças.

Assim sendo, convidamos todos os leitores para exercitar diálogos com os estudos aqui contemplados.

Tenham proveitosas leituras!

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1	1
OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A GOVERNANÇA PÚBLICA: O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	
Itamar de Ávila Ramos Rodrigo da Silva Monteiro	
DOI 10.22533/at.ed.6922013081	
CAPÍTULO 2	18
O CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO ABERTA COMO UMA MEDIDA PARA A EFICÁCIA DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL	
Kaléo de Oliveira Tomaz	
DOI 10.22533/at.ed.6922013082	
CAPÍTULO 3	37
DIREITOS FUNDAMENTAIS: O TREM DOS TRILHOS ENFERRUJADOS E A SOLUÇÃO TÉCNICA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL	
Rubens Beçak Rafaella Marineli Lopes	
DOI 10.22533/at.ed.6922013083	
CAPÍTULO 4	49
GLOBALIZAÇÃO E CIDADANIA: A EFETIVIDADE DA IDENTIDADE DOS REFUGIADOS AMBIENTAIS	
Cassiane Fernandes de Mello Renata Aparecida Follone	
DOI 10.22533/at.ed.6922013084	
CAPÍTULO 5	65
A FERROVIA PARAENSE: UM ESTUDO DE CASO SOBRE ÀS VIOLAÇÕES DE DIREITOS DOS POVOS TRADICIONAIS NA AMAZÔNIA PARAENSE	
Johny Fernandes Giffoni	
DOI 10.22533/at.ed.6922013085	
CAPÍTULO 6	74
DE ESCRAVIZADO A CIDADÃO: UMA ANÁLISE DA CIDADANIA DOS NEGROS EM TEMPOS ATUAIS	
Carlos Alberto Ferreira dos Santos João Batista Santos Filho Maria Lenilda Caetano França	
DOI 10.22533/at.ed.6922013086	
CAPÍTULO 7	84
A EVOLUÇÃO DA CIÊNCIA NO QUE SE REFERE À ENERGIA NUCLEAR E SUA INTERFERÊNCIA NA VIDA E NOS DIREITOS DE CADA INDIVÍDUO	
Victor Lozovoi Figueiredo de Araújo José Roque Nunes Marques	
DOI 10.22533/at.ed.6922013087	
CAPÍTULO 8	94
O NOME SOCIAL E SUA IMPORTÂNCIA NO ÂMBITO DO DIREITO PERSONALÍSSIMO	
Maria de Fátima Rodrigues de Oliveira	
DOI 10.22533/at.ed.6922013088	

CAPÍTULO 9	104
DIREITO SISTÊMICO E DIREITOS HUMANOS: A APLICAÇÃO DAS CONSTELAÇÕES FAMILIARES PARA TRATAMENTO DOS CONFLITOS JUDICIAIS	
Sami Storch	
Sttela Maris Nerone Lacerda	
DOI 10.22533/at.ed.6922013089	
CAPÍTULO 10	115
A PENSÃO ALIMENTÍCIA PARA EX-CÔNJUGE E SUA INCIDÊNCIA NOS DIREITOS HUMANOS	
Isabella Nogueira Freitas	
Patrícia Martinez Almeida	
José Manfro	
DOI 10.22533/at.ed.69220130810	
CAPÍTULO 11	127
A MAJORAÇÃO DE 25% NO VALOR DA APOSENTADORIA SOMENTE AO APOSENTADO POR INVALIDEZ: DA CONTRARIEDADE AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	
Selma Cristina Tomé Pina	
Juvencio Borges Silva	
DOI 10.22533/at.ed.69220130811	
CAPÍTULO 12	140
A EVOLUÇÃO DO ROL DOS INCAPAZES: BREVES NOÇÕES HISTÓRICAS SOBRE A TEORIA DAS INCAPACIDADES	
Fabrício Manoel Oliveira	
Luana Ribeiro Oliveira	
DOI 10.22533/at.ed.69220130812	
CAPÍTULO 13	154
NOTAS SOBRE O ILUMINISMO PENAL EM CESARE BECCARIA	
Leonardo Marcel de Oliveira	
Roberta Fernandes Santos	
DOI 10.22533/at.ed.69220130813	
CAPÍTULO 14	174
CRIMINALIZAÇÃO DA POBREZA E DOS MOVIMENTOS SOCIAIS - O POBRE COMO UM INIMIGO DA SOCIEDADE	
Álisson Rubens da Silva Sousa	
Linda Evelyn Sousa Nascimento	
Stenno Dyego Silva Rocha	
DOI 10.22533/at.ed.69220130814	
CAPÍTULO 15	181
POPULISMO PENAL MUDIÁTICO: A EXPLORAÇÃO COMERCIAL E POLÍTICA DO CRIME	
Paulo Thiago Fernandes Dias	
Dara Sousa Santos	
Khayam Ramalho da Silva Sousa	
DOI 10.22533/at.ed.69220130815	

CAPÍTULO 16	193
DIREITO DE VOTAR DO PRESO CONDENADO POR SENTENÇA CRIMINAL: UMA INCONSTITUCIONALIDADE?	
Vanessa Serra Carnaúba Feitoza Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho	
DOI 10.22533/at.ed.69220130816	
CAPÍTULO 17	210
O PAPEL DA DELAÇÃO PREMIADA NA PERSECUÇÃO PENAL	
Tiago Martins de Oliveira Guimarães	
DOI 10.22533/at.ed.69220130817	
CAPÍTULO 18	224
O ESTUPRO DE VULNERÁVEL, A PALAVRA DA VÍTIMA E O <i>IN DUBIO PRO REO</i> – A PSICOLOGIA COMO FERRAMENTA JURÍDICA DE EQUILÍBRIO	
Tércio Neves Almeida Rosemar Cardoso Fernandes Lissa Caron Sarraf e Silva Fernando Gomes de Castro	
DOI 10.22533/at.ed.69220130818	
CAPÍTULO 19	247
COMPARAÇÃO DOS CASOS DE VIOLÊNCIA INFANTIL ENTRE OS ALVOS MASCULINOS E FEMININOS NO BRASIL	
Geovana Passos Brito Amanda Claudino Borges Débora Teodoro Carrijo Felipe Batista Rezende Heloísa Teodoro Sequeira Júlia Oliveira Carvalho Luísa Castilho Amâncio Maria Eduarda Giacomin da Cruz Mateus Teodoro Sequeira Natália Sousa Costa Paula Kathlyn de Oliveira Mithielle Rodrigues de Oliveira Peixoto	
DOI 10.22533/at.ed.69220130819	
CAPÍTULO 20	252
A (IN)EFICÁCIA DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS	
Gislaine da Silva Jociane Machiavelli Oufella Adelcio Machado dos Santos	
DOI 10.22533/at.ed.69220130820	
CAPÍTULO 21	265
JOGOS ELETRÔNICOS E VIOLÊNCIA: A INVERSÃO DE VALORES E A GARANTIA DA PROTEÇÃO INTEGRAL ÀS CRIANÇAS E ADOLESCENTES À LUZ DA LEI N°. 8.069/1990	
Mariana Maria Fernandes	
DOI 10.22533/at.ed.69220130821	
SOBRE O ORGANIZADOR	277
ÍNDICE REMISSIVO	278

O CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO ABERTA COMO UMA MEDIDA PARA A EFICÁCIA DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

Data de aceite: 03/08/2020

Data da submissão: 05/05/2020

Kaléo de Oliveira Tomaz

Universidade Presbiteriana Mackenzie

Campinas, São Paulo

<http://lattes.cnpq.br/1113320371981655>

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo compreender de que forma a interpretação das normas dos Direitos Humanos Fundamentais impacta sua eficácia jurídica. Pretende-se também fazer uma análise do conceito de Constituição Aberta, proposta por Peter Häberle, buscando-se entender como sua perspectiva seria capaz de resolver possíveis problemas na eficácia das Normas Fundamentais. O trabalho se justifica posto que análises de como a interpretação e outras questões hermenêuticas impactam a eficácia jurídica dos Direitos Humanos ainda são pouco desenvolvidas. Como método de pesquisa, busca-se analisar a bibliografia de autores que já tenham tratado sobre o tema, usasse também como chave analítica as ideias do filósofo Hans-Georg Gadamer. Como conclusões, foi possível observar um aprofundamento das discussões

da maneira pela qual a hermenêutica filosófica impactou os estudos jurídicos. Além disso, se compreendeu de forma mais abrangente que o conceito de Constituição Aberta possibilita uma aplicação mais adequada das descobertas da nova hermenêutica.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição Aberta, Hermenêutica, Direitos Humanos.

