

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

JORGE RENATO DOS REIS

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direitos e garantias fundamentais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Jorge Renato dos Reis; Lucas Gonçalves da Silva. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-728-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
<http://unisinos.br/novocampuspoa/>

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Apresentação

O XXVII Congresso Nacional do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito que ocorreu nos dias 14,15 e 16 de novembro de 2018, em Porto Alegre, Rio grande do Sul, cujo tema foi: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito.

Dentre as diversas atividades acadêmicas empreendidas neste evento, tem-se os grupos de trabalho temáticos que produzem obras agregadas sob o tema comum do mesmo.

Neste sentido, para operacionalizar tal modelo, os coordenadores dos GTs são os responsáveis pela organização dos trabalhos em blocos temáticos, dando coerência à produção com fundamento nos temas apresentados.

No caso concreto, o Grupo de Trabalho DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I, coordenado pelos professores Jorge Renato Dos Reis e Lucas Gonçalves da Silva, foi palco da discussão de trabalhos que ora são publicados, tendo como fundamento textos apresentados que lidam com diversas facetas deste objeto fundamental de estudos para a doutrina contemporânea brasileira.

Como divisões possíveis deste tema, na doutrina constitucional, o tema dos direitos fundamentais tem merecido atenção de muitos pesquisadores, que notadamente se posicionam em três planos: teoria dos direitos fundamentais, direitos fundamentais e garantias fundamentais, ambos em espécie.

Logo, as discussões doutrinárias trazidas nas apresentações e debates orais representaram atividades de pesquisa e de diálogos armados por atores da comunidade acadêmica, de diversas instituições (públicas e privadas) que representam o Brasil em todas as latitudes e longitudes, muitas vezes com aplicação das teorias mencionadas à problemas empíricos, perfazendo uma forma empírico-dialética de pesquisa.

Com o objetivo de dinamizar a leitura, os artigos foram dispostos considerando a aproximação temática:

1. AS POLÍTICAS DE AÇÕES AFIRMATIVAS E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE RACIAL NO BRASIL
2. A EDUCOMUNICAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE PROMOÇÃO DA INTERCULTURALIDADE E COMBATE AOS DISCURSOS DE ÓDIO NA INTERNET
3. (DES)DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA POR PESSOAS COM DEFICIÊNCIA AUDITIVA NO BRASIL: UMA REFLEXÃO À LUZ DO PENSAMENTO DE CHARLES TILLY
4. A ACESSIBILIDADE COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: O PAPEL DO ESTADO E UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS.
5. A ANISTIA E O TEMPO DO DIREITO
6. A COLETIVIZAÇÃO DAS DEMANDAS COMO MEIO PROCESSUAL PARA EFETIVAR A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR
7. A INTERFACE DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM O PROCESSO CONSTITUCIONAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS JURISDICIONADOS
8. A LIBERDADE COMO MOVIMENTO DE EXPRESSÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA
9. A PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS JURÍDICOS FACE À HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA APLICÁVEL AO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO
10. A PRÁTICA ESCANCARADA DA TORTURA: AS VIOLAÇÕES AOS DIREITOS HUMANOS DURANTE A DITADURA CIVIL MILITAR BRASILEIRA
11. A SUPERLOTAÇÃO DO TRANSPORTE FLUVIAL NA AMAZÔNIA E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA
12. CIDADANIA REGULAMENTADA

13. DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO AO DIREITO DE RIR NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

14. DIREITO A INFORMAÇÃO - UMA EVOLUÇÃO HISTÓRICA E SEU IMPACTO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

15. ELEMENTOS DO DEVER DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONTEXTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

16. O USO DAS REDES SOCIAIS NA POLÍTICA NO CENÁRIO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO - LIBERDADE DE EXPRESSÃO OU MANIPULAÇÃO?

Destaca-se que além da rica experiência acadêmica, com debates produtivos e bem-sucedidas trocas de conhecimentos, o Grupo de Trabalho DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I também proporcionou um entoadado passeio pelos sotaques brasileiros, experiência que já se tornou característica dos eventos do CONPEDI, uma vez que se constitui atualmente o mais importante fórum de discussão da pesquisa em Direito no Brasil, e, portanto, ponto de encontro de pesquisados das mais diversas regiões do Brasil.

Por fim, reiteramos nosso imenso prazer em participar da apresentação desta obra e do CONPEDI e desejamos boa leitura a todos.

Prof. Dr. Jorge Renato Dos Reis - UNISC

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

CIDADANIA REGULAMENTADA

REGULATED CITIZENSHIP

Gabriel D. B. C. Rocha

Resumo

A cidadania no Brasil é um tema mal interpretado até os dias de hoje, ora citada como apenas nacionalidade, ora como direitos políticos, ora como sinônimo de educação, o que nos leva obviamente a interpretações e usos errados deste conceito, além disso, temos ainda o fato nada lisonjeiro que nossa cidadania, não nos pertence, mas sim ao Estado, uma vez que na prática, os Direitos da Cidadania são por aqui na verdade obrigações que o indivíduo.

