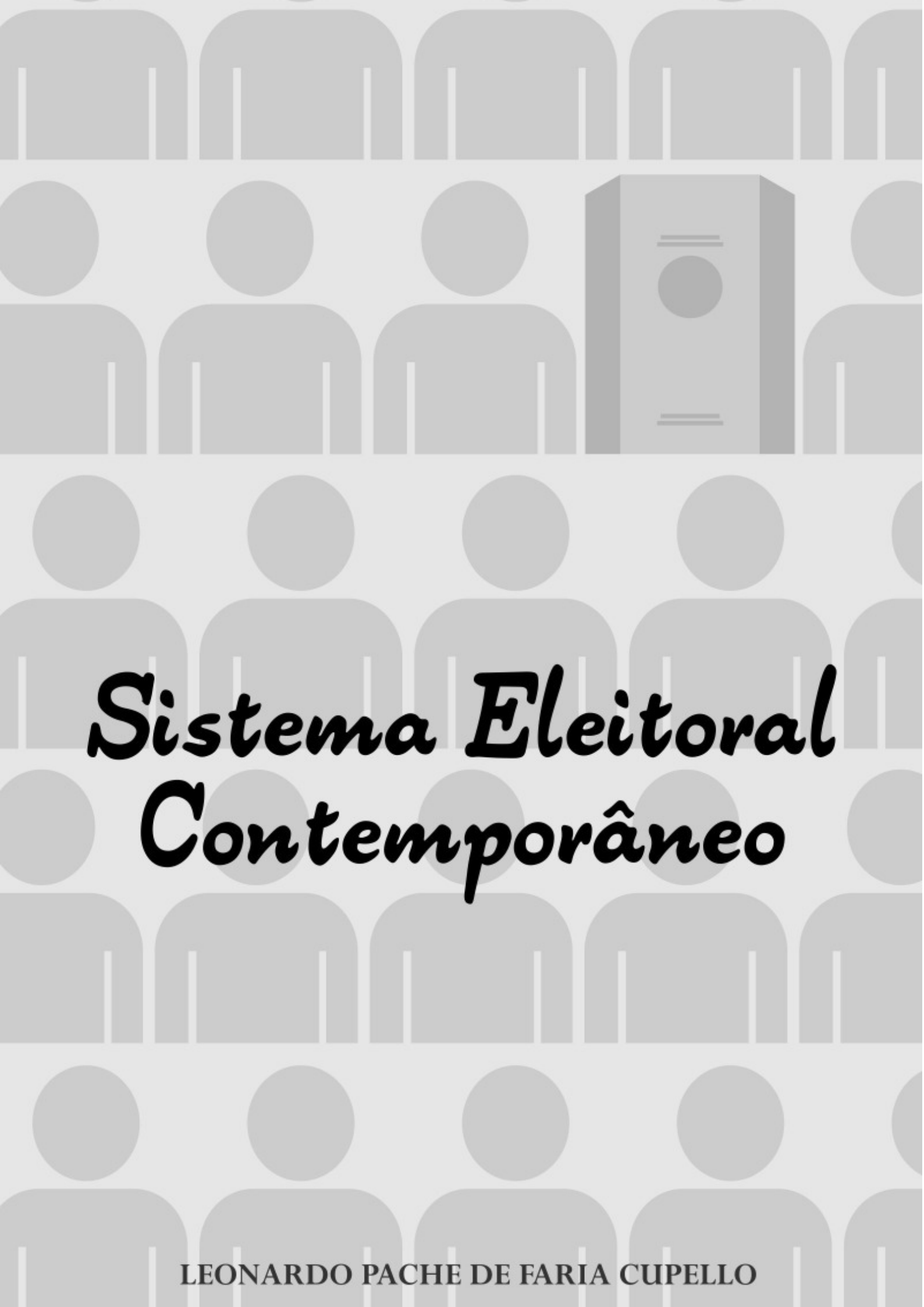


The background of the cover features a repeating pattern of stylized human figures in light gray. In the upper right quadrant, there is a larger, more detailed illustration of a ballot box, also in light gray, which stands out from the repeating pattern.

Sistema Eleitoral Contemporâneo

LEONARDO PACHE DE FARIA CUPELLO

Sistema Eleitoral Contemporâneo

1ª EDIÇÃO

LEONARDO PACHE DE FARIA CUPELLO

Copyright © Leonardo Pache de Faria Cupello, 2021

Reservados todos os direitos. Nenhuma parte desta obra poderá ser reproduzida por fotocópia, microfilme, processo fotomecânico ou eletrônico sem permissão.

DEDICATÓRIA

Dedico esta obra primeiramente a Deus, aos meus pais Raphael Cupello e Saisyl Cupello, bem como, a minha esposa Luciana Cupello e as minhas filhas Giovanna e Isabella.

SUMÁRIO

DEDICATÓRIA

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

TÍTULO I - EPISTEMOLOGIA DO SISTEMA ELEITORAL.

CAPÍTULO I – TEORIA COGNOSCITIVA E DINÂMICA DO SISTEMA ELEITORAL

§1º Conceção Ética do Sistema Eleitoral

§2º Comunicação do Sistema Eleitoral

§3º Influência dos Valores e os Princípios Fundamentais

CAPÍTULO II – ESFERAS DO SISTEMA ELEITORAL.

§4º Formação dos Subsistemas Eleitorais

§5º Baricentro no Sistema Eleitoral

CAPÍTULO III - CONSTRUÇÃO DO SISTEMA ELEITORAL

§6º A Função ética social do Fato Jurídico Eleitoral

§7º Integração ética social do Sistema Eleitoral

TÍTULO II - CONTROLE ÉTICO SOCIAL DO SISTEMA ELEITORAL

CAPÍTULO IV - RACIONALIDADE DO SISTEMA ELEITORAL

§8º Universalização dos Sistemas Eleitorais

§9º Sistema Binário Eleitoral

§10 Críticas ao Sistema Ético Social do Sistema Eleitoral

CAPÍTULO V - RECOMPOSIÇÃO DO SISTEMA ELEITORAL

§11. Catálogo de Valoração Ética

§12 Perspectivas do Sistema Eleitoral Contemporâneo

TÍTULO III - CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

TÍTULO IV - BIBLIOGRAFIA E ANOTAÇÕES DE RODAPÉ

INTRODUÇÃO

O exercício da democracia no Estado soberano tem como fundamento a vontade da “consciência ética coletiva” e esta se concretiza com a escolha transparente e legítima por parte dos cidadãos daqueles que irão governar, como sendo representantes do povo, de modo que possa existir uma alternância do poder político, com o fim de atender às expectativas do desenvolvimento: social, econômico, jurídico, etc. de um povo: ‘bem comum’. Assim, o “Sistema Eleitoral” correspondente deva ter como paradigma um conjunto de subsistemas capazes de atender o referido ‘bem comum’ de uma comunidade e, nesses termos, cite-se os seguintes subsistemas: «fato jurígeno eleitoral; valor – ética eleitoral –; princípios eleitorais; política pública de formação; norma eleitoral; política pública de efetivação; e bem comum». Além disso, dá-se destaque o baricentro do ‘Direito Eleitoral’ que é o ‘Estado Democrático de Direito’ e, também a ‘consciência ética coletiva’ que interliga todos os subsistemas jurídicos do modelo eleitoral mencionados.

Nesse jaez, importa em contemplar na constituição do sistema jurídico eleitoral a sua composição ética e social, como sendo um fator determinante do controle do poder Estatal, além de acentuar de forma especial, a perspectiva da ação do Estado ao dirigir sua política pública. Portanto, o objetivo desse estudo consiste em trazer uma exígua contribuição científica pela qual possa traduzir na necessária presença do subsistema axiológico na formulação do Direito Eleitoral e de seu eficaz atendimento, consoante o interesse da consciência social ao perseguir em primeiro plano o seu próprio desenvolvimento sistêmico eleitoral e em seguida ou concomitante o desenvolvimento de outros sistemas consagrados no universo – econômico, político, etc. –, decorrente da plena e constante comunicação entre todos.¹

Como fonte inspiradora em primeira reflexão, a nossa proposta de adequação do tema é propor a construção de um sistema jurídico eleitoral a partir do exame da definição de sociedade e a sua consciência ética nesse processo de decisão

¹ “O Direito Eleitoral é um conjunto de normas jurídicas que regulam o processo de alistamento, filiação partidária, convenções partidárias, registro de candidaturas, propaganda política eleitoral, votação, apuração, proclamação dos eleitos, prestação de contas de campanhas eleitorais e diplomação, bem como as formas de acesso aos mandatos eletivos por meio dos sistemas eleitorais”, Ramayana, Marcos, “Direito Eleitoral”, Ed. Impetus, p.17.

política que fundamenta a função e a eficácia do ‘Direito Eleitoral’ quanto a sua legitimidade. A propósito, mediante esse mecanismo de comunicação social expõe os vícios porventura existentes em algum subsistema e a correspondente resposta mediante autopoiese de sua necessária reconstrução. Na sequência serão apresentados exemplos de casos concretos de patologia nos subsistemas e a sua relação dialética com o componente pessoal de cada subsistema, pois a importância de empreender o sentido de distribuição equânime de justiça social – «princípio de equidade» – é encontrar o equilíbrio – «princípio da proporcionalidade substancial» – entre a ordem pública e os direitos fundamentais da cidadão: em peculiar, v.g., ‘o sufrágio universal, bem como o voto direto e secreto, com valor igual para todos’.² Nesse contexto, a fluência da «técnica de execução jurídica» com o «princípio de eficiência» do Estado se tornam um meio de atender esse processo de galvanização de algum subsistema em crise para efeito de sua terapia – diante de sua entropia – refletindo na melhor orientação peculiar quanto à resolução de seus dilemas ou riscos que se apresentam. Por conseguinte, na composição do sistema jurídico eleitoral terá em seu arcabouço de subsistemas um fator de frequente alteração de suas resoluções: a «realidade», numa perspectiva ontológica, por ser um fenômeno de natureza instável e, portanto, é modificada a todo o instante, em razão dos fatos sociais se sucederem no decorrer do tempo. É nesse matiz que a ação social do Estado exerce o seu poder político ao desencadear a introdução de novas normas que porventura elas venham regular a conduta do cidadão ou mesmo do próprio Estado.

No desenvolvimento dessa temática importa destacar que o fenômeno social proeminente se torna realidade quando a consciência ética e coletiva distingue a sua importância, no atendimento de suas aspirações e por corolário na busca incessante do «*bem comum*». Assim, parte-se da concretude de um «*fato*» sem significação social, evolui-se para um que tenha efeitos ético-sociais relevantes – «*fato jurígeno*» – e se encerra no fato subsumido pela norma, se denominando, por sua vez, «*fato jurídico*».

² Conforme acentua Ramos, Gisela Gondin, ao destacar sobre os “Princípios Constitucionais Especiais de Direito Eleitoral e Partidário: ...ressaltamos como princípios constitucionais setoriais do Direito Eleitoral, aqueles princípios que estruturam e conferem sentido no ordenamento jurídico eleitoral, densificando suas normas: princípio da anualidade ou anterioridade da lei eleitoral; princípio da liberdade partidária; princípio da autonomia partidária; princípio da fidelidade partidária; e o princípio da universalidade do sufrágio...” – “Princípios Jurídicos”, Editora Fórum, pp. 523/530 –.

Dessa forma, a trajetória do «*fato*» constitui a evolução e a significação do Direito: seu perfil fomenta uma interação entre o acontecimento natural ou mesmo voluntário de um indivíduo desde a sua formação, porém tem o seu significado social atrelado a influência da consciência ética coletiva.³ O papel dos valores da sociedade – espírito axiológico acentuado – influi de sobremaneira na caracterização do fato como não sendo uma ocorrência tão somente casual, mas de efeitos futuros e históricos que poderão ser ou não permanentes. No decorrer dos tempos a sociedade contribui com a sua consciência ética coletiva ao exsurgir na formatação do Direito, impondo o seu caráter de modelador ao insculpir em cada momento zetético a formação do Estado e por consentâneo de que forma este deverá exercer o poder: se terá ou não um caráter legítimo, em sintonia com os anseios do povo pelo qual o representa.

Em realce na «*trajetória do fato*», dá-se o primeiro exame na realização de um *fato* que em determinado átimo histórico inexistente repercussão social e destarte o seu perfil se aprimora num modelo que só atende ao interesse individual ou de acontecimentos decorrentes da natureza e não coletivo.⁴ Nessa significação, o *fato* ingressa num processo deôntico isolado, surgindo por consequência a sua limitação quanto ao seu alcance jurígeno. Em sentido oposto, o fato socialmente relevante tem voz e luz próprias irradiando sob os olhares de toda a comunidade e que merece afinal ser promovido em destaque, ao ser tipificado ulteriormente por uma norma: «*fato jurídico*», ou seja, torna-se referência a ser regulada pelo Estado. Esse caráter jurígeno se alastra pelos sentidos do corpo social resultando na valoração do espírito criativo e imanente que convém a todos que atentem da importância desse fato social, pois irá traduzir em melhorias – ou não – para o seu «*bem-estar*». Em razão da função de sua existência, o fato social se torna objeto de exame pela comunidade: das suas complexidades conjunturais, devido terem efeitos futuros relevantes. A propósito, o seu sentido jurígeno vem acompanhando desde a sua origem o seu desenvolvimento cultural e ético, traduzido na expressão latina “*ubi societas ibi jus*”. Na realidade social condiz com o tempo e o espaço que lhe segue, aproximando os grupos ou mesmo os afastando do propósito do

³ FATO → FATO JURÍGENO ELEITORAL → FATO JURIDICO ELEITORAL.

⁴ “*O fato histórico é singular e o sociológico é geral: essa dimensão de uma ou outra ciência é que se faz da História uma disciplina individualizadora e da Sociologia uma disciplina generalizadora, conforme ensina Gilberto Freire*” – Newton Fernandes, Getúlio Chofard in *Sociologia Criminal*, p.61, Ed. São Paulo.

Estado em sua regulação: fomentando este mecanismo próprio de ajustamento de conduta ao permear com o Direito a tarefa de assunção de suas responsabilidades, com todos aqueles que se encontram sob o seu império. O pacto social instrui como sendo a medida certa tornando o fato incipiente em visível, no olhar de todos que se envolvem com seus sentidos, naturais ou mesmo gnosiológicos. A partir do conhecimento do fato – do ser – e ultrapassando sua valoração metafísica pela comunidade, ao proporcionar um perfil apto a lhe conferir a assunção de fato jurígeno, com característica de repercussão ontológica, mas luzente quanto ao seu modelo de abstração, desnaturando o seu caráter isolacionista de entendimento. No destaque da geografia humana, perfil psicológico do sistema orgânico, ou da geografia cultural, contribui para a evolução do Direito a partir da densidade de valores presentes na comunidade, pois se aprimoram no decorrer dos tempos, contribuindo na formação de um significado especial aquele fato de repercussão pelo qual determina o sentido social do termo. O fato jurígeno eleitoral condiz nas influências da maneira de ser, agir e sentir de uma comunidade, perfazendo uma consciência ética coletiva voltada ao desenvolvimento não só material, mas espiritual de um povo. A distribuição equitativa de bens na comunidade compreende o interesse social dominante, instruindo como supedâneo para a formação de raízes na relação entre a comunidade e o poder do Estado. Por conseguinte, o fato jurígeno eleitoral torna-se elemento de avaliação da comunidade para com o Estado e a este, em suas diretrizes de apoio político, deverá refletir o fato jurígeno em suas ações: traduzidas em consonância com os desejos sociais acentuados. O caráter catalisador ético-social do fato jurígeno eleitoral compreende a sua essência, produzindo efeitos, em especial no relacionamento entre o poder Estatal e a Sociedade. O ser humano, por sua vez, não é só causa – excetuando quando se tratar de causas exclusivamente naturais – e efeito do fato social, mas também gerador de juízos de valor capazes de influir nas decisões políticas fundamentais do Estado. Aliás, na perspectiva antropológica do ser humano, além de ser ele estudado como um animal físico – *do homo sapiens ao homo faber* – é estudado também como um ser social – *homo loquens* – e as Instituições humanas devam adequar as suas decisões políticas à imagem dos valores ético-sociais dominantes. A coexistência social remete a ideia de justiça para todos e através dos fatos que permeiam a vida pública expõe o interesse comum em atender a consciência ética coletiva. A partir da ocorrência do fenômeno do fato provém qualitativamente o destaque do fato jurígeno ou denominado também de fato social de impulso ético e de alcance prospectivo jurídico ou de futura expressão normativa. A sociedade tem o seu espaço territorial normalmente delimitado

pelo poder Estatal, porém a sua consciência ética coletiva é dinâmica no decorrer dos tempos ou alterável, conforme for o seu efeito, diante do evento – fato jurígeno – de cada período zetético. Assim, não são estáticos os valores sociais da comunidade e esse entendimento tem razão de ser, pois o fato que surge a cada dia emerge do inesperado decorrente das forças da natureza ou da voluntariedade do ser humano e produz efeitos perante a comunidade que é seu objeto. A sinergia da sociedade no seu dinamismo advém da valoração de sua cultura e dos valores éticos que vão se transformando a cada fato social que vem surgindo. Nesse contexto, vem informando a todo o momento os conhecimentos adquiridos através dos instrumentos de informação fornecidos pelo Estado ou produzidos pela própria sociedade organizada. A esse processo de evolução ou involução social, conforme o paradigma e visão daqueles que tem o poder estatal ou mesmo que a sociedade reflita naquele instante histórico, tem o seu conceito cristalizado nas variações éticas de que sustenta a realidade: ciclo de identificação ético-social envolvente a partir de um fato reconhecido como jurígeno. Por consentâneo, temos, vez por outra, uma transformação social, porém nem sempre é considerada abrupta, pois esse segmento político-social se armazena e fomenta, com o transcorrer dos tempos, novas ideias que traduzem em vontade política fundamental do Estado ou mesmo ao contrário sedimenta uma realidade política que a torna apreciável, senão por todos, pelo menos pela maioria dos membros da sociedade. Nesse particular, o sentido de sociedade dinâmica se perfaz no envolvimento da realidade com um processo de transformação constante de compreensão da verossimilhança das normas existentes e que influem nas decisões das instituições políticas. Todavia, existem também as decisões políticas do Estado não condizentes com a realidade social, ou seja, na hipótese de a norma não acompanhar a realidade na formulação de determinado fato jurígeno que nega ou contraria a subsunção da norma vigente. Ademais, o perfil da sociedade influi de sobremaneira na definição do fato jurígeno e destarte, o seu sentido axiológico e cultural dominante no seu âmago irá definir se a norma jurídica vigente se encontra ou não em colisão com o novo fato jurígeno que se dispõe a sucedê-la. Por sua vez, no caso de alteração substancial dos fatores existenciais da norma vigente quanto a sua eficácia tornará o evento jurígeno apto à realização de seus efeitos e, que terá o seu percurso finalizado no surgimento de nova regra jurídica: substituindo a anterior e se adequando a vontade da consciência ética coletiva ao paradigma da realidade que lhe foi apresentado. Nesse diapasão, desde o nascimento do fato sem densidade ética-social envolvente, passando pela graduação do fato jurígeno, ou seja, com densidade ética-social prevalente e encerrando o seu ciclo na

realização do fato com intensidade ética-social dominante, transmutando, enfim em fato jurídico, com efeitos cogentes ou dispositivos, conforme for a natureza da norma, mas sempre com destaque à confecção dos pressupostos de legitimidade social e de obediência abstrata quanto ao seu preceito.

O fato como um acontecimento isolado é opaco, mas se tem perfil de reconhecimento social é histórico. A cada instante de nossas vidas verificamos que os fatos vão se sucedendo de forma espantosa e por equiparação a sociedade também acompanha essa sucessão de fatos de modo a valorar aqueles que se tornam mais importantes a fim de considerá-los fenômenos sociais com densidade ética luzente. O questionamento é saber: quem define e qual é o momento oportuno para a promoção do fato singular sem importância social ao transmutá-lo na contemplação de fenômeno social correspondente, ou seja, em fato jurígeno e subsequente formatação em jurídico? Para a conclusão dessa questão se deve aquilatar o paradigma de sociedade e Estado que se encontra envolvido, senão vejamos: se a sociedade é amparada na legitimidade de suas manifestações e o governo do Estado responde prontamente os seus reclamos, como *v.g.*, a liberdade é acentuada em todos os níveis sociais constituindo um processo democrático de amplo espectro erigindo, portanto uma sintonia entre o modelo de governo estabelecido e a comunidade organicamente a ele vinculada, se perfaz um nítido sistema calcado no ‘Estado Democrático de Direito’. Aliás, diante desse sistema, onde a sociedade, por ter um diálogo solidário com o governo do Estado – «princípio da equidade» –, e destarte existir uma iteração constante de ideais comuns, tornam ambos corresponsáveis na convação do fato incipiente em fato jurígeno e neste em fato jurídico, além de serem capazes de definir qual o momento dessas transformações se tornarem realidade. Todavia, se o Estado e a sociedade constituídos não têm essa convergência ou essa integração como o modelo acima e se o ambiente democrático não é efetivo, na hipótese, *i.e.*, de constrição no exercício do direito de liberdade de expressão ou qualquer outro direito e, por sua vez, demonstre a ausência de garantias que assegurem o exercício pleno desses direitos quando violados ilegítimamente, a conclusão que advém é de se tratar de um Estado sem o conteúdo ‘Democrático de Direito’ ou de um ‘Estado de Direito’, e, portanto materialmente injusto.⁵ Nesse contexto, quem definirá o percurso

⁵ “Lo que revelan las leyes . – Se cae en un error lamentable si se estudia las leyes penales de un pueblo como si fuesen una expresión de su carácter; las leyes no revelan lo que un pueblo es, sino lo que le parece extraño, raro, monstruoso, exótico. Las leyes tratan

do fato globalmente, ou seja, do fato sem repercussão ético-social significativa, passando pelo fato jurígeno até a sua formalização em fato jurídico é aquele que detém o poder político, seja qual for o poder plenipotenciário constituído na governança do Estado ou, mesmo aquele que detenha o poder através de eleições democráticas, porém ao executar as políticas públicas, assim o faz de forma discricionária sem qualquer controle ético-social efetivo. Por sua vez, da mesma forma, se pode afirmar que caberá ao governo constituído definir a época histórica da alteração do fato sem repercussão ético-social em jurígeno e deste em fato jurídico. Enfim, a relação estreita ou distante entre a sociedade – com os seus valores e princípios inseridos na sua atuação hodierna – e o Estado, com o seu governo constituído, irá representar no balizamento da trajetória do fato se esta será harmônica ou, ao inverso terá o seu significado de impositivo e atrelado por corolário ao temperamento decisório daquele que detém o poder político estatal.

Na construção dessa trajetória do fato tem como fundamento o interesse social relevante e no controle das decisões políticas que decorrem a partir da ocorrência de cada fato, a partir do jurígeno e, concluindo com o fato jurídico ou mesmo no momento da substituição do fato jurídico vigente, com a promoção do fato jurígeno que o antecedeu. A esse fenômeno de sucessão se perfaz, diante da dinâmica que a realidade social vai se alterando e a necessidade de criar novos modelos de conduta ou até mesmo modificando os modelos já existentes.

Com a realização dessa trajetória do fato e o realce de sua função social, o presente estudo em sua evolução irá adequar, por exemplo, à primeira vista o seu desempenho na formatação do «sistema eleitoral » e da «legitimação de sua estrutura»: muito embora o “*Sistema Jurídico Comunicante*” tem o seu alcance e a sua efetividade em qualquer «sistema» específico, além do «eleitoral, tais como o constitucional, civil, trabalhista, processual, etc. Assim, a partir do fato jurígeno que a sociedade considera relevante - «resposta social» - surge o interesse vital para iniciar o processo de «construção de um sistema jurídico» apto a tutelar o bem-jurídico, objeto do Direito correspondente. A propósito, esse bem que tem no seu núcleo a defesa social mediante controle: em função da hipótese de ocorrência do «abalo» ou risco considerável aos valores e aos princípios éticos subjacentes e que a sociedade valora como sendo

de las excepciones a la moralidad de las costumbres”- Friedrich Nietzsche, “La Gaya Ciencia”, Ed. Àkal, Barcelona, p. 95 -.

fundamentais na construção de seu sistema jurídico. Há insurgência contra fatos jurígenos que denigrem a plataforma ética predominante no meio social e que caberá portanto, o Estado construir um sistema que venha acompanhar a essa decisão social. Aliás, o bem jurídico não é apenas uma criação artificial Estatal a fim de demonstrar a expressão de seu poder político, além de proporcionar um direito subjetivo de sancionar qualquer pessoa que se encontra no seu território que venha atentar contra um dispositivo legal que venha protegê-lo, mas também e mais influente – conforme a hierarquia de níveis de valores naturais e éticos – a concretização da essência da origem do direito do poder estatal e que este é dependente do fator de legitimação social que o vincula. Com a demonstração dos limites do *jus regulandi* do Estado pressupõe a vontade concreta da sociedade em determinar quais são os «princípios e os valores» que a norma deva conter como expressão social e a sua efetividade ao obliterar a formação de um sistema binário ou antijurídico e, por corolário contradizendo com a consciência ética da comunidade que compõe o seu próprio contexto material a ser respeitado, traduzido na criação de normas sancionadoras. Assim, independentemente da corrente conceitual de bem jurídico a ser inspirada – positivista, neokantiana, ontológica ou funcionalista – se deve considerar o processo de formação de decisão social quanto ao seu estágio de desenvolvimento e de sua correspondente legitimação perante o poder político do Estado e que afinal caberá a este formular normas que disciplinem essa decisão social e o seu contexto de justificação, no tempo e no espaço.

Em sequência nessa mesma plataforma científica dá-se o exame a partir da integração social do ‘Sistema Eleitoral’ e o seu mecanismo de racionalidade do ‘Sistema’ através de um controle ético-social, mormente em razão da violência institucional ilegítima que o Estado, na maioria das vezes tende a praticar ao instituir v.g., uma política que não atende aos reclamos da sociedade. A propósito, dar-se-á importância também nesse ensaio, a exemplificação de “Sistemas Eleitorais” em vários países do planeta, configurando dessa forma o quão é essencial constituir um projeto de poder político Estatal, através da manifestação do povo, no processo de escolha dos seus governantes.

Por conseguinte, paradoxalmente, ultrapassando a crítica desse sistema ético-social hodierno, ora proposto nesse estudo, sob olhares de um Estado ortodoxo , para alcançar a compreensão do seu fundamento, diante do objetivo da realização de ‘Recomposição do Sistema Eleitoral’, como fator de ‘Resposta e Construção do Sistema

Eleitoral Axiológico', ao modelar um 'Catálogo de Valoração Ética Normativa' até o seu aperfeiçoamento quanto à substituição da aplicação da sanção, por meios preventivos ético-sociais que traduzem numa perspectiva contemporânea de um 'Sistema Eleitoral' voltado a eliminação ou redução drástica de sua ilicitude.

TÍTULO I - EPISTEMOLOGIA DO SISTEMA ELEITORAL.

O “Sistema Jurídico Comunicante”, incluindo o ‘Sistema Eleitoral’, tem seu significado epistemológico construído no conhecimento de respostas de questões formuladas a serem entendidas com um propósito de dignificar a produção de uma ciência capaz de trazer à discussão problemas complexos da realidade social – ontologia –, em especial aos fenômenos sociais, políticos, econômicos, etc.⁶ Portanto, numa metodologia dedutiva apta a resolver ou mesmo indicar uma trilha segura que traduza na manutenção da segurança jurídica do próprio sistema eleitoral, objeto desse estudo. Assim, temos as seguintes questões a serem respondidas: «aonde; quando; como; e porque (ou motivo)». Diante dessa abordagem, o “Sistema Eleitoral” tem seu ambiente primário num ‘Estado Democrático’ – aonde –; em qualquer período histórico que assim seja identificado, devido esse sistema ter como natureza jurídica ser dinâmico e não estático – quando –. Por sua vez, na formação do “Sistema Eleitoral” é caracterizada pela introdução de subsistemas interligados entre si através da consciência ética coletiva, fomentando um direcionamento finalístico – como –, qual seja atender ao ‘bem comum da sociedade’ – porque ou motivo –. Enfim, englobando esses fatores ao serem respondidos, dá-se azo ao entendimento de que perfil de Estado estamos tratando: por consentâneo quando relacionarmos este com o “Sistema Eleitoral”, devido esse mecanismo social e jurídico é voltado atender às expectativas do cidadão em todas as suas dimensões.⁷

⁶As questões de investigação científica deverão ter como supedâneo a criação de perguntas que identifiquem em primeiro passo o objetivo geral a ser focado e, depois nas subáreas de interesse estabelecer hipóteses de pesquisa que tenham relação com as perguntas e afirmações que tenham de ser respondidas e testadas, conforme prevê a lição de *Andrew Summer and Michael Tribe*: “... *How are the aims and objectives and the research questions formulated? Aims tend to be a general focusing of the research problem into a sub-area of interest, and then objectives make the overall aims specific through research questions and hypotheses which identify the questions and statements which are to be answered and tested...*” – “*The Nature of Epistemology and Methodology in development studies: what do we mean by ‘rigour’?*” – Paper prepared for: ‘*The nature of Development Studies*’, DSA Annual Conference, ‘*Bridging research and policy*’, Church House, London, 6 November 2004, p. 9.

⁷ “Não se pode, hodiernamente conceber-se um Estado de Direito dissociado da afirmação e da garantia dos direitos políticos a seus cidadãos, o que está em plena consonância com os ideais de justiça e de democracia”, Costa, Daniel Castro Gomes da, “Curso De Direito Processual Eleitoral”. Ed. Fórum, p.31.

CAPÍTULO I – TEORIA COGNOSCITIVA E DINÂMICA DO SISTEMA ELEITORAL

§1º Concepção Ética do Sistema Eleitoral

No exame da trajetória do fato há por bem refletir sobre o significado de sociedade e sua repercussão com o ambiente que envolve a personalidade do homem. A convivência uniforme e solidária dos homens, interagindo de forma consciente a um fim adequado as suas necessidades, objetivando as relações de reconhecimento e de valores comuns que abrangem o seu universo representa o sentido de sociedade, em termos descritivos. Dessa forma, dentre os seus pressupostos, a consciência ética coletiva é a que promana da integração entre valores sociais – axiologia – e consciência ou vontade livre dirigida ao seu desenvolvimento político, econômico, cultural, etc... Portanto, na construção de uma sociedade inspirada num modelo de evolução constante passa necessariamente pelo reconhecimento de seus valores éticos comuns ou pelo menos admitidos pela maioria da população e a coparticipação ou solidariedade efetiva dos seus membros na busca de obtenção de resultados, sejam eles atendidos ou não, representando, enfim, a parcela humana do Estado. Todavia, para se considerar a sociedade como uma entidade com personalidade própria deva ser pacífica e voltada aos desígnios do bem comum. A propósito, é nessa interação social que volvem os fatos sem repercussão social luzente para as que contêm esse significado dando margem a formação dos fatos jurídicos. Conquanto no desenrolar do progresso do Estado o seu ambiente deverá ser favorável à formulação da norma jurídica e, portanto o percurso factual desde o surgimento do fato sem destaque pela consciência ética-coletiva, passando pelo fato jurídico deverá configurar a legitimidade como elemento propulsor. Nessa abordagem, a legitimidade compreende a influência da comunidade nas decisões políticas do Estado, em especial na formulação das normas jurídicas. A coesão da consciência ética-coletiva dominante, com a formatação de política pública se insere também nesse contexto para a criação da norma jurídica, inclusive de natureza eleitoral. Na consistência do conjunto dos fatos sociais emergentes – jurídicos – sinaliza o anseio da sociedade em enriquecer o ordenamento jurídico ao revitalizá-lo. É nesse controle ético-social constante que o processo legislante se torna permeável à vista de todos e que cabe ao Estado criar o ambiente propício para a interação entre as suas Instituições e a sociedade. Aliás, a evolução do sistema normativo eleitoral torna-se evidente, se este acompanha com mais rapidez a realidade e por consentâneo os fatos jurídicos se multiplicam e substituem o

sistema normativo vigente num contexto dinâmico apto a promover uma demanda que atenda a consciência ética-coletiva. Dessa forma, para a compreensão do caráter legítimo do Poder Político Estatal advém do atendimento da ‘Tomada de Decisão’ (TD) da “Consciência Ética-Coletiva (CEC)” e que se propõe a torná-la apta à produção dos seus efeitos jurídicos. Nesse particular, o “Subsistema das Políticas Públicas” exerce a sua função de selecionar os “Princípios e os Valores Éticos (Subsistemas do Direito)” fundamentais que a sociedade considera importante, num determinado momento histórico. Assim, o propósito é a conciliação entre a vontade política do Estado e o interesse social, conforme a sua ‘Tomada de Decisão’ (TD).⁸ Aliás, é importante definir minimalisticamente “Políticas Públicas” como sendo “intervenções planejadas do poder público com a finalidade de resolver situações problemáticas, que sejam socialmente relevantes (fato jurígeno)”. Há, portanto, nessa definição, três expressões carregadas de significados. São elas: intervenções planejadas, poder público e situações problemáticas socialmente relevantes. No que diz respeito à primeira expressão, a existência de uma “Política Pública” pressupõe a existência legitimada de uma capacidade mínima de planificação no aparelho de Estado, seja do ponto de vista técnico, (capacidade de gestão, em sentido amplo), seja do ponto de vista político (legitimidade). No que diz respeito à segunda expressão (poder público), sua existência dependeria, também, de uma estruturação republicana da ordem política vigente, ou seja, coexistência e independência de poderes e vigência de direitos de cidadania. Esse elemento “componente” da definição tem extrema importância para a consideração da terceira expressão, uma vez que a identificação e a delimitação daquilo que é socialmente relevante, dependem de uma certa capacidade coletiva de formulação de agendas públicas. Depende, também, da existência de um Estado com capacidade de resposta a demandas sociais, da formalização e da institucionalização dos direitos de cidadania; e da existência de uma cultura política compatível com tais princípios.

Diante dessa definição de ‘Políticas Públicas’, ela se aperfeiçoa quando o ‘Poder Público’, ciente da situação socialmente relevante (fato jurígeno) de forma

⁸ A “Tomada de Decisão” (TD) constitui o resultado do ‘Poder do Estado’, na acepção de Torquato Jardim: “*Poder é uma relação sociopsicológica fundada em um efeito recíproco entre os que detêm e exercem o poder e aqueles a quem se dirige o poder. Esse poder político é exercício de controle social, é a capacidade de tomar ou determinar uma decisão e de obrigar o seu cumprimento*”, Direito Eleitoral Positivo, Ed. Brasília Jurídica, pág.49.

legítima, ou seja, de acordo com a ‘Tomada de Decisão (TD)’ da “Consciência Ética Coletiva (CEC)”, intervém com o planejamento eficiente na formulação e execução de ambientes democráticos propícios à execução da ‘atitude’, consoante o ‘Processo de Cognição’ estabelecido pelo interesse social prevalente. No entanto, quando o ‘Poder Público’ atua disforme a essa ‘Tomada de Decisão (TD)’ da “Consciência Ética Coletiva (CEC)”, ou seja, tem como característica em suas decisões a natureza de serem ‘Ilegítimas’ forma-se o “Subsistema Binário” e, portanto, a sua reconstrução política (‘autopoiese’) constitui o meio de eliminar a configuração desse vício.

No contexto da “Psicologia Cognitiva”, a “Tomada de Decisão (TD)” pode ser considerada uma função cognitiva fundamental para uma satisfatória interação do indivíduo com seu contexto social. Diariamente as pessoas são requeridas a decidirem entre diversos cursos de ação, onde nem sempre a opção mais favorável encontra-se evidente. Isto exige do ser humano, não somente perspicácia na hora de solucionar tais dilemas cotidianos, como também flexibilidade ao considerar cada situação individualmente, suas características e consequências, em um tempo presente e futuro (Palmini, 2004). Assim, dentro do paradigma cognitivo, a TD é definida como uma função complexa que envolve a escolha entre duas ou mais opções, demandando a análise das características dessas opções e a estimativa de consequências futuras acarretadas pela escolha (Ballesteros Jimenez & Garcia Rodríguez, 1996; Eysenck & Keane, 1994; Medin & Ross, 1992; Plous, 1993; Tversky & Kahneman, 1974). No entender de Antonio Damasio (1996), o processo de decisão supõe que o indivíduo conheça: (a) a situação que requer determinada decisão, (b) as distintas possibilidades de ação, e (c) as consequências imediatas e futuras de cada uma destas ações. Dessa forma, esta decisão do indivíduo deverá ser racional e, portanto, requer também os requisitos de ‘expectativa; motivação; incentivo e atitude’. Nessa importância, a cada ação deverá gerar uma ‘expectativa’ de um resultado futuro que concilie ou mesmo seja adequada com a decisão tomada. Apresentar-se ‘motivada’ a ação, em função do conhecimento da situação surgida e que requer uma decisão. O ‘incentivo’ da tomada de decisão: intimamente vinculado com os pressupostos anteriores e voltado ao resultado que se espera, após a decisão tomada. E, por último, a ‘atitude’ que consiste na materialização ou concretude da ação da decisão então conhecida.

Com base nessa “Psicologia Cognitiva” do indivíduo de “Tomada de Decisão (TD)”, o presente estudo irá se transportar para o exame particular da “Tomada de Decisão” da “Consciência Ética Coletiva (CEC)” – como sendo um elo de vínculo entre os Subsistemas do Direito –, a partir do estudo da “Teoria dos Sistemas” e do “Sistema Binário”, com o intuito da compreensão do “Controle Social” exercido pelo Estado, na formulação de normas, na proteção de bens jurídicos.

Por sua vez, no que se refere ao “Controle Social” do Estado, este se encontra vinculado à ‘Tomada de Decisão (TD)’ da “Consciência Ética Coletiva (CEC)”, pois cabe a sociedade optar que bens jurídicos devam ser protegidos, num determinado local e momento histórico importante. Assim, por exemplo, se determinado fato for considerado ilícito (Sistema Binário) pela “Consciência Ética Coletiva” em que afeta consideravelmente os seus “Valores Éticos e Princípios” (Subsistemas Binários) fundamentais ao ponto de em última *ratio*, o bem jurídico afetado tenha que ser protegido pela formulação de uma norma, há por bem enfim instituir um ‘Controle Punitivo’, porém que atenda não só a ‘Tomada de Decisão (TD)’ da “Consciência Ética – Coletiva (CEC)”, mas também não afaste o atendimento dos ‘Direitos Fundamentais’ inerentes ao agente que praticou o fato ilícito considerado pelo ‘Poder Público’ e, em consonância com a ‘atitude’ da sociedade, conforme o seu ‘Processo de Psicologia Cognitiva’. Dessa forma, o que importa que haja uma ‘Proporcionalidade’ na execução das “Políticas Públicas (Subsistema do Direito)”: principalmente quando estão em situações contrapostas o ‘Poder Punitivo Estatal’, tais como, por exemplo, os ‘Direitos Individuais dos agentes consagrados em sua defesa no “*due process of law*”’. Aliás, estes últimos se encontram no baricentro ou núcleo do “Sistema do Direito” e que devam ser tutelados pelo Estado. Portanto, esta decisão política deverá estar em conformidade também com a ‘Tomada de Decisão (TD)’ da “Consciência Ética – Coletiva (CEC)”, pois esta tem nos “Princípios” rígidos da ‘Democracia’, um dos seus deveres: a defesa e o respeito aos “Direitos Humanos”.

§2º Comunicação do Sistema Eleitoral

A valorização do ser humano provém do interesse do Estado em criar um sistema político apto a realizar o «*bem-estar*» social e para tanto o respeito aos valores ético-sociais compreende o sustentáculo de harmonização do próprio ordenamento jurídico que é decorrente. Portanto, no afã de se criar um modelo de

conduta normativamente exigível, o Estado deva amparar suas decisões políticas primordialmente no valor ético-social e a razão se encontra desde o surgimento do fato reconhecido pela comunidade como relevante a se tornar substrato de integração ao ordenamento jurídico. Assim, a ideia de valor ético-social se consubstancia no «*bem-estar*» social e que poderá ter uma dimensão mais abrangente se considerarmos que o sistema social é um sistema vivente e se pauta nos valores humanos, ou seja, na formulação da reconhecida bioética.⁹ Portanto, é nas ações do homem em sociedade que torna a concretização do sistema jurídico ser possível e a evolução do Direito consolida essa dependência. A propósito, no Direito Eleitoral exsurtem várias manifestações da consciência ética coletiva que servem de supedâneo, tais como, a escolha pelo povo dos seus governantes, com a transparência ética ou mesmo o afastamento deles, conforme a vontade popular, quando não atendem as suas expectativas. Aliás, afastar-se da ‘justiça formal’ exclusiva, nem que pelo menos seja ‘estática’ é um argumento a ser refletido, entretanto dá-se realce a distinção dos três elementos da justiça citada por Perelman: “o valor que a fundamenta, a regra que a anuncia e o ato que realiza”.^{10 11} O valor provém da escolha da «consciência coletiva»; a regra que a anuncia perfaz na «justiça estática»; e a aplicação correta da norma consubstancia na «justiça formal», pela qual a lógica tem no seu melhor instrumento de concretude. Desta forma, podemos assentir que a norma (inclusive eleitoral) é o resultado de um processo de escolha de valores éticos advindo da «consciência coletiva» - vetor ético-social -V¹- e que com a sua valoração contribui no surgimento da «justiça estática» - vetor de regulação - V² - a fim de atender a consolidação do intento da norma: a «justiça formal» - V³- vetor aplicativo -. Ao atuar, portanto, essa

⁹ O professor Fabríz, Daury César, ao dispor sobre a bioética, preceitua: está relacionada a todas as atitudes humanas, a tudo que cerca o homem ou a ele diz respeito, a Ética fornece as indicações mais condizentes no que se refere às ações do homem em sociedade. Bioética e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Mandamentos. p.78.

¹⁰ A justiça formal, na acepção de Perelman, Chaïm, consiste em observar uma regra que contém uma obrigação de tratar de certa maneira todos os seres de uma determinada categoria, ou seja, se resume, pois simplesmente à aplicação correta de uma regra. Por sua vez, a justiça material é a regra das regras de uma sociedade, ela é que vem dar um valor moral ao respeito por regulamentos de todas as espécies, mesmo quando estes não são ainda, por si sós, regras especificamente morais. Logo, ela é, por excelência, a regra moral responsável, pela própria existência do grupo social, um a vez que ela é o que acarreta um demérito moral do autor de qualquer infração às regras desse grupo, de qualquer natureza que sejam, aliás, essas regras. Ética e Direito. São Paulo: Martins Fontes. pp. 44-50.

¹¹ Perelman, *op. cit.* p. 63.

tríplice-integrada dimensão constrói a justiça institucional – JI – que perfaz o dinamismo evolutivo da norma. Dá-se, por conseguinte, o axioma: JI ($V^1 \rightarrow V^2 \rightarrow V^3$). Enfim, o parâmetro da justiça institucional tem nesses elementos dispostos à relação entre a proposta social relevante e o alcance do resultado objetivo da norma.