THE CONCEPT OF OPEN CONSTITUTION AS A MEASURE FOR THE EFFECTIVENESS OF HUMAN RIGHTS IN BRAZIL

ABSTRACT: The following article intends to understand how the interpretation of the Fundamental Human Rights norms impacts its legal efficiency. It also seeks to make an analysis of the concept of Open Constitution, proposed by Peter Häberle, looking to understand how its perspective could mayhaps solve problems of the efficacy of the Fundamental Norms. The paper is justified as it analyses how the interpretation and other hermeneutic themes impact the juridical efficacy of the Human Rights, questions of yet little discussion. As a research method, it seeks to analyse the bibliography of authors that have approached the theme, it also uses as analytical key the ideas of the philosopher Hans-Georg Gadamer. As conclusions, it was

possible to observe a deepening of the discussions on how the philosophical Hermeneutic impacted the legal studies. Furthermore, it comprehended more broadly that the concept of Open Constitution enables a more adequate application of the discoveries of the New Hermeneutic.

KEYWORDS: Open Constitution. Hermeneutic. Human rights.

1 | INTRODUÇÃO: A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL, OS DIREITOS HUMANOS E A CONSTITUIÇÃO ABERTA

Este artigo se propõe como um passo na busca da aplicação do conceito de Constituição Aberta dentro do contexto brasileiro. Este conceito entende que se deve ampliar o número de intérpretes da constituição, para que sua aplicação seja mais democrática. Visto isso, ele impõe a necessidade de se voltar os olhos ao sujeito interpretativo e a própria interpretação.

Ademais a observação da Constituição Aberta como eficácia para os Direitos Humanos exige uma observação atenta. Isso se dá devido a sua complexidade. Por esse motivo é preciso dividir o assunto em três áreas de análise principais. Sendo estas: A hermenêutica constitucional; A eficácia dos Direitos Humanos; e a Constituição Aberta. Neste primeiro momento se buscará apenas compreender cada uma destas três áreas para que depois se possa aprofundar nos assuntos mais pertinentes.

1.1 A interpretação normativa e sua importância

Para observar a importância da interpretação da norma é preciso analisar um processo histórico. Isso pois, como será mais profundamente analisado, muitas escolas jurídicas já dedicaram um tempo a este assunto. Não somente isso, mas também se buscará mostrar como a interpretação da norma é fundamental para sua aplicação. Assim como os problemas que se enfrentam nesta tarefa decorrem do agente, que afeta, e deixa ser afetado, pelo seu trabalho.

Vale ressaltar, que durante todo este trabalho se entenderá hermenêutica clássica como a escola jus positivista, ou mais objetivamente o positivismo jurídico. Porém não se deve considerar este grupo como algo dado, mas como um processo histórico que se construiu, até seu ápice em Kelsen. Destaca-se também que esta perspectiva não foi uma, apesar disso é possível se extrair delas alguns pontos gerais (BARROSO, 2009a, p. 325).

Quem analisa a fundo esta corrente jurídica é Norberto Bobbio em seu livro denominado “O Positivismo Jurídico”. O autor destaca seis pontos comuns a todo pensamento positivista jurídico (BOBBIO, 2006, ps. 131 a 134). Contudo, para este primeiro momento, apenas um deve ser considerado: O Método da ciência jurídica. Para os positivistas a interpretação da norma deve partir dela, e somente dela. Bobbio chamará esta tentativa de *construtiva e dedutiva*, ou ainda *dogmática jurídica* (BOBBIO, 2006, p. 220). Neste

sentido o intérprete da lei deve fixar na própria norma, sem se basear em questões fáticas e jamais contrariando a norma (BOBBIO, 2006, p. 214). Este tipo de concepção da interpretação pode gerar uma série de problemas, isso pois implica em pressupostos que posteriormente serão abordados. Vale lembrar que o positivismo jurídico não tem em si uma teoria de interpretação constitucional. Contudo e que se pretende mostrar é que mesmo sem este enfoque, o positivismo produziu uma teoria que impactou em grande parte a interpretação da norma e por consequência a interpretação constitucional.

O positivismo, embora tenha deixado suas marcas na ciência jurídica, perdeu muito de sua força. Isso pois teve um impacto importante na realidade, que o levou a um certo descrédito. O Ministro Luís Roberto Barroso conta em seu livro “Interpretação e Aplicação da Constituição” como isso se deu. Foi baseada na ideia de seguir a lei, e somente ela, que muitos alegaram ter cometido atrocidades durante o regime nazista. E foi com a derrocada deste e outros regimes fascistas que o positivismo se enfraqueceu (BARROSO, 2009a, p. 327). Vale ressaltar que o positivismo não pode ser considerado diretamente responsável pelos crimes cometidos por regimes ditatoriais, porém, o que se quer mostrar é que ele foi utilizado para justificar esses regimes, pelo menos pelos seus agentes.

Analisando este fato histórico pode-se entender como a hermenêutica e a concepção que se tem do trabalho jurídico afetam a realidade. Em outras palavras, pode-se considerar que as diferentes maneiras de se interpretar, vindas das correntes jurídicas diversas, também modificam a realidade. Não seria difícil sustentar, portanto, que muitos dos problemas sociais, políticos e de Direitos Humanos decorrem diretamente de como se compreende o Direito.

1.2 A eficácia dos Direitos Humanos e a interpretação

Agora que se analisou brevemente a importância da interpretação e da hermenêutica, pode-se analisar mais profundamente o funcionamento dos Direitos Humanos. Isso levando em conta a formação histórica desse conceito para se entender como ele se reflete na realidade.

Para iniciar esta análise é importante lembrar que a concepção de Direitos Humanos advém da corrente jusnaturalista, muito anterior até mesmo a própria Ciência do Direito (FERREIRA FILHO, 2005, p. 9). Esta teria passado por três diferentes fases: uma ligada a tradição grega, crendo em um direito natural superior; a segunda tradição seria teológica, crendo que Deus teria criado uma lei acima de todos, inclusive ao Estado; e por fim uma tradição iluminista, que afirmava ser possível da razão deduzir uma lei superior (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2010, p. 656).

Destas três fases é possível extrair um ponto em comum. Existiria um direito superior ao Estado, e que não dependeria deste para se perpetuar (BARROSO, 2009, p. 320). O importante é que ao reconhecer a existência de Direitos anteriores a própria existência do Estado, se criou o ambiente propício para as revoluções burguesas que deram início ao

constitucionalismo moderno (BARROSO, 2009a, p. 322). Observa-se que a própria noção da existência de uma constituição que, limitando o arbítrio estatal, garanta a proteção dos direitos fundamentais do cidadão é decorrente da noção jusnaturalista. Porém não somente dela, mas também da concepção da existência de um *pacto social* que daria início a sociedade, coordenando os direitos naturais dos indivíduos, para que estes não entrem em conflito entre si (FERREIRA FILHO, 2005, p. 3–4).

Vale ressaltar que mesmo o jusnaturalismo sendo o grande influenciador dos direitos Fundamentais, estes só adquirem aplicabilidade quando reconhecidos pelo próprio Estado (FERREIRA FILHO, 2005, p. 31). Esta percepção gerou grave celeuma entre aqueles que defendiam a doutrina dos direitos naturais e aqueles que defendiam que os direitos só existiam se permitidos pelo Estado. Isso porque mesmo que reconhecidos os Direitos Fundamentais como existentes, estes se apresentavam em caráter abstrato e portanto precisavam de tutela legal própria para serem exigidos (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2010, p. 354). Daí nasceu a percepção da necessidade de um sistema de garantias legais, que permitissem ao Estado tutelar e aplicar os Direitos Fundamentais (FERREIRA FILHO, 2005, p. 31–34).

Se por um lado a positivação dos direitos naturais trouxe a sua vitória histórica, também trouxe o seu declínio enquanto percepção revolucionária, pois agora era necessário sua conservação (BARROSO, 2009a, p. 323). Contudo até este momento histórico os Direitos Fundamentais só eram aplicados dentro dos territórios em que os tinham aderido em suas constituições. Isso só vem a mudar de fato após a segunda guerra e o estabelecimento do Tratado internacional dos Direitos Humanos (BARROSO, 2009a, p. 355). Foi a partir deste momento que a doutrina começou a dividir a expressão Direitos Humanos de Direitos Fundamentais, sendo que a primeira estaria ligada ao âmbito internacional e a segunda a legislação interna dos países (WEIS, 2011, p. 24). Contudo, neste trabalho serão tratadas as expressões como sinônimas, isso porque ambas fazem referência a ideia de existirem Direitos Naturais que devem ser juridicamente protegidos.

