ORGANIZADORES
Lilian Balmant Emerique | Vanessa Oliveira Batista Berner
Rubén Martínez Dalmau

"PÉS NO PRESENTE E OLHOS NO FUTURO"

Reflexões sobre direitos humanos, democracia e desenhos institucionais

AUTORES
Ana Marrades Puig
Antonio Eduardo Ramires Santoro
Carlos Bolonha
Daniel Mitidieri Fernandes de Oliveira
Daniela Silva Fontoura de Barcellos
Diogo Bacha e Silva
Fabiana Barletta
Ilana Aló
José Luiz Soares
Karina Denari Gomes de Mattos
Lia Beatriz Teixeira Torraca
Luana Adriano Araújo
Luigi Bonizzato
Lukas H. Meyer
Marcelo de Araújo
María Josefa Ridaura Martínez
Mariana Ferri Gonçalves
Mariana Musse Pereira
Ranieri L. Resende
Rodrigo Machado Gonçalves
Sayonara Grillo
Wagner Vinicius de Oliveira

tirant lo blanch

Organizadores
Lilian Balmant Emerique
Vanessa Oliveira Batista Berner
Rubén Martínez Dalmau

"Pés no presente e olhos no futuro"

Reflexões sobre direitos humanos, democracia e desenhos institucionais

tirant
lo blanch

Copyright© Tirant lo Blanch Brasil
Editor Responsável: Aline Gostinski
Assistente Editorial: Izabela Eid
Capa e diagramação: Jéssica Razia

CONSELHO EDITORIAL CIENTÍFICO:

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot
Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Investigador do Instituto de Investigações Jurídicas da UNAM - México

Juarez Tavares
Catedrático de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - Brasil

Luis López Guerra
Ex Magistrado do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Catedrático de Direito Constitucional da Universidade Carlos III de Madrid - Espanha

Owen M. Fiss
Catedrático Emérito de Teoria de Direito da Universidade de Yale - EUA

Tomás S. Vives Antón
Catedrático de Direito Penal da Universidade de Valência - Espanha

---

P564

Pés no presente e olhos no futuro [recurso eletrônico] : reflexões sobre direitos humanos, democracia e desenhos institucionais / Ana Marrades Puig ... [et al.] ; organização Lilian Balmant Emerique , Vanessa Oliveira Batista Berner , Rubén Martínez Dalmau. - 1. ed. - São Paulo : Tirant Lo Blanch, 2022.
recurso digital

Formato: ebook
Modo de acesso: world wide web
ISBN 978-65-5908-343-5 (recurso eletrônico)

1. Direitos humanos - Brasil. 2. Livros eletrônicos. I. Puig, Ana Marrades. II. Emerique, Lilian Balmant. III. Berner, Vanessa Oliveira Batista. IV. Dalmau, Rubén Martínez. V. Título.

22-78010

CDU: 342.57(81)

Gabriela Faray Ferreira Lopes - Bibliotecária - CRB-7/6643

DOI: 10.53071/boo-2022-05-30-62950974d976c

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art.184 e §§, Lei n° 10.695, de 01/07/2003), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei n°9.610/98).
Todos os direitos desta edição reservados à Tirant Empório do Direito Editoral Ltda.

Todos os direitos desta edição reservados à Tirant lo Blanch.
Avenida Brigadeiro Luiz Antonio nº 2909, sala 44.
Bairro Jardim Paulista, São Paulo - SP CEP: 01401-000
Fone: 11 2894 7330 / Email: editora@tirant.com / atendimento@tirant.com
www.tirant.com/br - www.editorial.tirant.com/br/

Impresso no Brasil / Printed in Brazil

Organizadores
Lilian Balmant Emerique
Vanessa Oliveira Batista Berner
Rubén Martínez Dalmau

"Pés no presente e olhos no futuro"

Reflexões sobre direitos humanos, democracia e desenhos institucionais

AUTORES

Ana Marrades Puig
Antonio Eduardo Ramires Santoro
Carlos Bolonha
Daniel Mitidieri
Fernandes de Oliveira
Daniela Silva Fontoura de Barcellos
Diogo Bacha e Silva
Fabiana Barletta
Ilana Aló
José Luiz Soares
Karina Denari Gomes de Mattos
Lia Beatriz Teixeira Torraca
Luana Adriano Araújo
Luigi Bonizzato
Lukas H. Meyer
Marcelo de Araujo
Maria Carolina Cunha
María Josefa Ridaura Martinez
Mariana Ferri Gonçalves
Mariana Musse Pereira
Ranieri L. Resende
Rodrigo Machado Gonçalves
Sayonara Grillo
Wagner Vinicius de Oliveira

tirant
lo blanch

Sumário

Apresentação 7

Estudos sobre minorias e Direitos Fundamentais

Superendividamento e mulheres **15**
Fabiana Barletta, Daniela Silva Fontoura de Barcellos e Maria Carolina Cunha

Construir outras realidades, produzir novas afetividades: as possibilidades do olhar estético do afeto **27**
Lia Beatriz Teixeira Torraca

Vulnerabilidade: diferenças conceituais e usos jurídicos **40**
Luana Adriano Araújo

Minoria indígena e sua exclusão político-institucional: análise do caso Xukuru (Brasil, 2020) **54**
Ranieri L. Resende

Experiência Constitucional Sul-americana

Ensaio de uma epistemologia jurídica experimental: o Tribunal Constitucional Plurinacional e a hermenêutica jurídica analética **69**
Diogo Bacha e Silva

Colonialidade e identidades, a experiência da emancipação por meio do novo constitucionalismo latino-americano **87**
Ilana Aló

Direito dos desastres e federalismo cooperativo: desafios para construções inovadoras nas dimensões regional e local **102**
Karina Denari Gomes de Mattos

A Constituição e o dever de complementaridade e interseção legislativas: Estatuto da Cidade e Estatuto da Metrópole no direito brasileiro **114**
Luigi Bonizzato e Mariana Ferri Gonçalves

Desafios institucionais no contexto democrático

A genealogia dos desenhos processuais penais desumanizantes: atravessamentos estruturantes da sociedade brasileira **131**
Antonio Eduardo Ramires Santoro e Rodrigo Machado Gonçalves

Neoliberalismo e aceleração do tempo jurídico: elementos para uma compreensão das reformas trabalhistas no Brasil **146**
Sayonara Grillo e José Luiz Soares

Desafios para a democracia em tempo de erosão democrática.....158
Lilian Márcia Balmant Emerique e Mariana Musse Pereira

Seguridad y derechos en prisión: ¿puede humanizar el derecho constitucional la vida en prisión? 171
María Josefa Ridaura Martinez

Evolução democrática e potencial emancipatório dos direitos da Natureza....184
Rubén Martínez Dalmau

Temas constitucionais e pandemia de covid-19

Reflexiones para un nuevo paradigma económico y de gobernanza tras el impacto covid-19: la necesaria presencia de las mujeres en los cargos de gestión y dirección política.....199
Ana Marrades Puig

Estado de necessidade administrativo e o papel do federalismo brasileiro na pandemia de covid-19 213
Carlos Bolonha e Daniel Mitidieri Fernandes de Oliveira

Die COVID-19-Pandemie und der Klimawandel. Ein Essay über weiche Restriktionen und globale Risiken.....228
Lukas H. Meyer e Marcelo de Araujo

Opinião *versus* conhecimento científico: notas sobre o enfrentamento ao novo coronavírus na cidade do Rio de Janeiro/RJ 239
Wagner Vinicius de Oliveira

Referências 257

Apresentação

O livro "Pés no presente e olhos no futuro: reflexões sobre direitos humanos, democracia e desenhos institucionais" é fruto dos trabalhos conduzidos a partir do Programa Institucional de Internacionalização da Universidade Federal do Rio de Janeiro (CAPES/PRINT - EDITAL nº. 41/2017), na linha *"Sustentabilidade, desenvolvimento e combate às desigualdades"*, pelo qual se consagrou em 2018 a parceria entre o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGD/UFRJ) e a Faculdad de Derecho - Universidad de València (UV) para execução do Projeto Temático de Investigação *"Direitos Humanos, Democracia e Desenhos Institucionais em tempos de crise: o desenvolvimento sustentável como forma de combate às desigualdades"*.

No histórico de ações promovidas em parceria no âmbito do projeto foi realizado em novembro de 2019 o *"I Congresso Internacional Direitos Humanos, Democracia e Desenhos Institucionais em Tempos de Crise*" na Faculdade de Direito da Universidad de València.

O congresso teve por objetivo promover o diálogo entre investigadores e a aproximação entre linhas e projetos convergentes relacionados aos fundamentos dos Direitos Humanos, o papel das instituições e dos desenhos capazes de afetar a produção de respostas efetivas e sustentáveis para, em períodos de crises, enfrentar os obstáculos comprometedores da eficácia dos Direitos Humanos, combinadas com exigências democráticas. As mesas do congresso mantiveram o tom de análise de conjuntura, diagnóstico, panoramas e os efeitos da crise no campo jurídico.

Em novembro de 2020 nosso planejamento apontava para a realização do "II Congresso Internacional Direitos Humanos, Democracia e Desenhos Institucionais em Tempos de Crise" na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Todavia, a pandemia da covid-19 impossibilitou a efetivação de atividades presenciais e a equipe organizadora optou por uma nova modalidade de evento: *"Seminário Permanente PRINT UFRJ e UV – Democracia, Direitos Humanos e Desenhos Institucionais em tempos de crise"*, com nove encontros semanais com a participação de professores das duas instituições e jovens doutores e doutorandos do PPGD/UFRJ, mobilizando mais de 40 pessoas entre conferencistas e mediadores e um público atento e fiel composto por professores e estudantes de pós-graduação. O tom dado às discussões e provocações no seminário foram propositivos, em busca de respostas para os tempos de crises institucionais, democráticas e de direitos humanos, vislumbrando possibilidades para o desenvolvimento e combate às desigualdades.

As mesas trouxeram uma riqueza de conteúdos e uma pluralidade de abordagens em torno dos seguintes temas e pessoas envolvidas: i) *Perspectivas renovadas para enfrentamento das desigualdades de gênero:* Profa. Ana Marrades Puig (UV); Profa. Vanessa Oliveira Batista Berner (UFRJ); Profa. Ana Lúcia Sabadell (UFRJ); Dra. Adriana Ramos Costa (egressa PPGD/UFRJ - IBEMEC); Ana Míria Carinhanha (doutoranda UFRJ); ii) *Novos desenhos institucionais dos Poderes de Estado para enfrentar velhas crises:* Prof. Roberto Viciano Pastor (UV); Prof. Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha (UFRJ); Profa. Margarida Lacombe Camargo (UFRJ); Dr. Diogo Bacha e Silva (egresso PPGD/UFRJ - FSL); Luciana Silveira da Silva (doutoranda UFRJ); iii) *Resistências contra a erosão democrática contemporânea:* Prof. Diego Gonzales Cadenas (UV); Profa. Lilian Balmant Emerique (UFRJ); Prof. Manuel Eugenio Gândara Carballido (UFRJ); Dra. Roberta Laena Costa Jucá (egressa PPGD/UFRJ); Samir Ramos Zaidan (doutorando UFRJ); iv) *Reconstrução dos direitos sociais frente ao fascismo e ao neoliberalismo:* Profa. Adoración Guáman (UV); Profa. Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva (UFRJ); Prof. Rodrigo Carelli (UFRJ); José Luís Soares (pós-doutorado UFRJ); Ana Luísa de Souza Correia de Melo Palmisciano (doutoranda UFRJ); v) *Natureza e sustentabilidade: horizontes possíveis para as presentes e futuras gerações:* Prof. Roberto Viciano Pastor (UV); Prof. Liton Lanes Pilau (UNIVALI); Prof. Sidney Guerra (UFRJ); Dr. Ranieri L. Resende (egresso PPGD/UFRJ); Semiramis Khattar (doutoranda UFRJ); vi) *Construir realidades para promoção dos direitos de pessoas e grupos em situação de vulnerabilidade social:* Prof. Fernando Flores (UV); Profa. Daniela Barcelos (UFRJ); Profa. Fabiana Barletta (UFRJ); Dra. Lia Beatriz Torraca (egressa PPGD/UFRJ); Luana Adriano Araujo (doutoranda UFRJ); vii) *Desafios para construções inovadoras do Estado nas dimensões regional e local:* Prof. Ignacio Durban Martín (UV); Prof. Mauro Osório (UFRJ); Prof. Luigi Bonizzato (UFRJ); Dra. Karina Denari Gomes de Mattos (egressa PPGD/UFRJ - FGV); Vivian Assis (doutoranda UFRJ); viii) *Epistemologias e ética e suas projeções no direito rumo ao amanhã:* Prof. Gabriel Moreno Gonzales (U. Extremadura); Prof. Marcelo Araújo (UFRJ); Dr. Mário César Andrade (egresso PPGD/UFRJ - UFJF); Wagner Vinicius Oliveira (doutorando UFRJ); ix) *Enfrentar a criminalidade com humanidade:* Profa. Maria Josefa Ridaura (UV); Prof. Eduardo Ramires Santoro (UFRJ); Profa. Rachel Herdy (UFRJ); Prof. José Roberto Xavier (UFRJ); Rodrigo Machado Gonçalves (doutorando UFRJ).

Os debates virtuais foram indispensáveis para garantir a continuidade do projeto, apesar da pandemia, e foram essenciais para o aprofundamento dos diálogos interinstitucionais cumprindo o propósito de: i) fomentar investigações e o intercâmbio acadêmico entre docentes e discentes dos programas de pós-graduação; ii) servir como um canal para discussão e imersão em debates sobre Direitos Humanos, Democracia e Instituições para agenciar o desenvolvimento susten-

tável e combate às desigualdades sociais; e iii) estimular a produção acadêmica comum entre as instituições parceiras.

Portanto, esta obra inclui alguns dos trabalhos dos docentes e discentes que participaram com conferências ou comunicações no seminário permanente e demais professores envolvidos no projeto. Os textos refletem uma percepção complexa da realidade de direitos humanos, desenhos institucionais e democracia, com a busca simultânea e equilibrada da proteção ambiental, da inclusão social e do crescimento econômico, significando uma relação direta e interdependente entre os direitos humanos e a proteção do ambiente e combate às desigualdades, tendo por pano de fundo de análise as teorias jurídicas contemporâneas.

O livro apresenta quatro divisões:

i) Estudos sobre minorias, grupos vulneráveis e Direitos Fundamentais: nesta seção são abordados os temas do superendividamento de mulheres; combate à violência pela produção de novas afetividades focadas no olhar estético do afeto; aspectos conceituais e jurídicos da vulnerabilidade; e a exclusão político institucional dos povos indígenas. O foco são as discussões sobre as possibilidades emancipadoras no meio jurídico, buscando o protagonismo das minorias e dos grupos vulneráveis, com vistas à efetividade dos direitos fundamentais.

ii) Experiência constitucional sul-americana: os capítulos desenvolvem análises a partir de experiências constitucionais sul-americanas tendo por base o pluralismo sociojurídico e a questão da territorialidade regional e local. Os temas tratados estão relacionados com a epistemologia jurídica experimental no Tribunal Constitucional Plurinacional da Bolívia; com a colonialidade e identidades no Novo Constitucionalismo Latino-Americano; o direito dos desastres no federalismo cooperativo; a complementaridade e interseção legislativa entre local e regional no federalismo brasileiro.

iii) Desafios institucionais no contexto democrático: nesta seção as discussões transitam entre conteúdos que exploram os desafios, as tensões e as possibilidades sobre a democracia e as instituições em tempos de erosão democrática, neoliberalismo e biopolítica de controle dos corpos. Assim, são exploradas abordagens sobre os desenhos processuais penais desumanizantes e a humanização das prisões; neoliberalismo face às reformas trabalhistas no Brasil; desafios contemporâneos para a crise da democracia e o potencial emancipatório dos direitos da natureza.

iv) Temas constitucionais e pandemia de covid-19: a última seção do livro traz reflexões sobre temas constitucionais a partir da crise sanitária provocada pela pandemia da covid-19, destacando estudos sobre a pre-

sença das mulheres nos cargos de gestão e direção política e a ética do cuidado; questões relacionadas ao estado de necessidade administrativo e o federalismo brasileiro; as mudanças climáticas e a covid-19; e a discussão entre opinião *versus* conhecimento científico no enfrentamento do coronavírus.

Estas linhas fazem parte dos enlaces norteadores das investigações mobilizadoras das autoras e autores dos estudos que compõem o presente livro e sinalizam para as complexidades do diálogo e do debate em torno dos fundamentos dos Direitos Humanos, o papel das instituições e dos desenhos potencialmente capazes de comprometer a construção de soluções mais aceitáveis e sustentáveis para, com os pés no presente procurar caminhos e pensar um futuro no qual seja possível superar, mesmo em tempos de crises, os percalços relacionados com demandas democráticas, e a eficácia dos Direitos Humanos, conjugados com revisões e inovações institucionais.

Anotamos aqui os nossos sinceros agradecimentos a todas e todos que tornaram possível a realização do Seminário Permanente, assim como esta publicação editada em conjunto. Um esforço coletivo e para o coletivo.

Agradecemos ao professor Rubén Martínez Dalmau pela confiança na proposta de trabalho e, pelo esforço contínuo para a consolidação do convênio que selou a parceria entre as instituições e por gerir, inicialmente a equipe do projeto na Faculdade de Direito da Universidad de València. Agradecemos a professora Ana Marrades Puig por acreditar no projeto, seguir adiante acompanhando a equipe da UV e por todo seu empenho para realização do Congresso em València, juntamente com a incansável Marta Szygendowska em 2019. Também agradecemos ao professor Roberto Viciano Pastor por sua estadia como professor visitante no PPGD/UFRJ no ano de 2020, efetuando um riquíssimo e qualificado trabalho durante sua permanência na instituição e contribuindo vivamente para a preparação do Seminário e acompanhamento da equipe da UV.

Somos gratos a todos os professores e jovens doutores pelas qualificadas conferências proferidas em 2020 no Seminário Permanente e aos doutorandos pelas mediações no evento.

Agradecemos à Comissão Executiva composta por Ana Míria Carinhanha e Wagner Vinicius de Oliveira (doutorandos do PPGD/UFRJ) pela diligência e responsabilidade que viabilizaram a parte técnica de cada um dos encontros realizados no Seminário.

Agradecemos ainda aos estudantes Vitor Jorge Gonçalves Vasconcelos (UFRJ) pela entrega e esmero na elaboração de toda a publicidade e marca do Seminário. A Sofia Simaan Valle (UFRJ) pela cuidadosa tarefa de tradução para o português do artigo escrito em espanhol pelo Prof. Rubén Martínez Dalmau.

Nossa maior gratidão ao atento e custoso trabalho de revisão e ordenação final do material para publicação executada por Jaqueline de Jesus Cardoso (mestranda PPGD/UFRJ). Gratidão por tornar o livro editável.

Agradecemos a CAPES pelo fomento destinado ao PRINT, sem o qual não nos seria possível seguir com o projeto.

Por fim, agradecemos a todas as autoras e todos os autores que enviaram suas contribuições para publicação neste livro e aos leitores que nos honram com a sua leitura atenta.

Lilian Balmant Emerique

Estudos sobre minorias e Direitos Fundamentais

Superendividamento e mulheres

Fabiana Barletta [1]
Daniela Silva Fontoura de Barcellos[2]
Maria Carolina Cunha

Com a entrada do século XXI, assistiu-se a uma expansão da economia brasileira. O modelo econômico visou, sobretudo, a inserção dos segmentos menos privilegiados financeiramente da sociedade no mercado de consumo. Programas de reversão e distribuição de renda, investimentos em pequenos e microempresários, em cooperativas rurais, empreendedorismo, entre outros projetos governamentais, são mecanismos usados para conferir certo poder de compra que, por sua vez, sustenta o aquecimento da economia e o crescimento do patrimônio interno.

Crédito imobiliário, pessoal, rotativo, pré-aprovado, adiantamento do 13º (décimo terceiro) salário, cheque especial, empréstimo consignado, são algumas das dezenas de possibilidades hoje encontradas no mercado para aquisição de crédito por meio das instituições financeiras.

Em pesquisa que se baseia na amostra da Defensoria do Estado do Rio de Janeiro (DPRJ) e na amostra da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) em parceria como Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), observa-se que o perfil do superendividado é composto, em grande medida, por pessoas de idade avançada e mulheres.

O patriarcado e a marcação de opressão do ator social "mulher" também favorecem o superendividamento de mulheres, que se ocupam de muitos papéis sociais, dentre os quais, o de cuidadora da família.

O superendividamento é um problema, pois ocasiona a retirada da pessoa superendividada do mercado de consumo, muitas vezes lhe retira também o emprego ou a capacidade de conseguir um emprego, já que há o julgamento de que a pessoa que se superendividou, mesmo por fatalidades, não tem "bom caráter". O superendividamento leva muitos a trabalhar além das próprias forças ou a economizar em demasia de modo a ferir o mínimo existencial. O superendividamento

---

1 Professora Associada da UFRJ. Possui Pós-Doutorado pela UFRGS em Direito do Consumidor. Doutora em Teoria do Estado e Direito Constitucional- PUC-Rio. Mestre em Direito Civil pela UERJ. CUNHA, Maria Carolina. Cursa Latin Legum Magister em Tecnologia da Informação na FGV. Graduada em Direito pela UFRJ.

2 Professora adjunta de Direito Civil na Faculdade Nacional de Direito (FND - UFRJ) e do PPGD da UFRJ. Possui Pós-Doutorado pela UERJ em Teoria do Direito. Doutora em Ciência Política pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), com estágio doutoral na Ecole Normale Supérieure e Université de Paris I, Panthéon Sorbonne. Mestre em Direito Civil e do Consumidor na UFRGS.

pode levar ao adoecimento de vários membros da família e a sobrecarga psíquica do arrimo da família que, com frequência, é uma mulher.

I. Primeiras linhas sobre superendividamento

De acordo com a obra da Professora Cláudia Lima Marques, toma-se conhecimento de que:

> Segundo o IBGE, em 2008, as classes médias (B), média baixa (C) e pobre (D) representavam 77% da população brasileira. Especialmente em 2007, o setor financeiro e bancário brasileiro cresceu 9,2%, bem mais que os outros setores da economia (agricultura 2,1%, serviços em geral 4,6%, indústria 3,0%); justamente porque – com o crédito consignado de salários, pensões e aposentadorias e seus mais de 22 milhões de contratos de crédito, sendo que 83% destes consumidores ganham entre 1 e 3 salários mínimos e 59% apenas 1 salário mínimo – conseguiu incluir estas classes mais baixas, no que Antônio Herman Benjamin denominou 'bancarização' ou que podemos chamar de democratização do crédito ao consumo no Brasil.[3]

A jurista continua seu relato:

> ...a pobreza diminuiu no Brasil, nos últimos 14 anos, cerca de 22%, em uma média de diminuição de cerca de 5,2% ao ano, e a força de compra do salário mínimo aumentou nos últimos 10 anos em 90%, se comparado com o aumento de custos de consumo, o que resultou em um aumento do consumo por família de 0,91 em 2002 para 5,26 em 2007. O crédito para pessoa física aumentou 8 vezes, segundo a FEBRABAN e hoje já é responsável por quase metade do crédito concedido por todo o sistema financeiro brasileiro. Isto propiciou uma verdadeira explosão do crédito ao consumidor no Brasil. De 2001 a 2005, o número de cartões de crédito (incluindo os de loja e de débito) aumentou em 118% no Brasil, e nas classes C, D e E, aumentou 144%. Se em 2000, tínhamos no Brasil 119 milhões de cartões de crédito, em 2007 já eram 413 milhões, sendo que apenas os 'cartões de loja' representam 132 milhões. A insolvência aumentou, já se fala em uma 'ressaca do crédito' e 'hiperconsumo' das classes C, D e E no Brasil, crédito ao consumo e superendividamento são os temas da moda.[4]

Geraldo de Faria Martins da Costa apontou que "um pensador dos séculos XIX-XX, Charles Gide, advertia que o crédito pode se tornar muito perigoso para aquele que o utiliza, existindo um crédito 'mais perigoso ainda, aquele que tem a finalidade de facilitar o consumo'".[5]

E, ainda referindo-se a Charles Gide, asseverou:

> Dentre os perigos do crédito ao consumo, apontava o autor, aquele consistente em estimular ao gasto às pessoas pouco prevenidas ou pouco experientes em matéria de cálculos relativos ao equilíbrio do orçamento familiar; ou aquele consistente no aumento dos preços das mercadorias, tendo em vista a necessidade dos comerciantes de compensarem os riscos do não-pagamento por meio de um seguro revestido de majoração de preços, 'assim, todos os consumidores sofrerão, inclusive aqueles que pagam pontualmente, mas que deverão pagar pelos maus

---

3 MARQUES, Claudia Lima. Fundamentos científicos da prevenção e tratamento do Superendividamento. In: MARQUES, Cláudia Lima; LIMA, Clarissa Costa; BERTONCELLO, Káren (Elab.). Prevenção e Tratamento do Superendividamento. Caderno de Investigações Científicas. Ministério da Justiça, Secretaria de Direito Econômico, Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor. Brasília: DPDC/SDE, 2010, p. 18.

4 MARQUES, 2010, p. 18.

5 COSTA, Geraldo de Faria Martins da. Superendividamento: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2002 p. 230.

pagadores'.[6]

Em 2021 a preocupação ainda se concentra na problemática do controle e da regulação da oferta e concessão de crédito ao consumidor. Essa preocupação tem fundamento no fenômeno denominado superendividamento, tendo em vista seus drásticos desdobramentos. No Brasil, ganhou enorme respaldo a proposição conceitual desenvolvida pela professora Cláudia Lima Marques, segundo a qual o superendividamento é:

> (...) impossibilidade global do devedor-pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, de pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas com o Fisco, oriundas de delitos e de alimentos) em tempo razoável com sua capacidade atual de rendas e patrimônio.[7]

E prossegue a autora:

> Esta minha definição destaca que o superendividamento é um estado da pessoa física leiga (o não profissional ou o não empresário, que pode falir), um devedor de crédito, que o contraiu de boa-fé, mas que agora encontra-se em uma situação de impossibilidade (subjetiva) global (universal e não passageira) de pagar todas as suas dívidas atuais (já exigíveis) e futuras (que vão vencer) de consumo com a sua renda e patrimônio (ativo) por um tempo razoável (a indicar que teria de fazer um esforço por longos anos, quase uma escravidão ou hipoteca do futuro para poder pagar suas dívidas).[8]

Em se tratando da conceituação do superendividamento, a doutrina é praticamente uníssona e tal estudo inspirou-se na experiência francesa[9]:

> Neste mesmo sentido, vale lembrar que a referida lei francesa (Code de La Consommation, no artigo L.330-1) define a situação de superendividamento de pessoas físicas-consumidores como caracterizada "pela impossibilidade manifesta do devedor de boa-fé de fazer face ao conjunto de suas dívidas não profissionais, exigíveis e vincendas".[10]

II. O SUPERENDIVIDADO

i) Dados sobre o superendividamento

Conforme se extrai da página da DPRJ, aposentados e servidores públicos apresentam-se como os consumidores prediletos para o oferecimento de crédito por parte das instituições financeiras. Essas pessoas têm mais de 55 anos, estão chegando à velhice ou já são idosas, e possuem, em regra, "tendência à estabilidade financeira", logo, garantem aos bancos que ofertam crédito o rendimento mensal que será usado para saldar a dívida. Segundo a Defensora Pública Patrícia Cardoso: "geralmente os usuários desses serviços são os únicos provedores do lar

6 Id., 2006, p. 230.

7 MARQUES, 2010, p. 21.

8 MARQUES, 2010, p. 21.

9 A autora diz à página 263: "Entre os países da civil Law, a solução francesa é a que tem despertado mais interesse na doutrina brasileira, mas as lições do direito comparado, em especial do Canadá e da Alemanha, podem também ser úteis para os países emergentes e para o Brasil, se quisermos elaborar uma legislação especial sobre o tema". (Id., 2006, p. 263).

10 Id., 2010, p. 21.

e, na expectativa de suprir as despesas, acabam fechando o negócio. É importante lembrar que o superendividado é uma pessoa de boa-fé e acaba chegando a esse ponto porque não quer ficar inadimplente".[11]

Outro dado importante para fixar o perfil do superendividado atendido pela DEPERJ é o de que 66% deles são mulheres.[12]

A UFRGS e o TJRS também realizaram pesquisa com pessoas superendividadas visando uma renegociação em bloco com os credores dessas pessoas. Do trabalho de pesquisa do perfil daqueles que recorreram ao TJRS, a pesquisadora Cláudia Lima Marques concluiu que há uma feminização do contingente superendividado. Segundo a autora:

> (...) as mulheres (3737) representaram 61,4% dos 6165 consumidores que procuraram durante os anos de 2007 a 2010 o Projeto Piloto de conciliação em bloco dos consumidores com seus credores do TJRS na Comarca de Porto Alegre. Neste primeiro estudo chamamos a atenção para a feminização do superendividamento: 'Foi encontrado um total de 61,4% de mulheres, sendo que 40,6% têm 50 anos ou mais, 31,4% são empregadas do setor privado e 24,6% aposentadas ou pensionistas'. 'Trata-se de mulheres que ganham de 1 a 3 salários mínimos (85,6%). Dentre as mulheres que participaram do projeto nos primeiros cinco anos de pesquisa, a maioria ganha até 2 salários mínimos (67,3%), apenas 0,8% ganha mais de 10 salários e impressionantes 17% chegam a ganhar menos de um salário mínimo.' 'No geral, as mulheres solteiras, divorciadas, viúvas ou separadas são a grande maioria, 2503 contabilizando 70,5% das mulheres superendividadas que compareceram nestes 5 anos ao projeto-piloto, e observamos que a causa da dívida mais comum é um acidente da vida (78,1%), principalmente redução de renda e desemprego.'

II) Espécies de superendividamento

São distinguidos os consumidores superendividados entre passivos e ativos. Os passivos são aqueles cuja situação de superendividamento decorre de um "acidente da vida". Acidentes da vida são, por exemplo, a morte de alguém que auxiliava, que mantinha a renda da família, a ocorrência de doença ou de percalço com algum dependente financeiro que gera gastos imprevisíveis, o nascimento de um filho não planejado, a separação, a perda de emprego ou função remunerada.

O superendividado ativo é o consumidor cujas despesas e assunção de dívidas se apresentam superiores aos seus rendimentos mensais. Ou seja, em termos mais claros, são os que gastam mais do que possuem de maneira recorrente, tornando seu passivo, mensalmente, maior que seu ativo financeiro.

---

11 DPRJ. Pessoas acima de 55 anos são mais afetadas pelo superendividamento. 5 de julho de 2018. Disponível em: <https://defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/6019-Pessoas-acima-de-55-anos-sao-mais-afetadas-pelo -superendividamento> Acesso em: 11.02.2021.

12 G1 Rio. 'Superendividados' do RJ comprometem 90% da renda mensal para pagar dívidas bancárias, diz estudo. 05 de julho de 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia /superendividados-do-rj-comprometem-90-da-renda-mensal-para-pagar-dividas-bancarias-diz-estudo.ghtml>. Acesso em 11.02.2021.

Há doutrina que também distingue, quando se propõe a tratar do superendividado ativo, entre o consciente e o inconsciente:

> A doutrina conceitua o superendividado ativo consciente como sendo o indivíduo que agiu com a intenção deliberada de não pagar, tencionando fraudar credores (é o consumidor de má-fé); o superendividado ativo inconsciente, como o devedor que agiu impulsivamente ou que deixou de formular o cálculo correto no momento em que contraíra as dívidas, também identificado como um devedor imprevidente e sem malícia (...)[13].

No entanto, cabe uma ressalva a esta diferenciação uma vez que traz a possibilidade de falar em má-fé do consumidor. Ao admitir a figura de um "superendividado ativo consciente" admitir-se-ia a não presunção da boa-fé do consumidor em casos de superendividamento, contrariando, inclusive, o próprio conceito formulado pelo qual o requisito subjetivo essencial para caracterização deste é a boa-fé.

A aceitação desta hipótese fragilizaria a proteção do consumidor, e criaria argumentos para que as instituições financeiras recrudescessem ao cooperar na negociação com o consumidor. O argumento do "superendividamento consciente" é um dos principais utilizados pelas instituições financeiras para manter suas posturas recalcitrantes em relação a negociar com os consumidores

Assim, em verdade, o superendividado ativo não é aquele consumidor que age em dissonância ou contraditoriamente à boa-fé, mas aquele que, em virtude de uma publicidade agressiva, uma oferta negligente do crédito e/ou um descontrole financeiro, termina por não se fazer adimplente diante das despesas com as quais arcou.

Reforça-se que a boa-fé é, portanto, característica intrínseca do consumidor superendividado, não havendo espaço para que se cogite a hipótese intencional do consumidor em lesar o credor. Verificado esse elemento volitivo de lesar o outro contratante (que jamais poderá ser presumido), não há sequer que se falar em mecanismos de "tratamento ao superendividamento", pois não pode o direito se ocupar de tutelar o ilícito, mas — pelo contrário — reprimi-lo.

No caso do superendividado passivo, há um elemento adicional de relevante significado: o acidente de vida. Trata-se de acontecimento alheio à vontade do consumidor, que implica perda ou redução de sua renda, levando à situação de superendividamento. Por vezes, não há qualquer fato ou ato realizado por instituição financeira que concorra diretamente com o superendividamento apresentado, em princípio. Na verdade, na maior parte das vezes, o superendividamento passivo é uma mera consequência de uma fatalidade experimentada pelo consumidor em sua vida privada.

---

13 MARQUES, 2010, p. 65.

Esses casos de superendividamento são mais críticos do ponto de vista formal, pois contam com um fator extrínseco e aleatório à relação contratual propriamente dita, ao qual todos estamos sujeitos. Mormente, não são casos determinados pela deficiência informacional quando da contratação ou outros fatores atribuíveis ao fornecedor da relação contratual.

O dever de lealdade e cooperação, decorrentes da boa-fé objetiva prevista no Código de Defesa do Consumidor, fundamentam a tarefa do fornecedor no sentido de possibilitar a este consumidor o restabelecimento do equilíbrio da relação jurídica, por meio, sobretudo, da negociação e do aconselhamento.[14]

O superendividamento ativo, por outro prisma, encontra grande concorrência das práticas comerciais (abusivas) perpetradas pelas instituições financeiras. A publicidade abusiva, a concessão irrefletida e negligente do crédito, e, principalmente, o aconselhamento deficitário ao consumidor e as informações contratuais pouco claras (quando não inexistentes) são fatores que convergem significativamente para uma contratação desmedida e descontrolada pelo consumidor.

Sergio Cavalieri Filho destaca a importância do direito à informação:

> Na verdade, tem por finalidade garantir ao consumidor o exercício de outro direito ainda mais importante, que é o de escolher conscientemente. Essa escolha consciente propicia ao consumidor diminuir os seus riscos e alcançar suas legítimas expectativas. Mas sem informação adequada e precisa o consumidor não pode fazer boas escolhas, ou, pelo menos, a mais correta.[15]

Não é novidade que no Brasil não há uma cultura de educação financeira, ao mesmo tempo em que há uma expansão especulativa do mercado financeiro. Tais fatores evidenciam o fato de que o superendividamento é, em verdade, um fenômeno multidisciplinar e essencialmente extrajurídico. O Direito tomará conhecimento dele — como fenômeno — a partir de seus desdobramentos. Isto é, não é o superendividamento uma ficção jurídica, mas sim um fato social; um *"verdadeiro flagelo social*".[16]

Cláudia Lima Marques e grande parte da doutrina consumerista, há alguns anos, defendem a inserção no Código de Defesa do Consumidor de artigos que previnam o superendividamento e, quando já instalado, que tratem do superendividamento.

> Sendo assim, considero que o desafio proposto pela expansão do crédito ao consumo, sem uma

---

14 Art. 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (...) III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores; (...).

15 CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Direito do Consumidor. São Paulo: Atlas, 2008, p. 83.

16 COSTA, 2002, et seq.

> legislação forte que acompanhasse esta massificação, a não ser o CDC e o princípio geral de boa-fé, pode criar uma profunda crise de solvência e confiança no país, não só na classe média, como nas mais baixas. Se, por um lado, aumentam fortemente os lucros dos bancos pela inclusão no sistema bancário de milhões de aposentados e consumidores de baixa renda, por outro multiplicam as ações individuais de pessoas físicas endividadas, em especiais revisionais no Judiciário, muitas sem sucesso, aumentando o risco e como um todo a conflitualidade e os abusos nas relações de crédito, multiplicando as reclamações nos órgãos de defesa dos consumidores e associações, e o sentimento de impunidade e de insatisfação com o Sistema Financeiro e com o Direito do Consumidor. [17]

III. Mulheres e superendividamento

Da cultura machista também sobrevém o superendividamento. As mulheres, o maior contingente de superendividadas que recorre ao espectro da DEPERJ, tiveram uma educação de servidão aos homens, e mesmo a outros seres, sem esperar nada em troca.[18] No mundo patriarcal, onde signos são usados para rotular pessoas, "a mulher é o ser marcado para servir ao mundo do privilégio patriarcal".[19] O objetivo da marcação de opressão, tanto para o devir-mulher, quanto para o devir-negro, tem como objeto a escravização, onde as mulheres são seres designados para a servidão.[20]

Pode-se relacionar também o superendividamento com uma pseudo-emancipação da mulher que não mais lava, passa, cozinha, cuida dos filhos, dos homens, dos velhos e, só se der tempo, de si. Pode-se supor que as chamadas mulheres emancipadas, que consigam outras mulheres que trabalhem por elas, não só repitam o fenômeno da escravização, mas também se endividem além do normal para usufruírem desse "refresco". Sim, porque o trabalho doméstico não remunerado foi naturalizado para a condição feminina e para o que serve uma mulher.[21]

> (...) Isso significa descarregar o trabalho de cuidado sobre outros menos privilegiados. A consequência é criar 'cadeias globais de cuidado', à medida que aquelas pessoas que contam com meios para isso contratam mulheres mais pobres, na maioria imigrantes e/ou membros de grupos racializados, para limpar suas casas e cuidar de suas crianças ou de seus entes idosos, enquanto elas mesmas realizam trabalho mais lucrativo.[22]

Na ideologia patriarcal as pessoas precisam desempenhar papéis, no qual o da mulher é o de obter desempenho para sair de seu papel tradicional.[23]

---

17 MARQUES, 2010, p. 26.

18 TIBURI, Márcia. Feminismo em comum: para todas, todes e todos. 8ª edição. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2018, p. 79.

19 Id., p. 66.

20 Id., p. 66.

21 Id., p. 64-65.

22 ARRUSA et al. Feminismo para os 99%: um manifesto. São Paulo: Boitempo, 2019, p. 115.

23 TIBURI, op. cit., p. 61.

O superendividamento decorre também do capitalismo neoliberal, que é uma forma de favorecimento e, neste caso, é ao enriquecimento dos bancos e instituições financeiras à custa do empobrecimento das pessoas.

> O capital financeiro vive da dívida pública, à qual usa para tornar ilegal até formas mais brandas de provisão social-democrata, obrigando Estados a liberalizar suas economias, abrir seus mercados e impor 'austeridade' às populações indefesas. Ao mesmo tempo aumenta o endividamento do consumidor — das hipotecas de risco aos cartões de crédito e empréstimos estudantis, dos créditos consignados ao microcrédito — o qual usa para disciplinar camponeses e trabalhadores subservientes à terra e ao emprego e para garantir que continuarão a comprar sementes geneticamente modificadas e bens de consumo baratos a níveis muito acima daqueles que seus baixos salários permitiriam de outra maneira.[24]

Em regra, o superendividamento se dá por acidentes da vida. Assim são, como já se disse, os imprevistos como o desemprego ou o aparecimento de doenças e mesmo o de ficar absolutamente só e arcar com toda responsabilidade da casa e da família. O acidente da vida, cabe frisar, é o causador do superendividamento passivo. A rigor, a mulher se endivida para não deixar que falte alimento em casa, embora separada ou abandonada, sem contar com a figura do homem para auxiliar. É mais difícil que a mulher deixe o filho sem os materiais básicos para a escola ou sem alimento ou sem medicamento, por exemplo, quando sofre uma demissão, quando adoece ou se vê sozinha e responsável por todas as despesas. Ela trabalha mais para poder pagar o que a prole necessita e que o Estado não dá, pois faz parte da engenharia do capitalismo recrudescer a dívida pública.[25]

O superendividamento se relaciona também com a necessidade de se trabalhar mais para pagar as dívidas e as superendividadas são "obrigadas a trabalhar em múltiplos empregos 'Mc Empregos' [McJobs], percorrendo longas distâncias entre eles em meios de transportes caros, deteriorados ou inseguros."[26] Trabalha-se mais para se obter um mínimo para sua subsistência e de sua família que já está todo comprometido com as contas que devem ser pagas.

Naturaliza-se o cuidado feminino com a família, pois à mulher foi identificada com a reprodução que, por sua vez, foi romantizada e feminizada. O cuidado não é reconhecido como trabalho, pois supõe-se que ele seja realizado por amor, em oposição ao dinheiro.[27] O cuidado de mãe e dona de casa não é produtivo e, por isso, a mulher suporta mais: além de realizar esse trabalho que parece de sua competência natural, ela tem que conseguir dinheiro para sustento da família.

---

24 ARRUSA et al. 2019, p. 116.
25 Id., 2019, p. 115.
26 Id., 2019, p. 113.
27 Id., 2019, p. 109.

Segundo Cláudia Lima Marques, outro preconceito que a mulher enfrenta e dificulta a revisão de contratos que promova a amortização da dívida, seu parcelamento ou outras facilitações no pagamento, é o estigma que carrega de ser vaidosa ou portadora de distúrbios psíquicos, ou mesmo economicamente desorganizada. Trata-se de um preconceito extraído não se sabe de onde, pois não há nada que comprove essa concepção. É importante que se comece a difundir que a mulher é quem mais fica só e por conta da família. Ela assume muitas vezes sozinha a família, como o único amparo.

> Assim minha hipótese de trabalho é agora que as mulheres tem dificuldade de renegociar suas dívidas diretamente com os credores e sofrem do preconceito que gastam mais do que ganham por 'capricho', por consumismo desmedido, 'doenças psicológicas' ou por desorganização orçamentária não merecendo dos fornecedores atenção aos seus pedidos de renegociação das dívidas para poder preservar o mínimo existencial e retornar à sociedade de consumo. Para combater este 'mito' é necessário verificar que estas mulheres são geralmente pessoas sozinhas e arrimo de família,[28] desempregadas ou de baixa renda (até 3 salários mínimos) e que necessitam de apoio do Estado pelo menos para renegociar de boa-fé suas dívidas de forma a se reinserir no mercado de consumo e trabalho.[28]

Na pandemia do coronavírus parecem ser as mulheres as mais afetadas com a dupla ou a tripla jornada de trabalho. A perda do trabalho formal também as coloca em situação de maior propensão de lidar, de alguma forma, com o superendividamento. Veja-se:

> O momento talvez ainda seja precoce para apresentarmos dados contundentes de tais assimetrias, mas não são surpresa, aos sujeitos menos distraídos, os relatos de mulheres sobre a imensidão das atribuições que cumulam da experiência da dupla ou da tripla jornada de trabalho.[29]

O momento político vivenciado também demonstra um avanço nas medidas chamadas de austeridade, que propiciam aumento da pobreza, com ênfase no endividamento das famílias:

> Portanto, os defensores da austeridade a receitam como remédio para que a economia volte a crescer por meio de medidas de redução dos salários, de retração dos serviços públicos e de corte das políticas sociais, o que sem dúvida provoca mais marginalidade social, endividamento e empobrecimento das famílias.[30]

IV. Proposta para amenizar do problema

Há, no Congresso Nacional, um Projeto de Lei que versa sobre a proteção contra o superendividamento. O Projeto de Lei n° 3.515, de 4 de abril de 2015, (PL do Superendividamento no CDC) objetiva garantir ao superendividado a

---

28 MARQUES, Cláudia Lima. Mulheres, idosos e o superendividamento dos consumidores: cinco anos de dados empíricos do projeto-piloto em Porto Alegre. In: Revista de Direito do Consumidor. Vol. 100/2015, Jul/Ago, 2015, 2015, p. 1.

29 BERNER, Vanessa Batista; CASSOL, Paula Dürks. Sigam as elefantas: mulheres em tempo de pandemia. Portal Catarinas, 2020, et seq.

30 DANTAS, Fernanda Lage; EMERIQUE, Lilian Balmant. O avanço da austeridade e o retrocesso na erradicação da pobreza. In: SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da; EMERIQUE, Lilian Balmant; BARISON, Thiago (Organizadores). Reformas institucionais de austeridade, democracia e relações de trabalho. São Paulo: LTR, 2018, p. 33.

possibilidade de recuperação de sua capacidade de saldar suas dívidas e voltar para o mercado de consumo.

O referido projeto possui uma parte de prevenção e outra de tratamento do superendividamento já instaurado.

O Projeto de Lei nº 3.515/2015 define o que vem a ser superendividamento e se integra ao Código de Defesa do Consumidor, lei em vigor no Brasil desde 1990, para incluir o art. 54-A, que dispõe:

> Art. 54-A. Este Capítulo tem a finalidade de prevenir o superendividamento da pessoa natural e de dispor sobre o crédito responsável e sobre a educação financeira do consumidor.
>
> § 1º Entende-se por superendividamento a impossibilidade manifesta de o consumidor, pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial, nos termos da regulamentação.
>
> § 2º As dívidas de que trata o § 1º englobam quaisquer compromissos financeiros assumidos, inclusive operações de crédito, compras a prazo e serviços de prestação continuada.
>
> § 3º Não se aplica o disposto neste Capítulo ao consumidor cujas dívidas tenham sido contraídas mediante fraude ou má-fé ou sejam oriundas de contratos celebrados dolosamente com o propósito de não realizar o pagamento.

Há uma série de práticas usadas pelo fornecedor de crédito que o Projeto de Lei considera abusivas, pois enganam ou pressionam o consumidor a respeito do negócio jurídico celebrado. Evitar tais condutas impede que o consumidor seja enganado e entre numa relação de consumo com a qual não pode arcar. Vários excessos por parte do fornecedor são recorrentes no momento pré-contratual ou contratual e sobre eles é disposto:

> Art. 54-C. É vedado, expressa ou implicitamente, na oferta de crédito ao consumidor, publicitária ou não:
>
> I - fazer referência a crédito "sem juros", "gratuito", "sem acréscimo", com "taxa zero" ou expressão de sentido ou entendimento semelhante;
>
> II - indicar que a operação de crédito poderá ser concluída sem consulta a serviços de proteção ao crédito ou sem avaliação da situação financeira do consumidor;
>
> III - ocultar ou dificultar a compreensão sobre os ônus e riscos da contratação do crédito ou da venda a prazo;
>
> IV - assediar ou pressionar o consumidor para contratar o fornecimento de produto, serviço ou crédito, inclusive a distância, por meio eletrônico ou por telefone, principalmente se se tratar de consumidor idoso, analfabeto, doente ou em estado de vulnerabilidade agravada ou se a contratação envolver prêmio;
>
> V - condicionar o atendimento de pretensões do consumidor ou o início de tratativas à renúncia ou à desistência de demandas judiciais, ao pagamento de honorários advocatícios ou a depósitos judiciais. Parágrafo único. O disposto no inciso I do caput deste artigo não se aplica à oferta de produto ou serviço para pagamento por meio de cartão de crédito.

Outra das grandes preocupações do Projeto de Lei, é recuperar a pessoa que já está endividada por meio da revisão dos contratos com base na teoria da exceção da ruína que, por sua vez, tem base no princípio da boa-fé objetiva.

É comum que, sozinha, a pessoa superendividada não consiga renegociar com todos os seus credores de modo a conseguir um meio de pagar o que deve preservando um mínimo existencial. E, nesse ponto, o Projeto de Lei também é propositivo e permite uma renegociação em bloco, chamando todos os credores do superendividado. É importante que seja planejado com o devedor e seus credores um plano de pagamento semelhante ao que ocorre na concordata, para que, preservando o mínimo existencial, os débitos sejam, aos poucos, quitados.

> Art. 104-A. A requerimento do consumidor superendividado pessoa natural, o juiz poderá instaurar processo de repactuação de dívidas, visando à realização de audiência conciliatória, presidida por ele ou por conciliador credenciado no juízo, com a presença de todos os credores, em que o consumidor apresentará proposta de plano de pagamento com prazo máximo de 5 (cinco) anos, preservados o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, e as garantias e as formas de pagamento originalmente pactuadas.
>
> § 1º Excluem-se do processo de repactuação as dívidas de caráter alimentar, as fiscais, as parafiscais e as oriundas de contratos celebrados dolosamente sem o propósito de realizar o pagamento, bem como as dívidas oriundas dos contratos de crédito com garantia real, dos financiamentos imobiliários e dos contratos de crédito rural.
>
> § 2º O não comparecimento injustificado de qualquer credor, ou de seu procurador com poderes especiais e plenos para transigir, à audiência de conciliação de que trata o caput deste artigo acarretará a suspensão da exigibilidade do débito e a interrupção dos encargos da mora.
>
> § 3º No caso de conciliação, com qualquer credor, a sentença judicial que homologar o acordo descreverá o plano de pagamento da dívida, tendo eficácia de título executivo e força de coisa julgada.
>
> § 4º Constarão do plano de pagamento:
>
> I - medidas de dilação dos prazos de pagamento e de redução dos encargos da dívida ou da remuneração do fornecedor, entre outras destinadas a facilitar o pagamento das dívidas;
>
> II - referência à suspensão ou extinção das ações judiciais em curso;
>
> III - data a partir da qual será providenciada a exclusão do consumidor de bancos de dados e cadastros de inadimplentes;
>
> IV - condicionamento de seus efeitos à abstenção, pelo consumidor, de condutas que importem o agravamento de sua situação de superendividamento.
>
> § 5º O pedido do consumidor a que se refere o caput deste artigo não importa declaração de insolvência civil e poderá ser repetido somente após decorrido o prazo de 2 (dois) anos, contado da liquidação das obrigações previstas no plano de pagamento homologado, sem prejuízo de eventual repactuação.

O Projeto de Lei nº 3.515/2015 tem a importantíssima função de instaurar um plano judicial compulsório para a revisão dos contratos de modo a permitir que o consumidor salde seu débito, tendo sua dignidade de pessoa humana preservada.

> Art. 104-B. Inexitosa a conciliação em relação a quaisquer credores, o juiz, a pedido do consumidor, instaurará processo por superendividamento para revisão e integração dos contratos e repactuação das dívidas remanescentes mediante plano judicial compulsório, procedendo à citação de todos os credores cujos créditos não tenham integrado o acordo porventura celebrado.
>
> § 1º Serão considerados, se for o caso, os documentos e as informações prestadas em audiência.
>
> § 2º No prazo de 15 (quinze) dias, os credores citados juntarão documentos e as razões da negativa de aceder ao plano voluntário ou de renegociar.

§ 3º O juiz poderá nomear administrador, desde que isso não onere as partes, o qual, no prazo de até 30 (trinta) dias, após cumpridas as diligências eventualmente necessárias, apresentará plano de pagamento contemplando medidas de temporização ou atenuação dos encargos.

§ 4º O plano judicial compulsório assegurará aos credores, no mínimo, o valor do principal devido, corrigido monetariamente por índices oficiais de preço, e preverá a liquidação total da dívida em, no máximo, 5 (cinco) anos, sendo a primeira parcela devida no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, contado de sua homologação judicial, e o restante do saldo devido em parcelas mensais iguais e sucessivas.

Conclusão

O superendividamento é um problema que causa exclusão social e retirada do mercado de consumo. Dados estatísticos apontam que, entre os superendividados, as mulheres são maioria.

A marcação de mulher na sociedade naturaliza os cuidados com a família como obrigação da mulher, situação que contribui para que ela se superendivide, tenha vários credores e não consiga quitar suas dívidas.

A prevalência dos superendividados como passivos, ou seja, aqueles que se endividaram por fatores da vida, torna ainda mais necessário que haja uma legislação que vise coibir a perpetuação desse fenômeno, e que venha a saná-lo quando já existente. O superendividamento é um verdadeiro flagelo social, que produz pobreza e discriminação, porque quem deve não é bem visto e tem oportunidades sociais reduzidas em todos os ambientes.

O Projeto de Lei n° 3.515/2015 visa ao combate do superendividamento e explica do que se trata o fenômeno decorrente da democratização do acesso ao crédito por pessoas de baixa renda que parcelam suas dívidas e, sem se dar conta, estão envolvidas com o pagamento mensal de várias delas, que não corresponde ao que estas pessoas obtêm de renda.

Dessa maneira, o Projeto de Lei n° 3.515/2015 veda a conduta dos bancos e das instituições financeiras que enganam, seduzem ou constrangem o consumidor a fazer uso de contratos de empréstimo em dinheiro entre outros congêneres.

Ademais, vislumbra-se solução para a situação com a chamada de todos os credores do superendividado para uma revisão contratual global das dívidas com os vários credores que existam. Se não houver como fazer um acordo, a revisão contratual se imporá.

O Projeto de Lei n° 3.515/2015 está no Congresso Nacional e aguarda votação.[31]

---

31 O Projeto de Lei 3.515/2015 foi aprovado em 1º de julho de 2021 no Senado Federal, e sancionado com vetos no mesmo dia pelo Presidente Jair M. Bolsonaro. A Lei 14.181/2021 entrou em vigor no dia seguinte, sendo publicada no Diário Oficial da União no dia 02 de julho de 2021, e impôs alterações no Código de Defesa do Consumidor. O trâmite do PL pode ser visto em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao ?idProposicao=2052490 >. Acesso em 16 de agosto de 2021.

Construir outras realidades, produzir novas afetividades: as possibilidades do olhar estético do afeto[1]

Lia Beatriz Teixeira Torraca[2]

A primeira crise pandêmica do século XXI ofereceu-nos a evidência de uma atualidade regida por um novo regime estético, imposto por outra relação espaço-temporal. Uma nova estética capaz de interferir na construção de realidade e na atualização do real, afinal, segundo Pierre Lévy[3], o oposto do virtual não é o real, mas o atual. É inconteste que a crise pandêmica é uma crise que estamos experimentando virtualmente. Uma experiência que faz emergir vulnerabilidades e atualiza o sentido de incerteza que porta a palavra crise. Para pensarmos esta atualidade, proponho o olhar estético do afeto[4], técnica desenvolvida durante a pesquisa de doutorado em Direito pelo PPGD/UFRJ e que tem na experiência estética o *medium* para "fazer ver", "transformar o ver em olhar" e "agir sobre". Um olhar elaborado pela síntese perceptiva, capaz de influenciar na modulagem da percepção e na calibragem da organização afetiva. O conceito de síntese perceptiva proposto por Maurice Merleau-Ponty[5] porta a possibilidade da transformação do ver em olhar, da conversão da contemplação em ação, tal como pensada por Hannah Arendt.[6] Esta conversão implica no trânsito da empatia à simpatia, ou seja, o receptor da imagem passa do "colocar-se no lugar do outro" para efetivamente sentir-se no lugar do outro e, em razão desta experiência de "quase presença" passa a se comprometer com este outro, com o outro espaço. Isto é da ordem da simpatia, conforme observou Auguste Comte[7] no tocante à

---

1 Artigo apresentado no Seminário Permanente Print UFRJ e Universidad de Valencia. Democracia, Direitos Humanos e Desenhos Institucionais em tempos de crise. Construir realidades para promoção dos direitos das pessoas e grupos em situação de vulnerabilidade social.

2 Advogada (FND/UFRJ), mestre e doutora em Direito pelo PPGD/UFRJ, com a tese intitulada "O Espetáculo da Violência no Rio de Janeiro e o Olhar Estético do Afeto", indicada pelo PPGD/UFRJ ao Prêmio CAPES - TESE, edição 2020; e autora do livro "Democracia Encurralada: os reflexos das manifestações de 2013" (Lumen Juris Ed.). Atualmente atua como pesquisadora independente e conselheira do Conselho de Ensino para Pós-Graduados da UFRJ (CEPG/UFRJ - CCDP, desde 10.2018).

3 LÉVY, Pierre. O que é o virtual? São Paulo, Editora 34, 2007, p. 16.

4 TORRACA, Lia. O espetáculo da violência no Rio de Janeiro e o olhar estético do afeto. Tese de Doutorado em Direito. Rio de Janeiro, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2019.

5 MERLEAU-PONTY, Maurice. Fenomenologia da Percepção. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

6 ARENDT, Hannah. A Condição Humana. 10ª Edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

7 COMTE, A. Curso de filosofia positiva; Discurso sobre o espírito positivo; Discurso preliminar sobre o conjunto do positivis-

capacidade afetiva, de síntese e de sinergia na relação entre indivíduo e o coletivo; uma diferenciação resgatada por Adela Cortina.[8] A experiência estética pode promover esta transformação, ativada por uma nova perspectiva que desperta no receptor da imagem uma emoção capaz de "relocalizá-lo" em relação ao outro, ao outro espaço. Esse processo se dá por intermédio da experiência estética, que no caso da tese é a experiência fotográfica. Uma experiência que autoriza a reterritorialização[9] do indivíduo, apoiada nos conceitos de desterritorialização, formulado por Pierre Lévy, e computação afetiva, desenvolvido por Rosalind Picard.

I. O olhar estético do afeto: a potência da experiência estética

É a partir do tripé afeto, imagem e percepção que convido à reflexão sobre esta atualidade. É a partir deste tripé que se estabelecem os padrões comunicativos, responsáveis pela produção das imagens do marginal, do cidadão de bem, entre tantas imagens que fazem parte do nosso repertório social. Imagens que podem promover estigmatizações e mi(s)tificações, até mesmo a eleição de um político que teve sua imagem fabricada a partir do trânsito do sentido de escatológico, do repulsivo ao sagrado; um fenômeno associado à estética da fé.[10]

O olhar estético do afeto busca não só observar esses padrões de comunicação, mas reconfigurar as relações sociais. A experiência estética é o *medium* capaz de interferir nessas dinâmicas comunicativas ao desencadear a síntese perceptiva, centralizada nos afetos gerados na relação entre sujeito, imagem e ambiente. Ao trocarmos as lentes, seria possível alterar a percepção sobre o outro, sobre o outro espaço, como também sobre si mesmo. O afeto seria a lente que transforma o ver em olhar e faz possível construir uma nova imagem e estabelecer outro padrão comunicativo. A experiência estética oferece essa possibilidade de transformação, considerada por Arnold Berleant[11] como a mais completa experiência perceptiva por abarcar a conotação afetiva da experiência. O olhar estético do afeto é um convite à experiência sensorial.[12] A experiência estética oferece outra perspectiva para imprimir um novo padrão comunicativo. Ao deslocar o foco da percepção, o sujeito transfere suas prioridades e passa a priorizar o outro, partilhando o seu

mo; Catecismo positivista. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

8 ORTS, Adela Cortina. Aporofobia, el rechazo al pobre. Barcelona: Espasa Libros, 2017. Edição eletrônica. Barcelona: Espasa Libros, 2017.

9 TORRACA, Lia. O olhar estético do afeto: reterritorializando o Rio de Janeiro. São Paulo: Revista Cadernos Metrópole PUC-SP, v. 23, n. 50, p. 307-330, jan/abr 2021.

10 TORRACA, Lia. A estética da fé: ecos de uma democracia encurralada. Dourados: Revista Videre, v. 10, n. 20, jul/dez 2018.

11 BERLEANT, Arnold. The Aesthetic Field: a phenomenology of aesthetic experience. Cybereditions, 2000, p. 121-122.

12 Cf. MERLEAU-PONTY, Maurice. 1999; BERLEANT, 2000; BADIOU, Alain. A metafísica da felicidade real. São Paulo: Martins Fontes, 2018, p. 41.

olhar com este outro[13], um olhar transformado e transformador. A partir deste desfocar, "o mundo se pulveriza em qualidades sensíveis"[14], porque este outro olhar me fez despertar um novo olhar sobre o real, sobre o outro; um processo impresso no corpo, uma percepção sentida corporalmente em um transbordamento de registros sensoriais. Esta experiência traduz a potência radical do afeto: "fazer agir" e "agir sobre". Segundo Merleau-Ponty, esta experiência reflete a imagem que temos do mundo.

O mundo da concepção merleau-pontyana não é aquilo que eu penso, mas aquilo que eu vivo; ou seja, minha experiência é uma projeção daquilo que entendo como mundo, o que se reflete na percepção sobre um mundo que não é lego, não se encaixa perfeitamente e cada vez mais é virtualizado. A experiência perceptiva sugerida por Merleau-Ponty localiza o observador do sujeito perceptivo como um sujeito perceptivo, oferecendo a oportunidade para reconfigurar sua percepção e estabelecer outro olhar, gerar outros afetos. O método merleau-pontyano é um chamado àquilo que é essencial na percepção: sair de si e abrir-se a um outro, dispondo o corpo no centro desta relação com o mundo; afinal, "meu corpo é a potência do espetáculo"[15] e "a percepção é a iniciação ao mundo"[16], considerando que a função essencial da percepção seria fundar ou inaugurar o conhecimento.[17] A Fenomenologia da Percepção de Merleau-Ponty se impõe como potencial crítico por oferecer um método que amplia o sentido de percepção, liberando o pensamento de perceber fundando na experiência.[18]

A experiência estética permite acessar as dinâmicas comunicativas e os processos de construção de realidade, como também, a capacidade de afetação das imagens, não por acaso nossa realidade virtualizada é configurada a partir da projeção imagética. Vale lembrar que o estudo sobre estética[19] foi inaugurado por Aristóteles, primeiro a relacionar este conceito à percepção e ao afeto ao observar que no ato de perceber o sujeito é afetado pelo objeto percebido, composto de forma e matéria, chegando, inclusive, a afetar o próprio corpo daquele que percebe.[20] A percepção, portanto, está relacionada àquele que nota, que afeta e é afetado; esta é a essência do conceito de estética, considerada a teoria do conheci-

---

13 MERLEAU-PONTY, 1999, p. 305 et seq.

14 Ibidem, p. 306.

15 Ibidem, p. 406.

16 Ibidem, p. 346.

17 Ibidem, p. 40.

18 Ibidem, p. 67; TORRACA, Lia. As possibilidades do olhar estético do afeto: o projeto Olhar Complexo. São Paulo: Eccos – Revista Científica, n. 53, p. 1-17, abr/jun 2020.

19 A palavra estética tem origem grega aisthesis, que significa percepção, sensação, sensibilidade. Aristóteles (2018) foi quem primeiro buscou compreender a percepção, o ato de perceber, associado aos cinco sentidos (visão, tato, audição, olfato e paladar), correspondentes à percepção sensível, à relação entre os objetos sensíveis e a nossa capacidade em percebê-los.

20 ARISTÓTELES. Da Alma. 1ª Edição. São Paulo: Edipro, 2018, p. 86 et seq.

mento sensível, a estesiologia, a ciência do despertar. Estética, nos lembra Català Domènech, é "uma forma de qualificar uma propriedade emocional intrínseca de toda função visual"[21], comprovando que nos afetamos em diversas possibilidades de graduação, "diante do visível, diante do que vemos e, mais ainda, se o vemos representado"[22], destacando que "a representação visual seria uma forma de controlar nossas emoções diante do visível"[23], o que seria possível através da modulação da nossa percepção e da calibragem dos nossos afetos.

O afeto é a essência do ato perceptivo. Nosso comportamento é uma projeção da nossa organização afetiva. De acordo com Spinoza[24], é nossa percepção que atribui um valor negativo ou positivo, somos nós que depositamos ou debitamos valor sobre as coisas, que consideramos se as coisas são más ou boas conforme nossa percepção. Nossa percepção é responsável pelas imagens que construímos, sobre aquelas que imaginamos. É sobre esta projeção que o olhar estético do afeto pode agir, reprogramando a percepção sobre a imagem construída a partir da nossa percepção sobre o outro, sobre o ambiente. Esta reprogramação nos permite modificar os afetos sobre a imagem projetada, sobre os valores que depositamos ou debitamos em relação ao outro. São (re)configurações capazes de interferir na modulagem perceptiva e na calibragem afetiva da relação com o outro e com o ambiente; uma interferência sobre o nosso comportamento.

A percepção porta a faculdade de conceber relacionada ao corpo, localizando-o como centro da experiência perceptiva. O canal perceptivo é responsável pelos afetos projetados no corpo, essencial na experiência estética. Ao ampliar o campo perceptivo através da experiência estética, abre-se a oportunidade para criar novas imagens e romper com outras imagens, através de outras lentes e outros corpos. Se estética é uma questão de percepção, é também uma questão daquilo que se constrói como realidade. É a partir desta perspectiva que o real deve ser descrito, e não construído ou constituído. O real não é uma realidade da minha percepção, nem esta é uma ciência do mundo. A experiência fotográfica se apresenta, então, como um meio para descrever este *real*. A partir desta forma de descrição é possível modificar a percepção sobre uma imagem comunicada como realidade e produzir outra realidade mediada pelo afeto. É a ampliação do meu campo de visão a partir do outro, de como o outro vê, pois é através da percepção de outrem que eu posso me encontrar posto em relação com um outro eu; uma percepção realizada a partir de outra subjetividade.[25] É a partir desta experiência

21 CATALÀ DOMÈNECH, Josep Maria. A forma do real. São Paulo: Summus, 2011, p. 28.

22 Ibidem, p. 28.

23 Ibidem, p. 28.

24 SPINOZA, Baruch. Ética. 2ª Edição. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017.

25 MERLEAU-PONTY, Maurice. O primado da percepção e suas consequências filosóficas. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2015, p. 39.

perceptiva que se estabelece aquilo que Merleau-Ponty entende como "comunicação verdadeira"[26], uma comunicação fundada nos elementos de uma descrição do mundo percebido, da síntese de um mundo fotografado.

Para Merleau-Ponty, a Fotografia se apresenta como um meio para descrever a experiência perceptiva, capaz de modificar a percepção sobre uma imagem comunicada como realidade e produzir outra realidade mediada pelo afeto. De acordo com a fenomenologia merleaupontyana, a percepção é minha porta para questionar e refletir sobre a estrutura daquilo que vejo, para que eu possa (re) construir o olhar, projetar novas imagens e produzir outras realidades. O olhar estético do afeto promove a ampliação do campo perceptivo por intermédio da experiência estética, permitindo *ver* a partir de outras lentes e outros corpos. A câmera fotográfica seria um outro corpo capaz de produzir outra forma de ver, transformar o ver em olhar, o olhar em agir. A câmera fotográfica porta a capacidade de interferir na nossa percepção sobre a realidade, sobre aquilo que entendemos ser o mundo, possibilitando construir outras realidades, imaginar outros mundos. Lévy[27] defende a câmera fotográfica como ferramenta da memória, uma máquina de perceber que funciona no nível direto e estende o alcance para transformar a natureza de nossas percepções. Quando acoplada ao virtual, em sua dimensão indireta, Lévy acredita que a câmera fotográfica seria responsável por modificar nossa relação com o mundo, com o espaço e com o tempo em um nível que não é possível dizer se elas transformam o mundo humano ou nossa maneira de percebê-lo.[28] Ver o outro e o outro espaço por intermédio da Fotografia, se deixar afetar por essa imagem do outro e do outro espaço buscando produzir um outro olhar, é o cerne da técnica do olhar estético do afeto; afinal, a Fotografia, nos lembra Ariella Azoulay[29], age fazendo com que os outros atuem.

O *punctum* na Fotografia é o afeto, observado tanto por Walter Benjamin[30] quanto por Roland Barthes.[31] É o *punctum* que desperta a emoção e pode produzir a afetação do corpo. Ver, perceber e olhar são fenômenos distintos e não estão relacionados à visão. Segundo Català Domènech, a visão faz parte de todo o corpo, como sua propriedade, daí ser comum afirmar que vemos por meio do corpo, pois nosso campo visual se dá a partir da localização corporal, fazendo com que a experiência visual seja considerada uma experiência corporal[32], como

26 Ibidem, p. 39.

27 LÉVY, 2007, p. 97.

28 Ibidem, p. 97.

29 AZOULAY, Audrey. The Civil Contract of Photography. New York: Zone Books, 2008, p. 129.

30 BENJAMIN, Walter. Escritos sobre mito e linguagem (1915-1921). 2ª Edição. São Paulo: Editora 34, Coeditado pela Livraria Duas Cidades, 2013.

31 BARTHES, Roland. A câmara clara: nota sobre a fotografia. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015.

32 CATALÀ DOMÈNECH, 2011, p. 19.

comprova a Fotografia da pessoa com deficiência.[33] O olhar estético do afeto expõe essa prerrogativa da imagem para despertar algum tipo de emoção. Essa é a essência da experiência estética. Essa é a função emocional das imagens. É no perímetro ampliado do campo visual que estão localizados os reflexos de superfícies sensíveis que tornam possível o olhar, a síntese da percepção.

O ver fotográfico seria uma espécie de decodificação da realidade, de acordo com Sontag[34], uma expressão da experiência do real. Esta seria a capacidade da Fotografia em adestrar para a "visão intensiva", segundo o visionário Lazsló Moholy-Nagy[35], aquela que nos afeta e nos faz agir. O ver e o ver-se, de acordo com Martins, encontram-se radicalmente inscritos na realidade das relações sociais[36], fundamental à sociologia, e que refletem uma "interpretação da realidade pelo homem simples, a interpretação que torna sua vida possível e inteligível".[37] A Fotografia além de ser um meio de ver a realidade sob determinada perspectiva (fotografar), é uma forma de comunicação através da imagem fotografada com o espectador do registro fotográfico e com o próprio fotografado.

O olhar estético do afeto revelaria o que para Rancière é a política estética através da distribuição do sensível.[38] Um olhar que, segundo Català Domènech, "significa ver a imagem inclusive na própria realidade: ver a realidade como imagem"[39]; é, portanto, ver o ilimitado do real na imagem. Kossoy defende que a imagem fotográfica é "antes de tudo uma representação a partir do real"[40], que "tem múltiplas faces e realidades".[41] A experiência fotográfica se apresenta, então, como *medium* deste olhar, desta forma de perceber e conceber imagens. Imagens que sejam capazes de afetar e fazer agir, que transcendam a representação e possam romper um padrão comunicativo. São imagens que sensibilizam e promovem o comprometimento com o outro, com o outro espaço. Fotografar, portanto, é uma maneira de construir a realidade e modular a percepção, além de ser capaz de calibrar os afetos e fazer agir por intermédio do olhar do outro.

---

33 TORRACA, 2019, p. 314-324.

34 SONTAG, Susan. Sobre Fotografia. Edição eletrônica. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 2126-2139.

35 MOHOLY-NAGY, László. In Focus. László Moholy-Nagy: photographs from The J. Paul Getty Museum. Los Angeles: The J. Paul Getty Museum, 1995; MOHOLY-NAGY, László. The New Vision and Abstract of an Artist. Editions Choiseul, 2010.