Palavras-chave: Cidadania, Direitos humanos, Dignidade da pessoa humana, Acesso a justiça, Conscientização

Abstract/Resumen/Résumé

Citizenship in Brazil is a misunderstood theme, that is, what it is like the law, as it is the case of politicians, or as a synonym of education, which leads us, obviously, to misinterpretations and misuses of the concept, furthermore, it is still not flattering that citizenship belongs to us, but to the State, since in practice, the Rights of Citizenship are for a truth that the individual.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Citizenship, Human rights, Dignity of the human person, Access to justice, Conscientization

1 – INTRODUÇÃO

A Cidadania tornou-se um dos principais pilares da Democracia Liberal no ocidente, já que está intimamente ligada às liberdades e garantias do indivíduo, para nós hoje a cidadania é um misto de preceitos morais e teóricos com garantias legais, que muito se diferem do que se entendia na antiguidade, na Grécia ou Roma, mas apesar de os criadores deste conceito apresentarem uma visão de mundo e de cidadania muito diferente da moderna, elas foram usadas para influenciar e modelar os conceitos mais modernos.

Como base para esta reflexão serão usados dois textos como ponto comparativo, o pequeno texto de Kant de Lima “Carnavais, malandros e heróis: o dilema brasileiro do espaço público”, que será usado para comparar a legislação e a conceituação de cidadania no Brasil e nos Estados Unidos através deste texto em especial, analisar a abordagem legal de cidadania no Brasil.

Por outro lado também será usado o texto “Igualdade à Brasileira: Cidadania como Instituto Jurídico no Brasil” de Regina Lúcia Teixeira Mendes para uma abordagem teórica mais completa.

Diversos pensadores se debruçaram sobre o tema e muitos tentaram adaptar ou rever este conceito Greco-romano, como Rousseau, Adam Smith, Hamilton e cada um foi acrescentando uma particularidade e adaptando a seu tempo e a sua sociedade o que deveria ser um Cidadão, tanto na teoria quanto na legislação, e nós no Brasil também tivemos acesso a essas teorias e tentamos adaptar para nosso tempo e realidade, em cada época e até hoje este trabalho continua, devido a extrema inexatidão de nossos conceitos legais e conceituais.

Não que tais estudos e tentativas de melhoramento de conceitos e legislações sobre o tema tenham se estagnado no mundo inteiro e no Brasil tenha ficado para trás, longe disso, a questão é apenas que em nossa Literatura Jurídica a conceituação de Cidadania é vaga até hoje, enquanto em outros locais é mais bem definida, porém a sua modificação e adaptação a atualidade acontece a cada geração de pensadores de forma quase ininterrupta.

Temos hoje um grande volume de trabalhos acadêmicos tentando discernir e entender melhor o que é a cidadania no Brasil, no entanto este conceito parece não ser bem difundido, ou mesmo conhecido fora deste meio, sendo mal compreendido e aplicado.

Uma ótima demonstração disso, por exemplo são as campanhas de publicidade do Governo Federal, onde usam o termo “Cidadania” praticamente como sinônimo de educação e respeito, com os termos “Cidadania no Trânsito” ou “Cidadania no Mar” e por ai vai.

Ao observar estas campanhas, vemos claramente um desvio do termo Cidadania para mostrar algo como civilidade e educação, distanciando-se dos conceitos clássicos ou mais modernos e ainda, distanciando-se mais ainda do próprio conceito legal de Cidadania no Brasil.

Com isso, se vê claramente a forma equivocada em que o tema se popularizou mesmo nas instituições públicas que deveriam zelar pela aplicação de tais conceitos, o que acaba por comprometer todo o sistema.

Por outro lado em nossa legislação, “Cidadania”, resume-se a capacidade Eleitoral, ou seja, ter um título de eleitor conforme veremos melhor abaixo, descrita expressamente na Lei da Ação Popular, já que em nossa Constituição “Cidadania” é só citada, e não conceituada.

Podemos ainda, perceber que ao longo da história o significado de Cidadania vem mudando e se adaptando ao local onde é interpretado, no entanto aqui no Brasil parece que nós nunca conseguimos compreender direito o que isso significa.

Talvez nunca saberemos o motivo desta má interpretação, podemos atribuir a própria mudança de conceitos ao longo do tempo ou ao ponto de vista político predominante, e até mesmo ao pensamento periférico de que “nada da certo por aqui”.

No entanto, é fato que o conceito de cidadania que temos hoje no Brasil é consequência do seu desenrolar histórico já que grande parte dos conceitos que vieram ao Brasil sobre o tema, tiveram reflexos da Tradição Francesa e Americana, especialmente após o fim do Império que nossa classe política muito se espelhou nos Estados Unidos.

Atribuir aos eventuais erros de conceituação ou interpretação, sejam de responsabilidade de tradução, seria no mínimo leviano, por outro lado, atribuir a adequação equivocada ao Direito Brasileiro, soa superficial por demais.

No entanto, este desenrolar histórico demonstra que a participação eleitoral era praticamente a única forma de exercício da Cidadania na primeira república e talvez por isso, nossa conceituação de cidadania vem rodeando este ponto até hoje, sem nunca saber como conceituar a Cidadania de forma coerente e racional fora da própria capacidade eleitoral.

Desta forma, tendo isso em mente se faz necessária uma análise mais profunda sobre o que é a cidadania no Brasil, seus conceitos, sua fundamentação jurídica e como estes dois elementos se correlacionam.

Devido a uma tradição que alguns alegam ser no mínimo autoritária ou tutelar por parte do Estado na vida das pessoas, inclusive, chegando a dizer que a Cidadania no Brasil é uma “Cidadania de Estado” como se não fossem direitos, garantias ou qualidades da pessoa,

mas uma obrigação da pessoa para com o Estado e não o inverso, como toda a tradição jurídica liberal nos indica.