Contudo ao positivar estes direitos se acaba por colocá-los submissos aos problemas de interpretação e hermenêutica que o restante do ordenamento jurídico também está ligado. O que se quer mostrar, e que é a tese fundamental deste artigo, é que uma das razões que dificulta a eficácia dos Direitos Humanos é exatamente o problema da interpretação. Hoje existe uma série de métodos para se compreender os Direitos Humanos Fundamentais, e uma série de correntes para esse ofício perante a constituição (PEREIRA, 2006, p. 1–3, 61 e 62). No entanto é necessário se observar como eles impactam a realidade e ainda oferecer possibilidades de resolver novos problemas.

1.3 A Constituição Aberta e a interpretação

Como pôde se observar anteriormente, a interpretação constitucional tem uma importância fundamental na aplicação da norma legal, assim como afeta grandemente

a realidade. Isto traz luz ao problema da eficácia dos Direitos Humanos, podendo-se compreender que existe uma dificuldade na interpretação destes direitos quando positivados, gerando conflitos entre eles, desta forma seria difícil sua aplicação.

Neste sentido a chamada hermenêutica pós-positivista deu um passo fundamental na direção da resolução desse problema. Esta nasce do vácuo que se formou após o decaimento das correntes jusnaturalista e positivista, e parte da percepção de que a norma não é algo claro, inequívoco e que somente contempla uma interpretação e portando facilmente colocada sobre a subsunção (BARROSO, 2009, p. 348 e 353).

Esta teoria se firma muito na dualidade entre Regra e Princípio. Na qual a primeira deve ser entendida como objetiva, com pouca abstração e muito direta. Já a segunda, por sua vez carrega uma carga axiológica que necessita ser preservada para ser usada na interpretação (BARROSO, 2009a, p. 356–357). Conquanto o pós-positivismo tenha avançado em sua crítica à hermenêutica positivista e tenha também aceitado a existência de Princípios com força axiológica na constituição, ela não esgotou o problema antes mencionado, pois embora a técnica da Ponderação tenha sua função na aplicação do caso, não é ainda a interpretação propriamente dita (PEREIRA, 2006, p. 266–267). Além disso existe um outro problema ainda não abordado, a questão do pequeno número dos intérpretes da constituição.

É fato que uma norma contém muitas interpretações possíveis, seja ela um princípio ou uma regra. E neste caso é preciso ainda saber qual interpretação é a mais correta. O ministro Barroso sugere uma técnica para resolver esse problema. A teoria da argumentação, como ele nomeia, basicamente é um número de passos lógicos que excluiriam as alegações mais absurdas (BARROSO, 2009, p. 365-370). Contudo nada garante que as alegações que passem neste crivo são as mais acertadas e eficazes. Aliás, seria muito esperar que as decisões retiradas de um único intérprete, mesmo que revisadas por superiores, sejam sempre as mais eficazes.

Caminhando nesta linha, é possível se questionar se ampliando os intérpretes da constituição, não se abriria espaço para mais possibilidades de resultado. Desta forma aumentando por consequência a capacidade de se alcançar a eficácia das normas constitucionais e, por conseguinte, os Direitos Humanos.

Pensando neste questionamento é possível se lembrar da proposta feita por Peter Häberle, de uma sociedade aberta dos intérpretes. Para ele todos aqueles que vivem de alguma forma a constituição a interpretam. E não sendo estes somente os juristas constitucionais que a experienciam, eles não devem ser os únicos a interpretá-la (HÄBERLE, 2014, p. 28). Este processo de permitir a abertura da sociedade que comporia o processo hermenêutico poderia se denominar “Constituição Aberta” (RICRE; BRAGA FERREITA, 2010, p. 264–265). Esta proposta é mais democratizante, isso pois ela envolve o “povo”, tornando-o “cidadão” (HÄBERLE, 2014, p. 39–42). Ela também permite uma pluralidade de interpretações, tanto sobre a lei constitucional quanto sobre a análise dos

fatos. Desta forma se alcançaria o que foi proposto acima. Isso revela que talvez a chave hermenêutica da Constituição Aberta possa favorecer uma maior aplicabilidade para os Direitos Humanos Fundamentais.

Conclui-se por fim que embora tenha existido um grande avanço no pós-positivismo, ele ainda deixa espaço que dificulta a aplicação dos Direitos Humanos. Pois, por mais que se pretenda conseguir encontrar a aplicação mais eficaz, é necessário um desenvolvimento plural e amplo para esse resultado. Desta forma a matriz, ou proposta, trazida por Peter Häberle fornece uma grande contribuição.

1.4 Aprofundamento

Compreendido o que foi exposto se pode passar para o aprofundamento da noção de hermenêutica e para a concepção de uma Constituição Aberta, entendendo-se como estas duas teorias se correlacionam e apontam para uma saída eficaz na aplicação dos Direitos Humanos Fundamentais no Brasil.

2 | A HERMENÊUTICA E O INTÉRPRETE DA LEI

2.1 A concepção de hermenêutica e de interpretação

É de extrema importância que os conceitos de interpretação e de hermenêutica sejam definidos para que se possa caminhar na discussão. Mas não se deve considerar que tais ideias são simples, pois foram forjadas no desenvolvimento histórico.

Norberto Bobbio, ao indagar sobre o significado de “interpretar”, compreende que tal conceito está ligado a “remontar ao signo” (BOBBIO, 2006, p. 212). Já Jane Reis, em um primeiro contato com o termo, o compreende através de sua formação lexical, na junção das preposições *inter*, de origem latina, e *pre*, de origem indo-europeia, que somadas trariam a ideia do contato de dois falantes (PEREIRA, 2006, p. 24). Já na discussão sobre o conceito de hermenêutica, embora com divergências, pode-se apontar como a origem do termo o nome do deus grego Hermes (PEREIRA, 2006, p. 24). Neste sentido Rodolfo Viana explica que o deus Hermes seria o responsável por intermediar e traduzir as mensagens divinas aos homens (PEREIRA, 2001, ps.14-15). Isto já demonstra como este segundo conceito enfatiza a função da mediação em seu íntimo.

Ambos os conceitos estão intimamente ligados. Isso através da exposição das principais ideias do filósofo Gadamer. Este já é notadamente importante para o Direito, pois suas teses modificam de forma importante a perspectiva da hermenêutica clássica (PEREIRA, 2006, p. 30–31; STRECK, 2009, p. 183). De acordo com Rodolfo Viana, baseado nos autores Coreth e Anton Grabner-haider, este autor constrói o que poder-se-ia chamar de **Estruturas fundamentais da compreensão**, que seriam: *Horizonte Histórico, o Círculo Hermenêutico, a Mediação, o Diálogo e a Linguicidade* (PEREIRA, 2001, p. 28).

Contudo para o objetivo deste trabalho, somente os quatro primeiros serão destacados.

O *Horizonte Histórico* pode ser entendido como a percepção de que toda compreensão é feita a partir de um momento histórico situado. Neste sentido, aquele que compreende sempre faz a partir da sua história e vivência. Sendo, portanto, impossível fugir da sua historicidade intrínseca, a menos que apagasse sua própria vida, cultura e tradição. Desta forma aquele que compreende, o faz a partir de suas pré-noções e preconceitos (PEREIRA, 2001, p. 29–35).

Já o *Círculo Hermenêutico* pode ser entendido como uma consequência direta do Horizonte Histórico. Isso porque, já que se estabeleceu a existência dessas pré-noções, isso significa que o intérprete ao compreender algo, o faz utilizando-se desta carga. Porém o que está sendo compreendido também tem um universo próprio e um conjunto de significados que modificam a percepção de quem o observa. Nesse ponto nasce uma espécie de espiral, na qual o intérprete cria o significado do que observa, mas essa transforma o horizonte histórico do primeiro (PEREIRA, 2001, p. 35–37). Poderíamos neste sentido entender que a criação do significado é feita pela união entre o que compreende e o que é compreendido, portanto não se faz subjetivamente, mas também não é algo puramente objetivo, como gostariam os positivistas.