36 MARTINS, José de Souza. Sociologia da fotografia e da imagem. 2.ª Edição. São Paulo: Contexto, 2017, p. 71.

37 Ibidem, p. 13.

38 RANCIÈRE, Jacques. A Partilha do Sensível: estética e política. São Paulo: Editora 34 Ltda., 2018; RANCIÈRE, Jacques. O destino das imagens. Rio de Janeiro: Contraponto, 2012.

39 Ibidem, p. 53.

40 KOSSOY, Boris. Realidades e ficções na trama fotográfica. 5ª Edição. São Paulo: Ateliê Editorial, 2016, p. 32.

41 Ibidem, p. 131.

II. Novos olhares, novas afetividades: o olhar estético do afeto e a experiência virtualizada

No item anterior verificamos como o olhar despertado pelo afeto porta radicalmente a possibilidade de ir além da observação e da contemplação, expressa na raiz da palavra afeto, *afficere*, que significa fazer algo, agir sobre algo. A experiência fotográfica seria capaz de promover a reprogramação do ver a partir de imagens que despertem outros afetos. É a chance de reconfiguração do padrão comunicativo a partir da ativação do sensível. Um sensível potencializado na experiência estética virtualizada, um mundo reimaginado, fundado no visual. O visual é um fenômeno complexo inscrito na visualidade. Ver, segundo Català Domènech, "é pensar a realidade, em um grau ou outro de intensidade".[42] Porém, é preciso atentar que nossas emoções são frutos de uma cultura visual que acaba por modular nossa percepção e calibrar nossos afetos. A sociedade impõe filtros particulares sobre aquilo que vemos, controlando, limitando, restringindo a capacidade do nosso olhar. A virtualização permite modificar os regimes e as dinâmicas de visualidade, liberando a produção do olhar.

A experiência fotográfica permite "relocalizar" o sujeito diante do outro, do outro espaço. Uma relocalização daquilo que vê, daquilo que passa a olhar. A experiência fotográfica é a projeção do mundo olhado pelo outro. A partir desta projeção é produzida uma nova realidade, é possível imaginar um novo mundo. Um mundo que, segundo Lévy, é o próprio sujeito, "com a condição de estender-se por este termo tudo o que o afeto envolve"; o sujeito, portanto, "é um mundo banhado de sentido e de emoção".[43] O sujeito localizado no virtual é um sujeito afetivo que "se desdobra para fora do espaço físico"[44], e que pode ter alterada sua percepção. Para Lévy, a virtualização implicaria na desterritorialização do corpo, seja do sujeito ou do objeto, abrindo a possibilidade de erigir quadros coletivos de sensibilidade.[45]

O conceito de virtual não é novo, mas ganha nova perspectiva quando é pensado como "um processo de transformação de um modo de ser num outro"[46], refletido sobre o trânsito do real ou do atual em direção ao virtual, o que consiste no conceito de desterritorialização aludido por Lévy. Para o autor, os sistemas de realidade virtual oferecem esta experiência, como também permitem a "integração dinâmica de diferentes modalidades perceptivas"[47] e a possibilidade da "quase

42 CATALÀ DOMÈNECH, 2011, p. 52.
43 LÉVY, 2007, p. 107.
44 Ibidem, p. 107.
45 Ibidem, p. 108.
46 LÉVY, 2007, p. 12.
47 Ibidem, p. 28.

presença". Segundo Català Domènech, essas experiências comprovariam a potência da imagem como resistência através da imersão mente-corpo na imagem, quando a imagem fluida perde o referencial e se transforma em um substituto da própria realidade a qual se sobrepõe.[48] É a possibilidade de transformar o observador em ator, que passa da experiência visual à ação por intermédio do seu corpo, como se fosse uma tomada de consciência corporal conforme as sensações provocadas por aquilo que ele vê. Para Català Domènech, Martin Jay e Appadurai, entre outros autores, a realidade virtual estaria intrinsecamente relacionada ao aspecto globalizador das imagens contemporâneas. A realidade virtual, segundo Català Domènech, é o paradigma da fluidez digital por fazer coincidir a realidade com a imagem, responsável pela criação de uma imagem que fundamenta a experiência visual unitária. É a era das telas-mundo, dos museus digitais, da experiência visual programada, da interatividade. É a imagem da ilusão realista, acredita Rancière.[49]

O conceito de virtual formulado por Pierre Lévy nos permite pensar o que seria a reterritorialização[50] a partir de uma nova sensibilidade estética. Ao retornar como projeção, o sujeito se relocalizaria em relação ao outro e ao outro espaço, alterando novamente sua percepção sobre si mesmo e sobre o entorno. São imagens capazes de reterritorializar o próprio sujeito e reconfigurar a percepção social. Lévy destaca o fato da percepção representar uma aproximação do mundo para aquele que percebe, defendendo que "a função simétrica da percepção é a projeção no mundo, tanto da ação como da imagem"[51], sendo os sistemas de realidade virtual capazes de transmitir mais do que imagens, oferecendo a possibilidade de "quase reviver a experiência sensorial completa de outra pessoa"[52], ou seja, uma experiência de quase presença. Um exemplo deste tipo de experiência é o projeto Carne y Arena, do cineasta mexicano Alejandro González Iñarritu, que oferece ao espectador a possibilidade de experimentar a vivência de um imigrante, *sentindo na pele* a luta para sobreviver à travessia México-Estados Unidos; uma experiência que usa a tecnologia de realidade virtual no qual o espectador vê e sente aquilo que geralmente assiste em forma de notícia, distanciado da experiência vivenciada pelo outro, do sofrimento do outro, limitando-o à empatia. O projeto de Iñarritu é capaz de promover a transição da empatia à simpatia através da experiência estética virtual.

48 CATALÀ DOMÈNECH, 2011, p. 92.
49 RANCIÈRE, 2012, p. 77.
50 Sobre reterritorialização, ver TORRACA, 2021.
51 Ibidem, p. 28.
52 Ibidem, p. 28.

Segundo Lévy, os afetos seriam responsáveis por atualizar o virtual[53]. Esta atualização provocaria a eclosão de novos tipos de afetos, o que poderia ser considerada uma inventividade afetiva[54], sendo este "o imenso jogo afetivo que produz a vida social".[55] É esta inventividade afetiva que autorizaria processar a reterritorialização. O virtual se constitui em uma rede de afetos. Nossa organização afetiva é projetada no virtual através do nosso comportamento. O *imaginar* na concepção spinoziana é a afirmação da existência do corpo, considerando o afeto como ponto de referência da relação observação x tempo[56], aspecto essencial no plano virtual. É o canal perceptivo que nos permite afetar e sermos afetados, oferecendo a oportunidade de romper com algumas imagens e criar novas imagens ao provocar nossa imaginação, abrindo a possibilidade para estabelecer novos padrões comunicativos. O afeto, inserto no próprio ato de perceber, atua radicalmente transformando o olhar e fazendo agir. Deixo de ver apenas a imagem para me comprometer com aquilo que *olho.* Este comprometimento gera outros padrões de comunicação despertados pelos afetos e capaz de múltiplos contágios afetivos, o que é potencializado no universo virtual.

Para Silvan Tomkins[57], precursor da Teoria do Afeto, o que é percebido conscientemente é *imageria*, criada pelo próprio organismo. O mundo percebido é, segundo Tomkins, aquele apreendido a partir de um roteiro não escrito pelo sujeito que percebe. Todo o querer e não querer do sujeito, seja positivo ou negativo, seu relatório de propósitos, ou seja, sua *Imagem*, de acordo com Tomkins, são principalmente experiências estéticas, repercutindo no seu comportamento e no ambiente. Brian Massumi[58], inspirado por Tomkins, desenvolveu sua teoria a partir da distinção entre o factual e o emocional, considerando a primazia do afetivo na recepção da imagem, marcada pela lacuna entre conteúdo e efeito, ou melhor, sobre a conexão entre efeito da imagem e seu conteúdo. O afeto, consoante Massumi, seria a dupla face da participação simultânea do virtual no real e o real no virtual, à medida que se origina e retorna ao outro[59]. Afetos, segundo Massumi, são "perspectivas sinestésicas virtuais ancoradas em (funcionalmente limitadas por) as coisas particulares existentes que as incorporam"[60]. Para o autor, a autonomia do afeto é sua participação no virtual, sua autonomia é sua estrutura,

---

53 LÉVY, 2007, p. 108.

54 LÉVY, p. 108.

55 Ibidem, p. 108.

56 Ibidem, p. 112.

57 TOMKINS, Silvan. Affect Imagery Consciousness – Volume I – The positive affects. New York, Springer Publishing Company, 1962; TOMKINS, Silvan. Affect Imagery Consciousness – Volume II – The negative affects. New York, Springer Publishing Company, 1963.

58 MASSUMI, Brian. The Autonomy of Affect. Cultural Critique, N. 31, The Politics of Systems and Environments, Part II, pp. 83-109, autumn/1995.

59 Ibidem.

60 Ibidem, p. 86 (livre tradução).

sendo que a autonomia da emoção seria a autonomia do afeto. Esta concepção de afeto nos ajuda a refletir sobre a interação contemporânea entre homem e tecnologia, corpo e máquina, entre toque, dispositivo e imagem.

É sobre esta interação entre homem e máquina que se refere a computação afetiva desenvolvida por Rosalind Picard.[61] Uma relação que se reflete nas mídias sociais, sobre essas redes de afetos e suas complexas conexões. Construir realidade é também construir novas formas de comunicar e se relacionar a partir de novas configurações espaço x tempo, capazes de gerar novas afetividades. O que Rosalind Picard faz desde 1995 é buscar a construção de um padrão afetivo na relação humano e computador, em benefício do sujeito e da sociedade. Uma inteligência artificial afetiva capaz de observar e interpretar as emoções humanas e produzir uma nova afetividade, o que se refletiria nas relações sociais. São várias as pesquisas que seu laboratório vem desenvolvendo há quase duas décadas junto ao MIT[62] e que nos ajudam a pensar esta vida virtualizada, esta potência de produção de realidade e afetividades. Suas pesquisas ratificam o potencial das imagens e a necessidade de utilizar a computação afetiva a nosso favor e não contra a humanidade.

A primeira inteligência artificial psicopata, o Norman[63], criada pelo MIT Media Lab, comprova a importância da imagem no ambiente virtual e serve como alerta; afinal, Norman é programado a partir de imagens, elas alimentam e treinam o sistema. O algoritmo fixa um padrão de comportamento a ser seguido, uma norma de execução a ser trilhada, e Norman foi abastecido de informações para se tornar um psicopata. Este era o objetivo da programação algorítmica. Lembrando que um algoritmo é baseado em três princípios básicos: temporalidade, engajamento e relacionamentos. Princípios que estão intimamente relacionados à experiência afetiva. A computação afetiva aponta para as experiências estéticas programadas, que muitas vezes tem inserto um objetivo que não é o mesmo do usuário "programado", que tem modulada sua percepção e calibrada sua organização afetiva conforme esta programação algorítmica, que, em grande medida, é a projeção de suas percepções e seus afetos no ambiente virtual, ainda que sob protocolos inacessíveis ao usuário comum.

Outra pesquisa do MIT Media Lab que merece atenção e contribui para confirmar a hipótese da minha atual pesquisa e a pertinência do olhar estético

---

61 PICARD, Rosalind. Affective Computing. M.I.T Media Laboratory Perceptual Computing Section Technical Report No. 321, 1995; PICARD, Rosalind. Affective Computing. MIT Press, 1997; PICARD, Rosalind. Affective Computing for HCI. M.I.T Media Laboratory, 1999.

62 Massachusetts Institute of Technology.

63 MIT Media Lab. Project Norman. Disponível em: <https://www.media.mit.edu/projects/norman/ overview/>. Acesso em 17 de janeiro de 2020.

do afeto é o projeto Deep Empathy[64], apoiado pelo UNICEF, com o objetivo de reimaginar a cooperação humana na era das mídias sociais e da inteligência artificial a partir da justaposição de imagens construídas algoritmicamente. Apesar deste projeto só pretender a promoção da empatia, é inconteste a potência dessas imagens provocarem o comprometimento do receptor da imagem, uma forma de relocalizá-lo diante do outro, do outro espaço, como busca o olhar estético do afeto[65], ou seja, a promoção da simpatia a partir dos questionamentos criados pelos contrastes de duas imagens justapostas. O processo de justaposição nos faz pensar dualidades concebíveis, mas não perceptíveis, como advertiu Barthes, porque fotos são signos e são sempre invisíveis, "não são elas que vemos".[66] O autor nos lembra que, apesar das imagens perpassarem uma vida inteira e fazerem parte das fronteiras da imaginação, elas são reflexos das fronteiras reais, como a etapa seguinte do processo de redimensionamento da vida social. A terceira imagem carrega a potência da imagem em afetar e potencializar esse redimensionamento, principalmente quando a justaposição é processada virtualmente. O projeto Deep Empathy demonstra a possibilidade de reterritorialização dos espaços e das relações sociais.

Há pelo menos duas décadas a computação afetiva vem demonstrando seu potencial multidisciplinar, aproximando-se de vários campos do conhecimento, inclusive do marketing político, ante à possibilidade de manipulação e controle em uma escala de velocidade e alcance que, por óbvio, muito interessa ao mundo político. Este e outros aspectos justificam a preocupação em relação a projetos como o Alter Ego[67], também no campo da computação afetiva e desenvolvido pelo MIT Media Lab, por permitir acessar o nível perceptivo do usuário do dispositivo, ainda que o objetivo seja capacitar a comunicação sem emissão de voz. A interface neural não invasiva, vestível e periférica, permitiria acesso à articulação das palavras em nível interno, ou seja, uma inteligência artificial que agiria como um "segundo eu" em benefício daqueles indivíduos com desordens de fala. Este ambicioso projeto talvez seja o mais avançado no objetivo de integrar humanos e computadores e, aparentemente, só traria benefícios; porém, se mostra potencialmente perigoso quando imaginamos a extensão desta interação.

Diante dessas pesquisas e tantas outras desenvolvidas desde a década de 90 no campo da computação afetiva, não há como acreditar que os personagens do

---

64 MIT Media Lab. Project Deep Empathy. Disponível em: <https://www.media.mit.edu/projects/deep- empathy/overview/>. Acesso em 17 de janeiro de 2020.

65 Sobre justaposição de imagens, ver TORRACA, 2019, p. 270-273.

66 BARTHES, 2015, p. 15.

67 MIT Media Lab. Project AlterEgo. Disponível em: <https://www.media.mit.edu/projects/ alterego/overview/>. Acesso 17 de janeiro de 2020.

docudrama "O dilema das redes"[68] não soubessem a extensão da complexidade daquilo que estavam projetando, nem a capacidade de afetação deste modelo de comunicação. O caso Cambridge Analytica[69] é outro exemplo que justifica a apreensão em relação às pesquisas baseadas no comportamento, na percepção e na projeção da organização afetiva do indivíduo, que tem seus dados captados e analisados por protocolos por ele desconhecido, mas muito bem dimensionado por quem programa e, principalmente, por quem criou o modelo de negócio que abriga novas formas de influência, manipulação e controle, ratificando a importância de projetos como Norman e Nightmare Machine[70], para visibilizar e amplificar a discussão em relação às implicações na criação de inteligências artificiais e na utilização de dados. Não podemos esquecer que nossos dados são nossas projeções afetivas, nosso comportamento virtualizado. São tecnologias capazes de criar novas vulnerabilidades e uma nova forma de colonização, o *data colonialism*[71], apesar de se apresentarem como vantajosas, como aquelas propostas pelo projeto *Machine Behavior*[72] e pelo projeto *A voting-based system for ethical decision making*[73], ambos desenvolvidos pelo MIT Media Lab. Há que se observar com atenção esses projetos e fomentar no Brasil pesquisas que protejam o usuário brasileiro e desenvolvam sistemas capazes de enfrentar esta atualização do colonialismo, o *data colonialismo,* intensificado durante a crise pandêmica em grau ainda desconhecido.

A pandemia de covid-19 trouxe a confirmação de uma atualidade virtualizada, responsável por instituir uma nova percepção de tempo e espaço, uma estética diferente daquela a que estávamos acostumados, capaz de atualizar o real e criar novas afetividades. É a inventividade afetiva que nos capacita à reterritorialização, mas também permite a criação de novas vulnerabilidades, provocando a necessidade de novas formas de proteção. Se a vida virtual traz uma reelaboração do caráter simbólico da vida social, ela também torna cada vez mais complexas as relações entre os "usuários" e do próprio usuário em relação à indissociabilidade entre físico e virtual, provocando seu constante reposicionamento, em uma espécie de redistribuição da vida. Nosso comportamento projetado no virtual — antropofágico — possibilita que sejamos "programados algoritmicamente", que

---

68 O dilema das redes é uma produção da Netflix (2020), dirigida por Jeff Orlowski.

69 Ver TORRACA, 2018, p. 138-147.

70 MIT Media Lab. Project Nightmare Machine - Horror imagery generated by artificial intelligence. Disponível em: <http://nightmare.mit.edu/>. Acesso 17 de janeiro de 2020.

71 TORRACA, 2020; trabalho aceito para o II Congresso Internacional em Humanidades Digitais – HD Rio 2020, intitulado "DESCOLONIZANDO A INTERNET: A POTÊNCIA DOS AFETOS".

72 MIT Media Lab. Project Machine Behavior. Disponível em: <https://www.media.mit.edu/projects /machine-behavior/overview/>. Acesso 17 de janeiro de 2020.

73 MIT Media Lab. Project A voting-based system for ethical decision making. Disponível em: <https://www.media.mit.edu/projects/a-voting-based-system-for-ethical-decision-making/overview/>. Acesso 17 de janeiro de 2020.

nossos dados sejam transformados em commodities, conforme alertou Assange.[74] Não são apenas os algoritmos que consomem as expectativas democráticas, nós também somos responsáveis por consumi-las.

Não é possível pensar a sociedade e o direito na atualidade sem considerar essas novas formas de produzir realidades e afetividades, além da nova imagem de vulnerabilidade que emerge, e a crise pandêmica confirma essa necessidade. Vivemos a era dos afetos, as mídias sociais são redes de afetos, uma experiência estética virtualizada. O olhar estético do afeto oferece uma alternativa para enfrentarmos os desafios impostos pelas novas configurações erigidas do conjunto virtualizado de imagem, percepção e afeto. Um olhar para transformarmos a empatia em simpatia, para comprometermo-nos com o outro, com o outro espaço. Uma nova perspectiva para imaginarmos a promoção dos Direitos Humanos para um novo humano, uma nova humanidade.

74 ASSANGE, et al. Cypherpunks: Liberdade e o Futuro da Internet. São Paulo: Boitempo, 2013.

Vulnerabilidade: diferenças conceituais e usos jurídicos

Luana Adriano Araújo[1]

O conceito de vulnerabilidade vem sendo empregado nos discursos jurídicos para justificar a tomada de medidas supostamente favoráveis a grupos minoritários e sujeitos marginalizados. Contudo, a utilização do termo frequentemente carece de um enquadramento referencial, que, por exemplo, oportunize uma definição de limites normativos entre vulneráveis/não-vulneráveis e oportunize a avaliação de adequação do uso do conceito para o atendimento de determinados fins. É dizer: se a qualificação de determinados sujeitos como vulneráveis ou especialmente vulneráveis deve ter poder normativo, de que forma avaliar a correlação entre o reconhecimento dessa particular vulnerabilidade e a tomada de medidas adequadas à sua redução?

Nesse artigo, tenho, como objetivo geral, o de fornecer substratos teóricos para um preenchimento do conceito de "vulnerabilidade", sobretudo a partir da obra de Martha Fineman, teórica responsável por popularizar a doutrina da vulnerabilidade nos contextos das lutas de gêneros e da bioética. Especificamente, busco esboçar uma apresentação do conceito de "vulnerabilidade", segundo duas perspectivas diversas: uma individual e uma relacional. Em sequência, viso a diferenciação entre os usos jurídicos da vulnerabilidade nos diversos âmbitos do direito público e do direito privado. Uma hipótese relevante a ser tratada será a de que há usos diversos do conceito de vulnerabilidade quanto tratamos: a) de sua articulação em assuntos de justiça social distributiva — especificamente, em tópicos de estruturação de políticas sociais; e b) de sua utilização como trunfo para o aplainamento de sujeitos desiguais em relações tipicamente privadas, sobretudo relativas à família, ao consumo e às relações negociais e societárias. A metodologia utilizada é a do levantamento bibliográfico, considerando, como referencial base, a literatura de Fineman (2008, 2010, 2017, 2019), de maneira que o estudo tem natureza exploratória e descritiva, assentando as bases para a continuação de trabalhos aplicados, propositivos de parâmetros de vulnerabilidade.

1 Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Bolsista CAPES. Membro do Núcleo de Teoria dos Direitos Humanos (FND). Membro do CERCO — Controle estatal, racismo e colonialidade (FND).

I. Vulnerabilidade: conceitos teóricos

Nas teorias morais emergentes durante a década de 1990 e início dos anos 2000[2], a vulnerabilidade tem sido instrumentalizada ao lado de outros conceitos, como os de "dependência", "cuidado", "dano" e "precariedade". Tomada como uma condição corpórea de todos os seres humanos, a vulnerabilidade também tem sido utilizada nas teorias políticas voltadas para a crítica do legalismo liberal, sugerindo que o sujeito corporalmente vulnerável é o esteio para uma nova compreensão dos fenômenos das desigualdades e das desvantagens sociais.[3] É nesse contexto que Fineman[4], trabalhando na interseção de uma investigação moral e política, sugere, inicialmente, um reconhecimento da vulnerabilidade como um conceito universal, inerente à condição corpórea humana, estando sempre presente, de forma inevitável e permanente, durante todo o curso de uma vida humana.

Por esse motivo, para a autora, a vulnerabilidade é uma baliza mais adequada para a definição de responsabilidades sociais e estatais que o modelo da igual proteção.[5] Também por esse motivo, sua teoria não pode ser utilizada como postulado para a redução das vulnerabilidades, dado que é pressuposto de sua proposta a ideia de *ineliminabilidade* da vulnerabilidade da condição humana — o que se busca, a partir do reconhecimento da vulnerabilidade, é, portanto, a formulação de estruturas mais responsivas à vulnerável realidade humana compartilhada.[6] Essa vulnerabilidade decorrente da própria condição humana e tem, assim, algumas características, dentre elas: a inevitabilidade e a generalização (i.e., basta a identificação individual segundo determinado critério para que a vulnerabilidade seja constatável).[7] Nessa análise, entendemos que esta vulnerabilidade universal fixa sua aferição metodológica em uma perspectiva individual, a qual também é instrumentalizada pelos defensores das vulnerabilidades inerentes.

Uma perspectiva diferente de vulnerabilidade, por outro lado, intenta fazer uma conciliação da perspectiva universal de Fineman com os trabalhos feministas acerca da autonomia relacional. O resultado dessa combinação consiste na pro-

---

2 MACINTYRE, Alasdair C. Dependent rational animals: Why human beings need the virtues. Open Court Publishing, 1999; KITTAY, Eva Feder. Love's labor: Essays on women, equality and dependency. Routledge, 1999; HELD, Virginia. Non-contractual society: A feminist view. Canadian Journal of Philosophy, v. 17, n. sup1, 1987, p. 111-137.

3 MACKENZIE et al. Introduction: What is vulnerability and why does it matter for moral theory. In: MACKENZIE, Catriona; ROGERS, Wendy; DODDS, Susan (Eds.). Vulnerability: New essays in ethics and feminist philosophy. New York: Oxford University Press, 2014, p. 3.

4 FINEMAN, Martha Albertson. The vulnerable subject: Anchoring equality in the human condition. Yale JL & Feminism, v. 20, 2008.

5 Id., p. 8-9.

6 FINEMAN, Martha Albertson. Vulnerability and inevitable inequality. Oslo Law Review, v. 4, n. 03, 2017, p. 133-149.

7 Além de Fineman, outros teóricos entendem a vulnerabilidade como uma condição humana compartilhada — dentre eles, MacIntyre (1999) e Nussbaum (2006) conectam a permanente possibilidade de sofrimento como uma condição derivada da animalidade — i.e., para os autores, somos vulneráveis porque somos animais.

posição da vulnerabilidade relacional[8], que, ao contrário da vulnerabilidade de matriz universal, não é inevitável, nem generalizável a partir da qualificação como um tipo de indivíduo. Diferentemente da vulnerabilidade universal, a vulnerabilidade de tipo relacional poderia ser evitável se Estado e Direito promovessem redes relacionais empoderadoras.[9]

i) Vulnerabilidade: perspectiva individual

A partir de uma perspectiva individual, a vulnerabilidade é um atributo *do* sujeito, sendo definida a partir de seu estado ontológico universal que pode ser dado em função da espécie e da posicionalidade em uma comunidade (i.e., relativo ao fato de ser um animal humano ou de ser um animal social), ou de um atributo específico — como idade, gênero, estado de saúde, dentre outros. No primeiro caso, consonante com a ideia de vulnerabilidade universal de Fineman[10], o atributo advém da espécie do indivíduo ou de sua posicionalidade em uma comunidade, havendo, ainda, uma condição de permanência da vulnerabilidade. Na segunda, contudo, há uma vulnerabilidade temporal, marcada pela passagem de estados mais ou menos vulneráveis — esta segunda perspectiva melhor se adequa à noção de "vulnerabilidade inerente", proposta por Mackenzie *et al*[11]. Em ambas as situações, contudo, a régua para aferição da vulnerabilidade é o sujeito individualmente considerado, cuja materialidade funda uma "vulnerabilidade do eu".[12]

De acordo com Fineman, essa abordagem do *sujeito* vulnerável "faz o que o sujeito liberal unidimensional não pode: ela incorpora o fato que a realidade humana abrange uma ampla gama de habilidades diferentes e interdependentes ao longo da vida".[13] Ao sugerir a vulnerabilidade como atributo universal, Fineman busca mostrar como a ideologia liberal, pautada por um sujeito de capacidades plenas permanentes e integralmente autônomo, propugna uma visão irreal de vida humana, estigmatizando especialmente aqueles que mais se desviam da norma.[14] Uma consequência dessa perspectiva fixa-se na colocação contrária da autora à identificação de "populações vulneráveis", dado que esse termo ignora-

8 GORDON-BOUVIER, Ellen. Relational vulnerability: The legal status of cohabiting carers. Feminist Legal Studies, v. 27, n. 2, 2019, p. 163-187; GORDON-BOUVIER, Ellen. Relational Vulnerability: Theory, Law and the Private Family. Springer Nature, 2020.

9 Id., 2019, p. 3.

10 FINEMAN, Martha Albertson. The vulnerable subject and the responsive state. EmoRy lJ, v. 60, 2010, p. 251; Id., 2008; Id., 2017.

11 MACKENZIE et al, 2014.

12 MELKEVIK, Bjarne. Vulnerabilidade, direito e autonomia. Um ensaio sobre o sujeito de direito. Rev. Fac. Direito UFMG. Belo Horizonte, nº 71, jul./dez., 2017, p. 651-653.

13 FINEMAN, 2008, op. cit, p. 12.

14 Ibidem.

ria a universalidade e a constância da vulnerabilidade. Por esse motivo, rotular alguns indivíduos e agrupá-los em 'populações' definidas de forma diferente ou particularmente vulnerável, consiste, para Fineman, em uma maneira de estigmatizar esses indivíduos.[15]

A segunda possibilidade de identificação da vulnerabilidade sob a perspectiva individual — qual seja a vulnerabilidade inerente — permite, contrariamente à vulnerabilidade universal, uma mensuração de vulnerabilidades *específicas.* Tais dependem de uma série de fatores, como idade, gênero, estado de saúde e deficiência. Por exemplo, de acordo com Mackenzie *et al*, a saúde precária cria vulnerabilidades específicas relacionadas à doença em questão, bem como extremos de idade exageram as vulnerabilidades cotidianas da corporificação humana em proporção à capacidade do indivíduo de atender às suas necessidades físicas cotidianas. Diferentemente da vulnerabilidade universal, a classificação como inerente permite considerar que a vulnerabilidade varia, a depender da resiliência e da capacidade de enfrentamento do sujeito.[16] Além disso, o tempo constitui um componente significativo da vulnerabilidade inerente, especialmente quando se aborda a vulnerabilidade de sujeitos em determinados momentos etários (i.e., a vulnerabilidade de crianças, adolescentes e idosos) e a vulnerabilidade de pessoas com impedimentos de longo prazo.[17]

Um fator relevante da perspectiva individual — tanto em sua versão universal, quanto em sua versão inerente — é que ela permite defender uma *presunção* de vulnerabilidade, que não precisa ser quantificada ou comprovada. O que se precisa comprovar é, por outro lado, o enquadramento como sujeito presumidamente vulnerável. Por exemplo, se há uma vulnerabilidade presumível de toda e qualquer criança ou pessoa com deficiência, não caberia averiguar se, na prática, essa realidade é aplainada por outros fatores, como desenvolvimento intelectual ou classe social. Para a vulnerabilidade pautada na perspectiva individual, não importa a *situacionalidade* do sujeito, mas tão somente seu enquadramento enquanto animal humano ou enquanto um tipo específico de animal humano. Essa perspectiva também não trabalha com a mensurabilidade da vulnerabilidade. Por esse motivo, para Fineman, não se deve buscar estabelecer que indivíduos são mais ou menos vulneráveis que outros dentro de uma mesma configuração.[18]

---

15 FINEMAN, 2017, p. 19.

16 MACKENZIE et al, 2014.

17 A legislação previdenciária tem estabelecido o critério subjetivo ou temporal, consistente no prazo mínimo de dois anos de duração do impedimento de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, para a concessão do Benefício de Prestação Continuada (art. 20, §2º da Lei Nº 8.742/93), cujo objetivo é o de promoção da proteção social de grupos em situação de extrema pobreza.

18 FINEMAN, 2008.

Três argumentos contrários à perspectiva individual devem ser considerados ao se optar por adotá-la. O primeiro deles — voltado especificamente para a vulnerabilidade universal de Fineman — é a oposição estrita entre vulnerabilidade e autonomia.[19] Para os autores da autonomia relacional, as obrigações normativas relacionadas com a vulnerabilidade não precisam contrastar com a defesa da autonomia — é preciso, dessa forma, repensar a autonomia, e não dispensá-la [20] —, sobretudo porque algum grau de autonomia é condição para o desenvolvimento de uma vida humana florescente. Nesse sentido, Mackenzie sugere que apenas há uma oposição entre autonomia e vulnerabilidade quando se toma por base o conceito libertário de autonomia, tributário da tradição liberal.[21] Por outro lado, ao se atribuir a normatividade da vulnerabilidade em um quadro moral discrepante daqueles que promovem a autonomia, os riscos de intervenções coercitivas e objetivamente paternalistas são aumentados.

Em segundo lugar, a perspectiva individual obsta o reconhecimento de fontes diferentes de vulnerabilidade, bem como bloqueia a potencialidade da análise interseccional. Nesse sentido, veja-se que, apesar de a condição da infância poder ser considerada inerentemente vulnerável, crianças em situações diferentes de classe, gênero e raça poderão ser desiguais entre si, segundo análises que considerem o gozo de direito e o acesso a bens primários. A partir de uma perspectiva individual — seja ela universal ou inerente — não cabe questionar, contudo, diferenças de vulnerabilidades entre duas crianças ou buscar identificar vulnerabilidades "mais que ordinárias" entre infantes de determinadas posições sociais. Referida problemática se deve a uma tensão necessária entre o reconhecimento da vulnerabilidade universal e inerente e a delimitação de caracteres que asseguram proteções específicas.[22]

Por fim, e em terceiro lugar, veja-se que as perspectivas individuais de vulnerabilidade vêm sendo criticadas por serem extremamente preocupadas com a origem biológica — ou supostamente "natural" — da vulnerabilidade. Ao abordar questões relativas a quem tem a responsabilidade de responder à vulnerabilidade de crianças ou idosos, as teóricas feministas enfatizaram a importância de evitar suposições biologicamente redutoras ou perpetuar distribuições historicamente injustas de trabalho de cuidado.[23] Do mesmo modo, teóricos da deficiência têm encarado com suspeita a vinculação inerente entre deficiência e vulnerabilidade,

---

19 Cf. MACKENZIE et al, op. cit., p. 16 et seq.; MACKENZIE, 2014, p. 33 et seq.

20 A utilização da expressão "relacional" na "autonomia relacional" desenrolada pelo feminismo não é a mesma usada por Gordon-Bouvier (2019, 2020). No caso da "autonomia relacional", o uso se volta para deslocar o desenvolvimento da autonomia do âmbito da autossuficiência e da concepção autonomista de pessoalidade, realocando-o no âmbito do desenvolvimento social e contextual de capacidades. Cf. STOLJAR, 2018.

21 MACKENZIE, op. cit.

22 MACKENZIE et al, p. 19.

23 Ibidem, p. 14.

em virtude de um reforço oportunizado por essa ligação da perspectiva endossada pelo modelo médico — o qual esposa que a deficiência é uma qualidade unicamente do corpo deficitário.[24]

ii) Vulnerabilidade: perspectiva relacional

Desafiando a vulnerabilidade como atribuível a uma esfera individual, a teorização sobre vulnerabilidade habilitada por juristas e filósofas feministas muda o foco da vulnerabilidade como uma condição incorporada universal ou inerente para a investigação das condições estruturais e institucionais que a expõem.[25] É nesse sentido que surgem as perspectivas acerca da vulnerabilidade relacional.

A vulnerabilidade relacional é, ao contrário da individual, evitável e extraordinária. Embora não necessariamente negue a vulnerabilidade universal ou inerente, a relacional assume que a perspectiva individual não é a única capaz de expor fontes de vulnerabilidade.[26] Em vez de entender a vulnerabilidade como ontologicamente universal ou inerentemente incorporada, ela se concentra na suscetibilidade contingente de determinadas pessoas ou grupos a tipos específicos de dano ou ameaça de terceiros.[27] É nesse sentido que essa abordagem atenta para fatores multivariados, que impactam na tomada de decisões de um sujeito em determinadas situações, de maneira que a vulnerabilidade relacional normativamente considerada tem por foco um incremento da resiliência a partir de uma facilitação das capacidades.

Concentrada na interação entre o indivíduo corporificado e sua situação contextual em relação às instituições, estruturas e normas culturais[28], a vulnerabilidade relacionalmente considerada advém de condições flutuantes específicas, por exemplo: a de um cuidador em uma relação de parentalidade; a de um consumidor em relações comerciais; e a de um sujeito com deficiência engajado na tomada de atos na vida civil. Para Vrousalis, a vulnerabilidade relacional é semanticamente próxima à dependência, mas cobre uma classe fenomenal maior. Isso ocorre porque a vulnerabilidade relacional — ao contrário da vulnerabilidade individual, que não demanda comparações pautadas em poder entre dois sujeitos

24 CLOUGH, Beverley. Disability and vulnerability: challenging the capacity/incapacity binary. Social Policy and Society, v. 16, n. 3, 2017, p. 469-481.

25 Ibidem, 2017.

26 GORDON-BOUVIER, 2019, p. 10.

27 MACKENZIE et al, op. cit., p. 6.

28 CLOUGH, 2017, p. 11.

para que se configure — deve necessariamente fazer referência essencial a outros agentes.[29]

Para Gordon-Bouvier, existem três argumentos teóricos básicos para sustentar a vulnerabilidade relacional enquanto conceito.[30] O primeiro consiste na formatação multifatorial da vulnerabilidade relacional, que não resulta unicamente da condição humana. Nesse sentido, embora a animalidade humana abra a possibilidade de validação de uma vulnerabilidade universal, determinados sujeitos estão expostos a danos que outros sujeitos — igualmente animais humanos — não estão. Enquanto Fineman não ignora esse cenário de diferenças contextuais, a autora entende que traduzi-lo em termos de disparidades de graus de vulnerabilidades infirma a proposta de validação ontológica universal da vulnerabilidade de todos os corpos humanos. Este é o motivo pelo qual, em Fineman, a contraposição da vulnerabilidade não é a *in*vulnerabilidade, mas sim a resiliência consistente nos meios necessários para que cada indivíduo possa endereçar suas vulnerabilidades.[31]

Por outro lado, o argumento multifatorial da vulnerabilidade relacional admite a teorização de vulnerabilidades *adicionais*[32] ou *mais que ordinárias*.[33] Sua conceituação aproxima-se das vulnerabilidades patogênicas, propostas por Mackenzie *et al*.[34] Para as autoras, enquanto a vulnerabilidade inerente resulta principalmente de processos biológicos inevitáveis e a situacional, de circunstâncias externas e contingenciais (e.g., desastres naturais e guerras), a patogênica advém de uma variedade de fontes, incluindo relações interpessoais e sociais moralmente disfuncionais ou abusivas e opressão ou injustiça sociopolítica.[35-36]

Uma segunda característica da vulnerabilidade relacional consiste em sua temporalidade. Tal fator atribui a esta perspectiva de vulnerabilidade uma conexão com diferentes estágios e ciclos, de maneira que é possível compreender a relacionalidade tanto no contexto de conexões sociais desiguais (por exemplo, dentro de um relacionamento afetivo), quanto no contexto do eu do futuro em relação ao eu do presente.[37] Além disso, a vulnerabilidade relacional permite con-

---

29 VROUSALIS, Nicholas. Exploitation, vulnerability, and social domination. Philosophy & Public Affairs, v. 41, n. 2, 2013, p. 131-157.

30 GORDON-BOUVIER, 2020, p. 10 et seq.

31 FINEMAN, 2010, p. 269.

32 GORDON-BOUVIER, op. cit.

33 Id., 2019.

34 MACKENZIE et al, 2014.

35 Id., Cf. uma primeira versão da diferenciação em ROGERS et al, 2012.

36 Ressalte-se que vulnerabilidades patogênicas podem advir de respostas institucionais inadequadas a vulnerabilidades inerentes. É o caso, por exemplo, da instituição de mecanismos de representação e assistência, no contexto dos sistemas de capacidades civis, que inibem o exercício de direitos sexuais e direitos reprodutivos por parte de pessoas com deficiência.

37 A vulnerabilidade relacional permite considerar, por exemplo, o fato de que cuidadores frequentemente não conseguem angariar recursos para futuras aposentadorias ou momentos mais financeiramente instáveis que podem surgir quando forem

siderar o problema das relações com sujeitos que existiram ou existirão — i.e., as questões éticas envolvidas na tomada de decisões da geração atual como afetando gerações passadas e pessoas futuras.[38]

A terceira característica da vulnerabilidade relacional consiste no fato de ela considerar que estruturas privadas — como a família —, embora qualificadas como tipicamente alheias ao esqueleto público, são por ele determinadas. Para Gordon-Bouvier, todos nós existimos em redes amplas e complexas de relacionamentos que consistem não apenas em conexões interpessoais, mas também em várias instituições privadas e estatais. Esta rede relacional, que é controlada e moldada pelas ações do Estado, impacta no modo como convivemos com nossa vulnerabilidade inerente[39], de modo que pessoas em situações diferentes dentro de um contexto tipicamente caracterizado como natural e inevitável podem experimentar diferentemente sua vulnerabilidade universal ou inerente.

Argumentos contrários à vulnerabilidade relacional sugerem que a consideração das situacionalidades não necessariamente conduzem a referenciais pragmáticos, que permitam identificar riscos. Críticos sustentam, por exemplo, que no caso de dois sujeitos A e B engajados em um relacionamento afetivo, em que A ocupa o cargo de cuidadora de uma possível prole e B realiza funções laborais de sustento financeiro, não haveria fatores suficientes para considerar uma vulnerabilidade relacional de A em relação a B, a não ser que B demonstre intenções de ameaçar a assistência à A. Além disso, o entendimento da vulnerabilidade relacional de A em relação à B como unidirecional — e, frequentemente, economicamente quantificada —, pode obliterar os cenários de consideração de dependências de ordens diversas de B em relação a A (e.g., vulnerabilidades emocionais). Por fim, a vulnerabilidade relacional pode ser questionada também por falhar em distinguir as relações que são mutuamente voluntárias no nível das transações individuais (e.g., o caso de um contrato de trabalho) daquelas que envolvem escravidão ou outras formas de compulsão não econômica.[40]

III. Usos jurídicos da vulnerabilidade

Embora o uso do termo "vulnerabilidade" tenha se expandido no discurso jurídico e nas ciências sociais — gerando o que Brown chama de "*vulnerability*

idosos. Isto é, mesmo no auge de seu poder físico, as obrigações dos trabalhadores dependentes no presente (que são regidas pelo temporalidade socialmente construída da família privada) significa que eles não podem fazer uma provisão independente para o seu futuro eu. GORDON-BOUVIER, 2020, p. 12.

38 Cf. THOMPSON, 2014.

39 GORDON-BOUVIER, 2020, p. 13.

40 SKILLMAN, Gilbert. Asset Inequality, Economic Vulnerability and Relational Exploitation. Economics and Philosophy, v. 34, n.03, 2018, pp. 343–368.

zeitgeist"[41] —, o significado e os parâmetros exatos desse conceito permanecem um tanto elusivos.[42] A preocupação com a indeterminação, apesar de não ser recente[43], não animou estudos jurídicos mais precisos sobre sua delimitação. Por esse motivo, sugiro que um vocabulário teórico mais preciso sobre vulnerabilidade no direito se faz "necessário para a compreensão dos diferentes deveres envolvidos em responder apropriadamente a diferentes tipos de vulnerabilidade".[44]

Minha hipótese é a de que o discurso de vulnerabilidade habilitado pelos que, no âmbito do direito público, buscam sustentar políticas de Estado mais responsivas às vulnerabilidades universais e inerentes derivadas da perspectivas individual, é profundamente diferente do discurso de vulnerabilidade arregimentado por aqueles que, no direito privado, sugerem mecanismos de aplainamento das capacidades em relações desiguais. A sugestão de duas trajetórias diferentes da vulnerabilidade permite compreender que os parâmetros utilizados para uma não necessariamente coincidem com aqueles empregados em outra, de modo que quadros referenciais sensíveis ao contexto do tipo de relação juridicamente relevante enquadrada devem ser montados antes de se utilizar o termo — sob pena de esvaziamento de seu significado ou inadequação de sua aplicação.[45]

i) Vulnerabilidade como fundamento de estruturação de políticas sociais

Ao mesmo tempo que a vulnerabilidade, do ponto de vista da perspectiva individual, pode ser vista como universal ou inerente à determinada condição, é preciso considerar que as maneiras pelas quais a vulnerabilidade é experimentada serão particulares, emolduradas pelos contextos únicos das vidas dos indivíduos, bem como pelos recursos variáveis para reparação que estão a eles disponíveis.[46] É essa argumentação que leva Fineman a sugerir que, embora a vulnerabilidade humana seja universal, constante e complexa, ela também é particular — entrando em cena, nessa perspectiva, a *posicionalidade* dos indivíduos vulneráveis.[47] Refe-

---

41 BROWN, Kate. Questioning the vulnerability zeitgeist: Care and control practices with 'vulnerable' young people. Social Policy and Society. 2014, p. 1-17.

42 MUNRO, Vanessa E.; SCOULAR, Jane. Abusing vulnerability? Contemporary law and policy responses to sex work in the UK. Feminist Legal Studies, v. 20, n. 3, 2012, p. 189-206.

43 Veja-se que, em 2003, o Relatório da Situação Social do Mundo das Nações Unidas já fixava que "o uso das palavras 'vulnerabilidade' e 'vulnerável' tem sido bastante vago em contextos políticos e não tem sido acompanhado nem pelo rigor teórico nem pelo grau de elaboração que se encontra em trabalhos analíticos". (NAÇÕES UNIDAS, 2003, p. 8). É preciso ressaltar, por outro lado, que há teóricos contrários à própria empreitada de definição do conceito (WRIGLEY, DAWSON, 2016; GREEN, 2007; FINEMAN, 2010).

44 MACKENZIE et al, 2014, p. 8.

45 Verifique-se que, em Munro e Scoular (2012), há o argumento de que o emprego indeterminado do conceito de "abuso de vulnerabilidade" na legislação britânica sobre trabalhadoras do sexo tem oportunizado o surgimento de um discurso de vulnerabilidade regressista e moralista, demonstrando, assim, como a utilização do termo pode levar a práticas ambíguas e divergentes dos interesses progressistas de autoras como Fineman.

46 MUNRO; SCOULAR, op. cit., p. 196.

47 FINEMAN, 2010, p. 268-269.

ridas posicionalidades restam reificadas nas estruturas das relações econômicas e institucionais nas quais os indivíduos se engendram, de modo que a experiência individual de vulnerabilidade varia de acordo com a qualidade e a quantidade de recursos distribuídos por meio de programas de ação, instituições e estruturas. Referidos recursos modulam a resiliência dos indivíduos, para o endereçamento de suas próprias vulnerabilidades.[48] É nesse sentido que Fineman sugere como tarefa estatal a do fornecimento, ao indivíduo, de meios e de capacidades "de se recuperar de danos, contratempos e infortúnio que afetam nossas vidas".[49]

Uma consideração da vulnerabilidade a partir da perspectiva individual universal ou inerente entra em consonância, de acordo com Munro e Scoular, com propostas progressivas de justiça social[50], especialmente identificáveis em políticas públicas redistributivas e afirmativas, cujo desiderato é garantir um maior acesso para determinados sujeitos a certos direitos materiais. O reconhecimento da vulnerabilidade entremeia-se, aqui, na projeção de mecanismos de empoderamento de "pessoas vulneráveis" individualmente consideradas e na promoção do engajamento coletivo desses sujeitos em relações sociais que estruturam diferentes níveis de capacidade de enfrentamento e resiliência diante das ameaças. Apesar de a sociedade, lato sensu, envolver-se nessa tarefa de reconhecimento, o papel responsivo do Estado apresenta-se como protagonista.

É preciso lembrar que, em Fineman, o uso da designação "vulnerável" para afastar alguns grupos considerados desfavorecidos na sociedade em geral também resulta em sua estigmatização.[51] O termo "população vulnerável" tem consequências de vitimização, de maneira que, a partir da perspectiva individual universal, subgrupos específicos não devem ser taxados como especificamente vulneráveis. "Vulnerável" significa "humano" — as variações referem-se a recursos de resiliência. Para a segunda perspectiva individual, relativa à inerência da vulnerabilidade, há vulnerabilidades que variam dependendo de uma série de fatores, como idade, sexo, estado de saúde e deficiência. Nesse sentido, enquanto a perspectiva individual universal implica em inerradicabilidade da vulneração, em vista da vivência humana, a perspectiva inerente admite uma temporalidade dos estados vulneráveis, intrinsecamente relativos às instituições sociais e políticas, que, em sendo idealmente justas, os mitigariam na esfera individual do vulnerável.[52]

Embora conceitualmente diversas, ambas as perspectivas admitem que sempre haverá desigualdades de resiliências e vulnerabilidades inerentes, sendo

48 Ibidem, 2010.
49 Id., 2017, p. 146.
50 MUNRO; SCOULAR, op. cit.
51 FINEMAN, 2010, p. 266.
52 MACKENZIE, 2014, p. 39.

que as respostas para ambas deve ser o aumento de responsividade do Estado. Nesse sentido, é pressuposto da política social voltada para públicos politicamente minoritários que — embora um instrumental de resiliência da vida de um indivíduo ou de um coletivo possa aumentar e conquanto um sujeito temporal e inerentemente vulnerável possa passar a outros estados de invulnerabilidade específica — há uma demanda relativamente constante, não obstante dinâmica, fruto de uma escassez de resiliência ou de uma vulnerabilidade inerente que se reifica na vida de determinados indivíduos. Portanto, mesmo quando políticas sociais voltadas para determinados segmentos expressam uma preocupação em "diminuir", "erradicar" ou "mitigar" a vulnerabilidade, *lato sensu*, referidos programas podem apenas fazê-lo no que diz respeito à experiência individual de ausência de resiliência ou de vulnerabilidade inerente. Em sentido abstrato, a vulnerabilidade individual universal ou inerente não pode ser erradicada por uma política social enquanto a política social ainda se fizer necessária, dado que a reificação individual dessa vulnerabilidade é seu pressuposto material.[53]

Dado que essa vulnerabilidade individual deve ser sempre assumida quando da organização da distribuição estatal de recursos, Fineman sugere que a sociedade e suas instituições devem tomar a vulnerabilidade como princípio organizador.[54] Ademais, essa abordagem permite que as instituições políticas sejam elas mesmas entendidas em sua vulnerabilidade, o que implica na necessidade de monitorá-las, reformá-las e atualizá-las sempre que necessário. Esse reconhecimento da vulnerabilidade estatal pode ser uma contraposição às ambiguidades da linguagem pública de vulnerabilidades, que não são poucas — especialmente tendo em vista o papel do próprio Estado responsivo de Fineman na composição da matriz de dominação da qual as vulnerabilidades inerentes decorrem. Nesse sentido, também deve ser examinado o escopo que essa responsabilidade ampliada cria para impor maior vigilância, monitoramento e regulação regressiva, em nome da criação de mecanismos de resiliência, especialmente no âmbito das políticas de segurança pública e das chamadas políticas criminais.[55]

ii) Vulnerabilidade como fator de aplainamento nas relações

53 Veja-se o importante caso das vacinas. Mackenzie et al, 2014, p. 9, lembram que intervenções de imunização podem remover a vulnerabilidade inerente a certas doenças em particular. A política de vacinação específica para a condição visada ou a política geral, contudo, não se finalizam quando uma determinada doença é erradicada. Ainda se mantém, no contexto individual, a possibilidade de que a vulnerabilidade inerente se reifique na vida de um indivíduo, motivo pelo o qual uma política social de vacinação específica jamais pode dar como erradicada a vulnerabilidade lato sensu.

54 FINEMAN, op. cit., p. 268.

55 MUNRO; SCOULAR, 2012, p. 187.

PRIVADAS

A proliferação do discurso de vulnerabilidade no direito privado solidário[56] — especialmente no direito do consumidor, no direito societário e no direito de família — segue uma lógica bem diferente daquela apontada pela perspectiva individual, segundo a qual a vulnerabilidade não é aferível por comparações, mas sim por avaliações de cunho universal ou inerente. Nas relações privadas, a "vulnerabilidade" não vem sendo empregada como conceito de carga ontológica, mas sim como um conceito relacional, indicativo de um desequilíbrio da relação jurídica.[57] Nesse sentido, o discurso de vulnerabilidade empregado aqui presta-se a uma correção da assimetria entre as partes, e não a uma modificação da experiência individual da vulnerabilidade. São diferentes, portanto, os *ethos* da vulnerabilidade reconhecida por meio de políticas sociais e daquela usada para aplainar relações privadas. Nesse sentido, veja-se que, enquanto o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) pode ser fruto de uma responsividade estatal a uma vulnerabilidade inerente de infantes — gerando obrigações oponíveis à sociedade inteira, a serem implementadas temporalmente em nome daqueles que se enquadrem no perfil de "criança" ou de "adolescente" —, o Estatuto do Consumidor presta-se à proteção do consumidor *qua* consumidor e tão somente em face do fornecedor.

O objetivo do reconhecimento da vulnerabilidade, nessas relações privadas, é o de um aplainamento de forças, com vistas a gerar uma ficção de igualdade que permita que o intercâmbio se dê em condições mais justas. Essas condições consideram um aspecto específico do sujeito considerado vulnerável — delimitando, e.g., uma vulnerabilidade científica, técnica ou financeira —, não se podendo aferir uma vulnerabilidade existencial[58] a partir de sua constatação. Veja-se que a vulnerabilidade individual/universal-inerente *inevitável* não é, necessariamente, um fator negativo ou moralmente reprovável, enquanto a vulnerabilidade relacional sempre envolve relações de desigualdade *evitáveis*, que podem ser vistas como intrinsecamente negativas. Por esse motivo, a vulnerabilidade relacional — diferentemente da vulnerabilidade universal ou inerente — pode ser eliminada ou significantemente reduzida, por meio da ação estatal e da reforma.[59] O reconhecimento da vulnerabilidade relacional tem por pressuposto, assim, a ideia de que ela pode ser eliminada ou reduzida, sendo esse o objetivo de mecanismos de aplainamento das capacidades no direito privado.

---

56 Cf. MARQUES; MIRAGEM, 2012.

57 AMORIM, Ana Rosa Tenório de; BATISTA, Neimar. A Vulnerabilidade no Direito Privado. Tuiuti: Ciência e Cultura, v. 5, n. 57, 2018, p. 82.

58 Cf. KONDER, 2015.

59 GORDON-BOUVIER, 2019, p. 26; GORDON-BOUVIER, 2020, p. 52.

Ademais, veja-se que, ao contrário da vulnerabilidade universal de Fineman, sua concepção relacional esposada no direito privado não desafia o conceito de sujeito liberal autônomo — em verdade, o reforça, na medida em que acredita ser possível eliminar vulnerabilidades em nome da criação de igualdades, sugerindo contextos de paridade de autonomias. Por esse motivo, o fim do reconhecimento da vulnerabilidade em relações privadas é que a vulnerabilidade relacional ali emergente possa contingencialmente ter um fim. Nesse sentido, podemos — e, talvez, devamos — falar concomitantemente em "reconhecimento da vulnerabilidade" e em "incremento da autonomia dos vulneráveis", no âmbito da vulnerabilidade relacional em contextos de relações privadas, sem que isso signifique uma traição do referencial de Fineman, que ataca tão profundamente o mito da autonomia.

Entendo que uma melhor conceituação de vulnerabilidade deve preceder trabalhos que viabilizem respostas jurídicas. Ainda quando concordamos que um diálogo interdisciplinar e multisetorial deve ser estabelecido para que tal empreitada conceitual seja completada, os parâmetros em que tal conversa se estabelecerá parecem não ser os mesmos, em considerando diferentes problemas jurídicos nos quais a vulnerabilidade interpreta um papel normativo.

Em que pese tenha objetivamente sugerido que a vulnerabilidade derivada de uma perspectiva individual está melhor adequada aos problemas jurídicos associados às políticas sociais, enquanto uma vulnerabilidade advinda da perspectiva relacional conecta-se mais apropriadamente com questões de relações privadas, é preciso ressaltar que esse estudo tem limitações iniciais de profunda relevância. A primeira delas é que o próprio enquadramento de uma problemática jurídica como especificamente pública ou privada tende a obliterar discussões macrofilosóficas sobre questões estruturais, como racismo, machismo e capacitismo, sendo a reclamação de diluição dessa dicotomia própria de diversas análises do feminismo materialista. A segunda limitação consiste no fato de que, mesmo que um critério de demarcação seja suficientemente assumido, há situações que necessariamente florescem nas interseções — e.g., aquelas associadas ao trabalho sexual e à saúde mental.

Em terceiro lugar, um fator limitante é o de que a premissa que nos anima — qual seja a de que os usos jurídicos do termo "vulnerabilidade" não são uníssonos — seria melhor alicerçada por meio de uma exploração de natureza jurisprudencial ou legislativa, que fosse capaz de mapear o modo como os termos "vulnerabilidade", "vulneráveis" e "população vulnerável" têm sido empregados em decisões judiciais e leis positivadas. Por fim, em quarto lugar, uma limitação metodológica consiste na ausência de uma abordagem de índices de vulnerabilidade já utilizados, como o *Social Vulnerability Index* e o *Environmental Vulnerability Index*, os quais podem sugerir se e como as parametrizações que foram

neles utilizadas podem ser replicadas para o direito ou para um problema jurídico específico.

O apontamento de tais limitações comprova não apenas a vastidão dos ângulos passíveis de tomada para uma análise jurídico-normativa da vulnerabilidade, como também a necessidade de que tais empreendimentos investigativos continuem sendo executados. Meu passo aqui foi dado no sentido de destacar uma área emergente nos estudos jurídicos, problematizando, assim, a baixa densidade conceitual e as ambiguidades correlatas do conceito de vulnerabilidade. Nessa tarefa, deve-se admitir que parâmetros outros, de promoção de igualdade substantiva e identificação de desigualdade estrutural, possuem uma densidade prática profunda, não devendo ser dispensados em nome da soberania de conceitos vagos. Por fim, destaco que não deixo de considerar que as omissões da vulnerabilidade podem ser, a despeito de não intencionais, frutíferas para a perpetuação da indeterminação legal denunciada pelos estudos jurídicos críticos. Em sendo impossível especificar a vulnerabilidade, restando inevitavelmente frustradas quaisquer tentativas de delimitá-la, será preciso reconsiderar o quão é objetivamente eficaz para nossas pautas sua enunciação jurídica.

Minoria indígena e sua exclusão político-institucional: análise do caso Xukuru (Brasil, 2020)

Ranieri L. Resende [1]

Com base na perspectiva da teoria democrática e dos parâmetros globais e interamericanos de direitos humanos, o fenômeno da participação político-institucional da minoria indígena no Brasil pode ser adequadamente vislumbrado a partir da análise do caso Xukuru.

Em referido processo, o candidato indígena originário da comunidade homônima foi eleito ainda no primeiro turno das eleições municipais de 2020, mas teve a sua posse vetada pelo Poder Judiciário, por intermédio da interpretação extensiva de uma norma proibitiva nacional.

Interessante identificar, portanto, em que medida as exclusões político-participativas dos povos indígenas brasileiros se configuram parte de uma linha histórica permeada por graves violações de direitos humanos, a prolongar-se sem solução de continuidade perante as correspondentes instituições nacionais.

I. Dupla vertente da sustentabilidade

Adequado considerar que a construção histórica da concepção de desenvolvimento sustentável teve seu marco na Conferência de Stockholm (1972), onde seus delineamentos elementares foram esboçados nos princípios insertos na Declaração das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano,[2] ainda que de maneira incipiente.

---

1 Pesquisador Pós-doutoral Bolsista Visitante, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (MPIL, 2020). Pesquisador, Observatório da Justiça Brasileira da Universidade Federal do Rio de Janeiro (OJB/UFRJ, 2015-). Doutor em Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Pesquisador Doutoral Visitante, New York University (NYU, 2017-18). Bolsista Doutorado Nota 10, Fundação Carlos Chagas Filho (FAPERJ, 2018-19). Membro Associado, Committee on International Environmental Law at the New York City Bar Association (NYCBA, 2019-). E-mail: ranierilr@ufrj.br. ORCID: http://orcid.org/0000-0003-4869-7460.

2 UNITED NATIONS (UN), Report of the United Nations Conference on the Human Environment. Stockholm, 5-16, June, 1972, A/CONF.48/14/Rev.1, New York, 1973. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc /UNDOC/GEN/NL7/300/05/IMG /NL730005.pdf?OpenElement>. Acesso em 30 de abril de 2021, p. 3 et seq.

Uma primeira mutação conceitual se fez perceber no Relatório Brundtland (1987),[3] sob a titularidade da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, quando se estruturou institucionalmente o vocábulo "desenvolvimento sustentável".

Em sequência, a sua assimilação ampliada ocorreu na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (1992), face ao reconhecimento de um regime jurídico específico de regência, aprofundado em certa medida no âmbito da Cúpula Mundial realizada em Johannesburg (2002).[4]

No cenário verificável em 2020, inúmeros tratados abordam o desenvolvimento sustentável de forma vinculativa ou incidental,[5] por vezes sem precisar o sentido concretizante do respectivo significado normativo, de modo a evidenciar o risco da banalização do conceito e seu uso retórico para justificar pretensões por vezes contrárias ao que se propunha originariamente.[6]

Consoante alerta Antonio Carlos Wolkmer,[7] existem alguns riscos imanentes à retórica contraditória da sustentabilidade, a partir da busca de uma harmonia necessária, e materialmente inviável, entre um processo econômico desenfreado e ilimitado e a preservação de uma natureza ontologicamente marcada pela limitação e escassez.

Neste sentido, configura-se fundamental desmistificar a ideia matriz do desenvolvimento sustentável, com vistas a torná-la passível de críticas embasadas na excessiva centralidade da relação entre macroeconomia e natureza, em detrimento das relações estruturantes entre vidas e culturas locais e natureza.[8]

Evitar a vingança do conceito, diante da sua banalização ou do mau uso, poderá ser o mote necessário para o resgate da crítica contida no *Manifiesto por una Ética para la Sustentabilidad*, lançado em Bogotá (2002),[9] especialmente a fim de reconhecer a importância essencial dos fatores dinâmicos da interconectividade e da interdependência que permanentemente emanam da natureza.

---

3 UNITED NATIONS (UN). General Assembly. Report of the World Commission on Environment and Development. 4 Aug. 1987, A/42/427, New York, 1987. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org /record/139811>. Acesso em 30 de abril de 2021.

4 Cf. RAMLOGAN, 2011, p. 11 et seq.

5 Cf. HERDEGEN, 2016, p. 75, 139-140; TIETJE, 2009, p. 26-27.

6 Sobre o caso paradigmático da megausina hidrelétrica de Belo Monte, cf. PETERS, 2011.

7 WOLKMER, Antonio Carlos. Ética da sustentabilidade e direitos da natureza no constitucionalismo latino-americano. In: LEITE, José Rubens Morato; PERALTA, Carlos E. (ed.). Perspectivas e desafios para a proteção da biodiversidade no Brasil e na Costa Rica. São Paulo: Planeta Verde, 2014. p. 69-70.

8 Id.

9 GALANO, Carlos; et al. Manifiesto por la vida: por una ética para la sustentabilidad. Ambiente & Sociedade. Campinas, nº 10, 2002. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1414-753X2002000100012>. Acesso em 10 de março de 2021.

Face à sua complementaridade, configura-se viável apreender a dupla vertente da sustentabilidade em dois sentidos:

> 1) sustentabilidade protetiva ambiental: objetiva a compatibilização da capacidade volitiva social e comunitária com os direitos da natureza (vinculada à teoria jurídica);
>
> 2) sustentabilidade protetiva democrática: visa à harmonização da vontade majoritária com a proteção de minorias em matéria ambiental (vinculada à teoria política).

A conjugação de referidas perspectivas se demonstra imprescindível para a melhor compreensão acerca do fenômeno da relação entre povos indígenas e natureza, sem a adoção de premissas mutuamente excludentes ou incompatíveis, calcadas em falsos discursos de oposição necessária.

II. Dimensão política minoritária dos povos indígenas

À luz da proporcionalidade demográfica, o caráter essencialmente minoritário dos povos indígenas deve permear as análises centradas na sua correspondente participação democrática, na medida em que representam estatisticamente a cerca de:

- 5,0% da população global (2021);[10]
- 7,8% da população latino-americana (2015);[11]
- 0,4% da população brasileira (2010);[12]
- 1,7% da população estadunidense (2010);[13]
- 4,9% da população canadense (2016).[14]

Alie-se a isto a baixíssima representação indígena nas esferas político-institucionais brasileiras, consoante exemplifica o fato de que as respectivas legislaturas do Congresso Nacional não contaram com, sequer, um único deputado federal indígena entre 1987 e 2018,[15] ou seja, por mais de 30 anos não houve nenhuma representação indígena na Câmara dos Deputados, apesar de ser atribuição do Parlamento Federal legislar privativamente sobre populações indígenas

---

10 WORLD BANK (WB). Indigenous Peoples. Disponível em: <https://www.worldbank.org/en/topic /indigenouspeoples>. Acesso em 22 de março de 2021.

11 WORLD BANK (WB). Indigenous Latin America in the Twenty-First Century: The First Decade, 2015. Disponível em: <https://documents.worldbank.org/en/publication/documents-reports/documentdetail/ 145891467991974540/indigenous-latin-america-in-the-twenty-first-century-the-first-decade>. Acesso em 22 de março de 2021, p. 106.

12 GOMES, Irene; MARLI, Mônica. As cores da desigualdade. Retratos: A Revista do IBGE, nº 11, Maio 2018, p. 14-19. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/ revista-retratos.html>. Acesso em 10 de abril de 2021, p. 19.

13 NORRIS, et al. The American Indian and Alaska Native Population: 2010. U.S. Census Bureau, 2010 Census Briefs. Jan. 2012. Disponível em: <https://www.census.gov/history/pdf/c2010br-10.pdf>. Acesso em 20 de abril de 2021, p. 3.

14 CANADA. Statistics Canada. Aboriginal peoples in Canada: Key Results from the 2016 Census. 25 Out. 2017. Disponível em: <https://www150.statcan.gc.ca/n1/daily-quotidien /171025/dq171025a-eng.htm>. Acesso em 10 de março de 2021.

15 BRASIL. Câmara dos Deputados. Primeira deputada indígena eleita tem como prioridade a defesa da inclusão e da sustentabilidade. 10 Out. 2018. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/546065- primeira-deputada-indigena-eleita-tem-como-prioridade-a-defesa-da-inclusao-e-da-sustentabilidade/>. Acesso em 15 de dezembro de 2020.

e exclusivamente sobre a exploração de recursos hídricos e lavra mineral em terras indígenas.[16]

A realidade histórica brasileira, portanto, configura-se irrefutavelmente vinculada à sub-representação indígena perante as instituições políticas, de modo a alcançar até mesmo cenários de total supressão representativa.

Tais dados confrontam diametralmente com as dimensões das terras indígenas nacionais, onde existem cerca de 1.170.674 quilômetros quadrados em diferentes fases do processo de reconhecimento estatal,[17] equivalentes a 13,7% do território brasileiro.[18]

A histórica sub-representação política combinada com relevantes e permanentes disputas territoriais produzem resultados negativamente impactantes nas comunidades indígenas, os quais redundam na notória falta de priorização de políticas públicas de proteção, conforme exemplifica o alto grau comparativo da taxa de mortalidade infantil, ao constatar-se que o risco de morte de uma criança indígena antes de completar um ano é 60% maior em relação a uma não indígena.[19]

Nesta perspectiva, a violência social contra indígenas perpassa pela evidente conduta omissiva estatal, no inadimplemento de sua obrigação de prover saúde e segurança suficientes a tais minorias, a fim de assegurar as suas integridades individual, coletiva, cultural e ambiental.

A partir da perspectiva da teoria política, ademais, uma concepção absoluta de democracia pode se converter em verdadeira armadilha para as minorias, caso haja uma aplicação da regra de maioria sem os mecanismos constitucionais de proteção, especialmente sem a efetiva promoção do pluralismo e da pluralidade participativa.[20]

Se, de um lado, a regra majoritária assume a posição de método imprescindível para a busca da participação isonômica dos cidadãos no processo político nacional, de outro, a força da maioria poderá agir em prol da supressão de

16 Constituição Federal de 1988, artigos 22, inciso XIV, e 49, inciso XVI.

17 Processo a abranger as terras: delimitadas, declaradas, homologadas e regularizadas.

18 FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO (FUNAI). Modalidades de terras indígenas. Disponível em: <http:// www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/terras-indigenas>. Acesso em 15 de julho de 2019.

19 MARINHO et al. Mortalidade infantil de indígenas e não indígenas nas microrregiões do Brasil. Revista Brasileira de Enfermagem. Brasília, v. 72, nº 1, 2019, p. 57-63. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/0034-7167-2017-0646>. Acesso em 10 de março de 2021, p. 60.

20 ELY, John Hart. Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review. Cambridge [MA]: Harvard University Press, 1980, p. 79-80.

minorias,[21] de modo a enfraquecer sua representatividade e, via de consequência, agravar seu risco comparativo de vulnerabilidade.[22]

Do ponto de vista da arquitetura normativa, a concepção complementar de democracia constitucional, conjugada com o resguardo dos direitos e liberdades fundamentais, apresenta-se essencial para a evitação do comprometimento das faculdades jurídicas das minorias face às deturpações potestativas eventual ou permanentemente titularizadas pela maioria.[23]

III. Standards globais de proteção

Mesmo inspirada no hoje superado paradigma da "integração progressiva",[24] a Convenção nº 107 (1957), da Organização Internacional do Trabalho (OIT),[25] previa os primeiros passos normativos em prol da participação das populações indígenas nas instituições políticas eletivas (art. 5.c), juntamente com o reconhecimento do direito de propriedade coletivo e individual das terras tradicionalmente ocupadas por tais comunidades (art. 11).

A normativa convencional definitiva sobre o tema foi agregada à Convenção OIT nº 169 (1989),[26] depois do decurso de mais de 30 anos de sequenciais debates preparatórios.[27] O texto final do tratado combinou elementos conectados ao consentimento e participação política nos respectivos artigos 6 e 7, com vistas a abranger o acesso aos processos de tomada de decisão, controle sobre as terras tradicionalmente ocupadas e seus recursos, direitos de consulta e proteção cooperativa do meio ambiente.

Considerando a dimensão minoritária das populações indígenas, o Comitê de Direitos Humanos[28] editou o *General Comment nº 23 (1994)*, o qual estabelece que a proteção de um específico meio de vida está conectada ao uso dos recursos naturais do território no caso dos povos indígenas e, para garantir o exercício de seus direitos, medidas positivas devem ser adotadas para assegurar a efetiva participação dos membros de comunidades minoritárias nas tomadas de decisão que possam afetá-las.[29]

---

21 VERMEULE, Adrian. The Force of Majority Rule. In: NOVAK, Stéphanie; ELSTER, Jon (ed.). Majority Decisions: Principles and Practices. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, passim.

22 Cf. HANNUM, 2008.

23 Cf. FERRAJOLI, 2009, p. 35-40.

24 Cf. YUPSANIS, 2012, p. 123-125.

25 INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION (ILO). Indigenous and Tribal Populations Convention, 1957 (No. 107). Disponível em: <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_ CODE:C107>. Acesso em 10 de março de 2021.

26 Id., 1989.

27 Cf. SWEPSTON, 2015, p. 154-182.

28 Órgão internacional responsável pela interpretação do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966).

29 HUMAN RIGHTS COMMITTEE (HRC). General Comment nº 23 (1994). Disponível em: <https ://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2f21%2fRev.1%2fAdd.5&Lang=en>. Acesso

Em seu *General Comment nº 21 (2009)*, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais[30] considera que os direitos culturais dos povos indígenas estão diretamente associados aos seus territórios ancestrais e à sua relação com a natureza, motivo pelo qual os Estados são obrigados a reconhecer e proteger os direitos dessas populações, especialmente por intermédio do dever de viabilizar a sua participação nos respectivos processos decisórios que possam atingi-las de alguma maneira.[31]

De forma ampla, os direitos de participação indígena incluem o acesso à justiça ambiental e participação no processo de tomada de decisão em matérias especificamente comunitárias e, concomitantemente, naquelas franqueadas a todos os cidadãos. Isto se justifica em razão de, no caso dos povos indígenas, a conexão imanente entre o direito à vida e o direito à propriedade exigir especial proteção contra o abuso governamental e a degradação ambiental.[32]

Não é outro, aliás, o conteúdo da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas,[33] adotada por intermédio de Resolução da Assembleia Geral (2007), ao assimilar o direito de conservar e reforçar suas próprias instituições políticas, mantendo ao mesmo tempo o direito de participar plenamente da vida política do Estado (art. 5º), ao lado da obrigação estatal relacionada ao combate ao preconceito e à eliminação de práticas discriminatórias contra tais comunidades e seus membros (art. 15.2).