A formulação de uma teoria parte do pressuposto que os seus princípios regentes sejam adequados ao sentido de legitimação que conflui à comprovação de uma fórmula doutrinária em seu sentido formal e também substancialmente concreta. A razão está em estabelecer um liame entre o interesse meramente particular do estudioso ao interesse socialmente relevante. Nesse diapasão, as escolas de o estudo do Direito Contemporâneo têm sido criativas na abrangência de suas proposições dogmáticas. A propósito, em especial no estudo das ciências jurídicas, a reflexão sobre determinado instituto bem realça a possibilidade da construção de uma diversidade de raciocínios que ajusta ou tempera o seu significado jurídico. Nessa compreensão, por exemplo, a valência do substrato do bem jurídico e sua relevância para a compreensão da difusão de a norma segmentam vetores capazes de instruir e confeccionar o modelo de conduta social repugnada pela «*consciência coletiva*». Para tanto, devemos acentuar no Estado o seu ideal ético-social, justificando a sua criação, e diante da realidade pela qual convive erigem meios – com volição democrática – capazes de perseguir uma tendência de avanço em suas diversas áreas de atuação. Aliás, a técnica jurídica usada para atingir este objetivo varia entre os diversos Estados e sua implementação dependerá da vontade política e da legitimidade de suas propostas a serem auferidas pela população. Assim, não acreditamos na dissociação entre o pensamento teológico, moral ou político do Estado com o positivismo implantado direta ou indiretamente por aquele grupo ou indivíduo que detém o poder. Isolar o ordenamento jurídico de sua vida social é torná-lo distante de sua consciência ética. Assim, o modelo escolhido na formação da Instituição Estatal cria a concepção de governo que pretende ser exercido e a conservação dos princípios democráticos dependerão do surgimento dos fenômenos sociais que influirão nas ulteriores decisões políticas dos seus dirigentes. A propósito, pergunta-se: mas que técnica teria o condão de compatibilizar, *v.g.*, entre o pensamento ético-social e a vontade dos dirigentes? A resposta desta questão advém da descoberta dos valores essenciais que a sociedade considera como inevitáveis de serem discutidos. Se o esforço comum é realizar o «*bem-estar*» social crê-se na indeclinável submissão da vontade individual em benefício da

vontade coletiva. No entanto, o programa a ser instituído em favor da sociedade deverá ter em seu contexto o sentido ético a fim de não menosprezar o universo subjetivo do ser humano. A cooperação entre os vários setores organizados da sociedade – «*equidade*» – dará as imprescindíveis informações para que se infunde um programa viabilizando politicamente a construção de um ordenamento jurídico que atenda a vontade coletiva e, portanto, requer a importância do engajamento de cada pessoa por si, atendendo à meta única: «*a partir do desempenho individual voltado ao desenvolvimento comum*». A tarefa é de atingir a estabilidade social e o sacrifício individual é natural, porém há limites quanto ao império da vontade coletiva. A partir da investigação do padrão de comportamento dos indivíduos haverá a seleção de ações sociais que evitem produzir efeitos contrários aos valores fundamentais enraizados na própria comunidade. A função social é valorar os fatos e adequá-los ao comportamento solidário das pessoas proporcionando o Estado a «*eficiência*» na execução de suas decisões políticas. Por outro lado, o experimento da vida social cria uma interdependência entre as pessoas de modo a conduzir cada fato uma questão de consequências gerais e a abstração do alcance dessa decisão política dependerá da ponderação de todos os envolvidos. Diante desse fenômeno social articulado gera a decisão política fundamental da criação do Estado. Nos Estados em que optaram pela concentração dessa decisão política em um único documento: a Constituição escrita constitui o reflexo da decisão política daqueles que representam em determinado momento histórico à vontade de um povo. A partir de então valores ético-sociais são impregnados em todo o contexto da Carta fundamental possibilitando cada cidadão interpretar o exercício de sua participação solidária. Aliás, cada Estado convive com a sua realidade social e o seu plano de orientação jurídica – modelo ideal – está no supedâneo da valoração permanente dos fatos que se apresentam e o surgimento desses valores éticos compreende no resultado dessa valoração. Dentre esses valores éticos valorados “*in concreto*” pelo ordenamento jurídico dá-se ênfase nesse artigo à tutela do bem jurídico. Portanto, a partir da ordem natural e da valorização do ser humano e do respeito aos valores essenciais à sua própria existência frente ao universo que o cerca e da regulação deste desdobramento que extravasa do sentido individual-subjetivo alcançando o coletivo que nos leva, afinal, a concordar da conversão do valor natural num valor ético-social a ser tutelado pela ordem normativa. Aliás, o fundamento de a tutela deste valor ético-social concentra-se na visão de defesa de bem jurídico proporcionando objetivamente um bem-estar social consagrado numa ordem imperativa

global. Nesse sentido, a evolução ética em destaque pressupõe a influência do direito natural ao direito positivo possibilitando consequentemente a fixação de uma efetiva coercibilidade na proteção desse direito material. Temos então a configuração de um bem jurídico tutelado pelo Estado, contendo no contexto normativo a coercibilidade correspondente: valorando o interesse ético-social ao direito individual, e este com a conexão causal naturalística. O assento desse enfoque é extensivo a qualquer panorama jurídico instituído, considerando o princípio da *«racionalidade das ordens jurídicas»* firmado pela lógica e harmonia dos padrões normativos e adotando o sentido teleológico do direito: sem uma base *jusnaturalista* os critérios de opção normativa do constituinte ou do legislador se tornariam ilegítimas tornando ineficientes os objetivos do Estado em atender o bem-comum.¹² Portanto, independente da *«teoria da imputação»* – “o Estado como ‘centro de convergência’ de todos os atos qualificados como estatais e com reflexo independente da pessoa que o emanou diante da sua autonomia jurídica abstratamente considerada” – é dado relevo, entretanto, o resultado da regulação normativa e não da fonte natural ou moral que o emanou. Se, por exemplo, o ato legislativo é da Instituição Governamental – fonte moral – ou de uma pessoa – fonte natural – concretizando o poder governamental, tanto faz, a ordem jurídica deverá impor *«racionalidade»* nas suas ações. A gênese do Estado concentra-se na sua particular razão de ser: se pensarmos que o Estado é um fim em si mesmo e o indivíduo está na coletividade para exclusivamente servir ao Estado e sua subordinação é ilimitada compreende, afinal, seu fundamento numa razão subjugada ao *«pan-estatismo»*. Todavia, ao contrário recalculasse a determinação do Estado em atuar não para atender a si próprio, mas para atender as necessidades da pessoa em sociedade no único propósito de fazê-la feliz, cremos que objetivamos um senso ético-social consubstanciado neste fim determinado. Assim, a presente acepção sociológica do Estado torna-se força motriz para a condução do seu desempenho no plano diretivo de *«eficiência»*. Por sua vez, no âmbito jurídico consiste numa instituição social que tem como compromisso impor normas de conduta e regular interesses em benefício da

¹² Martinez, Soares, ao citar Espinosa: “Tendo o homem transferido para a sociedade política todos os seus direitos, deveriam obediência ao poder por ela estabelecido, e mesmo às ordens absurdas dele dimanadas. Contudo, raramente o poder determinaria coisas absurdas, porque se acha interessado em velar pelo bem-comum, em obediência a princípios de racionalidade, sendo quase impossível uma assembleia numerosa se ponha de acordo na base de um absurdo”. Filosofia do Direito. Coimbra: Almedina, 1995, p. 382.

«*eficiência*» – técnica de execução jurídica – destinados ao bem-estar do ente coletivo: sem, entretanto, ele poder se descuidar em nenhum momento da tutela dos direitos individuais. Aliás, na realidade esses campos de atuação científica do Estado se interpenetram todo o tempo fluindo numa só realização de atender o «*bem comum*». Assim, as normas formuladas pelo Estado têm o seu apoio informativo fundamentalmente nos planos: sociológico, histórico, cultural e político, e quando do estudo dos fatos sociais preconiza-se uma óptica de aperfeiçoamento jurídico, com base nessas informações, perfazendo a concretização da dinâmica da sociedade política.

Ao examinar o conteúdo da norma jurídica seja ela substancial ou mesmo instrumental deve-se determinar a sua valência ético-social impregnada pelos valores que foram influenciados pela vontade da «*consciência coletiva*». Assim, a norma ao ser entronizada no ordenamento jurídico tem um plano de atuação definido e que predispõe a declarar, instituir ou extinguir uma situação de fato ou de direito que o interesse social exige – salvo, excepcionalmente, dirigida ao interesse pessoal ou de efeito pessoal prevalente – e sua realização transforma ou mesmo esclarece sobre a realidade, contribuindo na satisfação do ente coletivo. Assim, se o fim da norma é atender o «*bem comum*», esta deva ser interpretada segundo a formulação substancial de gênese social acentuada, com regulação própria e de manifestação apta a produzir efeitos. Nessa magnitude, o legislador deva pautar-se na instituição da norma a síntese da vontade da «*consciência coletiva*», proporcionando legitimidade na valoração de seu alcance. A norma é o reflexo do interesse público concretamente manifestado, pois caberá o Estado instituir um sistema de governo apto a compatibilizar o universo da pessoa, com a transmissão de segurança jurídica ao corpo social e por consequência proporcionando «*eficiência*» em suas ações. A propósito, o atendimento aos princípios democráticos como concepção de governo dependerá dos fenômenos sociais surgidos que influirão nas ulteriores decisões políticas proferidas pelos seus dirigentes.¹³ Dessa forma, parte-se do pressuposto da cooperação entre os vários setores organizados da comunidade ao fornecer imprescindíveis informações geradoras de um programa social viabilizando politicamente a construção de um ordenamento jurídico que atenda a

¹³ “Na sociedade democrática a legitimidade governamental é baseada no consentimento do povo. As funções governamentais devem emanar da coletividade, ser exercidas em seu nome e para o seu proveito”, Ribeiro, Fávila, “Direito Eleitoral”, Editora Forense, p.1.

vontade ética coletiva.¹⁴ Por derradeiro, as normas a serem formuladas pelo Estado se submetem a essas informações que provém fundamentalmente dos planos: sociológico, histórico, cultural e político. Por conseguinte, após serem selecionadas pelo legislador alcançam uma diretriz de interesse ético-social envolvente. Nesse perfil, a ética normativa conduz *“especificamente ao estudo de regras para o comportamento humano. Leva em conta todos os demais conhecimentos, tradições, usos e costumes, mas seu objetivo é enunciar as regras dentro das quais o ser humano deve ou pode desenvolver-se. Assim, a ética normativa responde não só a uma vontade individual, mas, sobretudo à vontade social”*.¹⁵

Nesse sentido, conclui-se que no conjunto dessa obra social o Estado-Legislativo deva propugnar, segundo as metas de desenvolvimento nas áreas de atuação, a imposição de normas que correspondam à vontade da *«consciência coletiva»* e a maneira de atender este objetivo é guiar-se numa ação permanentemente voltada ao conteúdo ético-social da norma.

Na compreensão das várias perspectivas da valoração substancial, destaca-se a norma eleitoral em sua análise – v.g., natural, ético-social, cultural e político – propõem uma missão: atender a tutela do *«bem jurídico»* que é assegurar o exercício efetivo da democracia. Assim, no exame de bem jurídico, a primeira ideia advém a partir do séc. XIX, quanto ao seu substrato, correspondia a *“um direito que é lesionado quando da ocorrência de um ilícito, e a lei atuava na defesa da ordem externa e não para o aperfeiçoamento interno do indivíduo”*.¹⁶ Birnbaum, contudo obtempera ao dispor que *“não via o bem jurídico como um direito, mas sim como um bem natural garantido pelo poder do Estado, que podia corresponder tanto ao indivíduo como à comunidade e que foi concebido como vulnerável em sentido naturalístico. Assim,*

¹⁴ Em alusão a esse tema, Nogueira Ataliba argumenta: “Não existem os homens para o Estado, mas o Estado que existe para os homens, isto porque é o Estado meio natural, de que pode e deve servir-se o homem para consecução do seu fim, sendo o Estado para o homem e não o homem para o Estado. Assim, o Estado é meio, visa a ordem para a prosperidade comum dos homens. O Estado é meio e não fim”. São Paulo: Saraiva, 1955, p.21, 67, 150 e 154.

¹⁵ Korte, Gustavo, “Iniciação à Ética”. São Paulo, Juarez de Oliveira, 1999, p.107.

¹⁶ Carrara, Francesco, nesse sentido argumenta: *“Il giure penale non avendo altra base di leggitimità che la tutela giuridica, non può convertirsi in uno strumento di santificazione dell'anima. Non si punisce in violazione del dovere morale, mas la violazione del dovere giuridico, cioè, la offesa del diritto”*. *Programma del corso di Diritto Criminale – Parte Generale*, 1871, p.32.

constitui-se o ilícito, imputável ao homem, segundo a natureza das coisas, a lesão ou o pôr em perigo determinado bem garantido uniformemente a todos por parte do Estado”.

¹⁷ Neste sentido, dá-se início a uma perspectiva de visão dogmática do conceito de bem jurídico tutelado, pois este tinha o seu conceito na própria norma. Aliás, em desenvolvimento dessa premissa Binding ao ponderar sobre a essência do positivismo jurídico proclama que “*o bem jurídico não é reconhecido pela norma jurídica, mas, sim, se encontra estabelecido na norma jurídica, fazendo parte dela. Inexistiria, assim, separação entre norma jurídica e bens jurídicos, posto que a norma levaria em si o seu próprio bem jurídico*”.¹⁸ Nessa concepção positivista podemos ainda destacar Rocco e Liszt. Rocco elaborou a «*teoria objeto do bem jurídico tutelado*» estabelecendo a distinção entre «*objeto formal e material*». No «*objeto material*» incluiu uma subdivisão: em genérico e específico. O «*objeto formal*» na norma definiu como sendo a construção da norma segundo os seus preceitos. De acordo com essa classificação o «*substancial genérico*» é o interesse do Estado em assegurar as condições da vida em comunidade, ou seja, na sua conservação. No substancial específico, o bem jurídico se confunde com o interesse do ofendido pelo ilícito: sujeito passivo da relação jurídica material. Aliás, na hipótese em tela quando surge o ilícito eleitoral, o bem jurídico que é afetado em sentido *lato* é o regime democrático instituído pelo Estado, consoante o anseio do seu povo.¹⁹ Todavia, esta subdivisão do objeto material foi contestada por Carnelutti ao dispor que o objeto material genérico não é objeto, mas sim, pressuposto da norma, pois compreende a própria razão da existência da norma: “*o interesse em criar um «bem-estar» social é fundamento para a criação da norma e não objeto de tutela jurídica*”.²⁰ Por sua vez, Liszt constrói “*um sistema político legislativo dogmático crítico em torno da noção de bem jurídico*”, conforme bem acentuou o professor Paulo Vinicius S. de Souza e acrescenta: “*Segundo Liszt, este se traduz como um conceito limite da abstrata lógica jurídica. O conteúdo material antissocial do ilícito é*

¹⁷ Birnbaum, *Archiv des Criminalrechts*, p.179; Ramirez, Juan Bastos, Manual de Derecho Penal español – Parte General, Ariel Derecho, 1984. p. 5; Souza, Paulo Vinicius Sporleder de. Bem jurídico-penal e engenharia genética humana. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 48.

¹⁸ Binding, *apud* Juan Bastos Ramirez, *op. cit.*, p. 52-53. Nessa concepção positivista podemos destacar também Rocco.

Rocco, Arturo. *L’oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, *apud* Francesco Antolisei, *Manuale di Diritto Penale – Parte Generale*. 14. Ed. Milano: Giuffrè, 1997. p. 173 - 174.

²⁰ Carnelutti, F. *Il dano e il reato*. Padova: {s.n}, 1926. p.5.

independente da definição considerada pelo legislador. A norma jurídica, ao invés de criar o bem jurídico, o encontra".²¹

Em sequência, numa visão positivista-sociológica, Enrico Ferri argumenta que *"admitir que o ilícito seja apenas lesão 'de um bem-interesse público' e que os bens jurídicos individuais sejam tutelados pela norma 'enquanto são interesses de todos' é atender somente à razão abstrata, em virtude da qual a norma foi imposta; mas é esquecer que esta protege – e não só 'por via reflexa, mediata' mas por modo concreto e direto – os direitos e bens pessoais, enquanto são atributos e condições necessárias à vida social de cada indivíduo"*.²² De outra feita, na tarefa de difundir o bem jurídico numa perspectiva distinta, ou seja, quanto à teleologia da norma incriminadora e da estreita conexão com o objeto da tutela jurídica, realça a visão de Honig: *"Os singulares objetos de tutela não existem como tais, só ganhando vida no momento em que valores da coletividade expressam-se para nós como objeto do fim das disposições jurídicas"*.²³ Welsel, entretanto, encontra na valência do valor social o pressuposto fundamental na construção do bem jurídico: *"corresponde a todo o estado social desejável que o Direito quer proteger de lesões"*.²⁴ Hassemer, também numa visão social aduz que *"os bens jurídicos não são produto de processos naturais, senão de acordo social baseado na experiência"* e acrescenta que *"os bens não existem, mas são produzidos"*.²⁵ Ademais, atualmente, nessa perspectiva social do bem jurídico tutelado, tem sido ventilada a *«teoria da tutela das funções: dirigida aos fins da norma»*. Assim, desloca-se o fulcro da atenção na proteção dos bens-interesses para a tutela das *«funções da norma»*. Jakobs ao adotar o conceito de *«bem jurídico»* como unidade funcional afirma: *"nem todo objeto de regulação de uma norma consiste em bem jurídico, mas somente aquele que desempenha uma função para a sociedade, ou para um dos subsistemas, incluindo o cidadão (...); o comportamento antijurídico relevante não é caracterizado pela lesão ou colocação em perigo de bens jurídicos, uma vez que isto também se produz por catástrofes naturais, animais, etc., mas, sim,*

²¹ Souza, *op. cit.*, p. 60-61. Liszt, Lehrbuch. p. 140.

²² Ferri, Enrico. Princípios de Direito Criminal – O criminoso e o crime. Campinas: Bookseller, 1996. p. 381.

²³ Honig. Die Einwilligung, p. 106; Souza, *op. cit.* p. 66-67; Figueiredo Dias, "Questões Fundamentais", p.64.

²⁴ Welsel, Hans. "Derecho Penal alemán". Parte general. 1970. p.15.

²⁵ Hassemer, *Theorie und Soziologie*, p. 151, e ss.; Hassemer/Munõz Conde, *Introducción*, p. 111; Souza, *op. cit.*, p.77.

*pelo seu significado. Esse significado há de averiguar-se através de uma interpretação que parta da compreensão geral e proceda, nesse sentido, de modo objetivo. Somente então as conclusões alcançadas resultarão compreensíveis na vida social”.*²⁶ A partir dessa dogmática jurídica impulsionou-se a «teoria da imputação objetiva» e que Claus Roxin é um dos seus principais formadores na defesa desta convicção e ao tratar sobre este tema: «bem jurídico», contrapõe Jakobs: “a vinculação do Direito na proteção dos bens jurídicos não exige que somente haja punibilidade em caso de lesão de bens jurídicos, sendo suficiente a colocação em perigo de bens jurídicos. Igualmente, o fato de o Direito, através das suas proibições, pretender assegurar valores da ação (como o respeito à vida, à propriedade alheia, etc.) não afasta a exigência de proteção de bens jurídicos a que os mesmos se referem” e afinal, conclui: “a evolução social e o asseguramento do futuro em face dos riscos que determinadas condutas trazem para a vida em sociedade serão objeto de grande importância para o Direito do século XXI e, portanto este deverá ser chamado a intervir nesse campo das relações sociais, não sendo possível o abandono da referência ao bem jurídico e dos demais princípios do Estado de Direito, e onde isto não seja possível o Direito deve se abster de intervir” .

²⁷ Em resumo, ao avaliar essas interpretações doutrinárias quanto ao sentido de bem jurídico tutelado pela norma, temos a nítida intelecção da sua vital importância, como valor ético-social, diante da opção da «consciência coletiva» em transmudá-lo em um interesse juridicamente relevante e daí resultar da exigência sócio-política dirigida ao legislador em incluir esse valor como objeto tutelado na norma reguladora, com o fito de justificar a sua funcionalidade ou o significado da norma e por corolário paralelamente buscando obliterar a lesão ou o perigo de lesão, atendendo enfim a ordem jurídica e à paz social.

²⁶ Günther, Jakobs. Derecho Penal – Parte General, 2. Ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 52.

²⁷ Ao interpretar essa teoria da imputação objetiva, Jesus, Damásio E. de, pondera: “o juízo de imputação objetiva exige a consideração de o comportamento haver criado um perigo juridicamente desaprovado ao bem jurídico e de o resultado produzido corresponder à realização desse risco (relação risco-resultado)”. Imputação objetiva. São Paulo: Saraiva, 2000. p.23.

A norma, de um modo geral, predispõe a infringir um ditame de conteúdo imutável face o seu sentido social abrangente.²⁸ Por conseguinte, na valoração de a ação antijurídica do agente disposta, o seu sentido discriminante tem a sua razão de ser: a repercussão ética-social envolvente que fomenta a aplicação de um «castigo» ou sanção. O conteúdo axiológico da norma impõe a reflexão sobre as razões de sua entronização e de sua execução como fator não só de razão de justiça, mas de «eficiência» como medida preventiva e também repressiva imposta pelo Estado. Aliás, o desafio do Estado é tornar essa medida legiferante compulsória legítima ao ser aceita pela comunidade no atendimento à vontade da «consciência ética coletiva». Assim, por exemplo, a disputa entre os valores ético-sociais positivos: da ordem e segurança públicas, com o direito à liberdade inerente à personalidade, provém como resultado à vontade do interesse público, porém limitado ao ambiente ético-social indispensável ao exercício do «estado democrático de direito». O conteúdo material da norma regula o alcance da implementação de sua diretriz e que para tanto o Estado deva pautar-se na órbita de sua teleologia: atender o ideal de «bem-estar» social, sem que a sua ingerência no plano pessoal não seja calcada numa motivação injustificada, considerada como tal pela própria vontade social preponderante. Desta forma, dá-se como estrutura substancial da norma o resultado da vontade consciente do ser humano – do legislador – que, por sua vez, representa o resultado da vontade da «consciência coletiva» – valor natural –, conjugado com o valor ético-social fundamental – satisfazer o bem comum – e no exercício do «estado de direito» – valor político –. Se por um lado à ocorrência de um dano permite a combatividade de seus efeitos, de outro gera a responsabilidade social do legislador ao querer impor limitação à liberdade individual proporcionando tensão nas relações entre o Estado-Legislator e o exercício pleno dos direitos de personalidade de cada indivíduo no respectivo ambiente social. Nesse sentido, o juízo crítico é o vetor a ser contemplado pelo legislador ao formular a norma pressuposta erigindo um padrão moral capaz de atender à exigência social de atendimento à segurança e à ordem pública sem descuidar-se do respeito à intromissão excepcional aos valores essenciais inerentes à pessoa, tais como, «a liberdade de consciência, o direito à vida digna e autonomia da vontade» – tridimensionalidade vital da personalidade -. Assim, o citado contributo axiológico do legislador está na medida da

²⁸ *Apud* Smanio, Giampaolo Poggio, *in* artigo, *cit.* Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 39, p. 137-138; Roxin, Claus, *Derecho Penal – Parte General*. Madrid: Civitas. 1997. t.1.p. 60-62.

proporcionalidade dos valores a serem considerados no âmbito material da norma e como resultante na captação sensível do fenômeno garantidor de justiça social: a busca incessante do equilíbrio entre a relação entre pessoas e entre estas com o Estado. Para tanto, dá-se em profusão à divisão sistemática de valores naturais e ético-sociais – taxologia – e pela qual se concretiza com a valoração de seu grau de exigência. Se, por exemplo, um candidato a algum cargo eletivo desrespeita as ordens legislativas de controle do exercício do seu direito democrático de participar de um sufrágio universal, deverá o legislador atentar-se não apenas pela sua desobediência eleitoral, mas deverá ser também valorada o seu grau de exigência, como fator gerador de lesão a ser subsumida até mesmo pela norma penal eleitoral. Portanto, a valoração ética-social está no respeito ao sistema eleitoral introduzido pela consciência coletiva de que todos os candidatos no pleito eleitoral terão os mesmos direitos e deveres – *igualdade jurídica* – e o vetor «*político*»: a implementação de normas consagradas pelo legislativo na defesa da legitimidade do pleito eleitoral ao consagrar este bem jurídico, como sendo de vital importância na salvaguarda do exercício da própria democracia, em consonância com os ditames legais. A esta valoração constitui elemento significativo na construção substancial da norma eleitoral e que repercute no meio social, além do seu efeito em limitar o exercício das liberdades individuais de forma justificada. Por fim, deve-se ponderar que a norma não se circunscreve tão-somente no resultado formalístico que foi instituída, mas preponderantemente adequar-se ao “*interesse maior que é criar um «bem-estar» social que é fundamento para a criação da norma e não objeto de tutela jurídica*”.²⁹ Neste mister, acreditar que o ortodoxo positivismo jurídico responde a aferição da norma quanto a sua substancia – visão dogmática – por tratá-la elemento integrante da norma sem pautar-se na influência dos vetores acima descritos, conclui-se: é destituir da norma como sendo um resultado do produto da vontade humana –

²⁹ Ao referir-se sobre o conteúdo da norma, Hart, Herbert L.A, pondera que “o cumprimento de sua função social é a de prescrever e definir certos tipos de conduta como algo que deve ser evitado ou feito por aqueles a quem se aplica, independentemente dos seus desejos”. In: o Conceito de Direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. p. 34. “A imutabilidade é uma característica ortodoxa do conteúdo da norma, porém a norma em branco constitui exceção a ser destacada: estruturalmente imprecisa e mutável” – Cupello, Leonardo Pache de Faria. Direito Penal e Processual Penal luso-brasileiro: breves reflexões. Curitiba: Juruá, 2003, p.29.

legislador – e, portanto envolvido com a relação permanente com as demais pessoas em sociedade e com as instituições que o cercam.³⁰

O Estado na leitura dos fatos socialmente relevantes tem imposto constantemente medidas ético-sociais abstratas, genéricas e coercitivas de controle da liberdade individual – norma – na premissa de sustentar a ordem pública, e, destarte com o escopo de preservar o bem-estar da comunidade. A intenção é criar um ambiente social propício à efetividade do «*direito a objeção*» ao fato injusto ou antiético manifestado pela pessoa no desempenho da sua «*autonomia da vontade*». A ação ilegítima da pessoa na sua relação com terceiros ou com o próprio Estado é subjugada pelo controle social e na formulação de uma norma de atuação concreta pressupõe uma sociedade solidária imbuída no primacial propósito de afastar do meio politicamente organizado aqueles que agem em desconformidade com os valores substanciais enraizados no ambiente em que convivem. Todavia, numa demonstração de desajuste social encontra-se no fenômeno da «*violência*» a sua face mais aparente. Assim, existem várias formas de «*violência*» - v.g., as de origem difusa: a violência moral ou ética, institucional - no plano econômico ou político - no ambiente familiar, violência sexual, urbana ou rural – criando uma esfera de intimidação à ordem social promovendo enfim um desequilíbrio ético as ações legítimas do Estado. O atentado ao pensamento ético-social abrangente na coletividade reflete no maior ou menor grau de repressão instituído na medida coercitiva implantada pelo Estado na intenção de prevenir abstratamente a ocorrência desse fenômeno social de âmbito universal. Nesse sentido, o crescente controle de condutas pelo Estado espelha a concretização dessa realidade e a maior distribuição de cânones versados na limitação da liberdade da pessoa expõe essa tendência. A essa multiplicidade de condutas desajustadas conferem a formação de um verdadeiro «*labirinto*» que desencadeia na construção de um complexo sistema de normas jurídicas implicando numa valoração constante do intérprete aos valores conflituosos de natureza individual-subjetivo e ético-social. Assim, o «*princípio da proporcionalidade*» na graduação das sanções torna-se um vetor necessário à mercê do legislador na formulação de normas que alcancem um ponto de equilíbrio na tutela dos citados valores.³¹ A impulsão da violência constrói paralelamente um arcabouço

³⁰ Silva, Germano Marques da. ‘Direito Penal Português’: parte geral, introdução e teoria da lei penal. Lisboa: Verbo, 1997, p. 75.

³¹ Carnelutti, F. “*Il dano e il reato*”. Padova: {s.n}, 1926, p.51.

jurídico que tenta acompanhá-la no seu avanço, porém sofre na ação serôdio do Estado ao efetuar uma política ético-social de prevenção e de conscientização da comunidade em se afastar da prática de ilícitos. Assim, não basta reprimir com a formulação de normas mais rígidas quanto ao aumento das sanções endereçadas àqueles que praticaram fato antijurídico para reduzir a «violência», com o objetivo de que eles se afastem da ilicitude - a reincidência: «*prevenção especial ou individual*» - e que sirva também de exemplo intimidando as demais pessoas, caso estas venham a pensar em seguir esse curso pautado no desvalor ético e ilícito da conduta - «*prevenção geral*» -, mas cabe ao Estado desenvolver também políticas públicas adequadas obliterando a consecução do próprio fato antiético: encontra-se no princípio da «*prevenção ética*» o melhor argumento independentemente das espécies exclusivas de prevenção técnico-jurídicas referidas no âmbito jurídico. Vários fatores conhecidos justificam a violência generalizada, v.g., a enorme desigualdade na distribuição da renda entre as pessoas na comunidade, a desorganização do Estado nas esferas: econômica, política e/ou social, etc. No entanto, a ausência de uma «*consciência ética*» na respectiva sociedade põe em risco a própria potestade do Estado. A preocupação está no suporte dos valores éticos que sustentam o Estado em seu plano de «*eficiência*», e por corolário do influxo desses valores na ordem jurídica-constitucional. Assim, o propósito é elevar o conceito ético-social de um fato ao considerá-lo a principal tônica na valoração do legislador quando resolver descrever a conduta ilícita. A violência tratada afinal é a violência ilegítima e de substrato antiético para diferenciar daquela que “*substancialmente é sinônimo de força na medida da imposição de uma coercibilidade legítima na defesa de um direito legalmente amparado*”.³² Aliás, a justificação da sanção consoante assertiva de Günther Jakobs consiste num “*fator de coesão do sistema político-social em razão de sua capacidade de restabelecer a confiança coletiva abalada pelas transgressões, a estabilidade do ordenamento e, portanto, de renovar a fidelidade dos cidadãos no que tange às instituições*”.³³ Ademais, o Direito tem objetivamente uma dupla tutela de caráter proporcional ao defender a sanção como medida coercitiva, no alcance interpretativo de Luigi Ferrajoli: “*é sob esta base que as duas finalidades preventivas – a prevenção dos ilícitos e aquela das sanções arbitrárias – são, entre si, conexas, vez*

³² Bobbio, Norberto; Matteucci, Nicola; Pasquino, Gianfranco, Dicionário de política, 4. Ed. Brasília: Universidade de Brasília, v.2, p. 1292.

³³ Günther, Jakobs, “*Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*”. Berlin: De Gruyter, 1983.

*que legitimam, conjuntamente, a “necessidade política” do Direito enquanto instrumento de tutela dos direitos fundamentais, os quais lhe definem, normativamente, os âmbitos e os limites, enquanto bens que não se justifica ofender nem com os ilícitos nem com as sanções”.*³⁴

Afinal, o que importa é a pacificação social de modo que se pode conviver perfeitamente com a ideia macro valente e cósmica da «*prevenção ética*»: antecipar a ocorrência do fato ilícito antiético e em consecução de política social ao estabelecer um processo de conscientização legítima e geral da comunidade, difundindo a mensagem positiva da importância da não-violência. Assim, a comunicação ética hodierna na sociedade deva ser assegurada pelo Estado para que este possa preservar o modelo democrático a ser exercido pelo poder político, inclusive na formulação do seu “Sistema Eleitoral Contemporâneo”.

§3º Influência dos Valores e os Princípios Fundamentais

A pessoa difere dos demais seres no universo por consistir num ser capaz de demonstrar a sua sensibilidade e por ter a razão evolui a partir do seu nascimento perfazendo de forma original a sua singularidade. É com cautela que a sua origem deva ser desvendada, mas o seu direito v.g., a vida, a consciência, a moral, a imagem e a liberdade não de ser preservados, garantindo enfim a sua personalidade. A esses fatores determinantes de preservação do ente humano que o Direito se preocupa a cada instante regular as experiências vividas pela pessoa em suas transformações advindas pelas circunstâncias de tempo e espaço, cabendo conseqüentemente ao Homem saber interpretar essa volubilidade: reduzindo ao pensamento, “*Homo sum, et nihil humani a me alienum puto*”. Aliás, nessa sintonia, a cada dia aproxima-se uma estreita relação do Homem, como sendo um ser íntimo, voltado para as suas reflexões e ações, com o Homem antropológico: à posição de ser social, numa visão bifronte, num alcance perfilhado no equilíbrio entre os seus erros e acertos, diante de sua conduta quotidiana. A característica de ser envolvente e viver em comunidade traz cada indivíduo a sua própria visão e percepção de realidade provocando uma organização

³⁴ Ferrajoli, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. São Paulo, Revista dos Tribunais. 2002.

pessoal e ao mesmo tempo dinâmica objetivando alcançar o seu intento de realização. Parte-se da unidade ao conjunto e a estrutura social pela qual se impõe - «*vontade coletiva*» - ao refletir no plano factual a obediência a valores adrede assinalados, instituindo enfim um fenómeno garantidor de justiça social: a entronização do ordenamento jurídico como vector regulador das relações entre pessoas e entre estas e o Estado. Assim, é a partir de uma linguagem conhecida de todos, as pessoas instrumentalizam-se de elementos exógenos, tais como a busca compartilhada de desenvolvimento sociopolítico e de uma economia estável – valoração de um ambiente ético-social estável – que harmonizam as ideias individuais fomentando uma unidade social de estrutura autónoma, pois é amparada na soberania de suas decisões.

No início da humanidade as formas eram rudimentares de evolução do papel social, mas com o sentido contemporâneo de vida, a equação do «*bem comum*» foi se moldando firmado pela inserção do Estado na vontade individual. Assim, a inspiração vertical e hierárquica da pirâmide no Poder Estatal foi se cristalizando volvendo a si um parâmetro de crescimento, porém ao mesmo tempo denegando em plano inferior o conteúdo individual e intransponível da consciência e do fator da intimidade do ser humano. O Direito, por sua vez, tem sido o instrumento capaz de assimilar melhor este convívio entre o Poder Público e a pessoa. A propósito, a experiência vivida entre a interação do Direito com outras Ciências Sociais, tais como a Sociologia e a Política, vem se constituindo um benefício, pois amplia o conteúdo humano a ser considerado pelo Direito Positivo e por consentâneo o enfoque de controle dos excessos advindos das ações do Estado perante a vontade individual constitui um dos pináculos estabelecidos pela norma, ao erigir condições lógicas de comportamento capazes de transmitir a segurança razoável e possível entre as partes envolvidas. Neste ensejo, deve-se levar em consideração que o Direito além de ser um fenómeno social tem na sua complexidade promover uma característica especial quanto a sua estrutura: a sua prática ter a natureza de ser argumentativa.³⁵ Assim, v.g., existem aqueles como Austin ao preconizar sobre a autoridade jurídica ser limitada a um soberano ou um grupo de pessoas que detêm o Poder e que todos da sociedade devam se curvar, todavia Hart refutava tal opinião, pois os fundamentos do Direito se traduzem num estímulo superior àquele admitido por Austin: “*as convenções sociais é que*

³⁵ DworKin, Ronald, “O Império do Direito”, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 1999, p. 17.

outorgam a um indivíduo ou a um grupo de pessoas o poder de liderança e por consentâneo a criação de leis válidas”.^{36 37} Nessas teorias de génese positivista é que envolve a compreensão do Direito ao configurar como supedâneo o exame particular do presente destaque, acerca da superioridade do Estado sobre o indivíduo ou a inclinação deste perante aquele. No entanto, há de realçar àqueles que defendem a argumentação clássica do direito natural: a moral é às vezes superior às proposições jurídicas e além disso torna-se, portanto, inaceitável admitir uma proposição jurídica se esta não for justa. Se uma determinada lei é omissa, por exemplo, a não contemplar um direito individual ou mesmo se for transparente quanto à intenção do legislador, porém criando um mal-estar social, a solução desta proposição jurídica terá de ponderar sobre o que é justo e ético para ser conclusiva. Para outros, o «*bom senso*» surge como um princípio a ser seguido para efeito de justiça.³⁸

A configuração da divergência sobre qual será o verdadeiro argumento a servir de orientação, dentre as proposições jurídicas formuladas, torna-se a discussão necessária e útil para o aprendizado da própria ciência jurídica e o seu conteúdo, cabendo o juiz ao interpretar a lei aplicá-la, afastando-se do niilismo e por conseguinte salvaguardando o interesse maior da ordem pública. Ao questionar se uma lei tem ou não a primazia em refletir um interesse social, com relação ao direito individual, impende interpretar o seu pressuposto factício e sua real incidência, além de clarificar especialmente o «*bem jurídico*» a ser tutelado: se porventura tem a característica de ser pública ou essencialmente privada o seu direcionamento. O direito objetivo então configurado gera direitos e deveres subjetivos que assumem o seu papel pela vontade do Estado, porém “*torna o homem atual uma presa fácil da estrutura do poder dominante, que a pretexto de dar-lhe um bem de que carece ou julga carecer, acaba por castrá-lo no essencial da sua personalidade humana bem como pela*

³⁶ Austin, J.L., “*The Province of Jurisprudence Determined* (H.L.A. Hart. org., Nova York, 1954)”.

³⁷ Hart. L. A., «*The Concept of Law* (Londres, 1961) ».

³⁸ O caso do “*Snail Darter*”: o voto do Juiz da Suprema Corte Americana, Lewis Powel quando afirmou que “*não cabe a nós retificar políticas ou juízos políticos emanados do Poder Legislativo, por notório que seja o desserviço que prestem ao interesse público. Mas quando a formação da lei e o processo legislativo, como nesse caso, não precisam ser interpretados para chegar a tal resultado, considero dever desta Corte adoptar uma interpretação eficaz, que seja compatível com um pouco de bom senso e com o bem-estar público*” (*Tennessee Valley Authority vs. Hill*, 437 U.S. 153,185 -1978-).

antropocentralização das regras jurídicas, de que constitui uma das dinâmicas mais significativas a consagração de um direito geral de personalidade, enquanto matriz, referência e complemento dos direitos especiais de personalidade”.³⁹ Todavia, é com vigor que alguns Estados atualmente procuram sinalizar em seus ordenamentos jurídicos a configuração de um «*direito geral de personalidade*» abrigo formalmente a convicção de certos direitos do ser humano, como sendo invioláveis e inalienáveis, embora historicamente outros, por sua vez, tornam insuficientes as suas vontades originais ao atuarem materialmente de forma discrepante em favor do interesse orientado por aquele ou pelo grupo de pessoas que momentaneamente constitui a autoridade representativa do Estado ao praticar certas ações que violam constantemente os direitos essenciais da personalidade humana, independentemente se estão ou não em época de paz.⁴⁰ ⁴¹ Assim, a reserva e o sigilo da «*vida privada*» compreendem uma das esferas do direito geral de personalidade que tem no respeito à dignidade da pessoa o seu núcleo.⁴² É com a ofensa ilícita a personalidade que o

³⁹ Sousa, Rabindranath V. A. Capelo de “O Direito Geral de Personalidade”, Coimbra Editora, 1995, pp. 84/85.

⁴⁰ Na Constituição da Alemanha, por exemplo, em seu art.1.1 impõe que “a dignidade do homem é intangível. Todos os poderes públicos têm a obrigação de a respeitar e de a proteger” e destaca em seu art. 2.1 que “todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade...”. Por sua vez, na Constituição Portuguesa é assegurado a todos o desenvolvimento da personalidade, à reserva da intimidade da vida privada e, portanto, à dignidade humana (art.26.º). No Brasil em sua Constituição Federal de 1988 prevê como um dos seus princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana (art.1.º, III).

⁴¹ Todos aqueles Estados totalitários que usam como *modus operandi*, v.g. a tortura e o excídio em face dos opositores *para* poderem manter-se no poder. Assim, nesses Estados, como bem preconiza Sahid Maluf: “*o que prevalece é o fim em si e, portanto, utiliza-se dos indivíduos como um meio para atingir sua finalidade própria e que conduzem à anulação da personalidade humana e à escravidão do homem*” - Teoria Geral do Estado, Ed. Saraiva, 1991, p.110-.

⁴² Os direitos à identidade pessoal, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à liberdade de expressão e informação, à inviolabilidade do domicílio e de correspondência, à liberdade de consciência, de religião e de culto, etc. são também consideradas outras esferas do direito geral de personalidade e que caberá o Estado não só tutelá-las, mas classificá-las como inerentes a um Estado Democrático de Direito, pois “*a dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária*

ofendido passará a ter o direito de requerer ao Estado-Juiz a sua cessação, além se for o caso da obtenção de uma correspondente indenização daquele que foi considerado autor, diante do prejuízo comprovadamente sofrido: gera em questão «*o direito individual de personalidade*» do ofendido em perseguir o ressarcimento face o dano sofrido. A este efeito meramente privatístico de responsabilidade civil torna-se por sua vez enquadrado numa maior dimensão, se porventura o autor do ilícito for o próprio Estado erigindo, portanto, numa emergente insegurança social. A propósito, a obrigação do Estado em proteger a ordem jurídica instituída passa necessariamente em primeira situação pela salvaguarda do «*direito geral de personalidade*» do cidadão, justificando, enfim, a razão de ter sido criado e a finalidade a que se propõe, qual seja de atender o «*bem comum*». Assim, nesse contexto, se pode incluir como elemento de convicção, no sistema eleitoral, por exemplo, a defesa do direito de privacidade do eleitor – núcleo do direito de personalidade – quando na escolha do seu candidato a algum cargo eletivo. Dessa forma, se o Estado influir nessa liberdade de escolha do eleitor, ele irá de encontro ao ‘Sistema Eleitoral’ modelar a ser instituído, em função da Democracia a ser respeitada, fomentado por corolário um ‘Sistema Binário’ de atuação. No entanto, para se imputar um Estado responsável pelas suas ações caberá a sociedade seguir alguns princípios de avaliação, como veremos, sobre o seu papel quanto ao significado da asserção justiça. Aliás, a ideia de justiça poderá gerar um certo desconforto, se partir do prisma que as relações são complexas entre as pessoas numa sociedade, diante da existência do conflito entre a vontade de todos perseguindo um ideal de bem-estar, com vantagens recíprocas e ao mesmo tempo chegando à conclusão de que os bens não são para todos, apenas para alguns. Nesse sentido, a distribuição de justiça irá compreender um trabalho espinhoso de determinar qual o interesse será satisfeito e para isso as pessoas devam atender as regras mínimas obrigatórias de convivência social: as instituições caberão “*definir a distribuição apropriada dos benefícios e encargos da cooperação social*”.⁴³ Nesse sentido, as disputas pelo interesse a ser satisfeito são angustiantes, mas podemos dizer que são naturais, frente à incapacidade do Estado em atender a todos. O sentido de equilíbrio entre o convívio mútuo das pessoas para com as instituições gera «*satisfação social*», revelando a

estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos (Alexandre de Moraes-Direitos Humanos Fundamentais, 3.^a Edição, Ed. Atlas, 2000, p.60) ”.

⁴³ Rawls, John, “Uma Teoria da Justiça”, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2000, p. 5.

estabilidade organizacional de determinado Estado ao resolver as questões de desigualdade e tratando de forma realística os planos de *eficiência* desejáveis. O tópico a ser satisfeito é, portanto, a justiça social e a estrutura básica pela qual o Estado deva possuir para atender as expectativas da população: as oportunidades apresentadas frente a um projeto amplamente discutido gerando condições favoráveis a um desenvolvimento ético-social, económico e político fundamentado na liberdade de ação, embora esta se encontra sujeita a certas regras de conduta que a torna limitada ou relativa. O conjunto de direitos e deveres previstos no ordenamento jurídico é um item essencial para efeito de justiça social, porém insuficiente para ser considerada uma vantagem que possa afirmar que o Estado seja plenamente desenvolvido em seus princípios de atuação. Na esteira de uma sociedade bem-ordenada vem a disposição do Estado em procurar atender aos reclamos sociais e que respeita os direitos humanos. Aliás, dentre eles podemos considerar em sentido *lato*, num ‘Sistema Democrático’, a liberdade do cidadão em votar e ser votado numa eleição, observando a existência de um sufrágio universal. O sentido que queremos dar é o objeto de justiça a ser instituído pelo Estado e o *status* a ele considerado, em razão de possuir uma sociedade formada por pessoas éticas, na expressão de John Rawls: “*seres racionais com objetivos próprios e capazes de um senso de justiça*”.⁴⁴ Afinal, nesta intelecção é importante frisar que poderia conduzir a uma concepção do Estado ideal sem levar em conta as vicissitudes que uma sociedade moderna necessariamente passa, diante da aflição do ser humano frente à competitividade intelectual e profissional cada vez mais animosa e da desigualdade das oportunidades geradas pelo Poder Público, porém o que temos ou queremos não é sempre o que podemos ter ou possuir e assim é razoável admitir uma organização social capaz de atender o suficiente para suprir as expectativas gerais e essenciais de justiça social capazes de transmitir segurança a cada cidadão independentemente se este é ou não elevado à categoria de afortunado. Ademais, o que importa é o Estado ter um arcabouço jurídico e seguir «*princípios ético-sociais*» propensos a legitimar a «*vontade coletiva*» e ao mesmo tempo salvaguardar os direitos individuais essenciais à personalidade humana dando azo ao entendimento que se trata de um Estado democrático e voltado para o desenvolvimento de suas ações, consoante as expectativas do seu povo.

⁴⁴ *Idem*, p.13.