A *Mediação* é novamente uma espécie de consequência do que já foi exposto, pois se existe o Horizonte Histórico, que nada mais é do que a soma das pré-noções, então tudo que se compreende é feito por meio delas. Não se compreende nada de seu ponto zero, sem qualquer interferência, mas sempre mediado pelos preconceitos de quem observa (PEREIRA, 2001, p. 42–44).

Por fim chega-se ao *Diálogo*, que parece ser uma condensação de tudo o que já foi analisado. Essa noção não é uma mera conversa entre dois atores, um sujeito e outro objeto, mas vai muito além dessa separação simplista, pois quando se quer compreender algo, o agente deve se abrir para o conhecimento. Ao passo de que se ele questiona, para dar início a interpretação, ele também admite que tem um mínimo conhecimento sobre aquilo que almeja compreender. Isso acaba com separação entre sujeito e objeto, mas também demonstra que todo conhecimento é formado no diálogo entre os horizontes históricos do que compreende e do que é compreendido (PEREIRA, 2001, p. 46–50).

Pode-se perceber por fim que todos os quatro pontos analisados acabam por estar interligados, sendo difícil a existência de um sem o outro. E mais que isso, observando apenas estas quatro Estruturas se compreende que o processo interpretativo é apenas uma das partes do todo hermenêutico. Isso mostra como o processo de interpretação é algo complexo, que dificilmente pode ser mecanizado com a mera subsunção de fatos as normas. Ela acaba se baseando em uma série de momentos anteriores que interferem, logicamente, no seu resultado. Mas para se compreender melhor como isso ocorre, é necessário compreender como a hermenêutica permite desmontar alguns dos pressupostos positivistas. Ajudando a desvelar desta maneira a necessidade de Uma

2.2 Os fundamentos essenciais da hermenêutica clássica

Existem dois pontos fundamentais da hermenêutica clássica que precisam ser observados e contrapostos pelas visões modernas. Isso porque elas estão diretamente ligadas ao processo hermenêutico e, como pretende-se mostrar, se levados as últimas consequências, acabam por trazer problemas para a interpretação dos Direitos Fundamentais. Estes estão bem destacados no livro já citado de Norberto Bobbio, sendo, portanto (I) *A forma de encarar o direito* e (II) *O Método da Ciência jurídica* (BOBBIO, 2006, p. 131 e 133)

Para abordar o primeiro fundamento Bobbio analisa a diferença entre *juízos de fato* e *juízos de valor*, caracterizando o primeiro como tendo apenas o objetivo de informar uma constatação da realidade, de algo que foi observado. Já o segundo se firma em um posicionamento sobre a realidade, ou seja, retirar um valor sobre a realidade. (BOBBIO, 2006, p. 135). Daqui pode-se absorver que, para o juspositivismo existe a possibilidade de se compreender a realidade, sem que haja qualquer juízo de valor sobre ela. Para além dessa diferenciação Norberto argumenta que o juspositivismo liga o caráter científico aos juízos de fato e que, portanto, estão ligados a Ciência do Direito. Já os Juízos de valor seriam posições ideológicas e que caberiam inteiramente a Filosofia do Direito (BOBBIO, 2006, p. 138).

O que deve chamar a atenção desta exposição é que o conceito de ideologia aqui apresentado está ligado a ideia de um posicionamento valorativo sobre a realidade (BOBBIO, 2006, p. 223). Sendo que não caberia ao praticante do direito este tipo de valoração. Este posicionamento acaba por exigir uma pretensa neutralidade do aplicador do direito frente a realidade e na interpretação normativa (BARROSO, 2009a, p. 282). Porém esta exigência é problemática, pois como ressalta a teoria crítica, a negação da existência de valores acaba por reforçar o *status quo* e a ideologia já presente no próprio Estado (BARROSO, 2009a, p. 283).

Deixa-se claro que aqui não se quer discutir a melhor conceituação de ideologia, isso porque o uso dessa palavra para o Direito Crítico e para Bobbio dificilmente tem o mesmo significado. Mas o que se quer ressaltar é que, como já demonstrado por Gadamer, todo o trabalho hermenêutico está imbuído das pré-noções do agente interpretativo. Como evidenciado pelo Horizonte Histórico. Negar a existência deles não faz com que desapareçam, apenas os torna ocultos, mantendo assim o *status quo*.

O positivismo jurídico ao negar os juízos de valor ao praticante do direito acaba por criar uma simulação de um Direito perfeito. Porém esse dificilmente poderá resolver da melhor forma os Casos Concretos, porque ele parte da própria negação da realidade. E aquilo que nega os fatos não pode resolvê-los. Portanto a separação entre *juízos de fato* e *juízos de valor*, se não for impraticável, no mínimo cria uma realidade parcial. Isso por sua

vez cria problemas que não podem ser resolvidos, pois para ajusta-los seria necessário desconsiderar a própria divisão que deu origem ao problema. Em outras palavras, não se pode tratar o problema se ignora-se a sua verdadeira causa.

Para se compreender melhor em que momento as pré-noções do intérprete afetam o processo de compreensão da lei é preciso observar o que Bobbio chama de *O método da ciência jurídica*. Isso porque, quando se observa a metodologia utilizada para guiar a interpretação, também se observará quais momentos as estruturas fundamentais da compreensão atingem o intérprete. Contrariando desta forma até mesmo a própria separação entre os *juízos de fato e juízos de valor*.

Bobbio considera que o positivismo jurídico utiliza da “*teoria da interpretação mecanicista*” (BOBBIO, 2006, p. 133) para orientar o trabalho do intérprete da norma. Esta teoria imporia como limite ao agente o texto legal positivado, devendo ele se distanciar de qualquer interpretação que fuja ao que o legislador propôs na norma legal (BOBBIO, 2006, p. 214). Luiz Gustavo Frigge utiliza a expressão “*dogma positivista da subsunção à norma legal*” para designar esta mesma forma (RODRIGUES, 2008). Contudo este segundo autor encontra sua explicação a partir da obra de Kelsen.

Frigge demonstra, com base na análise de outros autores, como para o positivismo o intérprete deve afastar-se de questões de valores para que este possa subsumir o fato a norma (RODRIGUES, 2008). De forma geral o Intérprete legal deve se comportar de maneira científica, utilizando-se apenas de juízos de Fato.

Portanto observa-se que os métodos positivistas têm como base a forma como estes mesmos enxergam o direito. Isso pode parecer claro ou mesmo auto evidente, porém é uma ligação fundamental para observações posteriores. É necessário, portanto, se observar quais são estes métodos. Maria Eugenia de Andrade demonstra em sua dissertação de mestrado que os quatro métodos clássicos de interpretação seriam: “gramatical, histórica, teleológica ou lógico-sistemática” (LISTE, 2008, p. 97).

De forma geral poderia se caracterizar o *Método Gramatical* como aquele que está fixado no significado de cada uma das palavras que descreve a norma, para assim compreender o seu sentido total. Já o *Método Lógico-sistemático* dá um passo à frente do método anterior. Neste entende-se que a norma está envolvida em um sistema e então se buscaria compreender o texto específico e sua função dentro da lei completa. Para além destes o *Método Histórico* buscaria compreender qual foi a razão pela qual o legislador criou aquela norma. Isso através do estudo dos trabalhos e documentos produzidos pelo legislador, retroagir assim a nomogênese jurídica. Por fim haveria o *Método Teleológico*, cujo objetivo seria interpretar a razão da lei. Ou seja, buscar compreender o que esta essencialmente pretende proteger. Se a histórica tenta reconstruir os motivos iniciais que levaram a produção da norma, a teleológica busca compreender seus motivos finalísticos. (BARROSO, 2009a; BOBBIO, 2006; LISTE, 2008).

Pode-se perceber, por uma análise rápida destes quatro métodos, que todos tem

como foco principal a norma, para somente depois analisar o caso concreto. Além disso, como já dito, a observação do texto legal deve ser feita sem qualquer julgamento de valor do intérprete. Mesmo no caso dos *Métodos histórico e teleológico*, a análise deve ser feita de forma científica, e, portanto, a norma conteria em si um significado que se revelaria observando a razão do legislador. Contudo o que as *Estruturas fundamentais da compreensão* demonstram é que este trabalho de afastamento valorativo é impossível, pois elas se apresentam exatamente no contato entre o intérprete e o texto jurídico.