Tamanho foi o grau de consenso internacional em torno da Declaração, que até mesmo a resistência estadunidense originária à vontade coletiva dos 143 Estados, que votaram a favor da Resolução perante a Assembleia Geral, converteu-se em apoio explícito em 2011 após relevante pressão política das comunidades indígenas nacionais.[34]

---

em 10 de março de 2021, §§ 3.1, 3.2, 7.

30 Órgão internacional responsável pela interpretação do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966).

31 COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS (CESCR). General Comment nº 21 (2009). Disponível em: <https://tbinternet.ohchr.org/layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno =E%2fC.12%2fGC%2f21&Lang=en>. Acesso em 10 de março de 2021, §§ 3, 36-37.

32 BURGER, Michael. Bi-Polar and Polycentric Approaches to Human Rights and the Environment. Columbia Journal of Environmental Law, v. 28, n. 2, 2003, p. 392.

33 UNITED NATIONS (UN). General Assembly. Resolution Adopted by the General Assembly on 13 September 2007: United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, 2 Oct. 2007, A/RES/61/295, New York, 2007. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/512/07/PDF/N065 1207.pdf?OpenElement>. Acesso em 30 de abril de 2021.

34 UNITED STATES (US). Department of State, Announcement of U.S. Support for the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. 12 Jan. 2011. Disponível em: <https://2009-2017.state.gov/s/srgia/154553.htm>. Acesso em 15 de março de 2021.

IV. Standards interamericanos de proteção

A título exemplificativo, Thomas Antkowiak identifica alguns precedentes interamericanos de destaque acerca da proteção distintiva das minorias indígenas e tradicionais:[35]

> a) *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* (2005): teste de legalidade, necessidade e proporcionalidade aplicável para justificar eventual intervenção estatal em questões indígenas;
>
> b) *Comunidad Moiwana vs. Suriname* (2005): extensão do regime jurídico de proteção especial das terras indígenas às terras de outras populações tradicionais;
>
> c) *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* (2001): reconhecimento da propriedade comunitária sobre as terras indígenas, com a vedação de que interpretações da lei nacional restrinjam a fruição de tal direito por seus titulares.

Chama atenção que no julgamento do caso *Yatama vs. Nicarágua* (2005), com referência à comunidade indígena homônima, o Tribunal Interamericano tenha estatuído ser indispensável que o Estado viabilize as condições e os mecanismos adequados para que os direitos políticos da minoria étnica sejam efetivamente exercidos, respeitados os princípios da igualdade e da não discriminação.[36]

Neste sentido, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em conformidade com seus artigos 1.1, 2, 23 e 24, define que o Estado tem a obrigação internacional de garantir o gozo dos direitos políticos, a par de adotar as medidas necessárias para garantir o seu pleno exercício, a não se configurar suficiente a mera expedição de normas que reconheçam apenas formalmente referidos direitos, mas que a adoção das correspondentes medidas estatais assecuratórias do exercício dos direitos políticos leve em consideração as situações de debilidade e desamparo em que se encontrem os integrantes de determinados setores ou grupos sociais.[37]

Complementa tal compreensão o artigo 9.º da Carta Democrática Interamericana, aprovada pela Assembleia da OEA (2001), que compõe o denominado *corpus iuris* interamericano:[38]

> A eliminação de toda forma de discriminação, especialmente a discriminação de gênero, étnica e racial, e das diversas formas de intolerância, bem como a promoção e proteção dos direitos humanos dos povos indígenas e dos migrantes, e o respeito à diversidade étnica, cultural e religiosa nas Américas contribuem para o fortalecimento da democracia e a participação do

35 ANTKOWIAK, Thomas M. Rights, Resources, and Rhetoric: Indigenous Peoples and the Inter-American Court. University of Pennsylvania Journal of International Law. Philadelphia, v. 35, nº 1, 2013, p. 139 et seq.

36 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTEIDH). Caso Yatama vs. Nicaragua: Sentencia de 23 de Junio de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos /articulos/seriec_127_esp.pdf>. Acesso em 5 de junho de 2020, §§ 224-227.

37 Ibidem, §§ 201 et seq.

38 Cf. NEUMAN, 2008, p. 113-114; MEDINA, 2016, p. 3-4.

cidadão.[39]

Na mesma linha da Declaração Universal, a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2016)[40] deixa explícito que, além de ter assegurada a sua participação no processo decisório relacionado às questões que possam afetar seus direitos, os povos indígenas têm o direito à igualdade de oportunidades para acessar e participar plena e efetivamente em todas as instituições e foros nacionais, inclusive em colegiados deliberativos (art. XXI).

V. Princípio democrático e proibição da prática discriminatória

A falha de proteger grupos impopulares pode resultar na incapacidade legislativa em face de forças políticas e econômicas prevalentes,[41] com o potencial de facilitar o surgimento de práticas típicas de "tirania da maioria", em detrimento das faculdades decisórias de porções minoritárias da sociedade,[42] seguida por desapoderamentos *de facto*,[43] com graves consequências para grupos e organizações indígenas.[44]

Para evitar tal cenário de supressão de minorias, destaca-se o papel "contramajoritário" a ser exercido pelo Poder Judiciário,[45] ao buscar o reajuste estrutural das tensões políticas confrontantes (maioria *vs* minorias). Em nenhuma hipótese, portanto, pode o Judiciário nacional servir de suporte ou confirmação de violações de direitos humanos de minorias que deveria proteger.

Ao julgar o caso *Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile* (2014), no qual lideranças indígenas mapuches tiveram seus direitos políticos suspensos em razão de sentença penal condenatória, a Corte Interamericana deixou explícito que a imposição de tais penas acessórias por cerca de 15 anos se configurou irrazoável e ofensiva aos direitos políticos assegurados pelo artigo 23 do Pacto de San José,

---

39 ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Carta Democrática Interamericana: documentos e interpretaciones. Washington: Organización de los Estados Americanos, 2003. Disponível em: <http ://www.oas.org/OASpage/esp/Documentos/Carta_ Democratica.htm>. Acesso em 5 de dezembro de 2020, p. 30.

40 ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. 14 Jun. 2016, AG/RES. 2888 (XLVI-O/16), Washington, 2016. Disponível em: <https://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>. Acesso em 5 de dezembro de 2020.

41 DWORKIN, Ronald. Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution. Cambridge [MA]: Harvard University Press, 1996, p. 34.

42 WALDRON, Jeremy. The Core of the Case against Judicial Review. Yale Law Journal. New Haven, v. 115, 2006, p. 1395 et seq.

43 ELSTER, Jon. Ulysses Unbound: Studies in Rationality, Precommitment, and Constraints. New York: Cambridge University Press, 2000, p. 169.

44 YASHAR, Deborah J. Contesting Citizenship: Indigenous Movements and Democracy in Latin America. Comparative Politics. New York, v. 31, nº 1, 1998, p. 38-39.

45 Cf. BICKEL, 1986, p. 16-23.

na medida em que afetaram a própria representação dos interesses coletivos das comunidades indígenas, com graves prejuízos para essas minorias.[46]

Na condição de mecanismo institucional, a atuação operativa do Judiciário sob o signo do pluralismo social poderá ter uma importância garantidora no asseguramento da supremacia constitucional e da proteção de parcelas minoritárias da sociedade política, desde que direcionada a contrabalançar os possíveis excessos majoritários da prática democrática com os standards do estado de direito — *Rule of Law* —.[47]

VI. Análise do caso Xukuru[48]

Neste contexto, ainda causa assombro que especificamente à candidatura do Cacique Marcos Xucuru, membro de minoria indígena, escolhido Prefeito do Município de Pesqueira (PE) ainda no primeiro turno das eleições de 2020, o Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco tenha emprestado uma interpretação extensiva à norma proibidora nacional para decretar a sua inelegibilidade e vedar a legítima participação político-eleitoral.

Neste aspecto, identifica-se a provável ocorrência de uma prática discriminatória titularizada pelo Estado brasileiro, ao arrepio das normas protetivas internacionais e em sentido contrário aos citados precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Sem dúvida, tais fatores deveriam ser levados em consideração pelo Tribunal Superior Eleitoral na apreciação do recurso especial eleitoral submetido a julgamento,[49] sob o risco de reforçar eventual prática de ato internacionalmente ilícito.

A par do crescente número de ocorrências violentas contra indígenas revelado por entidades monitoras, a exemplo do Conselho Indigenista Missionário (CIMI) que computa tais dados há mais de 30 anos,[50] o reconhecimento da responsabilidade do Estado brasileiro já foi efetivado pela Corte Interamericana em sentença internacional relativa à própria Comunidade Indígena Xucuru, da qual faz parte o candidato sob impugnação.

Insta ressaltar, ainda, que no citado julgamento do caso *Xucuru vs. Brasil* pelo Tribunal Interamericano (2018), os atos de gravíssima violência ali narrados

---

46 CORTEIDH, 2014, §§ 379-386.

47 Cf. FEREJOHN; PASQUINO, 2003, p. 257-260; RESENDE, 2020, p. 6-7.

48 Uma versão preliminar desta seção foi publicada no site JOTA em 24 de janeiro de 2021 (RESENDE, 2021).

49 BRASIL, 2021.

50 CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO (CIMI). Relatório Violência contra os Povos Indígenas no Brasil. 2019. Disponível em: <https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2020/10/relatorio-violencia-contra-os- povos-indigenas-brasil--2019-cimi.pdf >. Acesso em 11 de março de 2021.

atingiram toda a comunidade indígena homônima, juntamente com as respectivas lideranças. Dentre as vítimas individualizadas na sentença internacional, constam expressamente o próprio Cacique Marcos Xucuru e sua família.[51]

No tocante ao bloqueio político-eleitoral sob análise, impressiona que o Tribunal Regional Eleitoral (TRE/PE) tenha adotado uma interpretação extensiva da lista fechada (*numerus clausus*) de causas legais de inelegibilidade, para excluir o candidato indígena do processo eleitoral municipal, este vinculado diretamente à representação local da própria comunidade indígena a que pertence.[52]

Ao decidir pela exclusão do candidato indígena, o TRE/PE ementou sinteticamente:[53]

> O crime pelo qual foi condenado o recorrido, incêndio com causa de aumento de pena em razão da conduta ter atingido casa habitada ou destinada à habitação (art. 250, caput e 250, §1o, II, "a"), deve ser enquadrado na inelegibilidade do art. 1o, I, "e", item 2 (crime contra patrimônio privado) da LC no 64/90.

Saliente-se, entretanto, que o tipo penal "crime de incêndio", que teria sustentado a condenação do candidato, não se encontra especificado no rol taxativo do artigo 1.º, inciso I, da Lei Complementar nº 64/90.

Tal constatação objetiva decorre da própria situação topográfica do artigo 250 no Código Penal brasileiro ao tipificar o crime de incêndio, incluído no Título VIII do Códex referente aos "Crimes contra a Incolumidade Pública", fora dos limites dos capítulos penais vinculados aos crimes contra a propriedade privada.

A esse respeito, a doutrina nacional é bastante pacífica, consoante leciona Paulo José da Costa Júnior em seus comentários ao artigo 250 do Código Penal: "Objetividade jurídica — É a incolumidade pública, entendida como a segurança dos cidadãos em geral".[54]

Interessante registrar algumas semelhanças estruturalmente visíveis entre as previsões legais do crime de incêndio na lei brasileira e no Código Penal alemão, cuja disposição no *Strafgesetzbuch* é considerada pela doutrina especializada um crime de perigo contra a comunidade (§§ 306 et seq.),[55] em direta consonância com a sua localização topográfica na respectiva Seção 28ª do Código (*Gemeingefährliche Straftaten*), externa à abrangência dos crimes contra a propriedade privada.

---

51 CORTEIDH, 2018, p. 6, 47.

52 Cf. NEVES; FIALHO, 2021.

53 BRASIL, 2020.

54 COSTA JÚNIOR, Paulo José da. Direito penal objetivo: comentários atualizados ao código penal e ao código de propriedade industrial. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 466.

55 WOLFF, Hagen. §§ 303c–311b. In: JÄHNKER, Burkhard; LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm; ODERSKYET, Walter (Hrsg.). Strafgesetzbuch: Leipziger Kommentar. 11. Auf. Berlin: De Gruyter Recht, v. 8, 2005,, p. 90-91.

Acresça-se, ainda, a existência de inúmeras decisões de outros Tribunais Regionais Eleitorais brasileiros a explicitar o suporte à premissa ora assimilada, ao interpretarem de forma restrita a norma proibitiva nacional acerca das inelegibilidades, em sentido diametralmente oposto à extensão dada pela Corte Eleitoral recorrida com relação ao candidato indígena sob trato:

> O bem jurídico protegido pela norma incriminadora é a incolumidade pública, não estando a mesma capitulada como crime contra a Administração Pública, conforme prevê a Lei Eleitoral. Tratando-se de norma restritiva de direitos, não comportando interpretação extensiva.[56] (TRE/RS)

> [...] o bem jurídico protegido pela norma incriminadora em comento é a incolumidade pública e não a saúde pública, de modo que não incide na espécie a causa de inelegibilidade.[57] (TRE/RJ)

> Existência de condenação por crime contra a incolumidade pública. Delito não previsto como causa de inelegibilidade pela LC 64/90. Analogia *in malam partem* vedada pelo ordenamento em relação a norma restritiva.[58] (TRE/SP)

> [...] a hipótese não se enquadra na inelegibilidade prevista no art. 1º, I, "e", da LC No. 64/90, porquanto o delito não se amolda a nenhuma das previsões ali constantes, haja vista ter por objeto jurídico a incolumidade pública e a segurança coletiva.[59] (TRE/RN)

Neste ponto, adequado recordar o bem fundamentado voto do Juiz Piza Escalante, no âmbito da *Opinión Consultiva nº 5/85* da Corte Interamericana, ao registrar que as hipóteses fáticas devem ser consideradas implicitamente permitidas, caso não tenham sido expressamente incluídas na proibição da lei, em razão do princípio da interpretação extensiva dos direitos humanos e restritiva de suas limitações (*pro homine*).[60]

Trata-se, portanto, de um critério interpretativo que informa todo o arcabouço do direito internacional dos direitos humanos, segundo o qual a interpretação extensiva somente será cabível quando envolver a abrangência de uma norma de proteção. Inversamente, a interpretação mais restrita será adequada quando estiver em jogo o estabelecimento de restrições ao exercício de direitos ou a sua suspensão extraordinária.[61]

Conclusão

Sob o prisma principiológico, evidencia-se viável reconhecer a imprescindível complementaridade entre as vertentes da sustentabilidade protetiva am-

---

56 BRASIL, 2016.

57 Id., 2014a.

58 Id., 2008.

59 BRASIL, 2014b.

60 CORTEIDH, 1985, § 12.

61 PINTO, Mónica. El principio pro homine: criterios de hermenéutica y pautas para regulación de los derechos humanos. In: COURTIS, Christian; ABREGÚ, Martín (ed.). La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1997, p. 163 et seq.

biental e democrática, especialmente quando se trata de avaliar o fenômeno da participação minoritária indígena nos processos político-institucionais nacionais, em todas as suas arenas públicas de atuação.

Assimiladas as premissas relativas à natureza de minoria imanente aos povos indígenas e à sua deficiente participação democrática frente à força potencialmente supressora da maioria, a constatação acerca do baixo grau de realização das faculdades jurídicas titularizadas pelas comunidades indígenas e seus membros pode ser vislumbrada em direta conexão com a postura excludente das esferas potestativas institucionais, com referência a tais grupos étnicos.

Considerando a antecedente condenação brasileira pela Corte Interamericana no *Caso Xucuru vs. Brasil* (2018),[62] aparenta que houve um insuficiente aprendizado institucional pelas instâncias nacionais, com vistas a evitar situações locais e globais de violações de direitos indígenas pelo Estado brasileiro.

Isto fica bastante claro a partir da interpretação extensiva do Judiciário a uma norma proibitiva em matéria eleitoral, cujos efeitos concretos suprimiram a participação política do candidato indígena eleito ainda no primeiro turno das eleições municipais de 2020, além de reforçarem uma prática estatal discriminatória aplicada às minorias indígenas brasileiras, ao impedir o pleno exercício de seu legítimo direito de acesso e participação nas esferas institucionais de tomada de decisão, com irreparáveis prejuízos à Comunidade Indígena Xukuru.

Neste aspecto, verifica-se um *continuum* que vincula a ocorrência de graves violações de direitos humanos a práticas estatais reforçadoras e prolongadoras de um processo político-jurídico de exclusão.

Com base nos elementos considerados neste curto artigo, a conclusão mais adequada se direciona a admitir que o comportamento do Estado brasileiro incorpora o risco relevante de configurar-se, mais uma vez, um ato internacionalmente ilícito contra a minoria indígena, sob o prisma dos parâmetros normativos do direito internacional dos direitos humanos.

62 CORTEIDH, 2018.

Experiência Constitucional Sul-americana

Ensaio de uma epistemologia jurídica experimental: o Tribunal Constitucional Plurinacional e a hermenêutica jurídica analética

Diogo Bacha e Silva [1]

Muitos dos métodos interpretativos utilizados nas últimas duas décadas na *práxis* jurídica foram circulados a partir das obras de autores que, criticamente, assumimos como autores modernos e europeus. Em comum, o fato de que todos eles partilhavam do *lócus* enunciativo, qual seja, da perspectiva da construção de um direito e do Estado moderno, eurocêntrico, colonial. Embora não se desconheça que os referidos métodos, construídos dentro de paradigmas hegemônicos, possam ser utilizados na interpretação/aplicação jurídica de forma contra-hegemônica, o artigo pretende oferecer uma contribuição de teoria do direito e da interpretação jurídica que possibilite ir além do horizonte de sentido de um direito e Estado moderno, eurocêntrico e colonizador.

Partindo da compreensão de que, em geral, essas teorizações foram formuladas a partir de e para um determinado modelo de sociedade, de Estado e de direito, acreditamos que os limites de potencialidade das teorias tradicionais de interpretação jurídica seja a Linha Abissal do Equador. Enfim, a forma de conceber o direito dentro de um Estado monocultural e moderno que está vinculado a um direito centralizador e dominador que exclui outras perspectivas de sentido da própria juridicidade. Nesse aspecto, aplicado a partir de seus limites ontológicos e sem uma contextualização crítico-normativa, as referidas teorias tradicionais de interpretação do direito acabariam por legitimar a dominação do sistema jurídico vigente e, pois, produzir uma imensa massa de indivíduos que são os "negados" pelo sistema vigente.

É o momento de se pensar em uma teoria do direito que seja construída desde o Sul e para o Sul. Inspirando-se sobretudo na filosofia da libertação dusseliana com aportes da discussão modernidade-colonialidade, buscamos pensar a construção de categorias e sentidos jurídicos que possibilitem a construção de um direito que seja próprio de uma experiência jurídica alternativa e intercultural.

1 Estágio de pós-doutorado em Direito na UFMG, Doutor em Direito pela UFRJ e Mestre em Direito pela FDSM. Membro do OJB/FND e da Rede para o Constitucionalismo Democrático Latino-Americano. E-mail: diogobacha@gmail.com.

Assim, a partir da prática do Estado Plurinacional da Bolívia que constrói pontes e diques institucionais e epistêmicos para romper com a lógica dominadora da modernidade, mostraremos a possibilidade de aplicação de uma hermenêutica jurídica analógica.

O objetivo do artigo é mostrar como o Tribunal Constitucional Plurinacional, instituído a partir da configuração de um Estado Plurinacional e descolonial, incorpora as tarefas de construção de uma sociedade justa, cimentadas na descolonização, com plena justiça social. Em última análise, buscamos compreender como se dá uma hermenêutica jurídica analética que propicie um diálogo intercultural no exercício da jurisdição constitucional plural do Tribunal Constitucional Plurinacional que redimensione a semântica dos direitos fundamentais.

Para tanto, em um primeiro momento, o artigo cuidará de estabelecer as premissas de uma crítica à epistemologia ocidental e a transição de paradigmas para uma racionalidade que seja do Sul e descolonizadora.

Face aos objetivos da descolonização e da construção de um Estado Plurinacional da experiência constitucional da Bolívia, em um segundo passo, o artigo explora, a partir de Mauricio Beuchot e Enrique Dussel, uma hermenêutica analógica e como essa nova forma de pensar e interpretar o direito pode servir como mecanismo de diálogo intercultural e de um esforço descolonizador, a partir da compreensão pela semelhança e distinção e não identidade e diferença.

Em um esforço de síntese, o último capítulo consistirá em mostrar como o Tribunal Constitucional Plurinacional, no exercício do controle plural de constitucionalidade, tem sido um espaço que permite uma hermenêutica jurídica analética baseada em uma concepção de analogia *verbi.* Rompendo com o direito moderno e eurocêntrico, o pluralismo jurídico do Estado Plurinacional da Bolívia permite a construção de uma hermenêutica jurídica que é, ao mesmo tempo, exterior à modernidade dominadora europeia e intercultural, levando a um espaço transversal da transmodernidade.

O artigo se vale do método jurídico experimental no qual pensamos o fenômeno do direito a partir de uma totalidade concreta de determinações de interações humanas realizadas a partir da linguagem. Assim, buscamos muito mais do que dar respostas aos problemas jurídico-políticos da América Latina, oferecer um trabalho reflexivo-crítico e metateórico acerca da própria concepção do direito que é aplicado em *Abya Ayla*. Para tanto, nos valemos de técnicas como estudo de caso e revisão de bibliografia para uma hipótese qualitativa de pesquisa de que o Tribunal Constitucional Plurinacional vem realizando uma abertura semântica aos direitos constitucionais que é inclusiva e protetora no intuito de aprofundar o Estado Unitário Social de Direito Plurinacional. Essa experiência,

por outro lado, poderá ser aproveitada, em alguma medida, pelas demais Cortes e pelo direito de muitos países latino-americanos que comungam dos dramas da desigualdade e necessitam articular a pluralidade diante da complexidade social e política de nossa região.

I. Compreendendo os caminhos de um diálogo intercultural: a transição de paradigmas, a crítica à modernidade e a epistemologia do Sul

As críticas sociais e políticas de Boaventura de Sousa Santos à institucionalização e o arranjo das condições de possibilidade do próprio pensamento possibilitam a construção de novos caminhos. Assim, a ciência moderna se fundou no conhecimento-regulação em que buscou a primazia da ordem sobre o caos. A forma hegemônica do saber do conhecimento-regulação foi o paradigma que dominou o cenário filosófico-cultural no ocidente pelos últimos 200 (duzentos) anos. Como denunciou Boaventura de Sousa Santos, a ciência moderna partilhou de uma *epistemologia da cegueira* que se manifestou em uma representação distorcida dos fenômenos que não se adequam à sua imaginação ordenadora.[2] Essa racionalidade - denominada de *razão indolente* - é obcecada pela totalidade[3] e, como consequência, afirma-se como a razão exclusiva e completa, imaginando que não há nada fora do todo ou da sua própria compreensão de mundo.[4]

Para se contrapor a essa racionalidade, o sociólogo português advoga uma *epistemologia da visão*, uma tensão intrínseca à modernidade e seu projeto de conhecimento-regulação que se cegou para o conhecimento-emancipação. Ao invés de um conhecimento que cria a ordem em contraponto ao caos, um conhecimento cuja ignorância é o colonialismo e cujo saber é a solidariedade. Neste ponto, um conhecimento-emancipação cuja principal finalidade é a solidariedade, entendida como o reconhecimento do outro como igual, sempre que a diferença acarrete inferioridade e como diferente, sempre que a igualdade ponha em risco a identidade.[5]

---

2 SANTOS, Boaventura de Sousa. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. 8ª Edição. São Paulo: Cortez, 2011, p. 244.

3 Enrique Dussel coloca a dialética hegeliana como ponto culminante dessa racionalidade moderno-europeia em que o todo se confunde com a subjetividade ou o cogito do sujeito pensante. Há uma negação, um recheço da cotidianidade, da realidade empírica, que culmina no processo da consciência em si e para si do Absoluto como afirmação do Todo e, daí então, começar a se descender o conhecimento para, ao final, se reencontrar circularmente no Todo ou na auto-consciência de si e para si. O conhecimento científico é, então, uma negação do conhecimento cotidiano a partir da lógica da Identidade e da Totalidade (DUSSEL, 1974).

4 SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências. Revista Crítica de Ciências Sociais, 63, Outubro, 2002, p. 242.

5 SANTOS, 2011, p. 246.

Aqui, então, propõe Boaventura de Sousa Santos um novo paradigma que ele denomina de *sociologia das ausências*. Uma crítica epistemológica que concebe um apagamento voluntário de tudo aquilo que não existe, ou seja, todos os conhecimentos ausentes são produzidos como tais pelo conhecimento hegemônico. Nesse ponto, o objetivo é transformar os objetos impossíveis em possíveis e as ausências em presenças.[6] Para tanto, deve-se partir da premissa de que todas as práticas sociais são conhecimentos e que aquilo que foi estabelecido como senso comum pelas ciências modernas o foram por não corresponder aos critérios estabelecidos por ela própria. Na sociologia da ausência e no conhecimento-emancipação, as práticas sociais que não se assentam na ciência não são práticas ignorantes, mas antes conhecimentos alternativos.[7]

A passagem de uma crítica da sociologia das ausências para uma sociologia das emergências representa uma novel disposição da epistemologia que, em uma versão de um filósofo como Luis Tapia, se denominaria de *epistemologia experimental*. Trata-se, segundo esse autor, de um trabalho metateórico que teria por objeto pensar e teorizar sobre os processos de conhecimento em suas diversas formas e facetas.[8] No caso, é dever da epistemologia experimental teorizar sobre novas práticas que surgem com a resistência e a luta de novos sujeitos sociais, emergindo novas condições e experiências concretas que ressignificam as subjetividades individuais e coletivas e as instituições. É assim que se constrói a política da esperança em torno da epistemologia do Sul.[9]

Convém aclarar o sentido em que Boaventura de Sousa Santos utiliza a epistemologia do Sul e que, de algum modo, será aqui apropriado. A epistemologia do Sul é metaforicamente construída como um campo de desafios epistêmicos que buscam reparar os danos do impacto causado pelo capitalismo e sua relação colonial com o mundo. Em parte, essa concepção do Sul sobrepõe-se ao Sul geográfico que é o conjunto de países e regiões do mundo que foram submetidos ao colonialismo europeu. A sobreposição não é total em virtude do fato de que no Norte geográfico, classes e grupos sociais foram submetidos à dominação capitalista e colonial e, por outro lado, alguns grupos e classes sociais no Sul geográfico beneficiaram-se pela dominação capitalista e colonial.[10] Dessa forma,

---

6 Id., 2002, p. 246.

7 Id., 2011, p. 247.

8 Em sua teorização, há uma epistemologia standard ou estabelecida na qual utilizam de ideias e práticas epistemológicas anteriores que já fazem parte de investigação e teorização. Agora, quando se ensaia novas hipóteses de conhecimento, estar-se-á diante de uma epistemologia experimental. TAPIA, Luiz. Epistemologia experimental. La Paz: UMSA, 2014, p. 72.

9 SANTOS, Boaventura de Sousa. O fim do império cognitivo. Coimbra: Almedina, 2018, p. 61.

10 A viabilidade de uma crítica social e econômica na América Latina passa, necessariamente, pela consideração desses fatores e, sobretudo, pela experiência de uma dialética da dependência (MARINI, Ruy Mario. Dialética da dependência. Germinal: Marxismo e Educação em Debate. Salvador, v. 9, n. 3, p. 325-356, dez. 2017).

o Sul é composto de muitos "suis" e representam, de forma simbólica e política, todos os grupos que foram oprimidos e excluídos do processo de modernização.[11]

Acrescentamos, por um lado, que a epistemologia do Sul é uma categoria analítica em disputa e permanentemente em aberto. A Austrália, por exemplo, reivindica fazer parte dessa categoria por estar situada no Hemisfério Sul. Portugal e outros países, mesmo localizados na Europa, pretendem ser o "Sul da Europa". Sem, contudo, desconsiderar as vivências, experiências indicadas nesses países, a epistemologia do Sul está sempre reconectada com o conhecimento advindo de práticas sociais e políticas que interrompem uma lógica de dominação das políticas dominantes e que a sustentam.[12] Nesse caso, é crucial, para um diálogo efetivo Sul-Sul, a reconstrução de um movimento inverso ao secularismo moderno europeu em que se resgate a validade e o sentido adequado dessas práticas e tradições por uma hermenêutica filosófica.[13]

Para tal desiderato, aqueles que buscarem refletir utilizando-se da epistemologia do Sul devem realizar uma tarefa que visa desconstruir o mito em torno da própria história do Sul contada pela modernidade e, portanto, devem estar sempre vinculados a uma reflexão hermenêutica que considere sua situação epistemológica colonial. A reflexão deve ser guiada por seus próprios métodos, temas, fontes, pela realidade de que parte, a comunidade a que se dirige[14], enfim ao seu *lócus enuntiationis.*[15]Assim, acreditamos ser necessário, para uma reflexão efetiva das práticas e experiências que emanam dessa categoria analítica, não apenas a sua referência ou sua descrição em abstrato, mas a manutenção de uma atitude crítica-reflexiva que faça uma interpretação adequada da realidade política e social dos diversos "suis".

A transcrição de passagem da obra de Boaventura de Sousa Santos possibilitará a compreensão da articulação entre a sociologia das ausências e a sociologias das emergências:

> Enquanto a tarefa da sociologia das ausências é produzir um diagnóstico radical das relações sociais capitalistas, coloniais e patriarcais, a sociologia das emergências visa converter a paisagem de supressão que surge a partir desse diagnóstico num vasto campo de experiência social intensa, rica e inovadora. Aqui, as epistemologias do Sul encontram-se duplamente presentes. Por um lado, dão uma atenção epistemológica especial às experiências embrionárias, os "ainda-não", convidando o investimento social, político e analítico a alimentá-las da forma mais capacitadora. Por outro, constituem uma defesa epistemológica contra os falsos aliados que muitas

11 SANTOS, MENESES (orgs.), 2009, p. 13; SANTOS, 2018, p. 19.

12 Id., 2018, p. 20.

13 DUSSEL, Enrique. Filosofias del Sur y descolonización. Buenos Aires: Docencia, 2014, p. 212.

14 Id., p. 213

15 Enrique Dussel pensa como uma atitude crítica permanente para quem pretende realizar uma reflexão autônoma desde o seu "lugar": "Esta actitud crítica de intentar tener el mayor grado posible de reflexividad sobre el «lugar» desde donde se enuncia el discurso (el locus enuntiationis) deberá mantenerse como posición permanente" (Id., 2007, p. 15).

vezes obrigam estas emergências a instalar-se em campos que separam as diversas dimensões da dominação moderna existentes.[16]

A emergência de novas epistemologias que ressignificam a própria subjetividade e as instituições são divididas em três grupos por Boaventura de Sousa Santos: a) ruínas-sementes; b) apropriações contra-hegemônicas; c) zonas libertadas. As *ruínas-sementes* representam as concepções, práticas e filosofias dos grupos sociais que, apesar de serem derrotadas pelo capitalismo e colonialismo, continuam vivas na memória e no cotidiano desses grupos e constituem importante fonte de esperança em um futuro anticapitalista e anticolonial.[17] As *apropriações contra-hegemônicas* são feitas a partir das práticas que os grupos dominantes desenvolveram para reproduzir a dominação na qual os grupos dominados se apropriam, ressignificam, subvertem, transformam individual e coletivamente em instrumento de libertação-emancipação.[18] Por último, as *zonas libertadas* se constituem em espaços que têm regras e princípios radicalmente opostos aos que imperam em espaços coloniais, capitalistas e patriarcais.[19]

Portanto, a partir da ecologia de saberes pela sociologia das ausências e pela sociologia das emergências torna possível visualizar a incompletude de todos os saberes e, assim, um espaço de disputa e diálogo entre os diferentes saberes. É neste ponto que Boaventura de Sousa Santos conclama a um diálogo intercultural fundado na hermenêutica diatópica.[20] Um dos exemplos mais emblemáticos de diálogo intercultural trazidos pelo autor advém da previsão constitucional da *sumak kawsay* nas Constituições do Equador e da Bolívia.

No seu conjunto, se trata de um projeto que estabelece uma exigência de vias alternativas à economia capitalista, dependente, extrativista e a instituição de um modelo econômico-social solidário e soberano de harmonia com a natureza.[21] Nessa medida, o *sumak kawsay* como prática, filosofia e conceito advindo dos povos *quéchua* é institucionalizado em um discurso técnico oficial eurocêntrico do constitucionalismo, mas não sem se submeter à disputas interpretativas e ambiguidades no espaço político.[22]

---

16 SANTOS, p. 62.

17 SANTOS, 2018, p. 63.

18 Ibidem, p. 65.

19 Ibidem, p. 66.

20 "A hermenêutica diatópica parte da ideia de que todas as culturas são incompletas e, portanto, podem ser enriquecidas pelo diálogo e pelo confronto com outras culturas. Admitir a relatividade das culturas não implica adotar sem mais o relativismo como atitude filosófica. Implica, sim, conceber o universalismo como uma particularidade ocidental cuja supremacia como ideia não reside em si mesma, mas antes na supremacia dos interesses que a sustentam" (Id., 2002, p. 264).

21 MARTÍNEZ, Esperanza; ACOSTA, Alberto. Los Derechos de la Naturaleza como puerta de entrada a otro mundo posible. Revista Direito e Práxis, Rio de Janeiro, Vol. 08, N. 4, 2017, p. 2927-2961; ACOSTA, Alberto. O bem viver: uma oportunidade para imaginar outros mundos. Trad. Tadeu Breda. São Paulo: Elefante, 2016.

22 SANTOS, 2018, p. 391.

Embora tenha o mérito de realizar uma descrição importante da forma como essas práticas vêm à tona, Boaventura de Sousa Santos não mostra hermeneuticamente como se desenvolve o diálogo intercultural. Para tanto, é necessário se valer da hermenêutica analógica de Enrique Dussel que romperá com uma longa tradição do pensamento moderno-europeu baseado na igualdade e diferença e que realiza uma ocultação e exclusão do pensamento diferente do "Eu conquisto" eurocêntrico.

II. A HERMENÊUTICA ANALÓGICA: A EXTERIORIDADE DA MODERNIDADE, A FUSÃO DE HORIZONTES E O MOMENTO ANALÉTICO DA TRANSMODERNIDADE

A hermenêutica analógica é um movimento que surge na filosofia mexicana e que, seguindo a tradição de Leopoldo Zea[23], busca oferecer instrumentos conceituais para desenvolver uma filosofia que seja de *Nuestra America.* Resgatando toda uma tradição hermenêutica que remonta a exegese dos textos bíblicos, que a pensa como uma arte, técnica ou ciência de interpretação dos textos, e partindo do fato de que toda a reflexão filosófica está, de algum modo, ligada aos problemas hermenêuticos, uma vez que trabalha com textos, a hermenêutica analógica busca trabalhar com uma postura intermediária que se vê diante de dois extremos: a univocidade e a equivocidade.[24]

Essa postura intermediária está exatamente em recuperar o sentido da analogia. Nas palavras de Mauricio Beuchot:

> *Una hermenéutica unívoca pretende una interpretación completamente clara y distinta, llegar a la literalidad del texto, atrapar perfectamente lo que en verdad quiso decir el autor, sin lugar a dudas. Tal es la interpretación unívoca a la que aspiran los positivistas y cientificistas, y la cual se muestra siempre inalcanzable, todo lo más como un ideal regulativo. Al contrario, una hermenéutica equívoca renuncia a la exactitud y más bien proclama que toda interpretación es distante y meramente aproximativa, si no es que subjetiva; no sólo no se puede saber qué quiso decir el autor, sino que ni siquiera existe propiamente autor alguno, y todo queda a merced del lector y lo que él quiera interpretar; es la interpretación de los relativismos y subjetivismos que llevan al escepticismo. A diferencia de ambas, una hermenéutica analógica no se impone la pretenciosa exigencia de rigor de la hermenéutica unívoca, ni se desploma en la falta de toda exactitud de la hermenéutica equívoca.*[25]

Em uma perspectiva univocista de hermenêutica, se defende a igualdade do sentido. Na perspectiva equivocista, se defende a diversidade de sentido. No modelo de uma hermenêutica analógica há um sentido relativamente igual e propriamente diverso nos textos que são compartilhados por experiências diferentes. Nesse modelo, se predomina a semelhança e a distinção, isto é, a analogia mesma

23 ZEA, Leopoldo. La filosofía americana como filosofía sin más. México: Siglo XXI, 1969.

24 BEUCHOT, Mauricio. Hermenéutica analógica y dialéctica. Interpretatio, 1.2, 2016-2017, p. 20.

25 Id., 2016-2017, p. 20.

é analógica, de tal modo a que os conceitos, em mundos e contextos diversos, têm uma porção de semelhança no mundo/contexto daquele que o recepciona, mas tem também uma porção de distinção.[26]

O ponto nuclear da hermenêutica analógica é que terá por instrumento principal a distinção e, por isso, exigirá o diálogo. Vale dizer, a analogia é eminentemente dialógica, já que é ela quem obriga a distinguir e é nessa distinção que possibilita encontrar as sutilezas do meio entre os extremos da equivocidade e univocidade.[27] Por isso, Mauricio Beuchot nos falará de uma dialetização da analogia em que há uma proeminência do saber prático sobre o saber teórico e que permite a reintrodução da cotidianidade nos saberes científicos, isto é, a proeminência do diálogo em detrimento do silogismo científico.

Além do mais, exige também uma atitude de humildade do intérprete ante a infinitude do saber que o move a procurar abrir-se para a suspeição e a distinção.[28] Por isso, a hermenêutica analógica é uma proposta metodológica, um modelo de interpretação, com pressupostos epistemológicos que permitem uma ampla potencialidade para se pensar um diálogo intercultural efetivo na qual se ascenda à objetividade por meio da intersubjetividade.[29]

Enrique Dussel vai partir da hermenêutica analógica para fundar uma crítica incisiva ao modo de pensar europeu, dominador, excludente, cuja influência está baseada em alguns supostos da dialética moderna. Em breves linhas, como demonstra em seus trabalhos mais antigos, o pensamento dialético moderno tem seu ápice no sistema filosófico hegeliano. O movimento do pensar dialético hegeliano é uma negação involutiva do *factum*, da cotidianidade, que culminará no Absoluto da *Fenomenologia do Espírito*. A partir do Absoluto, o sistema se desenvolverá de-volutivamente, algo que é observado em sua *Lógica*. A filosofia como ciência, portanto, faz surgir uma nova forma de pensar que, negando a negação, acarreta a morte da cotidianidade e de todas as determinações.[30]

O Absoluto hegeliano, nesse sentido, apresenta-se não como resultado do processo dialético, mas como início do horizonte, sem determinação alguma, pelo qual se poderá fornecer o sentido dos entes. Seria a pura subjetividade, o ser que não é determinado, a consciência em-si e para-si, a in-finitude mesma.[31]

---

26 Id., 2015a, p. 51 e et seq.

27 Id., 2015b, p. 141.

28 Neste aspecto, entra em cena um dos principais mecanismos para a realização de uma opção decolonial: a suspeição epistêmica como muito bem abordado por Walter Mignolo (MIGNOLO, 2007).

29 BEUCHOT, 2015a, p. 60.

30 DUSSEL, 1974, p. 75-78.

31 É bem verdade, neste ponto, que se poderá fazer uma crítica à leitura de Dussel sobre Hegel. Na verdade, a interpretação de Dussel é uma leitura muito mais heideggeriana de Hegel do que, por exemplo, a leitura que faz Adorno em Dialética Negativa (ADORNO, 2009). Pelos limites do trabalho, não se poderá desenvolver essa importante distinção.

Assim, está fundada a totalidade ontológica que justificará o "Eu conquisto" da modernidade europeia e todo o processo de exclusão de todos aqueles que são não-europeus, não-brancos, não-católicos, enfim, toda a exterioridade da modernidade europeia.[32]

O filósofo argentino defende a superação da modernidade por uma transmodernidade. A transmodernidade é constituída pela alteridade das culturas universais assimétricas em relação à modernidade europeia que aprenderam a conviver e a responder à sua maneira os desafios impostos pela colonização, dominação e violência. Indica, então, todos os "além" das estruturas modernas para a constituição de uma utopia transversal que busca a afirmação das culturas negadas pela modernidade. Este é o espaço de desenvolvimento de um diálogo intercultural.[33]

A transmodernidade não significa, de modo algum, o abandono das conquistas da modernidade, mas constitui-se em alternativa para uma alteridade, capaz de romper com a dominação e a violência, e partir dos excluídos para a construção de um paradigma outro. A transmodernidade busca lançar luzes ao pensamento dos excluídos marcado por um pensamento/práxis que foge à lógica da modernidade e da violência, permitindo uma abertura a temas e alternativas até então encobertos pela filosofia eurocêntrica.

É a subsunção da modernidade em um novo momento, naquilo que ele indica como o momento analético do método dialético, isto é, a afirmação da exterioridade dos excluídos, oprimidos pela modernidade, pela mesmidade, não a partir da negação da negação, mas da afirmação desses negados da modernidade. É, enfim, a passagem da totalidade vigente para uma outra ordem desde a alteri-

---

32 Em resumo, "La dialéctica es el movimiento inmanente del absoluto como subjetividad absoluta, que, en el espíritu finito en el que se manifiesta como conciencia el espíritu absoluto, parte del factum de la experiencia cotidiana e in-volutivamente alcanza el ser como punto de partida del sistema. El saber como filosofía descubre, por su parte, el movimiento inmanente de Dios mismo que se desdobla en el cosmos y la historia de la humanidad como momento necesario de su esencia. Lo más grave no es la identificación de la subjetividad con el mismo horizonte ontológico. Lo más grave es que dicha ontología diviniza la subjetividad europea conquistadora que viene dominando el mundo desde su expansión imperial en el siglo xv. «El ser es, el no-ser no es». El ser es la razón europea, el no-ser son los otros humanos. América latina, y toda la «periferia», queda por ello definida como el puro futuro, cómo el no-ser, como lo irracional, bárbaro, lo inexistente. La ontología de la identidad de la razón y la divinidad con el ser termina por fundar las guerras imperiales de una Europa dominadora de todos los otros pueblos constituidos como colonias, neocolonias, «dependientes» en todos los niveles de su ser. La ingenua ontología hegeliana termina por ser la sabia fundamentación del genocidio de los indios, de los africanos y asiáticos. La subjetividad del ego cogito se transforma así en la «voluntad de poder» todo cuanto esa subjetividad divinizada pretenda en nombre de su incondicionada razón" (DUSSEL, 1974, p. 114).

33 Sobre isso, a seguinte passagem: "o diálogo, então, entre os críticos criadores de suas próprias culturas já não é moderno nem pós-moderno, mas estritamente "transmoderno", porque, como mencionado acima, a localização do esforço criador não parte do interior da modernidade, mas de sua externalidade, ou melhor, de seu ser "fronteiriço". A exterioridade não é pura negatividade. É uma positividade de uma tradição distinta da tradição moderna. Sua afirmação é novidade, desafio e inclusão do melhor da própria modernidade. Por exemplo, nas culturas indígenas da América Latina, há uma afirmação de uma natureza completamente distinta e mais equilibrada, ecológica e, hoje, mais necessária do que nunca, em relação à forma como a Modernidade capitalista confronta a natureza como simplesmente explorável, negociável e destrutível. A morte da natureza é o suicídio coletivo da humanidade, no entanto, a cultura moderna que se globaliza nada aprende a respeito da natureza com outras culturas, aparentemente mais "primitivas" ou "atrasadas", de acordo com os parâmetros vigentes de desenvolvimento. Este princípio ecológico pode integrar o melhor da Modernidade (não se deve negar toda a Modernidade a partir de uma identidade substantiva purista de sua própria cultura) para construir até mesmo o desenvolvimento da ciência e da tecnologia a partir de experiências da própria Modernidade" (DUSSEL, 2016, p. 70).

dade, desde o Outro, desde a vítimas dos sistemas. Esse é o método analético ou o momento analético do método dialético.[34]

É, no entanto, na hermenêutica analógica que Enrique Dussel vai descobrir a potencialidade para superar a totalidade ontológica da modernidade europeia, que é fundada na identidade, e abrir caminhos para um diálogo intercultural que envolva a exterioridade da totalidade. Segundo Dussel, o termo ἀναλογία é tomado por Platão de Heráclito, mas quem o consagra definitivamente é Aristóteles. No pensamento grego, que a modernidade europeia se apropria de determinada maneira, a identidade do ser se impôs sobre a analogia, uma vez que o "Uno, o "Ser" seriam unívocos, idênticos. A analogia, então, apenas se predicava do ente (a analogia *entis*).[35]

No mundo semita, a problemática da analogia é encarada de forma distinta. Enquanto no mundo grego, do ser se predicava o ente, no mundo semita, do ser se predica o próprio ser: isto é, do ser criador se predica o ser criado ou a criatura. Passa-se, assim, para a analogia *essendi*.[36] Desse modo, do pensamento grego, a modernidade europeia apreendeu a analogia tendo como componentes essenciais a identidade e a diferença. Outros povos, no entanto, como os Hebreus, Fenícios e Palestinos, trabalharam com a analogia em uma perspectiva que remonta o pensamento semita.

A utilização da analogia alcança a idade média com os escolásticos através de um tomista do Renascimento como Tomás de Vio (1469-1534). No seu livro, *De nominum analogia,* distingue-a em três tipos: a da desigualdade, a da atribuição e a da proporcionalidade. A analogia da desigualdade é a semelhança de um mesmo gênero e está próxima da univocidade. A analogia da atribuição é a significação de um predicado diverso a diversos sujeitos, permitindo a existência de analogado principal e analogados secundários. Como exemplo, o termo "são" que se atribui tanto aos alimentos quanto ao organismo, quanto metaforicamente como uma economia "sã". A analogia da proporcionalidade, de outro lado, é aquela feita que, em parte equivale, em parte é diferente. Há uma relação de proporção matemática entre os analogados.[37]

Dessa forma, Dussel vai dizer que os componentes lógicos da analogia são, ao contrário do que pretendeu a identidade/diferença do pensamento moderno centrado na tradição grega do Ser e do ente, a distinção e a semelhança que per-

---

34 Em um primeiro momento, Enrique Dussel afirma se tratar do método analético: DUSSEL, 1983. A fim de possibilitar uma melhor descrição, Enrique Dussel passou a utilizar o termo momento analético do método dialético (DUSSEL, 2016, p. 120).

35 DUSSEL, Enrique. Analogía y comunicación (interpelación, diálogo intercultural hacia la transmodernidad). Cuadernos Filosóficos. Segunda Época, XIV, 2017, p. 70-71.

36 DUSSEL, 2017, p. 73.

37 BEUCHOT, 2015b, p. 134.

mitem o bom uso para se chegar a uma interpretação das palavras e que faz crescer a mútua e adequada compreensão na comunicação.[38] A fim de romper com o *lógos* que é unívoco, totalizador, o autor busca fundar uma analogia *verbi* ou *fidei*. É, então, a correta compreensão do que significa analogia partindo da exterioridade ou um além do lógos, isto é, o *aná-lógos:* traduzindo-se o termo como o ir além do lógos e do pensamento como totalidade totalizadora totalizante.[39] O verdadeiro momento para a analética é partir da exterioridade, do Outro, do seu rosto, no cara-a-cara que provoca a ação. É nessa revelação antropológica do Outro que reside a fé como fundamento *a posteriori* de todo o conhecimento de que falou Schelling.[40]

Assim, Dussel vai partir da distinção entre o dito e o dizer de Lévinas para indagar se a interpelação do Outro seria compreensível pelo ouvinte, seria decifrável por aquele que é interpelado pela epifania do Outro e de seu rosto. Com a epifania do Outro, a revelação no cara-a-cara que está para além da totalidade, para além do mundo do ouvinte, da sua compreensão do mundo, se começa a matizar a equivocidade transcendental absoluta do Outro, capaz de romper com a lógica da totalidade a partir da exterioridade que, ao contrário de Lévinas, se situaria em um nível antropológico e não da infinitude. [41] É dentro desse nível antropológico, da sensibilidade, da cotidianidade que se permite o processo de mútua compreensão e interpretação que nasce da exterioridade da modernidade.

A primeira palavra do Outro permite ao interpelado apenas uma aproximação semântica por semelhança e diferença, jamais alcançando o exato significado do que aquela palavra significaria no mundo do Outro. Exemplificando: Dussel utiliza o exemplo da pessoa em situação de rua que expressa ao dialogante: "Tenho fome!". A presença física, empírica do Outro, interpela e provoca a ação a partir de seu dizer. Neste caso, deve-se tomar a palavra do Outro como verdadeira, eis a fé na revelação do Outro. É essa fé que provoca a ação do interpelado, que o motiva a ação.[42] Essa é a *analogia fidei* ou *verbi.*

A fé na pessoa do Outro/a, e, por isso, fé na sua palavra, abre então na inicial fusão de horizontes mínima a captação do sentido da palavra por meio da semelhança analógica que a vontade de comunicação permitiu desde o respeito e o amor-de-justiça sagrado a pessoa do Outro/a. Dessa maneira, a analogia permite que a razão discursiva cresça de uma semelhança mínima até uma maior compreensão mútua que o tempo do diálogo irá acrescentar, sem nunca chegar

38 DUSSEL,2017, p. 74.
39 Id., 1996, n. 1, p. 29-60.
40 Id., 2017, p. 77.
41 Id., 1996, p. 39.
42 DUSSEL, 2017, p. 80-81.

a univocidade plena. No caso do exemplo, o ouvinte nunca saberá se o "tenho fome!" é uma expressão que revela a fome que exige a ingestão de alimentos ou, por exemplo, a fome de justiça. Entrementes, a partir da interpretação do termo "fome" em seu mundo, já que ele em algum momento poderá ter sentido fome ou mesmo saber o peso da injustiça, o ouvinte poderá ter uma mínima compreensão do que "fome" quer significar. Essa revelação do Outro/a como interpelação à justiça põe em questão a totalidade ontológica unívoca e a relança a uma criação dialética do novo, do inesperado, pela totalidade vigente. Essa seria a fusão de horizontes que Gadamer pretendeu demonstrar.[43]

É nesse sentido que a analogia permite ser uma crítica à razão dominadora da modernidade. Com a semelhança e não a identidade, permite-se um diálogo construtivo e crítico entre as distintas posições que conservam, assim, um âmbito de semelhança dentro de uma fusão de horizontes do tema tratado. Em um horizonte mundial, para além da modernidade europeia e dentro de um âmbito de de(s)colonização epistemológica,[44] a utilização da analogia é uma fecunda ferramenta para o diálogo intercultural.

Além da identidade lógica da univocidade universalista (da identidade/diferença), a pluriversalidade da analogia (da semelhança/distinção) permite iniciar o processo de diálogo intercultural, honesto e ético em que cada interlocutor pode ter a pretensão de verdade, que tenta alcançar pretensão de validade nos outros membros de outras culturas. A validez será legítima graças a mediação do consenso através de uma práxis fraterna e no uso da racionalidade argumentativa que podem chegar ao acordo por coincidência na semelhança do conteúdo semântico, do conteúdo em disputa. A validez não exige identidade: "Las distintas posiciones que se enfrentan objetivamente proceden frecuentemente de una complejidad y plenitud inconmensurable de la realidad misma desde mundos diversos, y en referencia subjetiva a la finitud cognitiva inevitable del ser humano ante la misma realidad de suyo y al sentido fundado en el otro mundo del Otro/a".[45]

Em resumo, a hermenéutica analética, baseada na analogía *verbi* ou *fidei*, partindo da exterioridade e da alteridade do Outro permite um diálogo em que se acrescem novos sentidos, a partir da semelhança e distinção, na mútua compreensão de sentidos de mundos do ouvinte e do comunicante dos temas traba-

43 Ibidem, p. 84.

44 Utilizamos o termo de(s)colonização no sentido empregado por Catherine Walsh em sua Carta a Aníbal Quíjano. Ali, em face da disputa em torno do termo, se a utilização correta seria decolonialidade ou descolonialidade, a autora emprega o (s) para albergar todas essas posições e buscar refutar qualquer tentativa de essencializar, simplificar, generalizar essas importantes lutas, já que, ao fim e ao cabo, o importante são as possíveis interpretações, práticas, tradições, etc. que possam ser extraídas dessas lutas e práticas sociais (WALSH, 2019).

45 DUSSEL, op. cit., 2017, p. 91.

lhados. Essa fusão de horizontes de diferentes mundos incrementa o sentido dos temas objeto do diálogo. Esse é o diálogo intercultural dentro de uma perspectiva hermenêutica que refoge à lógica da igualdade e da diferença que produz equivocidade e univocidade.

III. O Tribunal Constitucional Plurinacional, o pluralismo jurídico e o controle plural de constitucionalidade: o espaço de diálogo intercultural e a hermenêutica jurídica analética

A adoção de uma interpretação/aplicação do direito que vai além da totalidade/identidade da modernidade europeia significa o abandono do monismo jurídico e a assunção de um verdadeiro pluralismo jurídico. Por essa última expressão não se quer designar a experiência que vai além da estatalidade, mas que, de alguma forma, é permitida/autorizada por ela, e sim uma multiplicidade de práticas normativas existentes dentro de um mesmo espaço que têm nas necessidades existenciais sua justificação.[46] A constatação de que o Estado liberal e o direito liberal, assim como sua transformação progressista não radical, o Estado de bem-estar social, na América Latina produziu e continua a produzir uma ampla massa de sujeitos históricos excluídos da legalidade, da estatalidade e da constitucionalidade impeliu a adoção de uma transformação anticolonial e anticapitalista do Estado e do direito com o constitucionalismo do Estado Plurinacional.[47]

Conceitualizado como *constitucionalismo transformador* por Boaventura de Sousa Santos[48], *neoconstitucionalismo transformador* como em Ramiro Ávila Santamaría[49] ou *constitucionalismo andino, pluralista e intercultural* como propõem Antonio Carlos Wolkmer e Samuel Radaelli[50], a refundação do Estado monocultural e nacional para um Estado plurinacional, a institucionalização do pluralismo jurídico com o reconhecimento da autonomia dos povos originários, a interlegalidade, a nova territorialidade e a as novas formas de participação e

46 WOLKMER, Antonio Carlos. O pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura jurídica no direito. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 257; FAGUNDES et al. Pluralismo jurídico no processo constituinte boliviano. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

47 BACHA E SILVA, Diogo. Desconstruindo o novo constitucionalismo latino-americano: o tribunal constitucional plurinacional e a jurisdição constitucional decolonial. Belo Horizonte: Conhecimento editora, 2020; SANTOS, Boaventura Sousa. Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del Sur. Lima: CAOL, 2010; YRIGOYEN, Raquel Z. Fajardo. "El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización". In: GARAVITO, César Rodriguez (Coordinación). El Derecho en America Latina un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2012.

48 SANTOS, 2010.

49 SANTAMARÍA, Ramiro Ávila. El neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución de 2008. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar y Abya Yala,2011.

50 WOLKMER, Antônio Carlos; RADAELLI, Samuel. O pensamento constitucional contemporâneo na América Latina: a proposta para um constitucionalismo pluralista e andino. Revista General de Derecho Constitucional, v. 1, 2016, p. 222.

exercício democrático exigem novos métodos, novas formas, outros modelos para se interpretar o constitucionalismo que sejam condizentes com o grau de expectativas depositadas na articulação entre as práticas, instituições, visões de mundo, experiências e subjetividades por parte dessa constitucionalidade.

Nesse ponto, o Tribunal Constitucional Plurinacional da Constituição do Estado Plurinacional da Bolívia de 2009 é uma instituição chave que tem a relevante missão de coordenar os diferentes conflitos existentes entre as distintas nacionalidades, culturas e visões de mundo. Mais do que isso, o Tribunal Constitucional Plurinacional tem a missão institucional de assegurar a integridade de um projeto constitucional que foge da lógica dominadora do constitucionalismo eurocêntrico. Como instituição chave, não basta que sua composição seja de membros de diferentes nacionalidades, mas sua conformação seja própria de um constitucionalismo plurinacional.[51]

Para tanto, além de assegurar uma heterogeneidade institucional que decorre do texto constitucional, é na interpretação/aplicação da Constituição, isto é, na sua atualização diante dos casos concretos, que mostrará o êxito da institucionalização do pluralismo jurídico e se o projeto constitucional boliviano não recairá em uma lógica de um direito colonial, monocultural, de uma modernidade dominadora e excludente.[52]

No modelo de jurisdição constitucional instituído pela Constituição de 2009 em que há a vivência das jurisdições ordinária e originária, ao Tribunal Constitucional Plurinacional reserva-se o chamado controle plural de constitucionalidade. Para tanto, a interpretação/aplicação/atualização das normas constitucionais, em todos os procedimentos de sua competência, deve respeitar a articulação de um novo constitucionalismo baseado em relações interculturais que redefinam e reinterpretam os direitos fundamentais e a própria institucionalidade estatal.[53]

Há a instituição de um novo modelo de jurisdição constitucional: a jurisdição constitucional plural.[54] Esse modelo deve ser exercido pelo Tribunal Constitucional Plurinacional de modo a articular as diferentes visões de mundo, em que, a partir da influência permanente entre as jurisdições ordinária e originária e suas interpretações acerca do sentido *da* e *de* constitucionalidade do Estado Pluri-

51 SANTOS, 2010, p. 86.

52 BACHA E SILVA, 2020, p. 279 e et seq.

53 GRÍJALVA, Agustín. El Estado Plurinacional e Intercultural en la Constitución Ecuatoriana del 2008. Revista Ecuador Debate, n. 75, 2008, p. 50-51.

54 VARGAS LIMA, Alan. La evolución de la justicia constitucional en Bolivia: apuntes sobre el modelo de control concentrado y plural de constitucionalidad. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 20, 2016.

nacional, a interpretação seja pluriversal, decolonial e intercultural.[55] Se a função tradicional do Tribunal Constitucional de matriz eurocêntrica era de um árbitro entre órgãos públicos ao velar pela separação de poderes e pela integridade da dinâmica federativa atuando como legislador negativo[56], evitando que qualquer dos poderes ou entidades se apoderassem da Constituição, o Tribunal Constitucional Plurinacional atua como um organismo aberto à extensão material da proteção dos direitos fundamentais e do controle de constitucionalidade, exercendo função proativa de consolidação do Estado plurinacional e da interculturalidade.

Eis, então, o espaço propício para uma hermenêutica jurídica analética baseada na analogia em que os sentidos de direitos constitucionais, uma vez que o constitucionalismo é em si mesmo hegemônico[57], vão sendo alargados pela mútua compreensão por meio do diálogo do direito moderno e do direito dos povos originários.

Como exemplo de uma hermenêutica jurídica analética com foco na analogia, vamos citar como o enfoque de gênero e intercultural na interpretação das normas constitucionais possibilitaram uma ampliação por semelhança e distinção do direito à vida e uma interpretação constitucionalmente adequada do aborto em que, ao mesmo tempo, assegurou uma visão de vida oriunda da cultura dos povos originários e buscou tutelar o direito à autodeterminação das mulheres.

Na relevante decisão proferida na SCP 206/2014, uma deputada da Assembleia Legislativa Plurinacional ajuizou ação de inconstitucionalidade abstrata em face de diversos dispositivos do Código Penal Boliviano. Dentre os quais, estava dispositivo que impedia a mulher de exercer trabalho dentro de estabelecimento penitenciário, a atenuante prevista para homem que cometa delito em defesa da sua honra ou de sua mulher, o infanticídio e o aborto por conter uma presunção dolosa, além de dispositivo que determinava que o aborto em decorrência de delitos sexuais somente seria possível com o início do procedimento criminal e autorização judicial.

Enfim, a discussão estava cercada por uma vedação à discriminação de gênero cuja Constituição Política veda expressamente em seu arts. 8º e 14, assim como a necessidade de proteção da integridade física, psíquica e sexual das mulheres que é objeto de proteção no art. 15 da CPE/2009. Nossa análise será de como o Tribunal Constitucional Plurinacional faz uma articulação entre o direito à vida e os direitos reprodutivos das mulheres em consonância com uma

55 BACHA E SILVA, 2020.

56 KELSEN, Hans. Jurisdição Constitucional. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007.

57 SANTOS, 2010.

interpretação plural e intercultural para julgar constitucional a previsão do delito de aborto, desde que voltado para punir os homens que o cometam.

No entanto, além da proteção de gênero, a decisão precisou articular concepções plurais de vida e de morte oriundas dos povos originários em um marco descolonizador. Uma das formas milenares de enxergar a vida concebe que esta é gerada a partir de energia da explosão de duas energias opostas: a primeira é das profundidades (*manqcha pacha*)[58] e a outra é a do espaço ou superfície que engendra o cosmos. Dentro dessa concepção, o princípio da dualidade e vitalidade é que gera a vida no cosmos, uma vez que a vida é gerada a partir da energia. Nesse aspecto, a vida não é separada do cosmo, é geração mesma do cosmo (*pacha*). Assim, em *Tawaintisuyu* a comunidade humana não é o centro, mas um cosmo a mais na constituição da vida. Os direitos reprodutivos, assim, não só incluem os da mulher, mas a complementaridade entre homem e mulher, já que a vida pertence à própria comunidade.

A vida é encarada como um ciclo, uma "viagem" pelos povos originários. A vida é um completo "estar" ante o todo. A terra é inteiramente vida ou energia que flui constantemente, mas a vida é além da terra, está integrada no cosmo. Assim, diante dessa visão, a vida se concebe de maneira holística, estando integrada em diferentes espaços e momentos cósmicos.

O *wawa* ou os filhos e filhas dos povos originários são representações sociais. A gravidez passa por um processo de diferentes etapas para significar ser o produto de uma complementaridade, dualidade, equilíbrio e harmonia. Os filhos e filhas das mães dos povos originários não são tratados como em uma perspectiva eurocêntrica de um vínculo com os pais ou sua família, mas como vínculos de felicidade que emanam da *pachamama* e, mesmo quando nascem com malformações físicas, não são tratados a partir de centros especializados ou como membros incapazes, como na cosmovisão ocidental, senão que recebem todos os cuidados da comunidade a que estão vinculados. A pureza dos *wawa* é um vínculo com as deidades dos povos originários e esses participam de rituais. Esse é o retrato de uma gravidez desejada.

No caso de uma gravidez indesejada, como no caso de violência sexual, a conduta é distinta pelo fato de que traz vergonha, desequilíbrio, etc. O *sullu* ou aborto dos povos originários é um fato natural do cosmos. A própria mãe-natureza tem efeitos abortivos. Quando se fala em *wawa sullu,* portanto, se trata de efeitos abortivos provocados pela enfermidade de mulheres grávidas. Neste caso, resolve-se com rituais e ervas medicinais que restabelecerão o equilíbrio e a har-

58 A expressão refere-se a uma energia que brota do núcleo do planeta Terra, e que, encontrando outra energia na superfície, possibilita a vida.

monia com a natureza. Para o feto, a cosmovisão entende que houve a translação de um espaço a outro dentro do cosmo.

Como forma de resistência à violência imposta pelos invasores, as mulheres indígenas e negras passaram a utilizar o aborto através de ervas e outras formas naturais. A violência sexual, deste modo, foi uma forma de dominação e extermínio das populações originárias praticadas desde 1492 como parte da política de invasão e dominação imposta pelas autoridades coloniais.

Assim, partindo de uma concepção de vida que é holística e integra todo o cosmo, o Tribunal Constitucional Plurinacional entendeu que não seria possível julgar inconstitucional a interrupção da gravidez, já que o objeto de proteção seria a vida do feto e, ao mesmo tempo, da própria comunidade que o integra, segundo a cosmovisão de vida. No entanto, reconhecendo o enfoque de gênero, o Tribunal Constitucional Plurinacional não desconheceu que o aborto é um fato que vulnera os direitos das mulheres, sobretudo a integridade sexual. No entanto, ao ponderar que o feto tem proteção constitucional e, em alguma medida, a proteção à vida vai sendo incrementada desde a concepção até o nascimento com vida. Nessa medida, por exemplo, a proteção do feto é feita, por exemplo, com a estabilidade da gestante e mediante atenção de políticas públicas às gestantes.

A gravidez por si só e desde que seja uma decisão livre não pode ser encarada como uma ameaça ao direito à saúde da mulher. Assim, o órgão legislativo pode proteger o feto até mesmo com o direito penal. No entanto, o problema social dos abortos clandestinos pode ser solucionado com a exigência de que os órgãos públicos promovam políticas públicas voltadas para a educação sexual e, ainda, por políticas de saúde. Promove, então, uma exortação a Assembleia Legislativa Plurinacional para promover políticas públicas de saúde no caso de abortos clandestinos.

Ao mesmo tempo, julgou inconstitucional a determinação legislativa que permitia o aborto em decorrência de delito apenas se houvesse procedimento penal e autorização judicial. Portanto, estabeleceu que a interrupção da gravidez dependerá apenas do consentimento da mulher e de ser realizado por um médico. Conclui, portanto, que o aborto só é punível em caso de causação de morte de um feto no seio materno e fora dos supostos desenvolvidos legalmente, quais sejam, quando não seja para salvar a vida e a saúde e quando o mesmo for decorrente de ação de violência, bastando tão só que a vítima consinta com o aborto e seja realizado por equipe médica, inclusive no sistema de saúde estatal.

Em última análise, a manutenção do delito de aborto, corretamente compreendido pela interpretação constitucional que leva em consideração a pluralidade e o enfoque de gênero, é dirigida aqueles que o praticam como parte de uma conduta de causar a morte do feto, fora das hipóteses legais. Dessa forma, se

garante um direito à vida que é interpretado a partir das semelhanças e distinções com os povos originários e com um enfoque de gênero sobre o aborto.

Considerações finais

A tarefa de lidar com a ausência e a emergência de novos saberes é parte de uma atitude crítica que seja anticolonial e anticapitalista. Incorporar esses novos saberes no direito ressignifica a própria teoria e o pensamento jurídico. Em parte, esse trabalho foi realizado pelo constitucionalismo do Estado plurinacional com a adoção de um pluralismo jurídico em sentido forte. Contudo, é tarefa da própria filosofia jurídica fornecer instrumentos para que esse trabalho seja desenvolvido na interpretação/aplicação do direito.

Nesse artigo buscamos mostrar como uma hermenêutica jurídica analética baseada em uma outra concepção de analogia é capaz de romper com um pensamento moderno e eurocêntrico em direção a um pensamento pluriversal e descolonizador. É uma hipótese de uma epistemologia jurídica que seja experimental, no sentido de pensar sobre as condições de teorização sobre o próprio direito.

Dentro desse âmbito, consideramos o Tribunal Constitucional Plurinacional, no exercício da jurisdição constitucional plural, como um local em que a hermenêutica jurídica analética se desenvolve a partir da analogia baseada na distinção e semelhança que permite um diálogo entre mundos, entre culturas e contextos de comunicação distintos. Ao realizar esse diálogo dentro da jurisdição constitucional, o Tribunal Constitucional Plurinacional vai incrementando o âmbito de proteção de direitos fundamentais e subsumindo a modernidade européia em um momento analético para a construção da transmodernidade. Essa é uma hermenêutica descolonizadora e includente das vítimas da modernidade.

Colonialidade e identidades, a experiência da emancipação por meio do novo constitucionalismo latino-americano

Ilana Aló[1]

O processo civilizador é parte integrante da história, um projeto onde o mundo eurocentrado buscava expandir a sua dominação. Na América, dita como latina, fomos colonizados não só porque havia a necessidade de expansão territorial, ou por um "erro" de rota para encontrar o caminho às Índias, como conta a disputa de narrativas cuja a vencedora foi transformada na nossa história oficial: fomos colonizados por várias razões, dentre elas destacamos a necessidade de dominação.

A colonialidade do ser, do saber e do poder[2] derivam de uma estrutura de produção de identidades[3], da criação do diferente para instaurar o que é melhor ou pior e o que realmente devemos perseguir, ou seja, a criação de um modelo universal eurocentrado do qual todas as outras nações deveriam ser produto. Esses mecanismos operam transversalmente pelas estruturas de poder construídas ao longo da nossa história e, por isso, é preciso entender o poder como sendo um conjunto de práticas e não somente de instituições justificadoras dessas fronteiras de tensões identitárias nas quais estamos inseridos.

E é a partir dessa perspectiva que vamos falar de poder e identidades. O objetivo principal deste artigo é apresentar o novo constitucionalismo latino-americano como uma experiência de emancipação frente a colonização das nossas

---

1 Possui graduação pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense (Niterói, Rio de Janeiro), PPGDC/UFF. Mestre em Ciências Políticas pela FLACSO (Faculdade Latino-americana de Ciências Sociais), no Equador. Atualmente é professora de Direito Constitucional e Internacional na Universidade Estácio de Sá (UNESA) e doutoranda em Direito pelo PPGD/UFRJ. Participa como pesquisadora no laboratório INPODDERALES/UFRJ e NIDH/UFRJ. Dedica-se a pesquisas voltadas para a América Latina na área do Direito, das Ciências Sociais e Políticas.

2 Para maior aprofundamento do tema: 1. Colonialidade do ser: SAID, Edward W. Orientalismo. O Oriente como invenção do Ocidente; 2. Colonialidade do saber: SOUSA SANTOS, Boaventura de. Para além do Pensamento Abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes; 3. Colonialidade do poder: QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina.

3 A ideia de identidade aqui colocada: "é a referência, é o ponto original relativamente ao qual se define a diferença. Isto reflete a tendência a tomar aquilo que somos como sendo a norma pela qual descrevemos ou avaliamos aquilo que não somos" (Silva, Tomaz Tadeu da). Segundo uma visão eurocentrada, construir a diferença significa criar padrões e parâmetros para identificar o que é e o que não é, e poder transformar o que não é no que deve ser a partir de um modelo universal baseado no conceito de civilidade europeia. Tudo isso, tendo como pano de fundo a dominação.

identidades. É a partir desse experimento democrático que buscamos produzir uma reflexão em cima do dito e do não dito para assim explicar como a colonização das identidades se reflete nas relações de poder na América Latina e, por conseguinte, nas suas Constituições.

Para isso, na primeira parte desse trabalho vamos começar falando sobre o que é esse novo constitucionalismo e o que ele efetivamente tem de novo, logo depois partiremos para a chamada formação das identidades, permeando esse debate com a teoria decolonial. Por fim, trataremos do debate sobre a experiência de emancipação trazida pelo "novo".