Devido a esta pretensa obrigatoriedade de exercer a cidadania, não por opção, não por necessidade, mas por imposição legal, diz-se que nossa legislação sempre tem flertado com o autoritarismo, tutelando o Cidadão de tudo e mantendo o Estado como único Tutor da sociedade.

Parece curioso notar que estes conceitos não aparecem na literatura em nenhum outro lugar ao menos desta forma que percebemos, além do Brasil, e não é um conceito moderno é algo já histórico no país, o que nos torna ainda mais responsável pelo entendimento e tentativa de desenvolvimento destes conceitos.

Como dito antes, não podemos atribuir a culpa por esta má interpretação a mais ninguém além de nós mesmos, já que este desenvolvimento conceitual e prático de cidadania, foi inteiramente criado em nosso sistema jurídico.

Por fim, podemos nos ater a dois eixos principais para analisar este tema, sendo o primeiro a conceituação de Cidadania e a segunda as normas jurídicas sobre o tema, no entanto, já que a regulamentação sobre Cidadania restringe-se a capacidade Eleitoral, podemos por analogia, com o que se entende por Cidadania fora do Brasil, perceber que na verdade os “Direitos da Cidadania” seriam o que chamamos de “Garantias Fundamentais” já que o art. 5º da Constituição é o mais próximo disso, apesar de ter uma nomenclatura diferente.

Assim sendo, podemos ter uma análise mais profunda sobre o tema da forma mais ampla possível com o material ora disponível, observando a Cidadania por estes dois eixos distintos que na verdade são duas faces de uma mesma moeda.

Não temos como observar a Cidadania de um ponto puramente conceitual e teórico sem levar em conta a legislação sobre este tema, pois seria puramente no campo das ideias e jamais compreender os impactos disso na vida das pessoas.

Por outro lado, se nos fixarmos em analisar apenas a legislação sobre o tema sem jamais estudar os pontos teóricos, também não teremos uma visão real da situação, pois o texto legal vai ser fechado em si mesmo e não demonstrar falhas de interpretação e muito menos erros de seu conceito, como é o caso da citação a Cidadania na nossa Constituição.

Além disso, como já citado, nossa legislação é extremamente vaga e pouco conceitual, sendo extremamente direta e não deixando claro exatamente o que seria Cidadania, além é claro, de nominalmente citar a capacidade de exercício dos Direitos Políticos, o que sabemos, não pode ser resumido a Cidadania apenas a isso.

Desta forma passamos a analisar estas duas visões para compreender como um todo o que de fato é a Cidadania no Brasil e poder entender o motivo desta corruptela conceitual do termo “cidadania”.

2 – CIDADANIA NO BRASIL

A Cidadania tem tido sua conceituação modificada ao longo do tempo, na Grécia antiga, um Cidadão seria um Homem Adulto (21 anos), nascido na Cidade Estado, livre, com posses, que participava da vida pública da cidade, votando pessoalmente em leis e propondo leis, defendendo suas ideias e posições, além disso, deveriam de preferência ser também guerreiro e ao mesmo tempo um filósofo, para defender sua Cidade Estado e suas ideias de igual forma.

Por outro lado na França em 1789, nasce a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, onde no seu art. 2.º, conceitua o cidadão por ter direitos à liberdade, a propriedade, a segurança, a resistência à opressão, além de qualquer associação política para garantir tais direitos.

A Constituição Norte-Americana em sua origem tenta fazer uma união entre estes dois conceitos e uma modernização e adaptação a sua realidade de forma que o conceito de Cidadão se torna mais amplo e ao mesmo tempo mais ligado à lei, já que neste momento as teorias Liberais de Adam Smith que fizeram parte do desenvolvimento Britânico também encontram eco na colônia e com a independência deste, no Estado que nascia.

Podemos então ver uma imposição legal do que seriam as garantias do Cidadão de forma que o conceito teórico e legal, aproximavam-se bastante e de qualquer forma garantindo a ele liberdade por meio da lei, assim como os instrumentos necessários para reagir a afrontas a esta liberdade e a suas propriedades.

Tais conceitos vêm para o Brasil ainda durante o período Imperial, no entanto, sua aplicação não seria possível já que por aqui ainda havia escravos, nobreza e plebe o que nos impedia de pôr em prática um conceito único de cidadão, onde todos seriam iguais perante a lei.

No entanto, através da geração de juristas de Ruy Barbosa, este conceito permaneceu sendo debatido até o advento da República, porém, mesmo neste período o que entendemos por Cidadão não era bem definido mas havia uma referência mais expressa e clara sobre o tema na própria Constituição.

Na Constituição da República Velha a cidadania era basicamente ligada a capacidade eleitoral e a nacionalidade, divergindo pouco da atual conceituação.

Desta forma o conceito de “cidadão” e a legislação sobre o que seriam seus direitos no Brasil vêm se modificando de forma lenta e em direção bem distinta desses modelos anglo-saxão e Francês, mesmo que muitos tentem dizer que são a mesma coisa, o que veremos adiante que não tem como ser confundido.

O termo “cidadania” no ordenamento jurídico brasileiro é abordado de forma bem precária, sendo meramente citada como um Fundamento da República Federativa do Brasil no art.1º, II; sem qualquer definição do que seria.