Quando o jurista se debruça sobre a norma ele necessariamente faz isso a partir do momento histórico em que se situa, e por isso carrega consigo as pré-noções deste momento presente. Isso é o que é apresentado como *Horizonte Histórico*. Para além disso o próprio texto legal é imbuído do momento histórico que o legislador possuía no momento da nomogênese. O próprio *Método histórico* admite isso. No encontro entre estes dois horizontes é que se cria o *Círculo Hermenêutico*. porém ele se cria na *Mediação* entre estes dois momentos históricos e só é possível pelo *Diálogo* exercido entre a norma e o próprio jurista.

Portanto é no momento em que o intérprete usa do método positivista que ele se expõe a todas as *Estruturas fundamentais da compreensão*, e ele faz isto por estar situado em um momento determinado. Portanto para que não exista interferência de valores sobre a observação da norma seria necessário existir um jurista atemporal – ou até mesmo *supratemporal* – o que é impossível para qualquer ser humano.

Mostrar estas *Estruturas* atuando no *método positivista* só mostra a incapacidade do intérprete de fazer a separação entre os *juízos de valor* e os *juízos de fato*. Porém não provam a inexistência da diferença entre estes dois “juízos”. Contudo pode-se questionar que, se o intérprete está preso a seus valores, ideologias e pré-noções, por qual razão se nega isso no campo teórico? afastando assim a teoria da prática, ou da realidade. Fazer esse afastamento somente permite criar uma falsa realidade.

O problema fundamental desta ação é que as resoluções jurídicas trazidas sobre o fato concreto estarão presas somente a visão do jurista que analisou o caso e imbuídos de seus valores e ideologias. Porém como não se admite isso, pela visão positivista, se camufla a realidade sobre um verniz de imparcialidade que nega aos demais sujeitos afetados pelo caso qualquer tipo de oposição a decisão. Dado que estes outros não seriam “neutros e imparciais”.

Por fim pode-se compreender quais os problemas que o positivismo enfrenta quando se depara com a realidade dos fatos e com todas as observações trazidas pela Hermenêutica. Isso não significa que o positivismo deva ser de todo rejeitado, porém é preciso compreender que ele não dá suporte a todos os conflitos que existem. Além de que sua concepção teórica nega facetas da realidade que são muito importantes no desempenho do trabalho jurídico e na efetivação dos Direitos Humanos na sociedade.

3 | A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A QUESTÃO DA INTERPRETAÇÃO

Agora cabe analisar as ligações existentes entre a interpretação da norma e a sua Eficácia. Contudo para esta observação é primeiro necessário compreender o que juridicamente se entende por “eficácia”. O que se quer é, pela introdução a discussão do conceito, trazer uma luz sobre o tema para posteriormente fazer as ligações necessárias entre a Eficácia, o conceito de interpretação e a proposta teórica de constituição aberta.

3.1 Eficácia social e jurídica

Para se compreender o conceito de eficácia é interessante observar que existe dentro da doutrina especializada uma certa distinção entre Eficácia jurídica e Eficácia social. Essa última também chamada de efetividade (LENZA, 2014, p. 251; SARLET, 2015, p. 245). Essa concepção tem sua origem na produção do clássico autor José Afonso da Silva (1982, p. 55–56). Tal autor observa que eficácia social se refere a “efetiva conduta da norma”, ou seja, pela efetivação da norma perante a sociedade. Esta concepção se assemelha muito com a noção de eficácia apresentada por Norberto Bobbio, que entende que uma norma somente é eficaz quando ela é seguida pelos agentes sociais, para os quais a lei é destinada (BOBBIO, 2008, p. 46).

Esta dimensão da *efetividade* da norma corresponde a “aplicação no mundo dos fatos” das abstrações teóricas da norma (BARROSO, 2009, p. 82–83). É importante frisar a Eficácia social, principalmente quando se pensa nas normas de Direitos Humanos, porque compreendendo estas como sendo de caráter fundamental, se entende que as mesmas são as que mais deveriam gozar de presença e respeito dentro da sociedade. Contudo o ministro Barroso demonstra que existe um pressuposto inicial para essa efetivação (BARROSO, 2009b). Aqui se volta as lições de José Afonso que aponta para a eficácia jurídica da norma. Essa outra dimensão normativa está ligada a aplicabilidade da norma, ou seja, não está ligada aos efeitos concretos mas a possibilidade destes existirem por meio da norma (SARLET, 2015).

Sobre este último assunto é importante ressaltar, como faz o ex-presidente Michel Temer, que a eficácia jurídica não apresenta seus resultados somente como possibilidade sobre os fatos sociais. Mas também tem efeitos no universo legal, dado que a partir do momento que uma nova norma é editada também ganha existência e vigência, revogando assim todas a que com ela conflitam diretamente (TEMER, 2005, p. 23). No que tange as normas constitucionais isso significa que, estando na lei magna, elas regem todo o resto do ordenamento jurídico. Portanto, elas não podem ser contrariadas.

A separação destas duas dimensões, contudo, não pode ser vista como algo absoluto, pois, como se pode perceber, uma pressupõem a outra. Isto posto que mesmo não havendo efetividade social, a eficácia jurídica garante para a norma o mínimo de exigibilidade perante o Estado (BARROSO, 2009a, p. 378). Claro que, como demonstra

Bobbio (2008, p. 49–50), existem normas que são socialmente aceitas, porém não tem validade jurídica, assim como existem normas jurídicas que não gozam de efetividade. Ao se compreender que a eficácia jurídica é quem dá a norma poder de exigibilidade, entende-se que ela é quem autoriza o Estado, se acionado, a agir no campo fático para garantir a efetividade. Portanto é a eficácia jurídica que garante a exigibilidade da efetividade.

Por fim é observando as diferenças entre eficácia jurídica e social que se compreende que é fundamental para a efetivação dos Direitos Humanos garantir, mesmo que minimamente, sua eficácia normativa. Compreender como garantir eficácia é condição *sine qua non* para entender como garantir efetividade. É neste sentido que se direcionará o prosseguimento deste trabalho.

3.2 Eficácia jurídica e interpretação

Neste momento se tem por objetivo dar um passo na compreensão de como garantir a eficácia da norma jurídica, e para isso se incorrerá no papel que a interpretação tem em todo esse domínio.

Como ponto de partida será utilizado as considerações produzidas pelo Professor Ingo Wolfgang (SARLET, 2015). Este autor faz uma análise de toda a discussão sobre a eficácia das normas constitucionais, e se debruça mais especificamente sobre como se dá esta mesma dimensão normativa sobre os Direitos Fundamentais. Vale citar uma de suas conclusões para compreender seu trabalho:

Por essa razão, ao enfrentarmos a problemática da eficácia dos direitos fundamentais, não há como desconsiderar **sua função precípua** (direito de defesa ou prestacional) nem a **forma de positivação** no texto constitucional, já que ambos os aspectos a toda evidência, constituem fatores intimamente vinculados com o grau de eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais, o que não significa que a forma de positivação, notadamente em **virtude da distinção entre texto e norma** (num mesmo texto de direito fundamental poderão ser extraídos várias normas de direito fundamental) possam servir de referencial único, nem mesmo preponderante, em várias situações, para o exame do problema da eficácia e da efetividade. (SARLET, 2015, p. 268–269, **grifos nossos**).

Neste fragmento pode-se extrair três modos que demarcam o grau de eficácia de uma norma de direito fundamental, sendo eles: (I) “a função precípua”; (II) “a forma de positivação”; (III) e “virtude da distinção entre texto e norma”. Não se quer aqui refazer a análise feita pelo autor em seu livro, contudo, para situar o leitor dentro da discussão do livro, vale explicar que quando se diz em forma de positivação o autor está retomando um debate que busca, através das formas de positivação, classificar os tipos de eficácia jurídica (SARLET, 2015, p. 266–267). Assim como quando se fala em função precípua Wolfgang está retomando uma diferenciação que ele faz de normas de defesa, protegendo o indivíduo frente ao Estado, e as de prestação, as quais o Estado deve prestar ao indivíduo (SARLET, 2015, p. 268).