O Estado ao atuar deve preservar alguns princípios para atender ao «*direito geral de personalidade*» do cidadão: a *equidade* (cooperação social) e a *eficiência* (técnica de execução jurídica), com o fito de atingir os objetivos já assinalados. Na «*equidade*» simboliza a cooperação dos diversos segmentos da sociedade visando a obtenção de uma vantagem mútua: o objeto da justiça que tem ao seu alcance “*a ética social (a ciência das respostas definitivas à pergunta “o que deve ser feito na sociedade?”) e da definição do óptimo social e daquilo que é certo ou bom na sociedade, que tem como foco as condições dos seres humanos como indivíduos ou em grupos*”.⁴⁵ Nesse contexto, a liberdade de deliberação pelo corpo social do caminho a ser trilhado traduz na teoria de escolha racional. Parte-se, portanto, do pressuposto que à «*vontade coletiva*» tem voz própria, mas respeita a vontade das minorias quanto as suas liberdades individuais e não da doutrina clássica *utilitarista*, a qual se fundamenta na deliberação social como extensão da escolha de apenas um ser humano. Nesta doutrina o seu alcance de justiça consiste na soma das felicidades dos indivíduos mesmo que o seu resultado seja almejado com o sacrifício ou a infelicidade de outros. No entanto, a importância está em valorar os principais temas da ética social: «*o justo e o bem*» independentemente se o primeiro ou o segundo tem primazia.⁴⁶ Assim, a distribuição da justiça torna-se relevante a partir do instante que os «*direitos básicos do homem e do cidadão*» são protegidos prioritariamente pelo Estado e este empenho vem dignificar a conclusão de Hobbes ao fundamentar o direito natural numa equação simples: “*é da natureza humana que todo homem, na medida de suas forças venha preservar e defender seu corpo e membros dos sofrimentos (razão reta). A palavra direito, nada mais se significa do que aquela liberdade que todo homem possui para utilizar suas faculdades naturais em conformidade com a razão reta*”.⁴⁷ Conclui-se

⁴⁵ Kolm, Serge-Christophe, “Teorias Modernas da Justiça”, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2000, p. 3.

⁴⁶ John Rawls obtempera que “*a justiça como equidade o conceito de justo precede o de bem*”: ob. cit. p.34. Aliás, a doutrina baseada no «*utilitarismo*» tem tido vários opositores, vez que “*a maioria das contribuições para a ética social e a filosofia política desde meados do século XX tenham surgido como reações contra o utilitarismo. Em uma só voz Rawls, Friedman, os “libertários” e Nozick disseram que não se deve aplicar o utilitarismo, já que o que importa é a «liberdade e os bens primários»; Buchanan argumentou que ninguém iria querer implementar uma maximização ético-social; e Dworkin certa vez sugeriu que o utilitarismo é útil para decidir se o estádio deve ser usado para rúgbi ou futebol* – Kolm, Serge-Christophe, ob. cit., p. 507 – ”.

⁴⁷ Hobbes, Thomas, “Do Cidadão”, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2002, p. 31.

também tal qual este raciocínio se é dirigido à sociedade quando no uso da «*legítima defesa*» ao se proteger dos males sociais que lhe atormentam. A sociedade com o *animus* de salvaguardar a sua própria existência utiliza os instrumentos necessários para atender os propósitos de justiça e equidade; o Direito, por sua vez, constitui o meio necessário para atingir este fim. A propósito, a ideia comum do Direito traz em si o duplo entendimento: “*se constataremos que a norma tem em seu bojo um comando e este ao ser transgredido caberá uma sanção, redunda-se no positivismo jurídico, se, no entanto, a busca é de justiça temos o jusnaturalismo*”.⁴⁸ Porém ao invés de tentar procurar qual a melhor orientação jurídico-filosófica a ser seguida quanto à justificação do Direito, torna-se mais importante à solução adequada para resolver a questão formulada pelo próprio sistema social e que possivelmente afetará os direitos inerentes ao cidadão: uma visão pragmática na defesa de uma adequação entre o axioma jurídico e o justo, estabelecendo a noção de um senso comum. Embora se saliente que o «*senso comum*» tende a ter noções distintas, consoante o contexto histórico dentre os diversos centros sociais existentes, o princípio geral de direito comum v.g., do “respeito pela dignidade humana” encontra-se sacramentado em todos os povos civilizados. Assim, o ser humano antes de ter o direito à integração a comunidade tem direito à dignidade pela sua própria qualidade de ser pessoa e caberá ao Estado salvaguardar a ela este direito. Por essa razão, a proteção aos “Direitos Básicos do Homem e do Cidadão” compreende na “*prioridade constitucional em todos os Estados liberais democráticos*”, pois eles representam as «*necessidades básicas*» indispensáveis à existência do próprio ser humano.⁴⁹ A «*equidade*» como princípio por consentâneo somente terá o seu mérito assegurado se houver a valorização da dignidade humana: segue-se o princípio pela qual

⁴⁸ Perelman, Chaïm, “Ética e Direito”, Ed. Martins Fontes, São Paulo, p. 240.

⁴⁹ Kolm, Serge-Christophe, ob. cit., p.14. Aliás, já acentuei que “*a natureza jurídica desses direitos fundamentais do Homem – numa visão positivista – compreende como situações jurídicas, objetivas e subjetivas previstas no direito positivo- como por exemplo, aqueles insculpidos nas Constituições, nos Tratados Internacionais ou mesmo nas Declarações Universais dos Direitos do Homem e do Cidadão – em defesa da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana. Para alguns estes direitos têm o valor supraconstitucional ou de natureza supraestatal (numa conotação jusnaturalista), todavia eles nascem e se fundamentam com base em uma soberania popular. A internacionalização desses direitos é uma realidade, principalmente nos países considerados democráticos, porém a sua aplicabilidade e eficácia dependerão da efetiva aprovação do povo de cada Estado: no exercício pleno de sua soberania*”. – “in “Direito Penal & Processual Penal Luso-Brasileiro – Breves Reflexões”, Ed. Juruá, Curitiba, Paraná, 2003, p.136”.

cada pessoa tem suas limitações naquilo que ela própria tem, com relação à outra pessoa e suas reais possibilidades; a sua liberdade tem simetria com a da outra, embora independente, porém tem igual potencialidade. A propósito, o parâmetro de justiça distributiva global torna-se um dos fatores para o entendimento do critério da “*comparação da injustiça das desigualdades*” e a «*equidade*» tende, portanto, ser um instrumento que melhor explica “*a prioridade do bem-estar sobre a desigualdade*”, pois explica o ajustamento entre os benefícios e os encargos da «*cooperação social*». ⁵⁰ No entanto, para um exame político-jurídico-social diferenciado contém os sentidos de justiça diversos, diante de cada visão unilateral ou fragmentada, tais como v.g., “a cada um segundo sua produção”, promana o liberalismo económico; “a cada um conforme seus direitos legais, diz-se no Estado de direito; “a cada um conforme seus méritos”, afirma-se a aristocracia; e o socialismo exige que deve-se tratar “cada um segundo suas necessidades”. ⁵¹ Assim, independentemente da orientação de Justiça a ser seguida deve-se ter uma concepção relativa primado pelo desenvolvimento social, porém adequado à liberdade de manifestação do indivíduo, distribuindo imparcialidade (*equidade*) e recusando o arbítrio. O princípio da imparcialidade consiste na «*justa resolução de controvérsias*»: não levando em consideração a pessoa como tal, distribuindo destarte uma justiça formal ou abstrata instituída pela entronização da regra de conduta. Neste mister, deve-se pressupor a ocorrência da realização de dois subprincípios: o contraditório (manifestação das partes envolvidas) e que ninguém deva julgar em causa própria (isento) para uma tomada de decisão. Na inter-relação das pessoas leva-se em consideração as obrigações recíprocas: $A \leftrightarrow B$ e para a harmonia social prevê uma ordem resultante de destaque, qual seja, a «*coerção*» - “C” -, dando legitimidade à decisão formulada e salvaguardando os direitos válidos em detrimento de pretensões infundadas: “ $C \rightarrow A \leftrightarrow B \leftarrow C$ ”. Nesse destaque, se o resultado desse encontro de pretensões resistidas tem aplicação positiva (+), conclui-se que se tem uma “Justiça Institucional – «JI» –” formulada numa norma concreta de comportamento, pelo qual foi instituída por uma “perspectiva ética, na medida em que os homens podem atribuir seu reconhecimento reciprocamente”: “ $\{ C \rightarrow A \leftrightarrow B \leftarrow C \}$ «JI»”. ⁵² Se porventura, por outro lado, se nega (-) a aplicação da “Justiça Institucional”, abandona

⁵⁰ Kolm, Serge-Christophe, ob cit., p.p. 323 e ss.

⁵¹ Höffe, Otfried, “Justiça Política”, Ed. Martins Fontes, São Paulo, p. 27.

⁵² Höffe, Otfried, ob. cit., Ed. Martins Fontes, São Paulo, p.42.

também a distribuição da imparcialidade («*equidade*») e, portanto, a divisão equânime dos bens e encargos atribuídos a cada qual tornando o Estado injusto.

O sentido de «*equidade*» favorece, por outra vertente, também como sendo um instrumento de interpretação na busca de uma ordem justa, devido à uniformidade da ideia de justiça legal tornando-se vez por outra ineficiente, em face da ocorrência de factos que refogem da aplicação da lei ou que sequer o legislador previra.

⁵³ Dá-se como exemplo o seguinte silogismo judiciário:

«Uma determinada lei (L) confere genericamente aos cidadãos de um determinado país o direito de votar e poder se candidatar a um órgão público, como (P1), mas posteriormente surge uma questão não prevista pelo ordenamento jurídico (S1): ao apátrida ou mesmo o estrangeiro – pelo qual o Estado que se encontrava vinculado não existia Convenção ou tratado de reciprocidade com este país – seria ou não conferido também esse direito?».

Por questão de equidade e distribuição de Justiça, o Poder Judiciário deste país resolveu ampliar o citado direito: conferindo também aos estrangeiros ou aos apátridas o direito de participar do ‘Sistema Eleitoral’, por tratar-se de direito universal e, portanto, tem como supedâneo resguardar a dignidade da pessoa. Tem-se assim: (P1↔S1) «JI». Aliás, a intenção do Poder Judiciário não foi legislar mesmo porque a sua função não é esta, porém tão-somente obliterar uma injustiça àqueles que têm no direito à personalidade, a razão de sua existência e a «*equidade*» consistiu no mecanismo apto em preservar a respectiva ordem social.

A *eficiência*, por sua vez, compreende também num princípio decorrente da «*justiça integral*» e que o Estado atua segundo uma premissa: «*a satisfação social*». O Estado ao instituir um regime de governo capaz de criar um clima de «*bem-estar*» coletivo deva ter como alvo a melhor distribuição de justiça possível.

⁵³ Perelman, Chaïm, promana: “*O recurso à equidade é, pois, um recurso ao juiz contra a lei; apela-se ao seu senso de equidade quando a lei, aplicada rigorosamente, em conformidade com a regra de justiça, ou quando o precedente, seguido à letra, conduz a consequências iníquas*” - *Ética e Direito*, Ed. Martins Fontes, São Paulo, p.163.

Assim, há a implementação de políticas públicas capazes de criar mais vantagens do que desvantagens: compreendendo na meta a ser alcançada e por corolário há produção de bens gerando riqueza, porém tem que haver uma «*equalização eficiente*».⁵⁴ A *eficiência* do Estado encontra-se intimamente vinculado à sua legitimidade e para tanto ele terá de ser aceito pelos destinatários das normas jurídicas.⁵⁵ Todavia, em contrapartida as normas jurídicas para serem *eficientes* (técnica de execução jurídica) terão que ser respeitadas pela comunidade pela qual são endereçadas.⁵⁶ Tem-se uma estrada de mão dupla, porém com o objectivo único de estabelecer a paz e a segurança jurídicas. Neste particular, a *estabilidade* das instituições cria uma argumentação importante numa estrutura de justiça social em que de um modo geral há certas circunstâncias essenciais na formação de uma sociedade contemporânea: leva-se em consideração que as pessoas convivem com disputas teleológicas na divisão das vantagens sociais (contexto subjetivo), diante da escassez relativa de recursos (contexto objectivo).⁵⁷ Logo, de um lado verifica-se o Estado e sua organização voltada aos serviços públicos (mantendo a ordem interna) e na defesa de sua soberania (mantendo a ordem internacional), por ser aquele que detém o poder político e do outro a sociedade civil exercendo o seu papel no bom funcionamento da ordem democrática. A esse ambiente social, agrega-se um fator de persuasão: na realização dos seus objetivos o Estado elabora um arcabouço de normas (direito positivo) em que contém no seu bojo o sentido prático de coerção ao persuadir a sociedade mediante a imposição de sanções àqueles que infringirem os seus mandamentos.

A Sociedade encontra-se sob o poder do Estado que expede Normas de imposição positiva ou mesmo negativa que a todos é dirigida e se transgredidas, cumpra-se atender à sanção correspondente. A solidez ou não do encaminhamento dessa ordem jurídica perfaz o Estado um ente fortalecido ou vulnerável, dependendo

⁵⁴ Kolm, Serge-Christophe, ob. cit, p.19: na visão de Kolm, “*a mais importante questão de justiça distributiva pode, no fim das contas, ser a análise minuciosa e o exame das necessidades, e sua mais premente política será certamente o alívio da miséria, tanto como fonte de sofrimento quanto de obstáculos à existência e à dignidade humanas*”.

⁵⁵ Baracho, José Alfredo de Oliveira. “Legitimidade do Poder”. Revista de Informação Legislativa (Separata), a. 22 n. 86, p.p. 15-17, abr./jun. 1985.

⁵⁶ Zippelius, Reinhold, “Teoria Geral do Estado”, Fundação Calouste Gulbenkian, 3.^a Edição, Lisboa, 1997, p. 62.

⁵⁷ Rawls, John, “Justiça e Democracia”, Ed. Martins Fontes, São Paulo, p. 375.

se a sociedade formula maiores ou menores restrições às decisões políticas formuladas pelo Estado.⁵⁸ Cabe em cada decisão política do Estado a ocorrência de uma polémica sobre a sua *eficiência*. O relacionamento do Estado com as demais instituições irá, com o decorrer do tempo, comprovar a que nível de aperfeiçoamento ético tornou-se possível e se porventura ocorrerá à justiça social, mesmo que com certas reservas. Aliás, ao lado das normas advindas do direito positivo (ordenamento jurídico) compreendem as normas de justiça e que sejam simultaneamente válidas.⁵⁹ ⁶⁰ As normas de justiça quanto aos valores pelos quais são constituídos quando de sua aplicação pressupõem entretanto às normas do ordenamento. Assim, se uma pessoa não actua de acordo com a norma do ordenamento jurídico, tal como, por exemplo, o agente que pratica um ilícito penal eleitoral, deve-se então questionar: ele também estará infringindo uma norma de justiça? Se admitirmos a “regra de ouro” pelo qual *«devemos tratar os outros como queremos ser tratados»* poderíamos considerar o argumento que ninguém quer ser punido mesmo que cometa um ilícito penal eleitoral, e portanto aquele agente não seria punido por ter praticado a citada conduta proibida? No entanto, no exame deste tema o fator a ser ventilado é que nem tudo que é bom para

⁵⁸ Entenda-se Estado na definição contemporânea de R. Carré de Malberg: como sendo “*uma comunidade de homens fixada sobre um território próprio e que possui uma organização da qual resulta para o grupo, considerado em suas relações com seus membros, uma potestade superior de ação, de mando e de coerção*” – “Teoria General del Estado”, p. 26-.

⁵⁹ Mário G. Losano: “*uma ordenação jurídica, para Kelsen, é construída por graus hierárquicos, em que a validade do inferior é inferida do superior, num processo de delegação de validade (ou seja, de “dever ser”) que desce da constituição à lei e desta à sentença*” (Kelsen, Hans, “O Problema da Justiça”, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2003, p. 12).

⁶⁰ “*A qualidade ou a virtude da justiça atribuída a um indivíduo exterioriza-se na sua conduta: na sua conduta em face dos outros indivíduos, isto é, na sua conduta social. A conduta social de um indivíduo é justa quando corresponde a uma norma que prescreve essa conduta, isto é, que a põe como devida e, assim, constitui o valor justiça. A conduta social de um indivíduo é injusta quando contraria uma norma que prescreve uma determinada conduta. A justiça de um indivíduo é a justiça da sua conduta social; e a justiça da sua conduta social consiste em ela corresponder a uma norma que constitui o valor justiça e, neste sentido, ser justa. Podemos designar esta norma como norma da justiça*”. Kelsen classifica basicamente em dois tipos de «normas de justiça»: do tipo metafísico (*as que não podem ser compreendidas pela razão humana, v.g., a justiça divina*) e do tipo racional (*v.g., a fórmula «suum cuique»: a norma segundo a qual a cada um deve dar o que é seu, isto é o que lhe é devido, aquilo a que tem uma pretensão (título) ou um direito*) -Kelsen, Hans, ob. supra cit. p.3.-.

uma pessoa é bom para toda a colectividade.⁶¹ Dessa forma, o que prevalece é o bem jurídico a ser protegido quanto ao seu alcance social previsto na norma -«*justiça social*»-. Assim, se a sociedade para se manter íntegra precisa formular normas que proibam certas condutas particulares, com a previsão de sanções, tem-se como necessário à prevalência da vontade colectiva sobre a vontade individual. O sentido de unidade social compreende afinal a citada *satisfação* voltada para a *eficiência* do Estado. Diante desta conclusão, as normas de justiça não têm um alcance tão-somente literal, se porventura elas forem desarmonicas com as normas do ordenamento jurídico. Deve-se levar em consideração que “as instituições se definem com uma regulação de comportamentos perpassada de coerção”.⁶² A própria sociedade cobra do Estado a regulação apropriada e sua integração na aplicabilidade da norma de conduta, porém a ordem social dependerá de uma vontade política dos dirigentes do Estado em sua acções. O direito positivo consiste no resultado pragmático de a vontade política do Estado e do resultado das ideias aceitas dos diversos grupos sociais que o formularam-«*estereótipo*»-. A entronização de normas exequíveis compreende um sistema de autopreservação das instituições e da segurança jurídica a serem implementadas e portanto a directriz é tornar visível o papel do Estado em provocar um ambiente social favorável à subsunção dos fatos ocorrentes, preconizando um avanço nos seus ideais de desenvolvimento a serem convertidos em benefícios claros dirigidos à comunidade como um todo. Assim, o envolvimento da sociedade no plano governamental torna mais evidente a transparência da ordem constituída e que através de técnicas jurídicas faz o positivismo uma linguagem universal e dinâmica que poderá ser alterada, se porventura os fenómenos de manifestação popular levam a outras proposições até então vigentes. A essa dissidência entre o que existe e a alteração propugnada pelo grupo ou grupos sociais afluí na mudança de valores consubstanciados pela evolução dos factos gerando uma altercação entre o presente e o futuro que se aspira, mas caberá a cada instituição sobrepujar o risco eventual de fomentar injustiça social ou sua degeneração e acreditar fielmente na legitimação dos valores a serem auferidos e que sejam vantajosos para o ente colectivo. No contexto da modernidade o que se espera é a fluência do Estado em poder difundir uma orientação a ser realçada no seu ordenamento jurídico capaz de atender as expectativas do seu povo e ter portanto um reconhecimento

⁶¹ Kelsen, Hans, ob. supra cit. p.19.

⁶² Höffe, Otfried, ob. cit. p. 49.

plausível no decorrer das transformações sociais. As vertentes do Estado conferem na importância da “*democracia , no Estado de direito e o direito de liberdade, bem como o Estado social*”.⁶³ A predisposição do Estado em propugnar a distribuição de justiça social torna-o apto a enfrentar os dissabores dos fatos políticos e/ou económicos internos ou externos: em face da tendência da integração de ideais entre os Estados, mesmo admitindo possuírem um complexo sistema de valores tão-diferenciados, porém a globalização impõe a proximidade, e a referência está em intensificar um programa de ajuste aos diversos interesses envolvidos, como por exemplo, os de natureza comerciais, políticos, religiosos ou culturais. É sobressaindo com políticas públicas voltadas ao desenvolvimento dos diversos grupos sociais que o Estado mostra a sua *eficiência* e por corolário rege num plano superior o seu determinismo, em contraposição daquele Estado que conflui o seu interesse exclusivo ao dos governantes ou detentores do poder sobrepujando enfim a evolução do tecido social e criando obstáculos de crescimento entre as diversas camadas da sociedade. A propósito, deve-se a intensa segmentação intervalada das diversas camadas sociais o aprofundamento das questões de injustiça social e o resultado é a segregação ainda existente entre os diversos setores provocando uma pálida visão de desenvolvimento. No sectarismo ampara a desordem e afasta-se da *eficiência* provocando o desajuste reinante entre os diversos segmentos e traduzindo numa crise institucional e de valores, a ponto do uso da força ser o instrumento desencadeado por aqueles que queiram “*ex proprio iure*” obter ou manter o poder político, entretanto definitivamente imponderado no alcance de soluções que venham trazer serenidade e respeito à dignidade humana e por consequência assegurar o exercício pleno dos «*direitos gerais e individuais da personalidade humana*». Assim, a *eficiência* do Estado encontra-se interrelacionado com a defesa dos direitos subjetivos, pois como adverte Luhmann “*um sistema puro político não deve reconhecer os direitos subjetivos apenas porque colaboram para diminuir riscos de positividade. São muito antes os direitos humanos, que, compreendidos como pretensões legítimas de cada homem, exigem de cada ordem*

⁶³ Idem, p.154.

*jurídica que desenvolva tais “técnicas jurídicas” que “traduzem” as pretensões pré e suprapositivas na linguagem positiva do direito”.*⁶⁴

Enfim, no quadro democrático de um Estado os princípios «*da equidade e da eficiência*» corroboram na formação de uma «*justiça social integral*» emoldurando no decorrer do tempo as ações do Estado e sobressaindo em luzes os direitos essenciais da natureza humana. Assim, nesse contexto, o ‘Sistema Eleitoral Contemporâneo’ de um Estado considerado democrático impende atender a esses princípios referidos quando segue a vontade da consciência ética coletiva ao legitimar, v.g., as eleições de um determinado Estado soberano, no momento da escolha de seus agentes de representação política: sem que ocorra como evidente a influência de ações ilegítimas que afetem os seus subsistemas eleitorais ao erigir um vício ou anomalia em qualquer um deles, vindo afinal a substituir um ‘Sistema Paradigma’ em um “Sistema Binário’ de nefasta atuação.

⁶⁴ Luhmann, N., “Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Frankfurt a.M. (1981): *apud* Höffe, Otfried, ob. cit. p.159.

CAPÍTULO II – ESFERAS DO SISTEMA ELEITORAL.

§4º Formação dos Subsistemas Eleitorais

O Estado ao formular suas ações políticas, com sustentação defensiva dos valores sociais, tais como, honestidade, dignidade da pessoa, liberdade política, privacidade e ordem pública, vem proporcionar a função de controle do ‘Sistema’ através de entronização de normas capazes de conter as condutas antissociais das pessoas. Com a comunicação permanente dos subsistemas do Direito, o Estado passa a valorar com maior ou menor grau de intensidade a ação antissocial: ao ponto de alcançar níveis de antijuridicidade, conforme for o pensamento da consciência ética coletiva ao qualificar a conduta do agente, muito embora caberá ao Estado, de acordo com a sua legitimidade, determinar a violência institucional qualificada traduzida na confecção da sanção correspondente. Portanto, a sanção constitui a retribuição punitiva almejada pelo Estado após ele ter definido pontualmente através de uma ‘Sentença Condenatória’ sua insatisfação pela ação do agente que atentou fundamentalmente contra os subsistemas: do valor e do princípio de que se encontram atrelados ao bem jurídico tutelado pela norma e, também em face do interesse político inserido na vontade do poder geral do Estado. Este, por sua vez, tem o condão de impor sua vontade subjugando o autor do ilícito, inclusive eleitoral, ao seu poder específico de coercibilidade que coaduna com o seu interesse propugnado na concretização de sua justiça formal. Aliás, a norma legítima tem a sua consagração no caráter material axiológico, independentemente de seu império institucional. Nesse particular, advém a sua função social decorrente do seu próprio ‘Sistema’ que lhe traz o alcance não só por ser autorreferencial, porém com a dialética constante entre cada subsistema atingido, produzindo um mecanismo de autodefesa garantidor de sua reconstrução. Pois bem, existe a conjugação da justiça formal, com a justiça material e, estas com o seu ambiente funcional que lhe imprime uma contingência de interlocução ou de relação entre os vários subsistemas do Direito, traduzido na consciência ética coletiva: pois esta influi nas mudanças do ordenamento normativo, considerando este também um subsistema do Direito.

A comunicação entre o pensamento social de um determinado momento histórico e o ‘Sistema Jurídico’ compõe a sua efetividade e traz o dinamismo de sua integração como parcela de um universo gerador de fatos que tem reflexo na composição da própria justiça formal, diante dos valores e princípios – justiça material – preconizados pelo ente coletivo. Assim, a partir do surgimento de um fato, com intensidade ética

envolvente – fato jurígeno –: ele selecionado e descrito como tal, em razão, por exemplo, de sua natureza penal, civil, ou mesmo eleitoral, diante de sua grave hostilidade aos subsistemas do Direito, compaginando na sua distinção, a sua natureza de ser fundada numa perspectiva binária instituída para atentar contra o próprio ‘Sistema Jurídico’, de modo que se tornando vital, por conseguinte, a elaboração de mecanismos capazes de trazer uma satisfação social apta a produzir efeitos concretos que justifiquem essa necessidade de harmonizar qualquer irritação a vir ser produzida em algum subsistema do Direito.

Na formulação de engenhos apropriados a atender essa reorganização do ‘Sistema Jurídico’ se podem identificar alguns sinais sobre o desencadeamento dos seguintes meios: apresentação de ‘Quadro de Valores da Sociedade’; contextualização histórica do fato sob exame, diante desse ‘Quadro de Valores’: de caráter hierárquico, influenciando na definição de seu padrão de importância ao fixá-lo como relevante ético para o ente social; exposição da cultura de uma sociedade ao instituir uma linguagem material e não material que refletem a crítica contundente ao fato exurgente considerado ilícito e, por último a influência da “Psicologia Cognitiva”, já destacada nesse estudo, quando da ‘Tomada de Decisão’ da “Consciência Ética Coletiva”, através do seu ‘Processo Racional’ ao motivar a definição de fato jurígeno a ser instituído pela norma.

Nesse contexto cognitivo para identificar o dinamismo da organização social, no seu processo de seleção de fato jurígeno, dá-se, por exemplo, na seguinte situação fática hipotética de âmbito eleitoral:

«Em determinado momento histórico o Estado classifica como delito penal eleitoral e posteriormente deixa de fazê-lo. Portanto, se questiona: quais são os fatores éticos que levaram o Estado à tomada dessa decisão?». ⁶⁵

- ‘Primeiro Fator: Composição Ética’- a partir da formação de um determinado grupo étnico, fixando o seu momento histórico tem em sua concepção um ideal de cultura homogênea em que surgem fatos que levam na disciplina das condutas hodiernas das pessoas o meio de atender o bom convívio e que se ampliam até que elas

⁶⁵ Dá-se como exemplo: revoga os crimes do dia da eleição, como o uso de alto-falantes, comício ou carreata e boca de urna.

se esgotem no limite do seu contexto geográfico, perfazendo uma construção social capaz de determinar um ideal de justiça comum.⁶⁶ Os laços de vínculo dessa comunidade que se constrói ultrapassam os interesses religiosos e sociais para alcançar experiências de solidariedade e elaboração de conhecimento, buscando a assimilação de resultados advindos de invenção, tais como, crenças, ideias, e juízos, códigos e instituições, artes e ciências, filosofia e organização social. Com a evolução da abstração para a perspectiva materialista da realidade torna-se existencial a linguagem cultural com o objetivo indispensável de moldagem de cada geração de seres humanos e na concentração de pensamento ético influente a cada espaço temporal que se apresenta como sinal de mudanças que há de vir. Assim, na interação entre cultura e sociedade humana pressupõe que esses fenômenos não existem um sem o outro, pois se considerarmos que a cultura consiste naquilo que os membros de uma sociedade concreta aprendem de seus antepassados e influenciam com suas atividades para atender as suas necessidades ao modificar ou acrescentar experiências já vividas e para posteriormente transmitir os conhecimentos obtidos aos seus sucessores. Por sua vez, a sociedade, compreende em sua formação “no conjunto de modos especiais de conduta: de modos de conduta do indivíduo influenciado por outros seres humanos, presentes ou afastados, mas tomados em consideração, dos modos de conduta em que o agente orienta seu agir a outra pessoa; dos modos de conduta influenciados pelas obras dos outros, isto é, apreendidos da herança sociocultural, e, finalmente, dos modos de conduta articulados com os comportamentos de outras pessoas”.⁶⁷ Acrescenta-se a esses fenômenos, os valores – a ética – que insculpem o modelo de conduta enraizado no ente social. Aliás, é na expressão de Miguel Reale o sentido de valor que se quer orientar: “não vivemos no mundo de maneira indiferente, sem rumos ou sem fins. Ao contrário, a vida humana é sempre uma procura de valores. Viver é indiscutivelmente optar diariamente, permanentemente, entre dois ou mais valores”.⁶⁸ Com efeito, nesse processo de seleção de valores se configura por consequência um sistema próprio que legitima a escolha do Poder Político, no momento

⁶⁶ O sociólogo Edward Tylor definiu a cultura como “o complexo que inclui conhecimentos, crenças, artes, leis, costumes, e outros hábitos adquiridos pelo ser humano membro da sociedade”.

⁶⁷ Relação social é um tipo de interação. Max Weber define o agir social “*como a conduta humana cujo sentido subjetivo se refere a outra pessoa (s) e que se orienta efetivamente para ela (s)*”, Newton Fernandes e Getúlio Chofard in “Sociologia Geral, Jurídica Criminal”, Editora São Paulo, p.111.

⁶⁸ Reale, Miguel, “Lições Preliminares de Direito”, Ed. Saraiva, p.26.

de suas decisões perante a sociedade. Dessa forma, essas dimensões, «cultura, sociedade e ética» se comunicam indefinidamente, no propósito de identificação do povo, destinatário do resultado dessa homogeneização de conhecimento e inter-relação constante entre elas, segmentando o seu ‘gene’ característico e determinando o pensamento social reinante sobre os fatos que surgem numa dinâmica constante.

Com referência ao crime eleitoral anteriormente entronizado pelo ordenamento jurídico teve como fundamento ético a proteção do ‘Sistema Eleitoral’ aceito pela consciência ética coletiva em determinado momento histórico. Assim, a sociedade considerava a prática dessa ilicitude eleitoral de tal ordem que o agente ao ter praticado esse fato ilegítimo deveria sofrer uma sanção robusta a ser encampada pela política criminal do Estado e, portanto, era legiferada como tal. Por consequência, a maior rigidez da consciência ética coletiva ao valorar culturalmente o desvalor da conduta do agente na prática do delito eleitoral como sendo de amplo espectro social submeteu esta ação à plataforma penal através de uma decisão política do Estado, instituindo, por corolário a justiça formal ao ser formulada uma norma penal correspondente. Têm-se nesse momento o controle social mais vigoroso ao impor à conduta desse autor do delito eleitoral uma satisfação social condensada na pena estabelecida pelo poder estatal. Nesse diapasão conflui num mesmo núcleo da norma penal o controle social que pressupõe os valores e os princípios inerentes ao pensamento social da época e que devam ser preservados, com a adequação da justiça material e a conjugação do controle formal do Estado ao se expressar pela integração do tipo penal correspondente no ordenamento jurídico. Dessa forma, depreende-se que embora o controle social se diferencie do controle formal estatal, eles poderão ser concordantes ao se integrarem no mesmo núcleo normativo. Por conseguinte, há composição ética na constância da norma penal quando esta se torna em vigor com sustentação em valores e princípios – justiça material – assegurados pela consciência ética coletiva, como sendo pilares do pensamento social reinante em sua época.⁶⁹

- ‘Segundo Fator: Reconciliação Ética’ - No intuito de melhor explicar o sofisticado sistema jurídico a fim de torná-lo menos complexo, em função da comunicação constante entre os seus subsistemas - pois é justificado pela transformação

⁶⁹ Gerlero, Mario Silvio, “Introducción a la Sociología Jurídica”, Copyright, David Grinberg, Libros Jurídicos, p.106.

constante da realidade que se apresenta -, com base nas mudanças hodiernas dos valores sociais, importa destacar a trajetória dos fatos, consoante já narrado acima, quando de sua passagem de fato ‘sem densidade ética social envolvente’, para a constituição de fato jurígeno, ou seja, ‘com densidade ética social prevalente’: existindo por corolário uma promoção de relevância quanto a sua graduação ética.⁷⁰ A propósito, nesse mesmo sentido também ocorre quando este fato jurígeno se transforma em fato jurídico, ou seja, quando da realização do fato ‘com intensidade ética social dominante’: este, portanto, subsumido a uma norma jurídica. No entanto, se esse fato jurídico, por sua vez, deixa de ter perante a sociedade uma posição ética de destaque, ele se torna hostil em razão da sua indesejável presença, pois foi destituído do núcleo da norma, ou seja, a sua justiça material que constitui o valor social que era preservado anteriormente, todavia deixou de sê-lo pela vontade e decisão da consciência ética coletiva. Assim, se deva concluir que qualquer fato jurídico subsumido perante a norma poderá em determinado momento histórico perder a sua magnitude ética, ou possa pelo menos correr o risco de perder o seu principal atributo que é o reconhecimento ético social positivo – contingência -: dando vez a uma outra norma que tenha o conteúdo adequado à vontade da consciência ética coletiva e, por consentâneo superando a antecessora.

No alcance dessa reflexão advém o exame da justificativa ética da ab-rogação do delito eleitoral do ordenamento jurídico pelo Estado uma vez que com essa decisão política ele está ajustando a nova perspectiva ética admitida pelo novo momento do pensamento social e, portanto, estabelecendo uma ‘reconciliação com o ambiente social que rodeia o sistema jurídico’. Assim, a partir do momento que a sociedade não considera mais um ilícito penal eleitoral como sendo calcado num valor a ser tutelado a nível penal só resta o Estado considerado democrático acompanhar o pensamento social ao destituir sua importância ética.

Nessa compreensão há por bem expor que o ‘Subsistema Valor no Sistema Jurídico’ tem nos mecanismos de adaptação e de seleção – complexidade – como sendo os meios de autorreferencia a sua razão de ser e de agir no processo de autopoiese

⁷⁰ Reale, Miguel, “Lições Preliminares de Direito”, Ed. Saraiva, p. 6: “*As diferentes partes do Direito não se situam uma ao lado da outra, como coisas acabadas e estáticas, pois o Direito é ordenação que dia a dia se renova*”.

interna de um subsistema, em especial no seu modelo reprodutivo.⁷¹ Assim, na ora questão sob enfoque – subsistema normativo – teve a sua sustentação no valor do delito eleitoral anteriormente vigente e por intermédio da influência do ambiente social teve que adaptar à nova realidade ao sofrer um ‘processo de autopoiese reprodutiva do subsistema valor’ que levou a recompor o ordenamento jurídico penal eleitoral ao ser traduzido na sua ab-rogação do sistema jurídico. Houve, dessa forma, diante de uma nova orientação decisória de natureza ética social, a ocorrência da subsequente manifestação do ‘Subsistema Política Pública de Formação – PP1 –’ ao selecionar os valores fundamentais a serem preservados na esfera penal eleitoral, detectar que, todavia, não mais incluía na funcionalidade estrutural do ‘Sistema Jurídico’ a norma considerada eticamente ultrapassada.

Na composição do sistema jurídico existem subsistemas que mantêm a unidade e que devem ser observados internamente permanentemente de forma reflexiva – autorreferencia – e que serão adaptados, segundo a realidade que vai se alterando de modo a consagrar maior efetividade de suas ações no intuito de atender o seu objeto, no exercício funcional do próprio sistema que ora se encontra sob exame.

A sociedade no seu processo de aprendizagem constante formula suas decisões no intuito de aperfeiçoar ou mesmo adaptar à realidade que foi alterada pela injeção de uma nova cultura que foi cristalizada e valorada como sendo um novo valor a ser seguido proporcionando, por derradeiro nos sistemas sociais, como por exemplo, o sistema jurídico, o seu correspondente ajuste. O ambiente social que tem comunicação constante e aberta com os subsistemas do direito não é um sistema autônomo, porém um meio de influenciar em suas decisões a adaptação de cada subsistema a nova realidade, no seu processo de reprodução autorreferencial de autopoiese. Enfim, foi nesse contexto que a sociedade contribuiu de forma decisiva na ‘reconciliação ética’ estampada na alteração, por exemplo, do sistema jurídico penal eleitoral ao eliminar do seu

⁷¹ Ao citar a “Teoria dos Sistemas” preconizado por Niklas Luhmann, Díez, Carlos Gómez-Jara argumenta: “*Dichas implicaciones para el sistema jurídico son desarrolladas por el propio Niklas Luhmann en un artículo que recoge los rasgos básicos que permiten observar al Derecho como un sistema autopoietico de la sociedad moderna, así como las principales consecuencias prácticas de este planteamiento*”. “Teoría de Sistemas Y Derecho Penal, Fundamentos y Posibilidades de Aplicación”, Editorial Comares, XVI.

ordenamento normativo o tipo penal em destaque, seguindo por consequência a natureza do sistema social o qual ele pertence, outorgando para si a funcionalidade que lhe é peculiar.

- ‘Terceiro Fator: Transparência Ética’- O projeto de harmonização entre os subsistemas do Direito passa necessariamente pela oxigenação do seu ambiente democrático, através do pensamento ou consciência ética social e que terá influência por consequência nas alterações internas desses subsistemas. Dessa forma, a relação de ‘Transparência Ética’ torna-se um vetor de equilíbrio entre os respectivos subsistemas consecutivos do Direito, quais sejam: “fato jurígeno; valor; princípio; política pública de formação; norma; política pública de execução; bem comum; e o nuclear: o ‘Estado Democrático de Direito’”.

No subsistema ‘fato jurígeno’ a presença da consciência ética coletiva se impõe na sua própria formação ao transmudar um fato opaco a um fato de influência social importante e dar início, deste modo ao processo de integração entre os demais subsistemas subsequentes. Aliás, esse pensamento social se caracteriza como vital nessa trajetória do fato ao ser identificado num processo democrático livre e transparente capaz de produzir resultados ulteriores que venham legitimar a sua própria existência. Na questão acima sob exame o ‘fato jurígeno’ está na mudança do comportamento social que considerou irrelevante penalmente o valor anteriormente preservado, conforme já foi destacado no exemplo da norma penal eleitoral que foi ab-rogada por não ter mais os efeitos ético sociais envolventes de tempos passados. Assim, a relação de comunicação social transparente é determinante, pois injeta a oposição a citada e necessária causa para a tipificação criminal anterior e que terá com efeito posterior a “*abolitio criminis*”. Nesse sentido, o pensamento social não poderá, por exemplo, ser impelido artificialmente pelo subsistema ‘poder político de formação’, criando por consentâneo uma ascensão de outro subsistema do Direito sobre o subsistema originário ‘fato jurígeno’, dando azo a uma desconfiguração do ‘Sistema Jurídico’, da espécie assimétrica em sua estrutura ideal de alcance.

Com referência ao subsistema ‘valor’ tem seu significado aliado ao pensamento cultural e social reinante no tempo e a sua adequação ao ‘Sistema Jurídico’, uma vez que se transforma na condição *sine qua* para considerá-lo apto no conceito de dialética constante, seja no interior desse subsistema, seja no aumento gradual do seu

limite com o vetor externo que se traduz na comunicação com o ambiente social envolvente. Assim, a transparência ética constitui um atributo essencial desse subsistema quanto a sua real validade, diante da projeção de sua importância para o bom desempenho de sua função social dentro do Sistema a qual pertence. Por sua vez, nessa particular visão, no presente estudo da questão da norma penal eleitoral anteriormente vigente, pela qual ora se aplica na seguinte perspectiva: ‘o valor extremo ao respeito da democracia’ se inseria no “Sistema Jurídico Penal Eleitoral”, porém o pensamento social foi alterado pelo seu significado cultural que deixou de existir para efeito de reprovabilidade penal, no caso de ele ser transgredido. Diante, dessa circunstância autêntica e que a sua alteração teve início no interior do ‘subsistema valor’, com a influência do ambiente social, proporcionou um novo resultado sistêmico, qual seja, a propagação do interesse em eliminar do ‘Sistema Jurídico Eleitoral’ a figura do delito penal. Dessa forma, a legitimidade desse interesse firmada pela transparência ética pressionou os subsistemas subsequentes do ‘Sistema Jurídico’ a firmarem uma posição de concordância ao ponto de desencadear uma harmonia em todo o contexto funcional da estrutura lógica sistêmica e, portanto, impedindo qualquer atrito entre os subsistemas envolvidos. Aliás, a grandeza da ‘transparência ética’ consiste em deter a ocorrência de qualquer entropia no ‘Sistema Jurídico’ que possa firmar uma contingência ou risco de graves proporções. Em face dessas considerações, o ‘subsistema valor’ está inserido na espécie de ‘justiça material’ e a sua função primordial é estabelecer o grau de legitimidade real que se encontra o Estado, no momento de suas decisões políticas, no exercício de sua transparência.

No ‘subsistema princípio’, por sua vez, tem na ‘transparência ética’ a sua qualificação positiva: o registro de intensidade de sua atuação firmado pelo predicado de sua natureza. Essa afirmação se concretiza a partir do exame do seu conceito, na concepção de Humberto Ávila: “os princípios não são apenas valores cuja realização fica na dependência de meras preferências pessoais. Eles são, ao mesmo tempo, mais do que isso é algo diferente disso. Os princípios instituem o dever de adotar comportamentos necessários à realização de um estado de coisas ou, invariavelmente, instituem o dever de efetivação de um estado de coisas pela adoção de comportamentos a ele necessários”. E complementa o referido autor: “os princípios relacionam-se aos valores na medida em que o estabelecimento de fins implica qualificação positiva de um estado de coisas que se quer promover. No entanto, os princípios afastam-se dos valores porque, enquanto os princípios se situam no plano deontológico e, por via, de consequência, estabelecem a

obrigatoriedade de adoção de condutas necessárias à promoção gradual de um estado de coisas, os valores situam-se no plano axiológico ou meramente teleológico e, por isso, apenas atribuem uma qualidade positiva a determinado elemento”.⁷²

No ‘Sistema Jurídico’ o ‘Princípio’ torna-se um subsistema com funções fundamentadora, prospectiva e de eficácia integrativa material dos subsistemas ulteriores: ‘política pública em formação’ e ‘normativo’ e, portanto, a sua atuação expõe o pensamento social de uma forma concentrada ao definir um comportamento a ser seguido. Assim, nesse contexto da questão ora sob análise, do ‘delito eleitoral’, esse ditame material negativo foi realçado, a partir do momento que deixou de ser valorado positivamente pela consciência ética coletiva, o valor extremo “decorrente da defesa da Democracia” para efeito penal. Aliás, esse valor antecede o ‘Subsistema Princípio’ e de acordo com o corolário lógico do sistema jurídico, o seu conteúdo prospectivo material correspondente que se encontra, na espécie, do “Princípio da Legalidade Eleitoral Penal” tornou-se indiferente para a criminalização da conduta do agente e, por conseguinte sinalizou para os subsistemas seguintes citados que a “*abolitio criminis*” desse delito constituía um resultado natural, diante da ‘transparência ética’ acentuada do seu nexos de causalidade - ou falta desta razão -: não havia mais causa ética para impor o “Princípio da Legalidade Penal Eleitoral”, como sendo base de uma ‘escolha política pública de formação e posterior normatização penal específica’ – subsistemas subsequentes –, na hipótese contrária da manutenção do delito eleitoral, no ordenamento normativo respectivo, para efeito de limitação do poder normativo estatal. Assim, efetiva-se o condão da escolha ética social do valor da ‘defesa extrema da Democracia’ que foi superado e em sequência o esvaziamento do “Princípio da Legalidade Penal”, ao serem encaminhadas essas propostas de eliminação do “Sistema Jurídico Eleitoral Penal”, do tipo penal referido, e a comunicação desdobrada aos ‘subsistemas’ posteriores.

Em sequência, dá-se realce ao ‘subsistema política pública de formação (PP1)’ que tem a sua natureza sistêmica vinculada ao processo formal do Estado de seleção dos ‘valores e princípios’ a serem contemplados pela ulterior norma que irá determinar a sua especificidade, no controle comportamental. Com a ‘transparência ética’ se conflui num meio de alcançar a justificativa material a ser ponderada quando houver a

⁷² Ávila, Humberto, “Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos”, 4.^a Edição, Revista São Paulo, Malheiros, 2004.

decisão decorrente do processo seletivo – complexidade – do ‘Subsistema Política Pública de Formação – PP1 –’ em sua passagem formal para a formulação do ‘subsistema normativo’. Nesse sentido, no caso presente do ‘delito eleitoral’, a ‘política pública de formação de norma penal’ foi influenciada pela consciência ética coletiva ao considerar que na sua função de seleção de ‘valores e princípios’: ‘a defesa extrema da Democracia’ que é o valor tutelado por este crime e o ‘Princípio da Legalidade Penal Eleitoral’ que tem o fim de limitar o “*jus puniendi*” do Estado que é decorrente desse valor, se tornaram obsoletos em sua indignação social, em razão de um novo pensamento ético social que ultrapassou a esfera penal de proteção, de modo a persuadir a eclosão da “*abolitio criminis*” e afastar por consequência o tipo penal do delito eleitoral do ordenamento normativo.