Por outro lado há uma conceituação bem superficial através da Lei 4.717/65, a Lei da Ação Popular, onde seu art. 1º diz que qualquer Cidadão é parte legítima para a propositura da ação e em seu §3º define que se prova a Cidadania com o Título de Eleitor ou outro documento equivalente.

Em alguns tratados internacionais, aos quais o Brasil é signatário, o termo “cidadania” aparece algumas vezes quase como um sinônimo de “nacionalidade”, no entanto, como isso se trata de exceção e como raríssimos casos, nem devem ser levados em conta já que a nacionalidade é bem regulada e bem definida em geral.

Historicamente, cidadania e a nacionalidade, tem sido relacionada como sinônimos, porém, não devem ser tratadas unicamente desta maneira, já que a cidadania engloba sim conceitos de nacionalidade, porém é bem mais ampla.

No entanto, ao observar a legislação de outros países, a conceituação teórica do que seria “Cidadania”, podemos usar por analogia os Direitos Individuais, ou seja, as Garantias Fundamentais do art. 5º da CRFB/88 como exemplo do que em nosso ordenamento jurídico, de fato represente direitos da cidadania no Brasil.

Podemos então neste ponto perceber que nosso conceito de cidadania é bem frágil e sem muita definição, porém ela existe no Brasil com uma nomenclatura distinta e aparência ligeiramente diferente, no entanto, se mostra como a própria cidadania.

Tal confusão se mostra bem óbvia pois acabam nos fazendo usar o termo “Cidadania” de forma errada ou ao menos usando-a de todas as formas possíveis, menos aquela para a qual é de fato o conceito.

Por outro lado à forma como foi redigida e acabou se mesclando ao cotidiano do Brasil, o art. 5º da CRFB/88, acaba tendo seu lugar-comum na vida de muitas pessoas que quase inconscientemente de uma forma ou de outra acaba por se lembrar da existência destes direitos.

Por obvio não podemos e nem devemos acreditar que o Brasileiro está plenamente ciente e foi corretamente instruído na cultura jurídica e constitucional do país, muitíssimo pelo contrário, mas conseguimos sim perceber que alguma coisa, ao menos das Garantias Fundamentais, em parte conseguiu se popularizar de forma que o Brasileiro conhece alguns de seus direitos, não todos, muito menos conhecem seus deveres.

Para entender melhor o que é Cidadania no Brasil, usamos o art. 5º, já que os Direitos Fundamentais elencados na Constituição podem ser usados de forma análoga aos direitos da cidadania de outros países.

Tal abordagem é possível, visto que as democracias modernas são inspiradas principalmente ou ao menos, em sua maioria no ocidente e no Liberalismo Político, e com isso na garantia dos direitos das pessoas como base de sua existência, por isso, na base dos direitos do Cidadão.

Podemos, desta forma, abordar que o principal Direito Cidadão seria a liberdade e a garantia de que, um processo penal não lhe prive desta liberdade sem que seja aplicado um procedimento justo, claro e que permita sua defesa de forma ampla e desimpedida.

Por fim, apesar de não ser a única forma de garantia da cidadania, acaba sendo está à base de todo o raciocínio das garantias dos Cidadãos das Democracias Liberais que por exemplo, são partes da inspiração teórica tanto do nosso ordenamento quanto do norte-americano e por isso temos uma comparação interessante feita por Kant de Lima.

De forma bem única Kant de Lima aborda as questões legais sobre Cidadania comparando-a com a legislação Norte Americana, destaca-se como única, pois tais abordagens tendem a ser puramente teóricas ou puramente legais tentando demonstrar uma falsa igualdade entre os ordenamentos jurídicos americano e brasileiro.

Ao contrário, Kant de Lima faz uma abordagem mais completa entrelaçando ambas as abordagens e principalmente, ao compará-las de forma crítica, demonstrando suas diferenças e contradições e não apenas as semelhanças ou tentando criar uma semelhança.

Desta forma a *Common Law* que é uma Tradição Jurídica muitíssimo diferente da brasileira se mostra uma forma curiosa e eficaz para comparação e principalmente para que tenhamos em mente que nosso estudo sobre o tema deve ser bem aprofundado já que nossa legislação é bem vaga quanto a isso.

Um bom exemplo é o trecho em que Kant de Lima (2000, p.114) diz que no sistema Norte-Americano o júri é considerado uma espécie de arbitragem muito cara, por isso pensando no “Princípio da Economia Processual” é permitido tanto a Polícia quanto a

Promotoria negociar com o acusado uma confissão, uma propositura de tempo de pena e afins.

Tal conduta no Direito Norte-Americano é permitido pois, o *Due process of law*, é uma garantia da Pessoa e não do Estado, se a pessoa abre mão do “procedimento”, mas se utiliza de todos os meios para garantir seus direitos e interesses, é válido e justo.

No entanto, em nosso ordenamento jurídico isso não é possível já que o Devido Processo Legal não permite que a pessoa abra mão do “procedimento” para garantir seus interesses.

Esta tradição de apego ao procedimento foi trazido de Portugal durante o período de vigência das Ordenações Filipinas e nunca mais nos deixou apesar de que, por ironia do destino, elas davam muito valor a jurisprudência e ao direito comum que acabaram por se perder um pouco em nossa tradição, dando mais atenção aos códigos.