I. O QUE TEM DE NOVO NO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

O que é o novo constitucionalismo latino-americano? E quais são as suas novidades? Por que ou em que ele se diferencia do constitucionalismo já existente aqui na América Latina? Esse constitucionalismo que chamamos de novo, como se fosse uma nova etiqueta, vem levando outras etiquetas dependendo do autor que trabalha seus conceitos. Como preconiza a professora Cecília Lois,

> É preciso atentar para o fato que não há, entre autores, uniformidade na nomenclatura destas reformas constitucionais. São algumas das denominações mais conhecidas: Novo constitucionalismo Latino-Americano (Viciano e Dalmau), Constitucionalismo mestiço (Baldi), Constitucionalismo Andino e Constitucionalismo Pluralista Intercultural (Wolkmer), Neoconstitucionalismo transformador (Santamaría), Constitucionalismo Pluralista (Raquel Fajardo), Constitucionalismo Experimental ou transformador (Boaventura), Constitucionalismo da Diversidade (Uprimmy).[4]

Aqui neste trabalho utilizaremos a nomenclatura de novo constitucionalismo seguindo autores como Dalmau e Viciano por entendermos a necessidade de fazer a diferenciação com o neoconstitucionalismo. Apesar de entender que muito já se pesquisou sobre o novo constitucionalismo latino americano, precisamos explicar como essa nova corrente constitucional que impulsiona países da América Latina como Colômbia, Venezuela, Equador e Bolívia busca uma teoria constitucional própria.

Uma característica diferenciadora do novo para o neoconstitucionalismo é a busca por refundar o Estado a partir da categorização de povo como detentor do poder constituinte, centro de toda teoria democrática, e, através desse novo paradigma refundacional com matizes pós-coloniais e multiculturais, vislumbrar um amplo horizonte de direitos humanos. A título de exemplificação todas es-

4 LOIS et al. Novo Constitucionalismo Latino-Americano: Pachamama e a insurgência de um novo sujeito constitucional. In: BOLONHA, Carlos; BONIZZATO, Luigi; MAIA, Fabiana (Organização), Teoria Institucional e Constitucionalismo Contemporâneo. led. Curitiba: Juruá, 2016, v. 1, p. 363.

sas Constituições foram amplamente discutidas com o povo, detentor do poder constituinte e referendadas após a sua promulgação por este.

É importante salientar a inter-relação que existe entre política, Constituição e democracia em seus respectivos contextos a partir da redemocratização (terceira onda de democracia)[5] que recai sobre a América Latina. As Constituições do Chile (1980), do Brasil (1988) e a reforma da Constituição Argentina (1994)[6] pautam-se em valores democráticos e formam o que chamamos de *neo*constitucionalismo, pois se vislumbra nelas um conjunto de teorias que pretendem descrever o processo de constitucionalização dos sistemas jurídicos contemporâneos, com um traço distintivo marcante que adota um modelo constitucional: o denominado "modelo axiológico de Constituição como norma".[7]

Este é um modelo que vem sendo implementado a partir do pós-guerra, e uma das características mais marcantes é que a Constituição é marcada pela presença de princípios, especificamente, de normas de direitos fundamentais que, por constituírem a positivação (expressão normativa) de valores da comunidade, são caracterizadas por seu denso conteúdo normativo de caráter material ou axiológico, que tende a influenciar todo o ordenamento jurídico e vincular a atividade pública e privada.[8]

Nesse sentido, contrastar o novo com o neo implica elucidar muitas questões. Partindo do princípio da construção ou recuperação de um paradigma ancestral que foi colonizado, surgiu a necessidade de mudança pautada em uma janela de oportunidade política. Fato é que não se pode tratar de forma isolada o momento constitucional e o contexto histórico político que determinaram a construção desse "novo".

Infere-se então, a necessidade de certo tipo de liderança e modelo político para a implementação da "novidade". Aqui se entende o poder como preconiza Foucault, como emprego e manifestação de uma relação de força que se situa entre os limites das regras do direito e da produção de verdades. Assim, se explica em parte o surgimento de líderes para exercer esse papel, apesar de se perceber o

---

5 Conceito cunhado por autores como Huntington, O'Donnell e Schmitter quando trabalham o tema de transições democráticas. As transições são o "lapso temporal que se estende entre um regime político e outro". Já a onda de democratização pode ser considerada "um conjunto de transições de um regime não democrático a outro democrático, que ocorrem em um determinado período de tempo e que superam significativamente as transições em direção oposta durante esse mesmo período". Para maior aprofundamento no tema O'DONNELL, G.; SCHMITTER, P. y WHITEHEAD, L. (Comps.). Transiciones desde un gobierno autoritario. Conclusiones tentativas sobre las democracias inciertas. Barcelona: Paidó, 1994; e HUNTINGTON, Samuel P. La tercera ola. La democratización a finales del siglo XX. Madrid: Paidós, 1994.

6 Deve-se observar que me refiro a Constituição Argentina de 1994 como uma reforma visto que esta foi constituída pela assembleia constituinte em primeiro de maio de 1853, reformada pela convenção nacional ADHOC dia 25 de setembro de 1860 e possui as reformas dadas pelas convenções de 1866, 1898, 1957 e 1994.

7 POZZOLO, Susana. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. Doxa nº 21-v2, 1998, p. 342.

8 DO VALE, André Rufino. Aspectos do Neoconstitucionalismo. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC, nº 09, jan./jun, 2007.

poder como algo diluído ou capilar, em determinados momentos, ele se concentra e opera com um efeito coagulador. Foi assim, na Venezuela de Hugo Chávez (Constituição de 1999), no Equador de Rafael Correa (Constituição de 2008) e na Bolívia de Evo Morales (Constituição de 2009). Lideranças fortes, com apelos populares e líderes carismáticos.[9]

Para falar do novo constitucionalismo se utilizará sinteticamente seus marcos diferenciadores. O marco histórico do novo constitucionalismo está diretamente ligado ao ressurgimento do poder constituinte para refundar o Estado *desde abajo,* pautada em uma epistemologia do Sul como sustenta Boaventura de Souza Santos.[10] Em relação ao marco filosófico, filia-se a teoria da libertação na América Latina, que advém de um movimento filosófico nascido aproximadamente na década de 70, como correlato filosófico da Teologia da Libertação ou da Pedagogia do Oprimido, as quais têm como principais expoentes, respectivamente, Enrique Dussel e Paulo Freire.[11] Finalmente, seu alicerce teórico se sustenta em uma inversão de valores, no qual a nova revolução emancipatória estaria nas mãos do povo, o nacional, o membro do Estado-nação, sustentado pelo *Sumak Kawsay* ou *suma qamaña* (bem-viver) e *Pachamama* (mãe terra), historicamente excluídos do processo de aplicação e produção do Direito, como reforçam Mariátegui e Quijano.[12]

Ainda se destacam quatro elementos comuns desse novo constitucionalismo: 1. O seu conteúdo inovador (originalidade); 2. Relevante extensão dos artigos (amplitude); 3. Capacidade de conjugar elementos tecnicamente complexos em uma linguagem acessível (complexidade); 4. Ativação do poder constituinte do povo ante qualquer mudança constitucional (rigidez).

Com base no primeiro elemento, a ideia de novidade no novo constitucionalismo latino-americano vai tomando forma ao se perceber que a inovação Constitucional busca solucionar problemas que o "velho" constitucionalismo não conseguiu resolver. Estas inovações buscam responder às inquietudes da sociedade pela participação popular objetivando a integração social e o chamado *buen vivir.*

---

9 A única exceção é a Colômbia onde o movimento para a construção de uma nova constituição partiu de movimentos sociais e culminou no movimento estudantil que se denominou a sétima papeleta.

10 SOUSA SANTOS, Boaventura de. Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del Sur. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010.

11 FREIRE, Paulo. Pedagogia do Oprimido. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005, 42ª Edição; e DUSSEL, Henrique. Filosofía de la Liberación. 7ª Edición. México: Primero, 2001a.

12 O conceito de bien vivir é um conceito que varia culturalmente, aquí seguimos um conceito inicial de Fernando Huanacuni Mamani no artigo Buen Vivir / Vivir Bien Filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales andinas disponível em: <http://www.reflectiongroup.org/stuff/vivir-bien>: "Definición de Vivir Bien: El concepto del vivir bien desde los diferentes pueblos originarios se va complementando con las experiencias de cada pueblo. Según la ideología dominante, todo el mundo quiere vivir mejor y disfrutar de una mejor calidad de vida. De modo general asocia esta calidad de vida al Producto Interior Bruto de cada país. Sin embargo, para los pueblos indígenas originarios, la vida no se mide únicamente en función de la economía, nosotros vemos la esencia misma de la vida."

> Por isso, o constitucionalismo democrático prima por ser um modelo cuja legitimidade recai sobre a soberania popular. Esta não pode ser reconduzida aos representados, a legitimidade depende da participação popular e somente esta torna legítima as reformas constitucionais. Com base nessas premissas democráticas, o NCLA notabiliza os instrumentos de participação popular e os tornam os canais autênticos e apropriados para proceder às reformas constitucionais. Inclusive, afastando qualquer possibilidade reformadora não submetida ao crivo popular, por entender que os instrumentos participativos servem para acentuar a democracia em vários níveis.[13]

Mesmo assim, um ponto de inflexão na construção do novo é a dificuldade de romper com velhos problemas, ou seja, com uma estrutura historicamente pré-existente organizada para a manutenção do poder. Isso ocorre porque o núcleo básico da organização de poderes, que Gargarella chama de "sala de máquinas" (uma estrutura de poder vertical), não se modifica. Assim, quanto mais direitos forem introduzidos, maior a necessidade de observar como essa sala de máquinas, ou como o poder político, vai responder.

Essa sala de máquinas resume bem a questão do poder, porque representa uma concentração em uma estrutura vertical (coagulada) que tem o poder como monopólio do direito e da produção de verdades, como já explicitado anteriormente. Dessa forma, o discurso emancipador que buscou se traduzir nas novas Constituições acaba sempre esbarrando em práticas heterogêneas que produzem uma cristalização circunstancial do poder. Em suma, o poder soberano se reconfigura em suas mais diversas práticas, mas sua estrutura colonial é mantida.

II. A COLONIALIDADE DO PODER: A PRÁTICA DA DIFERENÇA

A estrutura colonial está ligada diretamente à ideia de colonialidade do poder, daí a importância do debate sobre a formação das identidades tratar da teoria decolonial. Essa colonialidade do poder é entendida como a estrutura formada a partir da colonização, que não termina com o fim desta, onde a América Latina é fruto da eurocentralidade do capitalismo mundial marcada pela ideia de raça.

> A globalização em curso é, em primeiro lugar, a culminação de um processo que começou com a constituição da América e do capitalismo colonial/moderno e eurocentrado como um novo padrão de poder mundial. Um dos eixos fundamentais desse padrão de poder é a classificação social da população mundial de acordo com a ideia de *raça*, uma construção mental que expressa a experiência básica da dominação colonial e que desde então permeia as dimensões mais importantes do poder mundial, incluindo sua racionalidade específica, o eurocentrismo. Esse eixo tem, portanto, origem e caráter colonial, mas provou ser mais duradouro e estável que o colonialismo em cuja matriz foi estabelecido. Implica, consequentemente, num elemento de colonialidade no padrão de poder hoje hegemônico. No texto abaixo, o propósito principal é o de colocar algumas das questões teoricamente necessárias sobre as implicações dessa coloniali-

13 RIBEIRO, Ilana Aló Cardoso; EMERIQUE, Lílian Márcia Balmant. Em defesa da participação: Análise da iniciativa popular para alteração da Constituição no Brasil e no Equador. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 9, nº 2, 2019, p. 113-128.

dade do poder com relação à história da América Latina.[14]

A ideia de novo, como explicitado no tópico anterior, é uma experiência de emancipação através da criação de uma nova teoria constitucional. Observe que aqui não estamos falando de uma nova teoria do direito e sim de uma teoria da constituição, onde, a partir dessa Constituição, seria possível construir ou reconstruir centros de poder. Assim, é possível afirmar que o novo constitucionalismo latino-americano trouxe uma combinação de práticas circunstanciais que culminaram com um momento propício da dinâmica social para que essas teorias pudessem ser levadas a cabo, é dizer, uma busca pela emancipação através desses instrumentos.

No que diz respeito a teoria decolonial, há a necessidade de entender a estrutura da sociedade latino-americana a partir da colonização e o que ela deixou de herança, ou seja, observar e inverter a episteme da nossa formação. A base aqui proposta está pautada numa visão relacionada a problemática da raça e da desumanização (Fanon e Quijano), em uma pedagogia da lógica do oprimido (Freire) inseridas "(...) como metodologias produzidas em contextos de luta, marginalização, resistência e que Adolfo Albán tem chamado 're-existência'; pedagogias como práticas insurgentes que fraturam a modernidade/colonialidade e tornam possível outras maneiras de ser, estar, pensar, saber, sentir, existir e viver-com".[15]

A colonialidade do poder engloba tanto uma ideia descolonial como decolonial, ainda que esses termos não sejam sinônimos, os estudos sobre a colonialidade se aplicam em ambos os casos. Os movimentos pós-coloniais se transformaram em um movimento de caráter epistêmico, intelectual e político, caracterizado na década de 70 no sul asiático dentro dos estudos do Grupo de Estudos Subalterno (Ranajit Guha, Partha Chatterjee, Dipesh Chakrabarty e Gayatri Chakrabarty Spivak) e, posteriormente, aqui na América Latina, na década de 90, com o grupo Modernidade e Colonialidade (Edgardo Lander, Arthuro Escobar, Walter Mignolo, Enrique Dussel, Aníbal Quijano e Fernando Coronil).[16] É na esteira desses estudos pós-coloniais que Walter Mignolo faz a diferenciação do que é colonial e descolonial:

> Colonialidade e descolonialidade introduzem uma fratura entre a pós-modernidade e a pós-colonialidade como projetos no meio do caminho entre o pensamento pós-moderno francês de Michel Foucault, Jacques Lacan e Jacques Derrida e quem é reconhecido como a base do cânone pós-colonial: Edward Said, Gayatri Spivak e Hommi Bhabba. A descolonialidade —

14 QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (Organização). A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Colección Sur Sur, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. septiembre 2005, p. 227-278.

15 WALSH, Catherine. Interculturalidad, Estado, Sociedad: Luchas (de)coloniales de nuestra época. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Abya Yala, 2009, p. 19.

16 BALLESTRIN, Luciana. América Latina e o giro decolonial. Revista Brasileira de Ciência Política, nº 11. Brasília, maio – agosto de 2013, p. 89-117.

em contrapartida — arranca de outras fontes. Desde a marca descolonial implícita uma *Nueva Crónica y Buen Gobierno* de Guaman Poma de Ayala; no tratado político de Ottobah Cugoano; no ativismo e crítica decolonial de Mahatma Ghandi; na fratura do Marxismo em seu encontro com o legado colonial nos Andes, no trabalho de José Carlos Mariátegui; na política radical, o giro epistemológico de Amilcar Cabral, Aimé Césaire, Frantz Fanon, Rigoberta Menchú, Gloria Anzaldua, entre outros.[17]

Nesse mesmo sentido, reafirmando aos estudos pós-coloniais uma identidade latino-americana, a linguista Catherine Walsh propõe a retirada do "s" da palavra descolonial para mudar a semântica desta, pois, na sua percepção, o prefixo "des" que tanto em espanhol quanto em português tem sentido de negação, se opõe ao significado original da palavra. Assim, com este jogo linguístico de tirar a letra "s", tenta evidenciar "que não existe um estado nulo da colonialidade, senão posturas, posicionamentos, horizontes e projetos de resistir, transgredir, intervir, insurgir, criar e incidir".[18]

Outra referência importante é o chamado processo civilizador, descrito por Norbert Elias, e que se funde ao colonialismo.[19] Apesar de ser um processo sem origem definida e sem um objetivo finalístico específico ou acabado, teve papel preponderante no controle e na disciplina dos corpos, como preconizou posteriormente Foucault.[20] A ideia de civilização atuou para a transformação do comportamento humano pelo comportamento social e o controle das emoções, transformando tudo em um padrão.

Um novo padrão de vergonha e repugnância é formado como padrão distintivo do civilizado para o incivilizado e é a diferença que marca a identidade e que distingue os estabelecidos e os *outsiders*, como preconiza Elias. Operamos em uma lógica contrária à do autor, onde na verdade são *outsiders* (colonizadores) que atuam numa lógica de diferenciação para a dominação dos estabelecidos (colonizados), tendo como pano de fundo a questão da civilidade. É nesses termos que ele distingue as fontes diferenciais do poder dentro do microcosmo social pelo rótulo de inferioridade (conceito de melhor e pior) que decidia a inclusão e a exclusão.

O jogo de forças, apesar de constar de uma lógica assimétrica, servia para a produção de fronteiras simbólicas e construção dessas distinções. "Muitas questões podem expor às claras as tensões e conflitos entre estabelecidos e *outsiders*. No fundo, porém, todas são lutas para modificar o equilíbrio do poder".[21]

---

17 MIGNOLO, Walter. Desobediencia epistémica: retórica de la modernidad, lógica de la colonialidad y gramática de la descolonialidad. Argentina, Ediciones del signo, 2010, p. 14-15.

18 WALSH, 2009, p. 24-25.

19 ELIAS, Norbert; SCOTSON, John L. Os estabelecidos e os outsiders: sociologia das relações de poder a partir de uma pequena comunidade. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

20 FOUCAULT, Michel. Em defesa da sociedade. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

21 ELIAS, 2000, p. 32.

Então, tratar de colonizadores e colonizados implica que o primeiro grupo produziu um processo de diferenciação social e estigmatização estabelecido pelo afastamento necessário entre nós e eles, por meio de códigos de conduta mais sofisticados. Esses processos são formas de distinção pessoal, mas também maneiras de distinguir quem pode deter determinado poder em determinada sociedade. E, apesar de entender que os processos não são estáticos — a pacificação dos costumes, ou seja, a sua imposição por força dentro do comportamento humano —, propiciou um processo de mudança dentro dos códigos e regras morais das sociedades.

> A afirmação da identidade e a marcação da diferença implicam, sempre, as operações de incluir e de excluir. Como vimos, dizer "o que somos" significa também dizer "o que não somos". A identidade e a diferença se traduzem, assim, em declarações sobre quem pertence e sobre quem não pertence, sobre quem está incluído e quem está excluído. Afirmar a identidade significa demarcar fronteiras, significa fazer distinções entre o que fica dentro e o que fica fora. A identidade está sempre ligada a uma forte separação entre "nós" e "eles". Essa demarcação de fronteiras, essa separação e distinção, supõem e, ao mesmo tempo, afirmam e reafirmam relações de poder. "Nós" e "eles" não são, neste caso, simples distinções gramaticais. Os pronomes "nós" e "eles" não são, aqui, simples categorias gramaticais, mas evidentes indicadores de posições-de-sujeito fortemente marcadas por relações de poder.[22]

Então, considerando a partir da decolonialidade, a indicação de sujeitos (nós/eles) perpassa a própria ideia de poder. Desse modo, a construção da América Latina a partir do seu descobrimento significou a construção também do capitalismo colonial/moderno eurocentrado como um novo padrão de poder mundial, o que revela também o porquê da construção dessas fronteiras diferenciais.

O eixo central desse modelo foi o padrão de poder centrado na classificação social da população mundial de acordo com a diferenciação entre colonizadores e colonizados que teve um dos seus pilares diferenciadores baseados na ideia de raça (uma construção mental que expressa a experiência básica da dominação colonial).

Significa dizer que o padrão racial foi criado a partir de uma necessidade de dominação e superioridade. Segundo Quijano (2005), a América foi o primeiro espaço/tempo de um padrão de poder mundial e primeira identidade da modernidade baseado na raça como diferenciador entre conquistadores e conquistados, elemento constitutivo, fundacional das relações de dominações que a conquista exigia: um novo padrão de poder. A ideia de superioridade/inferioridade (racial) foi o mais eficaz e durável instrumento de dominação social universal seguido por outro instrumento, o intersexual ou de gênero.[23]

---

22 SILVA, Tomaz Tadeu da. A produção social da identidade e da diferença. In: SILVA, Tomaz Tadeu da (Org.). Identidade e Diferença: a perspectiva dos Estudos Culturais. Rio de Janeiro, Editora Vozes, 2007, p.73-101.

23 QUIJANO, 2005.

O capitalismo se ergueu a partir de uma nova estrutura de controle e exploração do trabalho, de seus recursos e de seus produtos. Para isso, existiam formas de controle do trabalho: escravidão, servidão, a pequena produção mercantil, a reciprocidade e o salário. Todas baseadas no critério racial. O resultado? Uma divisão racial do trabalho que durou todo período colonial e pode ser vista até a atualidade. "A acumulação primitiva do capital das classes dominantes brasileiras foi produto da barbárie legalizada".[24]

Esse modelo criou um processo de diferenciação baseado na ideia de raça e desse conjunto de regras distintivas que, uma vez internalizadas, produziam um processo de autorregulação, e ensejavam, por sua vez, um interacionismo simbólico regulado por símbolos e signos que produziam a diferença. Um mecanismo tão eficaz de produção de diferença que perdura até os dias de hoje.

Na América Latina, aqui entendendo os países que formaram as Américas colonizadas por espanhóis e portugueses majoritariamente, o processo diferenciador entre colonizadores e colonizados foi incutido na sociedade. E a concentração do poder baseado na sua colonialidade passa por esse processo e, como consequência, leva sobre si um processo de hierarquização que diz respeito à posição ocupada pelo sujeito dentro desses sistemas simbólicos.

A disputa dos jogos de poder está justamente na luta da produção de sentido, e o deslocamento dessa produção de sentido faz com que o poder esteja dentro de um jogo de forças permanente. O poder, então, toma parte de um capital simbólico maleável que não é só monopólio do Estado, e sim parte de mecanismos capilares que podem ora se concentrar, ora se dissipar, dependendo das forças tensionantes.

É possível entender o poder como um conjunto de práticas que friccionam essas clivagens identitárias permanentes nas quais estamos inseridos. Com a colonização das identidades, as relações de poder se tornaram assimétricas e a forma de construção desse poder é o que vai determinar a possibilidade ou não de uma emancipação em relação a herança colonial advinda do processo civilizador.

III. Experiências de emancipação trazidas pelo "novo"

Se a prática da colonialidade é feita pela diferenciação, o processo de (re) inserção deve ser provocado. O discurso de emancipação requer um tipo de arranjo político capaz de emergir em determinada época, ampliando assim a capitalização do Estado na sua formação e práticas constituintes. É o que Boaventura de Souza Santos vai chamar de sociologia das ausências e das emergências ao criticar o modelo de racionalidade ocidental expresso no modelo de uma razão

24 SILVA, 2007, p. 11.

indolente. Neste, a ausência é uma forma de presença e o silêncio se torna discursivo, há emergência em inverter a epistemologia para o sul e criar uma ecologia de saberes.[25]

> Toda a experiência social produz e reproduz conhecimento e, ao fazê-lo, pressupõe uma ou várias epistemologias. Epistemologia é toda a noção ou ideia, refletida ou não, sobre as condições do que conta como conhecimento válido. É por via do conhecimento válido que uma dada experiência social se torna intencional e inteligível. Não há, pois, conhecimento sem práticas e atores sociais. E como umas e outros não existem senão no interior de relações sociais, diferentes tipos de relações sociais podem dar origem a diferentes epistemologias.[26]

A questão que começa a vir à tona gira em torno da possibilidade de se inverter a lógica dos saberes sujeitados, que por sua vez foram desqualificados e foram hierarquizados. Por saberes sujeitados, explica Foucault:

> Por saberes sujeitados entendo duas coisas. (...) "Saberes sujeitados" são blocos de saberes históricos que estavam presentes e disfarçados no interior dos conjuntos funcionais e sistemáticos, e que a crítica pode fazer reaparecer pelos meios, é claro, da erudição. (...) Por "saberes sujeitados", eu entendo igualmente toda uma série de saberes que estavam desqualificados como saberes não conceituais, como saberes insuficientemente elaborados: saberes ingênuos, saberes hierarquicamente inferiores, saberes abaixo do nível do conhecimento ou da cientificidade requeridos.[27]

E é a partir desse discurso que ganha espaço a questão do novo constitucionalismo. A força que vem da necessidade de emancipação e a busca pela superação de amarras coloniais fez emergir a contestação que repercute nesses movimentos constitucionais. Os Estados que fazem parte do novo constitucionalismo e essas novas Constituições trouxeram novidades embebidas nessa posição de construção do poder.

Dada a amplitude do movimento e a impossibilidade de cobri-lo em toda sua extensão neste trabalho, vamos trabalhar com a categoria de novos institutos constitucionais. Dessa forma não é a intenção aqui separar as tentativas emancipatórias por Estados, mas sim traçar um panorama de alguns mecanismos comuns e demonstrar esse interesse.

Primeiramente, se destaca que a representação dá lugar a representatividade e a democracia participativa se torna o sustentáculo dos intentos democráticos pela emancipação. Entretanto, devemos ressaltar que posteriormente ainda será preciso aprofundar se, e como, esses mecanismos são utilizados atualmente.

O sistema de participação ou de democracia participativa popular traz alguns mecanismos ainda inéditos nos modelos constitucionais anteriores. Um

---

25 SOUSA SANTOS, Boaventura de. Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências. Revista Crítica de Ciências Sociais, 63, out. 2002, p. 237-280.

26 SOUSA SANTOS, Boaventura de. Para além do Pensamento Abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. In: SOUSA SANTOS, Boaventura de; MENESES, Maria Paula (Org.). Epistemologias do Sul. Portugal: Edições Almedina. AS, 2009, p. 9.

27 FOUCAULT, 2016, p. 13.

exemplo emblemático nas Constituições que compõe o novo constitucionalismo latino-americano é o chamado referendo revogatório (*referendo revocatório ou recall*) previsto tanto nas Constituições da Venezuela, quanto nas de Bolívia e Equador, e é como o próprio nome já sugere, a possibilidade de se revogar os mandatos de governantes eleitos pelo povo através de referendo.[28] A representação e o mandato voltam às mãos do povo para que este tenha o poder de manter ou não um governante no poder.

Outro aspecto a ser mencionado consiste no fato de que essas Constituições costumam ser bastante principialistas, ou seja, constitucionalizam princípios. Mas nesse caso a novidade está quando se constitucionaliza também princípios e direitos dos povos originários.[29] É comum encontrar em seus textos princípios, tanto implícitos como explícitos, que são utilizados principalmente como critérios de interpretação.

A Constituição boliviana, por exemplo, traz em diversas partes do seu texto constitucional o chamado princípio descolonizador, quando trata por exemplo da justiça e da educação:

> Artículo 9. Son fines y funciones esenciales del Estado, además de los que establece la Constitución y la ley:
>
> 1. Constituir una sociedad justa y armoniosa, cimentada en la descolonización, sin discriminación ni explotación, con plena justicia social, para consolidar las identidades plurinacionales.
>
> (...)
>
> Artículo 78.
>
> I. La educación es unitaria, pública, universal, democrática, participativa, comunitaria, descolonizadora y de calidad.

Isso se expressa na tentativa de abarcar ao máximo as diversidades encontradas na sociedade, pelo fato do novo constitucionalismo latino-americano abranger um Estado Plurinacional e pluriétnico, além de demonstrar a necessidade de demarcar os direitos do povo de maneira individualizada. Assim, torna-se frequente, no texto constitucional boliviano, a expressão "nações" e "povos indígenas originários campesinos" ou mesmo a própria confecção do primeiro

---

28 Referência da Constituição da Venezuela: Artículo 72. Todos los cargos y magistraturas de elección popular son revocables. Combinado com artigos 197 e 233. Referencia do Equador: Artigo 61 – 6 Art. 61. Las ecuatorianas y ecuatorianos gozan de los siguientes derechos: 6. Revocar el mandato que hayan conferido a las autoridades de elección popular. Combinados com artigos 105, 106, 145 e 166. Constituição da Bolívia: Artículo 11. I. La República de Bolivia adopta para su gobierno la forma democrática participativa, representativa y comunitaria, con equivalencia de condiciones entre hombres y mujeres. II. La democracia se ejerce de las siguientes formas, que serán desarrolladas por la ley: 1. Directa y participativa, por medio del referendo, la iniciativa legislativa ciudadana, la revocatoria de mandato, la asamblea, el cabildo y la consulta previa. Las asambleas y cabildos tendrán carácter deliberativo conforme a Ley. Combinado com artigos 157, 170, 171, 240, III, e 242.

29 Exemplo disso é o capítulo segundo da Constituição da Bolívia que trata dos princípios, valores e propósitos do Estado.

artigo[30], que, na tentativa de abranger ao máximo as diversidades, torna-se amplo e complexo.[31]

Quanto a criação de novas institucionalidades e, por conseguinte, representatividades, há que se citar a eleição mediante sufrágio universal do Tribunal Constitucional Plurinacional previsto na Constituição Boliviana no artigo 198[32] que muda a trajetória constitucional, política e social deste país, visto que essa nova configuração do tribunal, além de abarcar as minorias, também contempla a democracia participativa.

Outra categoria emancipadora importante está relacionada a simplicidade linguística, que visa mudar a "cara" da Constituição fazendo com que sua linguagem seja mais acessível e compreensível a todos. Um exemplo disso é a retirada do latim como linguagem jurídica. Ações como *habeas corpus* e *habeas data*, foram "traduzidas" e agora são chamadas de *acción de libertad* e *acción de protección de privacidad*.[33] Trata-se, portanto, de textos tecnicamente complexos e semanticamente simples.[34]

E em se tratando de modificação do texto constitucional também se tem o exemplo da Constituição equatoriana que, mais uma vez, lança mão da democracia participativa, para modificações constitucionais através de consulta popular.[35] Ainda nesse mesmo sentido de poder popular, na Venezuela se criou o chamado quarto poder ou *poder ciudadano*, que exerce funções específicas e também a separação dos poderes estendidas como funções do Estado em cinco (Poder Executivo, Legislativo, Judiciário, Eleitoral e Cidadão),[36] assim como no Equador.[37]

---

30 Constituição Boliviana: Artículo 1. Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país.

31 WOLKMER, Antônio C. Tendências Contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. Revista Pensar. Revista de Ciências Sociais, Fortaleza, v.16, n° 2, jul./dez., 2011, p. 386, 387.

32 Constituição da Bolívia: Artículo 198. Las Magistradas y los Magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional se elegirán mediante sufragio universal, según el procedimiento, mecanismo y formalidades de los miembros del Tribunal Supremo de Justicia.

33 Constituição da Bolívia: Artículo 125. Toda persona que considere que su vida está en peligro, que es ilegalmente perseguida, o que es indebidamente procesada o privada de libertad personal, podrá interponer Acción de Libertad y acudir, de manera oral o escrita, por sí o por cualquiera a su nombre y sin ninguna formalidad procesal, ante cualquier juez o tribunal competente en materia penal, y solicitará que se guarde tutela a su vida, cese la persecución indebida, se restablezcan las formalidades legales o se restituya su derecho a la libertad. (...) Artículo 130. I. Toda persona individual o colectiva que crea estar indebida o ilegalmente impedida de conocer, objetar u obtener la eliminación o rectificación de los datos registrados por cualquier medio físico, electrónico, magnético o informático, en archivos o bancos de datos públicos o privados, o que afecten a su derecho fundamental a la intimidad y privacidad personal o familiar, o a su propia imagen, honra y reputación, podrá interponer la Acción de Protección de Privacidad.

34 VICIANO, Roberto Pastor; DALMAU, Rubén Martínez; La Constitución democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo. Revista Debates Constitucionales en nuestra América, 2013. p.32, traduzido.

35 Salienta-se, mais uma vez a título de exemplo, a rigidez da Constituição Equatoriana, que somente pode ser emendada através de consulta popular. O Capítulo terceiro trata da Reforma da Constituição do Equador a partir do artigo 441.

36 Título V – Da organização do poder público nacional (Constituição da Venezuela).

37 Título IV – Participação e organização do poder. (Constituição do Equador).

Por último, apesar de existirem mais exemplos, cabe ressaltar o pluralismo jurídico como parte integrante desse novo constitucionalismo latino-americano. O pluralismo como o reconhecimento constitucional de um direito intercultural composto não de uma unidade do sistema jurídico, o que até hoje não pressupôs a sua uniformidade, mas sim de uma tentativa de ruptura desse paradigma, que busca a integração da sociedade, principalmente de povos marginalizados no processo histórico.

Respeita-se então a chamada justiça indígena previstas nas Constituições equatoriana[38] e boliviana[39]. Além de extensos capítulos tratando dos chamados novos direitos: direitos da Natureza especificamente no Equador e os direitos indígenas, que abrangem a justiça dentro deles no Equador, Bolívia e Venezuela.

Em todos esses aspectos do novo constitucionalismo é possível verificar uma vontade emancipadora de natureza normativa. Com isso, se iniciaram processos de reconhecimento de identidades que buscam um aprofundamento democrático e um reconhecimento de povos originários que, em outro momento, tiveram suas histórias e direitos subalternizados e silenciados. Existe, portanto, uma correlação entre o constitucionalismo democrático e os avanços sociais trazidos por ele, ainda que a sua fase propositiva, conjuntamente com uma promessa de mudança, tenha sido usada por setores políticos para aceder ao poder. [40]

Todos esses exemplos são para demonstrar a reação constitucional aos saberes sujeitados e a experiência de emancipação pela criação de uma normativa norteada por esses valores decoloniais. Acontece que, como dito anteriormente, essas mudanças foram acompanhadas por uma necessidade histórica de mudança de significantes e significados para que o poder pudesse se aglutinar e formar governo. Governo esse que emprega e manifesta o poder por uma relação de força que se situa entre os limites das regras do direito e da produção de verdades.

As lideranças, com papel preponderante nesse processo, lançaram mão de diversos poderes discursivos de persuasão das massas para coadunarem um novo discurso dominante. Contudo, as práticas discursivas mudam de acordo com a força preponderante do momento. O poder não é único, é altamente maleável, mutável e capilar. Não é só o Estado ou o governante que o exerce, tanto que

---

38 Capítulo 4 sección segunda de la Constitución del Ecuador: "Art. 171. Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales".

39 Artigo 192 de la Constitución de Bolivia: El Estado promoverá y fortalecerá la justicia indígena originaria campesina. La Ley de Deslinde Jurisdiccional, determinará los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena originaria campesina con la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción agroambiental y todas las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas.

40 DALMAU, Rúben Martinez. ¿Han funcionado las constituciones del Nuevo constitucionalismo latinoamericano?. Revista culturas jurídicas, ahead of print, 2018.

o governante e a técnica retórica dominante podem mudar com o avanço ou o retrocesso de práticas sociais conhecidas ou novas. Como evidencia Brah:

> Toda formação discursiva é um lugar de poder, e não há nenhum lugar de poder onde a dominação, subordinação, solidariedade e filiação baseadas em princípios igualitários, ou as condições de afinidade, convivialidade e sociabilidade sejam produzidas e asseguradas de uma vez por todas. Antes, o poder é constituído performativamente em práticas econômicas, políticas e culturais, e através delas. As subjetividades de dominantes e dominados são produzidas nos interstícios desses múltiplos lugares de poder que se intersectam. A precisa interação desse poder em instituições e relações interpessoais específicas é difícil de prever. Mas se a prática é produtiva de poder, então a prática é também um meio de enfrentar as práticas opressivas do poder. [41]

Se tomarmos em conta que o poder se encontra nas práticas discursivas, poderemos lançar luzes ao que se transformou o movimento do novo constitucionalismo: algo que nasceu como uma proposta com alguns aportes da decolonialidade, mas que foi, em parte, absorvido por práticas governamentais antidemocráticas.

O cientista político equatoriano Simón Pachano, sintetiza com uma fórmula matemática o que significou o governo Rafael Correa para o Equador e sua revolução cidadã (2007-2017), que talvez possa explicar também o fenômeno chavista e por conseguinte de Evo Morales que, após ter aprovado a reeleição indefinida contra a vontade popular referendada, continuou no poder. O autor explica o seguinte "RC – RC = 0", que significa Rafael Correa menos Rafael Correa é igual a zero, ou seja, "los procesos anclados en la figura de un caudillo, aquí y en cualquier parte del mundo, han tenido una vida biológica y no política". [42]

Em outras palavras, o modelo estrutural proposto pelas "revoluções" constitucionais carece de uma persistência estrutural para se consolidar como um modelo alternativo. O próprio processo ao se definir como uma revolução exclui de si mesmo a participação da oposição, o que faz da política um jogo de oposições ancoradas na lógica amigo/inimigo e não de adversários, como se entende predominante em uma democracia consolidada e agonística.[43]

Então podemos entender, que, apesar da combinação de práticas de poder trazidas pelo novo constitucionalismo latino-americano, elas são consideradas circunstanciais, é dizer, uma experiência de emancipação através desses instrumentos que mesmo institucionalizadas ainda estão se desenvolvendo. Como bem sintetiza Dalmau:

> Existe una correlación entre nuevo constitucionalismo y la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos, el descenso de la desigualdad y de la pobreza, y el mejor disfrute de los derechos

41 BRAH, Avtar. Diferença, diversidade, diferenciação. Cadernos Pagu, nº 26, 2006, p. 373.

42 PACHANO, Simón. RC-RC=0. In: MANTILLA, Sebastián B.; MEJÍA, Santiago R; PAZ, Juan J.; CEPEDA, Miño. Balance de la revolución ciudadana. Quito, Centro Latinoamericano de Estudios Políticos: Editorial Planeta del Ecuador S.A., 2012, p. 70.

43 Ibidem, 2012.

civiles. Pero, por otro lado, las nuevas Constituciones latinoamericanas han desatado tensiones entre la voluntad popular constituyente y el gobierno constituido, que em varias ocasiones se ha resistido a estar sometido a la Constitución democrática. De hecho, el repunte de la pobreza y la caída en índices de bienestar en el caso venezolano encuentra uma explicación en la deriva autoritaria del madurismo, que se apartó de la Constitución de 1999 y, en ese sentido, sustituyó los efectos emancipadores por la violación masiva de los derechos humanos, el aumento de la corrupción y la falta de control democrático al Gobierno.

Assim, falar do experimento emancipatório trazido pelo Novo Constitucionalismo, é entender o enfrentamento das disputas de narrativas e das disputas de poder que existem dentro de uma democracia. O constitucionalismo democrático se desenvolve a partir de uma visão eurocentrada e transformar essa visão em decolonial ainda é um desafio.

Considerações finais

Se pudéssemos encontrar uma pergunta que sintetizaria a questão existencial que não cabe dentro desse artigo seria: "onde o novo constitucionalismo não alcançou no seu intento emancipador?". Não pretendemos, entretanto, deslegitimar o movimento constitucional, mas sim tentar entender o porquê da dificuldade de consolidação de práticas emancipatórias, e as questões relativas a isso são as mais diversas possíveis. Mas, talvez a resposta seja ainda mais simples do que aparenta, talvez ela esteja contida na lógica do exercício do poder.

Pensar em um diagnóstico do que é a democracia na América Latina, como ela se consolidou, suas bases e fundamentos, é pensar na formação do poder baseada em uma estrutura de identidades coloniais. A busca por respostas se encontra ou perpassa necessariamente pela questão da formação das identidades e do poder que, mesmo capilar, em alguns momentos se coagula, formando forças dominantes que, através de códigos não expressos, formam governos e, dentro desses governos, práticas de exercício do poder.

Exemplo disso são as nossas tentativas de emancipação frente a colonização das nossas identidades. Já passamos por vários experimentos sob governos ora democráticos, ora autoritários para tentar entender o desenvolvimento do nosso próprio poder e que conjunto de práticas podem levar a nossa emancipação.

O "nós" dessa história somos nós, o povo, que exercemos poder nas mais diversas posições em que nos encontramos, porém dificilmente o poder de mudar a nossa própria história enquanto o poder for colonizado. Lembrando sempre da máxima de Paulo Freire sobre a lógica do oprimido/opressor, onde, na verdade, enquanto não operamos diretamente no cerne da libertação, não sairemos vencedores. Provavelmente o nosso maior "nó" a ser desfeito, seja o do processo colonizador a partir da necessidade de se ouvir vozes silenciadas e, mesmo assim, caímos em outras armadilhas. O "como" fazer é o nosso maior desafio quando já descobrimos o "que" fazer.

Direito dos desastres e federalismo cooperativo: desafios para construções inovadoras nas dimensões regional e local[1]

Karina Denari Gomes de Mattos[2]

Nas últimas décadas foi registrada a intensificação dos desastres no mundo e o prognóstico não é alentador: cada vez mais as cidades estarão sujeitas a ocorrências dessa natureza.[3] Isso porque os desastres são eventos (de causa natural, humana ou mista) capazes de comprometer funções ambientais ou lesões a interesses humanos decorrentes de alguma mudança ambiental[4], que interagem com vulnerabilidades socioeconômicas pré-existentes.

Apesar da intensificação global dos desastres agravada pela desigualdade, o discurso sociopolítico hegemônico no início dos anos 2000 era de que caminhávamos para o fim das doenças, para a previsão e controle dos desastres naturais e para as tecnologias capazes de interromper o erro humano. O século XXI foi divulgado como o da sociedade do conhecimento, da economia limpa, da sustentabilidade. Entretanto, a segunda década do século iniciou-se em conjunto com a maior crise sanitária dos últimos 100 anos. Em escala global, as sociedades se depararam com o potencial de destruição causado por um inimigo invisível: o vírus SARS-CoV-2, responsável pela pandemia da covid-19.[5]

Em todo o mundo, já foram registrados mais de três milhões de óbitos em decorrência da disseminação do vírus[6], gerando impactos ainda não mapeados

---

1 Trabalho apresentado no Seminário Permanente PRINT UFRJ e UV: "DEMOCRACIA, DIREITOS HUMANOS E DESENHOS INSTITUCIONAIS EM TEMPOS DE CRISE", no âmbito do Projeto CAPES PRINT.

2 Doutora em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo (USP), é pesquisadora sênior do Centro de Direitos Humanos e Empresas da Fundação Getulio Vargas (CeDHE- FGV DIREITO SP) e Professora Substituta da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). E-mail: karinadenari@gmail.com.

3 Os dados referentes à intensificação de desastres nas últimas décadas podem ser obtidos em "Atlas Brasileiro de Desastres Naturais" (UFSC, 2013) e "EM-DAT: The International Disaster Database" (Université catholique de Louvain, 2020), ambos utilizados por Délton Winter de Carvalho (2020, p. 25-26).

4 CARVALHO, Délton W. Desastres Ambientais e sua Regulação Jurídica: deveres de prevenção, resposta e compensação ambiental. 2ª Edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 37.

5 No dia 11 de março de 2020, Tedros Adhanom, diretor geral da Organização Mundial de Saúde (OMS), declarou que a organização elevou o estado da contaminação à pandemia de covid-19, doença causada pelo novo coronavírus (SARS-CoV-2), em razão da disseminação rápida do vírus em escala global. UNASUS, Organização Mundial de Saúde declara pandemia do novo Coronavírus, 11 de março de 2020. Disponível em: <https://www.unasus.gov.br/noticia/organizacao-mundial-de-saude-declara-pandemia-de-coronavirus>.

6 A marca de 3 milhões de óbitos foi registrada em abril de 2021. REUTERS, Global COVID-19 death toll surpasses 3 million

sobre a saúde física e mental da população global, na economia de países desenvolvidos e emergentes e toda a gama de consequências nas políticas públicas de proteção social, políticas educacionais, políticas ambientais, impacto sobre grupos vulneráveis, dentre outras. Em razão dessa complexa teia de agravamentos sociais, hoje a ciência menciona o evento como uma "sindemia", um neologismo que combina sinergia e pandemia, e correlaciona o Sars-CoV-2 (o vírus que causa a doença covid-19) e uma série de doenças não transmissíveis para compreender como os dois elementos interagem em um contexto social e ambiental caracterizado por profunda desigualdade social.[7]

Assim como acontece em outros tipos de desastres, a covid-19 tornou grupos vulneráveis ainda mais expostos, o que demandou uma ação rápida dos governos. Em diversos países foram desenvolvidos programas de transferência de renda emergencial para a manutenção da subsistência das camadas mais pobres e miseráveis da população e a intensificação de outras ações de proteção social.[8] Não apenas a baixa renda foi considerada no desenho dessas políticas, mas outros critérios de vulnerabilidade foram reconhecidos para a concessão do benefício, tal como ser mulher, criança, adolescente ou idoso, pessoa com deficiência, dentre outros.

Isso porque, para a Estratégia Internacional para Redução de Desastres (UNISDR - *United Nations International Strategy for Disaster Reduction*) da Organização das Nações Unidas (ONU), o desastre consiste exatamente na interação entre as condições determinadas por fatores físicos, sociais, econômicos e ambientais e a suscetibilidade de indivíduos e comunidades aos impactos de eventos perigosos, assim como sua exposição ao risco e capacidade de resposta.[9]

Além de reforçar a importância de ações de resposta destinadas a grupos socioeconomicamente mais vulneráveis, a pandemia da covid-19 reforçou a importância de que países e governos locais tivessem uma política clara e eficiente para gestão de desastres. Como se verá no presente trabalho, a literatura focada no tema identifica a importância do tratamento e planejamento diante de etapas — por meio de ações e mecanismos que sejam apropriados no *iter processual* da

amid new infections resurgence, 06 de abril de 2021. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-global-casualties-idUSKBN2BT0V9>.

7 FIOCRUZ, 'covid-19 não é pandemia, mas sindemia': o que essa perspectiva científica muda no tratamento. 14 de outubro de 2020. Disponível em: <https://cee.fiocruz.br/?q=node/1264>. Acesso em: 25 out. 2020.

8 A Revista Nature indica que a pandemia acelerou o maior teste para a implementação de políticas de renda básica universal nos países, citando o caso da Espanha. NATURE, 583, 502-503 (2020). Disponível em: <https://www.nature.com/articles/d41586-020-01993-3>.

9 FGV, 2019 apud ONU, Report of the open-ended intergovernmental expert working group on indicators and terminology relating to disaster risk reduction. Relatório A/71/644, 01 de dezembro de 2016, 41 páginas. Disponível em: <https://www.undrr.org/publication/report-open-ended-intergovernmental-expert-working -group-indicators-and-terminology>. Acesso em: 24 out. 2020.

ocorrência de um evento perigoso, e que devem ser levadas em consideração na formulação das políticas públicas.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 e as Leis nº 12.340/2010[10] e 12.608/2012[11] orientam os três níveis federativos na disposição dessas diretrizes e ações de prevenção e resposta a desastres, e considera a gestão de desastre a partir da "abordagem sistêmica das ações de prevenção, mitigação, preparação, resposta e recuperação" (art. 4º, II, Lei 12.608/2012).

Todavia, principalmente a nível local, mesmo com uma legislação que enfoca a importância dos três níveis federativos no enfrentamento ao desastre, ainda não há uma conscientização suficiente a respeito da importância de políticas públicas e planejamento no campo do direito dos desastres. Isso porque segundo o Perfil dos Municípios Brasileiros (Munic) 2017, divulgado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE (2018), dos 5.570 municípios brasileiros, mais da metade (59,4%) não contavam com instrumentos de planejamento e gerenciamento de riscos em 2017. Apenas 25% tinham Plano Diretor contemplando prevenção de enchentes e enxurradas e 23% declararam ter Lei de Uso e Ocupação do Solo prevendo essas situações. Além da preocupação com a prevenção dos desastres, pouquíssimos municípios têm diretrizes claras para as ações de resposta e priorização a grupos vulneráveis no caso da ocorrência de eventos perigosos.

Isso ficou claro com as questões que foram trazidas na resposta à pandemia. Um dos principais problemas para a resposta rápida e o crescimento no número de casos no país decorre da baixa articulação e preparo das instituições públicas para lidar com o problema.

Em razão desses problemas estruturais de gestão de recursos públicos e articulação para resposta à pandemia, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem decidido consistentemente sobre a importância de uma melhor articulação e colaboração entre entes federativos em resposta a desastres — sobretudo, na articulação das ações de saúde e proteção social.

---

10 Dispõe sobre as transferências de recursos da União aos órgãos e entidades dos Estados, Distrito Federal e Municípios para a execução de ações de prevenção em áreas de risco de desastres e de resposta e de recuperação em áreas atingidas por desastres e sobre o Fundo Nacional para Calamidades Públicas, Proteção e Defesa Civil; e dá outras providências.

11 Institui a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil - PNPDEC; dispõe sobre o Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil - SINPDEC e o Conselho Nacional de Proteção e Defesa Civil - CONPDEC; autoriza a criação de sistema de informações e monitoramento de desastres; altera as Leis nºs 12.340, de 1º de dezembro de 2010, 10.257, de 10 de julho de 2001, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.239, de 4 de outubro de 1991, e 9.394, de 20 de dezembro de 1996; e dá outras providências.

A partir dessas decisões, em especial nas ADI 6341 MC, ADI 6343[12] e no indeferimento liminar pelo Min. Rel. Marco Aurélio na ADI 6764[13], verifica-se a necessidade de um federalismo cooperativo e de articulação interinstitucional entre os três poderes; os ministros ressaltam, ainda, os efeitos deletérios que decorreram de uma omissão federal. Por fim, restringem os poderes que a União poderia ter, fortalecendo as competências dos Estados e Municípios.

A partir do posicionamento do STF e das discussões sobre o tema na literatura brasileira e internacional trazidas pelo presente artigo, verifica-se cada vez mais a importância de uma articulação mais sintonizada e cooperativa entre entes federativos na resposta e na prevenção a desastres no país. Defende-se sua importância especialmente, pois estados e municípios são os entes federativos mais afetados pela necessidade de reforço das políticas de assistência e proteção social na etapa de resposta emergencial e por sofrerem perdas econômicas profundas também na fase de reconstrução, já que boa parte de receitas municipais e estaduais estão ligadas ao desenvolvimento e manutenção da dinamicidade econômica local — impostos ligados ao consumo — prejudicada pelo desastre.

Em razão da crescente importância dessa pauta, o presente artigo pretende oferecer uma revisão da literatura e da legislação brasileira sobre o tema, apontar as premissas e diretrizes internacionais sobre o tema do direito dos desastres e articular as discussões do direito dos desastres com as percepções mais recentes sobre o papel do federalismo cooperativo no enfrentamento de situações adversas, em especial corroborado pelas decisões mais recentes do STF.

Pretende-se reforçar a importância de que estados e municípios — pelo maior impacto sofrido em eventos sociais e ambientais dessa natureza, por estar mais próximo da população e ter a responsabilidade de um primeiro grau de resposta — desenvolvam e mantenham atualizados seu planejamento e gestão orientados a mecanismos de prevenção e resposta a desastres no país, sejam eles naturais ou tecnológicos, como se verá a seguir. As boas práticas nesse setor indicam que comunidades resilientes e gestores públicos locais que se dedicam à preparação no ciclo de desastres têm melhores condições de enfrentar adversidades, otimizar recursos e direcionar melhor suas demandas a outros entes federativos.

---

12 No início da pandemia, o STF julgou as ADI 6341 e ADI 6343, afirmando a competência concorrente. A ADI 6343 reconheceu a possibilidade que Estados e Municípios adotem medidas de restrição à locomoção intermunicipal e enquanto durar o estado de emergência sanitária. Outras ADIs sobre o tema são: ADI 6362/DF - que debate a possibilidade de a União requisitar administrativamente leitos privados de UTI e ADIs 6587/DF e 6586/DF sobre a possibilidade de estados realizarem vacinação compulsória. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>.

13 A ADI 6764, ajuizada pelo Presidente da República, pretendia suspender decretos estaduais que estabelecem medidas restritivas no combate à pandemia - como o fechamento de atividades não-essenciais e o toque de recolher noturno. O presidente alegou que as normas estaduais violariam os princípios da legalidade, da proporcionalidade e só poderiam ser editadas pelo Executivo Federal, com aprovação do Congresso Nacional. O ministro relator Marco Aurélio indeferiu a inicial e rejeitou a ADI, reforçando a liderança da União na "coordenação de esforços visando o bem-estar dos brasileiros" e destacando a impropriedade da ausência de representação adequada para os pleitos. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>.

I. O CICLO E A GESTÃO DE DESASTRES

Os desastres apresentam um ciclo próprio, cuja compreensão mostra-se necessária para entender quais ações são relevantes em cada momento (seja a adoção de medidas de minimização e mitigação de impactos adversos, ou a reparação dos danos) e serve como instrumento analítico para prevenção, planejamento e resposta aos desastres norteando sua antecipação ou ações após a sua ocorrência[14] .

Segundo Daniel Farber, tais etapas são, em resumo, as seguintes: a) resposta de emergência, b) compensação e seguros, c) reconstrução, d) mitigação do risco.[15]

A ONU[16] parte de uma divisão em sete etapas, quais sejam: a) prevenção, b) mitigação, c) preparo, d) resposta, e) recuperação, f) reconstrução, g) reabilitação.[17] Tal previsão orienta a perspectiva da Lei nº 12.608/2012 que prevê as seguintes: a) prevenção, b) mitigação, c) preparação, d) resposta e e) recuperação (art. 4, II).

Entre as duas visões, verifica-se que existem momentos distintos em relação ao desastre: sua prevenção (envolve sua mitigação e preparo), a resposta imediatamente após — emergencial —, e a reparação dos danos (envolve recuperação, reconstrução e reabilitação) fechando um ciclo — já que a reconstrução deve ter o potencial de evitar novos desastres, como se verá a seguir.

Na etapa de resposta os objetivos e ações visam garantir a segurança e a atenção às necessidades básicas, a partir de princípios norteadores como proteção da vida, segurança, integridade física e laços familiares; proteção dos direitos à provisão de alimentos, saúde, abrigo e educação e proteção de direitos relacionados à documentação, movimento, restabelecimento de laços familiares, expressão, opinião, religião e direitos eleitorais.[18] A duração desta etapa de resposta varia a depender de diversos fatores, como escala, tipo e contexto do desastre, mas pode-se dizer que a resposta só será encerrada quando a totalidade das pessoas atingidas tiverem suas necessidades básicas atendidas.[19]

---

14 CARVALHO, 2020, p. 47.

15 CARVALHO, 2020, p. 46 apud FARBER, Disaster law and emerging issues in Brazil. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), 4(1): 2-15 janeiro-junho 2012.

16 Em 1999 foi criada, em nível de secretaria permanente, a International Strategy for Disaster Reduction (UNISDR) com o intuito de difundir uma cultura de prevenção a desastres a ser exercida em nível doméstico. O Marco de Ação Hyogo para a Redução de Riscos de Desastres (2005-2015) e o Marco de Ação Sendai para a Redução de Riscos de Desastres (2015-2030) são os principais mecanismos para uma abordagem de múltiplos riscos e multisetores no enfrentamento a nível global dos desafios criados pelos desastres.

17 FGV, 2019 apud ONU, 2016.

18 Id., 2019, p. 12.

19 Id., 2019, p. 12.

Sobre a etapa seguinte, a reconstrução, intenciona-se a restauração das condições e modos de vidas das pessoas e comunidades atingidas, e recuperação do meio ambiente natural e artificial, vemos que as normativas da ONU indicam que não se pode apenas visar a obtenção de um retorno ao *status quo ante*, mas as diretrizes trabalham o conceito de reconstrução para melhor (*build back better*).[20]

Por isso, a chamada gestão de desastres pode não evitar ou eliminar completamente as ameaças; mas concentra-se na criação e implementação de preparo e outros planos para diminuir o impacto dos desastres e "reconstruir melhor".[21]

Cumpre dizer que nos Estados Unidos há uma forte discussão sobre o método de compensação de danos pela via dos seguros privados, pela própria evolução do instituto no país.[22] No Brasil, a discussão de compensação de danos acaba se revelando com maior rigor na discussão sobre Responsabilidade Civil contra o Estado, inclusive por meio das Ações Civis Públicas[23] e, nos casos de desastres socioambientais e socioeconômicos causados por empresas, na esfera de discussão sobre responsabilidade das Empresas em relação às normas internacionais sobre Direitos Humanos e Empresas.[24]

Em todas essas etapas fica claro que os desastres são caracterizados como uma séria perturbação da ordem social causada pela interação entre um evento perigoso e condições de exposição, vulnerabilidade e capacidade de reação das pessoas e comunidades atingidas por esses eventos, a partir da compreensão da Estratégia Internacional para a Redução de Desastres.[25] Segundo a ONU, o conceito de vulnerabilidade engloba "as condições determinadas por fatores físicos, sociais, econômicos e ambientais ou processos que aumentam a suscetibilidade de um indivíduo, uma comunidade, ativos ou sistemas para os impactos dos desastres".[26]

---

20 O uso das fases de recuperação, reabilitação e reconstrução após um desastre servem para aumentar a resiliência de nações e comunidades por meio da integração do risco de desastres medidas de redução na restauração da infraestrutura física e social sistemas, e na revitalização dos meios de subsistência, economias e meio ambiente (ONU, 2016, p. 11, tradução livre). Segundo a FGV, apesar do primeiro documento publicado com esse conceito tenha sido após o tsunami de 2004, este princípio foi positivado por meio do Marco de Sendai editado em 2015 no âmbito da ONU (FGV, 2019, p. 36).

21 ONU, 2016, p. 14, (tradução livre).

22 Para aprofundamento sobre o tema do direito securitário e desastres nos Estados Unidos, vide "Derramamentos Catastróficos e o Problema do Seguro" de Kenneth S. Abraham (2019).

23 Segundo Machado (2019, p. 406) a Lei nº 7.347/1985 prevê que a Ação Civil Pública poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não-fazer, medidas previstas também na legislação de desastres. Verifica-se dos casos mais recentes de desastres socioambientais de Mariana (2015) e Brumadinho (2019) que o Ministério Público tem enfrentado pelo mecanismo da ACP e dos Termos de Transação e Ajustamento de Condutas (TTAC) a responsabilização e ações emergenciais e reparatórias no Brasil.

24 Sobre o tema dos Princípios Orientadores da ONU sobre Empresas e Direitos Humanos e a responsabilidade de Empresas em respeitar direitos humanos e remediar impactos adversos no contexto de desastres, vide: FGV, 2019, p. 43 et seq.

25 FGV, 2019, p. 7.

26 ONU, 2016, p. 24, tradução livre.

Para Délton Winter de Carvalho[27], são elementos constitutivos dos desastres a vulnerabilidade e o risco. Segundo o autor, mesmo os chamados desastres "naturais", apesar de apresentarem um fenômeno físico como "gatilho", encontram frequentemente fatores sociais associados à sua origem — tais como desigualdade social, injustiças ambientais, urbanização desordenada, áreas ocupadas ilegalmente, etc.[28] Por isso indica a existência de uma Teoria Social dos Desastres. Caberia ao Direito avaliar quando a vulnerabilidade em um dado caso é decorrente de injustiças (omissões passivas) e essas passíveis de responsabilização.[29]

Essa também é a posição de Fernanda Dalla Libera Damascena[30], que reconhece ser o rompimento dessa relação entre vulnerabilidade e desastre um dos maiores desafios já postos ao Direito. Para a autora, se durante muito tempo a vulnerabilidade ao desastre era vista do ponto de vista físico-ambiental, hoje como dito há uma sobreposição de camadas físicas e sociais que expandem o escopo do desastre de forma significativa e cita o Índice de Vulnerabilidade Social (IVS) do IPEA para indicar os fatores que podem ser úteis ao mapeamento de riscos a desastres no Brasil.[31]

Segundo o levantamento jurisprudencial colocado pela autora, os Tribunais do Rio de Janeiro, São Paulo e Rio Grande do Sul apresentam o maior número de decisões sobre o tema até o momento, especialmente em ações envolvendo o direito à moradia, e apesar de não haver unanimidade de entendimento, verifica-se que há "uma tendência forte de consolidação da abordagem baseada em direitos fundamentais, 'temperada' por critérios de razoabilidade e legalidade".[32]

Tais exemplos demonstram que tanto a doutrina quanto os tribunais brasileiros estão num movimento de incorporação das diretrizes e recomendações internacionais relacionadas ao tratamento do Direito dos Desastres e sobre a importância de se compreender melhor suas origens, etapas, causas e consequências para melhor dimensionamento das ações de prevenção e resposta. A compreensão também do desastre como um fenômeno que envolve um forte componente socioeconômico se revela cada vez mais como elemento informativo das construções teóricas nacionais sobre o tema.

---

27 CARVALHO, 2020, op. cit., p. 60.

28 Id., 2020, p. 63.

29 Id., 2020, p. 61.

30 DAMASCENA, Fernanda D. L. Limites e Possibilidades da prestação jurisdicional na redução da vulnerabilidade. In: FARBER, Daniel A. CARVALHO, Délton W. (Org.). Estudos Aprofundados em Direito dos Desastres: interfaces comparadas. 2ª Edição. Curitiba: Appris, 2019, p. 448.

31 DAMASCENA, 2019, p. 453.

32 Ibidem, p. 472.

II. Federalismo cooperativo e direito dos desastres no ordenamento jurídico brasileiro

O Direito, quando desenhado para regular uma sociedade democrática e garantidora de condições dignas aos que ali habitam, fica obrigado a dar respostas às demandas resultantes dos desastres de qualquer natureza, não apenas para responsabilizar os que, por ventura, tenham sido responsáveis pelo ocorrido, mas também para ofertar amparo aos atingidos. Em razão disso, é possível falar sobre um campo do direito conhecido como o Direito dos Desastres, o qual — naturalmente interdisciplinar — tem especial inter-relação com o Direito Ambiental e o Direito da Responsabilidade Civil, além dos Direitos Humanos e o Direito Constitucional.

Segundo Paulo Affonso Leme Machado, as Constituições do Brasil historicamente têm tratado dos desastres e emergências ambientais. A Constituição de 1824 previa como objeto de garantia os "socorros públicos" (art.179) e as Constituições de 1934 e 1946 previram obrigações específicas sobre os efeitos da seca, endemias rurais e inundações (art. 5º, XV em 1934 e em 1946, art. 5º, XVIII). A Constituição de 1967 foi a primeira que passou a prever ações contra calamidades públicas (art. 8º, XII), o que se repetiu em 1988.[33]

O que difere a Constituição de 1988 das anteriores, e que reforça a interdisciplinaridade do Direito dos Desastres, está na criação de uma rede de direitos e garantias protetivos ao meio ambiente, aos direitos sociais e às minorias — mulheres, crianças, adolescentes, idosos, pessoas com deficiência, povos indígenas e comunidades tradicionais e outras minorias étnicas e sociais, a nível constitucional.

Tais proteções sociais combinadas às previsões constitucionais sobre as condutas lesivas ao meio ambiente[34], especialmente quanto aos princípios ambientais do Poluidor-Pagador, Prevenção, Precaução, e Reparação Integral, assim como pela previsão constitucional de situações de calamidade pública (desastres naturais ou tecnológicos)[35], revelam que há substrato constitucional na defesa e priorização desses grupos em situações de calamidade, em especial nas ações relacionadas às respostas e mitigação das vulnerabilidades sociais agravadas por situações de emergência.

---

33 MACHADO, Paulo Affonso Leme. Os Desastres Ambientais e a Ação Civil Pública. In: FARBER, Daniel A. CARVALHO, Délton W. (Org.). Estudos Aprofundados em Direito dos Desastres: interfaces comparadas. p. 377-406. 2ª Edição. Curitiba: Appris, 2019, p. 377.

34 Conforme disposto no art. 225, §3º (desastre tecnológicos), da CRFB de 1988.

35 Conforme disposto nos: art. 21, XVIII, art. 22, XXVIII e art. 136, todos da CRFB de 1988.

Todavia, apesar da amplitude da previsão constitucional na proteção desses grupos, as Leis nº 12.340/2010 e 12.608/2012 não são tão sensíveis a tais priorizações no tratamento da resposta a desastres. Apesar de constar como objetivos da Política Nacional de Proteção e Defesa Civil (PNPDEC) a "identificação e avaliação das ameaças, suscetibilidades e vulnerabilidades a desastres, de modo a evitar ou reduzir sua ocorrência" (art. 5º, VII), a lei trata do ponto de vista das vulnerabilidades ambientais, ao ignorar a ocorrência e impactos mais gravosos de desastres a grupos sociais mais vulneráveis e, em especial, se tomarmos em consideração mulheres, crianças e adolescentes, idosos, pessoas com deficiência além de povos indígenas e comunidades tradicionais.

Todavia, mesmo que hajam críticas às questões de priorização e reconhecimento de vulnerabilidades, em relação à distribuição de competências e deveres nessas situações a legislação é mais eficiente, e segue a previsão constitucional que determina o federalismo cooperativo (art. 23). Além disso, até a promulgação dessa legislação pode-se dizer que o ordenamento apenas previa ações em resposta a desastres — e depois do marco normativo passa também a contar com ações no âmbito preventivo inaugurando uma nova perspectiva mais alinhada às diretrizes internacionais.[36]

A Lei nº 12.340/2010 trata das transferências de recursos da União aos órgãos e entidades dos Estados, Distrito Federal e Municípios para a execução de ações de prevenção em áreas de risco de desastres e de resposta e de recuperação em áreas atingidas por desastres. Além disso, cria o Fundo Nacional para Calamidades Públicas, Proteção e Defesa Civil. A lei prevê expressamente a necessidade de um planejamento municipal para o acesso aos recursos, bem como prevê ações como do "cadastro nacional de municípios" para verificação de risco de desastres, além de outras ações de planejamento e gestão.

A Lei nº 12.608/2012 cria a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil – PNPDEC e determina ações concretas em relação a um sistema de informações e monitoramento de desastres. Determina a competência concorrente dos entes federativos: "Art. 2º É dever da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios adotar as medidas necessárias à redução dos riscos de desastre". Reforça que "Art. 4º São diretrizes da PNPDEC: I - atuação articulada entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios para redução de desastres e apoio às comunidades atingidas" além de se pautar por uma "II - abordagem sistêmica das ações de prevenção, mitigação, preparação, resposta e recuperação" (grifou-se).

Nesta mesma Lei, a Seção II trata "Das Competências dos Entes Federados" e reforça atribuições e requisitos mínimos para cada ente federativo — no

36 CARVALHO, 2020, p. 20.

caso da União determina o papel de "coordenar o SINPDEC, em articulação com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios" (art. 6º, II).

Sobre tais pontos, como visto, a determinação legislativa sobre a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil (PNPDEC) vai ao encontro das recentes decisões do STF sobre o tema, em especial na ADI 6341 MC[37], quando os ministros do STF assentaram pela necessidade de um federalismo cooperativo e de cooperação interinstitucional entre os três poderes.

O voto do Min. Edson Fachin, na ADI, reforça que:

> De fato, no âmbito do federalismo cooperativo inaugurado pela Constituição da República, a delegação de competência a um dos poderes do Estado não pode implicar, sob o ângulo material, a hierarquização dos poderes ou das esferas de Governo. Por isso, defiro a medida cautelar para dar interpretação conforme à Constituição relativamente ao § 9º do art. 3º da Lei 13.979, reconhecendo que, "preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do artigo 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais"[38] (Grifou-se).

A partir da análise de professores da Universidade Federal do Paraná após um ano de decisões do STF em relação ao federalismo[39] em especial nas ADI 6341 e 6343, verifica-se que apesar do Poder Executivo federal ter papel central no planejamento e coordenação das ações governamentais, não pode ele afastar unilateralmente as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotem medidas sanitárias previstas na Lei 13.979/2020 no âmbito de seus territórios. Segundo essa linha de raciocínio, para o STF, respeitadas as competências que lhes são próprias, os entes da federação não só podem, como devem atuar no combate à pandemia. Em decisão mais recente, houve o mesmo entendimento, após provocação do Presidente da República (ADI 6764).

A partir dos posicionamentos emitidos pelos ministros, verifica-se a importância de uma articulação entre entes federativos no enfrentamento a desastres. Tanto a legislação de desastres quanto o posicionamento do Tribunal demonstram que os municípios e governos locais e estaduais podem e devem criar mecanismos mais claros de prevenção e enfrentamento a situações adversas.

Todavia, pelos dados do IBGE não é o que vem ocorrendo. Apesar de, no comparativo entre os dados de 2013 e 2017 haver um aumento de municípios

---

37 Por unanimidade, o plenário do STF reconheceu a competência concorrente de Estados, DF, Municípios e União no combate à covid-19, em análise da MP 926/2020. Em 24 de março de 2020 a liminar foi parcialmente deferida ad referendum pelo Min. Relator Marco Aurélio, referendada pelo Plenário em 15 de abril de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>.

38 STF, ADI 6341 MC-REF / DF, Min. Edson Fachin, Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/v oto-edson-fachin-acoes-competencia.pdf>, p. 20.

39 GODOY et al. Normalizando o anormal? As decisões do STF após um ano de pandemia. Jota, 20/04/2021. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/normalizando-o-anormal -as-decisoes-do-stf-apos-um-ano-de -pandemia-20042021?amp>. Acesso em 02 de maio de 2021.

que preveem instrumentos de planejamento e gestão de risco[40], ainda assim os percentuais são muito baixos para um tema tão relevante e central no enfrentamento dessas situações que cada vez mais estão presente. Além disso, se em 2017, 59,0% dos municípios brasileiros não apresentavam nenhum instrumento voltado à prevenção de desastres, apenas 14,7% (821 municípios) tinham Plano de Contingência e/ou Prevenção para a seca — uma das principais causas de desastres naturais no país.[41]

Além das situações de desastres naturais trazidas na pesquisa do IBGE, em que há uma maior exposição do ente estatal, cumpre destacar que também municípios e estados enfrentam de forma cada vez mais frequente a situação de desastres tecnológicos. Segundo a EM-DAT[42] "Embora os riscos naturais estejam associados a desastres naturais, a industrialização e as tecnologias resultaram em acidentes ou liberação inesperada e descontrolada de materiais perigosos e explosivos, que consideramos desastres tecnológicos".

O Observatório Nacional sobre Questões Ambientais, Econômicas e Sociais de Alta Complexidade e Grande Impacto e Repercussão, criado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), em 2019, realizou diversos mapeamentos, mas teve como focos de atenção os desastres relacionados ao rompimento das barragens das Bacias do Rio Doce e Paraopeba, no Estado de Minas Gerais, e o risco de desastre geológico nos bairros do município de Maceió, no Estado do Alagoas. Isso mostra a importância que tais episódios relativos a desastres tecnológicos têm assumido frente às situações complexas da vida institucional do país. Fica clara a importância e o desafio que se apresenta — especialmente em casos que envolvem grandes empresas e corporações da mineração e outras — para a articulação de instituições políticas e judiciais no enfrentamento desses desafios.

Considerações finais

A constitucionalização do direito dos desastres é hoje realidade que se apresenta não apenas no Brasil, mas em diversos países. Um exemplo é a Constituição do Equador de 2008 que estabelece em seu Título VII o regime do bem viver —

---

40 Dentre os instrumentos de planejamento e de gestão de risco pesquisados, os mais presentes eram: Plano Diretor que contemple a prevenção de enchentes ou inundações graduais, ou enxurradas ou inundações bruscas (25,3%) e a Lei de Uso e Ocupação do Solo que contemple a prevenção de enchentes ou inundações graduais, ou enxurradas ou inundações bruscas (23,1%). Em 2013, esses índices eram, respectivamente, de 17,2% e 14,8%. Cabe destacar que, em 2017, 59% dos municípios brasileiros não apresentavam nenhum instrumento voltado à prevenção de desastres (IBGE, 2018).