No ‘subsistema normativo’ que se traduz no resultado formal impositivo do “Sistema Jurídico” pela vontade não só do poder estatal através de sua ação concreta ao sufragar limites comportamentais, mas também da vontade da sociedade que identifica nos seus ‘valores e princípios’ que necessitam ser protegidos – perspectiva material –, incluindo a sua ‘transparência ética’: constituindo, por conseguinte, bens inseparáveis de ‘políticas públicas’ e que estas deverão estar aptas a corresponder o interesse social dominante. Assim, na questão do ‘delito de eleitoral’ sob exame, o ‘subsistema normativo’ teve a sua função específica de instituir formalmente e materialmente a eliminação do ordenamento jurídico este tipo penal – “*abolitio criminis*” – por ausência de interesse social e político. Por derradeiro, ao seguir a decisão da ‘consciência-ética coletiva (CEC)’ que desconsiderou os parâmetros materiais da norma penal eleitoral reguladora da conduta penal prevista no ‘crime eleitoral’: ‘a proteção do valor da defesa extrema da Democracia’ e o “Princípio da Legalidade Penal Eleitoral”, o ‘subsistema normativo’, por sua vez, externou a ‘transparência ética’ de sua atuação, na leitura do acontecimento (fato jurígeno) que lhe deu origem, na formação do “Sistema Jurídico”, dando destaque enfim a ab-rogação formal e material da norma impositiva penal eleitoral até então existente.

A seguir, dá-se relevo ao ‘Subsistema de Política Pública de Execução (PP2)’ que tem na “transparência ética” o modelo concreto de efetivação de ‘justiça formal e de justiça material’ que o Estado demonstra em sua atuação, na defesa do interesse real da sociedade, diante de suas manifestações. Portanto, com a norma vigente e exequível a ordem estatal tem o dever de construir um ambiente ético social propício

para a execução dessa norma, seja na sua perspectiva formal, seja na sua perspectiva material correspondente. Nessa importância, a norma é o resultado da conjugação de subsistemas jurídicos citados que vão se sucedendo até a sua materialização e, dessa forma, caberá ao ‘Subsistema de Política Pública de Implementação (PP2)’ expor essa forma de atuação, no atendimento real da ‘transparência ética coletiva’. A propósito, na presente questão do delito eleitoral - que teve a sua repercussão ética-social elidida e destacada na “*abolitio criminis*” – o atendimento desse referido subsistema jurídico (PP2) – vem representado em destaque pelas decisões judiciais ulteriores que suprimiram a aplicação do fato jurídico que era considerado delituoso quando de sua prática pelo agente, a partir da ausência da correspondente norma incriminadora no ordenamento jurídico-penal. Assim, a função jurisdicional do Estado declara formalmente e materialmente – transparência ética – que o delito eleitoral referido não se encontra mais amparado pelo “Sistema Jurídico” e que fato dessa natureza anteriormente considerado ilícito penal, deixou de existir e, destarte a sua penalização também o fora.

Com referência ao “subsistema jurídico ‘bem comum’”, a sua natureza se confunde com o objetivo e o resultado a ser almejado do próprio “Sistema Jurídico” desde o seu nascedouro: com a entronização do ‘subsistema fato jurígeno’ e, a partir daí vem se consolidando com a construção passo a passo de uma ‘transparência ética’, nos consecutivos subsistemas comunicantes, apta a atingir seus propósitos sociais de bem atender as suas necessidades e interesses insculpidos pelos acontecimentos no tempo e no espaço definidos pelo universo que lhe rodeia. O subsistema jurídico ‘bem comum’ mede o grau de prosperidade do “Sistema Jurídico”, ao compor o seu autorreferencial de modo a ser reconhecido como alvo de sua funcionalidade quanto ao seu desempenho, dando margem a questionamentos sobre a real situação que se encontra o Estado em sua relação dinâmica com o pensamento social, difundido pela flexibilidade e de caráter adaptável, de cunho ético-transparente, no desenvolvimento de sua complexidade por ser determinante na resolução de problemas e de superar crises a fim de atender o seu desígnio.

No “subsistema jurídico ‘bem comum’”, a “*abolitio criminis*” do ‘delito eleitoral’ tem a sua ‘transparência ética’ estampada na “Tomada de Decisão” da “Consciência Ética Coletiva (CEC)” que influiu nos subsistemas jurídicos anteriores em determinar a proscrição do “Sistema Jurídico” essa incriminação. Portanto, o objetivo final desse “Sistema Jurídico” foi atendido com êxito, vez que se a cultura social foi

alterada – fato jurígeno – ao ponto do ‘valor do respeito extremo à Democracia’ e também do ‘Princípio da Legalidade Penal Eleitoral’ terem sido superados quanto o seu efeito penal, e, por conseguinte através de uma seleção de valores e de correspondente formulação de norma, com conteúdo formal e material, seguindo esse mesmo entendimento – “*abolitio criminis*” –, além da ocorrência posterior de decisões judiciais refletirem o alcance da ‘vontade da consciência ética coletiva’, se conclui por consequência na integração sistêmica, com o atendimento do ‘bem comum’ social em sua inteireza: não havendo mais adequação ética e normativa no ‘delito eleitoral’ sob análise para justificar a sua existência.

Por último, se destaca o subsistema nuclear do “Sistema Jurídico” que é o “Estado Democrático de Direito”. O perfil desse subsistema está no atendimento de “Princípios Fundamentais”, de natureza hierárquica superior, que dão amparo nuclear, na confecção do “Sistema Jurídico”, considerado democrático. O papel da “transparência ética” nesse subsistema jurídico está também no reflexo da comunicação constante entre os subsistemas examinados anteriormente e que dão estabilidade social e política ao Estado. O cerne de seu desenvolvimento se encontra no equilíbrio entre o poder político assegurado pela vontade da ‘consciência ética coletiva livre e transparente’ e, o atendimento de ‘direitos individuais indisponíveis’. Nesse alcance, o Estado encontra ‘o limite do seu poder político’, por exemplo, quando se relaciona com ‘o valor do respeito à liberdade individual do cidadão em função de sua atuação’ a ser preservado, desde que não ultrapasse o limite da razoabilidade protegida pela ordem social, instituindo em sua essência parâmetros que não podem ser ultrapassados sob pena de implosão sistêmica.

Diante de um contexto democrático pleno, o “Sistema Jurídico” expõe as suas razões para programar mecanismos de defesa, na sustentação da sua razão de ser que consiste na construção do seguinte binômio: legalidade-cidadania. Na presente questão da “*abolitio criminis*” do ‘delito eleitoral’, o Estado decidiu, com ‘transparência ética’, expurgar do ordenamento normativo essa criminalização, de modo que porventura ocorra a sua inversão futura de atuação – sem o respaldo da ‘consciência ética coletiva’ – irá se converter numa ação binária sem justificativa ética, política e jurídica, acarretando num atentado arbitrário contra a ‘dignidade’ daquele que sofrer qualquer submissão antidemocrática de caráter punitivo-penal.

Ademais, o “Sistema Jurídico” deverá ser sempre preservado confluindo na direção lógica de atendimento aos benefícios que ele constrói em seu processo de autorreferência, nos seus respectivos subsistemas, e reconstruir, mediante autopoiese, os subsistemas que se encontrarem sob crise, no sentido de atender a ‘transparência ética’ de sua funcionalidade.

A consciência é pensar no tempo e o elo que une os «subsistemas jurídicos» e sua dinâmica provém da comunicação social em função dessa consciência. A realidade vai se alterando a cada momento e as decisões do Estado têm que ser tomadas para atender os anseios da sociedade e portanto, para atingir esse objetivo ‘estruturas de legitimação’ são construídas para a produção de benefícios que atendam essa expectativa. O perfil do Estado considerado democrático tem estruturas subjacentes que consolidam a vontade da ‘consciência ética coletiva’, através do ‘controle social’ que se compagina no “uso de coerção, força, restrição ou persuasão de um grupo sobre o outro, ou de um grupo sobre seus membros ou pessoas sobre outras, para reforçar as regras prescritas do jogo social”. Nesse sentido, essas ‘estruturas de legitimação’ inseridas no subsistema jurídico de ‘Políticas Públicas de Implementação’, se manifestam em três segmentos: a) ideias, valores e *habitus*; b) os agentes; e c) o manejo dos valores e normas pelos agentes.

a) Ideias, valores e *habitus* – As ‘ideias’ correspondem o pensamento do conhecimento e a sua visibilidade expõe a cultura reconhecida pelo povo. A cultura inspira os ‘valores sociais’ e, por sua vez, no pluralismo de ‘valores sociais’ demonstra o grau de desigualdade ou diferenças que sobressaem na relação entre pessoas, ou grupo de pessoas e que eles são introduzidos no pacto social de liberdade de suas manifestações. No contexto social se constroem estruturas objetivas – como, por exemplo, o “Sistema Jurídico” – em que têm por meta atender resultados satisfatórios para o ente social a que está atrelado. Assim, para alcançar esse direcionamento apresentam na sua composição os agentes que as representa na sua ação e pensamento – *habitus* –, tal qual se apresentam os objetivos práticos firmados a serem considerados pelo ‘Poder Simbólico’ instituído pelo Estado. Nesse sentido, no conteúdo desse modelo de estrutura social provêm mecanismos de dialética entre os valores sociais e os valores dos citados agentes, para que o objetivo social seja alcançado. A relação entre os agentes se encontra numa luta constante de espaço – campo –, com o propósito de atender o ‘Poder Simbólico’ para efeito de sua legitimidade de atuação. No conjunto de forças – capital – desses agentes é que a estrutura social demonstra a sua capacidade de evolução em seu desempenho,

reproduzindo mecanismos de destaque para superar as dificuldades que se apresentam no decorrer de sua existência.

b) Os agentes: eles representam o fator psíquico do “Sistema Jurídico” por serem formuladores de ideias e por serem agentes com «consciência social» se identificam com o «sistema» pela qual se encontram atrelados. A legitimidade da atuação dos agentes no seu sistema está inserida nos valores por eles defendidos e, portanto, constroem com a sua personalidade o sentido de justiça moral e quando ampliada em «valores sociais e princípios» motiva a formulação de políticas públicas, inculcando normas de conteúdo ético e estas quando bem aplicadas se transformam em benefícios dirigidos a todos que se encontram envolvidos.

c) O manejo dos valores e normas pelos agentes: o ‘Campo Central’ desse ‘Sistema Social’ que é o “Direito” se encontra ou não fortalecido, diante do desempenho dos seus participantes ou agentes e que a luta constante se encontra em cada parcela (ou também entre elas – subsistemas –) também denominada de ‘Subcampo Integrado de Atuação’ que se relaciona com os agentes na busca de benefícios condizentes com os objetivos práticos a serem atendidos – *habitus* –. Assim, a melhor estratégia é não submeter ao arbítrio de qualquer ‘subcampo integrado de atuação’ o alcance único de um resultado vantajoso sobrepujando aos demais e por consequência se tornando muitas das vezes ilegítimo, mesmo porque os outros microcosmos ou ‘subcampos integrados de atuação’ são pertencentes da mesma estrutura jurídica-social (‘Campo Central’) e que deverão estar no mesmo nível de comprometimento com objetivos práticos próprios – *habitus* – para que todos tenham a mesma intensidade a ser valorada pelo próprio ‘Campo Central’. Aliás, esta deva ser compreendida como estrutura harmônica e uniforme de deveres, embora distintos cada ‘subcampo integrado de atuação’ ou subsistema que a compõe.

Ademais, com afinidade a ideia de “Sistema Jurídico” efetivo pressupõe a realização de fatores implícitos que lhe dão validade ética: a- o próprio conceito de “Sistema Jurídico”; b- a ‘inteiração social’ e suas variedades formas de atuação; c- a continuidade histórico-social da ‘inteiração social’; d- a conexão orgânica entre os agentes; e- o conceito de herança social; f- o conceito de sociedade como unidade orgânica; e g- os múltiplos elementos ou subsistemas de cognição a partir da confecção de um fato social.

a- O próprio conceito de “Sistema Jurídico”: por ser ele autorreferente, inclusive os seus subsistemas, e a sua relação com o seu ambiente dando-lhe identidade própria em sua observação. Autopoiético em caso de crise sistêmica, devido à ocorrência do efeito de alguma entropia. Com a presença de agentes que expressam o fator psíquico do “Sistema Jurídico”, pois interagem no seu *campus* de atuação, segundo o seu *habitus*, conforme for a sua realidade. Aliás, é na ‘seleção dos valores e princípios’, no aperfeiçoamento do próprio “Sistema Jurídico” uma de suas principais características ao modelar a realidade comprometida com o seu objetivo final em atender a vontade da consciência ética coletiva. Assim, consideramos que o “Sistema Jurídico” tem a sua comunicação permanente - aberta - através de um fio condutor (sinapse) com o ambiente social que interliga os seus subsistemas jurídicos. Cada um destes tem uma membrana que estabelece os seus limites, embora exista uma abertura que seja suficiente na interação com o ambiente social que lhe rodeia e estabelece a sua relação com o espaço e o tempo, na sua orientação. O “Sistema Jurídico” tem a sua funcionalidade destacada, desde a sua formação, com a introdução do seu primeiro ‘subsistema fato jurígeno’, porém somente atende a sua real vitalidade, com a realização do último subsistema: ‘bem comum’. Dessa forma, foi nesse panorama democrático que a legitimação do “Sistema Jurídico” se comporta ao ensejar a sua ‘transparência ética’.

b- A ‘inteiração social e suas variedades formas de atuação’: os homens vivem em sociedade e na sua relação de convivência a formação de dois processos díspares, de um lado de natureza associativa e do outro dissociativa. No processo de formação associativa se apresentam forças de aproximação que se traduz nos seguintes modos: “*solidariedade emocional – indivíduos que compartilham das mesmas emoções –; participação emocional – o indivíduo participa simpaticamente o sentimento do outro –; atração emocional – admiração, atração por outro –; interesses – por conveniência ou por ideal superior –; e atitude de tolerância – se respeita posições e opiniões contrárias para ensejar a associação –*”.⁷³ Por sua vez, no seu ‘processo de acercamento ou aproximação’ dos indivíduos em sociedade transparece condutas que se alinham

⁷³ Fernandes, Newton e Chofard, Getúlio, “Sociologia Geral, Jurídica e Criminal”, 1.º Vol., Ed. Rumo, pp. 130/131.

na ideia de bom convívio, tais como: “*saudar ou cumprimentar respeitosamente, cortejar outras pessoas; admitir ao trato social ou que outro seja admitido; acompanhar, agradecer, aplaudir, demonstrar aprovação, reconhecer, confessar, consultar, etc.*”.⁷⁴ A propósito, também nesse ‘processo de associação’ entre os indivíduos ou grupos, no contato social, destacam-se as espécies, “processo de ajustamento; processo de acomodação; processo de transculturação; processo de assimilação; e processo de cooperação”. No ‘processo de ajustamento’ encontra seu apogeu no acordo *inter pares*, através da conciliação que atenua as disparidades de opiniões e de sentimentos entre os indivíduos, preconizando enfim uma atitude associativa. Por sua vez, no ‘processo de acomodação’ surge como prevenção à ocorrência de litígios, apaziguando as divergências, no nítido propósito de estabelecer pontos de contato, de cooperação e de harmonia. Em sequência, nesse ‘processo de associação’, advém à espécie: ‘processo de transculturação’ que consiste na simbiose entre culturas de povos distintos de modo a criar um ambiente social propício de convívio adequado as suas necessidades. No ‘processo de assimilação’, os indivíduos ou grupos que se encontravam em desarmonia ou dissimilaridades, se tornam apaziguados, ao identificar pontos que justifiquem a associação de interesses. Aliás, tem como subespécie o ‘processo de integração, união ou fusão’, que consiste no último resultado cultural do ‘processo de assimilação’ recíproca ou plurilateral entre modos de vida distintos ao incorporar culturas diferentes no seu *habitus*. Por último cite-se o ‘processo de cooperação’ que compreende a atividade comum dos indivíduos ou grupos para a concretização de ideais ou interesses comuns.

No ‘processo dissociativo’, em sentido adverso do ‘processo associativo’, se identifica pela rejeição de acordo interpessoal ou intergrupal e acentua sua disposição pelo conflito de interesses, com a luta pela oposição e propriamente a lide ao desencadear inconformismo quanto a sua pretensão resistida. Portanto, a partir dessa dinâmica social a sociedade constrói seus Sistemas Sociais de inteiração entre os fenômenos que vão surgindo e os agentes ao distribuir bens jurídicos, valorando a sua adequada funcionalidade. Assim, por existirem muitos mais interesses do que bens, surge o conflito de modo a configurar a lide. Nessa relação que se forma o “Sistema Jurídico” tem o seu papel

⁷⁴ *Idem.*

de regular não só as condutas dos indivíduos, mas também impor diretrizes do controle social dinâmico, fortalecendo a interdependência dos subsistemas jurídicos que se comunicam invariavelmente para atender os seus objetivos e numa direção determinada e preponderante que é a ‘paz social’ a ser alcançada. Aliás, nesse particular o “Sistema Jurídico Penal Eleitoral” tem o seu efeito preconizado pela ‘paz social’ e a preservação da democracia quando advém uma decisão judicial ao dirimir uma controvérsia jurídica ou lide eleitoral, seja absolvendo ou condenando um acusado pela prática de um delito eleitoral.

c- A continuidade histórico-social da ‘interação social’: o dinamismo que entrelaça os subsistemas jurídicos se justifica pelas transformações sociais que vão se sucedendo no decorrer do tempo. Dessa forma, o ‘fato jurígeno’ tem a sua constituição firmada pelo pensamento social em determinado momento histórico que lhe qualifica quanto a sua densidade ética. Os valores sociais que correspondem ao atributo do ‘fato jurígeno’ provém da ‘interação social’, salvo se a origem do ‘fato jurígeno’ não for através de um fenômeno natural que tenha repercussão social luzente. A ‘interação social’ tem no seu dinamismo às ações de influências recíprocas entre indivíduos ou grupos e é o resultado da continuidade histórico-social - experiência – do seu processo de cognição. Aliás, conforme salienta Newton Fernandes: *“nas relações sociais o comportamento humano está orientado de inúmeras maneiras para as pessoas. Os homens não somente vivem juntos e partilham de opiniões, valores, crenças e costumes comuns, mas também interagem continuamente, reagem uns aos outros e modelam seu comportamento pelo comportamento e pelas expectativas alheias”*.⁷⁵ Com a dialética entre os homens o fator tempo promoverá as alterações de comportamento e que por sua vez caberá o Estado traduzir em ações favoráveis a essas mudanças, pois só assim, terá o seu caráter legítimo assegurado. Nesse sentido, por exemplo, se uma nova norma penal é introduzida no ‘Ordenamento Normativo’ é porque deverá atender essa expectativa social contemporânea de projeção de ‘valores e princípios’ condizentes com o pensamento da consciência ética coletiva que modela o comportamento do indivíduo disciplinando-o para efeito de proteção do bem jurídico, no qual o indivíduo está atrelado.

⁷⁵ *Idem/Idem.*

d- A conexão orgânica entre os agentes: o sistema social é entrelaçado por agentes que se relacionam entre si, de modo a constituírem uma unidade que demonstre um perfil voltado a um resultado que atenda às expectativas do seu ambiente pelo qual cada agente usufrui, pois cada um deles é capaz de exercer uma função importante nessa engrenagem, tendo destarte responsabilidade social autorizada pela consciência ética coletiva. Assim, caberá o Estado ter a legitimidade de executar o seu papel de instrumento social, diante da nomeação desses agentes que correspondam os elementos psíquicos que venham traduzir o anseio da sociedade, formando afinal um todo harmônico voltado ao bem comum. No entanto, se esses agentes atuam de forma descoordenada, ou mesmo em total descontrole de suas ações: ao permear, por exemplo pelo caminho da ilicitude e/ou da ineficiência, tornando o “Sistema Jurídico Comunicante” incapaz de atender a sua função social, urge erigir uma recomposição de sua formação, com o fito de substituir esse “Sistema Binário” (autopoiese) instituído numa reformulação de ideias que venham buscar uma correção de rota e de desempenho, no sentido de atender à norma social desejada pela coletividade.⁷⁶

e- O conceito de herança social: o “Sistema Jurídico Comunicante” por ser dinâmico tem a sua primazia pertencer ao universo social das Ciências e, por corolário tem na herança social a sua experiência de aproveitamento nas relações que produz. É dessa forma, que a consciência ética coletiva tem a sua característica diagnosticada num determinado momento histórico, pois as suas tradições e os costumes vão se alterando no decorrer dos tempos. Dessa forma, a esse legado social produz a realidade atual, configurando um modelo de sistema que fomente um pensamento comum, ao definir o que é ou não importante como acontecimento, segundo a consciência ética do seu povo. Assim, diante dos vários fatores sociais que vão surgindo, tais como, políticos, econômicos, religiosos, étnicos, etc. e, que vão se alterando no decorrer dos tempos: estes por derradeiro contribuem na formação de um Estado que tem na herança social o seu respaldo de sua própria existência. Por sua vez, a regulação da conduta social constituída através da norma, propugna um resultado que

⁷⁶ Cupello, Leonardo Pache de Faria, “Sistema Jurídico Comunicante”, *e-book*, Amazon.

poderá ou não atender a consciência ética coletiva naquele instante a ser considerado, devido a ter ou não legitimidade de atuação e, conseqüentemente, a herança social, ora preconizada, se torna necessariamente envolvente no ambiente de decisão que o Estado venha a transparecer e executar, consoante a sua vontade política, desde que atenda os anseios da sociedade, conforme a época do seu surgimento.

f- O conceito de sociedade como unidade orgânica: o pensamento na identificação da sociedade como sendo uma só unidade provém no desejo que a consciência ética coletiva de um Estado tenha sido identificada como tal. Essa característica se encontra posta, se tal elemento no ‘Sistema Social’, se mostra apto a demonstrar que existem interesses comuns acima dos interesses de cada pessoa, e, portanto, se os valores que construíram esses interesses comuns formam uma unidade orgânica, pois só dessa forma, a consciência ética coletiva tem o seu poder de domínio para atender a funcionalidade do “Sistema Jurídico Comunicante”. Nesse sentido, os subsistemas somente se comunicam entre eles, se a consciência ética coletiva – *sinapse* – se torna operante, de acordo com a sua unidade de atuação, dando ensejo a configuração de um resultado desejado por todos os envolvidos, conforme o seu ambiente e sua autorreferência existentes, dando azo ao entendimento de se tratar de um Estado progressista ou pelo, contrário, um Estado desabilitado, fomentando a cada momento o surgimento de riscos de distúrbios envolventes ocasionais ou permanentes. Assim, erigindo anomalias no ‘Sistema Jurídico Comunicante’ e que a própria sociedade se torna esperançosa do surgimento de autopoieses, nos subsistemas atingidos ou afetados, afastando das anomalias que porventura tenham o caráter de até mesmo de implosão desse paradigma de sistema social, ora sob enfoque.

g- Os múltiplos elementos ou subsistemas de cognição a partir da confecção de um fato social: o fato social é mais do que um acontecimento qualquer, é um fato que tenha repercussão perante a consciência ética coletiva de um povo definido, num Estado próprio e estabelecido, que traduza na confecção de um *start* no “Sistema Jurídico Comunicante”, se tornando um subsistema inicial no processo de formação do ‘Sistema Social’ preconizado nesse estudo. Assim, a partir dele se constrói um subsistema após o outro até o seu resultado final – bem comum –, de modo que todos tem em comum serem elementos de

cognição, todavia cada um com suas próprias características de evolução e de função social distinta, além de terem ambientes diversos ao seu redor. Dessa forma, é o conjunto de ideias que vão se produzindo a partir de um fato social relevante e que tem destaque na formulação de subsistemas que se envolvem num mecanismo endereçado a atender a consciência ética coletiva. Por outro lado, se esse fato é antissocial, originando um ‘Sistema Binário’, dando azo à formulação de efeitos deletérios ao “Sistema Social Comunicante” já existente, torna-se vital a extirpação dessa anomalia, pois só assim se deve preservar a vontade da consciência ética coletiva e as justiças formal e material que se encontram no «subsistema norma» em vigor, inclusive o ‘Direito Positivo Eleitoral’. Por consentâneo, o Estado deva estar atento, através dos seus agentes, no exame do fato jurígeno, se este é, portanto, legal e legítimo, no momento de decidir sobre a sua entronização no ‘Sistema Social’ pelo qual ele é reconhecido como relevante.

§5º Baricentro no Sistema Eleitoral

A sociedade considerada democrática compõe a sua essência na formulação de soluções capazes de minimizar as suas mazelas e que vários fatores levam a tornar mais ágil ou menos ágil a consecução dos seus fins quanto ao seu desenvolvimento ético, político, econômico, jurídico e social. Assim, por exemplo, o programa político institucional estabelecido pelo Estado fomenta o grau de desenvolvimento possível, mas nem sempre apto a produzir a riqueza necessária para atender os anseios da comunidade o que leva a tornar mais áspero o caminho a ser trilhado pelo governo constituído legalmente e, portanto, o que traduz muitas das vezes a ocorrência de um hiato do que o governo estabelece e o que a «consciência ética coletiva» almeja.⁷⁷

Nesse sentido, o presente capítulo desse estudo tem o condão de trazer um apotegma inicial da importância de cada ‘campo integrado de atuação’ que compõe o Direito – “Campo Central” – e, por conseguinte alcançar a sua realização

⁷⁷ “...Para la explicación de esta individualidad de los ordenamientos sociales primários se inventó la conciencia popular de la moral y do derecho. Esta conciencia selectiva y aun creadora, debería ser determinante, para la configuración concreta del sistema de ordenamiento em cada – sociedad – particular dado...”-Geiger, Theodor, - *Estudios de Sociologia Del Derecho*, p.99, Ed. Fundo de Cultura Economica - Mexico.

como instrumento de desenvolvimento de uma sociedade. A sua raiz democrática se encontra na formulação encadeada de vários elementos capazes de atender o «*bem comum*» que o Estado deverá atender de modo a tornar a sua força motriz que é a construção do Direito como sinônimo de Justiça Formal e de Justiça Material. Dessa forma, na formação da sinapse encadeada dessas dimensões (subcampos integrados de atuação) apto a fomentar o caráter legítimo do seu poder como instituição por estar em consonância com a vontade do seu povo. Assim, o Direito (‘Campo Central’) num ‘Estado Democrático’ se concretiza com a realização dos seguintes ‘subcampos’ integrados de atuação: a partir de um «*fato*» na ocasião estimado como sendo *jurígeno* pela sociedade, inclusive no âmbito eleitoral, ou seja, todo fenômeno que a consciência ética-coletiva avalia ter efeitos relevantes perante a comunidade. Em sequência a esse *fato jurígeno* temporal advém o «*valor ético*» que a sociedade se encontra respaldado: perfil axiológico dominante de um povo em determinado momento histórico. Somado a esses dois subcampos provém os «*Princípios fundamentais*» - 3º subcampo -: que de acordo com o nosso entendimento deixou de ser uma fonte secundária do Direito para se tornar um subcampo a ser explorado e aceito como tal pela comunidade jurídica e que, aliás se destaca, v.g., nos “*Princípios da Equidade (cooperação social) e da Eficiência (técnica de execução jurídica), além da Igualdade e da Moralidade como sendo Princípios de Justiça Social*”.⁷⁸ Em seguida, a sinapse identifica mais um subcampo do Direito que são as «*Políticas Públicas de Formação*» - 4º subcampo - capazes de aquilatar ou selecionar, dentre a variedade extensa de *atos jurígenos* ocorridos num determinado momento zetético, incluindo *valores e princípios*, o que mais se considera *conveniente e oportuno* pela classe política para transmutar-se formalmente em Norma, inclusive eleitoral – 5º subcampo –, traduzindo, portanto, a vontade popular. Ademais, esse encadeamento de subcampos do Direito interligados – *sinapse* – e progressivamente promovidos ou integrados qualitativamente, construindo afinal uma simbologia capaz de demonstrar o que a norma deva ter em seu conteúdo de mais relevante que consiste na formação da “Justiça Formal e na Justiça Material”. A Justiça Formal da Norma torna-se imanente em sua dogmática jurídica constituída no exame do ordenamento jurídico vigente, com os reflexos preponderantes e vitais quando de sua aplicabilidade. A Justiça Material da Norma, por sua vez, é fomentada

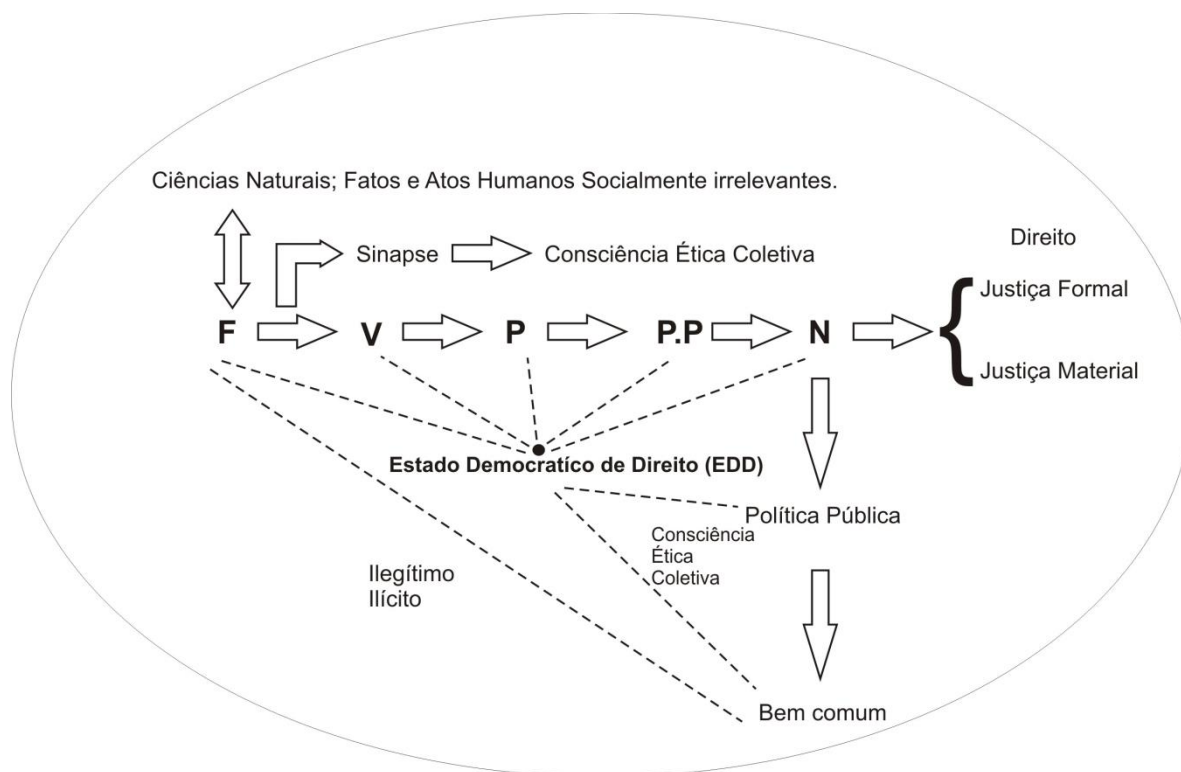
⁷⁸ Cupello, Leonardo Pache de Faria, in Tutela Penal & Processual Penal da Privacidade, às fls. 23 e ss. Ed. Juruá.

pelo conteúdo da Norma sob uma identidade da consciência ética-coletiva de um determinado povo, ou seja, quanto aos “Valores” – axiologia – e os “Princípios Fundamentais” que foram avaliados pela sociedade e destacados na construção do Direito, ao situá-los como subcampos vitais de sua própria existência.

Ao final, após a Norma ter o seu conteúdo formado (Justiça Formal e Justiça Material) provém a sua aplicabilidade, no momento de torná-la ajustada à realidade social – momento zetético – e que através das «*Políticas Públicas de Implementação*», confere o ajuste primordial para atender o “Bem Comum” da sociedade. Assim, as “Políticas Públicas” atuam não só como 4º subcampo na formação do Direito, mas também em uma nova perspectiva, qual seja de atender o seu sentido político – de conveniência – opção social – e oportunidade: poder escolher o momento histórico da aplicação da norma – 6º subcampo –.

Nesse contexto, forma-se uma conclusão a ser refletida, qual seja: que desde o surgimento do «*Fato jurígeno*» - 1º subcampo do Direito - até a realização do “Bem Comum”- 7º subcampo - pelo Estado torna-se primordial que os sete subcampos referidos sejam interligados – sinapse: *consciência ética-coletiva* – e que por último as “Políticas Públicas”, na aplicação da Norma, sejam capazes de legitimar a vontade da sociedade – poder simbólico – e produzir por consequência o seu desenvolvimento jurídico, político, econômico e social em todo o seu alcance. A propósito, a consciência ética-coletiva mantém uma dialética constante com os agentes que representam a ação e o pensamento em cada subcampo impulsionando os objetivos práticos – *habitus* - da sua atuação integrada de forma qualitativa com os demais subcampos que vão se uniformizando até alcançar o derradeiro – “Bem Comum” –. A propósito, conforme prevê o “Sistema Jurídico Comunicante” o “Bem Comum” se torna realidade quando o “Sistema Eleitoral” atinge o seu objetivo, qual seja, quando as eleições dos novos governantes de um Estado soberano são íntegras e, por consentâneo legítimas de modo que a vontade popular é respeitada, conforme os valores e os princípios democráticos admitidos pela consciência ética coletiva.

Com efeito, na formulação acima do “Campo Central”: “O Direito” e seus ‘subcampos integrados de atuação’ em sua essência cria-se a figura geométrica capaz de identificar uma melhor orientação para o que está se preconizando, a saber:



F- Fato Jurídico; V- Valor (ética); P- Princípio; P.P1 (Política Pública 1); N – Norma; Justiça Formal; Justiça Material; P.P2 (Política Pública 2); Bem Comum; *Sinapse* = Consciência Ética Coletiva; Estado Democrático de Direito ;Ciências Naturais; Fatos e Atos humanos Socialmente Irrelevantes; Ilícito; Ilegítimo.⁷⁹

No núcleo dessa figura geométrica contém o seu *baricentro* que consiste no «Estado Democrático de Direito» e que tem o condão de relacionar-se com todos os ‘subcampos integrados de atuação’ do Direito (‘Campo Central’), bem como na aplicabilidade da norma ao atender o «*bem comum*» da comunidade. Assim, o «*Estado Democrático de Direito*» tornou-se vivido a partir da decadência do “Estado de Direito” que se preocupava tão-somente com a “Justiça Formal” ou a denominada “Justiça

⁷⁹ Polo, Leonardo in “A Crítica Kantiana do Conhecimento”, p.47, Ed. Escala: “O tempo Kantiano funciona como regra; pode, portanto, aplicar-se ao espaço, mas não se limita a isso. O tempo, na gnosiologia de Kant, está mais vinculado ao entendimento, ao conceito, que ao espaço. E, efetivamente, é evidente que eu posso ter um conceito que não existe no espaço de modo algum. O *triângulo no espaço* é sempre este ou aquele, mas seu conceito vale para todos. *O esquema do triângulo não é sua imagem; é aquilo por meio de que o conceito chega à imagem, mas sem se deixar fixar por ela.* No tempo como esquema – como regra de construção – encontra-se, portanto, a universalidade do conceito. O tempo da imaginação se compara com o espaço segundo a representação; mas, por outro lado e como regra de traçado, abarca todos os casos possíveis unilateralmente, enquanto no espaço seria preciso multiplicar infinitamente as representações” – *grifo nosso* – .

Legalista”: sem a preocupação com o conteúdo axiológico e principiológico da Norma - “Justiça Material” -. Assim, obtempera-se a “Justiça Formal” com os anseios da consciência ética-coletiva que vincula o Direito aos seus ‘subcampos integrados de atuação’, a saber: «Fato Jurígeno; Valor (sentido axiológico); Princípios; Políticas Públicas (P.P1); e a Norma. Por consentâneo, tornando a “Justiça Material” como elemento integrante da Norma. Aliás, quanto aos Princípios – 3º subcampo integrado de atuação –, dá-se como exemplo, na relação direta com o “Estado Democrático de Direito” - Baricentro do Direito – àqueles, v.g., enunciados por José Afonso da Silva, a saber: “*Princípio da Constitucionalidade, Princípio Democrático, Princípio da Justiça Social, Sistema de Direitos Fundamentais, Princípio da Igualdade, Princípio da Divisão de Poderes, Princípio da Legalidade e Princípio da Segurança Jurídica*”.⁸⁰

No que concerne aos elementos que se encontram externos às figuras acima, qual sejam, na abóbada superior desse Universo, as “Ciências Naturais”; e “os Fatos e Atos Humanos Socialmente irrelevantes”; e na sua abóbada inferior, Ilegítimo ou Ilegal, importa destacar o seguinte:

No primeiro caso das “Ciências Naturais” ou, os “Fatos ou Atos Humanos Socialmente Irrelevantes”, trata-se de *atos* que surgem sem expressão para a consciência ética coletiva por não terem ainda repercussão jurídica e, portanto, não são de natureza *jurígenos*, porém poderão, no futuro, ser considerados, como tais, se porventura «a consciência ética-coletiva» legitimá-los e, destarte sendo promovido qualitativamente a ser um ‘subcampo’ do Direito. Por sua vez, os “Ilegais ou Ilegítimos” são os fatos contrários à “Justiça Formal” e/ou à “Justiça Material da Norma” - ‘subcampos integrados de atuação’ do Direito- se formando uma patologia e que as próprias forças contidas nos demais ‘subcampos’ integrados estabelecem uma luta incessante até que os ‘subcampos integrados de atuação’ contaminados se tornem sadios. Assim, por exemplo, se o fato subsumido à norma não atende ao seu «*conteúdo*» torna-se ilegal ou ilegítimo e, destarte contraria o Direito tornando-o afastado da *figura* realçada acima, constituindo por consentâneo objeto de repercussão social a ser corrigido pelo Poder Judiciário. No caso, em especial, do ilícito eleitoral se torna evidente o caráter social relevante quanto ao seu alcance de rejeição ética coletiva e, destarte de seus efeitos maléficos quando de sua concretização antijurídica – a sua ilegitimidade contrariando a

⁸⁰ Curso de Direito Constitucional Positivo, p.p. 122-123, Malheiros Editores.

“Justiça Material” – e da sua contrariedade à norma vigente – 5º subcampo integrado de atuação –, no tempo e no espaço – a “Justiça Formal” *in concreto* –. Por conseguinte, no exame do tema proposto tem como fundamento a formulação de um Direito – “Campo Central” – que se preocupa não só com a norma na sua acepção de “Justiça Formal”, mas também tendo em seu conteúdo a “Justiça Material” que pressupõe em sua essência os «valores e os princípios fundamentais» - ‘subcampos integrados de atuação (2º e 3º)’ - que emergem da consciência ética-coletiva e que se relaciona com os agentes no pensamento e nas suas ações, consoante os objetivos práticos estabelecidos pelo ‘Poder Simbólico’ – *habitus* – dando-lhe o caráter de legitimidade. Assim, para a materialização dessa “Norma Ideal” em benefício do «bem comum» da sociedade, as “Políticas Públicas” constituem também um ‘subcampo integrado de atuação (6º)’ do Direito que a torna eficaz, nos moldes que a sociedade anseia fomentando, enfim, o seu desenvolvimento em todas as extensões de sua atuação.

Ademais, erige-se como cerne dessa fundamentação a realização do “Teorema dos subcampos do Direito” que consiste no seguinte enunciado: <*em qualquer norma, como sendo um instrumento destinado a atender o bem comum da sociedade, consoante a sua consciência ética coletiva, perfaz na realização formal e material de seus subcampos integrados de atuação: dos fatos jurígenos, dos valores, dos princípios, das políticas públicas e da legitimidade da norma, além de ter como baricentro o aperfeiçoamento constante do ‘Estado Democrático de Direito’*>.

Nesse contexto, o fato considerado ilícito pela legislação eleitoral vigente quando surge vem atentar não só contra os ‘subcampos integrados do Direito’, mas também contra o seu núcleo – baricentro – de modo a tornar-se um afronte ao que sociedade anseia, devendo ocorrer, portanto uma luta interna nos próprios subcampos integrados atingidos (ou mesmo entre subcampos integrados) através um mecanismo regido por sua diretriz que foi desviada, ou seja, através de uma dialética com os agentes do Poder Judiciário – juízes – que tem por fim de preservar os ‘subcampos’ afetados pelo mal sofridos e recuperá-los para atender o benefício social, representando este afinal o ‘capital’ primordial do seu “Campo Central” que é o Direito.

CAPÍTULO III - CONSTRUÇÃO DO SISTEMA ELEITORAL

§6º A Função ética social do Fato Jurídico Eleitoral

O Estado historicamente vem propugnando por um ideal ético-social, justificando a sua criação, e diante da realidade pela qual convive, promana de meios – com volição democrática – capazes de perseguir uma tendência de avanço em suas diversas áreas de atuação. A técnica jurídica usada para atingir esse objetivo varia entre os diversos Estados e sua implementação dependerá da vontade política e da legitimidade de suas propostas a serem auferidas pela população. Assim, não acreditamos na dissociação entre o pensamento teológico, moral ou político do Estado com o positivismo implantado direta ou indiretamente por aquele grupo ou indivíduo que detém o poder. Isolar o ordenamento jurídico de sua vida social é torná-lo distante de sua consciência ética. O modelo escolhido na formação da Instituição Estatal cria uma concepção de governo que pretende ser exercido e a conservação dos princípios democráticos dependerão do surgimento dos fenômenos sociais que influirão nas ulteriores decisões políticas dos seus dirigentes. A propósito, pergunta-se: mas que técnica teria o condão de compatibilizar, v.g., entre o pensamento ético-social e a vontade dos dirigentes? A resposta desta questão advém da descoberta dos valores essenciais que a sociedade considera como inevitáveis de serem discutidos. Se o esforço comum é realizar o «*bem-estar*» social crê-se na indeclinável submissão da vontade individual em benefício da vontade coletiva. No entanto, o programa a ser instituído em favor da sociedade deverá ter em seu contexto o sentido ético a fim de não menosprezar o universo subjetivo do ser humano. A cooperação entre os vários sectores organizados da sociedade – «*equidade*» – dará as imprescindíveis informações para que se infunde um programa viabilizando politicamente a construção de um ordenamento jurídico que atenda a vontade coletiva e portanto, requer a importância do engajamento de cada pessoa per si, atendendo à meta única: «*a partir do desempenho individual voltado ao desenvolvimento comum*». A tarefa é de atingir a estabilidade social e o sacrifício individual é natural, porém há limites quanto ao império da vontade coletiva. A partir da investigação do padrão de comportamento dos indivíduos haverá a seleção de ações sociais que evitem produzir efeitos contrários aos valores fundamentais enraizados na própria comunidade. A função social é valorar os fatos e adequá-los ao comportamento solidário das pessoas proporcionando ao Estado «*eficiência*» na execução de suas decisões políticas. Por outro lado, o experimento da vida social cria uma interdependência entre as pessoas de modo a

conduzir cada fato uma questão de consequências gerais e a abstração do alcance dessa decisão política dependerá da ponderação de todos os envolvidos. Diante desse fenômeno social articulado gera a decisão política fundamental da criação do Estado. Nos Estados em que optaram pela concentração dessa decisão política em um único documento: a Constituição escrita constitui o reflexo da decisão política daqueles que representam em determinado momento histórico à vontade de um povo. A partir de então valores éticos sociais são impregnados em todo o contexto da Carta fundamental possibilitando cada cidadão interpretar o exercício de sua participação solidária. Aliás, cada Estado convive com a sua realidade social e o seu plano de orientação jurídica – modelo ideal – está no supedâneo da valoração permanente do factos que se apresentam e o surgimento desses valores éticos compreende no resultado dessa valoração.⁸¹ No decorrer da função social que o Estado tem o dever de exercer provém o «fato» como estudo da “Ciência Política” e os «valores e a norma» que a “Teoria Política” se expressa a fim de esclarecer a legitimidade do Estado em suas ações. Assim, nesse processo de dialética das Instituições com a sociedade surge a ideologia a ser seguida – importante fator de coesão social numa sociedade contemporânea tão atomizada e dividida, mesmo que ela seja tão abstrata que o seu envolvimento esteja circunscrito no ‘Poder Político’ constituído.