Kant de Lima (2000, p.114) diz que tal conduta é uma má interpretação do *Due Process of Law* pelo que ele chama de “dogmática jurídica” já que a garantia segundo ele não é da pessoa e sim do Estado, já que um direito do Cidadão é exercido por opção pessoal e não por imposição de força do Estado, um Direito de defesa irrenunciável que sequer pode-se optar por economizar tempo.

É claro que este texto de Kant de Lima é um pouco antigo (publicado no ano de 2000) e com o advento do novo Código de Processo Civil (publicado em 2015), um pouco desta lógica tende a mudar já que traz inovações na tramitação de Processos que podem e devem ser usadas por analogia no campo penal, no entanto, este novo Código, permite as partes e ao Magistrado a mudança do procedimento legal, mediante acordo prévio, invertendo, suprimindo ou criando etapas.

É claro que esta mudança de paradigma e liberdade de procedimento não é algo comum e integrante de nossa cultura, e por isso tende a demorar a ser visto na prática, porém, a existência de previsão legal para isso, já é um grande avanço em nosso antes engessado procedimento.

Não temos como prever qual o impacto que isso trará a estas questões levantadas por Kant de Lima, no entanto, podemos afirmar que não teremos uma mudança completa já que continua sendo impossível a composição amigável em todo e qualquer campo jurídico existente no Direito Norte-Americano, já que isso não foi modificado no Direito Brasileiro, de forma que continua sendo a obrigação do acusado participar e colaborar com o Estado e não sua faculdade.

Por fim, Kant de Lima compara os modelos de administração de conflitos no Brasil e nos Estados Unidos, o que nos mostra que apesar de uma comparação entre ambos, se mostrar proveitosa, não temos como dizer que são semelhantes.

Enquanto o modelo Brasileiro para ele, se apoia na busca/descoberta da “verdade real”; as diferenças legais entre pessoas tem um caráter inquisitorial; não usa conciliação como método de solução, mas, de se eximir do seu dever e, por fim, apelando a uma presunção de culpa, o modelo americano seria o extremo oposto em tudo.

Podemos assim dizer que nosso modelo de administração de conflitos é completamente excludente enquanto o Norte-Americano é inclusivo, o que seria por si só uma demonstração de que nossa forma de cidadania, não uma garantia da pessoa, mas um dever dela.

No entanto, Kant de Lima (2000, p.120), diz que aqui há uma tentativa de se conviver mutuamente com o modelo Americano e Brasileiro ou de formar um híbrido paradoxal de modelos de administração de conflitos.

Na literatura jurídica, de fato, há uma tentativa de dizer que usamos modelos iguais ou equivalentes, enquanto no ponto de vista menos pragmático percebemos que há mais diferenças que semelhanças.

Devido a isso temos uma trilha lógica que nos mostra que mesmo nosso Direito de Defesa, e mesmo quando se trata da proteção a nosso direito de locomoção, não é um direito nosso, mas sim uma obrigação imposta pelo Estado.

No campo teórico temos duas abordagens diferentes sobre o que seria “cidadania”, a primeira bem demonstrada por Kant de Lima que como já vimos acima, gira em torno principalmente da garantia do devido processo legal e o acesso à justiça que para muitos tem-se como demonstração prática da cidadania, apesar de não ser este o objetivo de Kant neste texto.

Usar o direito ao acesso à justiça e o Devido Processo Legal como base para se entender a cidadania não é novidade, tampouco é errado, já que nas Democracias Liberais, o devido processo legal é uma garantia do Estado ao cidadão para garantir a ele a sua liberdade e integridade, no entanto, assim como o próprio conceito de “cidadania” o que se entende como “devido processo legal” no Brasil também é um conceito turvo e confuso, e ao menos para nós, brasileiros, não seria um parâmetro de comparação realmente eficiente.

Nossa tradição processual herdada do Direito Português é diretamente influenciada pelo Direito Canônico, introduzido na Península Ibérica pelo Tribunal do Santo Ofício (vulgarmente conhecido como Inquisição).

A tradição processual inquisitorial de fato é visível em nosso Direito Processual (tanto cível quanto penal) até hoje, de forma que o Devido Processo Legal no Brasil, tende a se confundir com o Princípio da Legalidade, de forma que simboliza na maior parte da Literatura Jurídica uma obrigação de seguir um procedimento preestabelecido e apenas isso, em alguns casos inclusive, chega-se a dizer que o cidadão deve ao Estado ser parte do processo.

O argumento para dizer isso é que o Estado tem o dever de alcançar a “verdade real” no Processo Criminal e isso só pode ser feito quando o Estado traz todos ao processo, e os obriga a falar; a sociedade e a vítima do crime através do Ministério Público e o réu, como causador do ato criminoso.

O réu, neste caso teria a obrigação de participar do processo para que o Estado possa descobrir a “verdade real”. Atente que, o processo não é algo que a Sociedade ou Estado devem ao acusado de um crime, um procedimento ou as formas dele demonstrar sua inocência, isso é uma mera consequência dele estar no processo e da busca pela “verdade real”.

Essa “verdade real” torna-se o objeto central do nosso processo criminal, o que torna todo o processo uma forma de controle ou tutela por parte do Estado dos direitos individuais de cada pessoa, e que motiva o pensamento de que nossa cidadania é regulada e controlada pelo Estado.

Enquanto isso, o Devido Processo Legal nos países de tradição Francesa e Anglo-saxã, já é visto como algo que o Estado deve ao cidadão, ou seja, o Estado tem o dever de garantir as pessoas um procedimento justo e claro, um processo com capacidade de defesa e a garantia do respeito aos seus direitos civis.