Contudo o que se quer ressaltar neste momento é a consideração III que o autor faz, sendo esta sobre a “virtude da distinção entre texto e norma”, mesmo que o autor

não se demore muito neste ponto, passando pelo tema em raras passagens de seu livro. Contudo ela assume importância fundamental quando tratada neste trabalho, a justa questão da interpretação. Isso porque, lembrando Humberto Ávila (ÁVILA, 2005), é justamente a distinção entre texto e norma que confere o problema da interpretação ao dispositivo legal, colocando em cheque as análises de cunho positivista. Desta forma percebe-se que, indiretamente, a questão da interpretação do texto tem ligação com o grau de eficácia de uma norma. A própria citação traz em si o motivo, dado que ao afirmar que do mesmo texto várias normas de direito fundamental podem ser extraídas, se admite que cada uma delas tem um grau de eficácia diferenciado.

Todas estas considerações feitas até aqui ligam a questão da eficácia a toda questão hermenêutica trazida neste capítulo. Isso significa que as indagações sobre os valores e ideologias do intérprete recaem também sobre a eficácia da lei. Desta forma se conclui que resolver o problema da interpretação normativa não soluciona somente a aplicação da lei, mas também traz luz a questão da eficácia jurídica das normas.

4 | A CONSTITUIÇÃO ABERTA COMO SAÍDA HERMENÊUTICA

Para dar seguimento no que foi visto até aqui é preciso se ter em mente quatro pontos essenciais: (I) Os Direitos Humanos em sua formação detinham um caráter abstrato e quando positivados ficaram sujeitos a definição de um número restrito de indivíduos; (II) O grupo restrito de indivíduos que ficaram responsáveis pela interpretação passaram a utilizar da hermenêutica clássica como modo de justificar suas decisões e demonstrar uma espécie de imparcialidade e neutralidade; (III) a imparcialidade pretendida não foi alcançada, pois os métodos clássicos, na verdade, apenas escondiam a concentração de poder interpretativo em uma parcela da sociedade; por fim que (IV) Como a eficácia jurídica de uma norma está diretamente ligada a sua interpretação, e esta está concentrada em apenas um grupo social ela acaba sendo prejudicada.

Observando estes quatro pontos é notável que a concentração dos intérpretes da constituição restringe a possibilidade de definição do conteúdo abstrato das normas constitucionais. Isto porque como poucos podem imprimir seus valores sobre o texto, poucas serão as normas retiradas do processo interpretativo. Visto isso fica claro que ampliar o número de intérpretes da constituição terá como resultado um maior número de normas fundamentais. Desta forma mais provável será que os Direitos Humanos Fundamentais adquiram eficácia jurídica, e por consequência lógica eficácia social.

4.1 Sociedade Aberta dos intérpretes

Como já foi possível observar, a importância de ampliar o círculo dos intérpretes da constituição permite um entendimento mais completo da noção de Constituição Aberta.

Peter Häberle desenvolve sua compreensão partindo da observação de que até o momento os estudiosos sobre a interpretação mantinham seu foco nos métodos e os objetivos da interpretação normativa. Contudo ainda não se tinha desenvolvido um questionamento sobre quem seriam os participantes dessa interpretação (HÄBERLE, 2014, p. 27–28). Peter Häberle ao introduzir esse questionamento, além de apresentar uma nova faceta da hermenêuticas jurídica, acaba impondo um grave problema sobre todas as teorias da interpretação normativas anteriores. Isto porque como dito pelo autor “tem-se aqui uma democratização da interpretação constitucional” (HÄBERLE, 2014, p. 28). Desta forma ele involuntariamente acaba revelando que as teorias anteriores eram incapazes de contemplar a realidade das sociedades modernas. Dado que a hermenêutica jurídica ao não dar o devido destaque a questão do número de agentes da interpretação acabavam por não perceber a tese principal de Häberle, sendo a de que todos os que de alguma forma devem obedecer a uma norma também precisam interpretá-la.

Na tentativa de organizar quais seriam estes agentes que influenciam na interpretação normativa o autor demarca quatro tipos de participantes sendo eles: (1) Os agentes do Estado com poder vinculante, sendo ele passível de revisão ou não; (2) Os participantes do processo de decisão vinculante mas que não são necessariamente órgãos de Estado, como as Partes do processo, os Peritos, os Pareceristas ou os Terceiros Interessados; (3) A Opinião Pública expressa tanto pela Mídia, pelos Grupos de Pressão e pelos Movimentos Sociais; (4) Os Doutrinadores jurídicos e os Especialistas da área do Direito. (HÄBERLE, 2014, p. 31–32). É interessante notar que os grupos elencados pelo autor acabam por abranger toda a sociedade. Desta forma o autor demonstra que todas as ações desses agentes no andamento do processo influenciam a decisão final.

Mesmo que os agentes dos três últimos grupos tenham capacidade mais restrita, suas interpretações devem ser levadas em conta pelos agentes do primeiro grupo. Além disso, quanto menos restrita é a capacidade de influência desses quatro grupos na interpretação da Norma, mais plural e democrática ela será (HÄBERLE, 2014, p. 39–44).

4.2 Os verdadeiros intérpretes da constituição

Peter Häberle sem dúvida foi um dos primeiros a compreender a necessidade de se ampliar o número dos intérpretes da constituição. Contudo ele não foi o primeiro a reconhecer quem seriam aqueles que deveriam receber esta prerrogativa. De forma geral pode-se reconhecer que Ferdinand Lassalle (1825-1864) e Eugen Ehrlich (1862-1922) já haviam desenvolvido este trabalho muito tempo antes. De forma geral, mesmo que involuntariamente, pode-se desenvolver uma ligação entre o pensamento destes três autores. Isto porque eles de alguma forma compartilham uma dimensão sociológica ao trabalho jurídico, e mais que isso, parece haver dentro do trabalho de Peter Häberle uma capacidade de unir o pensamento de ambos os autores.

Ferdinand Lassalle em seu discurso “A Essencia da Constituição” (LASSALLE, 2015) consegue de forma muito sintética demonstrar como não basta para uma constituição se manter de pé que ela esteja positivada. A Carta Maior precisa estar de alguma forma fixada em Forças Reais de Poder, isto é nas forças sociais que determinam e mantêm as leis da forma que são (LASSALLE, 2015, p. 20). Um corpo legislativo jamais poderia fixar as leis de forma a contrariar os interesses dos diferentes grupos que compoem a sociedade. Isto porque se assim fosse feito, esta constuição não passaria de uma folha de papel em contraposição a uma Constituição Real. Se a perspectiva de Lassalle for levada para dentro do universo Hermeneutico se poderá compreender que a interpretação do texto legal também não poderia contrariar estas mesmas Forças Reais de Poder. Isto pois o juiz cria a Norma jurídica ao interpretar o texto legal, e este não pode contrariar os interesses dos diferentes grupos sociais.

Em contraposição a Lassalle, o sociólogo alemão Eugen Ehrlich demonstra, em seu livro “Fundamentos da sociologia do Direito” (EHRlich, 1986), que mesmo os sistemas de lei já positivados não são capazes de guardar de fato o Direito presente na sociedade. Eugen Ehrlich discute como seria impossível positivizar de forma completa o Direito. Isto posto que no mesmo instante que ele passa ser lei escrita novos dilemas surgem na sociedade, e portanto, são necessárias novas formas de resolver o conflito (EHRlich, 1986, p. 374–375). Essa rápida evolução das necessidades sociais geram uma espécie de Direito Vivo, que se apresenta em constante mudança e evolução (EHRlich, 1986, p. 373–388). A perspectiva de Ehrlich foi construída pensando no Direito Civil, mas ele pode facilmente ser transposto as normas de Direito Fundamental.

É visível, pela observação de suas obras, que os dois autores têm preocupações diferentes. Enquanto Lassalle está preocupado em entender como as constituições se forma e subsistem, Ehrlich busca compreender como o Direito muda pela mudança social. Contudo ambos concordam que o Direito necessita estar fixado de alguma forma nas relações sociais, assim como são as mudanças no interior da sociedade que levam a mudança legislativa. Contudo se observados os dois autores, a luz do Direito Constitucional e dos Direitos Fundamentais, nasce um grande problema. A Constituição, na qual reside os Direitos Fundamentais, deve estar sempre Fixado na dinâmica das forças sociais, porém quando esta está positivada para que sejam feitas mudanças é necessário fazer muito esforço (LASSALLE, 2015, p. 17). Entretanto as dinâmicas sociais permanecem em constante mudança (EHRlich, 1986, p. 375), Principalmente no que tange aos Direitos Fundamentais por terem um caráter abstrato. Como manter estas duas forças opostas sem que isso incorra em constantes revoluções ou em Novas Constituições? De um lado os juristas, ao interpretar o texto normativo, devem fazer de forma a respeitar as Forças Reais de Poder, contudo os Direitos Fundamentais e as dinamicas sociais exigem sempre a mudança nestas forças.