A ideia central de ‘Eficiência’ do Estado como sendo instrumento político para atender a sua função social está na sua própria característica que se harmoniza com o seu papel ideológico de modelo de exercício de Poder, mesmo que dependa da legitimidade como meio de atender o objetivo da sua estrutura, na obtenção de resultados esperados. Dessa forma, a ideologia está estritamente vinculada ao modo correto de organizar uma sociedade e conduzir uma política, baseada em considerações mais amplas sobrea a natureza da vida humana e o conhecimento, de modo, a saber interpretar os valores essenciais que a sociedade se inspira na realização dos seus propósitos.

⁸¹Na esteira desse entendimento Zippelius argumenta ao contrapor a orientação de Kelsen: “O par de conceitos “norma” e “fato” não nos surge apenas quando comparamos a realidade política com modelos ideais antes desempenha também um papel já na própria construção da “realidade do Estado”. Como se vai verificar, esta não pode de forma alguma ser suficientemente concebida como *facto* normativamente desvinculado. Tão pouco, o Estado pode ser construído como “puro” sistema de normas, isto é, livre de quaisquer fatos sociológicos, tal como propôs Kelsen, que pensava poder conceber-se o Estado, sob o ponto de vista da ciência jurídica, como pura ordem normativa, e, sob o ponto de vista da sociologia, como mero *facto* (Kelsen 1928, 105 s., 114 ss.). Isto, no entanto, não é viável – ob. cit. p.10 –.

A partir do conhecimento do fato e que através de uma ideologia política é que se transforma em jurígeno, na sua trajetória de alcance jurídico, através de expedição de normas, a ser imposto pelo Estado, com a chancela democrática da sociedade: nesse mecanismo dialético constante e fluente, buscando uma sintonia única e que vão se alterando na mesma proporção que novos fatos vão surgindo no tempo e que caberá o Estado se manter íntegro ou não em sua ideologia original, em consonância com o Sistema Democrático pelo qual pertence. Aliás, nesse jaez, no “Sistema Eleitoral Contemporâneo”, o fato jurígeno se destaca pela motivação da consciência ética coletiva ao dar ênfase a um acontecimento que tenha como bem jurídico a ser tutelado o exercício pleno da democracia. Dessa forma, se existe, v.g., a eleição de mandatário que venha representar o povo de um determinado Estado soberano, o ‘Sistema Eleitoral’ correspondente deverá se adequar ao momento histórico pelo qual está passando a sociedade, ou seja, o seu pensamento ético social no tempo e no espaço e, portanto, quais os cidadãos serão considerados aptos a expressarem às suas escolhas eleitorais – votos – e também àqueles que têm direito de serem votados – sufrágio – no escrutínio eleitoral, e como deverão fazê-lo: na época e no território das eleições citadas. Nesse sentido, se deve ter a prevalência num processo eleitoral democrático alguns princípios básicos, a saber: a soberania popular deverá ser exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto – embora, possam existir também voto indireto e/ou aberto em situações excepcionais – com valor igual para todos, ou seja, sem qualquer discriminação – todavia, possa ter alguma exceção: *i.e.*, estrangeiros e/ou conscritos –.

Ademais, o fato jurígeno eleitoral terá o seu caráter ético social dominante quando o “Processo Eleitoral Contemporâneo” acompanhar as mudanças que a sociedade impor: no seu tempo e no espaço territorial a ser considerado, e destarte terá como resultado desejado alterar ao seu final o ‘Sistema Jurídico Eleitoral’ até então em vigor.

§7º Integração ética social do Sistema Eleitoral

A personalidade humana se manifesta de diversas formas, tais como na liberdade de agir, de sentir ou mesmo de poder exercer a cidadania de forma igualitária. O direito positivo num Estado democrático preserva como um de seus ditames a igualdade jurídica dos cidadãos, pois considera: *«todos são iguais perante a lei»*. Assim, independentemente das individualidades da pessoa natural quanto as suas qualidades, raça, convicções políticas ou religiosas de sua origem ou classe social, a dignidade social de cada cidadão tem a sua isonomia garantida pelo Estado. A justiça

social, por sua vez, preocupa-se com a igualdade de oportunidades que cada cidadão deva ter para atingir as suas realizações pessoais. Cabe ao Estado implementar ações sociais capazes de oferecer meios ao cidadão em poder construir uma «*vida digna*». ⁸² A estrutura das instituições deva ser voltada para atender a toda comunidade sem distinção e a razão está em atender a «*satisfação social*» como sendo um pressuposto de auferir ao Estado o seu grau maior de *eficiência*. Se para muitos existe a dificuldade de obter bens e para outros não, erigindo, portanto, numa injustiça social, o Estado tem o dever de promover ações capazes de reduzir as diferenças sociais e tornar as camadas menos favorecidas mais próximas daquelas que o Estado deu mais atenção, ou que aproveitaram melhor as oportunidades oferecidas. Assim, a «*igualdade social*» torna-se uma imposição conferida às políticas públicas e o equilíbrio da distribuição equitativa de riqueza compreendendo uma das vertentes da «*justiça social*». Por outra banda, a «*igualdade*», também como princípio imanente de um «*Estado Democrático de Direito*» poderá ter também diversas implicações, tais como, na diferenciação entre a igualdade jurídica e a igualdade natural ou naturalística; que constitua este princípio uma das opções da Constituição material, vedando portanto qualquer privilégio ou discriminação (o sentido negativo da expressão) numa visão processualística ao assegurar as partes envolvidas o tratamento isonômico quanto aos seus postulados; ou

⁸² Por exemplo, na Constituição Belga em seu art. 23 promana que “todos têm o direito de viver segundo os ditames da dignidade humana e cita que a lei garantirá os direitos econômicos, sociais e culturais e determinará as condições do seu exercício”. Acrescenta ainda este dispositivo: “estes direitos incluem, nomeadamente: 1) O direito ao trabalho e à livre escolha de uma atividade profissional, no âmbito de uma política geral de emprego, visando entre outros, assegurar um nível tão estável e elevado quanto possível, o direito às condições de trabalho e a uma remuneração equitativa, bem como o direito à informação, à consulta e à negociação coletiva; 2) O direito à segurança social, à proteção da saúde e à ajuda social, médica e jurídica; 3) O direito a uma habitação condigna; 4) O direito à proteção de um meio ambiente são; 5) O direito ao desenvolvimento cultural e social”.

até mesmo quando este princípio tiver que se confrontar com determinados imperativos legais.^{83 84 85}

A entronização do princípio da «*igualdade jurídica*» no ordenamento encontra-se de um modo geral seu leito no catálogo dos direitos fundamentais da pessoa, nas diversas Constituições existentes, porém a sua otimização concentra-se no desenvolvimento do direito à liberdade individual, numa proporcionalidade de distribuição de vantagens ou de ônus - justiça imperante -, limitando somente o necessário para salvaguardar as liberdades dos outros. É encampando a ideia da igualdade de tratamento, com a distribuição de benefícios ou encargos que as regras são avaliadas como justas ou injustas. Se v.g., determinada norma eleitoral (A) beneficia uma determinada classe social ou raça (B) em detrimento de outras classes ou raças, torna-se uma distribuição desigual, se levarmos em consideração os parâmetros de uma justiça social de gênese humanitária, com os efeitos eleitorais desarmonizados em função do alcance do ‘Sistema Eleitoral Contemporâneo’. Todavia, se levarmos em conta que essa norma (A) prevalecente imposta pela maioria ou por aqueles que detém o poder, sendo propugnada pela discriminação, cabe-nos ao valorá-la aceitá-la, quanto ao seu tratamento, como sendo imparcial, diante da opção política exercida pelos cidadãos de uma determinada sociedade, muito embora possa ser injusta e capaz de afetar consideravelmente o núcleo do direito de personalidade do homem

⁸³ Miranda, Jorge, Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais, 3.^a Edição, Coimbra Editora, 2000, p.p. 237/238.

⁸⁴ A propósito, no Brasil o Supremo Tribunal Federal (STF), ao dispor sobre o “Princípio da Igualdade no Processo” tem assim entendido: “Não há maltrato ao princípio constitucional da igualdade, por ter o Tribunal determinado a realização de determinada prova, embora possa não a ter pedida a parte contrária. Só haveria maltrato ao princípio, se tivesse sido deferido o pedido de provas a um dos contendores e negado a outro, sendo as provas requeridas por ambos os contendores igualmente necessários aos esclarecimentos dos fatos” (2.^aT. - AGRAG n.º130.583/SP-rel. Min. Adir Passarinho, Diário da Justiça, Secção I, 31 de Maio de 1991, p.7.239).

⁸⁵ Dá-se, nesse sentido, por exemplo, as seguintes r. Decisões do Excelso Tribunal Constitucional Português: “Os acórdãos n.ºs 99/88, de 28 de Abril (CJ 1988, 2, 39) e 413/89, de 31 de maio (Dr, II, de 15. 09.1989) entenderam que os prazos de caducidade para a investigação de maternidade e de paternidade fixados nos arts.1817., n.ºs 3 e 4, e 1873.º do Código Civil não violam o princípio da igualdade de tratamento dos filhos nascidos no casamento e fora dele. Em sentido diverso, quanto ao n.º4 do art.1817.ºCC, cfr. ac. STJ (Supremo Tribunal de Justiça -Português-) de 15 de Novembro de 1989 (BMJ 391.º,155)”.

que é a sua dignidade? ⁸⁶ Dessa forma, a importância desse princípio consiste em assegurar as normas que regulam os direitos fundamentais, inclusive as de natureza eleitoral constitucional, tornando-as «*pétrea*» para que as outras normas inseridas no ordenamento jurídico não se manifestem como materialmente injustas ou eticamente desiguais em seu conteúdo. O princípio da igualdade e a justiça se entrelaçam quando o tema em questão reflete na distribuição imparcial de bens procurando inculcar no Estado, através de suas normas, o seu sentido de «*eficiência*». Na regulação dos comportamentos das pessoas em sociedade pelo Estado através do processo legiferante urge construir um sistema proporcional de valores que tem a primazia de identificar as regras igualitárias de distribuição. Aliás, corrige-se com o tempo a obstrução da justiça, mas o princípio da «*igualdade*» acolhido pelo Estado em seu ordenamento jurídico reflete os benefícios que serão expressos na «*satisfação social*» e por consentâneo convergente à segurança dos direitos individuais. A desigualdade da norma não se confunde com as diferenciações normativas que tem motivação excepcional e de natureza não-discriminatória, face esta conter uma justificativa razoável, ao instar uma relação de proporcionalidade ao fim visado. ⁸⁷

⁸⁶ “O fato de que A e B tenham de receber uma distribuição igual ou desigual depende da norma de distribuição aplicável. Pelo que respeita à norma de distribuição, A e B são tratados de maneira igual, não porque ambos sejam alvos da mesma concessão, mas porque a regra lhes é aplicada de modo imparcial.... O tratamento segundo as regras predominantes, quaisquer que sejam suas determinações, é sempre igualitário como imparcial” (Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, Dicionário de Política, Editora UnB, Brasília, 8.ª Edição, p. 598).

⁸⁷ Moraes, Alexandre de “Direitos Humanos Fundamentais”, Editora Atlas, São Paulo, 3.ª Edição, p.93. Assim, se v.g, uma determinada lei prevê que todos os presos provisórios devam permanecer numa cadeia pública durante a tramitação do processo-crime acusatório, e se contudo a mesma lei prevê exceções conferindo a determinadas pessoas o direito à prisão especial, com a devida justificativa, nem por isso poderemos concluir o afastamento do princípio isonômico, mas tão-somente a ocorrência de um «*tratamento normativo diferenciado*». A propósito, a Justiça brasileira tem assim se pronunciado: “A prisão especial não é uma regalia atentatória ao princípio da isonomia jurídica, mas consubstanciada providência que tem por objetivo resguardar a integridade física do preso que ocupa funções de natureza pública, afastando-o da promiscuidade com outros detentos comuns. Os policiais civis, cujas funções correspondem àquelas exercidas pelos antigos guardas-civis, têm direito à prisão especial, ex vi do art. 295, XI do Código de Processo Penal” -STJ, 6.ª Turma-HC n.º 3. 848- rel. Min. Vicente Leal, Diário da Justiça, Secção I, 4. nov. 1996, p. 42.524-.

Ademais, as liberdades materiais nas Constituições pressupõem um objetivo comum de igualar as condições sociais, objetivo a ser alcançado não só por meio de entronização de normas, mas também pela aplicação de políticas ou programas de ação estatal.⁸⁸

A moralidade, por sua vez, compreende no conjunto de valores imateriais inerentes à vida humana e cabe ao Estado protegê-los. Dentre os ditames da consciência o Homem se manifesta através deste princípio moral: assinalando o seu perfil e qualificando a distinção concernente aos outros seres vivos no Universo. A amplitude do ser humano perfaz-se numa lógica capaz de ultrapassar as suas ações perfazendo no seu grau de sentimento mais íntimo a sua maior ou menor grandeza a ser valorada: escapando por vezes do Direito o exame da conduta, mas refletindo no contexto ético o respeito a que cada pessoa deva merecer. As normas jurídicas e morais têm diferenças claras de estrutura, mas ambas coexistem, pois, as normas jurídicas têm no «*princípio moral*» a sua legitimidade. Mesmo nos países em que as sociedades possuem um pluralismo religioso a ordem legal instituída deverá conviver com essas diversas manifestações sociais desde que influenciem na formação de um padrão moral aceito por todos. Embora as normas morais não sejam codificadas como o são as normas jurídicas têm em comum uma correspondente sanção. Na moral a sanção advém do juízo ético: seja da própria pessoa que ao praticar um ato imoral ao sentir remorso ou das pessoas a sua volta que repudiam seu ato. Por sua vez, nas normas jurídicas a sanção encontra-se escrita - ou segundo os costumes - e dirigida a todos que desrespeitarem o seu conteúdo ético. A justiça da norma moral é dirigida aquele que se encontra no dilema e das pessoas ao seu redor, todavia as normas de justiça no Direito as suas decisões têm o efeito geral imediato em face da sua ampla divulgação. No «*princípio moral*» os atributos de cada pessoa são aquilatados pela sociedade a que pertença e assim suficientemente próspero torna-se aquele ser humano que tiver uma avaliação capaz de torná-lo uma pessoa considerada íntegra. Assim, a honra e a reputação são exemplos a serem identificados pelo princípio da moralidade e que se encerram no núcleo da personalidade humana. Em caso de o Estado ultrapassar os limites da aplicação da lei, tornando abusiva a sua ação em face da pessoa, a ele merecerá os maiores reparos tanto a nível material, mediante indenização, quanto a

⁸⁸ Comparato, Fábio Konder, “Direito Público, Estudos e Pareceres”, São Paulo, Editora Saraiva, 1996, p.59.

nível moral, retribuindo, portanto, se possível, o mais próximo do equivalente ao grau de prejuízo moral sofrido pela pessoa. Se v.g. uma pessoa é injustamente presa e condenada criminalmente, caberá ao Estado reparar, além do dano material, o dano moral emergente buscando obliterar, afinal, o sofrimento causado pelo erro judiciário. Por outra vertente, na norma em seu centro de informação deverá conter um elevado conteúdo ético e a moral consiste num princípio a ser contemplado nas manifestações de sua vontade. A disposição do Estado em manter equilibrado e eficiente o seu controle sobre as ações de cada membro do ente coletivo provém do seu sentido ético que conduz suas decisões políticas, resultando no respeito à dignidade humana pelo qual gravita a ordem social. A moral assume o seu papel de direito fundamental dirigido a todos sem distinção e neste particular de natureza indisponível (inalienável e irrenunciável) e imprescritível. Dessa forma, o cerceamento da liberdade de expressão, como o exercício do voto do cidadão compreende numa ação violenta e incapaz de produzir como resultado uma expressão de legalidade («*eficiência*») sujeita a valoração ou mesmo benefício porventura pretendido.

Enfim, conclui-se que não só na introdução da norma no ordenamento jurídico, mas também na sua aplicação, o princípio ético deverá reger as ações do Estado, tutelando os direitos essenciais à personalidade inerente à dignidade humana.

O perfil do corpo social encontra-se na sua identidade a sua razão de ser e a Ética dos ‘Valores Humanos’ torna-se transparente aos olhos de todos. Assim, o alcance dos ‘Valores Humanos’ de natureza antropológica que cada sociedade expõe constitui um modo de expressão cultural e que identifica de sobremaneira qual o Direito a ser propugnado pela consciência ética coletiva.⁸⁹ A simbiose entre a «Ética e o Direito» constrói um binômio capaz de definir o ambiente social pela qual o Estado encontra-se passando e que reflete na formulação do ‘Conteúdo da Norma’: a interação entre a “Justiça Material” - composta pelos ‘Valores Humanos’ essenciais e os ‘Princípios Fundamentais decorrentes’ - e a “Justiça Formal”, esta caracterizada pelo ordenamento

⁸⁹ “Uma sociedade ética constitui-se naquela que busca o bem-estar de todos e onde o conceito de bem-estar seja estabelecido democraticamente” – Fabriz, Daury Cezar *in* “Bioética e Direitos Fundamentais”, p.77, Ed. Mandamentos.

jurídico vigente e exequível, pois compõem a Norma que traduz no resultado concreto do desenvolvimento moral, cultural, político, econômico e jurídico de um determinado povo.

A Norma reflete a conduta social estratificada no tempo e no espaço e seu espírito ou sentido metafísico compõe o exercício da vontade popular motivada pelos ‘Valores’ aceitos e considerados relevantes, pois envolve, portanto, um desejo incessante de progresso “Institucional do Estado”.

A partir de um critério de valoração da conduta social relevante – *fato jurígeno* – pela consciência ética-coletiva expõe um ‘Valor’ fundado principalmente desde o “Direito Natural” – em quaisquer de suas vertentes: *divina, natural ou racional* – até mesmo no assentamento da “Sociologia Jurídica” que se torna, por sua vez, útil a partir da entronização da Norma no ordenamento jurídico promulgado pelo Estado. Assim, a norma é integrada por uma conduta valorada pelo seu conceito ético e que tem na cultura do povo o seu pressuposto de formação e que o poder político dominante a torna apta ou útil para que seja atendida por todos. O juízo de qualidade ética da sociedade se encerra na ação do Estado que coincide com a vontade da consciência ética-coletiva e o benefício que lhe provém, a partir do conteúdo material da norma ajustado aos seus valores e princípios fundamentais.⁹⁰

Os valores éticos da sociedade, como do Homem, não são idênticos dos valores de sua existência – e aqueles são alterados, conforme o tempo –, por conseguinte nos termos das decisões políticas fundamentais do Estado que vão se sucedendo. O Estado coexiste com a sociedade que lhe dá existência e os conceitos éticos dessa sociedade são associados à ideia do espírito que dá vida ao corpo ou ao espaço que lhe projeta para o mundo.⁹¹

⁹⁰ Na afirmação de Carlos Cossio na “Teoria Ecológica do Direito” : “*que el derecho es la conducta em interferência intersubjetiva, ésta como objeto cultural está impregnada de valores que le dan um sentido, agregando que las normas cumplen um doble papel, ya que por uma parte son el pensamiento que mienta o describe a la conducta em su libertad y, por la otra integran la conducta de que ella misma hace mención, al integrar su sentido*” - Cossio, Carlos, “La Teoria Ecológica Del Derecho, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1964 -.

⁹¹ Garcia, Ricardo Ginés, aduz: “*Los valores éticos captados mediante los sentimientos se expresan em juicios de valoe ético. A diferencia de los juicios de existência, que contienen únicamente afirmaciones fácticas acerca lo que las cosas son, los juicios de valor señalan la repercusión que los actos propios o ajenos tienen para un sujeto, es*

A ‘Justiça Social’ advém de um conceito ético de prática estatal condizente com o interesse da sociedade atendida, perfazendo um caminho a ser seguido e solidariamente conquistado. A liberdade de ação do ‘Estado Democrático’ é diretamente proporcional aos fundamentos éticos que a sociedade se ampara na construção de seu desenvolvimento cultural permanente. A propósito, os dados históricos do ‘Direito Positivo’ cultuam a *“ideia de que ele tem relação íntima de causa e efeito com os dados sociais e políticos e com muitos outros fatores. Há uma relação recíproca de causalidade”* inclusive intrinsecamente com a ética jurídica, pois se a norma é justa deve ter além de sua estética, mas também seu conteúdo ser legítimo e amparado nos ‘Valores Essenciais’ justificáveis pela consciência ética-coletiva, no tempo e no espaço.⁹² Embora possa afirmar que inexistente ordenamento jurídico perfeito e infinito quanto a sua vigência, no entanto, assenta-se o pensamento que o legislador, como qualquer homem, tem as suas imperfeições e tempo finito de existência e, portanto, com o passar do tempo a norma torna-se desacompanhada da realidade que a envolve erigindo-a ilegítima ou inválida, no olhar e no sentimento da sociedade, de modo a considerá-la injusta. Assim, a ideia de Justiça tem no seu principal plano a axiologia, ou seja, no seu conteúdo material tendo como seus pressupostos: a segurança, a equidade – solidariedade social ou na cooperação ética-coletiva –, e no seu plano formal axiológico, a ordem institucional estabelecida pelo poder do Estado proporcionalmente adequada com os direitos fundamentais do homem, estes amparados nos valores essenciais do corpo social determinado e, por conseguinte tendo como efeito concreto a subsunção desses fatores com a norma, constituindo enfim a formulação de uma conduta a ser legitimamente aceita pela comunidade como um todo.

No afã de se construir um perfil de um Estado amparado num ordenamento jurídico voltado ao exercício pleno de uma Justiça ,com formação ética constante e por corolário no atendimento de suas responsabilidades com o ente social, é que se dá ensejo ao conhecimento do Direito numa perspectiva valorativa a partir de elementos novos, no seu conteúdo primário e, aliás, incluindo como não poderia deixar

dicidir, ponen de manifiesto el aprecio ou desprecio que las acciones poseen para un ser humano. Por ejemplo, emitimos un juicio de existencia cuando afirmamos ‘el hombre es un animal racional’ y juicios de valor ético cuando decimos ‘esta mujer es buena’ o ‘este juez es justo’ – in “Fundamentos Del Derecho”, Parábola Editorial, p. 89 – .

⁹² Savigny, Carlos Federico de, *apud* Larenz, Karl *in* “Derecho Justo, Fundamentos de Ética Jurídica”, p.24, Editorial Civitas, S.A..

de ser a «axiologia», como sendo um dos seus integrantes, numa visão dinâmica e capaz de se tornar uma dimensão significativa nesse universo jurídico renovado.⁹³

A sociedade considerada democrática compõe a sua essência na formulação de soluções capazes de minimizar as suas mazelas e que vários fatores levam a tornar mais ágil ou menos ágil a consecução dos seus fins quanto ao seu desenvolvimento ético, político, econômico, jurídico e social. Assim, por exemplo, o programa político institucional estabelecido pelo Estado, incluindo o “Sistema Eleitoral Contemporâneo”, fomenta o grau de desenvolvimento possível, mas nem sempre apto a produzir a riqueza necessária para atender os anseios da comunidade o que leva a tornar mais áspero o caminho a ser trilhado pelo governo constituído legalmente e, portanto, o que traduz muitas das vezes a ocorrência de um hiato do que o governo estabelece e o que a «consciência ética coletiva» almeja.⁹⁴

⁹³ Raws, John in “Uma Teoria de Justiça”, p.11, Ed. Martins Fontes: “Considero que o conceito de justiça se define pela atuação de seus princípios na atribuição de direitos e deveres e na definição da divisão apropriada de vantagens sociais. Uma concepção da justiça é uma interpretação dessa atuação”.

⁹⁴ “...Para la explicación de esta individualidad de los ordenamientos sociales primários se inventó la conciencia popular de la moral y do derecho. Esta conciencia selectiva y aun creadora, debería ser determinante, para la configuración concreta del sistema de ordenamiento em cada Σ – sociedad – particular dado...”- Geiger, Theodor, - Estudios de Sociologia Del Derecho, p.99, Ed. Fundo de Cultura Economica - Mexico.

TÍTULO II - CONTROLE ÉTICO SOCIAL DO SISTEMA ELEITORAL

A posição da “Administração de Justiça” perante o Estado tem sido alvo de controvérsia, pois para alguns deveria continuar independente dos demais Poderes institucionalizados e, portanto, com atuação jurisdicional sem qualquer envolvimento político. Assim, estaria voltada ao desempenho da interpretação normativa ou da criação jurisprudencial, conforme for o ‘Sistema Jurídico’ implantado, seja ele de “Direito Positivo” ou da “*Common Law*”, embora neste último, a “Administração de Justiça” é exercida com a insurgência do poder político, com mais vigor do que no Sistema Jurídico seguido na Espanha e na Europa Ocidental. Aliás, a implantação da divisão de poderes no Estado moderno foi determinante em evitar os abusos do Governo (Poder Executivo) e do Poder Legislativo nas decisões judiciais e, portanto, a sua independência se torna necessária para a manutenção do Poder Judiciário distante das incertezas dos Poderes políticos e, portanto, como Instituição demonstra a capacidade de transmitir segurança à sociedade, em razão dos efeitos definitivos de suas decisões.

No exame da Estrutura Organizacional comparativa entre a Administração da Justiça do Direito Inglês (*Common Law*), com o Direito Romano-Germânico se sobressai à visão distinta da realização de justiça, consoante a diversidade de valores e a serem constatados a partir de sua origem, e, destarte com perspectivas distintas a serem apreciadas no decorrer dos tempos. Assim, por tratar-se de categorias distintas de estrutura conceitual de Direito, as suas Administrações também o são, tornando o exercício de cada categoria voltada para a sua particularidade jurídica pela qual foi desenvolvida historicamente. Dessa forma, o Sistema dos Direitos Românicos é um Sistema relativamente racional e lógico porque foi ordenado, considerando as regras substantivas do direito, graças à obra das universidades e do legislador (direito positivo).

⁹⁵ O Direito inglês, todavia, foi caracterizado, sem qualquer preocupação lógica, nos quadros que eram impostos pelo processo, embora numa época recente – nos últimos cem anos –, tendo sido abolido o antigo sistema e, portanto, racionalizando com parcimônia os seus quadros. Esses progressos foram visíveis, porém permaneceram as noções e classificações às quais se estava habituado devido a sua longa tradição. Aliás, dá-se como

⁹⁵ David, René, “Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo”, Ed. Martins Fontes, 2002, p.385.

exemplo a reconhecida definição de *equity* de F.W. Maitland em que considera como um corpo de regras que, se não fosse a reforma dos *Judicature Acts*, seriam aplicadas de maneira exclusiva pelas jurisdições especiais chamadas Tribunais de *equity*. O direito inglês das coisas, por exemplo, divide-se em *personal property* e real *property*: esta última considera os direitos que, antes da reforma do processo de 1833, eram garantidos pelas ações ditas reais; a *personal property* considera os direitos que, antes de 1832, eram garantidos pelas ações ditas pessoais.⁹⁶ A noção inglesa de contrato apenas engloba os compromissos outrora sancionados pela ação de *assumpsit*; não se aplica nem às doações, nem ao *trust*, nem ao depósito que foram, na História, sancionados de maneira diferente. Enfim, com estes exemplos demonstram que as categorias e conceitos do direito inglês puderam vir a ser totalmente diferentes das categorias e conceitos da ciência românica.

A *Common Law* considera o processo como uma espécie de torneio no qual o juiz desempenha um papel de simples árbitro. Cada uma das partes deve apresentar as suas provas, e nenhuma delas dispõe de qualquer meio para obrigar a outra a apresentar, por exemplo, um documento que esteja na sua posse. A jurisdição do Chancelar, se necessário, poderá ainda aqui intervir e ordenar a uma das partes, por um *discovery order*, a apresentação de um tal documento.

Por sua vez, o sistema românico de administração de justiça volta-se para as regras substanciais do seu direito (*substantive law*). O processo é por eles abandonado, assim como tudo o que diz respeito às provas ou à execução das decisões de justiça (*adjective law*). Esta hierarquia do direito e do processo remonta à Antiguidade: já em Roma se fazia a distinção entre os prudentes, que eram os únicos jurisconsultos dignos deste nome, e os advogados (oradores) cuja dignidade e lugar eram sem contestação inferiores aos dos prudentes. A formação dos juristas nas universidades reforçou este sentimento: o direito apareceu-nos como ligado à tecnologia moral; o jurista é aquele que estudou esse modelo de razão que é o direito romano e opõe-se ao prático que conhece as receitas do processo, os regulamentos locais, mas que não tem a cultura geral dos juristas e que é um pouco desprezado se não for licenciado em direito e não conhecer seus princípios. Assim, o direito inglês é distinto, uma vez que, não é um direito de universidades nem um direito de princípios; é um direito de processualistas e de práticos.

⁹⁶ Lupoi, M., *Appunti sulla real property e sul trust nel diritto inglese* (1971), apud, David, René, Ob. Cit., p.386.

O grande jurista na Inglaterra é o juiz, saído das fileiras dos práticos, não é o professor da universidade; somente uma minoria de juristas, outrora, estudou nas universidades; nenhum dos grandes juizes do século XIX possuía título universitário. A maioria dos juristas era formada unicamente pela prática, escutando as lições dos juizes e participando no trabalho dos advogados. Estudar e conhecer os princípios não teria sido para eles uma grande ajuda. O essencial foi até o séc. XIX, na Inglaterra, encontrar uma forma de ação que permitisse convocar os tribunais reais e evitar as ciladas que se apresentavam, a cada passo, num processo muito formalista. No entanto, o processo inglês, nos últimos cem anos, tornou-se mais simples. O direito inglês, por outro lado, enriqueceu-se consideravelmente quanto, à sua essência e adquiriu um rigor comparável ao dos direitos do continente europeu (direito positivo). Os juristas ingleses frequentam cada vez mais os cursos de direito das universidades, para aprenderem os princípios que foram sistematizados nos nossos dias de maneira totalmente semelhante aos princípios dos diferentes direitos românicos. Contudo, o estado de espírito produzido por uma tradição secular perpetua-se em numerosas instituições e continua vivo nos juristas.

O processo seguido nos Tribunais de Justiça, por exemplo, continua largamente a ser o que era seguido quando era normal existir um júri, embora a presença do júri seja hoje, especialmente em matéria civil, excepcional. O processo é cuidadosamente preparado de modo que os pontos de desacordo entre as partes surjam claramente e sejam fixados nas questões em relação às quais se poderia responder sim ou não, segundo a prática que conhecemos na única jurisdição que funciona na maioria dos países Europeus e da América Latina com um júri: o tribunal criminal. O processo conclui-se por uma audiência pública, *the Day in Court*, em que os pontos de desacordo vão ser elucidados por uma técnica de provas inteiramente orais - audição de testemunhas, que são interrogadas sucessivamente pelos advogados das duas partes (*examination-in-chief e cross-examination*): não existe qualquer auto do processo; tudo deve ser feito oralmente em audiência, para que um júri, outrora inculto, possa formar a sua opinião. A audiência não deve ser interrompida, e a decisão sobre a questão deve ser imediatamente tomada. Portanto, o direito inglês caracteriza-se pela riqueza e pelo tecnicismo, considerado excessivo, com relação ao seu direito de provas. Devido, a todas estas regras, o processo conservou na Inglaterra uma importância considerável em comparação com os países do continente europeu, sobretudo se se considerarem, no direito inglês, as suas

partes tradicionais, as que constituem o que se chama o direito dos juristas (*lawyer's Law*).

Ademais, dá-se realce a seguinte consideração: o jurista do continente europeu segue o sistema de administração de justiça que tem por primazia no direito dos princípios constitucionais (direito positivo), em função deles assegurarem a ordem social e por consentâneo o direito positivo procura defini-los, melhorá-los, como por exemplo, os que estabelecem o princípio das liberdades políticas; o dos direitos sociais; o da inviolabilidade da propriedade; e, dos contratos, etc. Deixando de lado, muitas das vezes, o lado prático destes princípios serem efetivamente garantidos. No entanto, o sistema inglês é distinto, pois tem por base a seguinte indagação: que vale a afirmação de um direito ou de um princípio, se na prática não existe um meio de aplicá-lo? Toda a atenção do sistema de Administração de Justiça da “*Common Law*” se voltou, durante séculos, para o processo; só lentamente se volta para as regras do direito substantivo.

CAPÍTULO IV - RACIONALIDADE DO SISTEMA ELEITORAL

§8º Universalização dos Sistemas Eleitorais

Ao se tratar da Contemporaneidade dos “Sistemas Eleitorais” dá-se a seguir os comentários em diversos países, tais como:

O “Sistema Eleitoral” no Reino Unido tem as seguintes características fundamentais: o primeiro-ministro britânico pode anunciar eleições a qualquer momento de seu mandato, após de pedir à rainha que dissolva a Câmara dos Comuns. Essa Câmara tem um tempo de duração variável, limitado ao máximo de cinco anos. As eleições ocorrem em apenas em turno em cada circunscrição e que são várias”: em torno de 650 distritos, incluindo Inglaterra, País de Gales, Escócia e Irlanda do Norte. Assim, o candidato que obtiver o maior número de votos será eleito. Os eleitores escolhem os seus Deputados, porém não diretamente o primeiro-ministro. O partido que consegue a maioria absoluta na Câmara dos Comuns – a ‘Câmara Baixa do Parlamento Britânico’ – forma um governo e por sua vez, o seu líder se torna em primeiro-ministro britânico. O ‘Sistema de Governo’ é o Parlamentarismo. Em linhas gerais, qualquer cidadão britânico com 18 anos ou mais de idade pode votar, mediante registro no respectivo distrito. O voto não é obrigatório. Por sua vez, a Câmara dos Lordes – ‘Câmara Alta do Parlamento Inglês’ – não tem um número determinado de membros, mas atualmente conta com 792 lordes. Ela

é um corpo não eleito, formado por 2 arcebispos e 24 bispos da Igreja Anglicana (Lordes Espirituais) e, 766 membros da nobreza britânica (Lordes Temporais). Os Lordes Espirituais se mantêm no cargo enquanto ocuparem suas funções eclesiásticas, enquanto os Lordes Temporais são vitalícios.

Em prossecução, nos EUA o “Sistema Eleitoral” americano se apresenta com as seguintes características principais: ele é formado por um ‘Colégio Eleitoral’ que elege o seu Presidente da República. O Congresso Americano é formado pelo Senado (100 assentos) e pela Câmara dos Representantes (435 assentos). Todos os Estados americanos têm dois Senadores. O número de Deputados é o que muda, conforme o número da população do Estado. O Colégio Eleitoral americano é formado por 538 Delegados – corresponde aos números dos Congressistas citados – 535 e mais 3 Delegados de Washington D.C.: este não tem Senadores, porém tem Delegados – e que se encontram a cada quatro anos para escolher o Presidente. Assim, cada Estado americano tem direito a um determinado número de delegados e é proporcional à representatividade no Congresso. Dessa forma, para se tornar Presidente da República é mister vencer no ‘Colégio Eleitoral’, independentemente se um candidato recebeu a maioria dos votos populares. Por fim, dá-se destaque nas eleições americanas – para a ocupação do cargo da Presidência da República – que o seu processo eleitoral se constitui numa disputa pelos candidatos em conseguir, cada um deles, o maior número de Delegados nos respectivos Estados americanos. Por consentâneo àquele candidato que somar o maior número de Delegados no país será eleito o Presidente dos EUA.

No que tange ao “Sistema Eleitoral na América Latina” se traduz, em síntese, no seguinte quadro democrático: na maioria dos países nos últimos vinte anos conviveu com uma democracia instável, diante da enorme desigualdade social, agravada por crises econômicas. No entanto, mesmo assim, com o tempo, eles foram se afastando da presença do Estado-Executivo centralizador – regimes autoritários – e, através da implementação de alterações políticas fundamentais, com o sólido apoio da consciência ética coletiva, erigiram seus parlamentos respectivos, com uma nova roupagem política, seguindo uma orientação democrática global, porém com características próprias. Nesse sentido, houve por bem, a convocação de Assembleias Constituintes, e por consentâneo instituíram reformas constitucionais profundas, além de alterações nas legislações ordinárias. A propósito, nesse estudo dar-se-á destaque aos “Sistemas Eleitorais Contemporâneos” de alguns países latino-americanos. Na Argentina, por exemplo, os

principais aspectos a serem considerados, com relação ao seu ‘Sistema Eleitoral’, são os seguintes: as eleições são obrigatórias para os eleitores entre 18 e 70 anos de idade e facultativas para quem tem 16 e 17 anos; Na Argentina as eleições são chamadas de abertas, simultâneas e obrigatórias. As primárias tem o intuito de selecionar os candidatos de cada partido. Os Deputados e Senadores são escolhidos por meio de uma lista fechada. Assim, os partidos decidem antes das eleições a ordem em que os candidatos deverão se encontrar na lista. Dessa forma, o eleitor, não pode expressar preferência por um determinado candidato: “as cadeiras que cada partido receber serão ocupadas pelos primeiros nomes da lista. Cada distrito eleitoral Argentino possui 3 Senadores. A sigla partidária mais bem votada em cada partido tem direito a dois Senadores; e a segunda, a um. Na Câmara, por sua vez, as vagas são distribuídas de maneira proporcional, de acordo com os votos recebidos pela legenda. A votação para Presidente da República da Argentina ocorre em dois turnos. O eleitor vota na chapa formada por um titular e um candidato a vice”.⁹⁷ O mandato presidencial de quatro anos, com possibilidade de uma só reeleição imediata. O Congresso da República Argentina é composto com 72 Senadores e pela Câmara de Deputados, que consta de 257 Deputados. Os Deputados são eleitos para mandato de quatro anos através do sistema de representação proporcional. Por sua vez, os Senadores são eleitos para mandato de seis anos. Dois assentos são reservados ao maior partido ou coalizão, enquanto um assento para o segundo maior.

O ‘Sistema Eleitoral’ Uruguaio tem as seguintes características fundamentais: estão habilitados a votar os maiores de 18 anos e é obrigatório. Àquele que deixa de votar terá que justificar seu voto e apresentar uma razão válida pela qual não pode comparecer no dia da votação, ou pagar a multa correspondente. “o ‘Sistema Eleitoral uruguaio’ está regido por um sistema chamado de “duplo voto simultâneo”. O eleitor vota num conjunto de candidatos e não em candidato por separado. Cada voto é representado por uma lista colocada na urna de votação. Os candidatos dessas listas são agrupados de acordo com distintos critérios dentro do partido. Assim, antes do dia da votação, os partidos têm a obrigação de dar ampla difusão às suas listas para que os eleitores avaliem e escolham a lista de candidatos de sua preferência. Esse sistema eleitoral é usado também na Argentina e em Honduras”.⁹⁸ No Uruguai o seu ‘Sistema

⁹⁷ <https://jovempan.com.br/programas/jornal-da-manha/eleicoes-na-argentina-com-previas-decisivas-sistema-eleitoral-tem-particularidades.html> .

⁹⁸ <https://www.politize.com.br/sistema-eleitoral-no-uruguai/> .

Eleitoral’ tem como essência ser multipartidário e os candidatos que representam os diferentes partidos são escolhidos em eleições internas e elas ocorrem simultaneamente em todo país. Essas eleições são obrigatórias para os partidos políticos, entretanto são voluntárias para os demais cidadãos do país. Não é necessário estar afiliado a um partido para votar e o voto é secreto. A cada cinco anos acontecem as eleições nacionais para Presidente, Vice-Presidente, Senadores e Deputados. O Senado uruguaio também chamado de Câmara Alta está composta de 30 membros mais o Vice-Presidente, totalizando 31 Senadores. A Câmara dos Deputados, ou Câmara Baixa, é formada por 99 integrantes. Ambas as Câmaras reunidas compõem a Assembleia Geral. Os Senadores e Deputados também são eleitos de forma direta e secreta. Existem também as eleições Departamentais e que se realizam também a cada cinco anos, porém essas eleições não coincidem com o ano das eleições nacionais citadas. O Uruguai está dividido em 19 Departamentos e cada Departamento é governado por um Intendente – Governador – e uma Junta Departamental constituída por 31 membros que atuam como o poder legislativo departamental. Nas eleições departamentais são eleitos os Intendentes e os membros das Juntas Departamentais e, também os representantes municipais de cada cidade: o prefeito e cinco conselheiros. Os eleitores na votação deverão apresentar uma lista única com seus representantes departamentais e outra lista com seus candidatos municipais de preferência. O Poder Executivo nacional no Uruguai está integrado pelo Presidente, o Vice-Presidente e os Ministros de Estado. O Presidente é eleito diretamente por voto secreto juntamente com o Vice-Presidente. Aliás, o Vice-Presidente também possui o cargo de primeiro Senador, Presidente da Assembleia Geral. No Uruguai, o Presidente não pode ser reeleito de forma consecutiva.

O ‘Sistema Eleitoral’ no Brasil é constituído por três ‘Sistemas Eleitorais’ distintos, a saber: eleições proporcionais para a Câmara dos Deputados, estendendo este ‘Sistema’ para os Legislativos nas esferas estadual – Assembleia Legislativa – e municipal- Câmara Municipal –; eleições majoritárias com um ou dois eleitos para o Senado Federal; e eleições majoritárias em dois turnos para Presidente e demais chefes do executivo nas outras esferas do sistema político federativo brasileiro. Nos termos do art.14 da Constituição Federal brasileira de 1988 o “sufrágio é universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos”: um princípio a ser atendido nos três sistemas eleitorais, ora referidos. O voto é obrigatório para os maiores de 18 anos e menores de 70 e facultativo para analfabetos, maiores de 70 anos e maiores de 16 e

menores de 18. Com relação à candidatura a algum cargo eletivo, seja no Poder Executivo – Presidente, Governadores ou Prefeitos – ou mesmo seja no Legislativo – Senadores, Deputados Estaduais, Deputados Federais, Deputados Distritais ou Vereadores – exige-se a vinculação partidária, e, portanto, descabe candidatura avulsa. Possibilidade de uma única reeleição consecutiva no Poder Executivo; duração dos mandatos eletivos: 8 anos para Senadores: o Senado Federal é renovado a cada 4 anos nas proporções de um terço numa eleição e dois terços na seguinte; e 4 anos para os demais cargos; e alternância bienal entre eleições municipais e eleições federais e estaduais. Com relação ao ‘Sistema Eleitoral’ de definição do resultado: majoritário com segundo turno para Presidente, Senadores, Governadores e Prefeitos – 200 mil eleitores ou mais –; majoritário em turno único: para Senadores e Prefeitos de onde há menos de 200 mil eleitores; e proporcional com voto em legenda e nominal em lista aberta: para deputados federais, deputados estaduais e vereadores. A apuração é por meio eletrônico.

O “Sistema Eleitoral” do Chile tem os seguintes aspectos fundamentais: existem eleições presidenciais, parlamentares e municipais. Há o sufrágio universal para homens e mulheres maiores de 18 anos, independentemente da sua capacidade de ler e escrever. O período do mandato de Presidente: 4 anos. O Presidente é eleito por sufrágio universal em todo país pela maioria absoluta dos votos válidos – exclui nulos e brancos – . Se nenhum candidato obtiver essa maioria, um segundo turno entre os dois candidatos mais votados é realizado para definir quem será o Presidente do Chile por maioria simples. O Congresso Chileno é bicameral: Câmara baixa – Câmara dos Deputados – e Câmara alta – Senado –. O país é dividido em 60 distritos eleitorais para a Câmara baixa e 19 círculos eleitorais para o Senado. Cada distrito eleitoral ou círculo eleitoral elege dois representantes, ou seja, 120 Deputados e 38 Senadores, no total. Os Deputados terão o mandato de 4 anos e Senadores de 8 anos. Metade do Senado é renovado a cada 4 anos. A Constituição Chilena estabelece que as eleições parlamentares serão realizadas em conjunto com as eleições presidenciais. Há previsão legal que autoriza a candidatura independente ou dentro de uma lista. A lista é composta por até dois candidatos por distrito eleitoral ou distrito eleitoral senatorial. Há previsão de listas de partido único e múltiplas listas partidárias.