Essa clara contradição na interpretação destes Princípios Jurídicos nos mostra como está presente o método ou ao menos a motivação herdada dos procedimentos inquisitoriais.

Há ainda o argumento de Kant de Lima, de que no Brasil os interrogatórios são feitos para forçar uma contradição no acusado para que isso o incrimine, o que aprofundaria esta falha de respeito à cidadania.

No entanto, este tipo de abordagem não é exclusividade de nosso ordenamento jurídico, mesmo que aqui tenha se tornado lugar-comum e mesmo método padrão de condução do processo, desta forma, não se pode dizer que é este um problema exclusivo do Brasil, mas podemos dizer que ele é potencializado aqui, e até mesmo, que torna mais grave nossos problemas de má interpretação do próprio conceito de cidadania.

Assim passamos a uma abordagem comentada do texto “Igualdade à Brasileira: Cidadania como Instituto Jurídico no Brasil”, de Regina Mendes, que traz umas observações e críticas bem interessantes a estes conceitos.

É curioso notar que apesar de não ser uma observação única, Regina Mendes começa sua crítica citando a diferenciação legal entre pessoas, de forma que a existência de diferenças legais e privilégios a determinadas pessoas, seja por qualidade pessoal ou por ocupar função pública, gera por si só uma distorção na Cidadania, e até mesmo uma ruptura na própria Democracia.

Há quatro questões muito interessantes feitas por Regina Mendes (2005, p.4), que devem ser respondidas para melhor conseguirmos compreender o tema:

- .por que persistem em nosso ordenamento tantos institutos que flagrantemente são incompatíveis com o princípio da igualdade?
- .Por que tais regras não são desde logo consideradas não recepcionadas pela Constituição da República de 1988 por incompatibilidade material, como tantas outras formas?
- .Por que estas contradições não são apontadas pelos juristas brasileiros ou pelos operadores do direito?
- .Por que não nos parece estranho a inaceitável este tipo de contradição?

A primeira questão se deve ao fato de que muitas das contradições e incompatibilidades lógicas encontram-se na própria Constituição, o que alguns juristas já apontam há algum tempo, apesar de sem sucesso.

A segunda questão, como já dito acima, algumas das contradições foram incluídas na própria Constituição o que torna bem difícil superar, no entanto, temos visto que há de fato uma espécie de Lobby político para manutenção destas diferenças.

É claro que estas questões têm sido debatidas e até mesmo algumas sendo modificadas através de decisões judiciais em suas recentes modificações de jurisprudência e outras por projetos de lei em debate no congresso.

A terceira questão tem se questionado sim ao longo do tempo, no entanto fora do meio acadêmico ou ao menos por aqueles juristas de menor expressão ou repercussão, tal fato se corrobora quando se observa que muitas das mudanças ocorridas nessa questão foram feitas recentemente, pode ter sido influenciadas estas mudanças pelas próprias questões apontadas neste texto ou em debates que foram ganhando coro e agregando defensores com o tempo.

A quarta questão pode ser entendida de forma realmente estranha, já que há uma tentativa de justificar tais diferenciações legais, porém aqueles que aceitam tais explicações realmente não se questionam sobre uma possível falha nestes argumentos ou cogitando se isso pode ser um erro.

No entanto, há questionamentos e pessoas que observam tal contradição apesar de não ser de fato uma maioria dentro do Direito.

Estas questões levantadas por Regina Mendes se mantêm atuais até hoje, apesar de haver de fato um movimento para tentar solucionar, porém ela continua questionando o caso do Juiz Nicolau dos Santos, que após um longo processo onde foi condenado, a execução da pena acabou por ser abrandada, já que “não havia vagas” no regime fechado, porém diversos condenados que não tinham a mesma influência que ele, continuavam sendo levados para essas “vagas que não existiam”.

Esta discussão é mais atual que nunca, uma vez que atualmente a chamada Operação Lava-jato tem levado diversos políticos e empresários de grande porte e renome a prisão, e alguns defensores destes, tem requerido sua prisão domiciliar, pois argumentam que as condições das Prisões brasileiras não seriam condizentes com o seu *status* ou sua vida pregressa.

A mera alegação de que uma pessoa não pode ficar preso em um presídio comum, por estar acostumado a luxos, não poderia ser cogitada como argumento, nem em uma brincadeira de mau gosto, no entanto, tem sido um recorrente argumento que magistrados tem se deparado e tem a obrigação de responder.

Isso por si só já mostra a falência da Cidadania no Brasil uma vez que até mesmo a riqueza pessoal e a influência política tem sido usada na tentativa de garantir tratamento legal diferenciado entre pessoas, o que por obvio não deveria ser permitido em qualquer lugar.

Parece curioso que Regina Mendes (2005, p.8) diga que parece que no Brasil a Cidadania resumia-se aos Direitos Políticos, assim não tendo percebido de forma direta que a Cidadania para o Direito brasileiro, de fato resume-se aos Direitos Políticos, como já foi visto acima, uma vez que é a única citação conceitual e prática a ele em nossa legislação (Lei 4.717/65, a Lei da Ação Popular, art. 1º, §3º).