A hermenêutica clássica não consegue dar um fim a este problema pois ao negar

os valores do intérprete nega sua ação na manutenção do equilíbrio das Forças Reais de Poder, ao passo que negam sua responsabilidade de prestar contas as mudanças sociais constantes. Se este conflito latente ao trabalho interpretativo é negado então as normas perdem sua eficácia jurídica, pois o Estado não pode impor uma norma que não cabe na sociedade, pois se fizer isso perderá qualquer eficácia social. É neste sentido que Peter Häberle tem em sua noção de uma Constituição Aberta a chave para garantir a eficácia dos Direitos Fundamentais. Isto porque ele ao evoluir o trabalho interpretativo aos verdadeiros detentores, sendo eles a sociedade como um todo, garante que as visões das Forças Reais de Poder sejam contempladas em equilíbrio as mudanças sociais constantes. Peter Häberle conseguiu sintetizar e responder aos problemas levantados tanto por Ferdinand Lassalle e por Eugen Ehrlich sem se vincular expressamente a eles.

Observando estas noções apresentadas por Peter Haberle, pode-se entender por que mesmo esta concepção não sendo nova temporalmente ainda apresenta relevância. Neste sentido J.J Canotilho afirma que ao apresentar a ação de toda a sociedade como intérpretes da constituição é um esforço em desmontar concepções impositivas que certas teorias constitucionais ainda apresentam (CANOTILHO, 1994, p.96).

4.3 A Constituição Aberta e o *Amicus Curie* no Brasil

Agora que se conceituou o que seria a Constituição Aberta e se compreendeu melhor suas características principais se pode compreender de que forma ela já foi capaz de impactar o sistema jurídico brasileiro, e se ela se mostrou eficaz juridicamente e efetiva socialmente.

Neste sentido é de se ressaltar como a figura do *Amicus Curie* é dentro do Ordenamento Jurídico Brasileiro uma forma de aplicação do conceito de Constituição Aberta. Neste sentido vale ressaltar que a ligação entre este conceito e esse instituto não é nova, e já foi explorada em várias de suas facetas dentro da academia de Direito, por autores como Guilherme Pinho (RIBEIRO, 2017), Marcelo Pereira e Maria Clara (ALMEIDA; LIMA, 2018). Ademais não é somente no campo acadêmico que essa influência é sentida, mas também é com base nas conexões práticas entre o *Amicus Curie* e a Constituição Aberta que várias das decisões do Supremo Tribunal Federal já foram tomadas, como aponta o Ministro Gilmar Mendes (MENDES, [S.d.]).

O *Amicus Curie* pode ser definido como terceiros, não ligados diretamente ao caso, que intervêm em um processo jurídico para darem seus pareceres e percepções sobre qual deveria ser sua futura resolução (RIBEIRO, 2017, p. 61–73). O que existe de inovador neste instituto é que estes terceiros são representantes da sociedade nas suas mais diferentes formas, sendo desde organizações políticas até Movimentos Sociais e entidades populares. Isto garante que o processo amplie a participação dos atores sociais dentro da tomada de decisões do poder jurídico, tornando-o mais democrático e abrangente. De forma geral ela acaba sendo uma maneira de garantir que a interpretação

legal feita pela sociedade civil atinja o resultado da hermenêutica constitucional.

Este mecanismo demonstra como o Conceito de Constituição Aberta se mostra uma saída para a eficácia dos Direitos Humanos. Isto porque ele integra dentro da análise dos processos múltiplas visões de como o texto normativo deve ser interpretado e depois aplicado. Portanto se ele for utilizado sobre os textos disciplinadores dos Direitos Fundamentais se terá como resultado uma capitação mais democrática, portanto mais completa, das Normas de Direitos Humanos. Facilitando assim que as múltiplas visões dos diversos atores sociais sejam contempladas.

Contudo vale observar que embora o *Amicus Curie* seja um dispositivo que dá um passo importante em direção a abertura da constituição, ele não deve ser confundido com a realização completa da própria Constituição Aberta. Isto porque este instituto ainda esta sujeito a interpretação do texto legal que o disciplina, e portanto depende da interpretação que se faz dele. Guilherme Pinho já demonstra em seu texto que embora tenha dentro de si toda a potencialidade aqui demonstrada, ela ainda aparece subutilizada pelos magistrados brasileiros, isso muito devido a sua pouca efetividade e de como seu “desenho normativo” foi feito (RIBEIRO, 2017, p. 178).

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

De forma geral o conceito de Direitos Humanos enfrenta muitos problemas para que se alcance sua efetividade social. Dentre estes percalços o que este artigo buscou abordar é um problema de eficácia derivada de uma questão hermenêutica. Se buscou mostrar que tais Direitos foram baseados na corrente jusnaturalista, o que acabou levando-os a guardar em si um caráter de universalidade e abstratidade que dificultou sua positivação. Além disso as correntes juspositivistas, que dominaram grande parte do processo de interpretação (BARROSO, 2009a), acabavam por desconsiderar a função dos valores no processo hermenêutico. A estes dois fatores ainda deve-se somar a desconsideração do papel interpretativo que os atores sociais têm sobre o trabalho de compreensão e criação da Norma Jurídica. É deste estado de coisas que surge uma macula no processo hermenêutico e que dificulta - se não impede – a eficácia jurídica das Normas de Direitos Humanos.

Desta forma se buscou propor que o Conceito de Constituição Aberta seria uma alternativa para solucionar o estado de coisas anteriormente descrito. Isto porque ele guarda, em seu interior, um sentido democrático capaz de considerar o papel dos diversos atores sociais e de suas visões sobre as ideias abstratas protegidas pelos Direitos Humanos. Além disso a abertura da constituição não necessariamente está ligada a uma desconsideração da necessidade de positivação da norma em sua forma clássica, assim como ela não significa uma desconsideração de modos processuais ortodoxos. Uma das indicações disso é que o próprio instituto do *Amicus Curie* se mantém sendo um instituto

processual ortodoxo e opera uma democratização da interpretação jurídica.

APOIO NA PRODUÇÃO E PESQUISA

Programa institucional de Iniciação Científica PIVIC/Mackenzie

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Marcelo Pereira De; LIMA, Maria Clara Galacho Quaresma de Oliveira. A sociedade aberta de interpretes da constituição proposta por Peter Häberle e uma possível concretização na figura do amicus curiae – necessária releitura do ensino jurídico diante da perspectiva de processo democrático. *Conhecimento & Diversidade*, v. 10, n. 20, p. 152, 2018.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos direitos Fundamentais*. 4 ed. ed. São Paulo: Malheiros editores LTDA, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7 ed. ed. SAO PAULO - SP: Saraiva, 2009a.
- BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. 9. ed. Rio de janeiro: Renovar, 2009b.
- BOBBIO, Noberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*. SAO PAULO - SP: ícone Editora Ltda, 2006.
- BOBBIO, Noberto. *Teoria da Norma Jurídica*. 4. ed. Bauru: EDIPRO, 2008.
- BOBBIO, Noberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 13. ed. Brasília: [s.n.], 2010.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Ed., 1994. 539 p. ISBN 9723200635
- EHRlich, Eugen. *Fundamentos da sociologia do direito*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.
- FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 7. ed. SAO PAULO - SP: [s.n.], 2005.
- HÄBERLE, Peter. Assunto Especial – Textos Clássicos Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição : Contribuição para Interpretação Pluralista e “ Procedimental ” da Constituição Die Offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten , Ein. *Revista Direito Publico*, v. 11, n. 60, p. 25–50, 2014.
- LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 9. ed. Rio de janeiro: Freitas Bastos, 2015.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 18° ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- LISTE, Maria Eugenia Andrade. *OS PRINCÍPIOS COMO INSTRUMENTO HERMENÊUTICO EM BUSCA*. 2008. 132 f. Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2008.
- MENDES, Gilmar. *Homenagem à doutrina de Peter Häberle e sua influência no Brasil*. . [S.l: s.n.], [S.d.]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_pt_br/anexo/Homenagem_a_Peter_Haberle_Pronunciamento__3_1.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2019.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. 1. ed. Rio de Janeiro: [s.n.], 2006.