O “Sistema Eleitoral do México” se caracteriza pela presença do sufrágio universal. O voto não é obrigatório. O Presidente é eleito por voto direto e universal – por maioria simples – para exercer o mandato de 6 anos sem possibilidade de

reeleição. Não há segundo turno. Não há o cargo de Vice-Presidente, portanto, em caso de incapacidade do Presidente, o Congresso da União através de um colégio eleitoral elege um ocupante interino para o cargo. Em caso de morte, destituição ou renúncia do Presidente, o cargo deve ser assumido pelo Secretário de Governo até que o Congresso nomeie um governante interino. Cada um dos 31 Estados do México elege um Governador que também exerce o mandato de 6 anos. O Congresso da União é composto pelo Senado e Câmara de Deputados (bicameral). A Câmara da União possui 500 membros: 300 são eleitos por voto distrital e os 200 restantes, por representação proporcional em 5 Estados da União. O mandato dos Deputados tem a duração de 3 anos. A reeleição consecutiva é proibida. O Senado possui 128 membros, eleitos para exercer o “sexênio”, dos quais 96 são eleitos em voto distrital, correspondente aos 31 Estados e ao Distrito Federal. Os 32 restantes são eleitos por representação proporcional a nível nacional.⁹⁹

Na América do Norte, destaca-se também o “Sistema Eleitoral” do Canadá. O Canadá tem um ‘Sistema Político’ constituído por uma democracia representativa e um sistema federal representado por um parlamento eleito.¹⁰⁰ O líder do partido político com mais membros eleitos na Câmara dos Comuns torna-se automaticamente o Primeiro-Ministro do país. No Canadá, em geral, os eleitores precisam ter ao menos 18 anos de idade e terem cidadania canadense para poderem votar. Dois cidadãos canadenses não podem votar: o chefe oficial da câmara eleitoral e o deputado-chefe da câmara eleitoral (responsáveis por administrar as eleições nacionais). O Poder Executivo é formado pelo Chefe de Estado (Rainha do Canadá), representado pelo Governador-Geral; Chefe do governo: Primeiro-Ministro; e o Gabinete dos Ministros. Com relação as eleições, o posto de monarca canadense, Chefe de Estado do Canadá, é hereditário. O Governador-Geral é indicado pelo Primeiro-Ministro, aprovado oficialmente pelo Monarca, e serve a mandatos ilimitados, mas na prática de até 5 anos de duração. Após eleições nacionais (legislativas), o líder do partido com mais postos na Câmara dos Comuns é automaticamente designado pelo Governador-Geral ao posto de Primeiro-Ministro. O Poder Legislativo tem o sistema bicameral – Câmara dos Comuns

⁹⁹ pt.m.wikipedia.org .

¹⁰⁰ “*Sistema político é o conjunto dos processos de decisão e das relações de poder que dizem respeito à totalidade de uma sociedade global*”, Introdução à Ciência Política, teorias, métodos e temáticas”, Fernandes, António José, Porto, Editora, p.160.

e o Senado –. O Senado é formado por 105 membros, indicados pelo Primeiro-Ministro, e aprovados simbolicamente pelo Governador-Geral. Os Senadores servem em suas posições até a idade de 75 anos. A Câmara dos Deputados possui atualmente 308 membros, eleitos pelos cidadãos do país, e que servem a mandatos de até 5 anos de duração. Ademais, impende acentuar que o Primeiro-Ministro do Canadá é considerado responsável por todas as ações na Câmara dos Comuns. Se, por exemplo, a Câmara dos Comuns reprovar uma emenda importante, criada pelo partido político de maior poder – do qual o Primeiro-Ministro é líder – ou mesmo, se a Câmara dos Comuns decidir por uma votação de ‘*no confidence*’ – voto de desconfiança –, e a maioria dos membros do Senado apoiar tal voto, o Primeiro-Ministro ou renuncia de sua posição ou pede ao Governador-Geral a dissolução do Parlamento do Canadá para o início de novas eleições.

Por sua vez, o “Sistema Eleitoral” do Parlamento Europeu tem como supedâneo às ‘Disposições do Direito Europeu’ que estabelecem regras comuns a todos os Estados-Membros e pelas disposições nacionais específicas, que variam de Estado para Estado. Com relação às regras comuns se destacam o “Princípio da Representação Proporcional” e também uma série de incompatibilidades entre mandatos nacionais e europeus. Aliás, dá-se como exemplo, o mandato de Deputado ao Parlamento Europeu é incompatível com o membro do governo de um Estado-Membro, membro da Comissão, Juiz, e outros cargos que segundo às suas naturezas poderão influir negativamente em suas atuações, ou sejam, iriam afetar às suas isenções: nos exercícios dos respectivos cargos. No que tange, aos regimes sujeitos às disposições nacionais que são impostas ao “Sistema Eleitoral do Parlamento Europeu”, se traduz num sistema eleitoral polimórfico, tais como, limites de cadeiras para cada Estado-Membro; delimitação dos círculos eleitorais, etc. No que se refere “às candidaturas em alguns Estados-Membros, apenas os partidos políticos e as organizações políticas podem apresentar candidaturas. Noutros Estados-Membros, as candidaturas podem ser apresentadas se forem apoiadas pelo número necessário de assinaturas ou eleitores e, em alguns casos, é também necessário efetuar o depósito de uma caução”.¹⁰¹ O direito de elegibilidade ao Parlamento Europeu tem como o ‘Princípio’ de destaque da ‘não discriminação entre cidadãos nacionais e não nacionais’ e por consequência do direito de livre circulação e residência na União Europeia, embora existam certas condições a serem satisfeitas estabelecidas por cada

¹⁰¹ www.europarl.europa.eu .

Estado-Membro. A idade mínima para ser candidato às eleições é de 18 anos, conforme é estipulada pela maioria dos Estados-Membros.

Em continuação, dá-se relevância nesse estudo, os “Sistemas Eleitorais” Europeus, nos seguintes países: “Alemanha; Portugal; Espanha; Itália; e França”.

Na Alemanha o seu “Sistema Eleitoral” tem como fundamento os seguintes destaques: a República Federal Alemã é estruturada com o Estado Federal e a Democracia Parlamentar. A Lei Fundamental estabelece que todo o poder estatal emana do povo. O povo transmite esse poder aos Parlamentos (Federal e Estaduais) pelo tempo de duração de um mandato. O Presidente Federal é o mais alto representante da Alemanha em termos protocolares. Em segundo lugar está o Presidente do Parlamento Federal. O representante do Presidente Federal é o Presidente do Conselho Federal, um cargo ocupado por um dos governadores em revezamento de um ano. O cargo de Chanceler detém o maior poder político.¹⁰² Os processos eleitorais têm dois formatos: o majoritário e o proporcional e eles ocorrem a cada 4 anos. O voto é obrigatório a partir dos 18 anos, porém facultativo a partir dos 16 anos. As urnas não são eletrônicas. O ‘Sistema Eleitoral’ misto alemão é dividido em duas fases: A primeira fase é majoritária simples: o eleitor vota no seu político de escolha local e o que obtiver mais votos ganha a eleição. Importante frisar que a Alemanha é dividida em 299 distritos eleitorais. Já a segunda fase desse processo eleitoral é proporcional. O cidadão deve votar em um Partido – que não precisa ser o mesmo do político escolhido na primeira fase –. *“Os votos destinados à legenda vão para uma lista fechada de parlamentares e são equivalentes à quantidade de congressistas que irão ocupar o Parlamento (Bundestag). A lista fechada forma um pacote de congressistas e o primeiro da lista, na maioria das vezes, é o indicado a concorrer ao posto de Chanceler. A propósito, a lista fechada impossibilita o eleitor de ordenar os políticos, ou seja, impede que os candidatos eleitos sejam escolhidos a dedo pelos cidadãos. Basicamente, o eleitor fornece seu voto a um grupo de candidatos, que não podem ser separados uns dos outros, ao invés de escolher um em específico”*.¹⁰³

¹⁰² <https://www.tatsachen-ueber-deutschland.de/pt-br/politica-alemanha/sistema-politico> .

¹⁰³ www.politize.com.br .

Em Portugal, o “Sistema Eleitoral” tem como distintivo ser constituído por uma só Câmara: Assembleia da República. A sua composição pode variar entre um mínimo de 180 e um máximo de 230 Deputados. Os Deputados são eleitos por listas apresentadas por Partidos, ou Coligações de Partidos, em cada círculo eleitoral. A conversão dos votos em mandatos faz-se de acordo com o sistema de representação proporcional e o método da média mais alta de Holdt.¹⁰⁴ Os Deputados representam todo o país e não apenas os cidadãos do círculo eleitoral pelo qual foram eleitos. O seu mandato é de 4 anos, correspondente este período a uma legislatura. O voto é pessoal, direto, presencial, secreto e universal. No que se refere ao ‘Sistema Político’ são órgãos de soberania: o Presidente da República, a Assembleia da República, o Governo e os Tribunais. O Estado Português é uma República Constitucional unitária semipresidencial. O Presidente da República é o Chefe de Estado. A sua legitimidade democrática que lhe é conferida através da eleição direta pelos cidadãos portugueses. O Presidente é eleito pelos cidadãos, por sufrágio direto e universal, para um mandato de 5 anos, não podendo ser reeleito para um terceiro mandato consecutivo. Nos termos da Constituição, “representa a República Portuguesa”, garante a independência nacional, a unidade do Estado, e o regular funcionamento das Instituições Democráticas” e é o Comandante Supremo das Forças Armadas. Com relação à formação do Governo Português, ele é formado pelo Primeiro-Ministro e pelo Conselho de Ministros. O Primeiro-Ministro coordena as ações dos demais Ministros. O Governo conduz a política geral do país e dirige a Administração Pública, que executa a política do Estado. Exerce funções políticas, legislativas e administrativas.¹⁰⁵ No que tange aos eleitores, podem votar os inscritos no recenseamento no território nacional: todos os cidadãos portugueses – maiores de 17 anos –; os cidadãos brasileiros com cartão de cidadão ou bilhete de identidade (com estatuto de igualdade de direitos políticos); os cidadãos estrangeiros, nacionais dos países indicados no tema “Recenseamento Direito de Voto – Cid Estrangeiros”.

¹⁰⁴ O método D’Hondt, também conhecido como método dos quocientes ou método da média mais alta D’Hondt, é um método para alocar a distribuição de Deputados e outros representantes eleitos na composição de órgãos de natureza colegial. O método tem o nome do jurista belga que o inventou, Victor D’Hondt. O método é usado em países como Cabo Verde, Portugal, Timor-Leste, Argentina, Áustria, Bélgica, Dinamarca, Espanha, Finlândia, Islândia, Países Baixos, Uruguai e outros países, pt.m.wikipedia.org

¹⁰⁵ portugal.gov.pt .

Na Espanha, o “Sistema Eleitoral” tem como critério o voto proporcional em lista fechada, com contagem de votos pelo sistema D’Hondt, bem como do voto facultativo e que existe eleição majoritária para o Senado, Prefeituras, Governos Estaduais e Presidência. São 350 cadeiras no Parlamento Espanhol. São 176 Deputados para o Partido, ou uma Coligação, compor o Governo. Há uma cláusula de barreira que impede o acesso ao Parlamento dos Partidos que receberem menos de 3% dos votos. O Governo é formado a partir das bancadas eleitas para a Câmara dos Deputados. O mesmo se aplica para a formação dos Governos Estaduais e Municipais. Se não for possível formar uma maioria, serão convocadas novas eleições. O Presidente do Governo é um Deputado. Os Deputados são eleitos por 50 províncias, mais as cidades de Ceuta e Melilla, ambas situadas na margem africana do Mediterrâneo. *“Por sua vez, no Senado é composto por 259 cadeiras, das quais 208 são diretamente eleitas pelo povo e 51 indicados pelos legisladores regionais e o mandato também é de 4 anos. O Senado tem papel territorial e são eleitos 3 Senadores por província num total de 208 e mais 58 indicados pelas comunidades autônomas. Isso na proporção de 1 Senador para cada milhão de habitantes de cada território. Ao todo são 17 comunidades autônomas, sendo as maiores Andaluzia, Catalunha, Comunidade de Madrid e Comunidade Valenciana. Com relação à votação, os eleitores escolhem a lista impressa com os representantes do Partido de preferência, colocam dentro do envelope e depositam na urna. O eleitor só marca o nome dos candidatos quando vota para o Senado. Ele escolhe 3 candidatos que podem pertencer a 1 só Partido ou a Partidos diferentes”*.¹⁰⁶ O voto não é obrigatório e pode votar quem tem mais de 18 anos. É possível votar pelo correio e não apenas justificar que não pode comparecer às eleições. Não se usa urna eletrônica. Não existe segundo turno e, portanto, não se exige maioria absoluta dos votos para governar (metade mais um). Por sua vez, o ‘Sistema Político’ espanhol, tem como espécie de ‘Sistema de Governo’, a ‘Monarquia Parlamentarista’, uma vez que o seu Poder Legislativo exerce a maior parte da responsabilidade legislativa e de governo. *“É um sistema parlamentarista porque depois das eleições legislativas o Rei da Espanha deve fazer a proposta do Presidente do Governo ao Congresso dos Deputados e se este aprovar, o eleito permanece no cargo enquanto conservar a confiança dos deputados, do contrário deve renunciar. O Rei pode dissolver as Cortes se não há um critério uniforme de governo, e então convocam-se novas eleições. A Espanha por ser um reino, o rei é igualmente chefe de Estado. Por ser*

¹⁰⁶ www.poder360.com.br .

*uma monarquia hereditária, o sucessor só pode ser aclamado quando o predecessor falece ou então, quando este renuncia ao Trono. O rei é chefe de Estado, símbolo da sua unidade e permanência, arbitra e modera o funcionamento regular das instituições democráticas, assume a mais alta representação do Estado Espanhol nas relações internacionais, especialmente com as nações da sua comunidade histórica, e exerce as funções que lhe atribuem expressamente a Constituição e as leis”.*¹⁰⁷

Na Itália o “Sistema Eleitoral” se baseia em um ‘Sistema’ misto proporcional e majoritário. A Lei *Rosatellum Bis* prevê a seguinte distribuição dos assentos no Parlamento: 37% dos assentos designados para colégios uninominais com um sistema majoritário; 61% dos assentos designados para colégios plurinominais com sistema proporcional; 2% dos assentos destinados à votação de italianos no exterior. Os 630 assentos eleitorais da Câmara dos Deputados são distribuídos da seguinte forma: 232 em colégios uninominais; 386 em pequenos colégios plurinominais (cerca de 65 colégios); 12 na Circunscrição Exterior. Por sua vez, o número de cadeiras de voto na Itália reservadas ao Senado é de 315, distribuídas da seguinte forma: 116 em colégios uninominais; 193 em pequenos colégios plurinominais; 6 na Circunscrição Exterior. Assim, os 232 candidatos mais votados na Câmara e os 116 no Senado receberão seus lugares diretamente, mesmo que tenham obtido apenas um voto a mais do que seus oponentes. Os colégios eleitorais são estabelecidos em uma base nacional na Câmara. Enquanto o Senado são distribuídos em uma base regional, como previsto pela Constituição italiana.¹⁰⁸ Todo cidadão italiano com mais de 18 anos inscritos no registro eleitoral da sua *comune* pode votar para a Câmara dos Deputados. Já para o Senado, é preciso ter 25 anos. Inclusive cidadãos de outros Estados Membros da União Europeia. Basta se inscrever no registro eleitoral do seu município italiano. É importante ressaltar que independentemente de o voto não ser obrigatório na Itália, todo cidadão italiano é convocado a participar de toda e qualquer votação que ocorra no país. Com relação ao ‘Sistema Político’ é uma república parlamentar, que conta com um chefe de governo; o Primeiro-Ministro, nomeado pelo Presidente; e um Chefe de Estado, o Presidente. O Parlamento é constituído por duas Câmaras: a Câmara dos Deputados e o Senado da República. O país está dividido em 20 regiões. Destas, cinco têm um estatuto especial de

¹⁰⁷ *Idem.*

¹⁰⁸ italocidadaniaitaliana.com.br.

autonomia, que lhes permite adotar legislação sobre algumas questões de caráter local.

109

Na França, o “Sistema Eleitoral” é constituído também por um sistema misto proporcional e majoritário. O Parlamento francês possui duas Câmaras: a Assembleia Nacional e o Senado. A Assembleia possui 577 membros, eleitos para um mandato de 5 anos através de círculos eleitorais. Por sua vez, o Senado possui 348 membros, dos quais 328 exercem mandato de 6 anos e são eleitos pelo colégio eleitoral e 12 são eleitos pelos cidadãos franceses residentes no exterior. Para as eleições ao Parlamento Europeu e as eleições locais é válido o sistema de voto proporcional. O Presidente Francês é eleito por voto direto para um mandato de 5 anos e não poderá servir mais de dois mandatos consecutivos. Existe a previsão do segundo turno se nenhum dos candidatos vier a obter a maioria dos votos válidos. A República Francesa é uma democracia representativa. Os cargos políticos legislativos e executivos são eleitos (direta e indiretamente) pelo povo francês, bem como através de seus representantes. A França elege, em esfera nacional, o Chefe de Estado – o Presidente da República – e a legislatura – o Parlamento da França. *“A organização do Estado francês é descentralizada, já que se trata de um Estado Unitário: ou seja, é formado por um único Estado, cujo poder encontra-se enraizado em apenas um ente interestatal. Seu regime é semipresidencialista, sistema em que a figura do Presidente da República é escolhida em eleições diretas, mas que também conta com um Primeiro-Ministro, indicado pelo Presidente eleito, dentre os Deputados do Partido ou da coalizão majoritária”*.¹¹⁰ O voto no “Sistema Eleitoral Francês” não é eletrônico e é facultativo, bem como o eleitor poderá votar a partir dos 18 anos de idade. Para ser elegível, é necessário ser eleitor e ter nacionalidade francesa ou, no caso das eleições municipais e europeias, ter a nacionalidade de um dos Estados-Membros.

Na Ásia dá-se destaque neste estudo, os “Sistemas Eleitorais” do Japão e da China. No Japão o “Sistema Eleitoral” tem o exercício da sua democracia efetivada, diante dos seguintes aspectos: o Parlamento japonês (Dieta) é bicameral: a Câmara dos Representantes, com 511 membros, sendo 200 eleitos pelo povo, seus membros são eleitos a cada 4 anos por sufrágio universal, e a Câmara dos Conselheiros, com 252

¹⁰⁹ https://europa.eu/european-union/about-eu/countries/member-countries/italy_pt.

¹¹⁰ www12.senado.leg.br.

membros, todos eleitos pelo povo, seus membros são eleitos a cada 6 anos por sufrágio universal, sendo a metade renovada a cada 3 anos. O “Sistema Eleitoral” japonês combina votação uninominal e representação proporcional para as eleições legislativas. Todos os cidadãos com mais de 20 anos têm direito ao voto e a concorrer nas eleições nacionais e locais realizadas com voto secreto. O Japão tem um sistema político democrático e pluripartidário com 6 grandes Partidos Políticos. O Estado japonês, atualmente, é uma monarquia constitucional. O Primeiro-Ministro, Chefe do Governo japonês é escolhido pelo parlamento japonês, a Dieta. O Primeiro-Ministro é o líder do partidário majoritário ou de um dos Partidos coligados ao Partido majoritário. O Primeiro-Ministro nomeia o seu Gabinete, e cada Ministro Membro do Gabinete dirige um dos Ministérios do Governo. O Gabinete, presidido pelo Primeiro-Ministro é responsável pelo Poder Executivo. *“O Imperador que é o Monarca, Chefe de Estado do Japão. De acordo com a Constituição Japonesa de 1947, o Imperador é o símbolo do Estado e da unidade do povo. Ele não possui quaisquer poderes governativos, sendo as suas funções essencialmente do foro cerimonial”*.¹¹¹

Ademais, na China, o seu “Sistema Eleitoral” é formado por uma organização hierárquica, no qual o Congresso do povo (ou Congresso Popular) de cada local é eleito por meio de voto direto. A partir daí, tais Congressos assumem o papel de eleger todos os níveis superiores até o Congresso Nacional do Povo (o órgão máximo do poder legislativo da República Popular da China). Dessa forma, cada subdivisão do país possui o seu próprio Congresso do Povo, sendo este o responsável pelo governo da região.¹¹² Os cargos de Governador, Prefeito e líder de condado, distrito, município e cidade são eleitos por seus respectivos Congressos do Povo. Presidentes dos Tribunais do Povo e Procuradores-Chefes das Procuradorias do Povo são eleitos pelos Congressos do Povo locais imediatamente acima do nível do condado. O Presidente da China e o Conselho Nacional do Povo, constituído por 2980 pessoas. Os membros do Congresso Nacional do Povo (CNP) são eleitos para mandatos de 5 anos. As nomeações para o Governo Nacional se dão da seguinte forma: o Presidente e Vice-Presidente da China, o Presidente (*Chairman*), Vice-Presidente (*Vice-Chairman*) e Secretário-Geral do Comitê Permanente do CNP, o Presidente (*Chairman*) da Comissão Militar Central e o Presidente do Tribunal Supremo do Povo são eleitos pelo Congresso Nacional do Povo.

¹¹¹ pt.m.wikipedia.org .

¹¹² pt.m.wikipedia.org .

Oficialmente, a China é uma República Socialista Marxista-Leninista, Unipartidária, sob liderança do Partido Comunista da China. “*Em tese, qualquer cidadão a partir dos 18 anos de idade, independentemente de raça, religião, etnia, sexo, ocupação, antecedentes familiares, educação, propriedade ou local de residência. Na prática, contudo, qualquer cidadão pode perder esse direito caso seja acusado – ou simplesmente investigado – de ‘ameaçar a segurança nacional’.*”¹¹³

Diante do esposado neste §10 se deva concluir que os “Sistemas Eleitorais Contemporâneos” nos diversos Estados soberanos têm como supedâneo a manifestação popular na escolha dos seus governantes, independentemente da espécie escolhida pela consciência ética coletiva de cada um deles – sufrágio universal – e também o seu exercício, ou seja, se o ‘Sistema Eleitoral’ teve como base, por exemplo, uma eleição direta do povo ou mesmo indireta; se o modelo de obtenção do resultado eleitoral advém do tipo proporcional; do majoritário, ou até mesmo do misto.¹¹⁴

§9º Sistema Binário Eleitoral

No exame da Teoria Sistêmica – e que atende também ao “Sistema Eleitoral Contemporâneo” – impende observar que se deva entrever: que ao mesmo tempo ela considera que o sistema se traduz “*normativamente fechado*”, ao estabelecer que somente a norma que decide a relevância legal, o sistema jurídico é “*cognitivamente aberto*” na medida em que é estimulado pelas informações dos ambientes e em contínua adaptação às exigências do ambientes.¹¹⁵ Assim, se um Estado nação tem o seu poder político calcado em manifestações da consciência ética coletiva e, portanto o seu ‘Sistema Eleitoral’ é democraticamente constituído no intuito em respeitar a vontade da sociedade, os ambientes a sua volta por consequência tendem a serem desenvolvidos para erigirem uma normatização capaz de absorver o espírito do dever público dos governantes em sua atuação como seus representantes legítimos, consoante os desígnios desses ambientes sociais que lhes envolvem.

Luhmann, conforme já salientado – §2.º –, os Sistemas são denominados de “dupla contingência dos sistemas” o fato de eles operarem de maneira

¹¹³ <https://super.abril.com.br/historia/as-eleicoes-na-china/amp/> .

¹¹⁴ Queiroz, Ari Ferreira de, Direito Eleitoral, Ed. Jhmizuno, pp. 67 e ss.

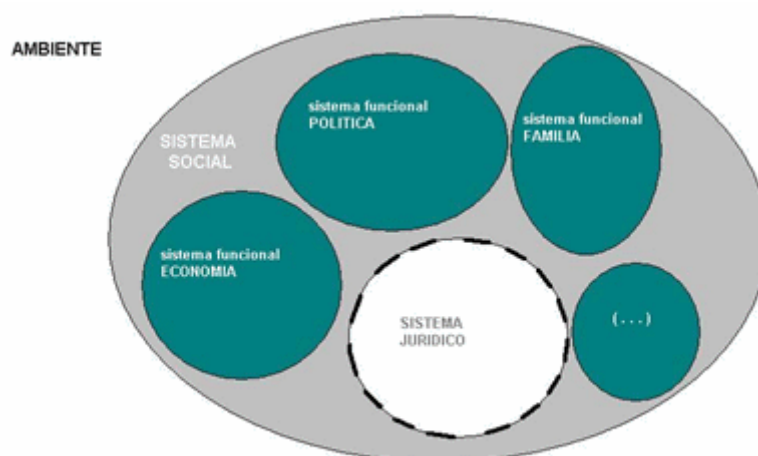
¹¹⁵ amazon.com.br/sistema-juridico-comunicante-leonardo-cupello-ebook/ .

fechada normativamente e ao mesmo tempo operam de maneira aberta cognitivamente, “na qual a assimetria entre o sistema e seus ambientes os força a uma recíproca adaptação e mudança”.

Assim os sistemas legais apresentam uma combinação de disposições normativas e cognitivas, estabelecendo *condicionalidades* para a introdução no sistema dos estímulos dos ambientes, ou irritações.

“Nesse sentido, as normas legais, diferentemente das concepções de Kelsen e Durkheim, não derivam de uma ordem legal factual nem de uma norma fundamental, mas são ‘programas de *condicionalidades*’ para a introdução no sistema dos estímulos (informações) dos ambientes”. Diferente dos sistemas vivos, sistemas sociais teriam ao invés de elementos vivos, significações, pensamentos, etc., apenas elementos comunicativos, comunicações, que produzem outras comunicações, não existem nos ambientes, mas só no sistema social (sociedade), enquanto sistema comunicativo global. Nesse “macro sistema” os sistemas parciais, ditos “sistemas funcionais”, aparecem como ambientes uns para os outros.

Assim o que não são ambientes é sistema, enquanto os subsistemas, ou sistemas parciais/funcionais, são considerados ambientes em relação aos demais por estarem externos a esses, ainda que sejam partes do macro sistema (sistema social). Essa relação é esquematicamente apresentada abaixo, de maneira bastante simplificada.



desenho esquemático representativo de sistemas funcionais parciais integrantes do sistema social (global).

Nos sistemas sociais é fundamental a presença de um mecanismo de auto-observação que traria para dentro dele a diferença sistema/ambiente.

Nos sistemas sociais é fundamental a presença de um mecanismo de auto-observação que traria para dentro dele a diferença sistema/ambiente. A propósito, é nesse contexto que se desenvolvem os “Sistemas Eleitorais Contemporâneos”.

“Para Gunther Teubner, (...) para estudar a sociedade como um sistema comunicativo autopoiético, há que se lançar mão de um conceito de ‘autopoiese’ em que esta não seria ‘um processo cego, como para Maturana, mas sim uma combinação de autoprodução e auto-observação”.

Luhmann propõe substituir o funcionalismo estrutural (ou funcionalismo da manutenção das estruturas, que tem origem nos estímulos de estudos etnológicos e social-antropológicos), de raízes ontológicas e que, a seu ver, continha uma série de limitações, por um consistente em equivalências funcionais. Conforme Javier Torres Nafarrate, “o equifuncionalismo é o conceito para designar um método, que, para resolver problemas, desenvolve uma especial sensibilidade frente a diferentes soluções equivalentes”.

Unida a essa alteração do funcionalismo, de estrutural para funcional (mais tarde denominado de sistêmico) aprimorou e adaptou a *teoria da ação*, de Talcott Parsons, cujas obras influenciou de uma maneira ou outra o sistema de Luhmann.

Nesse aspecto é interessante a reprodução do texto de Luhmann:

“Assim, a teoria da ação se apresenta mais orientada para o indivíduo na qualidade de sujeito e, dessa maneira, a sociologia se abre à possibilidade de integrar aspectos psíquicos e orgânicos daquele que age; em contrapartida, emprega-se a teoria do sistema para designar realidades de grande escala (macrossociais), de modo a conservar seu caráter de elevada abstração.” (grifo nosso).

Enfim, expressamente Luhmann estabelece um distanciamento das relações interpessoais, ou micro relações, tomando como princípio a grande escala da teoria do sistema, fator preponderante para não só a própria fundamentação teórica de sua

teoria, mas para outros temas do direito contemporâneo, como por exemplo, a incorporação a base filosófica do ‘direito penal do inimigo’.

Na compreensão da realidade provêm questões que ultrapassam a mera visão humana para alcançar as valorações e os sentidos ou significados dos fenômenos cognitivos que fundamentam a razão e o sensorial do Homem, seja como pessoa, seja como um ser social que se projeta no tempo e no espaço. Assim, as ciências tentam explicar as razões que justificam a concretude desses fenômenos cognitivos, porém nem todas têm como alcance o fenômeno social como objeto singular situado numa trajetória própria de alcance visível, observando as condições externas de comunicação; o seu conteúdo firmado na repercussão geral; de Sistemas ou Dimensões que se projetam para atender um fim comum; e na formatação de uma estrutura apta a produzir efeitos que alteram a realidade não só de um ser, mas de um contexto social amplo ou reduzido, conforme o contexto do seu universo de referência. Por conseguinte, cada Sistema, inclusive no “Sistema Eleitoral”, consoante a “Teoria do Sistema”, traz em si uma gama de sub-produtos ou sub-sistemas e que estes tem sua própria autonomia, porém são interligados por uma via de comunicação externa atendendo ou promovendo o alcance desejado pelo Sistema vinculante. Nesse sistema metafísico, bem como em cada sub-sistema, há por bem tentar descrever o sentido e as regras do seu fundamento; as causas e as condições de sua própria existência; os princípios do seu grau de comprometimento com o interesse geral comum; a sua capacidade de reconstrução, em caso de crise (autopoiese), desvio de finalidade ou de decadência dos seus pressupostos de formação ou de estrutura; os desafios a serem superados em razão do tempo ou por qualquer outro motivo o leve a acreditar de sua superação em razão das exigências externas ou mesmo internas. Enfim, constatar a necessidade de sua existência como um fenômeno a ser observado, compreendido e a ser moldado com a realidade que se encontra ao seu redor.

Diante desse universo metafísico que é extenso demais para ser examinado nesse estudo, dá-se ensejo a um Sistema ,em particular, que tem como primazia as dimensões ou sub-sistemas: factual, ética-social, principiológica, política e normativa, como o fim concreto de atender o *bem comum* de determinada sociedade, no tempo e no espaço adequados ao seu exame.¹¹⁶ A esse Sistema se denomina de Direito –

¹¹⁶ A “Teoria de Sistemas”, cujos primeiros enunciados datam de 1925, foi proposta em 1937 pelo biólogo Ludwig Von Bertalanffy, tendo alcançado o seu auge de divulgação

em destaque nesse estudo o Direito Eleitoral – e que tem implicação original no modo de vida das pessoas, ou dos cidadãos, pois estes vivem num ambiente comum: no meio social.¹¹⁷ Nesse desiderato, o Direito para atender a sua legitimidade é formado por dimensões ou subsistemas que se encontram interligados pela consciência ética coletiva, constituindo entre eles o seu elo de ligação constante e dinâmico. Assim, a partir da realização da trajetória do fato, ou seja do fato sem repercussão social, passando pelo fato com densidade ética-social coletiva (fato jurígeno: como por exemplo, a necessidade da alteração da lei eleitoral) e alcançando o seu ápice no fato, com intensidade ética-social coletiva (fato jurídico: a vigência de uma nova legislação eleitoral), e seguindo o percurso de legitimação pelos conceitos éticos fundamentais da sociedade, ultrapassando os princípios que consagram estes valores, além do papel da política pública como um subsistema que seleciona os princípios e os valores que no momento histórico têm a sua importância social, de acordo com o interesse, oportunidade e conveniência próprios desse subsistema, para constituir a norma, outro subsistema e que tem no seu conteúdo a justiça material, compreendendo os princípios e os valores sociais que se concentram implicitamente na materialização da vontade ética social coletiva, bem como da justiça formal que consiste na materialização da vontade do Estado que de forma explícita expõe a regulação da conduta do Homem social.¹¹⁸ Enfim, no intuito de complementar esse ciclo guiado pela consciência ética coletiva provém mais uma vez o sub-sistema da política pública, porém com uma perspectiva distinta, em que se fomenta pelo planejamento de programas sociais e de execução legítima a ser efetuado pelo governo ou pelo poder legítimo dominante, consoante os ditames da norma, com o propósito

na Década de 1950 (ALVAREZ, 1990). O Sistema é um conjunto de partes interagentes e interdependentes que, conjuntamente, formam um todo unitário com determinado objetivo e efetuam determinada função (OLIVEIRA, 2002, p.35).

¹¹⁷ Para Immanuel Kant ao tratar sobre o papel do entendimento no processo cognitivo afirma que “conhecer cientificamente é estabelecer relações necessárias ou causais – de dependência – entre os dados ou objetos ao alcance do sujeito, de modo a tornar previsível e controlável o seu comportamento”. Assim, transplantando esse significado para o Direito podemos afirmar que o Direito somente existe porque a sociedade existe e também que o Direito é controlável, pois está ao alcance da sociedade e, portanto é previsível o seu comportamento.

¹¹⁸ Niklas Luhmann distingue entre contingencia simple, que se refere a las posibilidades ofrecidas por el ambiente físico –hecho – del sistema, y contingencia doble, que tiene en cuenta la existencia em el ambiente de otros hombres, cuya conducta y cuyas expectativas - hecho jurígeno – es necesario poder prever para el desarrollo de la convivencia social (Pilar Giménez Alcover, 1993, 185 ss.).

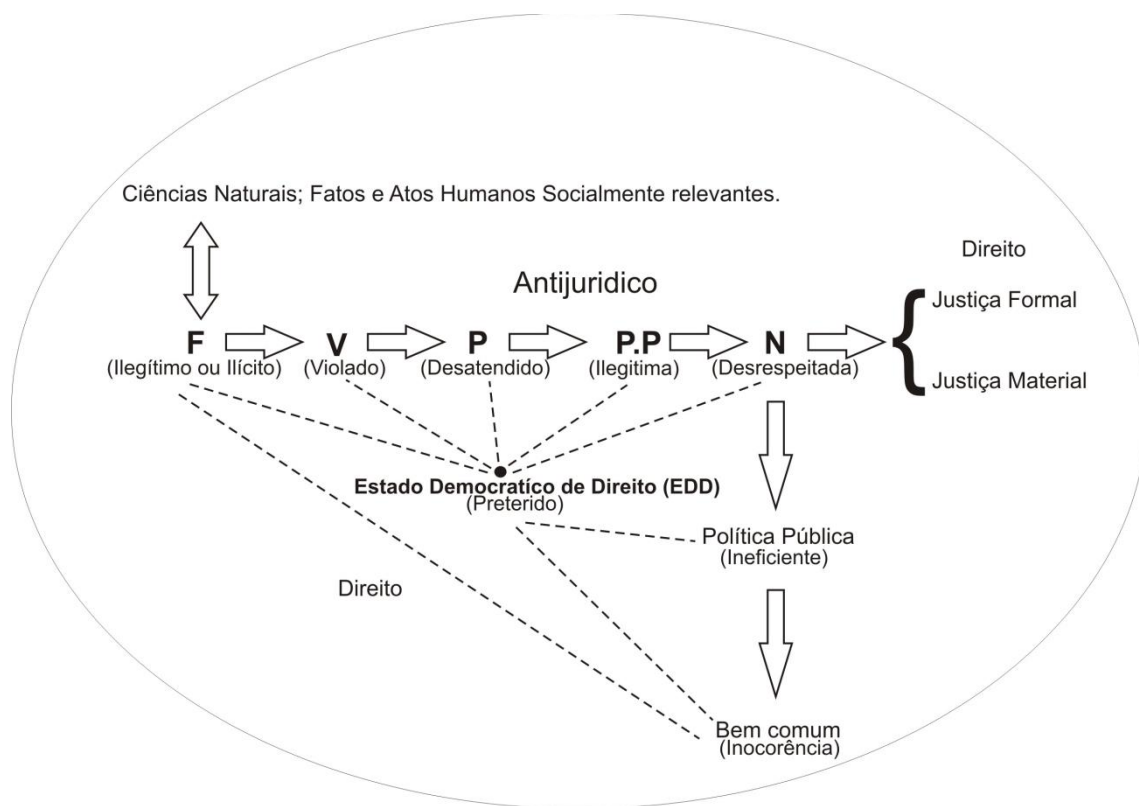
transparente de atender o bem comum da coletividade, no tempo e no espaço. Portanto, o Direito nesse contexto, como sendo um Sistema apto a produzir efeitos e que tem na valoração ética-social do fato (fato jurígeno) o seu primórdio e o bem comum da sociedade o seu maior propósito. Ademais, há de se formular, diante do exposto, uma figura geométrica abaixo que bem expõe esse entendimento capaz de orientar o intérprete do Direito quanto a sua dinâmica.¹¹⁹ Ademais, impõe salientar que o Direito, como sendo um sistema social, tem também o seu núcleo voltado sempre a atender aos “Princípios Fundamentais” (v.g., art.9.3, da Constituição Espanhola; art.1º da CF brasileira /1988; art.20 da Constituição Alemã; art. 33 da Constituição Belga; art.1 da Constituição Francesa; art.1 da Constituição Grega; art.2 da Constituição Italiana; art.2º da Constituição Portuguesa, etc.) que constituem a verdadeira Cláusula Pétrea do substrato da formação ética, política, e normativa do Estado Democrático de Direito e do Homem social, conforme se visualiza:

¹¹⁹ Polo, Leonardo *in* “A Critica Kantiana del Conocimiento”, p.47, Ed. Escala: “El tiempo Kantiano funciona como regla; puede, por tanto, aplicarse al espacio, pero no se limita a eso. El tiempo, en la gnosiología de Kant, está más vinculado al entendimiento, al concepto, que al espacio. Y, efectivamente, es evidente que yo puedo tener un concepto que no existe en el espacio de modo alguno. El triángulo en el espacio es siempre éste o aquél, pero su concepto vale para todos. El esquema del triángulo no es su imagen; es aquello por medio de que el concepto llega a la imagen, pero sin si dejar fijar por ella. En el tiempo como esquema – como regla de construcción – se encuentra, por tanto, la universalidad del concepto. El tiempo de la imaginación se compara con el espacio según la representación; pero, por otro lado y como regla de traza, abarca todos los casos posibles unilateralmente, mientras en el espacio sería necesario multiplicar infinitamente las representaciones” – grifo nuestro – .



- 1- F- Fato Jurídico;
- 2- V- Valor (ética);
- 3- P- Princípio;
- 4- P.P1 (Política Pública 1);
- 5- N – Norma;
- 6- Justiça Formal;
- 7- Justiça Material;
- 8- P.P2 (Política Pública 2);
- 9- Bem Comum;
- 10- Sinapse = Consciência Ética-Coletiva;
- 11- Estado Democrático de Direito;
- 12- Ciências Naturais; Fatos e Atos humanos Socialmente Irrelevantes;
- 13- Ilícito; Ilegítimo.

Em sentido neutro destacam-se as Ciências Naturais e os fatos socialmente irrelevantes que poderão ser admitidos no ciclo construtivo social dinâmico do Direito, se a consciência ética coletiva der a devida importância aos seus significados e assimilá-los como sendo não só de inspiração empírica, mas de densidade ética-coletiva envolvente (fato jurígeno). Por fim, o Sistema Binário, que se traduz no Sistema que contraria o Direito em suas manifestações do ilícito e do ilegítimo. O ilícito por se constituir um fato que contraria a norma em seu conteúdo Formal e o ilegítimo, por sua vez, contraria a Justiça Material e que terão realce abaixo, a partir da análise da figura geométrica presente do SISTEMA BINÁRIO:



- 1- F- Fato Ilegítimo ou Ilícito;
- 2- V- Valor (ética) violado;
- 3- P- Princípio Desatendido;
- 4- P.P1 (Política Pública 1: Ilegítima);
- 5- N – Norma desrespeitada;
- 6- Justiça Formal;
- 7- Justiça Material;
- 8- P.P2 (Política Pública 2: Ineficiente);
- 9- Bem Comum: Inocorrência;
- 10- → Sinapse = Consciência Ética-Coletiva;
- 11- Estado Democrático de Direito (EDD) - Preterido;

- 12- Ciências Naturais; Fatos e Atos humanos Socialmente Irrelevantes;
- 13- Direito.

Na trajetória binária do fato se traduz na inversão do fato que era jurídico e que se transformou em ilícito ou ilegítimo (1), como por exemplo, um Estado autoritário, ou seja, os seus governo não tem legitimidade social, e destarte o seu ‘Sistema Eleitoral’, caso exista, é inadequado aos parâmetros democráticos inseridos pela consciência ética coletiva internacional, ocasionando uma lesão em um dos subsistemas do Direito e que deva ser recomposto pela ordem democrática, ou seja, pelas Instituições que têm competência constitucional de fazê-lo ou mesmo diante da reprovação da consciência ética social coletiva: esta impondo ao Estado ou o poder governamental constituído a reconstrução – autopoiese – dos valores e princípios sociais por terem sido afetados. No que concerne, a axiologia (2) esta tem sua compreensão na valoração dos conceitos morais que a sociedade preserva, pois dignifica o Homem social e que se altera a todo momento, mesmo porque a dinâmica da própria realidade, assim, se impõe. Portanto, quando por ação ilegal ou ilegítima de qualquer um dos seus membros venha afetar este subsistema jurídico há por bem submetê-lo a uma ressocialização através de um mecanismo de defesa social apto a produzir efeitos que atendam não só o meio ético-social, mas que não venha atentar contra a dignidade humana.

Em prossecução, com referência ao subsistema binário da ilegitimidade das políticas públicas (4 e 8) consiste numa lesão contra o próprio Estado Democrático de Direito, pois a consciência ética-coletiva (10) foi violentada na sua maior projeção pela qual todos devam se guiar: na lealdade e honestidade daqueles que representam ou são mandatários da Nação. A ausência desses requisitos torna-se um Estado incapaz de responder os anseios da sociedade e por consentâneo os meios de comunicação entre os vários subsistemas jurídicos já referidos são obstruídos, confluindo para uma paralisia, tornando um Estado estático, com o distanciamento daqueles que possuem temporariamente o poder político estatal dos demais membros da sociedade que tem o poder social ilimitado e que refletem a própria razão da existência do Direito (13).

Ademais, ao se examinar a norma, inclusive eleitoral, como também sendo um subsistema do Direito, dá-se destaque ao seu núcleo e seus componentes da Justiça Formal e da Justiça Material. Por conseguinte, na ocorrência de vício (5), em qualquer um desses componentes, numa perspectiva binária, surge a ilegalidade na Justiça Formal (6) ou também a ilegitimidade na Justiça Material (7). A ilegalidade que consiste

numa lesão na Justiça Formal se traduz na ocorrência do fenômeno da antítese da vontade do Estado, materializada na confecção do ordenamento normativo vigente e na dogmática do Direito a sua compreensão, ou seja, distorcendo o que a norma preconiza quanto a sua interpretação, com a adequação do fato jurídico considerado viciado – v.g., legislação imposta por um governo despótico que assumiu o poder político do Estado –. Por sua vez, a ilegitimidade da Justiça Material se aperfeiçoa na ausência de eco entre os subsistemas jurídicos, os valores (axiologia) e os princípios (3) que a sociedade acredita serem vitais para a formação do Direito, com a ação daquele que atenta contra estes significados inerentes à consciência ética coletiva.

Enfim, o Sistema Binário do Direito para ser compreendido se deve partir da premissa do surgimento de um fato ilícito ou ilegítimo que foi considerado relevante para a consciência ética coletiva e também para o Estado, como por exemplo, a entronização de uma norma ilegítima em que preceitua sobre a ocorrência do aniquilamento do sigilo eleitoral no momento do respectivo sufrágio, contrastando frontalmente com os Princípios superiores decorrentes do ‘Estado Democrático de Direito’ (11), bem como com o fim do ‘Sistema Jurídico’ implantado, configurando no risco da ordem social por não atender ao bem comum (9) da sociedade ou mesmo no seu aperfeiçoamento.

§10 Críticas ao Sistema Ético Social do Sistema Eleitoral

No exame do “Sistema Jurídico Comunicante” de um determinado Estado se observa o importante papel da comunicação social no desprendimento das funções de cada subsistema de sua composição e, por conseguinte a sua abertura com os ambientes que rondam o seu Universo, tais como, o econômico, religioso, e de relações internacionais, com os outros Estados, proporcionando uma visão ampla do seu contexto social e a época que ele está inserido, dando-lhe uma perspectiva dinâmica pela qual orienta o caminho a ser seguido, de acordo com o finalismo estabelecido para atender o bem-comum de sua sociedade.

No entanto, existem as críticas a esse pensamento, pois se acredita que a aplicação do Direito se circunscreve na Norma e o seu poder no controle da conduta social, independentemente de sua legitimidade através da consciência ética coletiva. A

Norma representa a vontade política do Estado e, portanto, ele tem o poder de dizer o que a Nação deva ter como horizonte referente aos desenvolvimentos: social, econômico, político, jurídico, etc. Por sua vez, com relação ao “Sistema Jurídico Comunicante”, consoante essa crítica, ele se relaciona com outros campos de ação que são objeto de outras Ciências que não se enquadram no ‘Sistema Jurídico’. Assim, os subsistemas dos «fatos jurídicos, valores, princípios e bem-comum» pertencem a outras Ciências Sociais, como, por exemplo, a Sociologia e a Antropologia; no que tange aos subsistemas da «política pública de formação e da política pública de implementação» pertencem às Ciências Políticas. Dessa forma, essas Ciências têm em comum uma forte inclinação pelo estudo das questões empíricas e o Direito, todavia, deva ter na sua gênese, o poder concreto de atuar no Estado respectivo ao legislar sem influência externa, e sempre concentrada segundo a vontade do seu governo instalado. O Sistema Jurídico ou Normativo, de acordo com essa perspectiva, torna-se circunscrito ao seu ambiente estático e sem comunicação constante com as outras Ciências: a partir do seu ordenamento normativo vigente, salvo se houver necessidade de sua transformação. Nesse caso, se abre uma janela ocasional para a influência de outras Ciências e, que tem prazo curto, pois logo se fecha novamente ao criar um casulo de proteção, com o fim de proteger a integridade do seu sistema normativo.