41 Entre 2013 e 2017, dos 5.570 municípios brasileiros, 2.706 (48,6%) foram afetados por secas, 1.726 (31,0%) por alagamentos, 1.515 (27,2%) por enxurradas, 1.093 (19,6%) por processos erosivos acelerados e 833 (15,0%) por deslizamentos (IBGE, 2018).

42 CRED - Centre for Research on the Epidemiology of Disasters. CRED Crunch 60 - Technological Disasters. September 2020. Disponível em: <https://www.emdat.be/ publications>. Acesso em: 02 mai. 2021.

e na sua nona seção o tema da gestão de risco; ou a Constituição da República Dominicana de 2010, que dispõe inclusive sobre o tema das mudanças climáticas no art. 194[43], dentre outros inúmeros exemplos na África e na Europa.[44]

A constitucionalização do tema decorre da evidência empírica proporcionada pelo avanço da urbanização, da degradação ambiental, e da visibilidade do impacto das mudanças climáticas das últimas décadas; tais eventos catastróficos já se intensificam em número e grau, afetando desproporcionalmente as populações mais vulneráveis. O Direito tem um papel essencial na tutela das ações de prevenção, mitigação, resposta e recuperação de desastres naturais e tecnológicos, porque busca regular o ambiente de extremo risco e vulnerabilidade e minimizar seu potencial devastador. A interdisciplinaridade do fenômeno exige a articulação de diversos saberes para o melhor enquadramento dos desafios preventivos, regulatórios e reparatórios que se apresentam.

Cada vez mais as boas práticas internacionais demonstram que gestores locais e comunidades devem se apropriar dessas ferramentas de prevenção e resposta a desastres para fazer frente ao crescimento desses desafios. Diversas estratégias estão sendo colocadas em prática em todo o mundo, seja nas práticas urbanísticas — como o conceito de "*smart growth*" ou de expansão urbana inteligente[45] —, seja nas práticas ambientais preventivas de risco, seja em outras esferas de gestão pública e melhor uso dos recursos naturais. Mas ainda existe uma grande urgência de que gestores públicos, especialmente no nível municipal e estadual, se apropriem dessas ferramentas e que as comunidades estejam atentas e vigilantes para a implementação dessas políticas.

---

43 Artículo 194.- Plan de ordenamiento territorial. Es prioridad del Estado la formulación y ejecución, mediante ley, de un plan de ordenamiento territorial que asegure el uso eficiente y sostenible de los recursos naturales de la Nación, acorde con la necesidad de adaptación al cambio climático. (CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DOMINICANA, Votada y Proclamada por la Asamblea Nacional en fecha trece (13) de junio de 2015 Gaceta Oficial No. 10805 del 10 de julio de 2015). Disponible en: <https://poderjudicial.gob.do/documentos/ PDF/constitucion/Constitucion.pdf>. Acesso em 24 de outubro de 2020.

44 LEITE, José Rubens Morato. CAVEDON, Fernanda Salles. A Justiça Ambiental como paradigma para o Direito das Catástrofes: por uma abordagem ética e ambiental da gestão dos riscos de catástrofes ecológicas. In: FARBER, Daniel A. CARVALHO, Délton W. (Org.). Estudos Aprofundados em Direito dos Desastres: interfaces comparadas. 2ª Edição. Curitiba: Appris, 2019, p. 430 et seq.

45 SUN, Lisa Grow. Smart Growth: Expansão Urbana Inteligente em Lugares Pouco Inteligentes: Sustentabilidade, Desastres e o Futuro da Cidade Americana. In: FARBER, Daniel A. CARVALHO, Délton W. (Org.). Estudos Aprofundados em Direito dos Desastres: interfaces comparadas. 2ª Edição. Curitiba: Appris, 2019.

A Constituição e o dever de complementaridade e interseção legislativas: Estatuto da Cidade e Estatuto da Metrópole no direito brasileiro

Luigi Bonizzato [1]
Mariana Ferri Gonçalves [2]

A Constituição de 1988 foi farta em suas normas e previu a existência de um plano urbanístico, de modo expresso, qual seja, o chamado Plano Diretor (PD). Décadas após a entrada em vigor da referida Constituição, é certo que a atenção dada pelos Municípios brasileiros ao referido plano é bem maior, se comparada com a preocupação a ele conferida nos primórdios da vigência constitucional.

Entretanto, há ainda longa jornada, uma importante estrada a se percorrer, rumo a melhores entendimentos e compreensões sobre a relevância de um plano que tem como objetivo central, mas não único, a ordenação territorial, no sentido mais amplo da expressão. Exatamente por isso, aproximadamente treze anos após a entrada em vigor da Constituição, foi criado o Estatuto da Cidade. E, coincidentemente, também aproximadamente treze anos após a entrada em vigor do Estatuto da Cidade, foi elaborado o Estatuto da Metrópole, o qual, entre outras inovações, criou outro plano urbanístico, o chamado Plano de Desenvolvimento Urbano Integrado (PDUI).

E, para além de outras tantas Leis, de significativa importância para as cidades brasileiras, as linhas seguintes debruçar-se-ão sobre específicos e selecionados pontos de interseção e complementaridade entre a Constituição de 1988, o Estatuto da Cidade (2001) e o Estatuto da Metrópole (2015).

---

1 Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Associado de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND/UFRJ). Co-coordenador e membro do LETACI (Laboratório de Estudos Institucionais). Criador do APP "Constituição para Leigos" (IOS e Android). Cf. Constituição para Leigos. Site: <www.bonizzato.com.br>.

2 Arquiteta e Urbanista pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Poços). Mestranda em Gestão Pública e Sociedade na Universidade Federal de Alfenas (UNIFAL-MG).

I. Constituição de 1988, suas normas citadinas, urbanísticas e metropolitanas, e complementações legislativas

Quando do advento e ascensão da Constituição de 1988, o legislador constituinte originário brasileiro talvez não mais se preocupasse com a nuvem carregada de interesses sociais, políticos, econômicos, entre tantos que envolveram os trabalhos que levaram à criação da Lei Máxima brasileira. Mas, certamente, quando do período de sua criação, o projeto de Constituição foi alvo não somente de preocupações, mas também e, sobretudo, de uma luta e disputa política que, em sentido amplo, conduziram à criação de uma Constituição dirigente, analítica, extensa e portadora de uma série de direitos e contemplações a interesse sociais difusos e ligados a variados grupos de pressão.

Nesse viés, o tão já falado dirigismo constitucional brasileiro foi fruto, sim, de uma disputa de interesses na época da criação e montagem da Constituição de 1988. Entretanto, o mesmo dirigismo prosseguiu seu caminho e se transformou, ora em empecilho, ora em uma possibilidade de soluções e melhorias legais para uma série de problemas com os quais cotidianamente se depara a sociedade brasileira.

Assim, das normas constitucionais de eficácia plena às normas constitucionais de eficácia contida — limitada e programática, para os que ainda desta forma entendem —, o texto legal maior nacional levou a uma quantidade expressiva de possibilidades criacionais e de complementação das normas constitucionais pelo legislador infraconstitucional de cunho altamente relevante. Afinal de contas, a depender da norma constitucional complementada, o grau de importância e magnitude pode ser tamanho, a ponto de se poder até unificar as previsões constitucionais e infraconstitucionais em um bloco único, capaz de ser reputado, por inteiro, uma normatização constitucional.

Independentemente, entretanto, de como preferirá o leitor e intérprete se posicionar sobre as complementações legislativas a seguir mencionadas, fato é que, em bloco ou não, tais normas muito representaram, representam e representarão para a evolução da ordem jurídica nacional. Isto, claro, sem citar a interdisciplinaridade manifesta, que faz com que se possa falar em uma evolução também social, econômica, urbana, ambiental etc. Pois, no que diz respeito ao cerne do presente Artigo, cidade, metrópole, ambiente urbano, ambiente artificial, direitos sociais, direitos fundamentais, humanos e coletivos findam por imbricarem-se, juntamente com outros que sequer chegaram a ser neste parágrafo levantados e suscitados.

Mas, para que se possa aproximar, desde logo, dos objetivos centrais deste breve Texto, decorrente de Palestra ministrada em evento internacional, resulta-

do da parceria entre o Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGD/FND/UFRJ) e a Faculdade de Direito da Universidad de Valencia (Espanha), será importante ressaltar algumas figuras principais, já nas próximas linhas.

Nesse sentido, articulação e comunicação institucionais, complementações legislativas e respeito sempre incondicional ao princípio da supremacia da Constituição serão pontos e figuras, *exempli gratia*, a serem destacados. Máxime em razão dos elementos jurídicos que gradativamente serão apresentados neste breve escrito.

Por conseguinte, que se comece já com o abraço mais forte entre duas leis de suma importância para o desenvolvimento da nação brasileira: Estatuto da Cidade e Estatuto da Metrópole. Mais de treze anos separam as duas leis, complementadoras de inúmeras e espalhadas previsões constituintes pelo Texto Magno brasileiro. Já que, frise-se, apesar de os dois Estatutos poderem diretamente estar ligados a determinados dispositivos e outras normas constitucionais, tais como direitos fundamentais variados, findam por serem agraciadas nas previsões infraconstitucionais ora em voga.

Assim, sem maiores divagações, que se deixe claro que o Estatuto da Cidade nasce em 2001 com o objetivo inicial e específico de complementação do *caput* do Art. 182, da Constituição de 1988. Com a meta central de trazer princípios e instrumentos de política urbana, o Estatuto da Cidade sobreviveu a dúvidas, inquietações e tempestades e continua a reger as relações citadinas, ainda que muito se tenha que evoluir nesta seara. Sobretudo porque um país de dimensões continentais, subdesenvolvido (ou em desenvolvimento) e com problemas sociais de gravidade ímpar possui impactos de grande magnitude em suas cidades[3], locais onde a concentração da garantia e tutela dos direitos sociais previstos na Constituição da República se faz ampla e majoritariamente presente.

---

3 Apesar de o presente estudo, mesmo tendo como foco as cidades, findar por buscar um exame conjunto entre Estatuto da Cidade e Estatuto da Metrópole e, por conseguinte, entre a figura de cidades, mas prevalentemente inseridas em regiões metropolitanas, é imprescindível salientar que toda e qualquer cidade brasileira, com menor ou maior índice de aglomeração urbana, merece toda a atenção e cuidados jurídicos. Veja-se, por exemplo e, sem se escapar do objetivo central do presente estudo, Minas Gerais, o Estado membro da Federação brasileira com o maior número de Municípios, a maioria deles com baixos números populacionais. Nesse sentido, é fundamental ressaltar que, todos os Municípios mineiros, assim como todos os Municípios do Brasil, merecem especial olhar jurídico, no que tange a todos os ramos do Direito (da cidade, ambiental, urbanístico, administrativo etc.) e a todas as áreas do saber, tais como as ligadas a políticas públicas, gestão de cidades, arquitetura, urbanismo etc. Apenas a título exemplificativo, já que Minas Gerais possui 853 Municípios, até a data de publicação deste Artigo, foque-se no Município de Machado, localizado no Sul de Minas Gerais, próximo das cidades maiores de Varginha, Alfenas e Poços de Caldas. Ao contrário de Belo Horizonte e seus entornos, onde se concentra a maioria absoluta da população mineira, Machado possui, também no momento da publicação do presente Artigo, 42.413 habitantes. E por isso não é reputada uma cidade, onde educação, saúde, segurança, planejamento urbano, moradia, Plano Diretor não devem ser direitos garantidos e existir? Claro que não. É sim mais uma das cidades onde, guardadas as devidas proporções de análise, possui intensa necessidade de uma Administração Pública de qualidade, que venha a atender aos interesses, sobretudo de cunho social, de seus habitantes. O Direito da Cidade e Ambiental em sentido amplo (natural e artificial) deve ser aplicado sem distinções ligadas a tamanho ou a população, além do que deve possuir maleabilidade suficiente para se adaptar às diversas particularidades e peculiaridades de um país com dimensões e características continentais, tal como o Brasil.

Hospitais, escolas, Faculdades, Universidades, escritórios, áreas de lazer, entre outros elementos, integram a noção de cidade, a qual também possui e cumpre uma função social. É na cidade que pulsam direitos a ela peculiares, como também os mais diretamente relacionados ao transporte, à moradia e ao trabalho. A pulsação urbanística é fenômeno presente e inexorável, patentemente previsto nas áreas urbanas e, por corolário, repita-se, nas cidades brasileiras.

Todavia, que se perceba a realidade nacional: em, no mínimo, todas as capitais dos vinte e seis Estados da República Federativa do Brasil, existem regiões metropolitanas, por sua vez compostas por vários Municípios e cidades, cujos interesses devem ser tratados preponderantemente de modo conjunto e, não, separados e fragmentados.

Assim, o recorte temático ora escolhido tecerá considerações sobre as referidas cidades e metrópoles, a partir de previsões constitucionais e infraconstitucionais. E os escolhidos para tal recorte serão, em um primeiro momento, os já ventilados Estatutos da Cidade e da Metrópole. Mas, mais precisamente, o foco maior se destinará aos Planos Diretor (PD) e de Desenvolvimento Urbano Integrado (PDUI), como potenciais institutos de renovação dos ares citadinos brasileiros, principalmente porque com deveres de relação e coordenação, facilitando a articulação e a cooperação entre Municípios e cidades.

Realmente, em regiões metropolitanas, legislar, atuar e decidir sobre a figura de um instituto ou direito pode ultrapassar a esfera de um único Município e atingir o âmbito de toda uma aglomeração urbana. Veja-se o caso dos transportes, incluindo as vias de circulação dos mais variados tipos: pensar no transporte em Duque de Caxias e em Nilópolis significa pensar no transporte no Rio de Janeiro, em Niterói e em São Gonçalo, entre outros Municípios. Trilhos, rodovias de alta velocidade, túneis e até uma das mais imponentes pontes do Brasil e do mundo se juntam para que trens, ônibus, uber's, táxis, metrô, entre outros meios de transporte se aglomerem em um vai-e-vem contínuo. Vinte e quatro horas por dia. Que o mesmo se diga, respeitadas as diferenças no que tange a exemplos e características locais, sobre Contagem, Confins, Betim e Belo Horizonte, entre outros Municípios da Região Metropolitana de Belo Horizonte; sobre São Bernardo do Campo, São Caetano do sul, Guarulhos, Biritiba Mirim, São Paulo, entre outros Municípios da Região Metropolitana de São Paulo; sobre Curitiba, Piraquara, Tamandaré, Almirante, entre outros, da Região Metropolitana de Curitiba; sobre Iranduba, Presidente Figueiredo e outro Municípios da Região Metropolitana de Manaus, sobre João Pessoa e Cabedelo, na Região Metropolitana de João Pessoa; sobre Vitória, Cariacica e Vila Velha, Municípios que também integram a Região Metropolitana de Vitória, capital do Estado do Espírito Santo; enfim, entre tantos exemplos relativos às 74 (setenta e quatro) Regiões Metropolitanas do país. Portanto, repare-se, é indispensável articular interesses de Municípios limítrofes e vizinhos, para que o

todo possa funcionar, ainda que as pessoas jurídicas responsáveis pelas concessões, permissões e autorizações, sejam de responsabilidade do estadual ou, separadamente, de cada Município de uma região metropolitana. E quanto maiores e melhores forem articulação, cooperação e complementaridade macro e micro institucionais, maiores e melhores serão os resultados e benefícios sociais.

Na mesma linha, poder-se-ia falar de uma série de outras ilustrações, mediante as quais a prestação final de um serviço, a consecução de uma política pública, depende de participações variadas de inúmeros entes federativos. Para que água potável e encanada que, lamentavelmente, ainda não é uma realidade oficial para aproximadamente 20% vinte por cento) da sociedade brasileira, possa chegar a uma torneira residencial, tubulações, em sua franca maioria subterrâneas, cruzam, muitas vezes, vários Municípios. E as fiações elétricas? Bem, neste caso, embora os aqui Autores entendam que na maior parte das cidades brasileiras o meio pelo qual se leva eletricidade a todo um grupo social seja precário, fato é que basta levantar a cabeça e olhar para os inúmeros postes espalhados pelas cidades do país, para se perceber que uma imponente e, paralelamente, preocupante junção de fios e cabos unem-se para atingir o fim maior de levar luz e energia elétrica à população. Fios e cabos que, muitas vezes, também cruzam fronteiras de entes federativos brasileiros, dentro e fora de regiões metropolitanas.

E, se se tocou no ponto relativo à condução de energia elétrica, aproveita-se, rapidamente, para explicar o que aqui se entende, especificamente no tocante à ilustração dada, como precário. Imaginem se uma cidade que possuísse um emaranhado de fios e cabos por milhares de postes construídos em suas calçadas, tivesse toda uma estrutura de condução destes mesmos cabos e fios por tubulações subterrâneas. Como não se despoluiria o visual e a paisagem urbana local? O direito à paisagem mostrando que também integra uma função social e ambiental da cidade. E isso sem se falar na diminuição de riscos de acidentes de *blackouts*, pois a construção de tubulações subterrâneas dependeria de um planejamento mais intenso e teria mais chances de levar a uma maior organização urbanística para a distribuição de energia elétrica.

Mas, retomando os trilhos e rumos mais diretos do presente Artigo, esses sim submetidos a uma forte tentativa de articulação, coerência e obediência ao seguimento de fios condutores, registre-se que todo o já dito até aqui e a seguir ratificado ganha considerável incremento qualitativo, do ponto de vista urbanístico e da consolidação do direito a uma cidade oferecedora de dignidade mínima à sua população, se, sob uma supervisão da União e dos Estados, respectivamente, os Municípios puderem melhor articularem-se institucionalmente, com maior cooperação entre macro e micro instituições. Dialogia entre Poderes Legislativo e Executivo, assim como entre órgãos e outras instituições variadas, já é avanço a ser aplaudido, ainda que precise focar em sua intensificação perene.

Contudo, imagine-se, após as considerações até mais do que vestibulares acima tecidas, se a complexa teia legislativa nacional começar a favorecer a articulação e cooperação desejadas?

A Constituição de 1988 foi e é uma mola propulsora para o que ora se coloca e, ainda que tardiamente, mas nunca tarde demais, o legislador infraconstitucional tratou de corroborar intenções constituintes e consolidar pretensões de melhoria da qualidade de vida e atendimento às funções sociais da cidade e bem-estar social de seus habitantes. Uma vez que a prática e o cotidiano das principais cidades nacionais mostram que há longo percurso pela frente, leis complementadoras da Constituição da República trataram de, pelo menos no âmbito e esfera jurídica, criar instrumentos e mecanismos de melhoria das condições urbanas. E, precisamente no que diz respeito ao que neste Artigo se escolheu desenvolver, trataram de permitir interligações, zonas de interseção e complementaridade legislativas.

Veja-se a ligação inicial entre Constituição, Estatuto da Cidade e Estatuto da Metrópole para, em seguida, notar-se e se demonstrar a ligação entre dois institutos centrais e escolhidos pelos Autores, como de suma relevância para o desenvolvimento urbano positivo, conforme acima já exposto: Plano Diretor (PD) e Plano de Desenvolvimento Urbano Integrado (PDUI).

Assim, no que toca à Constituição, é certo que os Autores entendem existir um verdadeiro estatuto constitucional urbanístico, a ser identificado a partir da união de uma série de dispositivos e previsões constitucionais. Há várias normas constitucionais que, de modo mais ou menos direto, versam sobre a qualidade de vida nas cidades brasileiras. Assim, para além de direitos fundamentais, tais como os sociais à moradia, à educação, à saúde, ao transporte, entre inúmeros outros; para além do reforço do direito de propriedade e da necessidade de atendimento à sua função social; para além de vários outros direitos marcados pela sua fundamentalidade e de múltiplas outras normas constitucionais ora mais, ora menos procedimentais e instrumentais, dentro da própria e clássica concepção de Constituição formal e de Constituição material, que se chame especial atenção para alguns demais artigos constitucionais. De modo mais preciso, para os artigos 182 (antecedentemente já mencionado), Art. 21, inciso XX, Art. 23, inciso IX, 24, inciso I, 25, §3º, entre muitos outros que poderiam ser aqui destacados. Expressão cristalina de como não somente a Constituição da República, com todo seu poder de norma hierarquicamente superior a todas as demais existentes no ordenamento jurídico pátrio, além de condutora e dirigente deste próprio ordenamento, mas também de como a união profícua de suas normas, com a devida atuação do legislador infraconstitucional, em sua missão complementadora, pode representar o que justamente aqui se reforça, ou seja, interseção e complementaridade.

As normas que deram origem ao Estatuto da Metrópole e ao Estatuto da Cidade encontram-se claramente estampadas na Constituição de 1988, dentro da categoria já há pouco mencionada, capaz de ser intitulada, além de Estatuto Constitucional Urbanístico, uma própria Constituição Urbanística. E se encontram vivas no texto constitucional, sem qualquer necessidade de participação do poder constituinte derivado reformador ao longo dos anos e mais anos de vigência da Constituição de 1988. Em outras palavras, foi o próprio poder constituinte originário que deu origem aos referenciados dispositivos do Texto legal mor brasileiro que, ainda em 1988, décadas atrás, já foi capaz de prever a necessidade de plantação do que hoje, ainda que com naturais percalços, tenta-se colher.

Em separação proposital, dadas as bases mores de cada Lei que deu origem a cada um dos Estatutos acima levantados (10.257/2001 e 13.089/2015) e, a fim de não se perder o hábito de citação expressa de dispositivos constitucionais de suma importância para os estudos e pesquisas que se escolhem desenvolver, assim estatui o Art. 182, *caput*, da Constituição da República:

> Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

E assim determinam os Arts. 21, inciso XX, 23, inciso IX, 24, inciso I e 25, §3º, todos da mesma Constituição brasileira, conforme acima já também explanado:

> Art. 21. Compete à União: (...) XX - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos;
>
> (...)
>
> Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;
>
> (...)
>
> Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;
>
> (...)
>
> Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição. (...) § 3º Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.

Note-se, portanto, sem grandes dificuldades, que todo um arcabouço constitucional, que não se limita aos artigos constitucionais acima transcritos, foi criado para a proteção das cidades, do ambiente artificial e natural. Direito Urbanístico, Direito Ambiental, Direito Administrativo, Direito Civil, Direito

da Cidade, enfim, Direito Constitucional, todos se unem em prol da valorização da defesa de interesses urbanos, seja em larga ou em pequena escalas.

Nessa linha, é manifesta a complementaridade e a interdisciplinaridade quando problemáticas e temáticas envolvem questões citadinas, sem se falar da influência e integração com e entre outros ramos e áreas do conhecimento, tais como a sociologia, a arquitetura, o urbanismo, a gestão pública, a engenharia, políticas públicas, entre tantas outras searas do saber humano.

II. Constituição, Estatuto da Metrópole, Estatuto da Cidade e seus institutos: complementaridade e interseção, inclusive de Plano Diretor (PD) e Plano de Desenvolvimento Urbano Integrado (PDUI)

Nesse rumo e, em sequência a todo o até aqui colocado e explorado, da análise das normas constitucionais, já se deve partir para a ideia de integração, interseção e complementaridade entre normas infraconstitucionais complementadoras da Constituição da República. E, como desde o início anunciado e, também, já acima embasado, neste breve estudo foram escolhidas as Leis 10.257 de 2001 e 13.089 de 2015, que se autodenominam Estatuto da Cidade e Estatuto da Metrópole.

Os exames que se seguem, então, demonstrarão como também uma união entre tais legislações e, de modo ainda mais preciso, como uma união entre institutos específicos destas duas Leis, pode muito favorecer o desenvolvimento urbano para a melhoria contínua da qualidade de vida dos habitantes de aglomerações urbanas brasileiras. Por óbvio, não bastarão as criações legislativas supra se políticas coordenadas e bem intencionadas, em prol de uma gestão urbana inclusiva, qualificada, articulada e respeitosa aos direitos fundamentais mais básicos de populações urbanas não ocorrerem e não forem implantadas.

Por conseguinte, após comentários breves ao Plano Diretor (PD)[4], instituto mais antigo no Direito brasileiro e, por corolário, já bem mais explorado e com características e conceitos já mais bem sedimentados — não representando tal afirmação que não exista ainda um longo caminho de melhorias e consolidações a ser percorrido —, passar-se-á para o exame do Plano de Desenvolvimento Urbano Integrado (PDUI). Mas, nos dois casos, com foco previamente direcionado para as interseções entre os dois planos urbanísticos.

Com efeito, em curtos dizeres, o Plano Diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, nada mais

4 Para aprofundamento sobre a relevância do Plano Diretor, conferir, entre outros: BONIZZATO, 2014.

é que o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. Realce-se, este o previsto no artigo 182, parágrafo primeiro, da Constituição da República, cujo *caput* já foi logo acima transcrito.[5]

O Plano Diretor[6], ressalte-se, não pode prescindir da apresentação, pelo respectivo Poder Executivo municipal, de projeto de lei à correspondente Câma-

---

5 Em breve síntese do regime jurídico estatutário (Estatuto da Cidade) conferido ao Plano Diretor, não se esqueça do artigo 41 do Estatuto da Cidade, o qual assim estatui: "Art. 41. O plano diretor é obrigatório para cidades: I – com mais de 20.000 (vinte mil) habitantes; II – integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas; III – onde o Poder Público municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no parágrafo 4º do Art. 182 da Constituição Federal; IV – integrantes de área de especial interesse turístico; V – inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional; VI – incluídas no cadastro nacional de Municípios com áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos". Eis, com igual importância, o inteiro teor, também, dos Arts. 39 e 40, que antecedem o já transcrito Art. 41, todos da Lei 10.257 de 2001: "Art. 39. A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no art. 2º desta Lei. Art. 40. O plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana. § 1º O plano diretor é parte integrante do processo de planejamento municipal, devendo o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual incorporar as diretrizes e as prioridades nele contidas. § 2º O plano diretor deverá englobar o território do Município como um todo. § 3º A lei que instituir o plano diretor deverá ser revista, pelo menos, a cada dez anos. § 4º No processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão: I – a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade; II – a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos; III – o acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos. § 5º (VETADO)".

6 Em complementação a todos os dispositivos mencionados ao longo desta pesquisa, assim estatuem os demais artigos do Estatuto da Cidade que versam sobre o Plano Diretor e ainda não transcritos, na íntegra, até o momento: "Art. 42. O plano diretor deverá conter no mínimo: I – a delimitação das áreas urbanas onde poderá ser aplicado o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, considerando a existência de infraestrutura e de demanda para utilização, na forma do art. 5o desta Lei; II – disposições requeridas pelos arts. 25, 28, 29, 32 e 35 desta Lei; III – sistema de acompanhamento e controle. Art. 42-A. Além do conteúdo previsto no art. 42, o plano diretor dos Municípios incluídos no cadastro nacional de municípios com áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos deverá conter: I – parâmetros de parcelamento, uso e ocupação do solo, de modo a promover a diversidade de usos e a contribuir para a geração de emprego e renda; II – mapeamento contendo as áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos; III – planejamento de ações de intervenção preventiva e realocação de população de áreas de risco de desastre; IV – medidas de drenagem urbana necessárias à prevenção e à mitigação de impactos de desastres; V – diretrizes para a regularização fundiária de assentamentos urbanos irregulares, se houver, observadas a Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009, e demais normas federais e estaduais pertinentes, e previsão de áreas para habitação de interesse social por meio da demarcação de zonas especiais de interesse social e de outros instrumentos de política urbana, onde o uso habitacional for permitido; e VI – identificação e diretrizes para a preservação e ocupação das áreas verdes municipais, quando for o caso, com vistas à redução da impermeabilização das cidades. § 1º A identificação e o mapeamento de áreas de risco levarão em conta as cartas geotécnicas. § 2º O conteúdo do plano diretor deverá ser compatível com as disposições insertas nos planos de recursos hídricos, formulados consoante a Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997. § 3º Os Municípios adequarão o plano diretor às disposições deste artigo, por ocasião de sua revisão, observados os prazos legais. § 4º Os Municípios enquadrados no inciso VI do art. 41 desta Lei e que não tenham plano diretor aprovado terão o prazo de 5 (cinco) anos para o seu encaminhamento para aprovação pela Câmara Municipal. Art. 42-B. Os Municípios que pretendam ampliar o seu perímetro urbano após a data de publicação desta Lei deverão elaborar projeto específico que contenha, no mínimo: I – demarcação do novo perímetro urbano; II – delimitação dos trechos com restrições à urbanização e dos trechos sujeitos a controle especial em função de ameaça de desastres naturais; III – definição de diretrizes específicas e de áreas que serão utilizadas para infraestrutura, sistema viário, equipamentos e instalações públicas, urbanas e sociais; IV – definição de parâmetros de parcelamento, uso e ocupação do solo, de modo a promover a diversidade de usos e contribuir para a geração de emprego e renda; V – a previsão de áreas para habitação de interesse social por meio da demarcação de zonas especiais de interesse social e de outros instrumentos de política urbana, quando o uso habitacional for permitido; VI – definição de diretrizes e instrumentos específicos para proteção ambiental e do patrimônio histórico e cultural; e VII – definição de mecanismos para garantir a justa distribuição dos ônus e benefícios decorrentes do processo de urbanização do território de expansão urbana e a recuperação para a coletividade da valorização imobiliária resultante da ação do poder público. § 1º O projeto específico de que trata o caput deste artigo deverá ser instituído por lei municipal e atender às diretrizes do plano diretor, quando houver. § 2º Quando o plano diretor contemplar as exigências estabelecidas no caput, o Município ficará dispensado da elaboração do projeto específico de que trata o caput deste artigo. § 3º A aprovação de projetos de parcelamento do solo no novo perímetro urbano ficará condicionada à existência do projeto específico e deverá obedecer às suas disposições". A maioria destes dispositivos decorreu de alteração trazida pela Lei 12.608/2012, que teve como principal finalidade fazer com que Planos Diretores de cidades localizadas em regiões de risco de deslizamentos, desabamentos de encostas, alagamentos etc., voltassem esforços urbanísticos para a criação de estruturas capazes de diminuir os riscos de eventos altamente danosos à população (modificação esta, principalmente, decorrente do gravíssimo desastre natural que acometeu as cidades de Petrópolis, Teresópolis, Nova Friburgo, Sumidouro e São José do Vale do Rio Preto, na região serrana do Estado do Rio de Janeiro, no início do ano de 2011, assim como de outras catástrofes anteriores, infelizmente registradas na história

ra dos Vereadores, a quem competirá analisar, alterar — se for o caso — e aprovar, por maioria absoluta, o Plano Diretor, na verdade, uma lei complementar municipal. E, na mesma linha, é imperioso salientar que o Plano Diretor é uma lei portadora de normas gerais e específicas, paradoxo resolvido e a ser confirmado a partir da explanação que se segue.

Se analisado sob o ângulo nacional, não há dúvidas de que cada Plano Diretor, de cada Município brasileiro, é lei com caráter específico, pois abraçará as particularidades e características de cada Município. Mas, por outro lado, se examinado apenas sob o manto do Município que o criou, o Plano Diretor será um portador de normas gerais sobre o desenvolvimento urbano daquele Município, pois caberá a leis municipais específicas complementarem as previsões do Plano, além de ao próprio Poder Executivo agir de maneira a implantar — até a partir de Decretos regulamentares — e concretizar as orientações contidas no Plano Diretor.

Outro ponto para o qual se chama novamente a atenção é exatamente o do caráter dinâmico não somente do planejamento urbano[7], mas também e, por corolário, do próprio desenvolvimento de cada área urbana. E isto levou o legislador infraconstitucional a estabelecer a necessidade da chamada revisão do Plano Diretor. De acordo com o Estatuto da Cidade, assim, deve o Plano Diretor ser revisto, pelo menos, a cada dez anos, tempo reputado como suficiente e, na mesma medida, máximo, para que uma determinada área urbana precise rever seus conceitos e linhas normativas para o desenvolvimento de sua área urbana. Este, assim, o teor do § 3º, do Art. 40, da Lei 10.257 de 2001:

> Art. 40. O plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana. (...) § 3ª A lei que instituir o plano diretor deverá ser revista, pelo menos, a cada dez anos.[8]

Enfim, ressalte-se, ainda, a relevante e necessária participação popular no processo de elaboração do Plano Diretor. Em outras palavras, previu o legislador infraconstitucional a necessidade imanente de participação da população do res-

---

brasileira).

7 Vários são os estudos que cuidam de forma específica ou multidisciplinar, imediata ou menos direta, do planejamento, da gestão e da crise urbana. Entre inúmeros, conferir: BONIZZATO, 2020; SOUZA, 2002; MARICATO, 2002; e CORRÊA, VERGARA, 2003.

8 É importante ressaltar que o próprio Estatuto da Cidade trouxe previsão sancionatória para os responsáveis, no âmbito municipal, pela não revisão do Plano Diretor a cada dez anos. Tais sanções, entretanto, são de eficácia duvidosa, tendo em vista o próprio teor do texto legal. Entretanto, aqui se defende, a partir da sedimentação cada vez maior da importância deste plano urbanístico, a alteração futura do Estatuto da Cidade para não mais se pensar em sanção, mas, sim, em políticas de incentivo e premiação para o Município que segue à risca as determinações legais e constitucionais relativas ao desenvolvimento urbano. De qualquer forma, cite-se o teor do inciso VII, do Art. 52, da Lei 10.257/2001: "Art. 52. Sem prejuízo da punição de outros agentes públicos envolvidos e da aplicação de outras sanções cabíveis, o Prefeito incorre em improbidade administrativa, nos termos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, quando: (...) VII – deixar de tomar as providências necessárias para garantir a observância do disposto no § 3º do art. 40 e no art. 50 desta Lei". É essencial salientar, entretanto, que "a tomada de providências necessárias", muitas vezes, não garante a rápida revisão do Plano Diretor, com sua aprovação junto à Câmara dos Vereadores de um Município e posterior entrada em vigor, sobretudo porque o princípio da separação dos Poderes deve ser respeitado, em sentido amplo, mas aplicável à relação entre os Poderes em âmbito municipal.

pectivo Município no processo de criação do Plano Diretor. Tal previsão é, sem dúvida, um avanço, sobretudo do ponto de vista de estímulo e garantia de uma democracia cada vez mais participativa, deliberativa e não somente representativa.

E se essas foram as considerações sobre o Plano Diretor, que já se parta para o exame do segundo instituto e instrumento sugerido e escolhido na presente investigação, repita-se, do Plano de Desenvolvimento Urbano Integrado (PDUI). Previsto, mais recentemente, pelo Estatuto da Metrópole (lei cuja entrada em vigor se deu mais de 13 anos após a criação do Estatuto da Cidade), o PDUI é mais um plano urbanístico para o ordenamento jurídico brasileiro e, por mais que não advenha de previsão constitucional e, sim infraconstitucional, trouxe importantes inovações. Dentre elas, a que melhor e a seguir se verá é aqui chamada ligação e relação entre os dois planos que ora se examinam, representando uma manifesta zona de interseção entre os Estatutos da Cidade e da Metrópole.

Nesse sentido, que agora se avance para um breve exame do PDUI, após o que se poderá caminhar para as conclusões do presente Texto. Nesse viés, no que toca às previsões estatutárias da Lei 13.089, de 12 de janeiro de 2015, há relevantes questões a serem ainda enfrentadas, de modo a se respeitar, com rigor, os fitos colimados no presente Artigo.

E a principal já decorre do próprio Art. 1º do Estatuto da Metrópole, que declara que serão, no documento legislativo por aquele inaugurado, trazidas normas gerais sobre o Plano de Desenvolvimento Urbano Integrado (PDUI).[9] Ressalte-se, um dos objetivos centrais da presente e breve pesquisa.

Em seguimento e, primeiramente, que se ressalte que a chegada do PDUI, de responsabilidade criadora dos Estados membros da Federação brasileira, para cada uma de suas regiões metropolitanas, não exime, de modo algum, que os Municípios elaborem seus Planos Diretores. Isto o que consta do Art. 10, da Lei 13.089/2015:

> Art. 10. (…) § 2o A elaboração do plano previsto no caput deste artigo não exime o Município integrante da região metropolitana ou aglomeração urbana da formulação do respectivo plano diretor, nos termos do § 1o do art. 182 da Constituição Federal e da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001.

Entretanto, é, neste momento, imprescindível tecer os comentários seguintes, parte dos quais de cunho principiológico.

---

9 "Art. 1º. Esta Lei, denominada Estatuto da Metrópole, estabelece diretrizes gerais para o planejamento, a gestão e a execução das funções públicas de interesse comum em regiões metropolitanas e em aglomerações urbanas instituídas pelos Estados, normas gerais sobre o plano de desenvolvimento urbano integrado e outros instrumentos de governança interfederativa, e critérios para o apoio da União a ações que envolvam governança interfederativa no campo do desenvolvimento urbano, com base nos incisos XX do art. 21, IX do art. 23 e I do art. 24, no § 3º do art. 25 e no art. 182 da Constituição Federal".

Nesse diapasão, exemplificativamente e, entre outros, serão escolhidos 02 (dois) princípios, ambos referentes e norteadores da figura dos planos urbanísticos: o princípio da articulação e o princípio da hierarquia. Começando pelo princípio da hierarquia, que diz que planos urbanísticos que estejam na mesma hierarquia jurídica não devem entrar em choque e, no máximo, ser complementares entre si. Ademais, tal princípio significa que planos de hierarquia maior se sobrepõem a planos de hierarquia menor. A aprovação, promulgação e publicação do Estatuto da Metrópole, criou relação peculiar e específica entre Estatuto da Cidade e Estatuto da Metrópole e, mais precisamente, entre Plano Diretor (PD) e Plano de Desenvolvimento Urbano Integrado (PDUI): o Plano Diretor (PD) precisará se ajustar para estar em consonância com o que prevê o Plano de Desenvolvimento Urbano Integrado (PDUI). Segundo a Lei 13.089/2015, "nas regiões metropolitanas e nas aglomerações urbanas instituídas mediante lei complementar estadual, o Município deverá compatibilizar seu plano diretor com o plano de desenvolvimento urbano integrado da unidade territorial urbana" (Art. 10, § 3º).[10]

Além do princípio da hierarquia, cujo exemplo acima pôde já ilustrar sua incidência em território nacional, chame-se atenção, agora, para o princípio da articulação. E tal princípio também encontrará nos dispositivos acima transcritos e no próprio Estatuto da Metrópole um vigor que, até então, não havia encontrado no Brasil. Segundo esse princípio, planos urbanísticos de igual hierarquia e, principalmente, de Municípios contíguos devem articular-se, de modo a serem complementares, a interagirem e a favorecerem uma comunicação, inter-relação e complementaridade institucionais. Mais precisamente, entre instituições de mais de um Município limítrofe. Em regiões metropolitanas, caracterizadas por grandes aglomerações urbanas, muitas vezes Municípios, conforme já exposto neste texto, separam-se por meras ruas, calçadas e linhas imaginárias em um ambiente urbano, aparentemente, único. Portanto, nada mais adequado do que, por exemplo, o Plano Diretor de um Município estar em consonância com o Plano Diretor do Município vizinho e vice-versa. E a existência do Plano de Desenvolvimento Urbano Integrado (PDUI)[11] vem apenas fortificar tal articulação,

---

10 Assim estatui o caput, do Art. 10, do Estatuto da Metrópole: "As regiões metropolitanas e as aglomerações urbanas deverão contar com plano de desenvolvimento urbano integrado, aprovado mediante lei estadual".

11 De qualquer maneira, que se salientem características importantes do PDUI, trazidas pelo Estatuto da Metrópole. No tocante à existência de um prazo para a revisão do PDUI, a Lei 13.089/2015 seguiu a tônica do Plano Diretor. Veja-se o teor do Art. 11 da apenas referida Lei, frise-se, sempre, instituidora do Estatuto da Metrópole: "A lei estadual que instituir o plano de desenvolvimento urbano integrado de região metropolitana ou de aglomeração urbana deverá ser revista, pelo menos, a cada 10 (dez) anos". Além disso, merece realce a valorização da participação popular na elaboração do PDUI. Findou por render frutos para o Plano de Desenvolvimento Urbano Integrado (PDUI), a previsão do Estatuto da Cidade relativa ao processo de elaboração do Plano Diretor, pois a participação popular continuou a ser valorizada, com, ainda, o reforço da participação institucional do Ministério Público. O Art. 12, § 2º, do Estatuto da Metrópole, assim determina: "Art. 12. O plano de desenvolvimento urbano integrado de região metropolitana ou de aglomeração urbana deverá considerar o conjunto de Municípios que compõem a unidade territorial urbana e abranger áreas urbanas e rurais. (...) § 2º No processo de elaboração do plano previsto no caput deste artigo e na fiscalização de sua aplicação, serão assegurados: I – a promoção de audiências públicas com

na medida em que deve ser uma espécie de norteador hierarquicamente superior aos Planos Diretores dos Municípios que integram a região metropolitana de um Estado.[12]

Enfim, toda atenção já deve ser conferida à existência conjunta das previsões de ambos os planos urbanísticos citados no presente trabalho, uma vez que, agora e, nesta parte conclusiva, não mais residem dúvidas sobre a complementaridade e interseção legislativas entre Estatuto da Cidade e Estatuto da Metrópole. Tudo sob o manto da Constituição de 1988, sob a qual os institutos e instrumentos mais de perto neste Artigo examinados, ou seja, o Plano Diretor (PD) e o Plano de Desenvolvimento Urbano Integrado (PDUI), puderam mostrar sua relação, proximidade, dever de correlação, articulação e, até mesmo, sua hierarquia, de acordo com não somente princípios trazidos à tona, mas também normas claras e expressas na legislação pátria.

Conclusão

Plano Diretor (PD) e Plano de Desenvolvimento Urbano Integrado (PDUI), entre outros institutos que poderiam ter recebido maior e escolhido foco neste breve Artigo, representam, hoje, claro avanço no que tange à consecução do Direito da Cidade. Mas, frise-se, não somente deste ramo, mas também do Direito Urbanístico, Ambiental, Constitucional, Civil, Administrativo, entre outros.

Paralelamente, outras áreas do saber e do conhecimento interconectam-se, complementam-se e se unem ao Direito, para criarem um grande bloco de apoio a um desenvolvimento urbano positivo, mais equitativo e inclusivo no país. E a valorização crescente — mas ainda insuficiente — da dialogia, da dinâmica e das capacidades institucionais no país, com a reserva do conhecimento sendo também um diferencial para a tomada de decisões, faz com que o Brasil, na opinião dos ora Autores, não mais se encontre, há tempos, na estaca zero.

Entretanto, isto não significa que os Autores possam classificar o país como urbana e urbanisticamente desenvolvido, muito pelo contrário. Continua-se a sofrer com as milhares de problemáticas subdesenvolvimentistas, sendo o grande desafio de estudiosos, da academia e da ciência, unirem sempre mais forças para colaborarem para o crescimento nacional e, sobretudo, para a redução das desi-

a participação de representantes da sociedade civil e da população; II – a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos; e III – o acompanhamento pelo Ministério Público".

12 Breve trecho calcado no Artigo, cuja leitura, para aprofundamentos específicos, é recomendada: BONIZZATO, MOULIN, 2018.

gualdades sociais, ainda mais em grandes centros urbanos, gigantes metrópoles onde se concentram milhões e milhões de pessoas.

Nesse rumo, que as leis criadas sejam aproveitadas no que de melhor a oferecer e que outras normatizações e medidas surjam, em todos os Poderes da Federação, em prol da melhoria das condições urbanas. Um caminho que sempre se apresentou tortuoso. Mas do qual não se deve, nem muito menos se pode abrir mão.

Desafios institucionais no contexto democrático

A GENEALOGIA DOS DESENHOS PROCESSUAIS PENAIS DESUMANIZANTES: ATRAVESSAMENTOS ESTRUTURANTES DA SOCIEDADE BRASILEIRA

Antonio Eduardo Ramires Santoro [1]
Rodrigo Machado Gonçalves [2]

Para falar sobre o tema proposto para o Seminário Permanente do PRINT – UFRJ/Universidade de Valência, qual seja, "Combater a criminalidade com humanidade", é preciso enfrentar a ideia central em qualquer Estado de Direito inserido em um sistema regional de proteção de direitos humanos: o sistema penal deve ser fundado ou, ao menos, compatível com os tratados internacionais sobre direitos humanos dos quais o país faça parte.

Dessa forma, formularemos uma espécie de pergunta central para responder com esse texto produzido para a obra coletiva do PRINT: por que que com o advento da Constituição de 88 e de tratados internacionais sobre direitos humanos, especialmente a Convenção Americano Direitos Humanos (o Pacto de São José da Costa Rica de 1969) e o Pacto dos Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas de 1966, ambos introduzidos no ordenamento brasileiro em 1992, respectivamente pelos Decretos nº 678 e 592, o combate à criminalidade no Brasil não se faz com respeito aos direitos humanos?

É claro que essa pergunta contém duas reflexões que precisam ser expostas: em primeiro lugar, ela parte de uma premissa dada como certa por nós: o combate à criminalidade no Brasil não se faz com respeito aos direitos humanos. Não nos preocuparemos em demonstrar tal afirmação, mas o próprio conteúdo deste ensaio apontará os motivos pelos quais esse é um ponto de partida e não de chegada.

---

1 Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra; Pós-Doutor em Direito Penal e Garantias Fundamentais pela Universidad de La Matanza; Doutor e Mestre em Filosofia pela UFRJ; Mestre em Direito pela Universidade de Granada; Professor Associado do PPGD da FND/UFRJ; Professor Titular de Direito Processual Penal do IBMEC; Professor Adjunto do PPGD da UCP; Jovem Cientista do Nosso Estado – FAPERJ; Advogado Criminalista

2 Doutorando em Direito pela FND/UFRJ; Mestre em Direito Processual Penal e Criminologia pela UCAM/Centro; Professor da Pós-Graduação em Ciências Criminais do CPGD da UCAM/Centro Professor Assistente de Prática Jurídica Penal da FND/UFRJ; Professor Assistente de Direito Processual Penal da UCAM/Centro; Professor de Direito Processual Penal do Centro Universitário La Salle/Niterói Advogado criminalista

Em segundo lugar, seria um pouco de pretensão, ou seria mesmo uma pretensão audaciosa, ter respostas definitivas para essa pergunta. Então, na verdade o que vamos propor aqui são algumas chaves de discussão a respeito dos motivos pelo quais o nosso sistema penal como um todo ainda é de extrema violação de direitos humanos e não é fundado no respeito aos direitos fundamentais, embora o enfrentamento da criminalidade no âmbito de uma visão constitucionalizada e no cerne da inserção do país em sistemas internacionais de proteção de direitos humanos jamais se poderia fazer sem respeito aos direitos fundamentais.

I. Chaves de discussão: para além dos problemas processuais penais

A primeira questão que nos parece relevante é que estudiosos e pesquisadores do processo penal atribuem esse desrespeito aos direitos fundamentais a algumas questões processuais. Uma delas, que chamamos de genealogia inquisitória do nosso sistema processual penal, normalmente é chamada de mentalidade inquisitória[3] do processo penal brasileiro. Não temos dúvida que essa é uma das chaves de discussão sobre um desrespeito claro aos direitos fundamentais. Mas queremos procurar outras discussões para que não se reduzam o problema do desrespeito aos direitos fundamentais à mentalidade inquisitória do nosso do nosso sistema processual penal.

Nos parece que também é recorrente entre nós, processualistas penais, atribuirmos essa situação à estruturação fascistas do nosso código de 1941.[4] Procurando explicar o Código de Processo Penal a partir de sua origem no Código Rocco, da Itália fascista. Aliás, essa inspiração em codificação estrangeira autoritária é inquestionável, uma vez que foi efetivamente declarado por Francisco Campos na exposição de motivos do código de 1941.[5]

Uma outra vertente de explicação, não tão não dura é verdade, é a atribuição ao fato de que os professores de processo penal têm vínculo com uma concepção teórica tributária de uma teoria geral do processo aplicada ao processo penal.[6] Trata-se de uma crítica à ideia de privatização da punição por meio da teoria.[7] Ou seja, o processo civil, que basicamente é quem estrutura as categorias da teoria geral do processo, se constrói a partir de uma lógica de relação priva-

3 COUTINHO, Jacinto et al. Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil. Florianópolis, 2018.

4 SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes. A cultura inquisitória vigente e a origem autoritária do Código de Processo Penal brasileiro. In: COUTINHO, Jacinto; PAULA Leonardo de e SILVEIRA, Marco Aurélio (Org.). Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil. Florianópolis: Empório do Direito, 2018.

5 CAMPOS, Francisco. Exposição de Motivos ao Código de Processo Penal, 1941.

6 DUCLERC, Elmir et al. Introdução aos fundamentos do direito processual penal, 2020, p. 101 e et seq.

7 MOREIRA, Rômulo de Andrade. Uma Crítica a Teoria Geral do Processo, 2017.

da, instrumentalizando as formas processuais para satisfação do direito material. Essa ideia de instrumentalidade das formas em uma visão privatista faz com que as garantias processuais penais sejam relativizadas em prol da realização de um suposto direito de punir.

A nossa crítica em relação à teoria geral do processo reger as categorias de processo penal é um pouco mais filosófica. Nós sequer vemos a possibilidade de trabalhar com a ideia de "direito de punir". Punir é um poder[8] e do momento em que se trabalha uma categoria jurídica "direito de punir", a privatização do processo é praticamente inevitável. Para admitir que exista um direito de punir é preciso entregar-se inteiramente à teoria do contrato social, de tal forma que o Estado se legitima a fazer valer o seu direito constituído da soma de todos os cidadãos que concederam parcela da sua liberdade para o soberano, que irá combater o violador do pacto, o qual assume a posição de inimigo da própria sociedade.[9]

Portanto, quando se trabalha com a concepção de que o Estado precisa se valer do processo para efetivar o que se compreende como direito de punir e não quando se pensa o processo como uma contenção do exercício arbitrário do poder de punir, constrói-se uma teoria de processo que não coloca na sua centralidade os direitos fundamentais e sim a própria punição, o exercício desse poder.

Mas essas são críticas que, a despeito de basearem-se em fundamentos diversos, inclusive de filosofia ou ciência política, são dirigidos à estrutura do processo penal: quer ao sistema processual, quer à legislação de regência, quer à teoria processual adotada. Nós queremos avançar para além dessas críticas processuais.

II. Atravessamentos estruturantes da sociedade brasileira

Propomos três chaves de compreensão de problemas que consideramos estruturantes da sociedade brasileira: o racismo estrutural; as relações patriarcais e o autoritarismo brasileiro.

Não temos aqui, obviamente, a pretensão de discorrer sobre racismo estrutural, relações patriarcais e tampouco sobre o autoritarismo no Brasil, mas pensamos que é fundamental estabelecer esses atravessamentos no nosso sistema de processo e no nosso sistema de justiça porque isso vai produzir desenhos processuais penais que destoam absolutamente de um processo penal garantidor dos direitos fundamentais e caracterizam a realidade do sistema penal brasileiro.

---

8 A ideia de punir como poder está presente na obra de Foucault. Por todos: FOUCAULT, Michel. A sociedade punitiva, Tradução Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 25.

9 Ibidem, 2015, p. 32.

Vamos metodologicamente trabalhar esses atravessamentos com exemplos concretos e recentes.

i) Racismo estrutural

Quando se fala de racismo estrutural[10] aparecem de imediato as vozes que negam a sua existência na nossa sociedade, ainda muito presas à ideia amplamente disseminada de que o Brasil é uma democracia racial.[11] A negativa da existência de racismo na estrutura social brasileira é, paradoxalmente, um sintoma de sua existência. Não foi difícil perceber isso em um caso que ganhou grande repercussão: a morte de João Alberto[12], um senhor que foi assassinado por seguranças privados no Carrefour de Porto Alegre. Esse é um caso que ilustra a ideia de racismo estrutural dentro do sistema de Justiça Criminal, porque a grande questão ali é que houve um homicídio de um homem preto em um lugar aberto ao público, às vistas de todos.

De imediato, muita gente se precipitou a defender o ato homicida dos seguranças, criando vídeos e memes nas redes sociais, por exemplo, os quais, com pequenas variações, sustentavam que naquele caso não havia racismo porque na realidade as agressões feitas a João Alberto foram uma resposta ao soco no rosto do segurança do supermercado (como se a reação aceitável a um soco fosse a morte) e que, portanto, não tinha relação com o racismo, mas sim com a reação a uma agressão, uma suposta legítima defesa. Mas pouca gente quis discutir porque o João Alberto estava sendo seguido dentro de um supermercado pelos seguranças e porque ele foi abordado pelos seguranças para ser levado para fora do supermercado, se em momento algum se atribuiu a ele algum ato de subtração de bens do Carrefour. É aí que se encontra o racismo.

Não ignoramos que seja bem provável que os autores do homicídio, nesse caso específico, sejam punidos, diante da imensa repercussão social e midiática de ter havido um assassinato a um homem preto no dia da consciência negra. Mas isso não tem o poder de afastar a estruturação do racismo, que é social e também está impregnado nas instituições, as quais também são chamadas a negar o racismo dando uma resposta em casos pontuais. Mas, fica a pergunta: se não tivesse a imensa repercussão que teve, como o sistema de justiça funcionaria em um caso como esse?

---

10 ALMEIDA, Silvio Luiz de. Racismo Estrutural. São Paulo. Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

11 FREYRE, Gilberto. Casa Grande & Senzala. São Paulo: Global, 2019.

12 Carta Campinas. João Alberto, homem negro de 40 anos, é espancado até a morte por segurança de loja do Carrefour, 20 de novembro de 2020. Disponível em: <https://cartacampinas.com.br/2020/11/joao-alberto-homem-negro-de-40-anos-e-espancado-ate-a-morte-por-segurancas-de-loja-do-carrefour/>.

É aí que se conflui o racismo com sistema penal como um sistema, entre outras coisas, de proteção da propriedade privada e que enxerga no preto, no negro, o possível autor da violação do patrimônio. Essas relações estão atravessadas em toda a sociedade brasileira, que em grande parte preferiu dedicar seu tempo a justificar o ato homicida dos seguranças do Carrefour, colocando em questão a atitude de João Alberto, que reagiu de forma violenta ao racismo a que estava submetido.

ii) Relações patriarcais

De outro ponto, quando falamos de relações patriarcais, também tomaremos como exemplo um caso que no segundo semestre de 2020 teve grande repercussão: o caso Mari Ferrer.[13] Um empresário era acusado de estuprá-la e foi absolvido. Na audiência, cujo vídeo foi amplamente divulgado nas redes sociais, o que se verificou foi claramente uma revitimização da vítima. Sem entrar na discussão se houve estupro ou não, não nos interessa o mérito porque não estou aqui pretendendo promover uma revisão de julgamento, mas trabalhar ao final a ideia de desenhos processuais e é partir das estruturas sociais que encontramos no Brasil que podemos fazê-lo.

Portanto, é sobre as relações patriarcais que queremos nos colocar. Essas relações fundadas no machismo, excluem mulheres e, de uma forma geral, os membros da comunidade LGBT, da posição de sujeitos de direito.

Quando essas pessoas se apresentam como vítimas de um crime, elas terminam revitimizadas pelo sistema penal, uma vez que as agências penais, como um reflexo institucional do que a própria sociedade brasileira faz, julgam suas condutas, para então conceder-lhes ou não o benefício de terem direitos. Uma mulher ou uma pessoa homossexual ser vítima de crimes motivados pelo gênero implica em primeiro lugar a ter que se submeter a um julgamento moral, para só então, por concessão do poder que se constitui nas relações patriarcais, lhe ser concedido o direito de ter direitos, se sua conduta social for moralmente aprovada segundo critérios macho-religiosos.

No caso da Mari Ferrer, o advogado de defesa profanou a vítima, levou à audiência fotos suas publicadas em redes sociais, expôs sua conduta social e, por fim, julgou: "jamais teria uma filha do seu nível", sentenciando-a a não ter o direito de ser filha, ou de ser vítima de um crime sexual.

---

13 ALVES, Schirlei (autor). Julgamento de influencer Mariana Ferrer termina com tese inédita de "estupro culposo" e advogado humilhando jovem. The Intercept Brasil, 3 de novembro de 2020. Disponível em:<https://theintercept.com/2020/11/03/influencer-mariana-ferrer-estupro-culposo/>.

Enquanto Mari Ferrer chorava impotente, o silêncio de todos ratificava o julgamento que socialmente todos já conhecem e se funda na sobreposição de todas as relações patriarcais à lei: a mulher que não obedece ao pai não tem o direito de ser filha ou vítima, tanto faz, já que para ter direitos é preciso ocupar a posição adequada em uma sociedade regida por normas (relações patriarcais) que não precisam estar na lei.

No sistema penal as normas patriarcais são determinantes para a caraterização de processos que julgam os crimes sexuais, violência motivados por homofobia e violência de gênero, em geral. Neles, a vítima é julgada primeiro, segundo critérios socialmente definidos e que implicam na observação da conduta social, moral e religiosa da vítima, para aferir se ela pode ocupar o lugar de vítima.

iii) Sociedade autoritária

E, por fim, quando falamos em sociedade autoritária queremos dizer que há uma compreensão de que direitos fundamentais são uma concessão do poder.[14] É como se o Estado concedesse direito, mas esse direito não é inerente ao cidadão, depende da boa vontade de quem exerce o poder.

Vamos dar um exemplo aqui simples, rápido e que pensamos ser suficiente. Nessa pandemia nós verificamos que, de uma maneira geral, os crimes contra a saúde pública eram manipulados conforme o interesse de quem efetivamente detinha o poder. Decretava-se a pandemia por uma autoridade, o Ministro ou um conjunto de Ministros (na época o Ministro da Justiça era o Sérgio Moro e o Ministro da Saúde era o Mandetta) com portarias conjuntas[15] determinaram o isolamento social e especificaram que o descumprimento implicava na tipificação da conduta como crime contra a saúde pública.[16]

A população, portanto, tinha (e ainda tem) que se submeter a isso, mas a seletividade era tão clara (e continua sendo), que no dia seguinte à portaria conjunta interministerial conjunta estava o Presidente da República confraternizando com seus apoiadores na frente do Palácio do Planalto.[17]

---

14 CHAUÍ, Marilena. Manifestações ideológicas do autoritarismo brasileiro. 2ª Edição. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2019, p. 262.

15 Portaria Interministerial nº 05, de 17 de março de 2020. Diário Oficial da União, Edição 52–C, Seção 1 – Extra, página 1. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/3/1E92D26191813D_portaria.pdf>.

16 BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal: CAPÍTULO III - Dos Crimes Contra a Saúde Pública. Infração de medida sanitária preventiva. Art. 268. Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa: Pena - detenção, de um mês a um ano, e multa. Parágrafo único. A pena é aumentada de um terço, se o agente é funcionário da saúde pública ou exerce a profissão de médico, farmacêutico, dentista ou enfermeiro.

17 Folha de São Paulo. Bolsonaro ignora crise do coronavírus, estimula e participa de ato pró-governo e contra Congresso e STF - Presidente tocou manifestantes em frente à rampa do Palácio do Planalto e ouviu gritos de 'mito', 15 de março de 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/03/bolsonaro-deixa-isolamento-do-coronavirus-e-de-carro-participa-de-ato-pro-governo-na-esplanada.shtml>.

O que queremos dizer com isso é que no caso concreto a invocação do direito de ir e vir não estava livremente autorizada, não era para todos. Os direitos fundamentais não são para qualquer pessoa, são uma concessão do poder, mais especificamente do próprio detentor do poder e não da sociedade. Maior problema ainda é compreender que não apenas o próprio exercente do poder, seja a pessoa ou o grupo, entende os direitos como uma concessão do Poder, mas igualmente a própria sociedade os enxerga como uma concessão, um benefício seletivo, que depende da escolha.

Não tem direito quem não teve a concessão pelo poder, quem teve pode exercer o direito. No caso do exemplo, o Presidente da República não se submete à determinação constante da Portaria Interministerial e, por consequência, não se submete às regras de direito, que não são para todos. É dizer, os direitos são uma concessão de quem exerce o poder e quem exerce o poder não se submete às regras. Significa que não estamos diante de uma democracia, pois que os direitos não são do cidadão, e não estamos diante de um Estado de Direito, já que o exercente do poder não se submete à lei.

Em uma sociedade que não se funda no autoritarismo, quem viola normas penais deve ser submetido à devida persecução penal, de acordo com um justo processo. No ambiente autoritário acima descrito, há uma noção de hierarquia intocável, de tal forma que quem está no ápice da pirâmide das relações de poder não pode sofrer os efeitos da lei, manejada por quem está abaixo.

O sistema penal no âmbito de uma sociedade autoritária como a brasileira é seletivo e elitista, só estão a ele submetidos os grupos vulneráveis, aqueles cujos ilegalismos não são tolerados por quem faz a sua gestão.[18]

Então, basicamente, essas estruturas vão conflitar com a ideia de um processo penal construído para centralizar a proteção de direitos fundamentais, na medida em que esses direitos são uma concessão do poder e, portanto, não se aplicam a todos os réus, mas especificamente àqueles contemplados.

A ideia de que há grupos que devem ter os direitos respeitados que está na estrutura da sociedade brasileira se reflete no próprio funcionamento das instituições de justiça, o que nos obriga a trabalhar uma nova chave de discussão: o sistema de justiça criminal.

18 FOUCAULT, 2015, p. 129 et seq.

III. O SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL E A DOUTRINA DA SEGURANÇA NACIONAL

Uma questão sobre a qual pouco se fala é o sistema de Justiça Criminal. De uma forma geral, confunde-se sistema de processo com sistema de justiça, como se fossem a mesma coisa. Não apenas não são, como o sistema de Justiça acaba por determinar desenhos de processo que não são coerentes com o próprio sistema acusatório[19] de processo penal.

Deve-se compreender sistema de justiça criminal como a estruturação em três níveis: Segurança Pública; Sistema de Justiça propriamente dito, incluindo instituições e arquitetura institucional e organização de seu funcionamento; e a execução penal.[20]

Isto colocado, é preciso reconhecer que o que temos no Brasil é uma compreensão do Sistema de Justiça fundada na doutrina de segurança nacional. Ou seja, a partir do "Geopolítica do Brasil"[21] — o livro do Golbery do Couto e Silva —, de uma forma geral, a segurança nacional passou a se confundir com a segurança pública.

Essa confusão, por sinal, é muito própria da doutrina de segurança nacional: não existe diferença entre segurança interna e externa, o que existe é um inimigo e, portanto, a justiça se torna o sistema militarizado que o combate. Não é por outro motivo que o tratamento do cidadão no sistema de justiça brasileira é como o inimigo. Quando ele se torna réu, não é apenas uma pessoa acusada da prática de um crime, ele é um inimigo da sociedade e todo o sistema deve lutar contra ele. Não apenas a polícia deve combatê-lo, mas todo o sistema de justiça.

A própria estrutura bipartida da polícia brasileira termina por ratificar essa lógica. Há uma polícia militar e outra polícia judiciária. Muito embora seja possível identificar as origens das expressões "polícia militar" e "polícia judiciária", não vamos nos focar nisso, afinal estamos trabalhando com a perspectiva genealógica[22], não com arqueologia.

A polícia judiciária não pertence aos quadros do Poder Judiciário, mas seu vínculo é muito mais profundo do que se pode extrair de uma estrutura

---

19 PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juriss, 2005.

20 FERREIRA, Helder e FONTOURA, Natália de Oliveira. Sistema de Justiça Criminal no Brasil: Quadro institucional e um diagnóstico de sua atuação, Brasília: IPEA, 2008, p. 8. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1330. pdf>.

21 SILVA, Golbery do Couto e. Geopolítica do Brasil. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1967.

22 FOUCAULT, Michel. Microfísica do Poder. 9ª Edição. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2019.

institucional, é sistêmica. Como identificou Foucault: "a Justiça está a serviço da polícia, historicamente e institucionalmente".[23]

Isso fica muito claro quando se consegue identificar o apego do Sistema de Justiça Criminal à figura do inquérito policial, instrumento fundante de um sistema de processo inquisitório, capaz de alijar a defesa de qualquer participação na produção da informação, mas que também retira o juiz do protagonismo probatório, inclusive afastando o julgador do mais importante papel durante a produção da prova que é a imediação, centralizando a atuação da polícia no construção do que será valorado, apesar de não ser tecnicamente prova.

O esforço judicial por interpretar o art. 155 do Código de Processo Penal como autorizativo de que o juiz julgue com base em elementos colhidos durante a investigação chega ao seu ápice com a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6298 (ADI 6298).[24]

Em primeiro lugar, vale frisar que foi uma ação proposta pela AMB, uma associação de magistrados em nível nacional, que, entre outras alegações, pugnou pela inconstitucionalidade do instituto do juiz das garantias. Não interessa ingressar no mérito deste mecanismo de controle da imparcialidade, mas importa atentar para o fato de que a sua principal característica é afastar o juiz do contato com os elementos investigativos. Essa talvez, embora não esteja sendo declarada, seja a mudança que mais assusta.

Em segundo lugar, veio junto a suspensão da eficácia do art. 3º-A do Código de Processo Penal, que afirma: "o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação". Então, se essa norma é inconstitucional, é possível concluir que a AMB e o Ministro Luiz Fux entendem que o processo penal tem estrutura inquisitória, o juiz está autorizado a tomar iniciativa na fase de investigação e a substituir a atuação probatória do órgão de acusação.

Antes que se perguntem se não acabamos de incorrer na mesma confusão que alertamos no início da abordagem da questão do Sistema de Justiça, ou seja, que ele é comumente confundido com o Sistema de Processo Penal e, portanto, acabamos de ingressar na discussão sobre o sistema de processo, respondemos que não. Isso porque também afirmamos que essa confusão terminava por fazer o sistema de Justiça determinar desenhos de processo que não são coerentes com o próprio sistema acusatório de processo penal. Foi o que aconteceu aqui.

---

23 FOUCAULT POUR LUI-MÊME. Dirigido por Phellippe Calderon. Co-Produção Arte e BFC Productions, 2003, son., cor. (122 min).

24 ADI nº 6298 DF. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/ detalhe.asp?incidente=5840274> .

A liminar concedida pelo Ministro Luiz Fux para suspender a eficácia do art. 3º-A do CPP se fundamenta no argumento de que as alterações legislativas alteram "materialmente a divisão e organização de serviços judiciários em nível tal que enseja completa reorganização da justiça criminal do país" e considerou que "os artigos 3º-A a 3-F consistem preponderantemente em normas de organização judiciária, sobre as quais o Poder Judiciário tem iniciativa legislativa".[25]

Em outras palavras, o Sistema de Justiça propriamente dito, incluindo suas instituições, sua arquitetura e seu funcionamento, se sobrepõe aos direitos fundamentais, notadamente o direito a ser julgado por um juiz imparcial[26], que caracteriza o sistema acusatório de processo penal, que cede lugar à arquitetura de um sistema de justiça que só pode ser decidido pelo órgão detentor do poder: a Justiça. É ela quem decide, em nome da "organização da justiça criminal do país", se o cidadão terá o direito a ser julgado por um juiz imparcial. Portanto, direitos fundamentais permanecem sendo concessões do poder, o que é característico do atravessamento que chamei de sociedade autoritária.

A outra polícia, a militar, tem papel fundamental no sistema de justiça. Por ser ela a responsável pelo policiamento ostensivo das ruas, é também a instituição que promove a seleção secundária da clientela do sistema penal. É a polícia militar que faz a Justiça funcionar e determina a pauta de atuação do juiz.

Todavia, é fundamental lembrar que a polícia militar atua na lógica da militarização, ou seja, ninguém é cidadão, só existem inimigos a serem combatidos. Uma nomenclatura muito utilizada por policiais é chamar aqueles contra quem dirigem sua atuação de "vagabundo", linguagem que se transportou aos palácios do poder central brasileiro.[27] Aos inimigos não se garantem direitos. Um exemplo comum é o direito de toda pessoa presa de ser advertida dos seus direitos. São as chamadas advertências de Miranda.[28]

É absolutamente desconhecido de todas as pessoas que trabalham com o sistema penal qualquer caso em que policiais militares tenham efetuado qualquer prisão e no mesmo ato tenham advertido a pessoa presa de que tem direito de permanecer em silêncio, tem direito à presença de uma pessoa da família, tem direito à assistência de um advogado e tem direito de se entrevistar livre e particularmente com seu defensor. Ao contrário, é corrente ouvirmos relatos de

---

25 ADI nº 6298 DF. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms /noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>.

26 MAYA, André. Imparcialidade e processo penal: Da prevenção da competência ao juiz de garantias, p. 115. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

27 GULLINO, Daniel. Bolsonaro chama Renan de 'vagabundo' e diz que CPI da Covid comete 'crime'. EXTRA, 13 de maio de 2021. Disponível em: <https://extra.globo.com/noticias/brasil/bolsonaro-chama -renan-de-vagabundo-diz-que-cpi-da-covid--comete-crime-25015631.html>.

28 LEMOS JÚNIOR, Ivaldo. Cláusula Miranda: e os três fantasmas que se divertem no processo penal brasileiro. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.

violência ou até tortura policial para obrigá-lo a confessar, ou mesmo uma espécie de estelionato flagrancial em que o policial convence a pessoa presa de que sua confissão fará com que o delegado de polícia tenha mais condescendência. Em verdade, a melhor hipótese prática é quando a polícia militar apenas detém e conduz a pessoa presa à delegacia. Normalmente estes direitos são objeto de advertência na delegacia de polícia, pelo delegado, horas depois da prisão.

Por outro lado, é forçoso admitir que uma polícia cidadã, que não funciona com a lógica do enfrentamento ao inimigo, deve orientar seus membros a advertir e garantir os direitos do cidadão.

O problema não termina aí. Quando o preso não confessa antes de chegar à delegacia, não é incomum que os policiais militares se disponham a substituir a confissão não obtida formalmente por uma indecente confissão indireta, em que o policial afirma ter ouvido a confissão extrajudicial, sem qualquer respeito à formalidade exigida legalmente, e supostamente a reproduz. É o testemunho de ouvir dizer uma confissão.

Mais comum e grave é essa situação nos processos de drogas. Isso porque o crime de tráfico de drogas tem importantes peculiaridades: não tem vítima e nem lesão direta. Isso significa que, de forma diversa do que ocorre nos crimes contra o patrimônio, ninguém procura a polícia para relatar ter sofrido a prática de tráfico. Dessa forma, a polícia não se posta passiva à espera de que as vítimas delatem um crime, como é possível fazer nos crimes com vítima direta, notadamente os crimes contra o patrimônio que respondem por mais de 40% das prisões no Brasil.