PEREIRA, RODOLFO VIANA. *COMPREENSÃO E CONSTITUIÇÃO A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL APÓS O GIRO HERMENÊUTICO*. 2001. 178 f. UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS, 2001.

RIBEIRO, GUILHERME PINHO. *Amicus Curiae e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF): O aprimoramento da legitimidade democrática e plural das decisões*. 2017. 187 f. Universidade Estadual Paulista (unesp), 2017.

RICRE, Flávio; BRAGA FERREITA, Natália. *A Sociedade Aberta de Intérpretes da Constituição. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, v. 60, p. 18, 2010.

RODRIGUES, Luiz Gustavo Friggi. *RESSIGNIFICAÇÃO DA DOGMÁTICA JURÍDICA À LUZ DO PARADIGMA DA FUNÇÃO SOCIAL*. 2008. 128 f. Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 12. ed. porto Alegre: livraria do advogado editora, 2015.

SILVA, José afonso Da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 2º ed. São Paulo: RT, 1982.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermeneutica Jurídica e(m) crise: Uma exploração hermeneutica da construção do Direito*. 8º ed. porto Alegre: livraria do advogado editora, 2009.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Malheiros editores LTDA, 2005.

WEIS, Carlos. *Os direitos humanos contemporâneos*. malheiros ed. SAO PAULO - SP: [s.n.], 2011.

ÍNDICE REMISSIVO

A

Adolescente 10, 12, 13, 16, 17, 97, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 262, 263, 264, 265, 266, 268, 269, 270, 272, 273, 274, 275

Aposentadoria 127, 128, 130, 131, 133, 134, 135, 137, 138

B

Brasil 5, 6, 2, 5, 7, 9, 10, 12, 16, 18, 23, 33, 35, 38, 39, 47, 48, 49, 50, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 66, 67, 68, 69, 70, 72, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 97, 101, 103, 115, 118, 119, 120, 122, 124, 125, 132, 138, 139, 141, 142, 144, 145, 147, 148, 151, 152, 177, 179, 180, 182, 184, 189, 190, 191, 192, 195, 200, 202, 209, 222, 223, 226, 237, 244, 246, 247, 248, 249, 251, 254, 255, 256, 257, 258, 261, 262, 264, 268, 270, 271, 275, 276, 277

C

Cidadania 2, 9, 49, 63, 64, 74, 75, 76, 77, 78, 80, 82, 83, 100, 137, 193, 194, 195, 196, 198, 199, 200, 202, 205, 206, 207, 208, 209

Ciência 3, 4, 5, 7, 19, 20, 25, 26, 84, 85, 106, 108, 139, 150, 156, 158, 170, 171, 188, 191, 227, 231, 232, 233, 237, 242, 244, 245, 249, 264, 268

Conflitos judiciais 104, 109, 110

Constituição 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 12, 13, 14, 16, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 25, 28, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 42, 44, 45, 46, 47, 52, 59, 61, 71, 72, 75, 76, 80, 82, 89, 97, 100, 101, 112, 115, 117, 123, 124, 127, 128, 129, 131, 132, 134, 135, 139, 141, 175, 176, 179, 189, 191, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 200, 201, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 213, 229, 244, 246, 256, 266, 274, 275

Criança 12, 13, 16, 17, 97, 99, 106, 230, 235, 238, 239, 241, 242, 243, 245, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 262, 263, 264, 265, 266, 268, 269, 270, 272, 273, 274, 275

Crime 79, 80, 82, 154, 156, 161, 162, 164, 168, 170, 181, 182, 184, 185, 187, 188, 189, 190, 191, 195, 199, 201, 203, 205, 206, 208, 212, 214, 215, 221, 222, 225, 226, 227, 228, 230, 231, 232, 234, 236, 238, 239, 240, 246, 256, 271

Criminalização 76, 77, 78, 174, 175, 176, 178, 179, 180, 183, 189, 275

D

Delação premiada 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222

Direito 2, 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 14, 15, 16, 17, 20, 23, 25, 26, 29, 30, 31, 32, 33, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 43, 45, 47, 48, 50, 53, 54, 55, 57, 58, 59, 60, 62, 63, 64, 66, 69, 70, 71, 72, 73, 76, 80, 81, 84, 89, 94, 95, 96, 97, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 122, 124, 125, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 134,

135, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 174, 176, 177, 179, 180, 181, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 217, 222, 224, 226, 227, 228, 230, 231, 232, 233, 234, 236, 238, 239, 240, 243, 244, 245, 246, 249, 255, 257, 263, 264, 265, 270, 273, 277

Direitos humanos 9, 12, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 27, 28, 29, 30, 34, 35, 36, 38, 41, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 55, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 75, 83, 95, 97, 98, 100, 101, 102, 104, 110, 111, 112, 113, 115, 117, 118, 121, 122, 123, 124, 125, 132, 133, 139, 177, 244, 245, 277

Direitos sociais 39, 116, 117, 128, 129, 131, 134, 137, 138, 139

E

Energia nuclear 84, 85, 86, 88, 89, 91, 92, 93

Estado 3, 4, 6, 7, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 12, 14, 15, 16, 20, 21, 25, 28, 29, 31, 33, 34, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 46, 47, 48, 55, 58, 62, 65, 66, 67, 68, 69, 71, 73, 74, 75, 77, 78, 80, 81, 82, 87, 94, 95, 96, 98, 99, 100, 102, 110, 111, 114, 117, 120, 124, 127, 128, 132, 133, 135, 136, 137, 138, 139, 151, 155, 157, 158, 160, 161, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 171, 172, 174, 175, 177, 178, 179, 189, 190, 191, 194, 196, 200, 201, 202, 205, 209, 211, 212, 229, 231, 232, 237, 243, 253, 257, 262, 266, 270, 271, 272, 273, 277

Estupro de vulnerável 224, 225, 226, 232, 234, 240

Exploração 181, 182, 187, 270

G

Globalização 5, 49, 50, 53, 55, 56, 57, 62, 63

I

Invalidez 127, 128, 129, 130, 131, 133, 134, 135, 138

J

Jogos 146, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276

M

Medidas socioeducativas 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264

Meio ambiente 49, 50, 54, 55, 56, 57, 58, 62, 65, 66, 67, 69, 70, 72, 90, 277

Mídia 31, 57, 175, 177, 178, 181, 183, 184, 185, 186, 187, 189, 190, 192, 246, 250, 269

Movimento 2, 38, 44, 77, 105, 106, 107, 108, 110, 154, 156, 159, 162, 163, 178, 188, 189

Movimentos sociais 31, 80, 174, 175, 178, 179

N

Negro 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81

Nome social 94, 95, 97, 100, 102

P

Pensão alimentícia 115, 116, 117, 118, 119, 120, 122, 123, 124, 125, 126

Pobreza 54, 129, 132, 174, 175, 176, 177, 255

Povos tradicionais 65, 66, 69, 70, 71, 72

Proteção integral 12, 255, 257, 264, 265, 266, 270, 271, 272, 273, 275

Psicologia 7, 163, 172, 224, 225, 226, 227, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 241, 242, 244, 245, 246, 251

R

Refugiados 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64

S

Saber 22, 43, 95, 102, 107, 160, 176, 186, 205, 225, 240, 243

Sociedade contemporânea 2, 97, 191

T

Teoria das incapacidades 140, 141, 142, 144, 147, 149, 150, 151, 152, 153

Transformação 43, 45, 158, 265, 266, 267

V

Violência 41, 42, 53, 81, 97, 102, 104, 105, 110, 122, 124, 154, 155, 161, 175, 176, 177, 179, 181, 187, 192, 226, 228, 238, 240, 242, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 257, 265, 269, 270, 271, 272, 273, 275

Voto 13, 14, 46, 47, 60, 138, 193, 194, 195, 196, 197, 200, 201, 204, 205, 206, 207, 209, 238



***Direito em Movimento:
Saberes Transformadores da
Sociedade Contemporânea***

www.atenaeditora.com.br 

contato@atenaeditora.com.br 

[@atenaeditora](https://www.instagram.com/atenaeditora) 

www.facebook.com/atenaeditora.com.br 

 **Atena**
Editora

Ano 2020



***Direito em Movimento:
Saberes Transformadores da
Sociedade Contemporânea***

www.atenaeditora.com.br 

contato@atenaeditora.com.br 

[@atenaeditora](https://www.instagram.com/atenaeditora) 

www.facebook.com/atenaeditora.com.br 

 **Atena**
Editora

Ano 2020