Por consentâneo, é nesse ambiente limitado, que se deva afastar o entendimento do Direito contemporâneo, segundo uma visão ética social dominante do Direito, ao se traduzir na construção de um “Sistema Jurídico Comunicante” – e no particular desse presente estudo também sendo aplicado aos “Sistemas Eleitorais dos Estados” – como sendo capaz de ter um amparo na consciência ética coletiva que erige um paradigma de ‘Estado Democrático’ a ser instituído, conforme os seus subsistemas envolvidos já destacados, constituindo, enfim, num ambiente de legitimidade constante e, que este seja apto a dar ênfase a uma autopoiese ou reconstrução, na hipótese de algum subsistema ser lesionado por qualquer fator externo: sem que o “Sistema Jurídico” seja aniquilado.¹²⁰

¹²⁰ “A democracia é o governo do povo, o governo em que o povo manda, em que o povo decide. No regime democrático é ele quem comanda os destinos da organização política, o supremo juiz das coisas do Estado. O pressuposto metajurídico para seu desenvolvimento é certo grau de desenvolvimento cultural e econômico da população, para que ela possa bem escolher seus representantes”, Velloso, Mário da Silva e Agra, Walber de Moura, “Elementos de Direito Eleitoral”, Ed. Saraiva, p.19.

O Estado baseado num ideal ético-social, ao considerar a sua criação, e diante da realidade pela qual convive, promana de meios – com volição democrática – capazes de perseguir uma tendência de avanço em suas diversas áreas de atuação. A técnica jurídica usada para atingir esse objetivo varia entre os diversos Estados e sua implementação dependerá da vontade política e da legitimidade de suas propostas a serem auferidas pela população. Assim, não acreditamos na dissociação entre o pensamento teológico, moral ou político do Estado com o positivismo implantado direta ou indiretamente por aquele grupo ou indivíduo que detém o poder. Isolar o ordenamento jurídico de sua vida social é torná-lo distante de sua consciência ética. O modelo escolhido na formação da Instituição Estatal cria uma concepção de governo que pretende ser exercido e a conservação dos princípios democráticos dependerão do surgimento dos fenómenos sociais que influirão nas ulteriores decisões políticas dos seus dirigentes. A propósito, pergunta-se: mas que técnica teria o condão de compatibilizar, v.g., entre o pensamento ético-social e a vontade dos dirigentes? A resposta desta questão advém da descoberta dos valores essenciais que a sociedade considera como inevitáveis de serem discutidos. Se o esforço comum é realizar o «*bem-estar*» social crê-se na indeclinável submissão da vontade individual em benefício da vontade coletiva. No entanto, o programa a ser instituído em favor da sociedade deverá ter em seu contexto o sentido ético a fim de não menosprezar o universo subjetivo do ser humano. A cooperação entre os vários sectores organizados da sociedade – «*equidade*» – dará as imprescindíveis informações para que se infunde um programa viabilizando politicamente a construção de um ordenamento jurídico que atenda a vontade coletiva e, portanto, requer a importância do engajamento de cada pessoa por si, atendendo à meta única: «*a partir do desempenho individual voltado ao desenvolvimento comum*». A tarefa é de atingir a estabilidade social e o sacrifício individual é natural, porém há limites quanto ao império da vontade coletiva. A partir da investigação do padrão de comportamento dos indivíduos haverá a seleção de ações sociais que evitem produzir efeitos contrários aos valores fundamentais enraizados na própria comunidade. A função social é valorar os factos e adequá-los ao comportamento solidário das pessoas proporcionando ao Estado «*eficiência*» na execução de suas decisões políticas. Por outro lado, o experimento da vida social cria uma interdependência entre as pessoas de modo a conduzir cada facto uma questão de consequências gerais e a abstração do alcance dessa decisão política dependerá da ponderação de todos os envolvidos. Diante desse fenómeno social articulado gera a

decisão política fundamental da criação do Estado. Nos Estados em que optaram pela concentração dessa decisão política em um único documento: a Constituição escrita constitui o reflexo da decisão política daqueles que representam em determinado momento histórico à vontade de um povo. A partir de então valores ético-sociais são impregnados em todo o contexto da Carta fundamental possibilitando cada cidadão interpretar o exercício de sua participação solidária. Aliás, cada Estado convive com a sua realidade social e o seu plano de orientação jurídica – modelo ideal – está no supedâneo da valoração permanente dos fatos que se apresentam e o surgimento desses valores éticos compreende no resultado dessa valoração. Temos então a configuração de um bem jurídico tutelado pelo Estado, contendo no contexto normativo a coercibilidade correspondente: valorando o interesse ético-social ao direito individual, este com conexão causal naturalístico. O assento desse enfoque é extensivo a qualquer panorama jurídico instituído, considerando o princípio da *«racionalidade das ordens jurídicas»* firmado pela lógica e harmonia dos padrões normativos e adotando o sentido teleológico do direito: sem uma base *jusnaturalista* os critérios de opção normativa do constituinte ou do legislador se tornariam ilegítimas tornando ineficientes os objetivos do Estado em atender o bem-comum.¹²¹ Portanto, independente da *«teoria da imputação»* – “o Estado como “centro de convergência” de todos os atos qualificados como estatais e com reflexo independente da pessoa que o emanou diante da sua autonomia jurídica abstratamente considerada” – é dado relevo, entretanto, o resultado da regulação normativa e não da fonte natural ou moral que o emanou. Se por exemplo o ato legislativo é da Instituição Governamental – fonte moral – ou de uma pessoa – fonte natural – concretizando o poder governamental, tanto faz, a ordem jurídica deverá impor *«racionalidade»* nas suas ações. A gênese do Estado concentra-se na sua particular razão de ser: se pensarmos que o Estado é um fim em si mesmo e o indivíduo está na coletividade para exclusivamente servir ao Estado e sua subordinação portanto é ilimitada compreende, afinal, seu fundamento numa razão subjugada ao *«pan-estatismo»*, todavia ao contrário recalculasse a determinação do

¹²¹ Martínez, Soares ao citar Espinosa: “Tendo os homens transferido para a sociedade política todos os seus direitos, deveriam obediência ao poder por ela estabelecido, e mesmo às ordens absurdas dele dimanadas. Contudo, raramente o poder determinaria coisas absurdas, porque se acha interessado em velar pelo bem-comum, em obediência a princípios de racionalidade, sendo quase impossível que uma assembleia numerosa se ponha de acordo na base de um absurdo”- “Filosofia do Direito”, Coimbra, Almedina, 1995, p. 382.

Estado em atuar não para atender a si próprio, mas para atender as necessidades da pessoa em sociedade no único propósito de fazê-la feliz, cremos que objetivamos um senso ético-social consubstanciado neste fim determinado.¹²² A presente acepção sociológica do Estado torna-se força motriz para a condução do seu desempenho no plano diretivo de «*eficiência*». Por sua vez, no âmbito jurídico consiste numa instituição social que tem como compromisso impor normas de conduta e regular interesses em benefício da «*eficiência*» – técnica de execução jurídica – destinados ao bem-estar do ente coletivo: sem, entretanto, poder se descuidar em nenhum momento da tutela dos direitos individuais. Aliás, na realidade esses campos de atuação científica do Estado se interpenetram todo o tempo fluindo numa só realização de atender o «*bem-comum*». Assim, as normas formuladas pelo Estado têm o seu apoio informativo fundamentalmente nos planos sociológico, histórico e político, e quando do estudo dos fatos sociais preconiza-se uma óptica de aperfeiçoamento jurídico, com base nessas informações, diante da natural dinâmica da sociedade política. Além do mais, na difusão dessa interpretação deve-se atender o significado de «*bem-comum*». Neste jaez desde já se discute esta terminologia, pois segundo Dabin, “*tratando-se do Estado, a expressão bem pública é preferível à bem comum, porque ela precisa que o bem comum em jogo seja o bem comum público*”.¹²³ No entanto, tem sido popularizada a expressão «*bem-comum*» como sinónima da locução «*bem público*», valorando apenas a sua definição. Ao conceituá-lo, Bigne de Villeneuve considera que “*o bem público é a síntese de tudo o que os interesses particulares legítimos comportam de conciliável entre eles e com a necessidade primordial da vida permanente e bem ordenada de uma comunidade política*”.¹²⁴ No mesmo enfoque, Viktor Cathrein afirma que o «*bem-comum*» é o “*complexo de condições indispensáveis para que todos os membros do Estado – nos limites do possível – atinjam livremente e espontaneamente sua felicidade*

¹²² Em alusão a esse tema Ataliba Nogueira argumenta: “*Não existem os homens para o Estado, mas o Estado que existe para os homens, isto porque é o Estado meio natural, de que pode e deve servir-se o homem, para consecução do seu fim, sendo o Estado para o homem e não o homem para o Estado. Assim, o Estado é meio, visa a ordem para a prosperidade comum dos homens*”- “O Estado é meio e não fim”, Edição Saraiva, São Paulo, 1955, p.p. 21, 67, 150 e 154.

¹²³ Dabin, Jean, “Doctrine Générale de L’État, Établissements Émile Bruylant, Bruxelles, 1939”, p. 35.

¹²⁴ Esse conceito foi lembrado por Aderson de Meneses, in “Teoria Geral do Estado”, Ed. Forense, 5.^a Edição, 1993, Rio de Janeiro, p. 63.

na terra”.¹²⁵ O interesse ético-social presente nesses conceitos impõe uma diretriz do conteúdo normativo dimanado pelo poder público e, portanto, concretizar a satisfação social torna-se exigível atender os interesses humanos, em especial àqueles que envolvam a preservação da dignidade humana.

Ao examinar o conteúdo das normas jurídicas, inclusive eleitorais, sejam elas substanciais ou instrumentais deve-se determinar a sua projeção para o futuro ou seja se disciplinam factos que terão repercussão permanente e portanto têm prazo ilimitado de validade ou ao contrário se são mutáveis com repercussão finita, alcançando, por exemplo, condutas que em determinadas circunstâncias ou conjunturas têm valor, porém ultrapassadas essas situações as normas deixam de ser operantes: v.g., normas que regulam fatos ocorridos durante uma calamidade pública. Nas normas constitucionais de um modo geral têm repercussão permanente – salvo aquelas disposições constitucionais de carácter transitório – mesmo porque quase na sua totalidade são normas materiais de natureza orgânica ou programática e as suas funções essenciais, afinal, compreendem desde a criação de instituições até promover ações sociais de desenvolvimento global e de exigência duradoura. No âmbito dessas normas constitucionais incluem aquelas que disciplinam os direitos essenciais do ser humano e neste contexto têm na sua essência um forte apelo ético-social influenciando com rigor a exigência permanente quanto ao seu atendimento. A propósito, torna-se inaceitável admitir uma norma constitucional dessa natureza ser apenas de efeito limitado ou mesmo incluí-la naquela espécie de norma que tenha antes de ser promulgada o carácter de *indiferença*, pois “as normas fundadas em circunstâncias mutáveis não só são alheias à natureza permanente das coisas como se mostram também indiferentes a quaisquer razões de justiça, de exigência ética”.¹²⁶ A esse princípio de inesgotável validade revestem as normas constitucionais que regulam os direitos fundamentais e as garantias individuais, inclusive o direito do cidadão democraticamente poder escolher os seus governantes através de um sufrágio transparente e legítimo e, sobretudo levando em consideração elas possuírem o grau máximo de exigência ético-social conferindo-lhe o carácter pétreo quanto à alteração de seus ditames.

¹²⁵ *Idem*, p. 63.

¹²⁶ Martínez, Soares, ob. cit., p. 383.

CAPÍTULO V - RECOMPOSIÇÃO DO SISTEMA ELEITORAL

§11. Catálogo de Valoração Ética

Ao aduzir a intelecção desse tema provém de um ideal de conformação normativa e que bem poderia ser desenvolvido a partir do seguinte ícone de elementos de convicção:

[«a- a norma ser considerada como meio de «eficiência» do Estado, porém contendo um padrão de coerção «racional»; b- a norma seja não só resultante do influxo dos conceitos naturais, sociológicos, éticos e políticos, mas também estes conceitos serão valorados no momento da sua efetiva imposição; c- as normas constitucionais que regulam os «direitos individuais fundamentais» do ser humano terão sempre o carácter de repercussão permanente por conterem o grau máximo de exigência ético-social; d- as exigências do poder normativo do Estado sendo limitadas pelo atendimento aos direitos fundamentais do ser humano; e- as normas que disciplinam os direitos fundamentais da pessoa somente poderão ser violadas em casos excepcionais e mesmo assim se houver justificativa preponderante; f- a norma constitucional que regula em especial o «direito à privacidade» - como àquela que defende o direito ao sigilo do voto do eleitor – tem alcance valorativo de validade infinita, de imposição plena e por consentâneo de resistência ética a qualquer alteração; e g- o plano de ação do conteúdo material da norma constitucional consiste no exercício do «estado de direito» »].

Acreditar, entretanto, no afastamento dos parâmetros normativos o influxo dos valores naturais, éticos, sociais e políticos, justificando numa “*perspectiva positivista que entende a lei como um fato de autoridade, e não como um empreendimento propositivo moral, pois perde qualquer capacidade normativa para checar o cumprimento do ideal de legalidade pelo sistema jurídico*” é desprover da

norma o seu entrelaçamento com o seu finalismo substancial.¹²⁷ O plano de «*eficiência*» do Estado encontra-se na fonte de informação o implemento de sua ação e a norma consiste exatamente nessa ação social formalizada no plano jurídico. A técnica de execução jurídica – «*eficiência*» – promovida pelo Estado tem um propósito claro de criar um ambiente de bem-estar social e para tanto através dos meios de informação disponíveis é que poderá atingir este objectivo. Assim, os elementos que compõem o conteúdo dessas informações encontram-se nos planos dos valores mais próximos do indivíduo em sociedade. Portanto, a norma é o resultado da vontade consciente do ser humano (valor natural), com o fim de satisfazer o «*bem-comum*» (valor ético-social) e no exercício do «*estado de direito*» (valor político). No que tange, por sua vez, o argumento desses valores suprimirem a capacidade da autoridade normativa de cumprir o ideal de legalidade dá-se uma compreensão valorativa estritamente formal sem levar em consideração a substância das normas. Assim, segue-se o entendimento geral: a norma prevê a descrição de uma conduta imperativa e que todos devam acatar e contém ainda, de um modo frequente, uma sanção a ser aplicada na hipótese de não ser atendida na sua determinação. Se pensarmos que a norma se exprime em conceitos estritamente jurídicos e que a moralidade interna do Direito conflui numa perspectiva limitada nos seus elementos formais, tais como: de ela ser pública, prospectiva e não contraditórias entre si, temos então uma visão restrita quanto a sua projeção material no momento de sua formulação.¹²⁸ Se atentarmos, entretanto, que a norma tem uma essência viva e difusa, construída para atender os valores essenciais da pessoa humana, num plano superior portanto a uma visão perfilhada na construção científica pré-constituída do Direito e por consequência servindo do instrumento do formalismo no seu máximo valor de existência, há por bem acreditar em perspectivas distintas estão sendo avaliadas. Nesse sentido, a valoração da norma mostra-se necessária em ambos os campos de sua existência, de modo a não poder relegar em um plano inferior qualquer um deles. Assim, a norma tem que ser interpretada universalmente sem pensarmos em restrições limitadoras ao plano existencial. A conjugação de vetores substancial e formal pode conviver num plano único de entendimento à razão da existência da norma nos seus múltiplos aspectos. No exame teórico, v.g., dá-se a seguinte assertiva: a norma é pública e a sua potestade

¹²⁷ Posição adoptada por Lon Fuller in “*The Morality of Law*”, 1969, p. 221, *apud* Oscar Vilhena Vieira, *idem*, p.205.

¹²⁸ *Idem*, p. 205.

advém da coercibilidade (plano formal), entretanto, ao mesmo tempo, a sua imposição somente terá validade material se for legítima (valores político e ético-social – plano substancial –). Afinal, o alcance dessa conclusão provém da observação contínua da norma nos dois campos referidos, pelos quais se interpenetram a fim de atender a Justiça Institucional «J.I.

O Estado na leitura dos fatos socialmente relevantes têm imposto constantemente medidas ético-sociais abstratas, genéricas e coercitivas de controle da liberdade individual na premissa de sustentar a ordem pública, e portanto, com o escopo de preservar o bem-estar da comunidade. A intenção é criar um ambiente social propício a efetividade do «*direito a objeção*» ao fato injusto ou antiético manifestado pela pessoa no desempenho da sua «*autonomia da vontade*». A ação ilegítima da pessoa na sua relação com terceiros ou com o próprio Estado é subjugada pelo controle social e na formulação de uma norma de atuação concreta pressupõe uma sociedade solidária imbuída no primacial propósito de afastar do meio politicamente organizado aqueles que agem em desconformidade com os valores substanciais enraizados no ambiente em que convivem. Todavia, numa demonstração de desajuste social encontra-se no fenómeno da «*violência*» a sua face mais aparente. Assim, existem várias formas de «*violência*» - v.g., as de origem difusa: a violência moral ou ética, institucional, no plano económico ou político, no ambiente familiar, violência sexual, urbana ou rural – criando uma esfera de intimidação à ordem social promovendo enfim um desequilíbrio ético as ações legítimas do Estado. O atentado ao pensamento ético-social abrangente na coletividade reflete no maior ou menor grau de repressão instituído na medida coercitiva implantada pelo Estado na intenção de prevenir abstratamente a ocorrência desse fenómeno social de âmbito universal. A crescente criminalização de condutas, v.g. os delitos eleitorais, espelha a concretização dessa realidade e a maior distribuição de cânones penais versados na limitação da liberdade da pessoa expõe essa tendência. A essa multiplicidade de condutas desajustadas conferem a formação de um verdadeiro «*labirinto*» que desencadeia na construção de um complexo sistema de normas jurídicas implicando numa valoração constante do intérprete aos valores conflituosos de natureza individual-subjetivo e ético-social. Assim, o «*princípio da proporcionalidade*» na graduação das sanções torna-se um vetor necessário à mercê do legislador na formulação de normas que alcancem um ponto de equilíbrio na tutela dos citados valores. A impulsão da violência constrói paralelamente um arcabouço jurídico

que tenta acompanhá-la no seu avanço, porém sofre na ação serôdio do Estado ao efetuar uma política ético-social de prevenção e de conscientização da comunidade em se afastar da prática de delitos. Assim, não basta reprimir com a formulação de normas mais rígidas quanto ao aumento das penas endereçadas àqueles que praticaram um fato antijurídico para reduzir a «violência», com o objectivo de que eles se afastem da ilicitude: «*prevenção especial ou individual*» - e que sirva também de exemplo intimidando as demais pessoas, caso estas venham a pensar em seguir esse curso pautado no desvalor ético da conduta- «*prevenção geral*» -, mas cabe ao Estado desenvolver também políticas públicas adequadas obliterando a consecução do próprio fato antiético: encontra-se no princípio da «*prevenção ética*» o melhor argumento independentemente das espécies exclusivas de prevenção técnico-jurídicas referidas. Vários fatores conhecidos justificam a violência generalizada, v.g., a enorme desigualdade na distribuição da renda entre as pessoas na comunidade, a desorganização do Estado nas esferas económica, política e/ou social, etc., entretanto a ausência de uma «*consciência ética*» na respectiva sociedade põe em risco a própria potestade do Estado. A preocupação está no suporte dos valores éticos que sustentam o Estado em seu plano de «*eficiência*», e por corolário do influxo desses valores na ordem jurídica-constitucional. De qualquer forma é dar um censo propulsor de indignação a «*violência*» generalizada inculpada em fatores antiéticos que contaminam a comunidade onde deflagra um ambiente de desordem e fomenta a vulnerabilidade do Estado em sua ação social. Assim, o propósito é elevar o conceito ético-social de um fato ao considerá-lo a principal tônica na valoração do legislador quando ele resolve descrever a conduta ilícita de toda ordem, inclusive àquela que impeça o exercício pleno da democracia através de eleições transparentes e legítimas para as escolhas dos governantes de um Estado soberano. A violência tratada afinal é a violência ilegítima e de substrato antiético para diferenciar daquela que “*substancialmente é sinónimo de força na medida da imposição de uma coercibilidade legítima na defesa de um direito legalmente amparado*”.¹²⁹ Aliás, a justificação da sanção consoante assertiva de Günther Jakobs consiste num “*fator de coesão do sistema político-social em razão de sua capacidade de restabelecer a confiança coletiva abalada pelas transgressões, a estabilidade do ordenamento e, portanto, de*

¹²⁹ Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino “Dicionário de Política”, vl.02, 4.^a Edição, Editora Universidade de Brasília, Distrito Federal, p. 1292.

renovar a fidelidade dos cidadãos no que tange às instituições”.¹³⁰ Afinal, o que importa é a pacificação social de se conviver perfeitamente com a ideia macro valente e cósmica da «*prevenção ética*»: antecipar a ocorrência do fato ilícito antiético e em consecução estabelecer um processo de conscientização legítima e geral da comunidade difundindo a mensagem política positiva da importância da não-violência.

No intuito de buscarmos um paradigma de estrutura piramidal de valores naturais e éticos positivos sob as perspectivas: normativa e sócio-políticas propugnamos o seguinte padrão de valoração substancial:

[«os valores de «*nível 1*» - àqueles referentes aos valores naturais essenciais à personalidade ou valores éticos positivos de maior grandeza (essencialmente os que pertençam às principais dimensões da personalidade: «direito à «*vida digna*», liberdade de consciência e autonomia da vontade, v.g., o exercício do direito do voto eleitoral livre»): nesses valores possuem a característica de insubmissão natural subjectiva e conceito ético-social abrangente, quanto à tutela dos direitos fundamentais do ser humano; os de «*nível 2*»: compreendem os valores que têm em sua plataforma de atuação, uma limitação de exigência ético-social erga omnes, tais como, os de propriedade resolúvel, propriedade conjunta ou de liberdade restrita; e de «*nível 3*»: valores ético-sociais difusos ou de influência natural externa constante, como por exemplo, os relacionados com o meio ambiente e de dependência natural: orgânica, individual e ilimitada – esses valores têm o carácter de universalidade natural de dependência externa do ser humano e que ninguém individualmente caberá impedir o seu acesso – ”].

A intenção acima de estabelecer uma gradação ético-social e natural numa divisão de níveis foi justificar a importância que cada valor tem para o ser humano assentado no conceito de «*vida digna*», exigência pela qual é dirigida erga

¹³⁰ Jakobs, Günther, “*Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*”, De Gruyter, Berlin, 1983.

omnes. No «*nível 1*» a exigência do ser humano em ser atendido pelas demais pessoas é absoluta, devido à justificação à essência da pessoa está em suas próprias dimensões. Nos valores do «*nível 2*» os indivíduos compartilham as exigências em caso de propriedade conjunta, mas cada um tem seu direito particular reconhecido; a exigência ao respeito do seu direito de propriedade, com relação a terceiros tem prazo determinado de validade ou condição a ser satisfeita, característica da propriedade resolúvel; ou a sua liberdade de actuar é limitada pelas circunstâncias morais e sociais que envolvem o seu direito. E por último, no «*nível 3*» os direitos difusos que a todos pertence e que portanto consiste numa dependência externa dos bens naturais pela qual a exigência ética-social é recíproca entre os seres humanos.

Diante desse escalonamento de valores se percebe que a Norma deverá ter em seu âmago uma justiça material voltada aos anseios da sociedade, fomentando segurança e capaz de transmitir um resultado de um processo de legitimidade contínuo e exercendo o seu papel de instrumento de eficiência a partir da consolidação de uma paz social duradoura. É com esse sentimento que a valoração da tutela jurídica se torna latente com o «*influxo dos valores naturais, éticos e políticos*» essenciais na construção e aplicação das normas pelo Estado, além do controle preventivo ético-social da «*violência*».

Afinal, a «*violência*» ilegítima praticada contra qualquer um dos «*níveis de valores*» salientados deverá ser repelida pelo Estado buscando tutelar os direitos naturais fundamentais e ético-sociais do ser humano. O Estado no controle social da «*violência*» para ser «*eficiente*» (técnica de execução jurídica) há por compreender as razões naturais, morais e sociais que envolvem a pessoa no sentido de construir e aplicar as normas adequadas ao contexto social capazes de assegurar a «*vida digna*» reconhecida por todos, seja no plano coletivo ou mesmo no plano individual.

§12 Perspectivas do Sistema Eleitoral Contemporâneo

A personalidade humana se manifesta de diversas formas, tais como na liberdade de agir, de sentir ou mesmo de poder exercer a cidadania de forma igualitária. O direito positivo num Estado democrático preserva como um de seus ditames a igualdade jurídica dos cidadãos, pois considera: «*todos são iguais perante a lei*». Assim, independentemente das individualidades da pessoa natural quanto as suas qualidades, raça, convicções políticas ou religiosas, de sua origem ou classe social, a

dignidade social de cada cidadão tem a sua isonomia garantida pelo Estado. A justiça social, dos novos tempos, por sua vez, preocupa-se com a igualdade de oportunidades que cada cidadão deva ter para atingir as suas realizações pessoais. Cabe ao Estado implementar ações sociais capazes de oferecer meios ao cidadão em poder construir uma «*vida digna*».¹³¹ A estrutura das instituições deva ser voltada para atender a toda comunidade sem distinção e a razão está em atender a «*satisfação social*» como sendo um pressuposto de auferir ao Estado o seu grau maior de *eficiência*. Se para muitos existe a dificuldade de obter bens e para outros não, erigindo, portanto, numa injustiça social, o Estado tem o dever de promover ações capazes de reduzir as diferenças sociais e tornar as camadas menos favorecidas mais próximas daquelas que o Estado deu mais atenção, ou que aproveitaram melhor as oportunidades oferecidas. Assim, a «*igualdade social*» torna-se uma imposição conferida às políticas públicas e o equilíbrio da distribuição equitativa de riqueza compreendendo uma das vertentes da «*justiça social*». Por outra banda, a «*igualdade*», também como princípio imanente de um «*Estado Democrático de Direito*» poderá ter também diversas implicações, tais como na diferenciação entre a igualdade jurídica e a igualdade natural ou naturalística; que constitua este princípio uma das opções da Constituição material, vedando portanto qualquer privilégio ou discriminação (o sentido negativo da expressão)¹³²; numa visão processualística ao assegurar as partes envolvidas o tratamento isonômico quanto aos seus postulados; ou até mesmo quando este princípio tiver que se confrontar com determinados imperativos legais.¹³³

¹³¹ Por exemplo na Constituição Belga em seu art. 23 promana que “todos têm o direito de viver segundo os ditames da dignidade humana e cita que a lei garantirá os direitos econômicos, sociais e culturais e determinará as condições do seu exercício”. Acrescenta ainda este dispositivo: “estes direitos incluem, nomeadamente: 1) O direito ao trabalho e à livre escolha de uma atividade profissional, no âmbito de uma política geral de emprego, visando entre outros, assegurar um nível tão estável e elevado quanto possível, o direito às condições de trabalho e a uma remuneração equitativa, bem como o direito à informação, à consulta e à negociação coletiva; 2) O direito à segurança social, à proteção da saúde e à ajuda social, médica e jurídica; 3) O direito a uma habitação condigna; 4) O direito à proteção de um meio ambiente são; 5) O direito ao desenvolvimento cultural e social”.

¹³² Miranda, Jorge, Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais, 3.^a Edição, Coimbra Editora, 2000, p.p. 237/238.

¹³³ Dá-se, nesse sentido, por exemplo, as seguintes r. Decisões do Excelso Tribunal Constitucional Português: “Os acórdãos n.ºs 99/88, de 28 de Abril (CJ 1988, 2, 39) e 413/89, de 31 de maio (Dr, II, de 15. 09.1989) entenderam que os prazos de caducidade para a investigação de maternidade e de paternidade fixados nos arts.1817., n.ºs 3 e 4,

A entronização do princípio da «*igualdade jurídica*» no ordenamento encontra-se de um modo geral seu leito no catálogo dos direitos fundamentais da pessoa, nas diversas Constituições existentes, porém a sua otimização concentra-se no desenvolvimento do direito à liberdade individual, numa proporcionalidade de distribuição de vantagens ou de ônus - justiça imperante -, limitando somente o necessário para salvaguardar as liberdades dos outros. É encampando a ideia da igualdade de tratamento, com a distribuição de benefícios ou encargos que as regras são avaliadas como justas ou injustas. Se v.g., determinada norma (A) beneficia uma determinada classe social ou raça (B) em detrimento de outras classes ou raças, torna-se uma distribuição desigual, se levarmos em consideração os parâmetros de uma justiça social de gênese humanitária. Todavia, se levarmos em conta que essa norma (A) prevalecente imposta pela maioria ou por aqueles que detém o poder, sendo propugnada pela discriminação, cabe-nos ao valorá-la aceitá-la, quanto ao seu tratamento, como sendo imparcial, diante da opção política exercida pelos cidadãos de uma determinada sociedade, muito embora possa ser injusta e capaz de afetar consideravelmente o núcleo do direito de personalidade do homem que é a sua dignidade. Dessa forma, a importância desse princípio consiste em assegurar as normas que regulam os direitos fundamentais tornando-as «*pétrea*» para que as outras normas inseridas no ordenamento jurídico não se manifestem como materialmente injustas ou eticamente desiguais em seu conteúdo.¹³⁴ O princípio da igualdade e a justiça se entrelaçam quando o tema em questão reflete na distribuição imparcial de bens procurando inculcar no Estado, através de suas normas, o seu sentido de «*eficiência*». Na regulação dos comportamentos das pessoas em sociedade pelo Estado através do

e 1873.º do Código Civil não violam o princípio da igualdade de tratamento dos filhos nascidos no casamento e fora dele. Em sentido diverso, quanto ao n.º4 do art.1817.ºCC, cfr. ac. STJ (Supremo Tribunal de Justiça -Português-) de 15 de Novembro de 1989 (BMJ 391.º,155)”.

¹³⁴ “O fato de que A e B tenham de receber uma distribuição igual ou desigual depende da norma de distribuição aplicável. Pelo que respeita à norma de distribuição, A e B são tratados de maneira igual, não porque ambos sejam alvos da mesma concessão, mas porque a regra lhes é aplicada de modo imparcial... . O tratamento segundo as regras predominantes, quaisquer que sejam suas determinações, é sempre igualitário como imparcial” (Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, Dicionário de Política, Editora UnB, Brasília, 8.ªEdição, p. 598).

processo legiferante urge construir um sistema proporcional de valores que tem a primazia de identificar as regras igualitárias de distribuição. Aliás, corrige-se com o tempo a obstrução da justiça, mas o princípio da «*igualdade*» acolhido pelo Estado em seu ordenamento jurídico reflete os benefícios que serão expressos na «*satisfação social*» e por consentâneo convergente à segurança dos direitos individuais. A desigualdade da norma não se confunde com as diferenciações normativas que tem motivação excepcional e de natureza não-discriminatória, face esta conter uma justificativa razoável, ao instar uma relação de proporcionalidade ao fim visado.

Ademais, as liberdades materiais nas Constituições pressupõem um objetivo comum de igualar as condições sociais, objetivo a ser alcançado não só por meio de entronização de normas, mas também pela aplicação de políticas ou programas de ação estatal.¹³⁵ A propósito, nesse contexto de liberdades materiais compreende também a igualdade dos cidadãos, independentemente de classe social, opção política, religiosa, étnica, etc., ao sufragar o seu voto, com autonomia de vontade, em alguma eleição política estatal ou mesmo que venha participar de alguma candidatura democraticamente instituída.

A moralidade, por sua vez, compreende no conjunto de valores imateriais inerentes à vida humana e cabe ao Estado protegê-los. Dentre os ditames da consciência o Homem se manifesta através deste princípio moral: assinalando o seu perfil e qualificando a distinção concernente aos outros seres vivos no Universo. A amplitude do ser humano perfaz-se numa lógica capaz de ultrapassar as suas ações perfazendo no seu grau de sentimento mais íntimo a sua maior ou menor grandeza a ser valorada: escapando por vezes do Direito o exame da conduta, mas refletindo no contexto ético o respeito a que cada pessoa deva merecer. As normas jurídicas e morais têm diferenças claras de estrutura, mas ambas coexistem, pois, as normas jurídicas têm no «*princípio moral*» a sua legitimidade. Mesmo nos países em que as sociedades possuem um pluralismo religioso a ordem legal instituída deverá conviver com essas diversas manifestações sociais desde que influenciem na formação de um padrão moral aceito por todos. Embora as normas morais não sejam codificadas como o são as normas jurídicas têm em comum uma correspondente sanção. Na moral a sanção advém

¹³⁵ Comparato, Fábio Konder, “Direito Público, Estudos e Pareceres”, São Paulo, Editora Saraiva, 1996, p.59.

do juízo ético: seja da própria pessoa que ao praticar um ato imoral ao sentir remorso ou das pessoas a sua volta que repudiam seu ato. Por sua vez, nas normas jurídicas a sanção encontra-se escrita - ou segundo os costumes - e dirigida a todos que desrespeitarem o seu conteúdo ético. A justiça da norma moral é dirigida aquele que se encontra no dilema e das pessoas ao seu redor, todavia as normas de justiça no Direito as suas decisões têm o efeito geral imediato em face da sua ampla divulgação. No «*princípio moral*» os atributos de cada pessoa são aquilatados pela sociedade a que pertença e assim suficientemente próspero torna-se aquele ser humano que tiver uma avaliação capaz de torná-lo uma pessoa considerada íntegra. Assim, a honra e a reputação são exemplos a serem identificados pelo princípio da moralidade e que se encerram no núcleo da personalidade humana. Em caso de o Estado ultrapassar os limites da aplicação da lei, tornando abusiva a sua ação em face da pessoa, a ele merecerá os maiores reparos tanto a nível material, mediante indenização, quanto a nível moral, retribuindo, portanto, se possível, o mais próximo do equivalente ao grau de prejuízo moral sofrido pela pessoa. Por outra vertente, na norma em seu centro de informação deverá conter um elevado conteúdo ético e a moral consiste num princípio a ser contemplado nas manifestações de sua vontade. A disposição do Estado em manter equilibrado e eficiente o seu controle sobre as ações de cada membro do ente coletivo provém do seu sentido ético que conduz suas decisões políticas, resultando no respeito à dignidade humana pelo qual gravita a ordem social. A moral assume o seu papel de direito fundamental dirigido a todos sem distinção e neste particular de natureza indisponível (inalienável e irrenunciável) e imprescritível. Dessa forma, o cerceamento da liberdade de expressão da pessoa – como por exemplo, o exercício da liberdade do voto – compreende numa ação violenta e incapaz de produzir como resultado uma expressão de legalidade («*eficiência*») sujeita a valoração ou mesmo benefício porventura pretendido.

Enfim, conclui-se que não só na introdução da norma no ordenamento jurídico, mas também na sua aplicação, o princípio ético deverá reger as ações contemporâneas do Estado, tutelando os direitos essenciais à personalidade inerente à dignidade humana.

TÍTULO III - CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

A pessoa difere dos demais seres no universo por consistir num ser capaz de demonstrar a sua sensibilidade e por ter a razão evolui a partir do seu nascimento perfazendo de forma original a sua singularidade. É com cautela que a sua origem deva ser desvendada, mas o seu direito v.g., a vida, a consciência, a moral, a imagem e a liberdade hão de ser preservados, garantindo enfim a sua personalidade. A esses fatores determinantes de preservação do ente humano que o Direito se preocupa a cada instante regular as experiências vividas pela pessoa em suas transformações advindas pelas circunstâncias de tempo e espaço, cabendo conseqüentemente ao Homem saber interpretar essa volubilidade: reduzindo ao pensamento, “*Homo sum, et nihil humani a me alienum puto*”. Aliás, nessa sintonia, a cada dia aproxima-se uma estreita relação do Homem, como sendo um ser íntimo, voltado para as suas reflexões e ações, com o Homem antropológico: à posição de ser social, numa visão bifronte, num alcance perfilhado no equilíbrio entre os seus erros e acertos, diante de sua conduta quotidiana. A característica de ser envolvente e viver em comunidade traz cada indivíduo a sua própria visão e percepção de realidade provocando uma organização pessoal e ao mesmo tempo dinâmica objetivando alcançar o seu intento de realização. Parte-se da unidade ao conjunto e a estrutura social pela qual se impõe - «*vontade coletiva*» - ao refletir no plano factual a obediência a valores adrede assinalados, instituindo, enfim, um fenômeno garantidor de justiça social: a entronização do ordenamento jurídico como vetor regulador das relações entre pessoas e entre estas e o Estado. Assim, é a partir de uma linguagem conhecida de todos, as pessoas se instrumentalizam de elementos exógenos, tais como a busca compartilhada de desenvolvimento sociopolítico e de uma economia estável – valoração de um ambiente ético-social estável – que harmonizam as ideias individuais fomentando uma unidade social de estrutura autônoma, pois é amparada na soberania de suas decisões.

No início da humanidade as formas eram rudimentares de evolução do papel social, mas com o sentido contemporâneo de vida, a equação do «*bem comum*» foi se moldando firmado pela inserção do Estado na vontade individual. Assim, a inspiração vertical e hierárquica da pirâmide no Poder Estatal foi se cristalizando volvendo a si um parâmetro de crescimento, porém ao mesmo tempo denegando em

plano inferior o conteúdo individual e intransponível da consciência e do fator da intimidade do ser humano. O Direito, por sua vez, tem sido o instrumento capaz de assimilar melhor este convívio entre o Poder Público e a pessoa. A propósito, a experiência vivida entre a interação do Direito com outras Ciências Sociais, tais como a Sociologia e a Política, vem se constituindo um benefício, pois amplia o conteúdo humano a ser considerado pelo Direito Positivo e por consentâneo o enfoque de controle dos excessos advindos das ações do Estado perante a vontade individual constitui um dos pináculos estabelecidos pela norma, ao erigir condições lógicas de comportamento capazes de transmitir a segurança razoável e possível entre as partes envolvidas. Neste ensejo, deve-se levar em consideração que o Direito além de ser um fenômeno social tem na sua complexidade promover uma característica especial quanto a sua estrutura: a sua prática ter a natureza de ser argumentativa.¹³⁶ Assim, v.g., existem aqueles como Austin ao preconizar sobre a autoridade jurídica ser limitada a um soberano ou um grupo de pessoas que detêm o Poder e que todos da sociedade devam se curvar, todavia Hart refutava tal opinião, pois os fundamentos do Direito se traduzem num estímulo superior àquele admitido por Austin: “*as convenções sociais é que outorgam a um indivíduo ou a um grupo de pessoas o poder de liderança e por consentâneo a criação de leis válidas*”.^{137 138}. Nessas teorias de gênese positivista é que envolve a compreensão do Direito ao configurar como supedâneo o exame particular do presente destaque, acerca da superioridade do Estado sobre o indivíduo ou a inclinação deste perante aquele. No entanto, há de realçar àqueles que defendem a argumentação clássica do direito natural: a moral é às vezes superior às proposições jurídicas e além disso torna-se, portanto, inaceitável admitir uma proposição jurídica se esta não for justa. Se uma determinada lei é omissa, por exemplo, a não contemplar um direito individual ou mesmo se for transparente quanto à intenção do legislador, porém criando um mal-estar social, a solução desta proposição jurídica terá de ponderar

¹³⁶Dworkin, Ronald, “O Império do Direito”, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 1999, p. 17.

¹³⁷ Austin, J.L., “The Province of Jurisprudence Determined (H.L.A. Hart. org., Nova York, 1954)”.

¹³⁸ Hart. L. A., «*The Concept of Law* (Londres, 1961) ».

sobre o que é justo e ético para ser conclusiva. Para outros, o «*bom senso*» surge como um princípio a ser seguido para efeito de justiça.¹³⁹

A configuração da divergência sobre qual será o verdadeiro argumento a servir de orientação, dentre as proposições jurídicas formuladas, torna-se a discussão necessária e útil para o aprendizado da própria ciência jurídica e o seu conteúdo, cabendo o juiz ao interpretar a lei aplicá-la, afastando-se do niilismo e por conseguinte salvaguardando o interesse maior da ordem pública. Ao questionar se uma lei tem ou não a primazia em refletir um interesse social, com relação ao direito individual, impende interpretar o seu pressuposto fático e sua real incidência, além de clarificar especialmente o «*bem jurídico*» a ser tutelado: se porventura tem a característica de ser pública ou essencialmente privada o seu direcionamento. O direito objetivo então configurado gera direitos e deveres subjetivos que assumem o seu papel pela vontade do Estado, porém “*torna o homem atual uma presa fácil da estrutura do poder dominante, que a pretexto de dar-lhe um bem de que carece ou julga carecer, acaba por castrá-lo no essencial da sua personalidade humana bem como pela antropocentralização das regras jurídicas, de que constitui uma das dinâmicas mais significativas a consagração de um direito geral de personalidade, enquanto matriz, referência e complemento dos direitos especiais de personalidade*”.¹⁴⁰ Todavia, é com vigor que alguns Estados atualmente procuram sinalizar em seus ordenamentos jurídicos a configuração de um «*direito geral de personalidade*» abrigando formalmente a convicção de certos direitos do ser humano, como sendo invioláveis e inalienáveis, embora historicamente outros, por sua vez, tornam insuficientes as suas vontades originais ao atuarem materialmente de forma discrepante em favor do interesse orientado por aquele ou pelo grupo de pessoas que momentaneamente constitui a autoridade representativa do Estado ao praticar certas ações que violam

¹³⁹ O caso do “Snail Darter”: o voto do Juiz da Suprema Corte Americana, Lewis Powel quando afirmou que “*não cabe a nós retificar políticas ou juízos políticos emanados do Poder Legislativo, por notório que seja o desserviço que prestem ao interesse público. Mas quando a formação da lei e o processo legislativo, como nesse caso, não precisam ser interpretados para chegar a tal resultado, considero dever desta Corte adoptar uma interpretação eficaz, que seja compatível com um pouco de bom senso e com o bem-estar público*” (Tennessee Valley Authority vs. Hill, 437 U.S. 153,185 -1978-).

¹⁴⁰ Sousa, Rabindranath V. A. Capelo de “O Direito Geral de Personalidade”, Coimbra Editora, 1995, p.p. 84/85.

constantemente os direitos essenciais da personalidade humana, independentemente se estão ou não em época de paz.^{141 142} Assim, a reserva e o sigilo da «*vida privada*» compreendem uma das esferas do direito geral de personalidade que tem no respeito à dignidade da pessoa o seu núcleo.¹⁴³ É com a ofensa ilícita a personalidade que o ofendido passará a ter o direito de requerer ao Estado-Juiz a sua cessação, além se for o caso da obtenção de uma correspondente indenização daquele que foi considerado autor, diante do prejuízo comprovadamente sofrido: gera em questão «*o direito individual de personalidade*» do ofendido em perseguir o ressarcimento face o dano sofrido. A este efeito meramente privatístico de responsabilidade civil torna-se por sua vez enquadrado numa maior dimensão, se porventura o autor do ilícito for o próprio Estado erigindo, portanto, numa emergente insegurança social. A propósito, a obrigação do Estado em proteger a ordem jurídica instituída passa necessariamente em primeira situação pela salvaguarda do «*direito geral de personalidade*» do cidadão, justificando enfim a razão de ter sido criado e o fim a que se propõe, qual seja de atender o «*bem comum*». No entanto, para se imputar um Estado responsável pelas suas ações

¹⁴¹ Na Constituição da Alemanha, por exemplo, em seu art.1.1 impõe que “a dignidade do homem é intangível. Todos os poderes públicos têm a obrigação de a respeitar e de a proteger” e destaca em seu art. 2.1 que “todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade...”. Por sua vez, na Constituição Portuguesa é assegurado a todos o desenvolvimento da personalidade, à reserva da intimidade da vida privada, e portanto, à dignidade humana (art.26.º). No Brasil em sua Constituição Federal de 1988 prevê como um dos seus princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana (art.1.º, III).

¹⁴² Todos aqueles Estados totalitários que usam como *modus operandi*, v.g. a tortura e o excídio em face dos opositores *para* poderem manter-se no poder. Assim, nesses Estados, como bem preconiza Sahid Maluf : “*o que prevalece é o fim em si e portanto utiliza-se dos indivíduos como um meio para atingir sua finalidade própria e que conduzem à anulação da personalidade humana e à escravidão do homem*”- Teoria Geral do Estado, Ed. Saraiva, 1991, p.110-.