Nos crimes de drogas há uma clara dependência da atuação ativa da polícia, de tal forma que sem a iniciativa policial, não haverá, em regra, prisão por tráfico de drogas. Nesse sentido, é preciso uma decisão político-criminal de que a polícia tenha iniciativa de procurar drogas, realizar apreensões, efetivar prisões. Essa atuação, portanto, depende da iniciativa do comando e coloca os policiais na condição de agentes ativos da segurança pública. Ocorre que muito embora seja possível produzir prova da materialidade do delito de tráfico de drogas com apreensão e perícia do material, a autoria depende de alguma fonte que demonstre a posse, o armazenamento, o transporte, a mercancia. Isso se faz, na prática, transformando o policial em testemunha.

Em outras palavras, o policial militar atua como agente do sistema de segurança pública ativamente procurando executar a política criminal de combate ao tráfico de drogas, mas é preciso deixar essa condição de engrenagem do sistema de segurança pública para se tornar uma fonte de prova no sistema de processo penal. O policial deveria relatar a sua atuação enquanto integrante do sistema

de segurança pública, mas ingressa no sistema de processo sendo ouvido como testemunha de um crime que ele não testemunhou, mas combateu.

Sobrepõe-se, mais uma vez, o sistema de justiça, que engloba o sistema de segurança pública, ao sistema de processo penal e determina um traço característico dos desenhos processuais dos crimes de drogas: a conversão do agente de segurança pública em fonte de prova. Como o sistema de segurança pública trabalha com policiamento ostensivo militarizado, há uma lógica hierarquizada segundo a qual o militar deve respeitar o superior. O que se vê, na prática, como consequência, são depoimentos literalmente idênticos e mecanizados entre a dupla de policiais militares que realizaram a prisão e se converteram em testemunhas.

A Justiça confere sua contribuição ao funcionamento dessas engrenagens atribuindo validade e idoneidade ao depoimento de policiais. A súmula 70 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro[29] vai além, garante o depoimento exclusivo de policiais como critério suficiente de decidibilidade.

Esse Sistema de Justiça de lógica militarizada que enxerga o acusado de um crime como o inimigo a ser combatido incide na vida do cidadão muito antes do processo. Há uma militarização da vida em sociedade, especialmente nas áreas em que vivem as pessoas às quais não foi concedido o direito de ter direitos. São o grupo de inimigos, que precisam ocupar um território específico, no qual há um espaço de normatividade em que a punição não está submetida à legalidade. Aqui não se trata de inimigos em potencial, porque não está em cena o "se", e sim o "quando".

Se a necropolítica[30], pensada por Mbembe, retrata uma paráfrase da biopolítica[31] foucaultiana, e melhor retrata o peso da colonialidade, é preciso pensar que para as comunidades brasileiras e, mais especificamente cariocas, o fazer morrer e deixar viver é insuficiente para explicar a realidade. É necessário admitir que nas favelas, com autorização de campanha para governador do estado para matar com tiro "na cabecinha"[32] não apenas se faz morrer, mas se deixa viver de forma absolutamente desumana em meio ao terrorismo de Estado. É o território onde a Justiça admite que se expeçam mandados de busca e apreensão coletivos, valida invasões domiciliares sem mandado, em que existem mandados velados de execução de pena de morte e que, ao fim e ao cabo, se configuram em uma

29 BRASIL, Rio de Janeiro. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Súmula 70: "O fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação".

30 MBEMBE, Achille. Necropolítica. 2ª Edição. São Paulo: N-1 Edições, 2018.

31 FOUCAULT, Michel. Nascimento da Biopolítica. 1ª Edição. Edição 70, 2010, p. 201 e et seq.

32 A frase completa de Wilson Witzel era: "A polícia vai mirar na cabecinha e... fogo". Veja. Wilson Witzel: 'A polícia vai mirar na cabecinha e... fogo', 1º de novembro de 2018. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica /wilson-witzel-a-policia-vai--mirar-na-cabecinha-e-fogo/>.

pós-necropolítica do terror, porque quem não morreu está fadado a morrer na próxima operação policial ou apenas poderá sobreviver. A viver mesmo ninguém tem direito.

Como o método é trabalhar com exemplos, não se pode deixar de enfrentar a chacina ocorrida no Jacarezinho em 06 de maio de 2021. Após uma investigação iniciada dez meses antes, a polícia pediu e a Justiça expediu 21 mandados de prisão a serem cumpridos naquela comunidade. Sem entrar no mérito sobre a validade da operação, que haviam sido proibidas pelo Supremo Tribunal Federal[33], fato é que um policial foi morto na entrada da comunidade e a polícia civil prosseguiu com a invasão que terminou em 28 mortes, incluindo a do policial.

Houve e ainda haverá muita discussão sobre a realização ou não de execuções de pessoas já rendidas, mas o que de fato é importante para o que se discute aqui é a justificativa apresentada formalmente pela instituição policial para sustentar a legalidade das mortes: 25 dos 27 mortos no Jacarezinho tinham antecedentes criminais.[34]

Boa parte da sociedade admitiu que esta era uma justificativa para os assassinatos, o que implica dizer que existe uma compreensão de que é legítimo matar pessoas que vivam em território específico, onde a punição não está vinculada a um critério de legalidade, onde o poder de fazer morrer imediatamente, deixar para morrer depois ou permitir que apenas sobreviva pode ser exercido pela polícia.

Isso mais uma vez não apenas sobrepõe o Sistema de Justiça ao Sistema de Processo Penal, como determina as características de um desenho processual em que se julga a violência policial a partir de critérios não legais, mas de legitimação da necropolítica estatal.

Conclusão: os desenhos processuais penais desumanizantes

Neste pequeno espaço que nos resta, tentaremos concluir explicando o que chamamos de desenhos processuais penais, quais são eles e suas características principais.

A Constituição da República, a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto dos Direitos Civis e Políticos garantem que a única possibilidade de construção de um sistema penal com eles compatível é que esteja centrado na proteção e no respeito aos direitos humanos.

---

33 Portal STF. STF confirma restrição a operações policiais em comunidades do RJ durante pandemia, 05 de agosto de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/ver NoticiaDetalhe.asp?idConteudo=448994&ori=1>.

34 BARREIRA, Gabriel; COELHO, Henrique. Jacarezinho: saiba quem são, onde morreram e o que dizem famílias e polícia sobre os 27 mortos. G1, 14 de maio de 2021. Disponível: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2021/05/14/jacarezinho-saiba-quem-sao-onde-morreram-e-o-que-dizem-familias-e-policia-sobre-os-27-mortos.ghtml>.

Admitindo-se a existência de dois sistemas básicos de processo penal, qual seja, o sistema acusatório e o inquisitório, é forçoso concluir que apenas aquele encontra guarida em um ordenamento fundado no respeito aos direitos fundamentais.

Todavia, o que sustentamos é que há, na prática, processos penais que objetivam julgar casos específicos que terminam por apresentar características que o distanciam da ideia de um processo penal fundado na centralidade dos direitos humanos, ou seja, são desenhados para funcionar de outra forma e, por isso, nós os estamos chamando de desenhos processuais desumanizantes.

O que propomos, como método genealógico, não é identificar as origens das características que se destacam nestes desenhos processuais que se afastam do modelo de legalidade fundado no respeito aos direitos humanos, mas abrir chaves de discussão que nos capacitem a enfrentar esses desenhos processuais e suas características.

Admitimos, neste momento, que existam 5 (cinco) desenhos processuais desumanizantes no processo penal brasileiro, os quais assim chamarei: (1) processo penal de guerra às drogas; (2) processo penal de proteção da propriedade privada; (3) processo penal da necropolítica estatal; (4) processo penal patriarcal; (5) maxiprocessos.

O último é o único sobre o qual não falarei. Seja porque já despendemos muitas linhas de outros trabalhos longos sobre o tema[35], seja porque não propusemos abrir as chaves de discussão genealógica sobre ele, o que faremos em outra oportunidade.

Também não pretendemos exaurir as características de cada desenho processual, mas faremos um brevíssimo apanhado das principais características dos outros quatro.

O processo penal de guerra às drogas tem por característica fundar-se em uma definição institucional de política criminal de enfrentamento de grupos marginalizados por meio de técnicas militares dentro de seus territórios. A atuação ativa da polícia enquanto agentes de segurança pública são convertidos processualmente em fontes de prova, aos quais se confere prévia credibilidade para funcionar como critério decisório, isentando o juiz do encargo de justificar de forma adequada a decisão condenatória. Ao inquérito policial e seus elementos é atribuída importância demasiada diante da produção de apreensão e confissão indireta de autoria. Assim, sobrepõe-se o sistema de justiça ao sistema de processo.

35 Por todos, SANTORO, Antonio E. R.; LUCERO, Natália. Lawfare Brasileiro. 2ª Edição. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 49 e et seq.

O processo penal de proteção da propriedade privada tem por característica dirigir sua atenção aos grupos marginalizados e preferenciais autores de crimes contra o patrimônio: a população pobre e preta. É estabelecida especial vigilância tacitamente autorizada sobre as pessoas que atendem estas características físicas e sociais. As fontes de prova, em geral, são as próprias vítimas e os policiais, que costumam relatar o que ouviram da vítima ou do próprio acusado.

O processo penal da necropolítica estatal se caracteriza por julgar os atos dos agentes policiais de segurança pública que tenham praticado violência contra a população vulnerável. Em geral, o critério de julgamento passa ao largo da estrita obediência à legalidade, admitindo-se que punições estejam subsumidas a normas sociais que legitimam o emprego de violência em territórios constituídos pelos grupos concebidos como inimigos, a quem os agentes do estado podem matar, deixar para matar posteriormente ou permitir que sobrevivam.

O processo penal patriarcal se caracteriza por objetificar a vítima, submetendo-a a um julgamento moral antes de reconhecê-la como sujeito de direitos. Terá direito a ser vítima, àquelas pessoas que mereçam a condição social que delas se espera: filha ou esposa. O julgamento do acusado passa a segundo plano.

Espera-se, assim, que tenha sido possível identificar os desenhos processuais penais desumanizantes e sua genealogia, ou seja, as chaves de explicação aptas a fazer entender que na prática o processo penal brasileiro não respeita a centralidade dos direitos humanos.

Neoliberalismo e aceleração do tempo jurídico: elementos para uma compreensão das reformas trabalhistas no Brasil

Sayonara Grillo[1]
José Luiz Soares[2]

A história recente dos direitos sociais no Brasil foi marcada por reformas neoliberais aprovadas em ritmo acelerado nos últimos cinco anos e que alteraram profundamente os padrões de regulação do trabalho e de proteção social construídos no século XX e alargados nos primeiros quinze anos do século XXI. O reformismo neoliberal hegemonizou o espaço público brasileiro, em geral com o discurso de que a legislação trabalhista e os mecanismos protetivos do trabalho seriam impeditivos ao bom funcionamento do mercado, uma vez que influenciariam negativamente os processos de compra e venda da força de trabalho, dificultariam a competitividade empresarial num contexto de economia globalizada e bloqueariam a criação de empregos. Isso justificaria medidas de "modernização" nas leis e demais instituições do trabalho. Esse foi também um discurso salvacionista ante um Estado que, segundo os arautos das reformas, estaria quebrado e operando por meio de burocracias corrompidas, a exigir medidas de austeridade e contenção de gastos públicos. Em contrapartida, estudiosos de diversos campos do conhecimento vêm defendendo que as reformas trabalhistas e as mudanças institucionais representam, na prática, uma desregulação das relações de emprego e conduzem à precarização das condições de vida e de trabalho, e que isso não possui uma relação virtuosa com o bom funcionamento da economia e com a própria democracia. Observam que sucessivas promessas feitas pelos arautos do reformismo em termos de criação de emprego e renda e redução da informalidade, não foram cumpridas.

---

1 Professora associada de Direito do Trabalho da Faculdade Nacional de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRJ (PPGD/UFRJ). Doutora em Ciências Jurídicas e mestra em Teorias do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio. Magistrada no Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Líder do grupo de pesquisa Configurações Institucionais e Relações de Trabalho - CIRT.

2 Pós-doutorando do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRJ (PPGD/UFRJ), com bolsa CAPES, compartilhando disciplinas na graduação e pós-graduação na FND em 2021.1. Pesquisador no grupo de pesquisa Configurações Institucionais e Relações de Trabalho - CIRT. Doutor em Sociologia pela UFRJ.

Está, portanto, na ordem do dia avaliar os efeitos e os propósitos das reformas normativas e das transformações institucionais recentes na esfera do trabalho. O artigo retoma comunicação no qual os autores propõem uma reflexão sobre a história recente do direito do trabalho no Brasil tendo como variáveis principais as noções de neoliberalismo, aceleração do tempo jurídico e instabilidade institucional. A pesquisa, ainda em curso, conta com a análise de leis, ações judiciais, medidas provisórias, entrevistas e fontes bibliográficas referentes às instituições do sistema de justiça no campo laboral e suas reformas. Temos por hipótese que os efeitos somados das mudanças legislativas e jurisprudenciais e da *temporalidade exageradamente móvel* ainda em curso resultam em fragilização das proteções laborais, corrosão dos laços sociais e insegurança (jurídica e ontológica).

Em especial, nesse artigo desenvolvemos a hipótese de que as reformulações normativas em curso não são meras atividades de redesenho institucional, "modernização" ou flexibilização do Direito do Trabalho, em especial as ocorridas no último biênio (2019-2020), porquanto a intensidade e constância das reformas e virulência dos seus protagonistas[3] colaboram para uma instabilidade institucional que é acompanhada por uma erosão das próprias noções de certeza do direito ou segurança jurídica.

O artigo está dividido em duas seções. Na primeira, fizemos uma breve apresentação sobre os temas do neoliberalismo e da aceleração do tempo jurídico. Na segunda seção, apresentamos um painel sobre as reformas trabalhistas realizadas no Brasil contemporâneo, sob orientação da racionalidade neoliberal.

I. Neoliberalismo e aceleração do tempo jurídico

Desde os anos 1970, o neoliberalismo vem assumindo uma condição dominante em todas as esferas da vida social. Mais que um tipo de política econômica que defende o Estado mínimo e o *laissez-faire*, como muitas vezes foi interpretado, aqui compreendemos o neoliberalismo como um tipo de racionalidade caracterizado pela generalização da concorrência como norma de conduta e da empresa como modelo de subjetivação.[4] Sua lógica da concorrência interindividual e de ação empresarial se tornou quase um imperativo para indivíduos e para o funcionamento das instituições.

Enquanto racionalidade e normatividade dominantes, o neoliberalismo contribuiu decisivamente para a promoção de uma aceleração do tempo econô-

3 SOUZA, Renato. Bolsonaro acusa o Ministério Público do Trabalho de obstruir economia. Correio Braziliense, Brasília, 26 ago. 2018. Disponível em: <https://www.correiobraziliense. com.br/app/noticia/politica/2018/08/26/interna_politica,701974/bolsonaro-acusa-o-ministerio-publico-do-trabalho-de-obstruir-economia.shtml>.

4 BROWN, Wendy. Nas ruínas do neoliberalismo: a ascensão da política antidemocrática no Ocidente. São Paulo: Editora Filosófica Politeia, 2019.

mico. O histórico atributo do capitalismo de transformar as condições de produção em busca de lucro foi radicalizado e acelerado, com a organização capitalista migrando de uma temporalidade do longo prazo, típica do fordismo-taylorismo, para o curto prazo.[5]

Esse processo histórico não se restringiu à esfera econômica. Se a economia sob o domínio do neoliberalismo é acelerada, tudo o mais deve mudar com fluidez: o direito, a política, os laços sociais, os compromissos, as identidades. A mudança radical tornou-se "a coerção das coerções".[6] A única permanência supostamente necessária seria a do próprio neoliberalismo, com seus impulsos para a mudança. Nesse sentido, embora seja um agente da mudança social, sua temporalização social também é a da "continuidade petrificada"[7], a do determinismo de uma discursividade que defende não haver alternativa senão a organização social de acordo com a lógica de mercado. A racionalidade neoliberal se opõe frontalmente a outros projetos de sociedade. Frequentemente é exitosa em corroê-los e anulá-los. Quando muito, a *continuidade petrificada* permite variações do mesmo tema, com distintas versões da sociedade neoliberal.

Em países atingidos pela crise econômica de 2008, iniciou-se uma experimentação radical da organização social segundo os dogmas neoliberais: a chamada "sociedade da austeridade".[8] Ela consiste em propostas de enfrentamento de crises econômicas por meio de medidas de contenção no orçamento público e de profundas reformas legais, que retiram direitos e desfazem os pactos constitucionais, com a anulação de princípios e normas jurídicas. Assim, pois, esse modelo de economia política encontra correspondência em um modelo jurídico específico: o direito de exceção. A excepcionalidade é parte intrínseca das políticas de austeridade e se justifica por meio de uma racionalidade instrumental de custo-benefício que afirma serem a contenção de gastos públicos e a erosão dos direitos sociais as únicas medidas realistas, lógicas e objetivas para superar um cenário de crise.

Nesse tipo de organização social, o arcabouço institucional protetivo do trabalho é reduzido a um obstáculo para o bom funcionamento do sistema econômico de mercado. Com efeito, nos últimos anos, verificou-se em diversos países, dentre os quais o Brasil, a adoção de uma política de contenção nos gastos públicos associada à realização de reformas trabalhistas e previdenciárias que reduziram direitos, desconstruíram os sistemas de proteção estatal e enfraqueceram

---

5 HARVEY, David. Condição pós-moderna. São Paulo: Loyola, 2008; SENNET, Richard. A corrosão do caráter. Rio de Janeiro: Record, 2005; BOLTANSKI, Luc; CHIAPELLO, Ève. O novo espírito do capitalismo. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

6 OST, François. O tempo do direito. Bauru: Edusc, 2005.

7 Id., 2005.

8 FERREIRA, António Casimiro. Sociedade da Austeridade e Direito do Trabalho de Exceção. Lisboa: Vida Econômica, 2012.

os sindicatos. Vale frisar que a redução crescente dos patamares de proteção social tem consequências diferenciadas em países periféricos e com alto grau de desigualdade social, como é o caso do Brasil.

Por outro lado, o imperativo da mudança radical trouxe profundos impactos para a esfera jurídica, levando o direito a migrar de um modelo linear, duradouro e previsível a outro, que é recursivo, reversível e incerto.[9] A produção do direito tornou-se, de certa forma, mais acelerada, assumiu uma *temporalidade exageradamente móvel*, com reformas que se sucederam sem cessar e que transformam o princípio da segurança jurídica em insegurança jurídica e ontológica.[10] Ademais, se por um lado a produção do direito é acelerada, por outro, o mundo institucional que ele ajuda a construir é móvel e flexível. A instabilidade está em sua essência. O ideário da segurança jurídica e certeza do direito são mitigados por um cenário de instabilidade decorrente da alteração de padrões decisórios. Não se trata apenas de mudança no conteúdo das normas ou deslocamento da relação entre as fontes de produção jurídica, da esfera pública para a esfera privada, mas, sobretudo de giros hermenêuticos, no sistema de precedentes jurisprudenciais que afetam, inclusive, pilares constitutivos do Estado de Direito, como o primado da irretroatividade, da prevalência da Constituição e da eficácia do Direito. Nesse cenário, a condição de vida da maioria dos indivíduos tende à insegurança e à vulnerabilidade social.

Assim, os efeitos das políticas de austeridade se somam aos efeitos da aceleração do tempo jurídico, resultando em um duplo movimento de vulnerabilização social. À desconstrução dos direitos sociais, ao empobrecimento e ao endividamento que resultam das políticas de austeridade se somam a desestabilização institucional, a insegurança jurídica e a fragilização social decorrentes da aceleração do tempo jurídico.

Com a emergência da pandemia da covid-19, se em países europeus e mesmo da América Latina eclodiu um direito do trabalho de emergência, com precauções em matéria de meio ambiente laboral, maior proteção social e reorientação de políticas econômicas para conter os efeitos da retração econômica, no Brasil, o enfrentamento da pandemia não determinou uma contenção das reformas liberalizantes no âmbito do Direito do Trabalho ou da economia. As sucessivas reformulações normativas com rebaixamento de condições laborais se mantiveram durante a pandemia, em acelerado ritmo.

9 OST, 2005.
10 FERREIRA, 2012.

II. Reformas trabalhistas no Brasil contemporâneo: mapeamento

As políticas de austeridade e de exceção e a aceleração do tempo jurídico impactaram profundamente o direito do trabalho, o sistema de proteção estatal e os sindicatos no Brasil.[11] As mudanças nos arranjos institucionais e no ordenamento normativo laboral vêm se sucedendo num ritmo vertiginoso. A reforma tornou-se permanente, ou quase isso.

Se nos anos 1990 experimentamos uma espécie de "flexibilização à frio"[12], uma burla generalizada à legislação trabalhista por parte dos agentes econômicos, o que se verificou nos últimos cinco anos foi a legalização das práticas ilegais, a "subversão das normas"[13], uma vez que os agentes econômicos lograram inverter postulados e regras consolidadas. Ao alterar as próprias regras jurídicas, corroer os direitos trabalhistas e previdenciários, os poderes públicos, inclusive com a coparticipação do poder judiciário, promoveram um reformismo neoliberal com mutações constitucionais.

As reformas permanentes do presente também não se comparam em intensidade e velocidade às alterações na Consolidação das Leis do Trabalho verificadas nos anos 2000, fruto de movimentos contraditórios.[14] Não significam adaptações normativas às transformações contínuas no modo de se produzir e trabalhar, nem a superação de impasses regulatórios decorrentes de transformações tecnológicas, na organização do trabalho ou no modo de acumulação do capital. Tão pouco objetivam dar respostas às mudanças decorrentes dos novos modos de estruturação das profissões, que reforçam as hibridizações e segmentações, ou às fissuras nos locais de trabalho aprofundadas pelo empreendedorismo e a terceirização, as quais denotam a emergência de uma zona cinzenta do assalariamento.[15]

A aceleração do tempo jurídico e a obsolescência programada de regras caracterizam o último ciclo de reformas trabalhistas no Brasil contemporâneo.

---

11 SILVA et al. Reformas institucionais de austeridade, democracia e relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2018; KREIN et al. Reforma trabalhista no Brasil: promessas e realidade. Campinas: Curt Nimuendajú, 2019; CAVALLAZZI et al. Políticas de austeridade no Brasil contemporâneo: retrocessos laborais e consumeristas (2017-2019). Revista de Direito do Consumidor. Brasília, ano 28, vol. 126, p. 17-50, nov./dez. 2019; DUTRA, Renata; MATOS, Bianca. A Terceirização, o STF e o Estado de Exceção. Teoria Jurídica Contemporânea, Rio de Janeiro, ano 04, vol. 02, p. 225-249, jul./dez. 2019; SOARES, José Luiz. O tempo do direito do trabalho na crise da Covid-19: austeridade, aceleração do tempo jurídico e discronia. In: CAVALLAZZI, R.; CORRÊA, E.; MARQUES, B. (Orgs.). Cidade Standard: precarização e reconfigurações urbanas. Rio de Janeiro: Ed. PROURB, 2020, p. 483-498.

12 CARDOSO, Adalberto. A Década Neoliberal e a Crise dos Sindicatos no Brasil. São Paulo: Boitempo Editorial, 2003.

13 FERREIRA, António Casimiro. Sociedade da Austeridade e Direito do Trabalho de Exceção. Lisboa: Vida Econômica, 2012.

14 KREIN, José Dari; BIAVASCHI, Magda de. Brasil: movimentos contraditórios da regulação do trabalho dos anos 2000. Revista Cuadernos Del Cendes, Caracas, año 32, n. 89, mai./ago. 2015.

15 AZAIS, Christian; CARLEIAL, Liana (Org.). La Zone grise du Travail. Dynamiques d'emploi et négociation au Sud et au Nord. Bruxelles: Peter Lang, 2017; SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. Droit du travail et institution de (nouvelles) inégalités dans le Brésil contemporain. In: AZAIS, C.; CARLEIAL, L. (Orgs.). La Zone grise du Travail. Dynamiques d'emploi et négociation au Sud et au Nord. Bruxelles: Peter Lang, 2017, p.25-40.

Uma melhor compreensão das temporalidades distintas existentes nos ciclos de reformas liberalizantes no direito do trabalho exige rememorar as reformas anteriores, ocorridas no regime militar e na década de 1990.

O primeiro ciclo de reformas trabalhistas no direito do trabalho nacional antecede a emergência do neoliberalismo nos países centrais, caracterizando-se pela modernização reacionária.[16] A extinção da estabilidade decenal, a introdução do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), a limitação do poder normativo da Justiça do Trabalho, o controle sindical, a contenção salarial, a introdução do trabalho temporário datam do período ditatorial e exemplificam o primeiro ciclo de reformas pró-empregadores no país.

A Constituição de 1988 e a forte mobilização sindical dos anos 1980, contudo, colocaram um freio à introdução das políticas neoliberais, constitucionalizando ampla gama de direitos sociais, estruturando a seguridade social com assistência social e saúde públicas, e atribuindo aos direitos do trabalho, sindicais e de greve o estatuto de direitos fundamentais.

Porém, no período pós-constituinte, em vez de regulamentação, o que se experimentou, em um contexto de globalização, foi a desregulamentação do mercado de trabalho, a flexibilização, a precarização e a contenção dos sindicatos. Os anos 1990 foram denominados como "década neoliberal".[17] Redução do setor público com privatizações, dispensas coletivas no setor público federal, alteração do regime de trabalho portuário (Lei 8.630/93), terceirização de atividades-meio (Súmula 331, TST), arrocho salarial (Plano Collor, Lei 8.030/90) ou desregulamentação salarial (por livre negociação) foram algumas das proposições promovidas no contexto de abertura comercial, combate à inflação e estabilização da moeda.

Sob a orientação neoliberal e no fluxo das primeiras crises financeiras globais, nos mandatos de Fernando Henrique Cardoso (PSDB), o Executivo Federal buscou repassar aos setores sindicais o encargo de negociar com empresários para conter o desemprego. A reforma trabalhista daquela era estava amparada no discurso de flexibilidade como imperativo para adequação à acumulação flexível e ao pós-fordismo ou de instrumento para criação de empregos. A Lei 9.601/98 e diversas Medidas Provisórias[18] introduziram a linguagem e os institutos de flexibilidade remuneratória (participação nos lucros e resultados, desvalorização do salário mínimo), horária (banco de horas, liberação de trabalho aos domingos) e contratual (contrato a tempo parcial ou a prazo e suspensões contratuais). A

16 SILVA, , 2018.

17 CARDOSO, 2003.

18 Cf. MPs 1.539-34/97, 1.709/98 e 2.164-41/01.

Constituição de 1988 é continuamente reformada, reduzindo a participação do Estado na economia e com a introdução do gerencialismo nos serviços públicos, e reforma da previdência (EC 19 e 20/1998). Sem sombra de dúvidas, as ondas de retrocesso perpassaram os anos de chumbo e a década neoliberal, em ciclos de reformas trabalhistas centradas em promover a contenção salarial e atribuir flexibilidade ao contrato de trabalho.

No último quinquênio, as reformas se sucederam de maneira acelerada em dois ciclos. Com a deposição de Dilma Rousseff e assunção de Temer ao governo (2016-2018), inicia-se um período marcado por intensa modificação das instituições estatais e das regras trabalhistas. A Emenda Constitucional 95/2016 instituiu um regime fiscal especial, com teto para os gastos públicos, inaugurando a *ponte para um futuro de austeridade e exceção*, com redução dos serviços públicos, redução da capacidade de atendimento e ação das instituições do sistema de justiça, da fiscalização do trabalho e da defensoria pública. O regime previdenciário e de pensões passa por grandes alterações.

A aceleração do tempo jurídico se inicia com a rapidez vista na tramitação da Reforma Trabalhista em 2017 e a instabilidade normativa com *a reforma da reforma* promovida pela MP nº 808, adotada três dias depois do início da vigência da Lei nº 13.467/2017. Em uma única semana, os destinatários da regra trabalhista estiveram submetidos a três conjuntos normativos distintos, o da CLT pré-reforma até 10 de novembro, o da CLT pós-reforma entre os dias 11 e 13 de novembro e o "da reforma negociada" e instaurada na MP 808 a partir do dia 14 de novembro. A aplicação das novas normas aos trabalhadores empregados antes de 11 de novembro foi motivo de ampla disputa, tendo a MP 808 buscado impor certa interpretação. Em 25 de abril de 2018, com a perda da eficácia da Medida Provisória, inaugura-se a era da obsolescência programada das regras jurídicas, editadas sem urgência e relevância e que desorganizam as táticas de resistência, desconstroem interpretações paulatinamente erguidas e desestabilizam intérpretes, causando insegurança nos atores.

Cumpre destacar que a Reforma de 2017 intervém nas regras sindicais e promove uma contrarreforma sindical. Além do retorno forçado ao mercado dos indivíduos que passam a contratar diretamente, em decorrência de um processo de individualização dos ajustes temporais e das relações laborais com os hipersuficientes, o declínio das entidades sindicais encontra na reforma trabalhista um impulsionador. De um desenho institucional organizado, com o uso do jurídico para a contenção da liberdade sindical pela via da coerção e do

controle, chegamos às garatujas,[19] em que as prerrogativas sindicais tornam-se uma miragem.[20]

Some-se a isso que a Reforma Trabalhista de 2017 atingiu fortemente o poder normatizador da Justiça do Trabalho, limitando a possibilidade das cortes examinarem o conteúdo de normas coletivamente negociadas, reduzindo a capacidade de execução das decisões judiciais, limitando a prescrição trabalhista e o acesso à justiça para os trabalhadores e ampliando a recorribilidade para os empregadores e o tempo de duração processual. Tornou arriscado para os empregados a litigância e o depoimento testemunhal, ao tempo em que profissionalizou a representação para a defesa empresarial, tornando-a menos onerosa.

Ainda assim, o poder judiciário teve participação decisiva nesse ciclo de reformismo permanente. A flexibilização jurisprudencial e a mutação constitucional pela via da ruptura com os precedentes, tal como empreendido pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST)[21] nos anos 1990, retoma o fôlego a partir do momento em que o Supremo Tribunal Federal (STF) coloca em pauta as diversas demandas que os atores econômicos, sociais e governamentais formularam ao fazer uso da judicialização como tática de oposição, para arbitragem de interesses em conflito ou como instrumento de governo.[22] O Poder Judiciário, agora com o protagonismo no STF, permanece como ator para a contenção dos direitos sindicais, expansão das capacidades derrogatórias das normas coletivas, flexibilização dos direitos substanciais, reconhecimento da autonomia individual e reforço do poder empregatício e das multiplicidades contratuais desprotegidas. Em vez de um diálogo entre cortes, ou do silêncio diante das reformas[23], no palco do STF triunfaram os votos vencidos na jurisdição trabalhista, que buscou mitigar nas duas primeiras décadas deste século os efeitos deletérios da "flexibilidade à frio" dos anos 1990. O STF validou as políticas gerencialistas que permitiram a terceirização da saúde e da educação pública por Organizações Sociais (ADIs 5.685, 5.686, 5.687, 5.695 e 5.735), nas atividades finalísticas das empresas e no serviço público (RE 791.932 e 760.931), nas relações de trabalho (a ADPF 324 e a RE

19 GUEIROS, Daniele Gabrich. Direito coletivo do trabalho: dos desenhos às garatujas. In: DORNELES, Leandro do Amaral de; BARZOTTO, Luciane Cardoso (Organizadores). Inovações e trabalho: o direito do trabalho em tempos de mudança. Porto Alegre: Editora da UFRGS, p. 119-142, 2020.

20 BARROS, Raimunda Regina Ferreira. A Miragem das Prerrogativas Sindicais após a Reforma Trabalhista de 2017. 2021. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Pará, Belém, 2021.

21 SILVA, 2008.

22 Cf. TAYLOR, Matthew; DA ROS, Luciano. Os partidos dentro e fora do poder: a Judicialização como resultado contingente da estratégia política. Dados, Rio de Janeiro v. 51, n. 04, p. 825-864, 2008; SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da; MOURA, Eleonora Kira Valdez de. O que os atores demandam perante o Supremo Tribunal Federal em matéria trabalhista? In: Revista do Direito Público. Londrina, v.9, n.2, p.115-133, mai./ago., 2014.

23 MOURA, Eleonora Kira. Trabalho e Constituição: Ações diretas de inconstitucionalidade e os desafios da regulação do tempo de trabalho no Brasil. 2013. Dissertação (Mestrado em Teorias Jurídicas Contemporâneas), Programa de Pós-Graduação em Direito, Rio de Janeiro, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2013.

958.252)[24]; admitiu a quitação dos direitos trabalhistas por adesão individual a Planos de Dispensa Voluntárias (RE 590.415) instituídos por acordos coletivos, bem como a supressão de horas *in itinere* (RE 895.759) por negociação coletiva e acolheu a instituição de legislação admitindo a jornada de 12x36 sem necessidade de negociação coletiva (ADI 4.842).

O segundo ciclo de reformas corresponde ao período do governo Bolsonaro (2019-2021). No acelerado ano de 2019, realizou-se uma reforma constitucional na previdência (EC 103/2019); bem como a extinção do Ministério do Trabalho (MP 870); a revisão de diversas Normas Regulamentadoras de Segurança e Saúde no Trabalho (NR's) por iniciativas do governo federal; a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019), que é uma versão alterada da MP 881, de 1º de maio de 2019, e estabeleceu garantias de livre mercado[25]; a MP 873 que entre 1º de março a 28 de junho de 2019 impediu a cobrança de mensalidades associativas e contribuições sindicais sem prévia autorização individual, dificultando as ações sindicais; e o Contrato de Trabalho Verde e Amarelo (MP 905), que desonerou contratos de trabalho, com objetivo de baratear a contratação. Note-se que as MPs 873 e 905 não foram convertidas em lei e perderam vigência. Isso também contribuiu para um quadro de alterações normativas permanentes.

As medidas de austeridade e de exceção tiveram continuidade em 2020 e 2021, no contexto da pandemia de covid-19. Em grande medida, o cenário de crise econômica — que antecede a crise sanitária, mas se aprofunda com ela — teve como principal resposta dos poderes públicos a adoção de medidas jurídico-políticas que rebaixaram as garantias trabalhistas para proporcionar maior segurança jurídica para as empresas desenvolverem suas estratégias de acumulação. Toda uma regulação de emergência teve vez então, com uma produção aceleradíssima de medidas provisórias, leis, decretos, portarias e sentenças judiciais que, carregando o signo da urgência, da provisoriedade e da exceção, suspenderam a eficácia de regras trabalhistas, subverteram princípios constitucionais e reduziram os mecanismos institucionais de proteção laboral.

Exemplo disso foram as diversas medidas provisórias emitidas pelo Poder Executivo Federal com efeitos sobre a esfera do trabalho[26], dentre as quais desta-

---

24 ARTUR, GRILLO, Terceirização e arenas de reconfiguração do Direito do Trabalho no Brasil. REI - Revista Estudos Institucionais, [S.l.], v. 6, n. 3, p. 1184-1213, dez., 2020.

25 A Declaração de Direitos de Liberdade Econômica inverte a regra de interpretação das normas em favor da liberdade econômica e "do respeito aos contratos, aos investimentos e à propriedade" e estabelece um conjunto de garantias de livre iniciativa com vistas a "evitar o abuso do poder regulatório", vedando à Administração inclusive a redação de enunciados que retardem a inovação e a adoção de novas tecnologias ou modelos de negócio.

26 Somente entre os dias 22 de março e 07 de abril de 2020, em 16 dias portanto, foram editadas sete medidas provisórias com efeitos sobre o direito do trabalho: a MP 927, de 22 de março, dispôs sobre medidas trabalhistas para enfrentamento da pandemia; a MP 928, de 23 de março, revogou o artigo da MP 927 que definia a possibilidade do contrato de trabalho ser suspenso por até quatro meses; a MP 936, de 01º de abril, instituiu o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda;

cam-se: a MP 927, que previu restrições à fiscalização do trabalho, a prevalência do acordo individual sobre as leis trabalhistas e sobre as normas negociadas coletivamente, a antecipação de férias e de feriados e a implantação do regime de teletrabalho sem necessidade de alteração no contrato de trabalho; a MP 936, que instituiu o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e trouxe a possibilidade de suspensão temporária de contratos de trabalho, assim como da redução de jornada e de salários; e a MP 945 (convertida na Lei nº 14.047/2020), com a permissão para contratar empregados em substituição a trabalhadores avulsos nos portos nacionais e a ampliação do rol de atividades previstas como essenciais na lei de greve (Lei nº 7.783/89).

Registre-se que enquanto a MP 927 vigorou apenas entre 22 de março e 19 de julho de 2020, por não ter sido convertida em lei, a MP 936 foi convertida, com mudanças, na Lei nº 14.020, 06 de julho de 2020. A transitoriedade das regras como marcas deste ciclo é observável também pela possibilidade de prorrogação dos prazos para celebração dos acordos de redução proporcional de jornada e de salário, de suspensão temporária do contrato de trabalho e para efetuar o pagamento dos benefícios emergenciais pelos decretos nº 10.422 e 10.470 de 24 de agosto de 2020.

No mesmo sentido podem ser citados os julgamentos no STF das ações que questionaram a constitucionalidade de dispositivos da MP 927 (ADIs 6342, 6344, 6346, 6348, 6349, 6352 e 6354) e da MP 936 (ADI 6363). A despeito das Medidas Provisórias terem sido largamente interpretadas como inconstitucionais na comunidade de intérpretes laborais, ou com o manifestação de uma gramática de exceção[27], o STF decidiu pela manutenção da eficácia de quase todos os seus dispositivos, salvo apenas terem suspendido a eficácia dos artigos 29 e 31 da MP 927 — os quais, respectivamente, desconsideravam os casos de infecção de trabalhadores pelo novo coronavírus como doença ocupacional e limitavam a atuação de auditores fiscais do trabalho à atividade de orientação. Assim ganhou efetivi-

a MP 937, de 02 de abril, criou uma linha de crédito extraordinário para o pagamento do auxílio emergencial instituído pela Lei nº 13.982; a MP 944, de 03 de abril, instituiu o Programa Emergencial de Suporte a Empregos; a MP 945, de 04 de abril, dispôs sobre medidas temporárias de resposta à pandemia no âmbito do setor portuário; e, por fim, a MP 946, de 07 de abril, dentre outras providências, extinguiu o Fundo PIS-Pasep, transferindo seu patrimônio para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. A esse conjunto de medidas provisórias se somou a Lei nº 13.982, de 02 de abril, que instituiu a Renda Básica de Cidadania Emergencial.

27 Ver: ANAMATRA, 2020; ANPT – Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho. MP 936: ANPT reafirma preocupação com afastamento de negociação para flexibilização de direitos trabalhistas no período de calamidade pública. Nota publicada pela ANPT em 02 abril de 2020. Disponível em: <https://www.anpt.org.br/imprensa/noticias/3647-mp-936-anpt-reafirma-preocupacao-com-a-flexibilizacao-de-direitos-trabalhistas-no-periodo-decalamidade-publica>. Acesso em: 02 abr. 2020; GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Prevalência de acordo individual sobre coletivo é questionável. Conjur (Consultor Jurídico), maio de 2020; REMIR – Rede de Estudos e Monitoramento Interdisciplinar da Reforma Trabalhista. A Medida Provisória 936 e a decisão do STF na ADI 6363/20. Nota publicada pela REMIR em 22 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.eco.unicamp.br/remir/>. Acesso em: 26 jan. 2021; GRILLO, Sayonara. Medidas para preservação do emprego em tempos de COVID-19: notas sobre o isolamento da negociação coletiva e o distanciamento da ordem constitucional brasileira. In: NEMER NETO, A.; ROCHA, C. J.; RIZK FILHO, J. C. (Orgs.). Direito do Trabalho e o Coronavírus, v. 1. Porto Alegre: Lex Magister, 2020, p. 70-80; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. A legislação pandêmica e o perigoso regime de exceção aos direitos fundamentais trabalhistas. Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano, Campinas, vol. 03, p. 01-38, set. 2020.

dade o artigo 2º da MP 927, que afirmou a preponderância do acordo individual sobre as leis trabalhistas e sobre os contratos coletivos de trabalho, bem como os dispositivos da MP 936 que permitiram a redução salarial via acordo individual, sem participação da representação sindical.

O reconhecimento pelo STF das medidas de exceção pode ter contribuído para seu retorno em 2021. Em abril, inúmeros dispositivos previstos na MP 927 foram reproduzidos na MP 1.046, tais como as regras que versam sobre teletrabalho, a antecipação de férias individuais, a concessão de férias coletivas, o aproveitamento e a antecipação de feriados, o banco de horas, a suspensão de exigências administrativas em segurança e saúde no trabalho e o diferimento do recolhimento do FGTS por mais 120 dias. Ademais, um novo programa emergencial de manutenção do emprego e da renda, com pagamento do Benefício Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda, redução proporcional de jornada e de salários e suspensão temporária do contrato de trabalho foi promulgado pela MP 1.045, de 27 de abril de 2021.

Tudo somado, é possível dizer que as políticas neoliberais dos últimos anos resultaram em um agudo processo de transformação legislativa e jurisprudencial, cujas principais marcas foram, de um lado, a corrosão de princípios constitucionais e de normas trabalhistas e, de outro, a *temporalidade exageradamente móvel* em que se deu a produção jurídico-legal, fazendo do reformismo um estado (quase) permanente no mundo do trabalho.

Considerações finais

Ao longo do artigo procurou-se refletir sobre a história recente do direito do trabalho no Brasil a partir da análise das sucessivas reformas trabalhistas efetivadas no país. Nosso escopo principal foi descrever as reformas (quase) permanentes e a aceleração do tempo jurídico verificadas nos últimos anos. O mapeamento das reformas trabalhistas inspiradas pela racionalidade neoliberal permite refletir sobre seus impactos para as configurações institucionais e a precariedade das relações de trabalho. Por outro lado, o escopo de análise serve para alimentar uma reflexão mais ampla, ainda em fase inicial, sobre a validade de pensar as reformas trabalhistas por meio de uma combinação das categorias neoliberalismo, aceleração do tempo jurídico e instabilidade institucional, estabelecendo assim novas premissas e hipóteses de trabalho.

Como conclusão, sustentamos que as reformas legislativas e jurisprudenciais aliadas à aceleração do tempo jurídico podem resultar em uma dinâmica

institucional de desorientação e insegurança. Se, como diz François Ost[28], a força da lei e a capacidade do direito de instituir a vida social se verificam por meio de sua efetividade ao longo do tempo, então, uma mobilidade extrema das leis e do direito do trabalho tendem mesmo a trazer instabilidade para os mecanismos que, no mundo do trabalho, servem para orientar a vida, regular a distribuição de bens, resolver conflitos e para a construção de identidades. Tendem a trazer, em suma, uma corrosão da certeza do direito e de sua capacidade de "atar os laços sociais".

28 OST, 2005.

Desafios para a democracia em tempo de erosão democrática

Lilian Márcia Balmant Emerique [1]
Mariana Musse Pereira [2]

A erosão democrática é um problema que assola os mais diversos países na atualidade, apresentando consequências extremamente graves em regiões assoladas por acirradas desigualdades.

Cada dia se consolidam estudos apontando o declínio democrático, mas nem sempre os esforços são direcionados para a apresentação de proposições que permitam o enfrentamento desta dura realidade.

Assim, a proposta deste trabalho consiste primeiro em tecer um diagnóstico desta crise democrática, trazendo à tona as principais categorias teóricas necessárias para o entendimento do cenário pós-democrático no qual o neoliberalismo se consolida como uma racionalidade global que não apenas promove uma ressignificação na forma de atuação do Estado como também se apropria dos instrumentos democráticos e os utiliza em prol dos interesses econômicos.

A seguir, são tecidas considerações a respeito da importância de se romper com o discurso conformista acerca da crise democrática que não aponta alternativas de resistência e identificar propostas que permitam o enfrentamento do problema na busca de um futuro mais plural e de fortalecimento da soberania popular.

I. Diagnóstico da crise: o cenário pós-democrático

A democracia liberal se firmou como modelo seguido pela maior parte dos países ao longo do século XX. No entanto, essa hegemonia[3] esteve atrelada a

---

1 Pós-doutorado em Direito na Universidade de Valência (Espanha). Pós-doutorado em Direito na Universidade de Lisboa. Doutorado em Direito PUC-SP. Mestrado em Direito PUC-Rio e Mestrado em Ciência Política e Relações Internacionais na Universidade Nova de Lisboa. Professora Associada da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

2 Doutoranda pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Mestre pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Pós-graduação em Direito Eleitoral pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Atualmente exerce cargo de analista judiciário - área judiciária do Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro.

3 Sobre essa hegemonia do modelo de democracia liberal, Boaventura de Souza Santos (2016, p. 43) tece importante crítica: "a coexistência pacífica ou conflitual de diferentes modelos e práticas democráticas foi dando lugar à consagração da democracia liberal como modelo único e universal, na segunda metade do século passado. A imposição deste modelo fica bem patente pelo modo como o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional o transformam em condicionalidade política para a concessão de empréstimos e ajuda financeira. Esta universalidade é problemática, na medida em que a democracia tem um valor intrínseco e não deve constituir uma mera utilidade instrumental, portanto, esse valor não pode assumir-se como universal sem mais."

limitação de alguns de seus princípios e significados possíveis fazendo com que algumas premissas básicas fossem abandonadas pelas democracias ocidentais, tais como: a oportunidade de aprofundar os fundamentos da democracia, de outorgar maiores graus de igualdade social, de ampliar a liberdade individual ou de aplicar efetivamente mecanismos de controle da responsabilidade política.

No entanto, desde a década 2000 não apenas a expansão democrática cessou (a última onda de entusiasmo com a transição de regimes fechados para a democracia foi a Primavera Árabe) como também democracias consolidadas apresentam sinais de passarem por uma séria crise.[4]

Países símbolos do desenvolvimento democrático, enquadrados como países do "Norte Global" apresentam um momento de amplo esgotamento: epistemológico, político e social. Depois de cinco séculos ensinando ao mundo a fórmula para o progresso e para o desenho do futuro, na atualidade o que se observa é que nem a Europa nem os Estados Unidos conseguem resolver os problemas que enfrentam. As instituições nesses países não funcionam tão adequadamente quanto o pretendido. Há um esgotamento institucional. Por isso a crise global ganha contornos preocupantes, "pois os países do Norte que ensinaram o mundo parecem não ter lições a dar".[5]

A chamada crise[6] da democracia liberal resulta de uma conjunção de fatores que se reforçam mutuamente: econômicos, sociais, culturais, políticos, etc. A globalização da economia e da comunicação desestruturou as economias nacionais e limitou a capacidade dos Estados de responder em seu âmbito a problemas que são globais.

---

4 Neste sentido, destaca-se a divulgação em 2019 pela revista britânica The Economist do seu índice para medição de democracia,o Democracy Index, que avalia 167 países com base em seu processo eleitoral e pluralismo; liberdades civis; funcionamento do governo; participação política e cultura política, realizando a classificação deles em uma dentre quatro categorias: regime autoritário (pontuação inferior a 4), regime híbrido (pontuação maior que 4 e menor que 6), democracia imperfeita (pontuação maior que 6 e menor que 8) e democracia plena (pontuação maior que 8). O resultado evidenciou um recuo de 5,48 pontos em 2018 para 5,44 pontos em 2019 (pior resultado em uma década e o segundo pior desde a sua criação, em 2006). Também foi observado que dos 76 países democráticos, onde está menos da metade da população mundial, somente 22 são considerados democracias plenas, com mais de 8 pontos na escala do Democracy Index. Os Estados Unidos estão com 7,96 pontos, tendo obtido redução da pontuação principalmente em razão do seu conturbado processo eleitoral. O Brasil, que tinha 7,12 pontos em 2010, hoje é considerado uma democracia imperfeita, com 6,86 pontos. No campo do autoritarismo há exemplos como a Rússia (com 3,11 pontos), a China (com 2,26 pontos, sendo o pior resultado atribuído a Coréia do Norte (com 1,08 pontos).

5 SANTOS, Boaventura de Sousa. Pensamientos y Poderes. La construcción de horizontes civilizatorios. Conferencia dictada con motivo de la Cátedra Alain Touraine, 9 de octubre de 2013. In: BADILLO, Oscar D. Soto; RIVERA, María Eugenia (coord.). El poder hoy: conferencias magistrales de la Cátedra Alain Touraine. Universidad Iberoamericana Puebla. 2013, p. 42.

6 Cumpre ressaltar que há autores que não enxergam uma crise do sistema democrático e ressaltam que na realidade trata-se de resiliência democrática na medida em que "23 países experimentaram uma melhora significativa em seus pontos no índice da democracia da Casa Branca entre 1999 e 2013, apenas oito sofreram um declínio significativo. Mesmo entre 2005 e 2013, o número de declinantes significativos. Além disso, a maioria dos declínios significativos não ocorreu em democracias, mas em regimes que já eram autoritários (...) Embora seja certamente possível identificar casos de retrocessos democráticos, a existência de um número igual ou maior de avanços democráticos desmente qualquer noção de colapso democrático global." (LEVITSKY, 2015, p. 47/48). Há ainda autores que adotam uma visão transitologista e entendem que a situação atual reflete o caráter transitório da democracia e aponta para a existência de uma demanda por democratização a nível transnacional e até global, sendo essa capacidade de se transformar e se adaptar de acordo com novas realidades sociais um traço peculiar seu. Nesse sentido: Jean-Marie Guéhenno (1994), Schmitter (2015), Jihn Markoff (2013).

No entanto, o que já restou claro é que as recorrentes crises do sistema capitalista não ensejam a superação do modelo, mas sim sua adaptação por meio de soluções cada vez mais perversas que afetam as estruturas democráticas. Conforme pondera Rubens Casara (2017), as crises, ao longo da história, reiteradamente foram utilizadas, quando não fabricadas, para permitir ações excepcionais, atitudes que não seriam admitidas em situações de normalidade. "Não por acaso, os defensores de medidas que restringem direitos e os entusiastas dos golpes de Estado (...) sempre buscam justificação a partir da afirmação da existência de um quadro de crise."

A expressão pós-democracia surge para designar esse declínio democrático de países marcados pelo pleno funcionamento (formal) das instituições democráticas, mas nos quais a dinâmica democrática progressivamente desaparece.[7]

Colin Crouch desenvolve em seus estudos uma analogia com uma parábola histórica para explicar o momento pós-democrático vivido principalmente pelas democracias liberais dos países do Norte global na atualidade.

Considera o início da parábola como um momento pré-democrático, caracterizado pela ausência das condições presentes no ápice dessa parábola (momento 01). O topo da parábola seria o modelo democrático plenamente realizado (momento 02). A pós-democracia seria um terceiro momento, no qual aparece um novo fator que reduz a importância da democracia, superando-a em certo sentido. Com isso, emergem características típicas do momento inicial pré-democrático. Buscando tornar o exemplo menos abstrato, o autor explica:

> La posdemocracia puede entenderse de esta manera. En cierto sentido, los cambios asociados a ella nos trasladan más allá de la democracia, hasta una clase de sensibilidad política más flexible que los enfrentamientos producidos por los pesados compromisos de mediados de siglo. Hasta cierto punto, hemos dejado atrás el concepto de gobierno popular para poner en duda el propio concepto de gobierno. Tal situación se refleja en el cambiante equilibrio en el seno de la ciudadanía al que nos referíamos anteriormente: el abandono de las actitudes excesivamente respetuosas hacia el gobierno, en particular en el trato dispensado a los políticos por los medios de comunicación; la insistencia en una apertura total por parte del gobierno; y la reducción de los políticos a una figura más parecidas a la de un tendero que a la de un gobernante, siempre tratando de adivinar los deseos de los clientes para mantener a flote el negocio.[8]

A utilização do termo pós-democracia justifica-se por não ser possível enquadrar esse novo contexto como um sistema não democrático nem antidemocrático. Contudo, não há como afirmar que se trata de uma democracia plenamente realizada.

---

7 O termo apareceu pela primeira vez na elaboração filosófica de Jacques Ranciére ainda nos anos 1990, tendo sido mais sistematicamente desenvolvido por Colin Crouch ao longo dos anos 2000.

8 CROUCH, Colin. Posdemocracia. Tradução: Francisco Beltrán. Madrid: Taurus, 2003, p.36.

É importante destacar que mais contemporaneamente, o conceito vem agregando vários significados para além de seu diagnóstico principal, isto é, a esterilização da democracia pelas contradições que sua convivência com o neoliberalismo provoca. Tais reflexões foram impulsionadas principalmente por eventos ocorridos a partir dos anos 1990 em países desenvolvidos, símbolos do capitalismo global e da democracia liberal, pela cooptação do conceito de democracia por grandes instituições e atores internacionais, esvaziando seu potencial de contestação à nova hegemonia global. Nesse sentido, Juan Carlos Monedero[9] sintetiza bem os diversos conteúdos atribuídos ao termo pós-democracia:

> *De esta manera tenemos que puede pensarse en la* posdemocracia *como la situación en la que se ha perdido una democracia anterior que se presuponía de mayor calidad (incluso perfecta, vista desde la pérdida (Colin Crouch, Daniel Bell); puede entenderse como «contrademocracia» o «impolítica» que lleva a la desafección (Pierre Rosanvallon); puede utilizarse para señalar un mundo en el que los conflictos sociales esenciales se han disuelto, por lo que la política puede y debe relajarse; puede entenderse como la salida economicista al «trilema de la economía mundial», esto es, a la renuncia a la democracia en vista de la dificultad para compatibilizar soberanía nacional, Estado social y democracia en los tiempos de la globalización (Dani Rodrik); puede entenderse como la superación de la democracia de partidos acorde con los nuevos tiempos (por lo común denominada* gobernanza*) (Jan Kooiman; B. Guy Peters; Renate Mayntz; Luis F. Aguilar); puede definirse como el momento político que se corresponde con el momento social en el que los valores materiales han dejado paso a valores posmateriales (Ronald Inglehart); puede verse como la respuesta al desarrollo tecnológico y la obligación de aplicar las nuevas tecnologías a la gestión política; puede verse como una queja frente a la política «populista», entendiendo este concepto de manera peyorativa (Manuel Alcántara, Ludolfo Paramio); puede verse como la imposibilidad de la democracia debido al Estado de excepción permanente originado en el modelo capitalista y que ha generado «condensaciones oligárquicas» (Walter Benjamin, Giorgio Agamben) o como la imposibilidad de la democracia colonizada por la* modernidad líquida*, que no permite a los sujetos políticos solidificarse ni asaltar un poder que igualmente se define como «líquido» (Zygmunt Bauman); puede verse como el agotamiento de la democracia parlamentaria para otorgar autorización política, toda vez que las materias sujetas a elección se ven radicalmente reducidas, o por el hecho de que las elecciones que no se estigmatizan son solo aquellas en las que se dirimen dos matices de un mismo referente y no opciones realmente de alcance (como lo demostraron las elecciones en Grecia en junio de 2012). Y también, en lo que seguramente es su explicación más fructífera, la* posdemocracia *(como un correlato necesario del fin de la política) puede entenderse como el sempiterno intento liberal de desplazar la política a un lugar neutral, con el fin de proclamar la muerte del antagonismo político y la aceptación resignada del reformismo político y la economía de mercado (Chantal Mouffe, Jacques Rancière, Slavoj Žižek, Alain Badiou, Claude Lefort, Ernesto Laclau).”*

Na crise iniciada em 2008 e que assolou os Estados Unidos e a Europa, as contradições latentes na sociedade e economia transformadas pela globalização vieram à tona. Na base da crise de legitimidade política estava a crise financeira, transformada em crise econômica e do emprego.

Como resultado dessa crise, observa-se a emergência de discursos autoritários, anti-humanistas e antidemocráticos legitimados pelo voto popular, partidos

9 MONEDERO, Juan Carlos. Posdemocracia?: Frente al pesimismo de la nostalgia, el optimismo de la desobediencia. Nueva Sociedad, Buenos Aires, n° 240, ago. 2012, p. 69.

políticos e/ou lideranças populistas, bem como a utilização das instituições democráticas para a fragilização, minimização ou ruptura da própria democracia. Observa-se também uma aproximação entre o neoliberalismo e o neoconservadorismo que não é ocasional. "A articulação da empresa com a família é o ponto de convergência entre a normatividade neoliberal e o moralismo conservador".[10] Atuando em conjunto essas forças afetam os alicerces da democracia liberal.

Nos Estados Unidos, a vitória de Donald Trump com um discurso hostil ao ideal de diversidade que foi a base do desenvolvimento democrático desde 1965[11] é um exemplo claro desse novo modelo. Na Europa, os partidos tradicionais que dominaram a política desde o pós-guerra vêm perdendo votos para uma direita nacionalista que resiste a integração nacional e rechaça a tolerância cultural.[12] Merece destaque também o referendo realizado no Reino Unido que demonstrou a preferência majoritária dos ingleses pela saída da União Europeia[13].

Assim, verifica-se que o modelo hegemônico da democracia liberal enfrenta atualmente sua maior crise global desde o final da guerra fria, apresentando um movimento de retração em diversas partes do mundo.

Cumpre ressaltar que a despeito do termo "pós-democracia" haver sido formulado a partir da experiência de países do norte global, ele captura a dinâmica global visível em diversos países e regiões. "Suficientemente flexíveis (...) esses conceitos são empregados cada vez mais, para descrever fenômenos políticos em regiões diversas do mundo, fora do contexto da Europa Ocidental, onde a terminologia se originou".[14]

Em que pese a especificidade de cada país, dois pontos principais dessas crises podem ser identificados: a) as forças que têm impulsionado esse fenômeno guardam relação direta com as forças econômicas e b) a destruição da democracia causada por dentro das instituições democráticas.

---

10 DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. A nova razão de mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Tradução de: Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016, p. 388.

11 Steven Levitsky e Daniel Ziblatt (2018) trabalham em sua obra com o risco existente à democracia norte- americana com a eleição de Trump, "um homem sem nenhuma experiência em cargos públicos, com aparente pouco compromisso no que diz respeito a direitos constitucionais e dono de claras tendências autoritárias". Os referidos autores traçaram quatro critérios para reconhecer políticos autoritários: 1) rejeitam em palavras ou ações as regras democráticas do jogo; 2) negam a legitimidade de oponentes; 3) toleram e encorajam a violência; e 4) dão indicações de disposição para restringir liberdades civis de oponentes, inclusive a mídia. Ao identificarem em Trump esses traços, os autores reafirmam haver motivos sólidos de preocupação com o futuro da democracia norte-americana.

12 Como destaca Castells (2018, p. 9): "Além do Brexit no Reino Unido e do colapso dos partidos franceses ante o macronismo, (...) recordarei a porcentagem de votos de partidos identitários e antiestablishment no período de 2013-17: França, 21,3%; Dinamarca, 21,1%, Suécia, 12,9%; Áustria, 20, 5%, Suíça, 29,4%; Grécia, 12%; Holanda, 13%. E partidos xenófobos governam, sozinhos ou em coalizão, na Polônia e na Hungria, na Noruega e na Finlândia,".

13 Em 23 de junho de 2016, 51,9% dos britânicos (54% dos ingleses) votaram em um referendo vinculante em favor de abandonar a União Europeia, com participação recorde de 72,2%. O motivo explícito da mobilização a favor do Brexit foi a exigência de controle das fronteiras e rejeição à imigração (CASTELLS, 2018, p. 63).

14 Trecho da entrevista concedida por Yannis Stavrakakis em 2016: O triste espetáculo da democracia sem "demos". Entrevista concedida a Julia Goldenberg, tradução por Inês Castilho. Outras Palavras. São Paulo, 05 de maio de 2016, p. 12. Disponível em: <https://outraspalavras.net/sem-categoria/o-triste-espetaculo-da-demo cracia-sem-demos/>. Acesso em: 2 jun. 2019.

Assim, para uma melhor compreensão do cenário atual de erosão democrática que assola os mais diversos países torna-se necessário primeiro lançar um olhar mais detido sobre a ressignificação e reorganização do neoliberalismo sob a forma de uma racionalidade que se espraia nas mais diversas áreas para, a seguir, entender as suas implicações na fragilização das democracias.

i) Neoliberalismo como racionalidade global

Um traço marcante dessa racionalidade neoliberal, que tem início nos anos 1970[15], consiste na ressignificação do papel do Estado, tornando-o uma esfera que também é regida por regras de concorrência e submetida a exigências de eficácia semelhantes àquelas a que se sujeitam as empresas privadas.

O novo modelo neoliberal se fundamenta em uma virada na racionalização burocrática e não propriamente no desengajamento do Estado. O entendimento de que o mercado não é um dado natural, mas sim uma realidade que precisa ser construída conduziu os neoliberais ao entendimento de que seria necessária uma intervenção ativa do Estado objetivando a garantia da lógica concorrencial.[16]

A ação pública é analisada sob a ótica econômica de maneira que, focado na ideia de que o Estado é marcado pela falta global de eficácia e produtividade, se propõe uma nova forma de atuação mais "eficaz" e com custos baixos. Essa eficácia é medida por indicadores-chave e objetivos limitados, como taxa de inflação, taxa de crescimento de massa monetária, déficit orçamentário e endividamento do Estado. Em oposição ao Estado do bem-estar, prega-se um novo Estado pautado pela eficiência, um Estado gerencial. Nesse sentido, Dardot e Laval[17] entendem que o Estado foi reestruturado por fora, com privatizações em massa

---

15 Conforme destaca Wendy Brown (2017, p. 126), Foucault desde a década de 70 observou a mutação que o neoliberalismo vinha sofrendo em direção a se tornar uma ordem normativa que se tornaria uma racionalidade de governo, uma forma distinta de governar que promove a "economização" das mais diversas esferas não econômicas. Segundo seus estudos, o traço marcante do neoliberalismo consistia na generalização da economia de mercado no corpo da sociedade e advertia que não se tratava de apenas uma reação das antigas teorias econômicas, de uma forma de estabilização das forças de mercado na sociedade, mas sim que se tratava de uma forma de poder generalizado. Esse neoliberalismo promove uma verdadeira inversão dos princípios clássicos do liberalismo econômico através dos seguintes fatos: a) exaltação a competição e atribuição de dever do Estado zelar pela garantia desse modelo; b) economização do Estado e das políticas sociais; c) a competição substitui a troca e a desigualdade substitui a igualdade; d) a noção de capital humano substitui o trabalho; e) o empreendedorismo substitui a produção; f) economização e tática norteiam o direito; g) o mercado atua como verdade; h) responsabilização do Estado pelo apoio à economia e facilitação de seu crescimento; i) o consenso político substitui a contestação individual e política. Em que pese à contribuição relevante de Foucault, é necessário agregar à sua análise as alterações ocorridas com a financeirização do capitalismo. Também falta ao autor a preocupação com os impactos que o neoliberalismo trouxe para a vida social, cultura e, acima de tudo, para a vida política democrática e à cidadania.

16 Um exemplo marcante desse entendimento pode ser observado nos Estados Unidos no qual o governo faz o papel de credor de última instância, como mostra a prática de compra de créditos de bancos e securitização. "Paradoxalmente, esse papel ativo dos Estados favoreceu a derrapagem das instituições de crédito em meados dos anos 2000. Foi precisamente a concorrência exacerbada entre instituições de créditos que as levou a assumir riscos cada vez maiores." Desde a crise de 2007 a intervenção estatal para fins de salvamento se tornou mais comuns, ilustrando de forma clara o princípio da "nacionalização dos riscos e privatização dos lucros" (DARDOT; LAVAL, p. 204) A partir dessa extensão do papel ativo do Estado neoliberal ele se torna vetor e parceiro do capitalismo financeiro, se tornando em momentos de crise, a instituição financeira de última instância, comprando títulos na baixa para tentar vendê-los na alta.

17 DARDOT; LAVAL 2018, p. 273.

de empresas públicas como também por dentro, mediante um papel avaliador e regulador do Estado mobilizando novos mecanismos de poder e reconfigurando as relações entre governo e sujeitos sociais.

Com isso, a mutação empresarial do Estado acaba por subverter os fundamentos modernos da democracia, consubstanciados no reconhecimento de direitos sociais, na medida em que o Estado passa a ter um papel reduzido na produção do interesse geral e o crescimento econômico se torna tanto o objetivo final dos governos como também a sua fonte de legitimação.

Com o neoliberalismo, a racionalidade política do Estado se torna econômica por meio de três pontos: os princípios econômicos se tornam modelo, objeto e projeto. Explicando melhor: os princípios econômicos se tornam modelo para a conduta do governo, a economia se torna seu principal objeto e seu projeto se resume em garantir a implementação desses princípios nos mais variados ramos da sociedade. De modo que, os bens, as pessoas, os princípios e as regras são mercantilizáveis conforme o valor de troca e de uso, desumanizando-se pela lógica do capital, que repousa sobre a competição, individualismo e a busca do lucro ilimitado. [18]

A pós-democracia aposta em um regime com instituições democráticas formais e com uma desmobilização política, que permita a este novo momento do capitalismo políticas de exclusão, de cortes de direitos sociais e de empobrecimentos das camadas populares.

A redistribuição de bens não é mais feita de acordo com certo regime de direitos universais à vida (saúde, educação, integração social, participação política, etc.), mas de apelar à capacidade de cálculo dos sujeitos para fazer escolhas e alcançar os resultados estabelecidos. Com isso, os menos favorecidos são encarados como pessoas que devem arcar com os custos que eles representam. [19]

Os serviços públicos também são afetados, na medida em que se deixa ao mercado a escolha dos serviços que desejam prestar, sendo tal escolha auferida a partir do potencial de lucratividade e não da necessidade de cada um. Os serviços públicos tornam-se residuais e, na maioria das vezes, de baixa qualidade. Nesse sentido, Crouch (2003, p. 126) pondera:

> No se puede describir este tipo de servicios públicos como pertenecientes al ámbito de la ciudadanía, porque el acceso a los mismos supone más un castigo que un derecho, y porque el recurso a alzar la voz — fundamental para el concepto de ciudadanía — no debe estar dispo-

---

18 CASARA, Rubens R. R. Estado Pós-Democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018, p. 40.

19 Para aprofundamento de estudos sobre políticas de combate à pobreza, ver: EMERIQUE, L. M. B.; GUERRA, S. Direitos humanos e políticas públicas de combate à pobreza no contexto da globalização. Cadernos de Direito actual (online), v. 1, 2017, p. 25-42; EMERIQUE, L. M. B. Considerações sobre a orientação das políticas públicas de combate à pobreza na perspectiva de Direitos Humanos. Revista Direitos Fundamentais & Democracia (Unibrasil), v. 13, p. 179-197.

nible para estos usuarios residuales, ya que podrían empezar a exigir mejoras que entrarían en conflicto con el requisito de no competir con la prestación privada.

Dessa maneira, as desigualdades sociais se tornam algo normal e são reforçadas na distribuição dos auxílios e no acesso aos empregos, saúde e educação, acentuando a lógica da exclusão social que gera um número crescente de subcidadãos. Converte-se em um perfil de Estado em que aqueles que o governam estão à serviço do mercado, da produção do lucro e das elites economicamente poderosas, tornando longínquo o horizonte de redução das desigualdades e a liberdade torna-se uma liberdade para ampliação das condições de acumulação do capital e produção de lucros.[20]

A extensão da racionalidade mercantil para as mais diversas esferas da existência humana, tornando-a uma verdadeira "razão-mundo" cujo objetivo reside na obtenção de lucros e atendimento dos interesses do mercado, precariza os valores democráticos acentuadamente.

A inserção dos valores de mercado no campo político não apenas despoja os termos da justiça democrática liberal de sua capacidade de contestar ou limitar o alcance dos valores e distribuições de mercado em cada espaço da vida. Essa mercantilização inverte essa capacidade em seu oposto, pois faz com que os termos de justiça se consagrem e confirmem valores e distribuições de mercado.

A razão neoliberal tornou-se onipresente tanto no setor privado como no público, na jurisprudência, na educação, na cultura e nas mais diversas questões cotidianas, convertendo a característica e o significado da política, bem como os elementos de operacionalização da democracia em questões econômicas. Instituições democráticas liberais, práticas e hábitos podem não sobreviver a essa conversão.[21]

Assim, não se trata apenas de um conjunto de políticas econômicas, o neoliberalismo sob a forma de uma racionalidade corrói os fundamentos da democracia liberal, entendida como o governo do povo, posto que promove a diluição do direito público em benefício do privado, conforma a ação pública aos critérios da rentabilidade e da propriedade, promovendo a figura do cidadão consumidor.

II) Apropriação dos instrumentos democráticos pela razão neoliberal

Na pós-democracia desaparecem, mais do que a fachada democrática do Estado, os valores democráticos. Não há qualquer compromisso com a concreti-

20 CASARA, 2018, p. 29.
21 BROWN, 2017, p. 17.

zação dos direitos fundamentais, com o resultado das eleições, com os limites ao exercício do poder ou com a participação popular na tomada de decisões. A democracia permanece, não mais com um conteúdo substancial e vinculante, mas sim como mero simulacro. Em nome da democracia, rompe-se com os princípios democráticos.

A fragilização dos direitos fundamentais e do sistema de garantias típicos das democracias liberais deve ser compreendida à luz da constatação de que esses fenômenos estão ligados à razão neoliberal que acarreta a dessimbolização e ao empobrecimento de valores como a vida, a liberdade, a intimidade, etc. que são tratados como se fossem mercadorias (e, por isso, negociáveis).

Por outro lado, a representação política também se encontra afetada pela falta de interesse e apatia dos cidadãos, gerando como consequência governos dominados pela interação entre uma casta de políticos e as elites que representam os interesses do mercado. A frustração levou a um momento democrático no qual o interesse de uma minoria conta mais que o conjunto das pessoas, e as elites políticas, por sua vez, aprenderam a manipular as demandas populares. A efetiva participação popular na tomada das decisões políticas é reiteradamente bloqueada ou limitada, tendo em vista o risco sempre presente de que não se atenda à razão neoliberal.

O recuo democrático tem ocorrido com a permissividade e instrumentalização da própria democracia em sentido hegemônico e formal. Observa-se, portanto, um processo de desdemocratização[22] na medida em que a democracia é extinta na sua substância, mas persiste formalmente.[23]

Esvazia-se a democracia participativa e abandona-se o projeto dos direitos fundamentais, restando apenas "um significante que serve de álibi às ações necessárias à repressão das pessoas indesejadas, ao aumento dos lucros e à acumulação".[24]

Como Levitsky e Ziblatt (2018) advertem, as democracias podem "morrer" de duas formas: por meio de golpes de Estado — muito comuns no período da Guerra Fria — ou arruinadas por líderes eleitos, que subvertem o próprio processo que os levou ao poder.