De forma semelhante Regina Mendes (2005, p.10) seguindo o modelo de Marshall descreve que a Cidadania seria um conjunto jurídico mínimo de direitos da pessoa, o que reforça o argumento de que no Brasil os Direitos Fundamentais do art. 5º seriam de fato a “cidadania brasileira”, apesar de nossa legislação usar o termo cidadania para os direitos políticos.

É certo ainda que para Marshall a cidadania é composta de diversos elementos e para o Direito no Brasil apenas o elemento “político” é chamado de cidadania, apesar de existirem os demais elementos no regulamento brasileiro, não são chamados assim.

Deve-se ressaltar e observar com atenção o fato de que nossa cidadania regulamentada, e por vezes controlada pelo Estado no conceito de Marshall não seria bem uma “cidadania plena”, talvez sequer assim possa ser chamada, porém existem em nossa teoria os mesmos elementos, mesmo que na prática a execução se torne bem distinta.

Devido a isso causa estranheza de que o próprio estudo deste tema não reconheça a existência desses elementos, apenas pela diferença de nomenclatura.

Ainda temos que lembrar que a Cidadania não existe para criar uma igualdade plena e total entre as pessoas, mas sim equiparar seus direitos, o sistema jurídico de natureza liberal que vivemos não tem por objetivo criar uma igualdade artificial, Marshall assim como Rawls defende que desigualdade social é aceita e tolerável, desde que isso não crie injustiça e desigualdades hereditárias.

O próprio conceito de cidadania no Brasil tem uma distorção por causa do sistema jurídico, uma vez que criou-se que dentro do Judiciário a mítica que o simples acesso ao judiciário, a simples possibilidade de mover um processo em face de alguém, isso por si só seria “cidadania”.

Esta corruptela acabou resumindo a cidadania a Direitos Políticos e Acesso a Prestação Jurisdicional, o que nem de longe compõe a Cidadania Plena de Marshall ou qualquer outro conceito de cidadania existente no mundo.

Como se no Brasil a cidadania fosse exclusivamente um direito da oligarquia hoje no poder, ou pior, que a cidadania seja uma mera burocracia formal sem grande utilidade para uma pessoa.

Este raciocínio pode ser corroborado com a afirmação de Regina Mendes (2005, p.27) onde ela afirma que a peculiaridade brasileira ao produzir um “gráfico de modelo social” paradoxal e exótico, uma vez que não seria nem a clássica “pirâmide social” ou o modelo “paralelepípedo social”, mas sim a sobreposição de ambos, como se fossem duas sociedades em paralelo.

Como se a oligarquia, talvez até mesmo estatal, tivesse uma estrutura legal e social e o resto do povo tivesse outra estrutura e inclusive Regina Mendes (2005, p.29) chega a dizer que é uma esquizofrenia legal, e completa ainda dizendo que tentamos criar uma isonomia e dar privilégios legais para outros.

3 - CONCLUSÃO

Desta forma através das obras analisadas, em especial a de Regina Mendes, conseguimos uma observação mais ampla e completa deste tema complexo e realmente difícil de abordar.

Conseguimos perceber que a nosso ordenamento jurídico tem uma grave falha terminológica, usando-se de termos distintos e unicamente usados aqui no Brasil para definir separadamente cada elemento da composição da cidadania.

Além disso, os próprios termos usados tornam mais confusas ainda o estudo deste tema, uma vez que a cidadania em si, aqui se resume a capacidade eleitoral, sendo os demais direitos que em literaturas estrangeiras são elementos da cidadania sendo descritas na Constituição como Direitos Fundamentais.

Temos ainda aqui outro ponto de confusão, que é o uso confuso pelo próprio judiciário, uma vez que o simples acesso à justiça não é em si próprio a garantia de que existem e são respeitados os direitos da cidadania, mas tão somente que há o acesso à justiça.

Complementa-se este raciocínio de forma mais precisa inclusive, há o fato apontado por Regina Mendes, de que nós vivemos uma falsa democracia, uma vez que tentamos manter a isonomia, que seria elemento básico da democracia, e plenitude de cidadania, enquanto há para outros benefícios legais exclusivos, seja por qualidade pessoal ou profissional.

Enquanto isso o judiciário, além de considerar o mero acesso à justiça a “cidadania completa”, ainda usa de forma equivocada a própria isonomia, enquanto exacerba desigualdades jurídicas, enquanto diz que elas não existem.

Por causa desta conduta, temos uma clara visão de que existiria uma sociedade estratificada em que coexistiriam duas formas ou qualidades distintas de pessoa, a com direitos iguais e o com direitos especiais.

E com essas duas estruturas, tentamos nos convencer de que não são antagônicas, não são distintas, e inclusive sendo a mesma coisa e de forma complementar, criando uma cidadania única e sem necessidade de retoques, o que é claro, não existe.

Tais erros legais e conceituais tornam mais difíceis, todo e qualquer exame deste tema, e complica ainda mais quando outros elementos devem ser adicionados a estes já falhos exemplos.

Como podemos perceber além da própria legislação e da postura que o judiciário tem em relação a isso, o Estado Brasileiro toma cidadania como termo de uso comum, quase como forma de sinônimo de educação e dedicação.

Em alguns casos cidadania se torna “serviços públicos básicos” em outros serviços privados de baixo custo, o termo cidadania acabou se tornando um trunfo político usado de forma vã e equivocada, criando uma espécie de uso comum do termo para qualquer coisa ou campanha que não se saiba como nomear.