¹⁴³ Os direitos à identidade pessoal, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à liberdade de expressão e informação, à inviolabilidade do domicílio e de correspondência, à liberdade de consciência, de religião e de culto, etc. são também consideradas outras esferas do direito geral de personalidade e que caberá o Estado não só tutelá-las, mas classificá-las como inerentes a um Estado Democrático de Direito, pois “*a dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos* (Alexandre de Moraes-Direitos Humanos Fundamentais, 3.ª Edição, Ed. Atlas, 2000, p.60) ”.

cabará a sociedade seguir alguns princípios de avaliação, como veremos, sobre o seu papel quanto ao significado da asserção justiça. Aliás, a ideia de justiça poderá gerar um certo desconforto, se partir do prisma que as relações são complexas entre as pessoas numa sociedade, diante da existência do conflito entre a vontade de todos perseguindo um ideal de bem-estar, com vantagens recíprocas e ao mesmo tempo chegando à conclusão de que os bens não são para todos, apenas para alguns. Nesse sentido, a distribuição de justiça irá compreender um trabalho espinhoso de determinar qual o interesse será satisfeito e para isso as pessoas devam atender as regras mínimas obrigatórias de convivência social: as instituições caberão “*definir a distribuição apropriada dos benefícios e encargos da cooperação social*”.¹⁴⁴ Nesse sentido, as disputas pelo interesse a ser satisfeito são angustiantes, mas podemos dizer que são naturais, frente à incapacidade do Estado em atender a todos. O sentido de equilíbrio entre o convívio mútuo das pessoas para com as instituições gera «*satisfação social*», revelando a estabilidade organizacional de determinado Estado ao resolver as questões de desigualdade e tratando de forma realística os planos de *eficiência* desejáveis. O tópico a ser satisfeito é, portanto, a justiça social e a estrutura básica pela qual o Estado deva possuir para atender as expectativas da população: as oportunidades apresentadas frente a um projeto amplamente discutido gerando condições favoráveis a um desenvolvimento ético-social, econômico e político fundamentado na liberdade de ação, embora esta se encontra sujeita a certas regras de conduta que a torna limitada ou relativa. O conjunto de direitos e deveres previstos no ordenamento jurídico é um item essencial para efeito de justiça social, porém insuficiente para ser considerada uma vantagem que possa afirmar que o Estado seja plenamente desenvolvido em seus princípios de atuação. Na esteira de uma sociedade bem-ordenada vem a disposição do Estado em procurar atender aos reclamos sociais e que respeita os direitos humanos. O sentido que queremos dar é o objeto de justiça a ser instituído pelo Estado e o *status* a ele considerado, em razão de possuir uma sociedade formada por pessoas éticas, na expressão de John Rawls: “*seres racionais com objetivos próprios e capazes de um senso de justiça*”.¹⁴⁵ Afinal, nesta intelecção é importante frisar que poderia conduzir a uma concepção do Estado ideal sem levar em conta as vicissitudes que uma sociedade moderna necessariamente passa, diante da aflição do ser humano frente à

¹⁴⁴ Rawls, John, “Uma Teoria da Justiça”, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2000, p. 5.

¹⁴⁵ *Idem*, p.13.

competitividade intelectual e profissional cada vez mais animosa e da desigualdade das oportunidades geradas pelo Poder Público, porém o que temos ou queremos não é sempre o que podemos ter ou possuir e assim é razoável admitir uma organização social capaz de atender o suficiente para suprir as expectativas gerais e essenciais de justiça social capazes de transmitir segurança a cada cidadão independentemente se este é ou não elevado à categoria de afortunado. Ademais, o que importa é o Estado ter um arcabouço jurídico e seguir «*princípios ético-sociais*» propensos a legitimar a «*vontade coletiva*», inclusive no exercício dos seus sufrágios, com o fito de erigir um ‘Sistema Eleitoral Contemporâneo’ que salvguarde os direitos individuais essenciais à personalidade humana, dando azo ao entendimento que se trata de um Estado democrático e voltado para o desenvolvimento de suas ações, consoante as expectativas do seu povo.

TÍTULO IV - BIBLIOGRAFIA E ANOTAÇÕES DE RODAPÉ

1. *“O Direito Eleitoral é um conjunto de normas jurídicas que regulam o processo de alistamento, filiação partidária, convenções partidárias, registro de candidaturas, propaganda política eleitoral, votação, apuração, proclamação dos eleitos, prestação de contas de campanhas eleitorais e diplomação, bem como as formas de acesso aos mandatos eletivos por meio dos sistemas eleitorais”*, Ramayana, Marcos, “Direito Eleitoral”, Ed. Impetus, p.17.
2. Conforme acentua Ramos, Gisela Gondin, ao destacar sobre os “Princípios Constitucionais Especiais de Direito Eleitoral e Partidário: ...ressaltamos como princípios constitucionais setoriais do Direito Eleitoral, aqueles princípios que estruturam e conferem sentido no ordenamento jurídico eleitoral, densificando suas normas: princípio da anualidade ou anterioridade da lei eleitoral; princípio da liberdade partidária; princípio da autonomia partidária; princípio da fidelidade partidária; e o princípio da universalidade do sufrágio...” – “Princípios Jurídicos”, Editora Fórum, pp. 523/530 –.
3. FATO → FATO JURÍGENO → FATO JURIDICO.
4. *“O fato histórico é singular e o sociológico é geral: essa dimensão de uma ou outra ciência é que se faz da História uma disciplina individualizadora e da Sociologia uma disciplina generalizadora, conforme ensina Gilberto Freire”* – Newton Fernandes, Getúlio Chofard in *Sociologia Criminal*”, p.61, Ed. São Paulo.
5. *“Lo que revelan las leyes . – Se cae en un error lamentable si se estudia las leyes penales de un pueblo como si fuesen una expresión de su carácter; las leyes no revelan lo que un pueblo es, sino lo que le parece extraño, raro, monstruoso, exótico. Las leyes tratan de las excepciones a la moralidad de las costumbres”* - Friedrich Nietzsche, “La Gaya Ciencia”, Ed. Àkal, Barcelona, p. 95 -.
6. As questões de investigação científica deverão ter como supedâneo a criação de perguntas que identifiquem em primeiro passo o objetivo geral a ser focado e, depois nas subáreas de interesse estabelecer hipóteses de pesquisa que tenham relação com as perguntas e afirmações que tenham de ser respondidas e testadas, conforme prevê a lição de *Andrew Summer and Michael Tribe*: “... *How are the aims and objectives and the research questions formulated? Aims tend to be a general focusing of the research problem into a sub-area of interest, and then objectives make the overall aims specific through research questions and hypotheses which identify the questions and statements which are to be answered and tested...*” – “*The Nature of Epistemology and Methodology in development studies: what do we mean by ‘rigour’?*” – Paper prepared for: ‘*The nature of Development Studies*’, DSA Annual Conference, ‘*Bridging research and policy*’, Church House, London, 6 November 2004, p. 9.
7. “Não se pode, hodiernamente conceber-se um Estado de Direito dissociado da afirmação e da garantia dos direitos políticos a seus cidadãos, o que está em plena consonância com os ideais de justiça e de democracia”, Costa, Daniel Castro Gomes da, “Curso De Direito Processual Eleitoral”. Ed. Fórum, p.31.
8. A “Tomada de Decisão” (TD) constitui o resultado do ‘Poder do Estado’, na acepção de Torquato Jardim: “*Poder é uma relação sociopsicológica fundada em um efeito recíproco entre os que detêm e exercem o poder e aqueles a quem se dirige o poder. Esse poder político é exercício de controle social, é a capacidade de tomar ou determinar uma decisão e de obrigar o seu cumprimento*”, Direito Eleitoral Positivo, Ed. Brasília Jurídica, pág.49.

9. O professor Fabriz, Daury César, ao dispor sobre a bioética, preceitua: está relacionada a todas as atitudes humanas, a tudo que cerca o homem ou a ele diz respeito, a Ética fornece as indicações mais condizentes no que se refere às ações do homem em sociedade. Bioética e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Mandamentos. p.78.
10. A justiça formal, na acepção de Perelman, Chaïm, consiste em observar uma regra que contém uma obrigação de tratar de certa maneira todos os seres de uma determinada categoria, ou seja, se resume, pois simplesmente à aplicação correta de uma regra. Por sua vez, a justiça material é a regra das regras de uma sociedade, ela é que vem dar um valor moral ao respeito por regulamentos de todas as espécies, mesmo quando estes não são ainda, por si sós, regras especificamente morais. Logo, ela é, por excelência, a regra moral responsável, pela própria existência do grupo social, um a vez que ela é o que acarreta um demérito moral do autor de qualquer infração às regras desse grupo, de qualquer natureza que sejam, aliás, essas regras. Ética e Direito. São Paulo: Martins Fontes. pp. 44-50.
11. Perelman, *op. cit.* p. 63.
12. Martinez, Soares, ao citar Espinosa: “*Tendo o homem transferido para a sociedade política todos os seus direitos, deveriam obediência ao poder por ela estabelecido, e mesmo às ordens absurdas dele dimanadas. Contudo, raramente o poder determinaria coisas absurdas, porque se acha interessado em velar pelo bem-comum, em obediência a princípios de racionalidade, sendo quase impossível uma assembleia numerosa se ponha de acordo na base de um absurdo*”. Filosofia do Direito. Coimbra: Almedina, 1995, p. 382.
13. “*Na sociedade democrática a legitimidade governamental é baseada no consentimento do povo. As funções governamentais devem emanar da coletividade, ser exercidas em seu nome e para o seu proveito*”, Ribeiro, Fávila, “Direito Eleitoral”, Editora Forense, p.1.
14. Em alusão a esse tema, Nogueira Ataliba argumenta: “Não existem os homens para o Estado, mas o Estado que existe para os homens, isto porque é o Estado meio natural, de que pode e deve servir-se o homem para consecução do seu fim, sendo o Estado para o homem e não o homem para o Estado. Assim, o Estado é meio, visa a ordem para a prosperidade comum dos homens. O Estado é meio e não fim”. São Paulo: Saraiva, 1955, p.21, 67, 150 e 154.
15. Korte, Gustavo, “Iniciação à Ética”. São Paulo, Juarez de Oliveira, 1999, p.107.
16. Carrara, Francesco, nesse sentido argumenta: “*Il giure penale non avendo altra base di leggitimità che la tutela giuridica, non può convertirsi in uno strumento di santificazione dell'anima. Non si punisce in violazione del dovere morale, mas la violazione del dovere giuridico, cioè, la offesa del diritto*”. *Programma del corso di Diritto Criminale – Parte Generale*, 1871, p.32.
17. Birnbaum, *Archiv des Criminalrechts*, p.179; Ramirez, Juan Bastos, Manual de Derecho Penal español – Parte General, Ariel Derecho, 1984. p. 5; Souza, Paulo Vinicius Sporleder de. Bem jurídico-penal e engenharia genética humana. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 48.
18. Binding, *apud* Juan Bastos Ramirez, *op. cit.*, p. 52-53. Nessa concepção positivista podemos destacar também Rocco.
19. Rocco, Arturo. *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale, apud Francesco Antolisei, Manuale di Diritto Penale – Parte Generale*. 14. Ed. Milano: Giuffrè, 1997. p. 173 - 174.
20. Carnelutti, F. *Il dano e il reato*. Padova: {s.n}, 1926. p.5.
21. Souza, *op. cit.*, p. 60-61. Liszt, *Lehrbuch*. p. 140.

22. Ferri, Enrico. Princípios de Direito Criminal – O criminoso e o crime. Campinas: Bookseller, 1996. p. 38.
23. Honig. Die Einwilligung, p. 106; Souza, *op. cit.* p. 66-67; Figueiredo Dias, “Questões Fundamentais”, p.64.
24. Welsel, Hans. “*Derecho Penal alemán*”. Parte general. 1970. p.15.
25. Hassemer, *Theorie und Soziologie*, p. 151, e ss.; Hassemer/Munõz Conde, *Introducción*, p. 111; Souza, *op. cit.*, p.77.
26. Günther, Jakobs. Derecho Penal – Parte General, 2. Ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 52.
27. Ao interpretar essa teoria da imputação objetiva, Jesus, Damásio E. de, pondera: “o juízo de imputação objetiva exige a consideração de o comportamento haver criado um perigo juridicamente desaprovado ao bem jurídico e de o resultado produzido corresponder à realização desse risco (relação risco-resultado)”. Imputação objetiva. São Paulo: Saraiva, 2000. p.23.
28. *Apud* Smanio, Giampaolo Poggio, *in* artigo, *cit.* Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 39, p. 137-138; Roxin, Claus, *Derecho Penal – Parte General*. Madrid: Civitas. 1997. t.1.p. 60-62.
29. Ao referir-se sobre o conteúdo da norma, Hart, Herbert L.A, pondera que “o cumprimento de sua função social é a de prescrever e definir certos tipos de conduta como algo que deve ser evitado ou feito por aqueles a quem se aplica, independentemente dos seus desejos”. *In*: o Conceito de Direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. p. 34. “A imutabilidade é uma característica ortodoxa do conteúdo da norma, porém a norma em branco constitui exceção a ser destacada: estruturalmente imprecisa e mutável” – Cupello, Leonardo Pache de Faria. Direito Penal e Processual Penal luso-brasileiro: breves reflexões. Curitiba: Juruá, 2003, p.29.
30. Silva, Germano Marques da. ‘Direito Penal Português’: parte geral, introdução e teoria da lei penal. Lisboa: Verbo, 1997, p. 75.
31. Carnelutti, F. “*Il dano e il reato*”. Padova: {s.n}, 1926, p.51.
32. Bobbio, Norberto; Matteucci, Nicola; Pasquino, Gianfranco, Dicionário de política, 4. Ed. Brasília: Universidade de Brasília, v.2, p. 1292.
33. Günther, Jakobs, “*Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*”. Berlin: De Gruyter, 1983.
34. Ferrajoli, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. São Paulo, Revista dos Tribunais. 2002.
35. DworKin, Ronald, “O Império do Direito”, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 1999, p. 17.
36. Austin, J.L., “*The Province of Jurisprudence Determined* (H.L.A. Hart. org., Nova York, 1954)”.
 37. Hart. L. A., «*The Concept of Law* (Londres, 1961) ».
38. O caso do “Snail Darter”: o voto do Juiz da Suprema Corte Americana, Lewis Powel quando afirmou que “*não cabe a nós retificar políticas ou juízos políticos emanados do Poder Legislativo, por notório que seja o desserviço que prestem ao interesse público. Mas quando a formação da lei e o processo legislativo, como nesse caso, não precisam ser interpretados para chegar a tal resultado, considero dever desta Corte adoptar uma interpretação eficaz, que seja compatível com um pouco de bom senso e com o bem-estar público*” (Tennessee Valley Authority vs. Hill, 437 U.S. 153,185 -1978-).
39. Sousa, Rabindranath V. A. Capelo de “O Direito Geral de Personalidade”, Coimbra Editora, 1995, pp. 84/85.

40. Na Constituição da Alemanha, por exemplo, em seu art.1.1 impõe que “a dignidade do homem é intangível. Todos os poderes públicos têm a obrigação de a respeitar e de a proteger” e destaca em seu art. 2.1 que “todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade...”. Por sua vez, na Constituição Portuguesa é assegurado a todos o desenvolvimento da personalidade, à reserva da intimidade da vida privada e, portanto, à dignidade humana (art.26.º). No Brasil em sua Constituição Federal de 1988 prevê como um dos seus princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana (art.1.º, III).
41. Todos aqueles Estados totalitários que usam como *modus operandi*, v.g. a tortura e o excídio em face dos opositores *para* poderem manter-se no poder. Assim, nesses Estados, como bem preconiza Sahid Maluf: “*o que prevalece é o fim em si e, portanto, utiliza-se dos indivíduos como um meio para atingir sua finalidade própria e que conduzem à anulação da personalidade humana e à escravidão do homem*” - Teoria Geral do Estado, Ed. Saraiva, 1991, p.110-.
42. Os direitos à identidade pessoal, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à liberdade de expressão e informação, à inviolabilidade do domicílio e de correspondência, à liberdade de consciência, de religião e de culto, etc. são também consideradas outras esferas do direito geral de personalidade e que caberá o Estado não só tutelá-las, mas classificá-las como inerentes a um Estado Democrático de Direito, pois “*a dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos* (Alexandre de Moraes- Direitos Humanos Fundamentais, 3.ª Edição, Ed. Atlas, 2000, p.60) ”.
43. Rawls, John, “Uma Teoria da Justiça”, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2000, p. 5.
44. *Idem*, p.13.
45. Kolm, Serge-Christophe, “Teorias Modernas da Justiça”, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2000, p. 3.
46. John Rawls obtempera que “*a justiça como equidade o conceito de justo precede o de bem*”: ob. cit. p.34. Aliás, a doutrina baseada no «utilitarismo» tem tido vários opositores, vez que “*a maioria das contribuições para a ética social e a filosofia política desde meados do século XX tenham surgido como reações contra o utilitarismo. Em uma só voz Raws, Friedman, os “libertários” e Nozick disseram que não se deve aplicar o utilitarismo, já que o que importa é a «liberdade e os bens primários»; Buchanam argumentou que ninguém iria querer implementar uma maximização ético-social; e Dworkin certa vez sugeriu que o utilitarismo é útil para decidir se o estádio deve ser usado para rúgbi ou futebol* – Kolm, Serge-Christophe, ob. cit., p. 507 –”.
47. Hobbes, Thomas, “Do Cidadão”, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2002, p. 31.
48. Perelman, Chaïm, “Ética e Direito”, Ed. Martins Fontes, São Paulo, p. 240.
49. Kolm, Serge-Christophe, ob. cit., p.14. Aliás, já acentuei que “*a natureza jurídica desses direitos fundamentais do Homem – numa visão positivista – compreende como situações jurídicas, objetivas e subjetivas previstas no direito positivo- como por exemplo, aqueles insculpidos nas Constituições, nos Tratados Internacionais ou mesmo nas Declarações Universais dos Direitos do Homem e do Cidadão – em defesa da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana.*

Para alguns estes direitos têm o valor supraconstitucional ou de natureza supraestatal (numa conotação jusnaturalista), todavia eles nascem e se fundamentam com base em uma soberania popular. A internacionalização desses direitos é uma realidade, principalmente nos países considerados democráticos, porém a sua aplicabilidade e eficácia dependerão da efetiva aprovação do povo de cada Estado: no exercício pleno de sua soberania”. – “in “Direito Penal & Processual Penal Luso-Brasileiro – Breves Reflexões”, Ed. Juruá, Curitiba, Paraná, 2003, p.136”.

50. Kolm, Serge-Christophe, ob cit., p.p. 323 e ss.
51. Höffe, Otfried, “Justiça Política”, Ed. Martins Fontes, São Paulo, p. 27.
52. Höffe, Otfried, ob. cit., Ed. Martins Fontes, São Paulo, p.42.
53. Perelman, Chaïm, promana: *“O recurso à equidade é, pois, um recurso ao juiz contra a lei; apela-se ao seu senso de equidade quando a lei, aplicada rigorosamente, em conformidade com a regra de justiça, ou quando o precedente, seguido à letra, conduz a consequências iníquas”* - Ética e Direito, Ed. Martins Fontes, São Paulo, p.163.
54. Kolm, Serge-Christophe, ob. cit., p.19: na visão de Kolm, *“a mais importante questão de justiça distributiva pode, no fim das contas, ser a análise minuciosa e o exame das necessidades, e sua mais premente política será certamente o alívio da miséria, tanto como fonte de sofrimento quanto de obstáculos à existência e à dignidade humanas”*.
55. Baracho, José Alfredo de Oliveira. “Legitimidade do Poder”. Revista de Informação Legislativa (Separata), a. 22 n. 86, pp. 15-17, abr./jun. 1985.
56. Zippelius, Reinhold, “Teoria Geral do Estado”, Fundação Calouste Gulbenkian, 3.^a Edição, Lisboa, 1997, p. 62.
57. Rawls, John, “Justiça e Democracia”, Ed. Martins Fontes, São Paulo, p. 375.
58. Entenda-se Estado na definição contemporânea de R. Carré de Malberg: como sendo *“uma comunidade de homens fixada sobre um território próprio e que possui uma organização da qual resulta para o grupo, considerado em suas relações com seus membros, uma potestade superior de ação, de mando e de coerção”* – “Teoria General del Estado”, p. 26-.
59. Mário G. Losano: *“uma ordenação jurídica, para Kelsen, é construída por graus hierárquicos, em que a validade do inferior é inferida do superior, num processo de delegação de validade (ou seja, de “dever ser”) que desce da constituição à lei e desta à sentença”* (Kelsen, Hans, “O Problema da Justiça”, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2003, p. 12).
60. *“A qualidade ou a virtude da justiça atribuída a um indivíduo exterioriza-se na sua conduta: na sua conduta em face dos outros indivíduos, isto é, na sua conduta social. A conduta social de um indivíduo é justa quando corresponde a uma norma que prescreve essa conduta, isto é, que a põe como devida e, assim, constitui o valor justiça. A conduta social de um indivíduo é injusta quando contraria uma norma que prescreve uma determinada conduta. A justiça de um indivíduo é a justiça da sua conduta social; e a justiça da sua conduta social consiste em ela corresponder a uma norma que constitui o valor justiça e, neste sentido, ser justa. Podemos designar esta norma como norma da justiça”*. Kelsen classifica basicamente em dois tipos de «normas de justiça»: do tipo metafísico (as que não podem ser compreendidas pela razão humana, v.g., a justiça divina) e do tipo racional (v.g., a fórmula «suum cuique»: a norma segundo a qual a cada um deve dar o que é seu, isto é o que lhe é devido, aquilo a que tem uma pretensão (título) ou um direito) -Kelsen, Hans, ob. supra cit. p.3.-.

61. Kelsen, Hans, ob. supra cit. p.19.
62. Höffe, Otfried, ob. cit. p. 49.
63. *Idem*, p.154.
64. Luhmann, N., “Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Frankfurt a.M. (1981): *apud* Höffe, Otfried, ob. cit. p.159.
65. Dá-se como exemplo: revoga os crimes do dia da eleição, como o uso de alto-falantes, comício ou carreata e boca de urna.
66. O sociólogo Edward Tylor definiu a cultura como “o complexo que inclui conhecimentos, crenças, artes, leis, costumes, e outros hábitos adquiridos pelo ser humano membro da sociedade”.
67. Relação social é um tipo de interação. Max Weber define o agir social “*como a conduta humana cujo sentido subjetivo se refere a outra pessoa (s) e que se orienta efetivamente para ela (s)*”, Newton Fernandes e Getúlio Chofard in “Sociologia Geral, Jurídica Criminal”, Editora São Paulo, p.111.
68. Reale, Miguel, “Lições Preliminares de Direito”, Ed. Saraiva, p.26.
69. Gerlero, Mario Silvio, “Introducción a la Sociología Jurídica”, Copyright, David Grinberg, Libros Jurídicos, p.106.
70. Reale, Miguel, “Lições Preliminares de Direito”, Ed. Saraiva, p. 6: “*As diferentes partes do Direito não se situam uma ao lado da outra, como coisas acabadas e estáticas, pois o Direito é ordenação que dia a dia se renova*”.
71. Ao citar a “Teoria dos Sistemas” preconizado por Niklas Luhmann, Díez, Carlos Gómez-Jara argumenta: “*Dichas implicaciones para el sistema jurídico son desarrolladas por el propio Niklas Luhmann en un artículo que recoge los rasgos básicos que permiten observar al Derecho como un sistema autopoietico de la sociedad moderna, así como las principales consecuencias prácticas de este planteamiento*”. “Teoría de Sistemas Y Derecho Penal, Fundamentos y Posibilidades de Aplicación”, Editorial Comares, XVI.
72. Ávila, Humberto, “Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos”, 4.^a Edição, Revista São Paulo, Malheiros, 2004.
73. Fernandes, Newton e Chofard, Getúlio, “Sociologia Geral, Jurídica e Criminal”, 1.^o Vol., Ed. Rumo, pp. 130/131.
74. *Idem*.
75. *Idem/Idem*.
76. Cupello, Leonardo Pache de Faria, “Sistema Jurídico Comunicante”, *e-book*, Amazon.
77. “*...Para la explicación de esta individualidad de los ordenamientos sociales primarios se inventó la conciencia popular de la moral y do derecho. Esta conciencia selectiva y aun creadora, debería ser determinante, para la configuración concreta del sistema de ordenamiento em cada – sociedad – particular dado...*” -Geiger, Theodor, - *Estudios de Sociologia Del Derecho*, p.99, Ed. Fondo de Cultura Economica - Mexico.
78. Cupello, Leonardo Pache de Faria, in Tutela Penal & Processual Penal da Privacidade, às fls. 23 e ss. Ed. Juruá.
79. Polo, Leonardo in “A Crítica Kantiana do Conhecimento”, p.47, Ed. Escala: “O tempo Kantiano funciona como regra; pode, portanto, aplicar-se ao espaço, mas não se limita a isso. O tempo, na gnosiologia de Kant, está mais vinculado ao entendimento, ao conceito, que ao espaço. E, efetivamente, é evidente que eu posso ter um conceito que não existe no espaço de modo algum. O triângulo no espaço é sempre este ou aquele, mas seu conceito vale para todos. O esquema do triângulo não é sua imagem; é aquilo por meio de que o conceito chega à imagem,

mas sem se deixar fixar por ela. No tempo como esquema – como regra de construção – encontra-se, portanto, a universalidade do conceito. O tempo da imaginação se compara com o espaço segundo a representação; mas, por outro lado e como regra de traçado, abarca todos os casos possíveis unilateralmente, enquanto no espaço seria preciso multiplicar infinitamente as representações” – *grifo nosso* –.

80. Curso de Direito Constitucional Positivo, pp. 122-123, Malheiros Editores.
81. Na esteira desse entendimento Zippelius argumenta ao contrapor a orientação de Kelsen: *“O par de conceitos “norma” e “fato” não nos surge apenas quando comparamos a realidade política com modelos ideais antes desempenha também um papel já na própria construção da “realidade do Estado”. Como se vai verificar, esta não pode de forma alguma ser suficientemente concebida como facto normativamente desvinculado. Tão pouco, o Estado pode ser construído como “puro” sistema de normas, isto é, livre de quaisquer fatos sociológicos, tal como propôs Kelsen, que pensava poder conceber-se o Estado, sob o ponto de vista da ciência jurídica, como pura ordem normativa, e, sob o ponto de vista da sociologia, como mero facto (Kelsen 1928, 105 s., 114 ss.). Isto, no entanto, não é viável* – ob. cit. p.10 –.
82. Por exemplo, na Constituição Belga em seu art. 23 promana que “todos têm o direito de viver segundo os ditames da dignidade humana e cita que a lei garantirá os direitos econômicos, sociais e culturais e determinará as condições do seu exercício”. Acrescenta ainda este dispositivo: “estes direitos incluem, nomeadamente: 1) O direito ao trabalho e à livre escolha de uma atividade profissional, no âmbito de uma política geral de emprego, visando entre outros, assegurar um nível tão estável e elevado quanto possível, o direito às condições de trabalho e a uma remuneração equitativa, bem como o direito à informação, à consulta e à negociação coletiva; 2) O direito à segurança social, à proteção da saúde e à ajuda social, médica e jurídica; 3) O direito a uma habitação condigna; 4) O direito à proteção de um meio ambiente sã; 5) O direito ao desenvolvimento cultural e social”.
83. Miranda, Jorge, Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais, 3.^a Edição, Coimbra Editora, 2000, pp. 237/238.
84. A propósito, no Brasil o Supremo Tribunal Federal (STF), ao dispor sobre o “Princípio da Igualdade no Processo” tem assim entendido: “Não há maltrato ao princípio constitucional da igualdade, por ter o Tribunal determinado a realização de determinada prova, embora possa não a ter pedida a parte contrária. Só haveria maltrato ao princípio, se tivesse sido deferido o pedido de provas a um dos contendores e negado a outro, sendo as provas requeridas por ambos os contendores igualmente necessários aos esclarecimentos dos fatos” (2.^aT. - AGRAG n.º 130.583/SP-rel. Min. Adir Passarinho, Diário da Justiça, Seção I, 31 de Maio de 1991, p.7.239).
85. Dá-se, nesse sentido, por exemplo, as seguintes r. Decisões do Excelso Tribunal Constitucional Português: “Os acórdãos n.º s.99/88, de 28 de Abril (CJ 1988, 2, 39) e 413/89, de 31 de maio (D II, de 15. 09.1989) entenderam que os prazos de caducidade para a investigação de maternidade e de paternidade fixados nos arts.1817., n.ºs3 e 4, e 1873.º do Código Civil não violam o princípio da igualdade de tratamento dos filhos nascidos no casamento e fora dele. Em sentido diverso, quanto ao n.º 4 do art.1817.ºCC, cfr. ac. STJ (Supremo Tribunal de Justiça - Português-) de 15 de Novembro de 1989 (BMJ 391.º,155)”.

86. “O fato de que A e B tenham de receber uma distribuição igual ou desigual depende da norma de distribuição aplicável. Pelo que respeita à norma de distribuição, A e B são tratados de maneira igual, não porque ambos sejam alvos da mesma concessão, mas porque a regra lhes é aplicada de modo imparcial.... O tratamento segundo as regras predominantes, quaisquer que sejam suas determinações, é sempre igualitário como imparcial” (Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, Dicionário de Política, Editora UnB, Brasília, 8.ª Edição, p. 598).
87. Moraes, Alexandre de “Direitos Humanos Fundamentais”, Editora Atlas, São Paulo, 3.ª Edição, p.93. Assim, se v.g, uma determinada lei prevê que todos os presos provisórios devam permanecer numa cadeia pública durante a tramitação do processo-crime acusatório, e se, contudo, a mesma lei prevê exceções conferindo a determinadas pessoas o direito à prisão especial, com a devida justificativa, nem por isso poderemos concluir o afastamento do princípio isonômico, mas tão-somente a ocorrência de um «*tratamento normativo diferenciado*». A propósito, a Justiça brasileira tem assim se pronunciado: “A prisão especial não é uma regalia atentatória ao princípio da isonomia jurídica, mas consubstanciada providência que tem por objetivo resguardar a integridade física do preso que ocupa funções de natureza pública, afastando-o da promiscuidade com outros detentos comuns. Os policiais civis, cujas funções correspondem àquelas exercidas pelos antigos guardas-civis, têm direito à prisão especial, ex vi do art. 295, XI do Código de Processo Penal” -STJ, 6.ª Turma-HC n.º 3. 848- rel. Min. Vicente Leal, Diário da Justiça, Seção I, 4. nov. 1996, p. 42.524-.
88. Comparato, Fábio Konder, “Direito Público, Estudos e Pareceres”, São Paulo, Editora Saraiva, 1996, p.59.
89. “Uma sociedade ética constitui-se naquela que busca o bem-estar de todos e onde o conceito de bem-estar seja estabelecido democraticamente” – Fabríz, Daury Cezar in “Bioética e Direitos Fundamentais”, p.77, Ed. Mandamentos.
90. Na afirmação de Carlos Cossio na “Teoria Ecológica do Direito” :“*que el derecho es la conducta em interferência intersubjetiva, ésta como objeto cultural está impregnada de valores que le dan um sentido, agregando que las normas cumplen um doble papel, ya que por uma parte son el pensamiento que mienta o describe a la conducta em su libertad y, por la otra integran la conducta de que ella misma hace mención, al integrar su sentido*” - Cossio, Carlos, “La Teoria Ecológica Del Derecho, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1964.
91. Garcia, Ricardo Ginés, aduz: “*Los valores éticos captados mediante los sentimientos se expresan em juicios de valor ético. A diferencia de los juicios de existência, que contienen únicamente afirmaciones fácticas acerca lo que las cosas son, los juicios de valor señalan la repercusión que los actos propios o ajenos tienen para un sujeto, es decir, ponen de manifiesto el aprecio ou desprecio que las acciones poseen para un ser humano. Por ejemplo, emitimos un juicio de existência cuando afirmamos ‘el hombre es un animal racional’ y juicios de valor ético cuando decimos ‘esta mujer es buena’ o ‘este juez es justo’* – in “Fundamentos Del Derecho”, Parábola Editorial, p. 89 – .
92. Savigny, Carlos Federico de, *apud* Larenz, Karl in “Derecho Justo, Fundamentos de Ética Jurídica”, p.24, Editorial Civitas, S.A.
93. Raws, John in “Uma Teoria de Justiça”, p.11, Ed. Martins Fontes: “Considero que o conceito de justiça se define pela atuação de seus princípios na atribuição de

- direitos e deveres e na definição da divisão apropriada de vantagens sociais. Uma concepção da justiça é uma interpretação dessa atuação”.
94. “...Para la explicación de esta individualidad de los ordenamientos sociales primários se inventó la conciencia popular de la moral y do derecho. Esta conciencia selectiva y aun creadora, debería ser determinante, para la configuración concreta del sistema de ordenamiento em cada Σ – sociedad – particular dado...” - Geiger, Theodor, - *Estudios de Sociologia Del Derecho*, p.99, Ed. Fundo de Cultura Economica - Mexico.
 95. David, René, “Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo”, Ed. Martins Fontes, 2002, p.385.
 96. Lupoi, M., *Appunti sulla real property e sul trust nel diritto inglese* (1971), apud, David, René, Ob. Cit., p.386.
 97. <https://jovempan.com.br/programas/jornal-da-manha/eleicoes-na-argentina-com-previas-decisivas-sistema-eleitoral-tem-particularidades.html> .
 98. <https://www.politize.com.br/sistema-eleitoral-no-uruguai/> .
 99. pt.m.wikipedia.org .
 100. “Sistema político é o conjunto dos processos de decisão e das relações de poder que dizem respeito à totalidade de uma sociedade global”, Introdução à Ciência Política, teorias, métodos e temáticas”, Fernandes, António José, Porto, Editora, p.160.
 101. www.europarl.europa.eu .
 102. <https://www.tatsachen-ueber-deutschland.de/pt-br/politica-alemanha/sistema-politico> .
 103. www.politize.com.br .
 104. O método D’Hondt, também conhecido como método dos quocientes ou método da média mais alta D’Hondt, é um método para alocar a distribuição de Deputados e outros representantes eleitos na composição de órgãos de natureza colegial. O método tem o nome do jurista belga que o inventou, Victor D’Hondt. O método é usado em países como Cabo Verde, Portugal, Timor-Leste, Argentina, Áustria, Bélgica, Dinamarca, Espanha, Finlândia, Islândia, Países Baixos, Uruguai e outros países, pt.m.wikipedia.org .
 105. portugal.gov.pt .
 106. www.poder360.com.br .
 107. Idem.
 108. italocidadaniaitaliana.com.br .
 109. https://europa.eu/european-union/about-eu/countries/member-countries/italy_pt.
 110. www12.senado.leg.br .
 111. pt.m.wikipedia.org .
 112. pt.m.wikipedia.org .
 113. <https://super.abril.com.br/historia/as-eleicoes-na-china/amp/> .
 114. Queiroz, Ari Ferreira de, *Direito Eleitoral*, Ed. Jhmizuno, pp. 67 e ss.
 115. amazon.com.br/sistema-jurídico-comunicante-leonardo-cupello-ebook/.
 116. A “Teoria de Sistemas”, cujos primeiros enunciados datam de 1925, foi proposta em 1937 pelo biólogo Ludwig Von Bertalanfly, tendo alcançado o seu auge de divulgação na Década de 1950 (ALVAREZ, 1990). O Sistema é um conjunto de partes interagentes e interdependentes que, conjuntamente, formam um todo unitário com determinado objetivo e efetuam determinada função (OLIVEIRA, 2002, p.35).

117. Para Imanuel Kant ao tratar sobre o papel do entendimento no processo cognitivo afirma que “conhecer cientificamente é estabelecer relações necessárias ou causais – de dependência – entre os dados ou objetos ao alcance do sujeito, de modo a tornar previsível e controlável o seu comportamento”. Assim, transplantando esse significado para o Direito podemos afirmar que o Direito somente existe porque a sociedade existe e também que o Direito é controlável, pois está ao alcance da sociedade e, portanto, é previsível o seu comportamento.
118. Niklas Luhmann distingue entre contingencia *simple*, que se refere a “*las posibilidades ofrecidas por el ambiente físico –hecho – del sistema, y contingencia doble, que tiene en cuenta la existencia en el ambiente de otros hombres, cuya conducta y cuyas expectativas - hecho jurídico – es necesario poder prever para el desarrollo de la convivencia social*” (Pilar Giménez Alcover, 1993, 185 ss.).
119. Polo, Leonardo in “A Crítica Kantiana del Conocimiento”, p.47, Ed. Escala: “El tiempo Kantiano funciona como regla; puede, por tanto, aplicarse al espacio, pero no se limita a eso. El tiempo, en la gnosiología de Kant, está más vinculado al entendimiento, al concepto, que al espacio. Y, efectivamente, es evidente que yo puedo tener un concepto que no existe en el espacio de modo alguno. El triángulo en el espacio es siempre éste o aquél, pero su concepto vale para todos. El esquema del triángulo no es su imagen; es aquello por medio de que el concepto llega a la imagen, pero sin dejar fijar por ella. En el tiempo como esquema – como regla de construcción – se encuentra, por tanto, la universalidad del concepto. El tiempo de la imaginación se compara con el espacio según la representación; pero, por otro lado y como regla de traza, abarca todos los casos posibles unilateralmente, mientras en el espacio sería necesario multiplicar infinitamente las representaciones” – grifo nuestro –.
120. “*A democracia é o governo do povo, o governo em que o povo manda, em que o povo decide. No regime democrático é ele quem comanda os destinos da organização política, o supremo juiz das coisas do Estado. O pressuposto metajurídico para seu desenvolvimento é certo grau de desenvolvimento cultural e econômico da população, para que ela possa bem escolher seus representantes*”, Velloso, Mário da Silva e Agra, Walber de Moura, “Elementos de Direito Eleitoral”, Ed. Saraiva, p.19.
121. Martínez, Soares ao citar Espinosa: “*Tendo os homens transferido para a sociedade política todos os seus direitos, deveriam obediência ao poder por ela estabelecido, e mesmo às ordens absurdas dele dimanadas. Contudo, raramente o poder determinaria coisas absurdas, porque se acha interessado em velar pelo bem-comum, em obediência a princípios de racionalidade, sendo quase impossível que uma assembleia numerosa se ponha de acordo na base de um absurdo*”- “Filosofia do Direito”, Coimbra, Almedina, 1995, p. 382.
122. Em alusão a esse tema Ataliba Nogueira argumenta: “*Não existem os homens para o Estado, mas o Estado que existe para os homens, isto porque é o Estado meio natural, de que pode e deve servir-se o homem, para consecução do seu fim, sendo o Estado para o homem e não o homem para o Estado. Assim, o Estado é meio, visa a ordem para a prosperidade comum dos homens*” - “O Estado é meio e não fim”, Edição Saraiva, São Paulo, 1955, pp. 21, 67, 150 e 154.
123. Dabin, Jean, “*Doctrine Générale de L’État, Établissements* Émile Bruylant, Bruxelles, 1939, p. 35.
124. Esse conceito foi lembrado por Aderson de Meneses, in “Teoria Geral do Estado”, Ed. Forense, 5.^a Edição, 1993, Rio de Janeiro, p. 63.

125. *Idem*, p. 63.
126. Martínez, Soares, ob. cit., p. 383.
127. Posição adotada por Lon Fuller in “*The Morality of Law*”, 1969, p. 221, *apud* Oscar Vilhena Vieira, *idem*, p.205.
128. *Idem*, p. 205.
129. Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino “Dicionário de Política”, vl.02, 4.^a Edição, Editora Universidade de Brasília, Distrito Federal, p. 1292.
130. Jakobs, Günther, “*Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*”, De Gruyter, Berlin, 1983.
131. Por exemplo na Constituição Belga em seu art. 23 promana que “todos têm o direito de viver segundo os ditames da dignidade humana e cita que a lei garantirá os direitos econômicos, sociais e culturais e determinará as condições do seu exercício”. Acrescenta ainda este dispositivo: “estes direitos incluem, nomeadamente: 1) O direito ao trabalho e à livre escolha de uma atividade profissional, no âmbito de uma política geral de emprego, visando entre outros, assegurar um nível tão estável e elevado quanto possível, o direito às condições de trabalho e a uma remuneração equitativa, bem como o direito à informação, à consulta e à negociação coletiva; 2) O direito à segurança social, à proteção da saúde e à ajuda social, médica e jurídica; 3) O direito a uma habitação condigna; 4) O direito à proteção de um meio ambiente sã; 5) O direito ao desenvolvimento cultural e social”.
132. Miranda, Jorge, Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais, 3.^a Edição, Coimbra Editora, 2000, pp. 237/238.
133. Dá-se, nesse sentido, por exemplo, as seguintes r. Decisões do Excelso Tribunal Constitucional Português: “Os acórdãos n.ºs 99/88, de 28 de Abril (CJ 1988, 2, 39) e 413/89, de 31 de maio (Dr, II, de 15. 09.1989) entenderam que os prazos de caducidade para a investigação de maternidade e de paternidade fixados nos arts.1817., n.ºs 3 e 4, e 1873.º do Código Civil não violam o princípio da igualdade de tratamento dos filhos nascidos no casamento e fora dele. Em sentido diverso, quanto ao n.º4 do art.1817.ºCC, cfr. ac. STJ (Supremo Tribunal de Justiça -Português-) de 15 de Novembro de 1989 (BMJ 391.º,155)”.
134. “*O fato de que A e B tenham de receber uma distribuição igual ou desigual depende da norma de distribuição aplicável. Pelo que respeita à norma de distribuição, A e B são tratados de maneira igual, não porque ambos sejam alvos da mesma concessão, mas porque a regra lhes é aplicada de modo imparcial... . O tratamento segundo as regras predominantes, quaisquer que sejam suas determinações, é sempre igualitário como imparcial*” (Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, Dicionário de Política, Editora UnB, Brasília, 8.^aEdição, p. 598).
135. Comparato, Fábio Konder, “Direito Público, Estudos e Pareceres”, São Paulo, Editora Saraiva, 1996, p.59.
136. DworKin, Ronald, “O Império do Direito”, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 1999, p. 17.
137. Austin, J.L., “The Province of Jurisprudence Determined (H.L.A. Hart. org., Nova York, 1954)”.
138. Hart. L. A., «*The Concept of Law* (Londres, 1961) ».
139. O caso do “Snail Darter”: o voto do Juiz da Suprema Corte Americana, Lewis Powel quando afirmou que “*não cabe a nós retificar políticas ou juízos políticos emanados do Poder Legislativo, por notório que seja o desserviço que*

prestem ao interesse público. Mas quando a formação da lei e o processo legislativo, como nesse caso, não precisam ser interpretados para chegar a tal resultado, considero dever desta Corte adoptar uma interpretação eficaz, que seja compatível com um pouco de bom senso e com o bem-estar público” (Tennessee Valley Authority vs. Hill, 437 U.S. 153,185 -1978-).

140. Sousa, Rabindranath V. A. Capelo de “O Direito Geral de Personalidade”, Coimbra Editora, 1995, pp. 84/85.
141. Na Constituição da Alemanha, por exemplo, em seu art.1.1 impõe que “a dignidade do homem é intangível. Todos os poderes públicos têm a obrigação de a respeitar e de a proteger” e destaca em seu art. 2.1 que “todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade...”. Por sua vez, na Constituição Portuguesa é assegurado a todos o desenvolvimento da personalidade, à reserva da intimidade da vida privada, e portanto, à dignidade humana (art.26.º). No Brasil em sua Constituição Federal de 1988 prevê como um dos seus princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana (art.1.º, III).
142. Todos aqueles Estados totalitários que usam como *modus operandi*, v.g. a tortura e o excídio em face dos opositores *para* poderem manter-se no poder. Assim, nesses Estados, como bem preconiza Sahid Maluf: “*o que prevalece é o fim em si e, portanto, utiliza-se dos indivíduos como um meio para atingir sua finalidade própria e que conduzem à anulação da personalidade humana e à escravidão do homem*” - Teoria Geral do Estado, Ed. Saraiva, 1991, p.110-.
143. Os direitos à identidade pessoal, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à liberdade de expressão e informação, à inviolabilidade do domicílio e de correspondência, à liberdade de consciência, de religião e de culto, etc. são também consideradas outras esferas do direito geral de personalidade e que caberá o Estado não só tutelá-las, mas classificá-las como inerentes a um Estado Democrático de Direito, pois “*a dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos* (Alexandre de Moraes- Direitos Humanos Fundamentais, 3.ª Edição, Ed. Atlas, 2000, p.60) ”.
144. Rawls, John, “Uma Teoria da Justiça”, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2000, p. 5.
145. *Idem*, p.13.