---

22 DARDOT; LAVAL, 2018.

23 O termo desdemocratização também é utilizado pelo sociólogo Charles Tilly (2018, p. 28) para identificar regimes nos quais a participação popular não é ampla. Nesse sentido, o referido autor destaca: "(...) um regime é democrático na medida em que as relações políticas entre o Estado e seus cidadãos engendram consultas amplas, igualitárias, protegidas e mutuamente vinculantes. A democratização significa um movimento real no sentido de promover uma consulta mais ampla, mais igualitária, mais protegida e mais vinculante. Então obviamente, a desdemocratização significa um movimento real no sentido de uma consulta mais estreita, mais injusta, menos protegida e menos vinculante. Optamos por seguir a definição traçada por Pierre Dardot e Christian Laval por ser mais completa, abrangendo não apenas problemas relacionados à participação, mas também a relativização dos direitos e esvaziamento da representação que acabam por afetar os canais e o desejo de participação.

24 CASARA, 2017, p. 37.

O segundo método é o mais comum desde o fim da Guerra Fria.[25] "É assim que as democracias morrem agora. (…) O retrocesso democrático hoje começa nas urnas. (...) Não há tanques nas ruas, Constituições e outras instituições nominalmente democráticas continuam vigentes. As pessoas ainda votam. Autocratas eleitos mantêm um verniz de democracia enquanto corroem a sua essência".[26] Os mencionados autores ainda destacam:

> Muitos esforços do governo para subverter a democracia são "legais", no sentido de que são aprovados pelo Legislativo ou aceitos pelos tribunais. Eles podem até mesmo ser retratados como esforços para aperfeiçoar a democracia — tornar o Judiciário mais eficiente, combater a corrupção ou limpar o processo eleitoral. Os jornais continuam a ser publicados, mas são comprados ou intimidados e levados a se autocensurar. Os cidadãos continuam a criticar o governo, mas muitas vezes se veem envolvidos em problemas com impostos ou outras questões legais. Isso cria perplexidade e confusão nas pessoas. Elas não compreendem imediatamente o que está acontecendo. Muitos continuam a acreditar que estão vivendo sob uma democracia.

A tragédia reside no fato de que a maneira pela qual a democracia tem sido afetada e abalada profundamente nos tempos atuais é, para muitos, quase imperceptível. Com isso, as formas de resistência tardam a serem elaboradas enquanto o rótulo de democracia é "(...) mantido, cada vez mais reduzido a uma caricatura degenerada de seu sentido original".[27]

II. Em busca de respostas para a crise democrática

O cenário preocupante da crise democrática e a linguagem póstuma que sinaliza para uma possível morte, ruptura ou crise da democracia tomou conta da literatura contemporânea em matéria de estudos democráticos.[28] O contexto preocupante, de um possível cancelamento do futuro e desastre iminente incute um receio em relação ao futuro e uma crença em falta de alternativas para contrapor-se ao momento conturbado.

A condição póstuma é o que vem depois da morte histórica produzida pelo relato de erosão democrática do nosso tempo. Por que este relato tem se expandido? Com certeza vivemos um tempo real de endurecimento das condições democráticas, sociais, econômicas, ambientais, os limites dos sistemas são plausíveis, mas o que nos torna impotentes e conformados e, até mesmo, agentes do nosso próprio final? Por que se a democracia vive, aceitamos um cenário póstumo? A catástrofe se assoma à medida em que a irreversibilidade da morte democrática pertence a uma experiência do que já foi.

---

25 Venezuela, Peru, Filipinas, Rússia, Hungria, Turquia podem ser apontados como exemplos dessa realidade.

26 LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. Como as democracias morrem. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p. 16-17.

27 MIGUEL, Luis Felipe. A desdemocratização como projeto. Justificando - Mentes inquietas pensam Direito. 01 de novembro de 2017. Disponível em: <http://www.justificando.com/2017/11/01/desdemocratizacao-como -projeto/>.

28 Cf. Levitsky e Ziblatt, 2018; Ruciman, 2018; Ginsburg e Huq, 2018; Castells, 2018; Mounk, 2019.

Para buscar caminhos que ultrapassem a crença na era póstuma da democracia é preciso uma postura de resistência, insurgência contra os processos degradantes transcendendo o saudosismo ou a resiliência como atitude sem pretensões de avanços futuros e conformista perante o estrago feito no presente. Portanto, o momento exige uma resposta de insubmissão epistêmica e política diante dos processos corrosivos da democracia que aparentam certa inevitabilidade de uma sentença de morte democrática, tal como propõe Marina Garcés (2019):

> Declararnos insumisos a la ideología póstuma es, para mí, la principal tarea del pensamiento crítico hoy. Toda insumisión, si no quiere ser un acto suicida o autocomplaciente, necesita herramientas para sostener y compartir su posición. En este caso, necesitamos herramientas conceptuales, históricas, poéticas y estéticas que nos devuelvan la capacidad personal y colectiva de combatir los dogmas y sus efectos políticos. (…) Por ello propongo el combate radical contra la credulidad (…). No es un escepticismo: es un combate del pensamiento contra los saberes establecidos y sus autoridades, un combate del pensamiento en el que se confía una convicción: que pensando podemos hacernos mejores y que solo merece ser pensado aquello que, de una forma u otra, contribuye a ello. Rescatar esta convicción no es ir al rescate del futuro con el que la modernidad sentenció al mundo al no futuro. Todo lo contrario: es empezar a encontrar los indicios para hilvanar de nuevo un tiempo de lo vivible. Esta convicción no puede ser el monopolio de nadie: ni de una clase social, ni de la intelectualidad, ni de unas instituciones determinadas. Tampoco de la identidad cultural europea. Poder decir: «no les creemos» es la expresión más igualitaria de la común potencia del pensamiento.

De certa maneira, parece oportuno considerar que já não existem imagens do futuro fixas e inevitáveis, mas que os movimentos são dinâmicos e estão sempre em formação, dialeticamente com o que emerge nos processos, não apenas pensar no futuro como perguntas sobre os seus postulados, mas também encontrar potenciais talvez onde não se esteja procurando. A atitude de inquietação passa por uma disposição para uma exploração. Uma dimensão inventiva transversal torna-se um desafio que permite reconsiderar as formas, os usos, as funções da democracia e tornar-se parte e sujeito da resposta e não apenas parte e sujeito do problema. Como bem indica Ezequiel Gatto[29]:

> Una política de la posibilidad se hace necesaria para que lo que no es infierno pueda crecer y durar. Y, agregaría, mejorar. Para eso hay que estar en el medio de las cosas, con los ojos ciegos bien abiertos, dotados, más que de una imagen a donde llegar, de un principio de acción, una inventiva que mantenga abierta la vía entre los proyectos y los hallazgos.

Portanto, a luta pela democracia passa pela própria reconquista de um futuro para a democracia. Verdadeiramente uma democracia que ressurge de seus atuais escombros e déficits democráticos, que ultrapassa os dilemas e impasses contemporâneos expressos nos desgastes da democracia representativa, na democracia iliberal e nos problemas que hoje obliteram o pensamento sobre os possíveis futuros para democracia.

---

29 GATTO, Ezequiel. ¿Cómo hacer? Del futuro a las futuridades. Nueva Sociedad. Buenos Aires: nº 283, septiembre-octubre de 2019, p. 36.

Assim, para dar conta de um futuro para democracia é preciso traçar diagnósticos mais precisos que condenar as democracias à morte, como, por exemplo, a sua inefetividade na realização dos direitos humanos, as exclusões que promove e um certo elitismo pelo qual há uma ausência de crítica das elites para atuar, reformar e aprimorar a democracia.[30]

É certo que a atual situação dificulta a articulação de resistências capazes de impor limites ao exercício do poder do capital nacional e internacional na mercantilização da vida, ainda mais em países periféricos marcados por grandes fragilidades sociais. No entanto, a dificuldade não deve ser entendida como sinônimo de impossibilidade. Uma minoria detentora do poder econômico não pode se perpetuar no poder. Não se pode desistir do projeto de consolidação democrática sem resistência e, partindo da premissa de que a democracia não consegue ser mantida diante de cenários extremamente desequilibrados, torna-se urgente a articulação de um forte movimento de oposição ao novo perfil autofágico que a pós-democracia vem assumindo.

Contudo, para que essa oposição possa de fato fazer frente a um inimigo tão poderoso quanto à racionalidade neoliberal, fomentada por setores conservadores, é necessário avançar para além dos modelos tradicionais representativos e partidários que reiteradamente se mostram impermeáveis a uma real participação popular, encontrando-se em processo crescente de esgotamento e contribuindo para o aumento das insatisfações.

As crises são momentos de difícil superação e a atual situação já dá importantes sinais de retrocessos profundos no campo econômico, social, político e cultural. Mas também, é possível encarar esses momentos extremos como o motor necessário para tirar a sociedade da inércia e romper com seu papel de submissão. Para tanto, é necessário que haja o rompimento da "ilusão que o interesse do dominado é levado em conta e, mais importante, convencendo-o de que a própria dominação é para seu bem".[31]

A democracia é um processo de constante construção e aprendizado, mas para que ela alcance seu fim precípuo de resguardar a soberania popular é essencial que haja uma abertura para a participação realmente plural por meio de processos de tomadas de decisões abertos e submetidos ao constante diálogo com a sociedade.

---

30 WELP, Yanina. La democracia y el declive de las elites. Nueva Sociedad. Buenos Aires, nº 290, septiembre-octubre de 2019, p. 59-60.

31 SOUZA, Jessé. A classe média no espelho [recurso eletrônico]/ Jessé Souza. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2018, p. 48.

Conclusão

No intuito de identificar as causas da erosão democrática consolidada em uma ampla gama de países na atualidade, buscou-se tratar neste trabalho das principais características do momento pós-democrático no qual estamos inseridos e cuja característica principal reside no pleno funcionamento formal das instituições democráticas ao lado do desaparecimento progressivo da dinâmica democrática.

Para tanto, foi apontada a ressignificação e reorganização do neoliberalismo sob a forma de uma racionalidade que se espraia nas mais diversas áreas trazendo implicações, inclusive, na fragilização das democracias que passam a existir não mais com um conteúdo substancial, mas tão somente como simulacro.

Procurou-se destacar ainda que a condição póstuma não deve ser aceita com resignação. Pelo contrário, a partir da identificação das causas dos problemas é que se afigura possível a articulação de resistência.

E a principal forma de oferecer oposição a este modelo autofágico que se consolidou passa, necessariamente, pelo resgate e fortalecimento da soberania popular através da abertura para a participação plural e superação dos modelos tradicionais representativos e partidários.

Seguridad y derechos en prisión: ¿puede humanizar el derecho constitucional la vida en prisión?[1]

María Josefa Ridaura Martinez [2]

La prisión, en un Estado constitucional, no puede entenderse como un espacio exento de control y de garantías. Es cierto que no todas las cárceles son iguales y que ni siquiera aquellas que cumplen con unos mínimos estándares de protección están exentas de contrariedades. Y es que la histórica tensión entre el mantenimiento de una seguridad que procure la vida ordenada en dichos centros y la ejecución de las penas en un entorno tan dificultoso plantea conflictos ineludibles. Por ello soy consciente de que las exigencias que voy a plantear en este trabajo acerca de las garantías de la vida en prisión para humanizarla han de contextualizarse en el marco de un determinado Estado: el Estado de Derecho, con suficientes garantías constitucionales que aspiren a que la apelación a un interés general de protección de la seguridad en estos establecimientos no puede ser, por sí sola, el pretexto para la adopción de medidas limitativa de derechos de los internos.

En estas breves líneas no me propongo hacer un estudio sobre el sistema penitenciario español. Sólo quiero diseñar las coordenadas constitucionales que el texto constitucional español prevé en orden a dicho sistema penitenciario, a la finalidad de las penas privativas de libertad y a los derechos de los internos en centros penitenciarios.

Quizás pueda sorprender la combinación de términos como prisión y humanización. A su cabal realización van dirigidas las exigencias constitucionales a las que me voy a referir, pues que no existen espacios en los que la dignidad humana no tenga cabida; ni siquiera cuando se está cumpliendo una pena privativa de libertad. Pues, como el mismo Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirmó en su día "la justicia no puede detenerse a la puerta de las prisiones" (caso *Campbell y Fell c. Reino Unido*, 1984). Posición que ha mantenido en diversos pronunciamientos posteriores de los que se desprende, como recuerda López

1 Trabajo desarrollado en el marco del Proyecto de I+D financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades "Seguridad pública, seguridad privada y derechos fundamentales" (Ref. RTI2018-098405-B-100).

2 Catedrática de Derecho Constitucional. Universidad de Valencia (España)

Guerra[3], la necesidad de que todo Estado ha de garantizar que las personas privadas de libertad gocen de condiciones compatibles con el respeto a la dignidad humana.

Me centraré en el estudio de la Constitución española de 1978 cuyas previsiones se aplican en un contexto determinado: 88 centros penitenciarios, cuyas cifras que a continuación se exponen pueden contribuir a ofrecer una visión de la realidad penitenciaria española.

Figura n. 01 - Estadística Penitenciaria (Diciembre - 2019)

DICIEMBRE 2019

CCAA	Hombres	Mujeres	Total	Porcentajes	
				Hombres	Mujeres
Andalucía	12477	879	13356	93,4	6,6
Aragón	1803	97	1900	94,9	5,1
Asturias, Principado	1026	118	1144	89,7	10,3
Balears, Illes	1416	132	1548	91,5	8,5
Canarias	3060	248	3308	92,5	7,5
Cantabria	562	36	598	94,0	6,0
Castilla y León	3478	260	3738	93,0	7,0
Castilla - La Mancha	1695	34	1729	98,0	2,0
Cataluña	7826	562	8388	93,3	6,7
Com. Valenciana	6040	585	6625	91,2	8,8
Extremadura	981	73	1054	93,1	6,9
Galicia	2980	208	3188	93,5	6,5
Madrid, Comunidad	6846	803	7649	89,5	10,5
Murcia, Región de	1637	108	1745	93,8	6,2
Navarra, C. Foral de	277	30	307	90,2	9,8
País Vasco	1142	140	1282	89,1	10,9
Rioja, La	277	13	290	95,5	4,5
Ceuta	367	36	403	91,1	8,9
Melilla	254	11	265	95,8	4,2
TOTAL	54144	4373	58517	92,5	7,5

Fuente: *Consejo General del Poder Judicial* [4]

3 LÓPEZ GUERRA, Luis. El Convenio Europeo de Derechos Humanos según la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021 p. 95.

4 Estadística Penitenciaria. Secretaria General de Instituciones Penitenciarias. Ministerio del interior, disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales--civiles-y-laborales/Cumplimiento-de-penas/Estadistica-de-la-Poblacion-Reclusa/>. No disponemos de los datos actualizados de 2020.

Figura n. 2 - Tipología delictiva de la población reclusa penada L.O. 10/95, 23 de noviembre, del Cod. Penal

DICIEMBRE 2019

Ley Orgánica	Hombres	Mujeres	Total	Porcentajes	
				Hombres	Mujeres
Homicidio y sus formas	3222	286	3508	91,8	8,2
Lesiones	2118	154	2272	93,2	6,8
Contra la Libertad	615	49	664	92,6	7,4
Contra la Libertad Sexual	3315	53	3368	98,4	1,6
Contra el Honor	0	0	0	0,0	0,0
Delitos y Faltas de Violencia de Género	4680	6	4686	99,9	0,1
Contra las Relaciones Familiares	178	11	189	94,2	5,8
Contra el Patrimonio y el orden socioeconómico	17496	1504	19000	92,1	7,9
Contra la Salud Pública	7236	1033	8269	87,5	12,5
Contra la Seguridad del Tráfico	1294	37	1331	97,2	2,8
Falsedades	505	85	590	85,6	14,4
Contra la Administación y Hacienda Pública	360	31	391	92,1	7,9
Contra la Administación de Justicia	715	110	825	86,7	13,3
Contra el Orden Público	1517	135	1652	91,8	8,2
Resto de Delitos	659	91	750	87,9	12,1
Por Faltas	26	2	28	92,9	7,1
No Consta Delito	77	5	82	93,9	6,1
Totales	**44013**	**3592**	**47605**	**92,5**	**7,5**

Fuente: *Consejo General del Poder Judicial* [5]

I. Constitución y modelo penitenciario

i) El mandato constitucional en materia penitenciaria

Algunos textos constitucionales de hoy en día contienen previsiones expresas sobre los derechos de los internos en centros penitenciarios. Algo que no ha sido muy habitual en la historia constitucional, pues, generalmente, se ha remitido su ordenación al legislador. En el modelo español es el constituyente el que diseña el modelo penitenciario y los derechos de los internos. En efecto, la Constitución de 1978, en el mismo Título dedicado a los derechos fundamentales, dispone en su artículo 25.2, en primer lugar, la finalidad de las penas y de las medidas de seguridad, orientadas a la reeducación y reinserción social, prohibien-

5 Estadística Penitenciaria. Secretaria General de Instituciones Penitenciarias. Ministerio del interior, disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales--civiles-y-laborales/Cumplimiento-de-penas/Estadistica-de-la-Poblacion-Reclusa/>. No disponemos de los datos actualizados de 2020.

do expresamente los trabajos forzados. En segundo lugar, extiende al condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma los derechos fundamentales a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. Y, en tercer lugar, dispone el derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes a la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.

Con ello, se apuesta por un modelo de reeducación y de resocializador de las penas, así como de las medidas de seguridad, que tiene, a su vez, su plasmación en un determinado modelo penitenciario asentado, por mandato constitucional, en el respeto a los derechos de los internos. Una idea de resocialización, como prestación por parte del Estado de las condiciones necesarias para su realización, está en estrecha conexión con las exigencias constitucionales de respeto a la dignidad y libertad.[6]

En relación con los principios de reeducación y resocialización[7] del art. 25.2 es cierto que no son en sí derechos fundamentales, pero sí que constituyen mandatos dirigidos al legislador, en este caso, penitenciario y a la Administración penitenciaria. Son, pues, como indica el Tribunal Constitucional español, "mandatos del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, mandato del que no se derivan derechos subjetivos" (Auto del Tribunal Constitucional 15/1984, de 11 de enero). Esto es, el art. 25.2 CE no contiene un derecho fundamental, sino un mandato constitucional dirigido al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, que, además, como tal puede servir de parámetro de constitucionalidad de las leyes[8]. De tal forma, que podrían declararse inconstitucionales las leyes que ordenen las penas en un sentido distinto al previsto en el texto constitucional.

Aunque, ocupando un lugar central, la reeducación y reinserción social no son los únicos fines de las penas, pues como la doctrina constitucional ha aclarado, hay otras finalidades de prevención general que legitiman la pena privativa de libertad.[9] Esto es, la reinserción es una de las finalidades a la que las penas y medidas privativas de libertad han de estar orientadas, pero ésta se proyecta sobre la fase de ejecución de la pena; pero se armoniza con otros fines legítimos que adquieren mayor protagonismo en otros momentos de intervención del *ius punien-*

---

6 COBO DEL ROSAL, Manuel; BOIX REIG, Javier. Comentario al Artículo 25 de la Constitución Española. Garantía Penal. In: ALZAGA VILLAAMIL, Oscar. Comentarios a las Leyes Políticas. Edersa, Madrid, 1983, p. 84.

7 URÍAS MARTÍNEZ, J. El valor constitucional del mandato de resocialización. Revista Española de Derecho Constitucional, nº 63, 2001, p. 43-78. El autor clarifica el sentido de los términos que solemos utilizar indistintamente de reinserción, reeducación, resocialización. Tema que escapa del objeto de nuestro estudio.

8 Por todas, SSTC 2/1987, de 21 de enero; 120/2000, 10 de mayo.

9 STC 36/1991, de 14 de febrero.

di: señaladamente, "en la finalidad de prevención general, tanto en su vertiente de disuasión de potenciales delincuentes mediante la amenaza de pena, como de reafirmación de la confianza de los ciudadanos en el respeto de las normas penales, constituye igualmente un mecanismo irrenunciable para el cometido de protección de bienes jurídicos".[10]

Lo que es claro es que los trabajos forzados, en la medida que persiguen incrementar el padecimiento del reo con su dureza no tienen cabida en este modelo constitucional. Esto es, no pueden tener carácter punitivo. Recuérdese que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, contempla en el artículo 7 la inmunidad frente al castigo o al trato inhumano o degradante.

II) Naturaleza de la relación jurídica en los centros penitenciarios

Antes de abordar la afectación de los derechos que conlleva la vida en prisión, pueden ser compatibles con la vida en prisión, conviene determinar, en primer lugar, la naturaleza de la particular situación en la que se encuentran los internos para poder, de este modo, fijar el alcance de la afectación de sus derechos y las limitaciones de los mismos derivadas de la vida en prisión. Es decir, cual es la naturaleza de las relaciones jurídicas que se establecen entre la Administración penitenciaria y los internos en sus establecimientos.

Al respecto, se ha venido calificando la relación penitenciaria como una relación especial de sujeción[11], ya que el recluido adquiere un específico status jurídico del que destaca su sometimiento al poder público ejercido, en este caso, por la Administración Penitenciaria, que es la que tiene encomendada constitucionalmente dicha función[12]. A ella corresponde asegurar el cometido constitucional de reeducación y reinserción social de los penados, pero también su retención y custodia, cuidando de garantizar y velar por la seguridad y buen orden del establecimiento.

En el marco de ese denominado "poder domesticador del Estado"[13], el recluido adquiere un específico status jurídico del que destaca su sometimiento

---

10 SSTC 160/2012, 167/2003, de 29 de septiembre, 299/2005, de 21 de noviembre.

11 Calificación que no ha sido pacífica, criticándose por encuadrar la vida en prisión en las relaciones especiales de sujeción como fuente de limitación de derechos, al considerar que "su propia indeterminación favorece su uso como una auténtica teoría del poder en un ámbito particularmente frágil y en donde los riesgos de lesiones graves e irreversibles a los derechos fundamentales son evidentes, MAPELI CAFFARENA, B. Contenido y límites de la privación de libertad (sobre la constitucionalidad de las sanciones disciplinarias de aislamiento). Revista del Poder Judicial. nº 52, 1998, p. 25.

12 Desde bien temprano el Tribunal Constitucional español reconoció que "Es claro que el interno de un centro penitenciario está respecto a la Administración en una relación de sujeción especial de la cual deriva para aquélla una potestad sancionatoria disciplinaria, cuyo ejercicio y límites" se encuentran en la legislación penitenciaria STC 74/1985, de 18 de junio.

13 GONZALEZ NAVARRO, Francisco. Poder Domesticador del Estado y Derechos de los Reclusos. In: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. (coord.); MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo G. de E. (hom.). Estudios sobre la Constitución Española (Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterria), Vol. II, Civitas, Madrid, 1991.

al poder público ejercido, en este caso, por la Administración Penitenciaria. Pero, en el marco del constitucionalismo garantista, el contenido es amplio: la reeducación y el mantenimiento de la seguridad en prisión; ambos han de cohonestarse con el respeto de los derechos de los internos en los centros penitenciarios. Es una exigencia constitucional dirigida a los poderes públicos, cuyo brazo ejecutor es la Administración penitenciaria.

En consecuencia, la relación de especial sujeción ha de ser entendida en un sentido reductivo, compatible con el valor preferente de los derechos fundamentales; ya que dicha relación no puede implicar la eliminación de sus derechos fundamentales.[14]

iii) Control de la administración penitenciaria

Dado que la situación de sujeción especial de un interno en un centro penitenciario no puede implicar la eliminación de sus derechos fundamentales, adquiere especial relieve la supervisión judicial en este ámbito.

El diseño constitucional al que nos estamos refiriendo, en el marco de un Estado de Derecho, comporta la sujeción plena al principio de legalidad, descartándose la discrecionalidad de la Administración. El régimen penitenciario, como integrante del sistema de justicia penal, está sujeto al principio de legalidad; acompañado de supervisión judicial, creándose los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, que han de velar por las situaciones que afecten a los derechos y libertades de los presos y condenados.

Con ello se somete a control judicial la ejecución de las penas privativas de libertad. Precisamente, porque las facultades de que dispone la Administración Penitenciaria, como brazo ejecutor de las penas privativas de libertad, deben ajustarse a la ley y han estar sujetas a control judicial.

II. ¿Derechos en prisión?

La entrada en prisión tras sentencia condenatoria lo es para la ejecución de penas que son privativas de la libertad. Dicha pérdida de libertad, viene acompañada, además, de la afectación de un numero muy considerables de derechos; ya que, por muchas garantías que se establezcan, puede llegar a afectar por el simple hecho de vivir en prisión, a derechos tan personales como la intimidad, la integridad física y moral, entre otros. Su justificación se concreta en la necesidad de combinar ejecución de pena con las garantías de seguridad y de la ordenada

14 SSTC 127/1996, de 9 de julio; 2/1987, de 21 de enero, 128/2013, de 3 de junio; 171/2013, de 7 de octubre; 145/2014, de 22 de septiembre.

vida en prisión; reproduciéndose aquí la tensión libertad-seguridad, pero esta vez en un ámbito muy determinado y peculiar: el de la pérdida de libertad y su ejecución en un centro penitenciario.

El texto constitucional español prevé que el condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por tres supuestos:

a. el contenido del fallo condenatorio: en este caso el derecho al que se está refiriendo es esencialmente el derecho a la libertad personal (art. 17CE) con sus diversas manifestaciones.

b. el sentido de la pena: esta cláusula debe entenderse como privación de ciertos derechos que efectivamente son de imposible ejercicio, por razón de la propia condena, si bien no se encuentran expresamente limitados en el fallo condenatorio. Se trata de derechos no ejercitables en una situación de privación de libertad, pues presuponen la propia libertad.

c. por la ley penitenciaria: la ley a la que se refiere este artículo es la Ley Orgánica General Penitenciaria, que se convierte, por mandato constitucional, en la ley que regula el estatuto especial de los recluidos en centros penitenciarios.

Es cierto que la pérdida de libertad tiene una fuerza expansiva que se hace notar sobre otros derechos que no figuran limitados en la sentencia condenatoria. Y es que como indicaba García Morillo[15] "la imposición de una pena de privación de libertad supone, salvo en lo permitido por el régimen penitenciario, la supresión de la capacidad de autodeterminar la conducta lícita en que consiste la libertad personal".

Hay, pues, derechos que se conservan en su totalidad y que de ningún modo pueden verse afectados. Y es que, el interno conserva todos los derechos previstos en el ordenamiento, con excepción sólo de aquellos que son incompatibles, por un lado, con el objeto de la detención o el cumplimiento de la condena; por otro, con las actuaciones que exijan garantizar la seguridad en prisión.

Pero, toda actuación penitenciaria deberá llevarse a cabo respetando, en todo caso, la personalidad humana de los recluidos y los derechos e intereses de los mismos no afectados por la condena. Conviene, tener presente al respecto, las "Reglas mínimas para tratamiento de los reclusos" elaboradas en el primer Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del

15 GARCIA MORILLO, Jorge. Los Derechos Fundamentales de los internos en centros penitenciarios. Revista del Poder Judicial, núm. 47, 1997, p. 28.

delincuente (Ginebra, 1955), así como el Pacto internacional de derechos civiles y políticos.

La dignidad, aún en prisión, ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre -también, qué duda cabe, durante el cumplimiento de una pena privativa de libertad-, constituyendo, en consecuencia, un «minimum» invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona (STC 120/1990, de 27 de junio).

III. ¿Qué derechos?

Aunque no todos los derechos se pueden ejercitar con la misma intensidad tanto la legislación penitenciaria como la doctrina constitucional, en cumplimiento de las exigencias constitucionales han ido reconociendo el estatuto jurídico del ejercicio de diferentes derechos fundamentales de los internos en los centros penitenciarios. Nos centraremos, aunque muy someramente, en los más significativos.

i) Integridad física y moral

La ejecución de la pena, en modo alguno es compatible con el trato inhumano y degradante, que sea susceptible de lesionar el derecho a la vida y a la integridad física y moral.

Tanto en el orden convencional como en el constitucional esta es una exigencia que se extiende a todo orden, y, por supuesto, también al penitenciario. En este sentido, en el marco del Consejo de Europa, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) contempla que nadie pueda ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes (art. 3), desarrollado en el Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes entró en vigor en febrero de 1989, que estableció el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura. En el mismo sentido el artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos, así como la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Comité contra la Tortura (CAT) Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, cuyo artículo 1 define la tortura como:

> (...)"todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia".

En todos estos instrumentos se establecen obligaciones para los Estados que afectan a todos los órdenes, incluido el penitenciario. Por ello, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya en la Sentencia en el caso Tyrer c. Reino Unido (1978) — que trataba de un caso relativo a la pena de fustigaciones entonces aún existente en la Isla de Man— excluyó que los castigos corporales puedan ser empleados como sanción penal.

Descartada la licitud de tales tratos inhumanos y degradantes en prisión, ya que son palmariamente contrarios a la dignidad humana, es cierto que no toda actuación puede calificarse como tal. De ahí que, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español haya descartado que la mera privación de visitas al interno suponga un trato inhumano o degradante susceptible de lesionar el derecho a la integridad física o moral (artículo 15 CE).[16]

O que la sanción de aislamiento en celda como tal, y de acuerdo con las garantías que para su imposición y aplicación establece la legislación penitenciaria vigente, no puede ser considerada como una pena o trato inhumano o degradante (STC 2/1987, de 21 de enero).

Es cierto que, en ocasiones, al menos en España, se ha planteado la libertad de rechazar tratamientos terapéuticos, como manifestación de la libre autodeterminación de la persona. Y, en este sentido, la aplicación de tratamiento médico y alimentario forzoso implica el uso de medidas coercitivas que inevitablemente han de comportar concretas restricciones a la libertad de movimiento o a la libertad física en alguna de sus manifestaciones. Sin embargo, tales restricciones no constituyen lesión de aquellos mismos derechos a la integridad física. En estos casos, aunque la relación de especial sujeción deba entenderse — como hemos visto — en un sentido restringido, compatible con el valor preferente que corresponde a los derechos fundamentales, tal situación coloca a la Administración penitenciaria en una situación que le exigen el deber de velar por la vida, la vida y la integridad y salud de los internos. De ello derivan limitaciones a los derechos fundamentales de internos que se colocan en peligro de muerte a consecuencia de una huelga de hambre reivindicativa. Alcanza, asimismo, a la libertad ideológica ya que en el caso de que un preso decidiera llevar a cabo una huelga de hambre, como manifestación de dicha libertad, la Administración penitenciaria podría verse en la obligación de tener que administrarles forzosamente alimentos a los presos, pues es ésta la que ha de velar por su salvaguarda (STC 120/1990).

16 Dejando a salvo que una hipotética situación de incomunicación o aislamiento, se entiende que por su prolongación en el tiempo o por su forma de cumplimiento, pudiera traer consigo "sufrimientos de una especial intensidad o [que] provoquen una humillación o sensación de envilecimiento distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena" SSTC 128/2013, de 3 de junio: 89/1987, de 3 de junio; 119/1996, de 8 de julio.

II) ¿Cabe la privacidad en prisión?

Debemos preguntarnos cómo puede compaginarse la vida en prisión con un derecho a la intimidad cuyo contenido se caracteriza por implicar la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, referido preferentemente a la esfera estrictamente personal de la vida o de lo íntimo. Ciertamente, es difícil recabar un amplio margen de intimidad en un centro con las características de la prisión. De hecho, el propio Tribunal Constitucional ha reconocido que la afectación de la intimidad es una de las consecuencias más dolorosas de la pérdida de libertad.

Aún así, la propia legislación prevé diversas medidas que tanto genéricamente como de modo específico, en la medida de lo posible han de procurar que el interno pueda gozar de cierto margen de privacidad, reconociéndose por ejemplo, "el alojamiento preferente en celdas individuales, las comunicaciones ordinarias y especiales, la protección de datos personales…"[17]; si bien, como apunta el autor, algunas previsiones normativas a veces son difíciles de aplicar, ya que dependen, por ejemplo, de la capacidad del centro y del número de internos.

III) Registro de celdas y respeto a la privacidad

Esa reducción de intimidad apuntada se intensifica en la medida en que muchas actuaciones que normalmente se consideran privadas e íntimas. Ahora bien, ello no impide que puedan considerarse ilegítimas, como violación de la intimidad 'aquellas medidas que la reduzcan más allá de lo que la ordenada vida en prisión requiere' (STC 89/1987)".

El domicilio constitucionalmente protegido se define como el espacio o ámbito físico cuyo uso y disfrute corresponde al individuo y donde se desarrolla habitualmente su vida privada, al margen de las convenciones sociales. Las celdas pertenecen a edificios públicos o lugares cerrados que no constituyen domicilio constitucional, por ello para entrar en ellas no se requiere resolución judicial mediante auto motivado.[18] Desde esta consideración, se ha venido realizando una interpretación constitucional considerando que el registro de una celda debe reunir los criterios de proporcionalidad y de necesariedad de acuerdo con la finalidad perseguida por la institución penitenciaria. Y es que el único lugar en el que el interno puede disponer de cierto ámbito de privacidad es, precisamente su celda.

---

17 REVIRIEGO PICÓN, Fernando. Multiculturalidad y centros penitenciarios. Estudios de Deusto: Revista de la Universidad de Deusto, nº 1, 2012, p. 92.

18 Sentencias del Tribunal Supremo 1755/1994, de 11 de octubre; 515/1998, de 6 de abril y 799/2003, de 29 de mayo).

Los controles responden a las exigencias de preservar la seguridad. Aún así para que resulte constitucionalmente legítimo, y respete el derecho a la intimidad en el ámbito penitenciario "el registro de la celda y de las pertenencias personales del interno debe ser conocido por este, bien permitiendo su presencia durante la práctica del mismo, bien mediante una comunicación posterior que informe de su contenido y, en su caso, de la eventual incautación de objetos personales".[19]

iv) Comunicaciones

El derecho a las Comunicaciones de los internos ha de incardinarse en varios ámbitos: a) el derecho a las comunicaciones y su secreto, y el derecho a la intimidad personal y familiar del artículo, concretamente en lo relativo al ámbito de las relaciones personales y familiares como una manifestación más de este derecho a la intimidad, e, incluso, del libre desarrollo de la personalidad. Partimos de esta amplia consideración porque el marco de las comunicaciones en los centros penitenciarios está referido no solo a las comunicaciones telefónicas, postales y telegráficas, sino también a las visitas personales, íntimas y familiares, que constituyen una manifestación de la vida privada y familiar (art.8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos). b) el derecho fundamental a la defensa en que se incardinan las comunicaciones con abogados defensores y procuradores.

(a) El derecho e las comunicaciones y su secreto

En el primer caso, se trata de asegurar las relaciones de los internos con el mundo exterior, ya que como deja sentado la Ley Orgánica General Penitenciaria, partir del principio resocializador significa que el penado no es un ser eliminado de la sociedad, sino una persona que continúa formando parte de la misma. Además, hay que tener en cuenta que el interno sigue ejerciendo todos aquellos derechos que no estén expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, por el sentido de la pena, y por la ley penitenciaria, respetándose el desarrollo integral de su personalidad. En efecto, como ha indicado el Tribunal Constitucional, el derecho a las comunicaciones "tiene una incidencia sustancial en el desarrollo de la personalidad de los internos y adquiere por ello suma relevancia en orden al cumplimiento de la finalidad, no exclusiva, de reinserción social de las penas privativas de libertad"… Precisamente, porque, "mediante la comunicación oral y escrita el preso no queda reducido exclusivamente al mundo carcelario y ello le permite relacionarse con el exterior y, en definitiva, mantenerse preparado para su futura vida en el seno de la sociedad" (STC 175/97, de 27 de octubre, F.J. 2)

19 STC 89/2006, de 27 de marzo; 106/2012, de 21 de mayo de 2012.

(b) con Abogados y Procuradores

En esta clase de comunicaciones el bien jurídico protegido, además, de la libertad de las mismas, es, fundamentalmente, el derecho a la defensa, por lo que su secreto está especialmente protegido. En efecto, las comunicaciones de los internos con el Abogado defensor o con el abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales y con los Procuradores que los representen, se celebrarán en departamentos apropiados y no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo.

De la doctrina constitucional pueden derivarse las exigencias que ha de reunir la intervención de las comunicaciones en prisión:

a. En todo caso, la intervención de las comunicaciones, como medida excepcional, ha de responder a la persecución de un fin constitucionalmente legítimo y que esté previsto por la ley.
b. La medida de intervención debe ser adoptada mediante resolución de la Dirección del Centro, especialmente motivada, debiendo constar la duración de la medida, aunque para ello no sea estrictamente necesario fijar una fecha concreta de finalización, sino que ésta puede hacerse depender de la desaparición de la condición o circunstancia concreta que justifica la intervención.
c. Exigencia constitucional de la proporcionalidad e idoneidad de la medida
d. La necesidad legal de su comunicación a la autoridad judicial competente de forma inmediata, para asegurar con ello el control judicial durante el período que se extiende desde la adopción de la intervención hasta la fecha en que el Juzgado recibiera la comunicación.

v) Otros derechos que colateralmente se pueden ver afectados en prisión: libertad de expresión e información.

Incluso las libertades de expresión e información pueden verse afectadas en prisión, ya que, por ejemplo, la denegación injustificada de una entrevista a un medio de comunicación por parte de un interno, sobre la base de considerar que no existían garantías suficientes que asegurasen el mantenimiento de la seguridad y buen orden del establecimiento y que no se había justificado la necesidad de este acto de comunicación, puede entenderse como una suerte de censura previa.[20]

20 STC 6/2020, de 27 de enero.

Adviértase que la protección de las libertades de expresión e información se ve reforzada en la medida en que su ejercicio es esencial para el cumplimiento de la finalidad de reinserción social.[21]

Recapitulación

En un Estado de Derecho, la vida en prisión no es un espacio ajeno a las garantías constitucionales. Es verdad que la singularidad de los centros penitenciarios hace más dificultoso el desarrollo de determinados derechos fundamentales; pues su propia singularidad requiere preservar la seguridad para ordenar la vida en prisión. Ahora bien, dicha seguridad ha de cohonestarse con el fin de las penas y el necesario respeto de los derechos de los internos. Por ello, será necesaria una motivación sobre la concurrencia del peligro para la seguridad que pueda justificar la limitación en el ejercicio de algún derecho fundamental.

En todo caso, aún en un entorno difícil, incluso, a veces, hostil, como la cárcel no se aceptan restricciones con carácter genérico e indeterminado. De modo que toda limitación de los derechos ha de entenderse restrictivamente. En consecuencia, las limitaciones que se establezcan han de cumplir una serie de exigencias, ya que ni pueden obstruir el derecho más allá de lo razonable; han de ser necesarias para conseguir el fin perseguido; y debe cumplir con la exigencia constitucional de proporcionalidad cuya valoración se estructura en tres juicios: el de idoneidad; el de adecuación de la medida para el fin propuesto; y el de necesidad.

21 Asimismo, la propia normativa penitenciaria contempla el respeto a la libertad religiosa de los internos, facilitando los medios para que dicha libertad pueda ejercitarse. Al respecto dispone el Artículo 230 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario que "1. Todos los internos tendrán derecho a dirigirse a una confesión religiosa registrada para solicitar su asistencia siempre que ésta se preste con respeto a los derechos de las restantes personas. En los Centros podrá habilitarse un espacio para la práctica de los ritos religiosos. 2. Ningún interno podrá ser obligado a asistir o participar en los actos de una confesión religiosa. 3. La Autoridad penitenciaria facilitará que los fieles puedan respetar la alimentación, los ritos y los días de fiesta de su respectiva confesión, siempre que lo permitan las disponibilidades presupuestarias, la seguridad y vida del Centro y los derechos fundamentales de los restantes internos. 4. En todo lo relativo a la asistencia religiosa de los internos se estará a lo establecido en los acuerdos firmados por el Estado español con las diferentes confesiones religiosas". Previsiones que han de respetar, asimismo, el fenómeno de la interculturalidad.

Evolução democrática e potencial emancipatório dos direitos da Natureza[1]

Rubén Martínez Dalmau [2]

I. Evolução democrática: legitimidade e capacidade emancipatória

Uma vez que as tentativas de construir grandes concepções de democracia que a englobam como um fenômeno homogêneo e igual em todo o espaço e lugar foram deixadas para trás, nos deparamos com a realidade: a necessidade de encontrar explicações que nos aproximem do significado do conceito de *democracia* no âmbito de nossas necessidades atuais e com uma visão tanto do passado — experiência histórica — quanto do futuro — da democracia como meio de progresso coletivo. Nesse sentido, como foi dito em outro âmbito[3], o conceito de democracia está diretamente relacionado ao da evolução da humanidade. Não um conceito de evolução biológica, mas de evolução política, que é o que aponta a diferença entre seres humanos e outros seres vivos. No curso histórico, a política tem sido determinada principalmente pelas elites, que têm lutado constantemente para manter o poder. Na verdade, é precisamente essa dualidade de opostos, oligarquias-povo, que define a democracia. Por essa razão, o conceito de democracia não pode ser genérico, mas deve necessariamente ser contextualizado no quadro histórico; não há possibilidade de definir o que é democrático e o que não é se não analisarmos em seu contexto histórico.[4]

Nesse sentido, a democracia é, em sua essência, a legitimidade do poder baseada na soberania popular. Mas essa legitimidade encontra sua capacidade emancipatória no reconhecimento de direitos entendidos como ações (fazer ou

---

1 Este artigo foi originalmente publicado em espanhol no livro Direito socioambiental e a luta contra-hegemônica pela terra e território na América Latina (SP, Liber Ars, 2020), a tradução para portguês é parte desta obra.

2 Professor Titular de Direita Constitucional do Universidade de València. Disponível em: <https://uv.academia.edu/Ruben-Dalmau>. Segunda Vice-Presidência e Conselho de Habitação e Arquitetura Bioclimática da Generalitat de València. E-mail: ruben.martinez@uv.es

3 MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. ¿Qué implica un Estado constitucional? Democracia, Estado social y globalización. In: GRILLO COUTINHO LEONARDO DA SILVA, Sayonara; BALMANT EMERIQUE, Lilian; BARISO, Thiago (Orgs.). Reformas institucionais de austeridade, democracia e relações de trabalho. Ltr, São Paulo, 2018, p. 21-22.

4 Sobre a luta histórica da democracia e da oligarquia, Cf. PISARELLO, Gerardo. Um longo Thermistor. A Ofensiva do Constitucionalismo Antidemocrático. Madrid:Trotta, 2011.

não fazer) atendidas que podem ser reivindicadas individual ou coletivamente. Começando pelo primeiro direito sem o qual a democracia não pode existir, que é o *direito à própria democracia*[5], os processos emancipatórios desvinculados dela abrangem o arco temporal do momento histórico que é o protagonista de sua realização. A relação nuclear entre democracia e caráter emancipatório gira em cada momento histórico no reconhecimento dos direitos deste tempo. E é nesse sentido que podemos nos referir adequadamente à evolução histórica dos direitos que levou ao reconhecimento da natureza como sujeito de direitos, um processo que começa no final do século XX e que verá seus resultados concretos nas primeiras décadas do século XXI.[6]

II. A construção histórica dos direitos e sua relação com os direitos da Natureza

A construção de direitos tem sido o trabalho intelectual dos indivíduos e tem evoluído constantemente ao longo da história. «*Omne ius hominum causa constitutum est*» ("Toda lei foi criada por razão dos homens") é possivelmente a frase que melhor resume o conceito de direito em sua origem, o mundo romano, embora seu autor, Hermogeniano, já seja de época tardia; mas, como diz Blanch[7], ele é um jurista notável no meio de uma era de declínio franco, entre os séculos III e IV, ecoando uma experiência secular construída ao longo dos séculos por juristas romanos. Finalmente, o grande passo é dado na transição para a Modernidade, para os séculos XVI-XVII, onde ocorreu uma mudança de mentalidade enraizada no humanismo renascentista, a abertura para uma nova ética humanista e a noção de progresso ligada à tolerância.[8]

O conceito moderno de direitos nasceu ligado ao surgimento do Estado moderno e ao reconhecimento de áreas livres de poder político. Se os direitos medievais emergiram como a defesa de certos nobres privilégios à medida que as monarquias acumulavam poder, as revoluções liberais dos ingleses, no século XVII, manifestavam a necessidade de limitar o poder e criar áreas de liberdade isentas de qualquer decisão externa; limitar o poder e garantir direitos é a base do

5 COHEN, Joshua. Is there a Human right to Democracy?. In: SPYNOWICH, Christine, The Egalitarian Conscience. Essays in Honour to G. A. Cohen. Nueva York: Oxford University Press, p. 225-248; CHRISTIANO, Thomas. An Instrumental Argument for a Human Right to Democracy. Philosophy & Public Affairs. vol. 39, nº 2, 2001, p. 142-176.

6 O argumento de Martínez Dalmau segue em: "Fundamentos para el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos". In: DANTAS, Fernando De Carvalho; ACHURY, Liliana Estupiñán; DALMAU, Ruben Martinez; STORINI, Storini (Orgs.). Derechos de la naturaleza: Teoría, prática y política. Valência: Pireo, 2019.

7 BLANCH NOUGUÉS, Juan Manuel. Ius, iustitia e pessoa: Apropos da questão antropológica. Revista General de Derecho Romano 10, 2008, p. 2.

8 PECES-BARBA, et al. Historia de los derechos fundamentales I, Tránsito a la Modernidad. Madrid: IDHBC; Dykinson, 2003, p. 15-263.

constitucionalismo.[9] Mas os direitos não eram mais entendidos como privilégios, mas como condições necessárias da vida comunitária. As revoluções liberais aplicaram as teses contratuais pelas quais o Estado emergiu do contrato livremente feito entre as pessoas, por isso é o pacto que legitima o poder político.[10] De fato, os fundamentos da teoria do poder constituinte, pois viam a luz entre o final do século XVIII e início do século XIX, foram alimentados pelo racionalismo contratualista, conceitos democráticos como pessoas, soberania popular e vontade geral, que foram constituídos como potenciais plataformas emancipatórias para o futuro avanço dos direitos.[11]

Mas esses primeiros direitos liberais, que tiveram sua principal manifestação nas revoluções liberais americanas e francesas, tinham como principal objetivo garantir a liberdade, e seus titulares eram principalmente donos masculinos. No final do século XIX, como resultado das revoluções democráticas que ocorreram desde meados do século e que discutiram a hegemonia do Estado liberal conservador, uma nova evolução nos direitos se manifestou tanto em seu conteúdo quanto em sua propriedade. Por um lado, avanços na substância dos direitos, especialmente em termos de novos sistemas de participação social e política. Por outro lado, a extensão da propriedade dos direitos, que avançou em direção à sua universalidade com a eliminação do sufrágio censitário e a incorporação das mulheres como detentoras de direitos, incluindo a do voto, que aprofundou a gradual equalização dos direitos das mulheres com os dos homens. O principal motor dessas conquistas foram os movimentos feministas organizados em diferentes coletivos.[12]

Um novo avanço no progresso dos direitos foi experimentado durante o século XX, em particular a partir da criação de tribunais constitucionais durante o período entre guerras e tribunais internacionais de direitos humanos após a Segunda Guerra Mundial. Uma visão expansiva,em termos de Cubero (2017), que englobava não apenas novos conteúdos — saúde, meio ambiente, educação, habitação… — mas, principalmente, novas propriedades: migrantes, minorias sexuais, comunidades, povos indígenas... Uma verdadeira mutação no significado de direitos que revolucionou tanto os fundamentos filosóficos, quanto os canais jurídicos de positivação no quadro do Estado constitucional e a proteção de sujeitos e minorias historicamente marginalizados na construção de direitos.[13]

---

9 MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. El ejercicio del poder constituyente en el nuevo constitucionalismo. Revista General de Derecho Público Comparado, nº 11, 2012, p. 3.

10 Id., p. 4.

11 Id., 2019, p. 351.

12 MARRADES PUIG, Ana. Los derechos políticos de las mujeres: evolución y retos pendientes. Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, nº 36-37, 2001, p. 211.

13 Em geral, Cf. PÉREZ-LUÑO,1995.

Por outro lado, o reconhecimento legal do mundo natural também não era inteiramente estranho na história. De fato, como explica Zaffaroni[14], os animais foram reconhecidos como sujeitos à lei por responsabilidade, e há inúmeros exemplos historicamente registrados em que os animais foram julgados, torturados ou condenados até as ideias esclarecidas do século XVIII que se ligam diretamente ao contratualismo. O contratualismo entendeu que a relação do poder público estava sujeita à racionalidade, e um de seus principais expoentes era a crítica kantiana. "Fora do contrato estavam, de fato, os animais, pois era inconcebível que celebrassem um acordo no sentido tradicional que concederia poder ao soberano. Assim, Kant, como a mais alta expressão da tese contratualista, limitou a ética e o direito às relações entre os seres humanos".[15] As teses contratualistas já foram superadas pela complexidade do pensamento político, em especial pelas teorias contemporâneas sobre a democracia, que muitas vezes enfatizam o papel fundador do povo através do potencial transformador do constitucionalismo democrático.[16]

Finalmente, a visão expansiva da evolução dos direitos chegou à Natureza como proprietária. A construção de direitos é, como vimos, gradual e evolutiva, e é nessa jornada emancipatória que nos encontramos em um dado momento histórico, entre o final do século XX e o início do século XXI, com a teorização primeiro e posterior positivação dos direitos da Natureza.

Desde a legislação municipal dos anos noventa do século XX até a incorporação em constituições de última geração, os direitos da Natureza têm sido lentamente, mas progressivamente experimentando um processo de objetificação na regulação jurídica de diferentes países. Cidades americanas como Barnstead, New Hampshire; Spokane, Washington; ou Pittsburgh, Pensilvânia, reconheceram os direitos da Natureza.[17] A portaria barnstead de 2008 pode servir de exemplo: "Comunidades naturais e ecossistemas têm direitos inalienáveis e fundamentais. Os direitos de existir e florescer dentro da cidade de Barnstead. Os ecossistemas incluirão, mas não são como, pântanos, córregos, rios, aquíferos e outros sistemas de água."[18]

Mas foi nas constituições da última geração, o chamado *novo constitucionalismo latino-americano*, onde aparecem as condições para reconhecer e garantir

---

14 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La Pachamama y el humano. Buenos Aires: Ediciones Madres de la Plaza de Mayo, 2011, p. 23-29.

15 Ibidem, p. 39, (tradução nossa).

16 HUGHES, Carys. The transformative potential of constituent power. A revised approach to the New Latin American Constitutionalism. Latin American Perspectives, vol. XX, nº XXX, 2018, p. 1-19.

17 BURDON, Peter. Os Direitos da Natureza: Reconsiderado. Australian Humanities Review 49. 2010, p. 71 et seq.

18 Barnstead Water Rights & Local Self-government Ordinance. Conforme alterado em 20 de outubro de 2007. Seção 5.1. (tradução nossa).

constitucionalmente os direitos da Natureza. Em particular, a síntese entre o pensamento liberal clássico, os fundamentos do constitucionalismo social e as visões de mundo indígenas. "Ao contrário do constitucionalismo clássico, que se limita a estabelecer direitos de forma genérica e não se preocupa com a individualização e coletivização, segundo cada caso, é fácil observar nos textos do novo constitucionalismo a identificação de grupos fracos (mulheres, crianças e jovens, deficientes, idosos...) e uma interpretação ampla dos beneficiários dos direitos".[19] E é neste contexto que o reconhecimento constitucional da Natureza como sujeito de direitos apareceu expressamente no artigo 10 da Constituição equatoriana de 2008: "A natureza estará sujeita aos direitos reconhecidos pela Constituição"[20], e em vários textos jurídicos subsequentes, incluindo a Constituição da Cidade do México de 2017.[21] Nos sistemas de direito comum, o reconhecimento da Natureza como sujeito de direitos ocorreu em países como a Nova Zelândia (rio Whanganui, 2017; Te Urewera, 2014) ou Austrália (rio Yarra, 2017). Ou seja, o reconhecimento da Natureza como sujeito de direitos entrou na legislação comparativa de vários países e, nos últimos anos, teve avanços significativos tanto no quadro da regulação positiva quanto na sua aplicação jurisprudencial.[22]

O reconhecimento da Natureza como sujeito de direitos é hoje, portanto, um fato jurídico verificável em uma ampla variedade de países, e o momento histórico que a tornou possível faz parte do processo emancipatório produzido pela evolução dos direitos; um processo que, no momento, abrange a proteção da natureza jurisdicionalmente. Mas esse reconhecimento objetivo por si só não explica a capacidade da Natureza de ser titular certa ou a conveniência de ser assim, uma vez que na ausência dessa capacidade poderia constituir um mero signatário jurídico vazio. Por isso, vamos responder às duas questões cardeais deste trabalho: A Natureza pode ser objeto de direitos? E, se assim for, a Natureza deve estar sujeita a direitos?

III. Questões sobre a Natureza como sujeito de direitos

Desde a positivação dos direitos da Natureza na Constituição Americana de 2009, surgiram argumentos críticos, por sua vez, respondidos pelos defensores da mudança de paradigma. Ávila[23], entre estes últimos, realiza um interessante exercício de negação-afirmação em sua crítica às doutrinas jurídicas clássicas que

19 VICIANO PASTOR, Roberto; MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal. Revista General de Derecho Público Comparado, nº 9, 2011, p. 21-22 (tradução nossa).

20 Cf. APARICIO, 2011.

21 Artigos 18.2 e 18.3.

22 A atualização permanente dos avanços legislativos no direito comparativo pode ser vista no referido programa das Nações Unidas Harmonia com a Natureza, disponível em: <http://www.harmony withnatureun.org/rightsOfNature/>.

23 ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. El derecho de la naturaleza: fundamentos. In: ESPINOSA GALLEGOS-ANDA, Carlos; PÉREZ FERNÁNDEZ, Camilo (eds.). Los derechos de la Naturaleza y la Naturaleza de sus derechos. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2011, p. 36-43.

questionam a própria possibilidade de que a Natureza pudesse agir como sujeito de direitos. Este autor identifica quatro razões pelas quais a doutrina clássica entenderia que a Natureza não poderia estar sujeita a direitos: 1. Dignidade (A natureza não é um fim em si mesma, porque os fins são sempre dados pelos seres humanos; então a Natureza não pode ser digna); 2. O direito subjetivo (o desenho normativo baseia-se no reconhecimento da capacidade do ser humano de exigir um direito, patrimonial ou fundamental, perante os tribunais; o estatuto jurídico refere-se a pessoas, coletividades ou grupos de pessoas; a natureza não poderia ser detentora de direitos subjetivos); 3. Capacidade (A natureza não pode manifestar sua vontade ou ser vinculada por outro ser, de modo que não poderia ter capacidade como titular direito); e 4. Igualdade (A natureza não pode ser considerada igual nem pode exercer sua liberdade no âmbito do contrato social, de modo que o Estado não pode ser funcional à sua proteção. O próprio autor[24] desenvolve uma versão crítica contra as fundações antropocêntricas que excluiriam qualquer ser não humano da propriedade dos direitos: 1. O ser humano pode ser um meio para a Natureza cumprir seus propósitos, de modo que o princípio da dignidade seria aplicado; 2. O conceito de direito subjetivo evolui para a expansão e maior integração dos sujeitos protegidos; 3. A capacidade já é reconhecida às pessoas jurídicas, que são entidades fictícias; não há razão para que a capacidade da Natureza não possa ser compreendida por meio de representação; e 4. O contrato social do liberalismo clássico pode ser estendido para um contrato com representação de seres não humanos.

Quando nos anos noventa do século XX uma mudança de paradigma começou a ser vislumbrada que apontava para a possibilidade da Natureza ser considerada um sujeito de direitos, autores como Rolston (1993) advertiram que a linguagem e o arcabouço dos direitos tinham sido apenas uma construção humana sobre os seres humanos, e que a ética no Ocidente moderno consistia quase inteiramente de uma ética inter-humana: encontrar uma maneira de as pessoas se relacionarem moralmente com outras pessoas.[25] De fato, a modernidade, que afunda suas raízes no pensamento humanista, está enquadrada no chamado paradigma antropocêntrico restritivo entendido como "a atitude que apresenta a espécie humana como o centro do mundo, desfrutando de sua hegemonia sobre outros seres e funcionando como donos de uma Natureza que existe para atender às suas necessidades"; paradigma hoje questionado por várias escolas críticas.[26]

---

24 Id., p. 44-55.

25 ROLSTON, Holmes. Rights and Responsibilities on the Home Planet. Yale Journal of International Law. 18, 1993, p. 252.

26 DOMANSKA, Ewa. Beyond Anthropocentrism in Historical Studies. Histoire, nº 10, 2011, p. 118-130. Doi: <https://doi.org/10.12681/historein.11>, (tradução nossa).

De fato, a hegemonia antropocêntrica restritiva no pensamento social tem questionado a própria existência dos "direitos dos animais" como categoria geral, apesar do reconhecimento de um certo limite à ação do ser humano no mundo animal remonta aos tempos antigos e tem sido objeto de interesse de vários pensadores, em particular filósofos da modernidade.[27] Mas a partir da análise teórica a questão tem sido mais ambígua. "O conceito de direitos dos animais é problemático. Podemos falar com alguma plausibilidade dos direitos dos chimpanzés e golfinhos, nossos parentes próximos na Natureza que quase parecem ter personalidades. No entanto, é mais difícil falar sobre os direitos das aves ou morcegos, mesmo que os morcegos também sejam mamíferos, e é preocupante falar sobre quaisquer direitos sobre ostras e insetos que se movem entre diferentes faixas de animais. O conceito de direitos se traduz dos assuntos humanos às relações entre humanos e animais com dificuldade crescente".[28] No final, o argumento jurídico é o mesmo entre aqueles que negam a capacidade dos animais de serem sujeitos de direitos quanto para aqueles que negam a propriedade da Natureza estar sujeita a direitos: a essência humana na razão de ser dos direitos.

Ou seja, doutrinas clássicas tendem a ignorar que a Natureza pode estar sujeita a direitos porque apenas seres humanos poderiam tê-los. Cortina Orts[29] resume claramente esse paradigma antropocêntrico restritivo da humanidade como condição para ser um sujeito de direitos: apenas seres que gozam da capacidade — virtual ou atual — de reconhecer o que é um direito e apreciar que eles fazem parte de uma vida digna devem ser considerados sujeitos de direitos. Não seria possível, portanto, defender a Terra — e a Natureza, portanto — como um sujeito de direitos, mas sim que devemos construir uma ética de responsabilidade e cuidado com a Terra para preservar seu valor, porém sempre em relação aos seres humanos. Desse ponto de vista, os direitos corresponderiam apenas àqueles que poderiam ter a capacidade intelectual de reconhecer o que esses direitos significam e sua importância para viver uma vida realizada; ou seja, seres humanos. Nesse sentido, Campaña[30] nega que os direitos da Natureza possam ser considerados como uma inovação transcendental, mas seria um exemplo de retórica jurídica pela falta de capacidade e eficácia que eles denotariam.

Contudo, fazer com que os direitos dependam, como o paradigma antropocêntrico, da capacidade e responsabilidade do sujeito não é coerente com o fato de que as sociedades modernas reconhecem os direitos das pessoas que não

27 Cf. MOLINA, 2018.

28 ROLSTON, 1993, p. 257, (tradução nossa).

29 CORTINA ORTS, Adela. ¿Se puede hablar de Derechos de la Tierra?. Temas para el Debate, nº 195, 2011, p. 21-24.

30 CAMPAÑA, Simón Farith. Direitos da Natureza: inovação importante, retórica jurídica ou projeto político? Iuris Dictio. vol 15, 2013, p. 9-38.

são capazes de tal compreensão intelectual e, de fato, a existência nos sistemas jurídicos criminais do próprio conceito de inimputabilidade — um sujeito que não é nem responsável nem culpado por um ato que ele próprio cometeu — rompe com a relação entre sujeito de direitos, capacidade e responsabilidade. Como afirma Zaffaroni[31], "o argumento de que o reconhecimento de direitos não é admissível porque não se pode exigi-los (exercer ações, ser ouvido judicialmente) não se sustenta, porque há muitos humanos que não possuem habilidades linguísticas (...) ou que eles nunca as terão (...) e, ainda sim, ninguém pensa em negar-lhes esse personagem". Além disso, os tipos penais que punem o abuso animal reconhecem necessariamente os animais como sujeitos de direitos, embora, como vimos, seja uma capacidade muito questionada por uma parte da doutrina. Mas não pode ser de outra forma porque, como indica Zaffaroni[32], o bem legal protegido no crime de maus tratos aos animais "não é nada menos que o direito do animal em si de não ser objeto de crueldade humana, para o qual é necessário reconhecê-lo como um sujeito de direitos".

Por outro lado, o tratamento das pessoas jurídicas tem sido progressivamente se aproximado ao das pessoas naturais, na medida em que as pessoas jurídicas são geralmente consideradas titulares de direitos. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos tem inúmeras jurisprudências quanto ao reconhecimento de pessoas jurídicas como sujeitos de direitos, incluindo organizações não governamentais, associações ou pessoas jurídicas privadas em geral, e denominaçõe religiosas em geral[33], e essa posição é frequente na maioria dos tribunais constitucionais do mundo. Hoje é até reconhecida em diversos sistemas jurídicos — como o espanhol desde a reforma do Código Penal de 2010 — a responsabilidade penal de pessoas jurídicas[34] que, portanto, também têm direitos como defesa ou julgamento justo. E essas pessoas jurídicas, necessário lembrar, são construções fictícias dotadas dessa natureza através da lei criada pela vontade humana.

Em suma, os direitos são construções humanas que evoluíram ao longo do tempo e que podem ser legalmente consideradas como tal quando têm consequências legais. Portanto, como tem sido argumentado, a propriedade de direitos pode abranger pessoas jurídicas e, portanto, sujeitos não humanos, e nenhum argumento consistente parece ter sido apresentado que poderia negar a possibilidade teórica de que a Natureza está sujeita a direitos que não são apenas subjeti-

---

31 ZAFFARONI, 2011, p. 54-55, (tradução nossa).

32 Ibidem, p. 54, (tradução nossa).

33 BRAGE CAMAZANO, Joaquín. Abordagem de uma teoria geral dos direitos fundamentais na Convenção Europeia sobre Direitos Humanos. Revista Española de Derecho Constitucional, nº 74, 2005, p.116.

34 DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española. Indret: Revista para el Análisis del Derecho, nº 1, 2012, p. 1-32.

vos, mas legalmente reconhecidos (objetivos). O reconhecimento jurídico[35] é a base da distinção entre direitos subjetivos, (— *rights* —, faculdades ou pretensões do indivíduo de reivindicar algo de outros) de direitos objetivos (— *Law* —, própria Lei, como sinônimo de direito e sistema jurídico). O conceito de direitos no sentido jurídico não se refere apenas a uma relação ética ou moral, mas sim a uma relação objetiva que resulta em consequências legais. Quem é o sujeito beneficiado pela proteção legal deve ser definido por lei.

Em suma, uma vez que a lei — e, portanto, os direitos — são construções humanas que evoluíram historicamente, expandiram-se tanto em sua substância quanto em sua propriedade, e hoje há um reconhecimento generalizado dos direitos dos sujeitos que só existem *de iure* ou que não têm condições intelectuais para reconhecer a validade dos direitos, deve haver — como tem sido aludido — qualquer inconveniente em que os sujeitos dos direitos não sejam pessoas. Portanto, a Natureza pode ser sujeito de direitos.

Seguindo essa linha de argumento, uma vez que, como vimos, não há problemas teóricos para que o conceito "sujeito de direitos" atinja os direitos da Natureza, a próxima questão deve ser se há argumentos de qualquer tipo para que seja conveniente avançar nessa expansão dos temas de direitos; ou seja, analisar criticamente a utilidade dessa expansão. Trata-se de responder à pergunta: a Natureza deve ser sujeito de direitos?

Nesse sentido, entendemos que existem pelo menos dois fundamentos argumentativos que justificam que a Natureza deve estar sujeita a direitos: (1) o ético, em relação à pessoa e ao seu meio ambiente; e (2) o pragmático, sobre a viabilidade da própria espécie humana na Terra e a possibilidade de que o reconhecimento dos direitos da Natureza melhore sua proteção.

Primeiramente, quanto ao argumento (1), o aparecimento do ser humano e sua relação com a Natureza foi fundado na dependência originada pelas necessidades e sobrevivência de uma espécie humana ainda pouco desenvolvida, de modo que a ação antrópica era muito limitada e alinhada com o resto do mundo natural; mas, a partir do Neolítico, tornou-se uma relação de exploração da Natureza pelo homem, tímida no início e decidida depois, até chegar aos processos predatórios da modernidade e, especialmente, da contemporaneidade.[36]

A construção ética ocidental, como vimos, foi erguida em torno da hegemonia do ser humano e da marginalização de outros seres a um nível secundário. Mesmo as grandes construções contemporâneas, como a *dignidade humana*,

---

35 CRUZ PARCERO, Juan Antonio. Concepto de derechos. In: ZAMORA, Fabra; LUIS, Jorge; NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro (coords.). Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho. México: IIJ-UNAM, 2015, p. 1503.

36 HARARI, Yuval Noah. Sapiens. De animales a dioses: Una breve historia de la humanidad. Barcelona: Debate, 2014.

"utopia realista dos direitos humanos" em termos de Habermas[37], referem-se apenas ao homem, sem nuances. A pergunta que agora deve ser feita no contexto da evolução da ética é: se a base da ética deve ser mantida na visão exclusivamente antropocêntrica que disponibiliza todos os recursos materiais ao homem, ou é necessário ampliar as margens éticas para o ambiente natural que envolve o homem para entender que a ética não só permeia o ser humano, mas também seu ambiente?

No início dos anos 80, Stutzin[38] cunhou um termo que aponta para esse novo paradigma da ética em seu ramo jurídico: o *imperativo ecológico*. O dilema moral foi fundamental em seu argumento: o reconhecimento dos direitos da Natureza "implica necessariamente a superação da abordagem antropocêntrica tradicional do direito; mantendo as proporções, pode ser comparado com a superação da visão geocêntrica do universo, que permitiu ao homem conhecer o espaço em toda a sua verdadeira dimensão. Espera-se que a lei consiga dar um passo semelhante e penetrar resolutamente no novo campo, permitindo-se ser guiado pelo lema 'in dubio pro natura', antes que a magnitude da crise ecológica mundial torne inútil qualquer esforço legal para resolvê-lo".[39] Seguindo este segmento, em termos de Gudynas (2015) devemos passar de uma ética antropocêntrica para uma ética biocêntrica; ou seja, de uma ontologia dominante que prevalece na modernidade, binária, dualista e assimétrica, para uma ética biocêntrica, produto da existência de ontologias alternativas, que entendem o ambiente natural incorporado no quadro ético, de modo que a Natureza não seria mais vista como uma mercadoria ou capital. A transição de uma ética antropocêntrica para uma ética biocêntrica implica a ampliação do espectro de considerações éticas no que Gudynas (2015) chama de ética ecocêntrica, que reconhece valores de ecossistemas que vão além dos instrumentais, mas que é diferente do biocentrismo, um conceito mais amplo que destaca valores intrínsecos, típicos da globalidade da vida em que o ser humano e todas as outras espécies se desenvolvem.

Embora posições reducionistas ou exaltadas possam considerar o biocentrismo e o antropocentrismo como abordagens opostas, certamente não são. Em nenhum momento o biocentrismo contradiz o princípio básico da dignidade humana, mas o complementa e expande. A volta biocêntrica denuncia as limitações da abordagem antropocêntrica, e complementa o ser humano no âmbito do mundo natural em que vive, que condiciona e, ao mesmo tempo, é condicionada por relações recíprocas que deveriam ser de complementaridade e convivência.

---

37 HABERMAS, Jürgen. El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. Diánoia, vol. LV, nº 64, 2010, p. 3-25, (tradução nossa).

38 STUTZIN, Godofredo. Un imperativo ecológico: reconocer los derechos de la naturaleza. AMB. y DES., vol. I, dic. 1984, p. 97-114, (tradução nossa).

39 Ibidem, p.114.

Em termos de Muñoz[40], a expansão da moralidade é possível e implica a correção do antropocentrismo e sua devida projeção em relação à Natureza. "O que está no centro disso é a ideia de que a crise ecológica só pode ser adequadamente respondida a partir de uma posição antropocêntrica ampla e realista. Desqualificar o antropocentrismo sem mais, equivaleria a enfraquecer o ser humano como um sujeito autônomo e crítico, enfraquecendo aquilo por meio do qual ele pode contribuir para um futuro melhor".

Já quanto ao argumento pragmático, número (2), este se relaciona com a viabilidade da permanência da espécie humana na Terra, especialmente ao compromisso intergeracional. Se admitirmos que o mundo como o conhecemos está sob ameaça, e que é o propósito do ser humano lutar contra essas ameaças, a pergunta que deve ser feita é: a consideração da Natureza como sujeito de direitos é relevante para fins de sua proteção e para lutar contra as ameaças que pairam sobre ela?

A principal razão da consideração da Natureza como sujeito de direitos é o que Campaña[41], de uma perspectiva crítica, chama de "justificativa utilitária", que buscaria "elevar" o nível de proteção jurídica à Natureza, assumindo que as leis ambientais são insuficientes e que se mostraram ineficientes para impedir a destruição do meio ambiente e preservá-lo para as gerações futuras. Em outras palavras, o reconhecimento legal desses direitos buscaria incorporar garantias para tornar eficazes as políticas de proteção ambiental e mudanças climáticas. Esse benefício na conservação ecológica seria a base da intervenção da lei e justificaria o aparecimento da jurisprudência da Terra. Em suma, o reconhecimento dos direitos da natureza só seria desejável se fosse um instrumento útil para combater as ameaças à vida na Terra e realmente proteger a natureza.[42]

A verdade é que não parece difícil argumentar que o reconhecimento dos direitos da Natureza e a incorporação de garantias para sua validade melhorarão, em qualquer caso, as medidas de combate às ameaças à vida na Terra. Quando encontramos julgamentos avançados como os do Equador, sobre a conhecida decisão de reconhecimento dos direitos do Rio Vilcabamba pelo Tribunal provincial de Justiça de Loja (2011, Acórdão nº 11121-2011-0010); ou como na Colômbia, quanto ao reconhecimento dos direitos do Rio Atrato (2016, De-

---

40 MUÑOZ FONNEGRA, Sergio. Ampliando la moral: Reflexiones sobre la consideración moral de la Naturaleza. Bajo Palabra. Revista de Filosofía. II época, nº 9, 2014, p. 205, (tradução nossa).

41 CAMPAÑA, 2013, p. 16.

42 Embora possa haver outras razões que apoiariam esse reconhecimento, como as éticas a que já referimos que incluem um novo acordo com o mundo ao nosso redor, ou a possibilidade de considerar positivamente a miscigenação entre o liberalismo constitucional e a visão de mundo indígena. Em termos de Acosta (2017, p. 2946-2947), "o trânsito do objeto Natureza para sujeito Natureza começou. em realidade ele está vivo nas percepções dos povos indígenas há muito tempo. É em um poderoso e brilhante esforço de messalização, foi captado por muitos juristas e não juristas (...) na defesa dos direitos dos outros. Esse processo pontua os cenários internacionais que reconhecem o valor intrínseco da Natureza (... e) permite explicar as diferentes lutas e entender que há um interesse maior e geral nessas lutas pelos territórios".

cisão do Tribunal Constitucional T-622/16), e nos países em que o paradigma biocêntrico é aplicado, as garantias tendem a melhorar a situação e reverter os processos antrópicos que pairavam sobre os ambientes naturais protegidos pela lei em benefício das gerações atuais e futuras. Seria uma questão diferente saber se os resultados da execução dessas sentenças tiveram mais ou menos dificuldades ou aceitação; esta análise envolveria se referir a um problema maior, a aplicação da lei, mas certamente cobriria arestas que iriam muito além dos direitos da Natureza.