Devido a esta verdadeira entropia, fica fácil entender o motivo de a cidadania ser tão mal compreendida no Brasil e ter acabado como sendo não um conjunto de direitos da pessoa, mas um conjunto de deveres.

Já que cidadania pode ser qualquer coisa que o Estado diz, porque não ser um elemento de controle popular simples e fácil.

Uma vez que você tem acesso ao judiciário, o processo que você deu início não é mais seu, é do estado e você tem deveres para com ele e não mais direito a ele.

De forma semelhante o voto é um direito e a escolha é pessoal, porém é obrigação participar, uma vez que a eleição é do Estado e para compor e corporificar este, a pessoa, o cidadão deve participar, sendo punido se não o fizer.

É claro que para o caso específico da eleição a multa e a justificativa posterior suprem sua ausência e se faz cumprir estas obrigações de forma bem simples, no entanto, as dificuldades burocráticas e práticas que isso causa na vida de uma pessoa se torna tamanha, que é quase impossível alguém que simplesmente ignore ou o dia de uma eleição ou a justificativa no dia seguinte.

Assim conseguimos perceber que a cidadania no Brasil não é um conjunto de direitos e deveres aos quais uma pessoa usa para se proteger ou para ver resguardados seus direitos, interesses e integridade, tampouco pode ser dito que é a busca de igualdade legal entre pessoas e mesmo uma conceituação teórica de conjuntos legais.

Nada disso compõe a cidadania no Brasil uma vez que ela se mostra como elemento regulador da pessoa, onde o Estado cria elementos de controle e tutela, onde diz a pessoa como e o que fazer o tempo todo.

A cidadania não emancipa, não fornece proteção, mas sim controle social, já que todos os direitos são regulados de forma que o Estado seja o seu tutor em grande parte dos casos.

Como se cada direito que a pessoa tem, só possa ser exercido quando e somente se o Estado permitir seu uso, de forma que acaba por não fazer sequer sentido ter um direito, que não se pode exercer livremente.

Parece curioso especialmente por isso que nossa Constituição seja chamada de “Constituição Cidadã”, com tais elementos autoritários e inclusive sem explicar ou mesmo usar de forma coerente o termo “cidadão” em seu longo texto.

Diz-se que a Constituição é Cidadã porque foi escrita pelo povo e em ares democráticos, de forma a resguardar a liberdade e os direitos das pessoas, já que estava “fresco” nas mentes dos constituintes um período autoritário e ditatorial.

No entanto, tantos grupos que participaram da elaboração da constituição estavam ex-membros do antigo governo, membros de grupos que defendiam ideologias autoritárias, pessoas temerosas de que um novo governo ditatorial se instaurasse no Brasil.

Tantas ideias conflitantes e mesmo antagônicas criaram um texto complexo e confuso, mas por óbvio seria melhor do que se qualquer um dos grupos tivesse instaurado sozinho uma nova constituição sem ouvir os demais.

Devido a esta colcha de retalhos teórica e política nossa “Constituição Cidadã”, acaba tendo erros e contradições que em alguns casos não pode ser reparado, pois considera-se sendo uma cláusula pétrea.

E isso influencia diretamente nossos conceitos e direitos sobre a cidadania uma vez que não há uma nomenclatura única, não há uma conceituação, não há sequer um “direito cidadão”, mas tem-se que “toda a constituição é”.

Parece confuso a ideia de que toda a Constituição seja um direito da cidadania, e realmente é uma ampliação desnecessária de um conceito, em especial por nossa constituição, ser longa e abordar de tudo um pouco, acaba de forma desnecessária se alongando a áreas que não seriam de competência constitucional.

Temos como exemplificação disso o fato de que nossa Constituição aborda não só os Direitos da pessoa, mas toda estrutura do Estado, a fiscalização, funções de alguns servidores públicos, divisão territorial tributária e até mesmo que um colégio será mantido com verbas federais, o que por óbvio nada tem a ver com “direito cidadão”.

Por isso estender a toda a constituição a nomenclatura de “cidadã” soa muito belo aos ouvidos, mas apenas isso, tendo de fato que pegar como exemplo de Direito Cidadão de fato, apenas os dispostos no art. 5º, e a esparsa e não específica legislação infraconstitucional sobre diversos temas.

Desta forma temos um panorama final de que a cidadania no Brasil é frágil não por uma suposta imaturidade democrática, mas tão somente pela confusão legal que aborda este tema, tornando difícil compreender, tratar deste tema e mesmo aplicar na prática as suas disposições.

Uma vez que não há uma definição legal ou mesmo aproximação prática sobre isso, temos que nos ater a diversos tipos de comparações e associações, para retirar do texto legal e

dos tratados teóricos sobre isso algum consenso que possa unir ambos, o que se mostra difícil, complexo e demorado.

Nossa cidadania é de fato regulada e controlada pelo Estado, pois nossa Constituição Cidadã é “tuteladora”, mantendo a pessoa embaixo de um conjunto de direitos que são exercidos apenas com autorização do Estado e tornando confuso o entendimento dos Direitos para que não sejam confrontados ou reparadas as confusões legais.

BIBLIOGRAFIA

KANT DE LIMA, Roberto. Carnavais, malandros e heróis: o dilema brasileiro do espaço público. **O Brasil não é para principiantes**, 1ªed, Rio de Janeiro, FGV, 2000, v.1;

MENDES, Regina Lúcia Teixeira. **Igualdade à brasileira: cidadania como instrumento jurídico no Brasil**, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005.