De fato, o compromisso com as gerações futuras já tem um certo caminho jurídico em julgamentos como o da Suprema Corte da Colômbia, de 5 de abril de 2018 (STC 4360-2018), que expressou claramente a necessidade de proteger os direitos das gerações futuras em matéria climática e declarou a Amazônia como um assunto de direitos. As gerações futuras, os estados governantes, são objeto de direitos, e cabe ao atual governo tomar medidas concretas para proteger o país e o planeta, por isso exige que o Governo colombiano detenha o desmatamento de grandes territórios da Amazônia e aposte no desenvolvimento sustentável que garanta a proteção da Natureza e do clima para as gerações atuais e futuras. Esta decisão, em termos de Torre-Schaub[43] , manifesta uma tendência na lei que inspirará juízes em todo o mundo e que está moldando o que podemos chamar de direito constitucional ao desenvolvimento sustentável.

Pode-se sempre argumentar que, em muitos países totalmente comprometidos com a transição ecológica, não encontramos um reconhecimento explícito da Natureza como um assunto de direitos. Entretanto, o argumento contrário não prejudica a afirmação anterior: a natureza está mais protegida se a titularidade de seus direitos for reconhecida.[44]

Conclusões

A democracia tem como base de sua legitimidade a emancipação. E a emancipação se traduz na aquisição de direitos de acordo com o momento histórico em que nos encontramos. Somente nesse contexto pode ser entendido o surgimento do reconhecimento jurídico da natureza como sujeito de direitos.

A evolução dos direitos e sua capacidade emancipatória se traduz em duas dinâmicas principais: por um lado, o conteúdo dos direitos, que em sua evolução é progressivo e engloba aspectos gradualmente mais amplos; por outro, os de-

43 TORRE-SCHAUB, Marta. La protection du climat et des générations futures au travers des «droits de la nature»: l'émergence d'un droit constitutionnel au «bien vivir» (A propos de l'arrêt de la Cour Suprême de la Colombie du 5 avril 2018). Revue Droit de l'Environnement, 267, 2018, p. 1-12.

44 Cf., PRIETO MÉNDEZ, 2013.

tentores de direitos, que também experimentaram um avanço democrático para a integração desde a consideração dos direitos como privilégios de poucos até a incorporação de temas historicamente remotos, como certas minorias ou coletividades. É nesse quadro que se situa o reconhecimento da Natureza como sujeito de direitos, o que só poderia ocorrer no tempo histórico em que a progressiva evolução dos direitos engloba sujeitos não humanos e em que o antropocentrismo restritivo é completado pela virada biocêntrica. Uma vez que os direitos objetivos são construções sociais, a decisão de considerar a Natureza como objeto de direitos manifesta uma vontade humana que só prospera quando existem condições subjetivas e objetivas para proceder a esse reconhecimento.

Em relação à pergunta, a Natureza pode ser considerada detentora de direitos?, a resposta é claramente afirmativa. Se os direitos objetivos são uma decisão consciente, uma construção social, eles podem ser aplicados aos sujeitos não humanos, como de fato é o caso do reconhecimento dos direitos das pessoas jurídicas. Manifestações de direitos dos animais são exemplos concretos da titularidade não humana de direitos que apenas posições doutrinárias rígidas e mal argumentadas poderiam negar. Na verdade, existem cada vez mais sistemas jurídicos que reconhecem a titularidade dos direitos à Natureza ou a certos componentes particulares dela, como rios, montanhas ou paisagens.

Em relação à pergunta se a Natureza deve ser considerada detentora de direitos?, a resposta também é afirmativa. Por um lado, a partir do prisma ético, a virada biocêntrica manifesta uma ética mais ampla, que reconhece o ser humano no quadro natural em que desenvolve sua vida; portanto, leva em conta a Natureza e sua proteção como um dos elementos cardeais que tornam válida a dignidade humana. Por outro lado, o reconhecimento da Natureza como sujeito de direitos auxilia em sua proteção, através das garantias que a lei coloca à sua disposição, por isso é sempre positivo ao decidir medidas de combate às ameaças ao meio ambiente.

Temas constitucionais e pandemia de covid-19

Reflexiones para un nuevo paradigma económico y de gobernanza tras el impacto covid-19: la necesaria presencia de las mujeres en los cargos de gestión y dirección política

Ana Marrades Puig [1]

La crisis sociosanitaria causada por la pandemia covid-19 ha puesto de relevancia la necesidad de revalorizar los cuidados, y por tanto el colectivo de personas cuidadoras que son mayoritariamente mujeres. Ello ha incidido en la ya manifiesta desigualdad preexistente entre mujeres y hombres en el ámbito profesional, laboral, de participación política y demás aspectos que componen la faceta pública.

Ante esta situación se hace necesario un cambio de paradigma, que tiene que ser feminista y transformador porque debe comprometerse con un cambio cultural y de modelo económico que destaque el valor del cuidado como esencial y lo sitúe en el centro de las políticas públicas que promuevan un cuidado corresponsable para lograr una igualdad real. Se trata de apostar por la promoción de la corresponsabilidad no solo familiar sino también social e institucional como principio guía de las políticas públicas dentro de ese nuevo modelo económico y cultural que necesariamente debería basarse en los postulados de la Economía Feminista. El presente trabajo pretende reflexionar tanto sobre los aspectos principales de este enfoque económico cuanto sobre la representación y la participación de las mujeres en los puestos de dirección política en el marco de este nuevo modelo.

I. Un cambio de modelo: la economía feminista

La economía feminista[2] plantea un modelo económico diferente del convencional, que tiene por objeto lograr un orden económico justo, que asegure

---

1 Profesora asociada en la Universitat de València y abogada en ejercicio desde 1993 hasta 2010. Profesora C. Doctora desde 2011. Investigación en género, igualdad, feminismo, derechos sociales. Actualmente Secretaria del Institut Universitàri d'Estudis de la Dona. U. de València.

2 La primera parte de este artículo tiene su origen en el trabajo "Diseñando un modelo económico: propuestas desde el derecho constitucional y la economía feminista sobre el cuidado y la igualdad frente a la crisis covid-19", publicado en la Revista

una digna calidad de vida para todas las personas. Lourdes Benería, Günsel Berik y María Floro[3] desarrollan los dos posibles enfoques de este modelo, el de los derechos y el de las capacidades en "Género, desarrollo y Globalización".

El enfoque de las capacidades postulado por Amartya Sen y Martha Nussbaum se fundamenta sobre políticas dirigidas a suprimir los obstáculos que encuentran las personas en su vida para poder vivirla en libertad de la mejor manera posible. "Las capacidades representan el potencial multidimensional de cada individuo. Una capacidad es la posibilidad de ser y de hacer lo que la persona quiere ser y hacer"[4]. Este concepto se identifica de manera bastante plausible con el libre desarrollo de la personalidad que constituye un eje central de la mayoría de constituciones democráticas.

Martha Nussbaum[5] desarrolló el enfoque de las capacidades ajustándolo a una teoría de la justicia y de la potenciación universal de las capacidades de las mujeres, a partir de la elaboración de una lista de capacidades, entre las que necesariamente está la de vivir una vida digna con salud y con libertad de acción, libre de violencia de género. Éste que sería el resumen esencial de esa lista de diez capacidades tiene como premisa, explican las autoras[6], la idea de que "ser humano o humana implica ser un ente físico con cuerpo, ser cuidado o cuidada y poder cuidar a otras personas". Nussbaum está poniendo el foco de nuevo, en el cuidado, y por otro lado está exigiendo que estas capacidades sean universales, es decir, que estén garantizadas constitucionalmente en todas partes.

Ello enlaza con el otro enfoque económico: el enfoque de los derechos humanos. Este enfoque desarrollado por Balakrishnan y Elson[7] (2011) parece que podría tener mayor incidencia en la modificación de las políticas neoliberales, ya que permite realizar su evaluación a partir de los derechos, considerando que existen unos mínimos esenciales en los derechos económicos y sociales que es preciso preservar en todos los procesos económicos.[8] Ello conecta directamente con los Objetivos de desarrollo sostenible (ODS) y el constitucionalismo social.[9]

---

igualdadES, nº 3, 2020.

3 BENERÍA, Lourdes et al. Género, Desarrollo y Globalización. Una visión desde la economía feminista. Barcelona: Bellaterra, 2018.

4 Ibídem, p. 65

5 NUSSBAUM, Martha. Capabilities as Fundamental Entitlements: Sen and Social Justice, Feminist Economics 9 (2-3), 2003, p. 33-59.

6 BENERÍA, Lourdes et al. op. cit., p. 66.

7 BALAKRISHNAN, R.; ELSON, D. Introduction: Economic Policies and Human Rights Obligations, Economic Policies and Human Rights, Londres y Nueva York: Zed Books, 2011, p. 1-27.

8 BENERÍA, Lourdes et al. 2018, p. 72.

9 JIMENA QUESADA, Luís. El constitucionalismo social y los objetivos de desarrollo sostenible (ODS). Lex Social: Revista De Derechos Sociales, 9 (1), 13-45, 2019.

Se ha propuesto por parte de la doctrina constitucional dotar a todos los derechos de la consideración de derechos fundamentales (Red Feminista de Derecho Constitucional, manifiesto 2017[10]), también por parte de los partidos políticos y de organizaciones no gubernamentales[11], ello podría hacerse por la vía de la interpretación y cuando fuera posible por medio de una reforma constitucional. En España ya hay propuestas en este sentido, por ejemplo, Rodríguez Ruiz y Gómez Fernández[12] proponen sacar del capítulo III algunos auténticos derechos como el derecho a la salud en un medioambiente sano y sostenible[13] o el derecho a la vivienda para formar parte del capítulo II junto con otros derechos de nueva creación. También cabe hablar de la inclusión de nuevos derechos que llenen el vacío que las nuevas exigencias sociales demandan como el derecho al cuidado[14], y ahora ante la emergencia y la crisis provocada por la covid-19 no hay duda que hay que afrontar este reto. El grupo de trabajo de cuidados y covid19[15] en su comparecencia ante la Comisión para la reconstrucción social y económica presentó los presupuestos para una ley estatal de cuidados que debería ir vinculada a un derecho al cuidado. El fin de la ley y del reconocimiento del derecho al cuidado es obtener el compromiso de los poderes públicos para priorizar el cuidado y la atención a las personas en igualdad de condiciones por encima de otros intereses económicos. Es un proyecto que permite la transición de modelo económico mediante un proceso que puede ser más o menos radical pero necesario para erradicar desigualdades. Como señala Ferrajoli (2019) en su prólogo al "Manifiesto por la igualdad" "el proyecto de la igualdad — que conlleva la promoción del interés de todos —, puede convertirse en el nuevo sustrato de reconstrucción de la política".

Como puede apreciarse ambos enfoques se complementan y tienen importantes objetivos comunes como por ejemplo la satisfacción de las necesidades humanas para una vida digna. Las constituciones se pueden interpretar en clave feminista y de la igualdad real también en relación al modelo económico y los

---

10 Red Feminista de Derecho Constitucional, manifiesto 2017: Posicionamiento de la red feminista de derecho constitucional ante la necesaria reforma de la constitución. Disponible en: <http://feministasconstitucional.org/wp-content/uploads/2017/12/RFDC_posicionamiento_RefConst-4-diciembre-2017..pdf>. 4 de diciembre de 2017.

11 MARRADES PUIG, Ana. Los nuevos derechos sociales: el derecho al cuidado como fundamento del pacto constitucional, Revista de Derecho Político, num. 97, 2016, p. 222.

12 RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca; GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar. Nuevos principios rectores de la política social y económica. In: GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda (coord.). Estudios sobre la reforma de la constitución de 1978 en su cuarenta aniversario, Pamplona: Aranzadi, Thomson-Reuters, 2018, p. 130.

13 Ibídem, p. 92 y 93; Ibídem, 124 y 125.

14 MARRADES PUIG, op. cit.; Id., Estudios sobre la reforma de la constitución de 1978 en su cuarenta aniversario, 2018, p.1-05; y Id., La ética del cuidado, la igualdad y la diversidad: valores para una constitución del siglo XXI, Retos del estado constitucional del siglo XXI: derechos, ética y políticas del cuidado, 2019, p. 21.

15 "Aportación feminista al debate de la reconstrucción postcovid19. Hacia un sistema estatal de cuidados" Documento elaborado por el grupo de trabajo Cuidados y COVID19, en el que han participado Yayo Herrero, Toni Morillas, Amaia Pérez Orozco, Carmen Castro, Inés Campillo, Bibiana Medialdea, María Eugenia R. Palop, Laura Gómez, Ángela Rodríguez, Cristina Simó, Amanda Meyer, Nora García, Esther López Barceló, Haizea Miguela y Clara Alonso.

sistemas de derechos con el fin de hacer frente a las situaciones de necesidad económica que habrá que solucionar así como a las graves discriminaciones entre personas afectadas por la pandemia en toda la comunidad internacional.

Por otro lado, la desigualdad hay que analizarla en relación con otros dos conceptos: la conciliación y la corresponsabilidad. Y los sistemas de cuidados deben integrar estos conceptos. La crisis del covid-19 ha puesto en evidencia más que nunca que la carga de los cuidados y la atención a las personas en la familia la siguen llevando las mujeres. Parece que, de nuevo, la conciliación sea cosa de ellas y que la corresponsabilidad se haya ido diluyendo. Con el cierre de los centros educativos y las niñas y los niños en los hogares las mujeres manifiestan la imposibilidad de llevar adelante las ocupaciones de cuidado familiar y las de trabajo profesional. Su productividad, junto con su salud física y mental, se están viendo ya afectadas y ello tendrá consecuencias profesionales sin lugar a dudas.

Para evitar la quiebra del principio de igualdad es preciso configurar un modelo económico diferente al neoliberal y una acción del Derecho con perspectiva de género, basado en una ética del cuidado feminista.

La economía feminista como enfoque económico inspirador de este cambio cultural utiliza la metáfora de la generación "espontánea" del hombre económico (el "hombre hongo"), como si no hubiera tenido infancia o vejez[16] ni necesidades de cuidado de ningún tipo, destacando que para los economistas, éstas no entraban en la ecuación. La labor desempeñada por las mujeres a lo largo de la Historia, necesaria para el sostenimiento de la vida nunca ha contado para la Economía. Paradójicamente, la palabra "economía" viene del griego οίκος — "casa" y νέμομαι — "administración": "oikonomos", administración del hogar; y son las mujeres las que se han ocupado de la gestión de los hogares, labor imprescindible para el desarrollo económico. Como explica el estudio de María Ángeles Durán "ninguna otra actividad de la economía española consume tanto trabajo como el cuidado, sin embargo es invisible en la Contabilidad Nacional"[17], y ello aumentará exponencialmente por la urgencia de encontrar alternativas a los problemas que no podrán resolver ni el mercado, ni los hogares ni el Estado. Si se prevé que para 2050 la demanda aumente un 50% más que en la actualidad[18] es preciso ponerse a trabajar inmediatamente en ello.

Si se quiere tener una visión completa de la economía no se puede ignorar lo que la mitad de la población hace la mitad del tiempo.[19] El trabajo de las mu-

16 BENERÍA, et al. 2018, p. 97.
17 DURÁN HERAS, M. Ángeles. La riqueza invisible del cuidado. Valencia: Universitat de València, 2018, p. 373.
18 Ibídem, p. 481.
19 MARÇAL, 2016, p. 67.

jeres (o los trabajos de cuidados sin considerar quien lo ejerce, aunque sabemos que son mayoritariamente ejercidos por las mujeres, también ahora) se da por descontado, es "una estructura invisible e indeleble".[20] Como las tareas domésticas son cíclicas, no crean bienes tangibles que se puedan comercializar y por tanto no se consideran una "tarea económica". La economía feminista pone en valor las actividades que no producen bienes tangibles pero que son imprescindibles para mantener la vida, las familias, en definitiva, la estructura social. La idea de que sin aquéllas la vida no se sostiene tiene que ser el fundamento y la justificación de las políticas socioeconómicas.

Desde una perspectiva económica y política, la sociedad descansa sobre dos pilares fundamentales: la producción de bienes que necesitamos para nuestra subsistencia y la producción de "nosotros mismos" porque nos necesitamos.[21] Sin embargo, lo que los hombres controlan y explotan de ese modo de producción por el que nos relacionamos, no es el trabajo de las mujeres y el poder del trabajo sino el amor, y el poder de vida resultante de ese modelo de producción.[22] Los vínculos y dependencias económicas, jurídicas etc que han existido entre mujeres y hombres a través de la Historia se han debilitado, quedando el vínculo natural: "la dependencia del amor" siendo una de sus manifestaciones la necesidad de cuidados y afectos.

Como argumenta Katrine Marçal[23] la economía debería haberse organizado en torno a lo que es importante para la gente, en lugar de eso lo que se hizo fue "redefinir a las personas para que se ajustaran a una idea de economía", y si "de verdad hubiésemos querido preservar el amor y el cuidado en nuestras sociedades", en lugar de apartarlos de la idea central de economía "deberíamos haberlos apoyado con dinero y recursos".

Pero además es importante que las mujeres estén presentes en los puestos de dirección para que las políticas se diseñen desde la ética del cuidado. No estamos diciendo que los hombres no la tengan en cuenta pero mayoritariamente y como producto de una socialización y de una educación y cultura determinada las mujeres la han desarrollado y están mejor preparadas. El siguiente paso es hacerla extensiva a los hombres y que llegue socialmente, es decir que la sociedad sea corresponsable de las tareas de cuidados. Sin embargo las mujeres aunque ocupan un 70 % del sector sociosanitario están infrarrepresentadas en la gestión de puestos directivos y también en la representación política y esa es la despro-

20 Id., p.67.
21 JÓNASDÓTTIR, Anna. El poder del amor, ¿le importa el sexo a la democracia? Madrid: Cátedra, 1993, p. 53-65.
22 Id., p. 70.
23 MARÇAL, 2016, p. 127.

porción que queremos abordar en el trabajo y poner el foco en la importancia de equilibrar la balanza para lograr la igualdad.

II. La ética del cuidado y el liderazgo de mujeres

El concepto de ética del cuidado es ya un concepto recurrente en los estudios feministas que tuvo su origen en las investigaciones de Carol Gilligan[24] sobre el desarrollo de la psicología evolutiva en mujeres y hombres y los "dos" diversos modos de hablar de problemas morales, de esas dos diversas "éticas", la de la justicia y los derechos con la que supuestamente se identificaban más los hombres; y, la del cuidado y la responsabilidad, con la que mejor se reconocían las mujeres.

Ambas éticas se basan en la igualdad, sin embargo la moral de los derechos se centra en la comprensión de la imparcialidad y la ética de la responsabilidad se centra en el reconocimiento de las diferencias de necesidad.[25] Ambas son complementarias[26] sin qu la ética del cuidado deba suponer "dependencia o subordinación", y ambas constituyen "dos perspectivas morales que organizan tanto el pensamiento como los sentimientos y empoderan al sujeto a tomar diferentes tipos de acciones tanto en la vida pública como privada".[27] Dicho esto en palabras de la propia autora, es preciso matizar que no siempre ha sido entendida de este modo la diferencia y el concepto de la ética del cuidado ha sido muchas veces puesto en tela de juicio por el temor a la dependencia de la ética de los derechos, de una moral más racional patrocinada por los hombres y obviamente por el riesgo de una asignación esencialista, sin embargo hay que aclarar que la reivindicación de esta ética del cuidado que hacemos en 2021 es una reivindicación universal para asumirla como un principio inspirador de la ética del nuevo modelo cultural, social, económico y de justicia en relación con el principio de la solidaridad.[28]

La crisis producida por el covid-19 reclama revalorizar el cuidado y el colectivo de personas cuidadoras, que casualmente son mujeres, por eso se alerta sobre el riesgo de que siga recayendo en las mujeres. Incluso ante la coincidencia demostrable de que los países gobernados por mujeres han gestionado mejor la crisis sanitaria (Kohan, 2020) hay un empeño en matizar que la causa de la posible mejor gestión no debe descansar en rasgos diferenciales y que puede de-

24 GILLIGAN, Carol. La moral y la teoría, Psicología del desarrollo femenino. Fondo de Cultura Europea, México, 1985, p. 13.
25 Id., p. 266.
26 Id., p. 280.
27 GILLIAN, 1985, p. 209.
28 CAMPS, Victoria. El siglo de las mujeres. Madrid: Cátedra, 2000, p. 69-77.

berse a muchas otras variables. Cierto, pero también lo es que, debido a una educación determinada, estamos mejor dotadas de cualidades para la empatía, la comunicación y la gestión de conflictos de cuidados. No se trata de cualidades innatas sino aprendidas, por lo que de la misma manera que las hemos aprendido las mujeres pueden aprenderlas los hombres. De este modo pueden extenderse a toda la sociedad o todas las sociedades a través de la educación y de la reconstrucción del sistema social que hace muchos años se encargó de atribuir roles y cualidades a las personas en función de su sexo. Si nacías mujer estabas asignada a los cuidados y si nacías varón estabas exento de su aprendizaje y de su práctica. Con el tiempo se fue equilibrando el ámbito profesional pero no del todo: según el informe de ONU Mujeres ante la crisis del covid (Bathia, 2020), la presencia de mujeres en los foros internacionales de estudio y gestión de medidas ante la crisis es significativamente menor a la de los hombres; por tanto, el mando de la gestión sigue siendo masculino. Por otro lado, en los hogares las mujeres siguen asumiendo la carga de los cuidados. La crisis sanitaria covid-19 ha intensificado la brecha de cuidados y la balanza se ha decantado claramente por aumentar la carga en las mujeres.

Así tenemos los cuidados "cosa" de mujeres, la gestión de las crisis de cuidados "cosa" de hombres porque son quien, en su mayoría están en los principales cargos o puestos en la administración pública y también en las grandes corporaciones y otras empresas privadas con relevancia en el sector sociosanitario.

i) Una realidad desproporcionada: liderazgo, representación política y asunción de los cuidados

Como dice Phumzile Mlambo-Ngcuka, Directora Ejecutiva de ONU Mujeres, "las mujeres constituyen el 70% de las trabajadoras del sector sanitario y social, y realizan en el hogar el triple de trabajo de cuidado no remunerado que los hombres. Sin embargo, se las excluye sistemáticamente de los órganos de decisión que implementan protocolos de emergencia para salvar vidas en los entornos de atención a la salud". Mientras que los hombres están universalmente representados en los órganos de toma de decisiones en torno a la respuesta de la COVID-19, las mujeres están sistemáticamente subrepresentadas entre quienes se encargan de adoptar decisiones políticas, sanitarias y económicas. En el mejor de los casos, esto perpetúa la falsa percepción de que los hombres son mejores gestores de crisis. En el peor de los casos, las respuestas presupuestarias y políticas de la crisis sanitaria que excluyen a las mujeres de las consultas o la toma de decisiones — o que no tienen en cuenta el impacto de género en absoluto — no sólo son menos eficaces, sino que pueden causar daños.

Según informe de ONU Mujeres[29], las mujeres constituyen el 70% de las/os trabajadoras/es del sector sanitario y social. Por tanto, las mujeres están sobrerrepresentadas entre el personal de la primera línea de respuesta ante la crisis sociosanitaria, como enfermeras, paramédicas, limpiadoras, trabajadoras de (super)mercados, maestras y cuidadoras de niñas/os; pero también están sobrerrepresentadas en los sectores más afectados económicamente por la pandemia, como la hostelería y el turismo, y trabajan de forma desproporcionada en empleos inseguros, lo que las hace correr un mayor riesgo de perder sus ingresos a corto, mediano y largo plazo.

Antes de que la covid-19 se convirtiera en una pandemia universal, las mujeres realizaban tres veces más trabajos de cuidado y domésticos no remunerados que los hombres. Cuando los sistemas de salud están sobrecargados, se incrementa la carga de tareas de cuidados también en el hogar y esa carga ha recaído mayoritariamente en las mujeres.

Además, a ello hay que añadir las restricciones de movimiento, pueden impedir la capacidad de las mujeres para ganarse la vida y satisfacer las necesidades básicas de sus familias, como se observó en anteriores brotes de enfermedades. Y también queda reducido el acceso de las niñas a la igualdad de oportunidades educativas.

Además está el problema de la violencia de género que ha aumentado durante la pandemia, con los hogares sometidos a crecientes tensiones derivadas de las preocupaciones por la seguridad, la salud, el dinero y las condiciones de vida estrechas y confinadas. Las mujeres se ven obligadas a quedarse en casa con sus abusadores, y las mujeres sin hogar y refugiadas se encuentran en una mayor situación de vulnerabilidad y con menos oportunidades de encontrar un refugio con los requisitos de salud y seguridad adecuados.

El distanciamiento social y el confinamiento obligado de emergencia afectan negativamente el acceso de las mujeres a la atención médica, ya que la covid-19 es prioritaria en los hospitales. Los servicios de salud sobrecargados a menudo desvían recursos de los servicios que las mujeres necesitan, incluido el acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva, que corren el riesgo de verse afectados negativamente. En muchos países, las mujeres y las organizaciones de mujeres dependen en gran medida de la ayuda extranjera y la asistencia humanitaria, incluido el apoyo de las organizaciones no gubernamentales internacionales y locales. En los países donde hay mayor participación de las mujeres en las ins-

29 CHILDS, Sarah; PALMIERI, Sonia (autoras). BALLINGTON, Julia (ONU Mujeres); BOROVSKY (ONU Mujeres) (colaboradoras). Manual para la acción parlamentaria: respuestas sensibles al género ante la covid-19. Disponible en: <https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2020/a-primer-for-parliamentary-action-gender-sensitive-responses-to-covid-19-es.pdf?la=es&vs=3611>. 24 de abril de 2020.

tituciones públicas la situación es mejor sin embargo, la desproporción entre los tareas del cuidados, ocupadas casi en su totalidad por mujeres y las de gestión, mayoritariamente por hombres, es evidente a pesar de que hay evidencias que muestran que las mujeres han sabido gestionar mejor las crisis de cuidados y son capaces de empatizar mejor con las necesidades de cuidados.

A continuación se muestran algunos datos y algunas reflexiones sobre los aspectos más relevantes en la gestión de las crisis de cuidados por parte de las mujeres desde las instituciones públicas, especialmente durante la pandemia covid que comenzó oficialmente en marzo de 2020 y todavía se encuentra sin solución.

II) Liderazgo y gobierno de mujeres en la pandemia[30]

La mayoría de países que han contenido los efectos de la pandemia de la covid-19 y reaccionan con más éxito ante sus impactos sanitarios y socioeconómicos más amplios están dirigidos por mujeres. Por ejemplo, las jefas de gobierno de Dinamarca, Etiopía, Finlandia, Alemania, Islandia, Nueva Zelanda y Eslovaquia han recibido un gran reconocimiento por la rapidez, la decisión y la eficacia de su respuesta nacional ante la covid-19, así como por la manera amable de comunicar datos de salud pública basados en hechos. Se ha observado, especialmente durante la pandemia, que el liderazgo femenino contribuye a lograr una toma de decisiones más inclusiva y una gobernanza más representativa.[31] Sin embargo, las mujeres son jefas de Estado y de gobierno en tan sólo 22 países del mundo[32] y constituyen solo el 25 por ciento de los cargos parlamentarios y ostentan el 27 por ciento de los puestos directivos a pesar de que se ha estudiado que las mujeres poseen mayores cualidades humanas, capacidad de comunicación y la construcción efectiva de equipos.[33]

Efectivamente su capacidad de comunicación y la forma empleada para hacerlo ha sido también un interesante objeto de análisis. Se ha estudiado cómo han sido sus discursos y si aportan diferencias sustanciales con los discursos de los

30 FREIZER, Sabine (autora); AZCONA, Ginette; BEREVOESCU, Ionica (datos y estadísticas); COOKSON, Tara Patricia (editora). ONU Mujeres (2020). Covid y liderazgo de las mujeres, para responder con eficacia y reconstruir mejor, Documentos de política n. 18. Disponible en: <https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2020/policy-brief-covid-19-and-womens-leadership-es.pdf?la=es&vs=1823>. 30 de junio de 2020.

31 ONU Mujeres. ¿Por qué el liderazgo de las mujeres no figura en los titulares? Cinco historias sobre el liderazgo de las mujeres. Disponible en: <https://www.unwomen.org/es/news/stories/2020/9 /compilation-five-stories-of-womens-leadership> 14 de septiembre de 2020.

32 ONU Mujeres. Hechos y cifras: Liderazgo y participación política de las mujeres. Disponible en: <https://www.unwomen.org/es/what-we-do/leadership-and-political-participation/facts-and-figures> actualizada en enero de 2021; y ONU Mujeres. Tema del Día Internacional de la Mujer 2021: "Mujeres líderes: Por un futuro igualitario en el mundo de la Covid-19". Disponible en: <https://www.unwomen.org/es/news/stories/2020/11/announcer-international-womens-day-2021> 10 de noviembre de 2020.

33 RRHHPress. El covid-19 impone un nuevo estilo de liderazgo en las empresas. Disponible en: <https://www.rrhhpress.com/tendencias/50492-el-covid-19-impone-un-nuevo-estilo-de-liderazgo-en-las-empresas> 30 de septiembre de 2020.

hombres o los discursos masculinos. Se han analizado[34] los discursos de 20 jefes de gobierno de todo el mundo (Bangladesh, Bélgica, Bolivia, Brasil, República Dominicana, Finlandia, Francia, Alemania, India, Indonesia, Nueva Zelanda, Níger, Noruega, Rusia, Sudáfrica, Escocia, Sint Maarten, Reino Unido, Estados Unidos y Taiwán) para poner de relieve las diferencias entre hombres y mujeres líderes en la discusión del covid-19 desde un enfoque analítico inductivo, codificando discursos para temas específicos basados en el lenguaje y el contenido.

De un total de 122 discursos sobre covid-19, realizados por jefes de gobierno, en los que todos los líderes describieron el impacto económico de la pandemia, las mujeres hablaban con más frecuencia sobre el impacto a escala individual. Las mujeres líderes también hacían alusión más a menudo a una gama más amplia de servicios de bienestar social, incluyendo: salud mental, abuso de sustancias y violencia doméstica. Tanto hombres como mujeres de entornos de menores recursos describieron detalladamente las ayudas financieras y las medidas de bienestar social que afectaría a la mayoría de sus poblaciones aunque el tono y la empatía se mostraban diferentes. En líneas generales este análisis no determina si hombres o mujeres son líderes más eficaces para responder a la pandemia covid-19, pero sí proporciona información sobre las diferencias en los tonos de los mensajes y prioridades de los líderes políticos para inspirar la adhesión de los ciudadanos al contrato social en la adopción de medidas de respuesta y recuperación.

En esta pandemia las mujeres han estado en la primera línea de todos los frentes, desde jefas de Gobierno o legisladoras hasta trabajadoras sanitarias y líderes comunitarias o asociaciones de mujeres que han asumido gran parte de la responsabilidad para frenar los contagios y ayudar a las personas más necesitadas, y sin embargo están permanentemente fuera de los procesos de toma de decisiones.

Su participación e influencia son necesarias en el diseño, la implementación y el seguimiento de las leyes, las políticas y los presupuestos relacionados con el covid-19 en todos los ámbitos de decisión: desde el local al nacional, pasando por el regional hasta el internacional. Sumado a los devastadores efectos sanitarios, sociales y económicos del covid-19, la pandemia también está repercutiendo ampliamente en los procesos políticos, las instituciones y las políticas ya que los confinamientos restringen la libertad de movimiento y la libertad de disfrutar de muchos otros derechos humanos. La pandemia está afectando el acceso a los derechos políticos; por ejemplo, de los 66 países estudiados por la Unión Interparlamentaria, el 20% había suspendido sus parlamentos en junio de 2020. A fines

34 DADA, Sara et al. Words matter: political and gender analysis of speeches made by heads of government during the covid-19 pandemic. BMJ Global Health, 2021.

de mayo, 64 países y territorios de todo el mundo habían pospuesto o cancelado sus elecciones nacionales y subnacionales.[35]

Para que las mujeres puedan asumir su rol de liderazgo y participar plenamente en la ayuda de reconstrucción es importante reconocer lo que las líderes están haciendo, garantizar una representación equilibrada en los cuerpos de toma de decisiones, la inclusión de su conocimiento experto y el financiamiento de intervenciones con perspectiva de género. La actuación de las Jefas de Gobierno de Alemania, Dinamarca, Eslovaquia, Etiopía, Finlandia, Islandia y Nueva Zelandia ha sido reconocida por su eficacia y celeridad en las medidas dirigidas a "aplanar la curva" — como el confinamiento, el distanciamiento social y la aplicación de pruebas masivas para detectar el virus —, y también por la transparencia y la comunicación compasiva de la información sobre salud pública basada en datos. El estilo de liderazgo de las dirigentes en la respuesta al covid-19 se ha descrito como más colectivo que individual, más colaborativo que competitivo y más orientativo que imperativo.

En todo el mundo, a fecha de 1 de enero de 2020, sólo el 21,3% de los ministros eran mujeres. En solo 30 gabinetes de todo el mundo, las mujeres representan al menos el 40% de los ministros. La subrepresentación de las mujeres como ministras de salud es especialmente preocupante. Si bien las mujeres conforman el 70% del personal del sector sanitario, solo el 24,7% de los ministros de salud del mundo son mujeres, y estas a su vez ejercen sólo el 25% de las funciones superiores en las instituciones de salud. Entretanto, el 72% de los funcionarios ejecutivos de las organizaciones mundiales de salud son hombres. La representación de las mujeres en los medios de comunicación también es escasa. La evidencia disponible sugiere que en los medios se cita sólo a una mujer por cada tres hombres cuando se habla de la pandemia.[36]

La participación de las mujeres también se hace necesaria en los grupos de respuesta de emergencia, en los equipos de tareas y en los centros de operaciones. Sin embargo, estos equipos tienden predominantemente a reclutar servicios de policía, bomberos y transporte — donde las mujeres ocupan escasos puestos de liderazgo — y en general incluyen a pocas expertas en salud, educación, asuntos sociales o de los mecanismos nacionales para la igualdad de género. La representación desigual pone a las necesidades específicas de las mujeres en riesgo de quedar omitidas en los procesos de desarrollo, examen y seguimiento de las políticas, planes y presupuestos asociados a la lucha contra el covid-19, incluida la recuperación económica y la resiliencia sanitaria. Por eso urge garantizar un equi-

35 ONU Mujeres, Id. 2020, Id. 2021.

36 ONU Mujeres, Id. 2020, Id. 2021.

librio de género en los organismos de toma de decisiones, especialmente para dar respuesta a la crisis covid-19 y su recuperación, pero también para la preparación para futuras crisis sanitarias. Estos deberían supervisar la composición de género de los grupos de trabajo, comisiones de gestión de la crisis y demás equipos designados para la respuesta al covid-19, y también garantizar que los órganos de decisión comprometidos en la respuesta al covid-19 incluyan especialistas en género.

Es posible exigir la rendición de cuentas de los gobiernos respecto de sus compromisos con el equilibrio de género en los órganos y comités públicos (como se enuncia en la Plataforma de Acción de Beijing de 1995) poniendo a disposición del público toda información relativa a la representación de las mujeres en la toma de decisiones sobre el covid-19. Cuando no exista tal equilibrio, deberían adoptarse medidas especiales de carácter temporal como las cuotas de género. Recurrir a los mecanismos e instituciones para la igualdad de género en la respuesta a la pandemia. En la actualidad, al menos 192 países poseen mecanismos o puntos focales dedicados a la igualdad de género, aunque su influencia y eficacia varía según cada contexto nacional.

Es imprescindible garantizar que las preocupaciones relativas a la igualdad de género queden incorporadas en el diseño y la implementación de las políticas de respuesta al covid-19 y los presupuestos nacionales. Los gobiernos y los órganos legislativos deben garantizar que las políticas y los presupuestos aprobados para la respuesta al covid-19 se nutran de datos desagregados por sexo, incluir los resultados de las evaluaciones y los análisis sobre el impacto de género, y disponer de medidas para supervisar el efecto de la respuesta al covid-19 en las mujeres y las niñas. Por ejemplo, Canadá y España desplegaron sistemas de análisis de género preexistentes en sus esfuerzos al covid-19, lo que les ayudó a diseñar medidas para promover la igualdad de género y garantizar el acceso a los servicios críticos para las mujeres desde el primer momento. En el análisis se mostraban algunas brechas de financiamiento en los refugios para mujeres y centros de asistencia de Canadá, por ejemplo. El Gobierno atendió esta dificultad con rapidez mediante la provisión de hasta 50 millones de dólares canadienses destinados a aumentar la capacidad para asistir o prevenir casos de violencia doméstica durante la pandemia. Allí donde aún no se estén produciendo este tipo de soluciones, los parlamentos deberían tener la oportunidad de indagar acerca de los efectos de género de las políticas y las reasignaciones y recortes presupuestarios propuestos para enfrentar al covid.

Reconocer y remover las barreras a la participación política de las mujeres debe ser prioritario incluyendo la brecha digital que deja fuera de acción a las mujeres en muchos lugares. Es necesario considerar las desigualdades y las normas sociales discriminatorias al momento de crear nuevos modos de participación y decisión. Por ejemplo, los gobiernos deberían sopesar el impacto que tendrán las

medidas de emergencia en el ejercicio de los derechos políticos de las mujeres, entre otros ámbitos, en el legislativo, de las consultas públicas y el electoral durante la pandemia de covid-19. Es posible que necesiten entablar acuerdos laborales flexibles y otras medidas para garantizar que las mujeres no queden excluidas de los procesos gubernamentales clave por causa de las responsabilidades domésticas y de cuidados adicionales.

iii) Mujeres en los parlamentos

Las mujeres constituyen el 70% del personal del sector sanitario y social, pero sólo el 25% de las/os legisladoras/es nacionales. Es crucial que las mujeres tengan representación parlamentaria, su presencia, visibilidad, intereses y gestión de las crisis de cuidados justifican más que nunca su lugar en los parlamentos, aunque en realidad no habría que acudir a una justificación más allá del significado de la democracia paritaria que significa aportar de manera igualitaria el 50% de las inteligencias, el 50% de las capacidades.

Al margen de eso es imprescindible para la igualdad y para el bienestar de toda la población asegurar que toda legislación dé respuesta a la emergencia y recuperación, que los paquetes y presupuestos de emergencia y/o socorro se hayan elaborado sobre la base de datos desagregados por sexo, análisis de género y consultas con expertas/os en cuestiones de género, e incluyan una evaluación de impacto diferenciado para mujeres y niñas. Introducir o apoyar enmiendas a la legislación de respuesta y recuperación, paquetes de estímulo y presupuestos, políticas de protección social - o introducir nuevas leyes que rectifiquen cualquier discriminación de género identificada o medida que exacerbe la desigualdad de género.

También hay que estudiar si alguna legislación que tuviera por objeto promover los derechos de las mujeres, y que ya estaba programada o prevista para los próximos seis a 12 meses, se retrasará como resultado de la covid-19 (por ejemplo para la eliminación de las violencias contra las mujeres, la protección de la salud y los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, la igualdad de remuneración, la eliminación de las leyes discriminatorias, o cualquier medida especial y legislación para la igualdad de género).

Y por último abogar por el establecimiento de un órgano parlamentario centrado en igualdad de género y/o nombrar a parlamentarias/os para que participen en las investigaciones y audiencias parlamentarias relacionadas con la covid-19 que consideren la elaboración de presupuestos con enfoque de género y las políticas públicas relacionadas con covid-19 en las mujeres y niñas, estudiando de manera específica cualquier recorte presupuestario y de los programas o iniciativas destinados a apoyar a las mujeres y la igualdad de género.

Concluyendo, creo firmemente que un nuevo modelo basado en la atención y el cuidado a las personas como eje de las políticas públicas inspiradas también por la igualdad y la paridad en las instituciones y la presencia de las mujeres en todos los ámbitos es imprescindible para la reconstrucción de una sociedad que debe sobreponerse tras la emergencia pandémica y todas sus consecuencias. La participación de las mujeres en la política aporta además una mirada diferente más cuidadosa e inclusiva. Puede servirnos como ejemplo las propuestas por parte de los gobiernos municipales liderados por mujeres[37] para transformar las ciudades haciéndolas más inclusivas, corresponsables y seguras para todas las personas. Se trata en definitiva de combinar la presencia de las mujeres en los cargos políticos con un estilo de gobernanza basado en una ética del cuidado feminista.

37 GINESLEL, Tomás G. El liderazgo femenino en la gestión urbana para ciudades más inclusivas. Disponible en: <https://blogs.iadb.org/ciudades-sostenibles/es/el-liderazgo-femenino-en-la-gestion- urbana-para-ciudades -mas-inclusivas/>. 1 de julio de 2019.

Estado de necessidade administrativo e o papel do federalismo brasileiro na pandemia de covid-19

Carlos Bolonha [1]
Daniel Mitidieri Fernandes de Oliveira [2]

O vírus Sars-Cov-2[1] iniciou uma pandemia de covid-19 em março de 2020. A Organização Mundial de Saúde – OMS reconheceu o estado pandêmico precisamente quando 114 países já se encontravam afetados pela doença e mais de quatro mil pessoas já haviam perdido a vida.[2] Os prognósticos indicavam avanço exponencial das contaminações. Ao longo daquele ano, praticamente todos os países do mundo seriam atingidos, muito mais pessoas morreriam e alguns discursos políticos, notadamente do presidente do Brasil e dos EUA, colocariam em dúvida as origens do vírus, os reais propósitos da OMS e o que fazer para enfrentar a emergência.

Fosse como fosse, o novo coronavírus submeteu as administrações públicas, não só do Brasil, mas de centenas de nações, a um estado de necessidade administrativo. Portanto, o objetivo primeiro deste estudo é organizar as ideias fundamentais em torno dessa categoria jurídica, ainda pouco explorada pela dogmática brasileira.[3] Assim, o tema será analisado a partir de quatro recortes: o que é o estado de necessidade administrativo; quem decide sobre ele; quem enfrenta a realidade na prática; e quem controla sua efetiva ocorrência.

Em segundo lugar, o artigo sugere que a pandemia brasileira uniu as teorias de exceção ao federalismo, trazendo uma nova função para essa forma de organização do Estado. Concretamente falando, a tese do artigo é que a atividade de prefeitos e governadores brasileiros, muito antes que qualquer lei ou a própria atuação do presidente da República, constituiu o principal parâmetro de salvaguarda da saúde pública dos brasileiros. A tentativa de contenção da pandemia se deu no primeiro ano pela atuação preponderante dos executivos subnacionais, a despeito de os referenciais teóricos apontarem que esse papel relevante caberia ao executivo nacional ou ao legislador pátrio.

---

1 Jornal da USP. A origem do Sars-CoV-2. 16 de abril de 2020. Disponível em: <https://pfarma.com.br/ coronavirus/5439-origem-covid19.html>. Consultado em 31.03.21.

2 BBC News Brasil. Coronavírus: OMS declara pandemia. 11 de março de 2020. Disponível: <https:// www.bbc.com/portuguese/geral-51842518>. Consultado em 31.03.2020.

3 MIRANDA, Juliana Gomes. Teoria da Excepcionalidade Administrativa: A Juridicização do Estado de Necessidade. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

Contudo, também será demonstrado que esse controle federativo local, apesar de ter sido essencial, é subótimo se a colaboração do presidente da República, autoridade de coordenação nacional em tempos de crise, não se fizer presente. Afinal, é na União que a maior fatia do orçamento nacional está concentrada. Sem recursos financeiros, tudo fica mais difícil. Além disso, as relações exteriores são de responsabilidade do Executivo Federal, máxime no que se refere à articulação para aquisição de vacinas e insumos de saúde, provenientes de países exportadores e empresas estrangeiras geradoras de *know how.*

I. O ESTADO DE NECESSIDADE ADMINISTRATIVO: O QUE É E SUAS PRINCIPAIS DISPUTAS TEÓRICAS

1) O QUE É O ESTADO DE NECESSIDADE ADMINISTRATIVO?

O estado de necessidade administrativo é uma situação de fato urgente que leva a Administração Pública a adotar medidas contra lei ou sem lei previamente existente, tensionando o princípio da legalidade, pilar fundamental do Estado de Direito.[4] Por ser uma ocorrência que diz respeito ao direito público, o estado de necessidade administrativo não tem relação próxima com as figuras do estado de perigo do direito civil ou com o estado de necessidade do direito penal. A ideia geral, porém, é similar: todas essas categorias jurídicas excepcionam, em alguma medida, a autoridade suprema da lei.[5]

Destaca-se que a Administração Pública em situação de necessidade não recebe um aval amplo do Direito para violar todas as leis vigentes.[6] A ideia não transforma o Estado de Direito em estado de arbítrio generalizado. O estado de necessidade tolera que, para contornar a situação de fato danosa, urgente e imprevista, pode o Poder Público, por meio de diretrizes baseadas em conhecimentos técnicos justificados, inovar e até mesmo desconsiderar topicamente certas regulamentações normativas aplicáveis em período de normalidade, ante a premissa de que *ad impossibilia nemo tenetur*.[7]

---

4 RIVERO, Jean. Direito Administrativo. Coimbra: Almedina, 1981, p. 99.

5 BINENBOJM, Gustavo. Poder de Polícia, Ordenação, Regulação: Transformações Político-Jurídicas, Econômicas e Institucionais do Direito Administrativo Ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 149. "Para ordenamentos jurídicos, como o brasileiro, que não contemplam norma expressa atinente ao estado de necessidade administrativo, a atuação extraordinária da Administração Pública pode ser legitimada por um regime de juridicidade contra legem. Tal regime tem os seguintes elementos estruturantes: (i) a excepcionalidade do perigo, atual ou iminente; (ii) o seu caráter necessariamente transitório; (iii) a boa-fé das autoridades administrativas; (iv) a proporcionalidade das medidas adotadas à essencialidade dos bens, direitos ou interesses a preservar; (v) a sua sujeição a mecanismos de accountability, inclusive mediante responsabilização civil do Estado pelos danos eventualmente resultantes para terceiros".

6 STF. Plenário. ADI 6421 MC/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 20 e 21/5/2020 (Info 978) e STF. Plenário. ADI 6394/AC, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 20/11/2020 (Info 1000).

7 OTERO, Paulo. Legalidade e Administração Pública: O Sentido de Vinculação Administrativa à Juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003, p. 997.

Com efeito, o estado de necessidade no direito público se subdivide em estado de necessidade constitucional e em estado de necessidade administrativo. O estado de necessidade constitucional coloca em risco toda a ordem constitucional vigente.[8] E, não raro, leva a um processo constituinte. São três os cenários de necessidade constitucional: 1) violação reiterada da Constituição; 2) fidelidade à Constituição leva à ruína do país; 3) insurreição generalizada. Trata-se de um problema de saúde da própria cultura constitucional, que desagrega os atores políticos e gera instabilidade permanente.[9]

A necessidade constitucional decorre do fracasso das instituições governamentais em lidar com os conflitos. Todavia, é preciso registrar que os conflitos são inerentes a qualquer sistema constitucional, sobretudo os de natureza democrática.[10] De tal modo, a existência de conflito em si não representa um problema que o direito constitucional deva abolir. Na verdade, o conflito é natural da política e decorre do fato do pluralismo. Constituições servem para lidar com conflitos, acomodando-os. A necessidade constitucional vai ocorrer somente quando a Constituição se tornar incapaz de mediar as disputas intestinas ao tecido social.

Já o estado de necessidade administrativo não tem ligação com os conflitos de escala constitucional. Não demanda uma nova Constituição. São estados independentes. Um pode ocorrer sem que o outro ocorra. O estado de necessidade administrativo, portanto, surge de uma crise operacional provocada pela emergência de fenômenos metajurídicos e não mapeados com antecedência, que vão afetar sobremaneira a burocracia do Estado, e principalmente setores da sociedade civil.[11] São exemplos disso os atentados terroristas, os eventos extremos da natureza e as pandemias.[12]

Pode ter emergência sem crise, e o direito encontra respostas para emergências em várias leis, mas não pode haver crise sem emergência. Nesse passo, a emergência que detona o estado de necessidade administrativo é de uma grandeza até então não dimensionada, que leva a ordem jurídica e social a uma situação de crise aguda. E essa crise vai gerar duas consequências: vazio normativo e controle judicial fraco sobre as ações do Estado para seu enfrentamento, o que alguns autores alegam ser uma verdadeira exceção ao próprio conceito de Estado

---

8 LEVINSON, Sanford; BALKIN, Jack M. Constitutional Crises. University of Pennsylvania Law Review, vol. 157, fev/2009, nº 3, p. 707-753.

9 Ibidem, p. 707-753.

10 "People generally use the term 'Constitutional Crisis' to describe periods when instituions of government are clearly in conflict. But the mere existence of conflict, even profound conflict, cannot be the definitons of crisis. Government institutions are always in conflict. (...) We therefore reject the notion that any situations in which institutions or actors are at loggerheads constitutes a crisis. Rather, we must reserve the term for a more especial class of situations." LEVINSON, Sanford; BALKIN, Jack M. Constitutional Crises. University of Pennsylvania Law Review, vol. 157, fev/2009, nº 3, p. 707-753.

11 VERMEULE, Adrian. Our Schmittian Administrative Law. Harvard Law Review, vol. 122, 2009, p. 1095.

12 Técnicas de estado...

de Direito.[13] Mas será que realmente existe exceção ao Estado de Direito? Em vez de sim ou não, a resposta é mais imprecisa do que se imagina.

II) As principais disputas teóricas em torno do estado de necessidade administrativo: existe exceção ou não ao Estado de Direito?

O Estado de Direito é caracterizado por legisladores regulamentando as situações hipotéticas do cotidiano; e os juízes revisando os atos materiais de particulares e autoridades públicas na aplicação do direito positivo. No campo do direito administrativo, é aconselhável que a Administração Pública não atue sem prévia autorização legal.[14] Em reforço à noção de legalidade, Jacques Chevallier radica o Estado de Direito na submissão do Poder Público ao que decidido pela atividade jurisdicional. Em síntese, o Estado de Direito pode ser identificado com a combinação da lei democraticamente aprovada por representantes eleitos pelo povo, garantida, sempre que for o caso, pelo exercício de uma jurisdição independente, imparcial, efetiva e tempestiva.[15] Isso significa que não bastam leis abstratas, são necessárias também instituições organizacionais para fazer valer o projeto de limitação e controle do poder político.

O estado de necessidade administrativo, por ser uma emergência crítica, incapaz de ser antecipada do ponto de vista qualitativo por leis e enfrentada em tempo real por parlamentares, leva à mitigação do princípio de que os administradores devem agir sempre com base em uma autorização legal prévia. Demais disso, os próprios juízes não possuem conhecimento específico para controlar estreitamente as ações administrativas *nascidas nesse contexto* com o mesmo nível de informação que a Administração Pública. Logo, o estado de necessidade enseja que administradores decidam em vazios normativos (*legal holes*), de maneira que não possam ser, ordinariamente, responsabilizados.[16]

---

13 "(…) the main point I want to suggest is not that black and grey holes are desirable; it is that they are inevitable." VERMEULE, op. cit.

14 MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso de Direito Administrativo. 28ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 359.

15 "No coração da teoria do Estado de Direito, há, então, o princípio segundo o qual os diversos órgãos do Estado somente podem agir em virtude de uma habilitação jurídica: todo uso da força material deve estar fundado numa norma jurídica; o exercício do poder se transforma em uma competência, instituída e enquadrada pelo direito. Na medida em que os órgãos de Estado estão assim limitados, pelo respeito às normas superiores, o Estado de Direito tende a se apresentar sob o aspecto formal da hierarquia das normas. A teoria do Estado de Direito postula, em primeiro lugar, a submissão da administração ao direito; a administração deve obedecer às normas que constituem, por sua vez, o fundamento o quadro e os limites de sua ação; e essa submissão deve ser garantida pela existência de um controle jurisdicional exercido, seja pelo juiz ordinário (Justizstaat) seja por tribunais especiais. (Sondergerichte)." CHEVALLIER, Jacques. O Estado de Direito. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 14.

16 "(...) we argue that in the modern administrative state the executive governs, subject to legal constraints that are shaky in normal times and weak or nonexistent in times of crisis". VERMEULE, Adrian; POSNER, Eric. The Executive Unbound: After the Madisonian Republic. New York, Oxford University, 2010, p. 4.

Na pandemia de covid-19, o uso compulsório de máscaras, o distanciamento social e as restrições gerais de circulação de pessoas em estabelecimentos privados de acesso ao público foram autorizados em lei genérica da União, sem maiores detalhes, e implementados pelas administrações dos Estados e dos Municípios imediatamente. O Poder Judiciário reconheceu, por sua vez, a relevância da normatização, que tinha na ciência sua fonte principal de legitimação. A deferência da Justiça e dos legisladores ao saber especializado durante o estado de necessidade administrativo leva a uma situação de abnegação dialética do Direito, segundo a qual a superação episódica da ordem jurídica é o que vai justamente recompor o direito à saúde até então ameaçado.[17]

Apesar disso, as demais regras jurídico-administrativas seguem respeitando o rito procedimental típico do Estado de Direito. Como dito acima, o estado de necessidade, ou a exceção administrativa, não é uma cláusula geral de anarquia jurídica, tornando o arbítrio norma de conduta. Aliás, esse ponto é importante e impacta justamente na questão de como controlar essas situações de necessidade. A inevitabilidade de fatos imprevisíveis na realidade da vida não pode levar o profissional do Direito a aceitar como legítima e digna de tutela qualquer subversão à ordem normativa. Por essa razão que não é tão simples a constatação de que situações de necessidade tencionem o Estado de Direito.

O professor Noa Ben-Asher reconhece que o tema da necessidade em direito público ganhou renovado fôlego doutrinário a partir dos eventos terroristas que marcaram o dia 11 de setembro de 2001.[18] Desde então, existem os teóricos normativistas (*legalists*), os quais se posicionaram de modo firme contra a possibilidade de ocorrência de exceção ao Estado de Direito, de que é exemplo desta-

17 Ementa: TUTELA DE URGÊNCIA EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONCESSÃO MONOCRÁTICA. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO PARA CONFERIR SOBREVIDA A MEDIDAS TERAPÊUTICAS E PROFILÁTICAS EXCEPCIONAIS PARA O ENFRENTAMENTO DA COVID-19. PROVIDÊNCIAS PREVISTAS NA LEI 13.979/2020 CUJA VIGÊNCIA FINDOU EM 31 DE DEZEMBRO DE 2020. RECRUDESCIMENTO DA PANDEMIA COM O DESENVOLVIMENTO DE NOVAS CEPAS VIRAIS. EMERGÊNCIA DE SAÚDE PÚBLICA QUE SE MANTÉM INALTERADA. INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO E PRECAUÇÃO. CAUTELAR REFERENDADA PELO PLENÁRIO. I - A Lei 13.979/2020, com o propósito de enfrentar de maneira racional e tecnicamente adequada o surto pandêmico, permitiu que as autoridades adotassem, no âmbito das respectivas competências, determinadas medidas profiláticas e terapêuticas. II – Embora a vigência da Lei 13.979/2020, de forma tecnicamente imperfeita, esteja vinculada àquela do Decreto Legislativo 6/2020, que decretou a calamidade pública para fins exclusivamente fiscais, vencendo em 31 de dezembro de 2020, não se pode excluir, neste juízo precário e efêmero, a conjectura segundo a qual a verdadeira intenção dos legisladores tenha sido a de manter as medidas profiláticas e terapêuticas extraordinárias, preconizadas naquele diploma normativo, pelo tempo necessário à superação da fase mais crítica da pandemia, mesmo porque à época de sua edição não lhes era dado antever a surpreendente persistência e letalidade da doença. III - A prudência - amparada nos princípios da prevenção e da precaução, que devem reger as decisões em matéria de saúde pública - aconselha que as medidas excepcionais abrigadas na Lei 13.979/2020 continuem, por enquanto, a integrar o arsenal das autoridades sanitárias para combater a pandemia. IV - Medida cautelar referendada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 8º da Lei 13.979/2020, com a redação dada pela Lei 14.035/2020, a fim de excluir de seu âmbito de aplicação as medidas extraordinárias previstas nos arts. 3º, 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F, 3º-G, 3º-H e 3º-J, inclusive dos respectivos parágrafos, incisos e alíneas.
(ADI 6625 MC-Ref, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 08/03/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-068 DIVULG 09-04-2021 PUBLIC 12-04-2021)

18 BEN-ASHER, Noa. Legalism and Decisionism in crisis, 71, Ohio, St. L. J. 699, 2010. Disponível em: <http://digitalcommons.pace.edu/lawfaculty/758/>.

cado o canadense David Dyzenhaus, enquanto, por outro lado, existem autores como Mark Tushnet e Adrian Vermeule que admitem um inegável protagonismo da Administração Pública e do Presidente da República em situações excepcionais, justificados na empiria, vindo a ser chamados de teóricos decisionistas (*decisionists*).

Mal comparando, os normativistas enxergam o Estado de Direito como o modelo atômico de John Dalton. Não haveria espaços vazios a serem preenchidos episodicamente e de acordo com a necessidade urgente do momento. O direito seria um fenômeno denso, compacto e maciço, tal como o átomo fora pensando por aquele cientista.[19] Haveria emergências, mas estas não seriam capazes de abalar os arranjos institucionais adotados em tempos de normalidade.[20]

Já os decisionistas enxergam o direito como uma massa aerada. Os vazios normativos, ainda que indesejáveis, são inevitáveis.[21] É a partir desses vazios normativos, em que o legislador não anteviu sua ocorrência e o juiz não os preenche, que se sustenta a relevância da Administração Pública do Poder Executivo.[22] A incerteza do Direito é o que permite a sobrevivência do Estado nos momentos de crise, não obstante isso leve ao protagonismo de um Poder em relação aos demais. O vazio do Direito é a sua resiliência.

Os dois enfoques teóricos são caudatários de dois autores antagônicos do século XX: pelos legalistas, o austríaco Hans Kelsen; e, pelos decisionistas, o alemão Carl Schmitt.

Hans Kelsen aproximou o método do Direito ao método das ciências naturais. Em seu livro Teoria Geral do Direito e do Estado, o referido professor sustenta que a lei da natureza é baseada no princípio da causalidade. O Direito, enquanto comportamento humano, não é regido por leis causais, mas por imputações. Independentemente disso, o Direito pertenceria, para Kelsen, à natureza, na medida em que o homem dela não pode ser completamente desacoplado. A diferença do Direito para a natureza é que ele é descrito a partir de uma norma-

---

19 "The rule of law is like the dough that persists throughout the roll with no exceptions." BEN-ASHER, Noa. Legal Holes, 5 Unbound: Harv. J. Legal Left 1, 2009. Disponível em: <http:// digitalcommons.pace.edu/lawfaculty/654/>.

20 "The powers are all involved in the rule-of-law project. They are committed to realizing principles that are constitutional or fundamental." DYZENHAUS, David. The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency. New York, NY: Cambridge University, 2013, p. 5.

21 "This Vermeulean account of the legal system can be vividly captured by the metaphor of a bagel. Legal holes are like the hole in a bagel. Though made of the same material (air), the hole inside a bagel is substantially different from the air outside it. The hole inside the bagel is shaped by the bagel. It comes into existence through the bagel. Its "holeness" is directly attributed to the bagel. Likewise, legal holes are directly attributed to the legal system. They are inside it. They are statutorily enacted by Congress in acts such as the APA and practiced by courts. They are therefore, as Vermeule tells us, "legal black holes and legal grey holes." They are legal, but at the same time they are not law. They are made of the substantive stuff that one may associate with lawlessness or chaos (because no legal rules guide them), but they are inside the legal system rather than outside of it." BEN-ASHER, Noa. op. cit. Disponível em: <http://digitalcommons. pace.edu/lawfaculty/654/>.

22 Tecnicamente, todos os Poderes da República possuem aparelho administrativo, mas só o Poder Executivo tem uma Administração Pública voltada, prioritariamente, ao atendimento de interesses sociais precípuos.

tividade prévia, criada pela razão humana. Segundo Kelsen, emular princípios da natureza significa não admitir excepcionalidades dentro do fenômeno que se estuda, pois as regras do mundo natural não são sujeitas à exceção por desejo humano. O caráter científico do direito impediria que a ordem jurídica aceitasse respostas externas a ela, assim como a natureza não admite que seus fenômenos sejam explicados fora da ciência.[23]

Carl Schmitt, a seu turno, é cético em relação ao caráter científico do Direito. Para ele, o Direito seria mais bem compreendido através das lentes da teologia. Não que exista alguma vinculação entre Direito e religião, mas em termos metodológicos o Direito teria mais afinidade com o raciocínio religioso que com o científico. A exceção legal poderia ser comparada a uma espécie de milagre teológico. Isso porque é a recomposição da ordem jurídica perturbada o que marca o caráter da política e sustenta a estrutura do Estado, tal qual a intervenção divina em relação a um milagre.

O teórico alemão atribui ao iluminismo o ocaso teórico da excepcionalidade. Contudo, ela subsiste e é a figura do soberano, tal como a de uma divindade que responde aos casos imprevistos, que marca o fenômeno jurídico em sua essência fundamental. O Direito não seria científico e não estaria isento de uma dogmática que rechaçasse a figura milagrosa em determinadas situações limite. O Direito seria a expressão da política. O fato de Carl Schmitt ter se associado aos episódios históricos que caracterizaram a experiência nazista na Alemanha recobre de desconfianças a teoria do estado de exceção por ele formulada. Não obstante o inegável *pedigree* autoritário e, por vezes, liberticida da teoria, é preciso considerar que o normativismo Kelseniano também é incompleto.

Por exemplo, o fato de a Constituição brasileira de 1988 prever expressamente o direito à saúde como um dever do Estado não significa que seu artigo 196 seja fonte de competência administrativa para as ordens de limitação de funcionamento de estabelecimentos comerciais em uma pandemia. Fosse assim, a atividade legislativa, de sopesamento de meios e fins, seria redundante também em tempos de normalidade. Basta pensar que o artigo 196 não existe para regular a ocorrência de cenários de exceção. Seria então suficiente o administrador editar um regulamento e o Judiciário controlar, quando provocado, a proporção da medida, pouco importando ter ou não situação de crise. Além disso, as figuras do estado de sítio e do estado de defesa não encaixam na necessidade administrativa decorrente de uma pandemia de saúde, provocada por um vírus. As normas são

23 "Como a norma não é um enunciado de realidade, nenhum enunciado de um fato real pode estar em contradição com a norma. Por conseguinte, não pode haver exceções à norma. A norma é, por sua própria natureza, inviolável." KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. 4ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 64.

incompletas por uma inegável capacidade limitada do legislador. E é dessa capacidade limitada que exsurge o modelo teórico decisionista.

Logo, o normativismo é mais uma ideologia que uma teoria lastreada em fatos. É lógico, contudo, que a atuação legislativa não se resume só a leis. Não se pode confundir capacidade limitada do legislador com desnecessidade do legislativo e das leis em geral. É fundamental no direcionamento dos rumos da sociedade, independentemente de certas cláusulas constitucionais, e até mesmo da ocorrência ou não de excepcionalidades, a existência de representantes do povo eleitos fiscalizando os rumos do país. As situações de crise não encontram respostas minuciosas nas leis pensadas em situações de normalidade, o que afeta o normativismo enquanto defensor da função precípua do Poder Legislativo em todos os cenários. Mas o legislador não faz só leis. É sua função fiscalizatória, maior que a regulatória, que sobressai nas situações de crises urgentes e imprevisíveis. Dessa forma, o Estado de Direito depende de uma teoria que reconheça a exceção e dê ao parlamento funções condizentes com essa realidade. O fato de o legislador não ser protagonista, assim como os juízes, não significa que eles sejam inúteis.

Os normativistas entendem que não há protagonismo institucional nem epistêmico diante de situações imprevistas. Para eles, o Direito consegue responder ao acaso da mesma forma que responde à normalidade. Contudo, não parece ser esse um enfoque realista. Assim, faz todo sentido a afirmação de Adrian Vermeule, enquanto decisionista, que a delegação de poderes à Administração Pública é uma técnica jurídica de abertura para outros saberes não jurídicos. O fato de o Direito flexibilizar certos mecanismos ordinários se justifica diante da incapacidade institucional de quem produz o Direito. Mark Tushnet, em reforço a esse perfil de reflexão, segue uma linha pragmática: é preferível aceitar que emergências levem a soluções não previstas pela lei do que normalizar todos os cenários como sendo variações sobre o mesmo tema, qual seja, o Estado de Direito.[24]

Independentemente desse conjunto de pensamentos, não se deve enxergar o Estado de Direito a partir de uma lógica binária, de sim ou não. Jaime Osorio sustenta que variantes autoritárias já decorrem de modelos econômicos baseados no governo do capital.[25] Assim, a afronta ao Estado de Direito pode ser mais contundente dentro do sistema normativo vigente que por razões a ele externas. A precarização do trabalho, a fragilização da saúde, da educação, a desigualdade crescente, tudo isso ocorre na vigência do Estado de Direito. A institucionalidade ordinária já convive com perspectivas na ordem econômica de forte contorno

24 TUSHNET, Mark. Defending Korematsu? : Reflections on Civil Liberties in Wartime. 2003, WIS. L. REV. 273, 306.

25 OSORIO, Jaime. O Estado no Centro da Mundialização: A Sociedade Civil e o Tema do Poder. São Paulo: Expressão Popular, 2019.

autoritário. O reconhecimento de um decisionismo para casos imprevisíveis não seria especialmente mais autoritário que modelos de Estado vigentes na periferia do sistema capitalista. O Estado de Direito deve então ser visto mediante gradientes, situação que justifica uma vigilância social diante de cenários de normalidade e de crise.

II. Quem decide sobre a excepcionalidade?

As disputas teóricas em torno do tema podem ser assim sumarizadas: os normativistas entendem que o estado de exceção não existe, só situações emergenciais, o que significa dizer que o estado de necessidade administrativo também não teria todo esse apelo. O que existem são emergências, e elas podem ser combatidas pela regra do *rule of Law*. Vale dizer, Legislativo, Executivo e Judiciário atuam em concertação plena, dentro de suas funções precípuas, todos atados pelo princípio da legalidade. Já os decisionistas entendem que o estado de exceção existe, e que a decisão para enfrentamento da crise cabe a uma decisão excepcional, proveniente do Poder Executivo. Se os normativistas não dedicam especial atenção ao estado de exceção, não obstante reconhecerem que eventos imprevisíveis ocorram, a resposta para quem decide no estado de exceção acaba tendo uma conotação teórica mais elaborada pelos adeptos do decisionismo.

Os decisionistas entendem que as incertezas no Direito são inevitáveis. Nas situações de incerteza, as normas jurídicas não podem responder exclusivamente às situações de crise.[26] Os vazios normativos surgiriam inevitavelmente. O preenchimento desses vazios competiria ao Poder Executivo, sem intervenção do Legislativo e com controle judicial bastante fraco. Adrian Vermeule vai esclarecer que os vazios normativos não operam fora do Direito, mas internamente ao Direito.[27] Assim, o Poder Executivo teria uma postura de recomposição da ordem jurídica em situações extremas. E a ausência do Poder Executivo, isto é, sua omissão, caracterizaria um estado de crise interminável. Mas por que o Executivo?

Carl Schmitt consagrou a expressão de que quem decide no estado de exceção é o soberano.[28] O autor produzia ali uma teoria do Estado. Atualmente, dentro da teoria do Direito, a decisão na exceção não teria afinidade com soberania[29], mas com uma espécie de capacidade epistêmica. O Congresso e o Poder Judiciário concederiam primazia ao Executivo pela própria característica

---

26 BEN-ASHER, 2010.

27 VERMEULE, 2009, p. 1095.

28 Nos momentos de anormalidade institucional, quem decide é o soberano e não a lei. O significado da exceção no direito para Schmitt é similar ao milagre na teologia. SCHMITT, Carl. Teologia Política. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

29 "Em geral, se difunde a ideia de que a mundialização estaria desorganizando a instituição estatal em aspectos essenciais, particularmente no que se refere à condição de entidade soberana." OSORIO, Jaime. O Estado no Centro da Mundialização: A Sociedade Civil e o Tema do Poder. São Paulo: Expressão Popular, 2019, p. 180.

institucional deste Poder da República. O risco de aumento de abuso do Poder Executivo é compensado pela celeridade na atuação e, sobretudo, pela capacidade epistêmica da burocracia estatal em relação aos assuntos que interessam à sociedade.[30] Com efeito, o Poder Executivo chefia um aparelho operacional que tem inegável acesso facilitado a informações que o Judiciário e o Legislador não têm.

Nas situações excepcionais, a população direciona suas expectativas ao Poder Executivo, que chefia uma Administração Pública complexa. Além de ser um Poder que atua de ofício, trata-se de um braço governamental com menor custo de coordenação das atividades, já que a Administração Pública é verticalizada a partir de comandos superiores, os quais vinculam os agentes públicos de menor nível hierárquico. No século XXI, o decisionismo teórico é de matriz epistêmica. Está umbilicalmente ligado ao conhecimento exigível para administrar uma sociedade interligada. Não existe, na verdade, uma exclusividade decisória, mas um inegável protagonismo institucional.[31]

III. Quem enfrenta na prática o estado de necessidade administrativo?

Apesar de a decisão política de enfrentar o estado de necessidade competir ao Poder Executivo, a razão para isso não está na autoridade do Presidente ou de sua representatividade. O motivo decorre do *background* operacional que o Poder Executivo comanda. A Administração Pública complexa é fruto da sociedade capitalista, que torna a vida em sociedade muito dinâmica e exige do Estado medidas para viabilizar o tráfego econômico cada vez mais exigente.[32] Assim, ao demandar um aparelho burocrático sofisticado para conciliar interesses e regular o desenvolvimento tecnológico em nome da paz social, a sociedade contemporânea pede um Estado Administrativo, e não tanto um Estado meramente Legislativo. Desse modo, quem enfrenta a necessidade administrativa é a própria Administração Pública. É na situação excepcional que o caráter científico se sobrepõe à autoridade da lei enquanto fenômeno regulador da ordem social.

---

30 (...) the executive itself expands its own power of unilateral action, exploiting broad and vague delegations, vague constitutional powers, and traditional pockets of discretion, such as power over prosecution and enforcement, in order to change policies without going to Congress for statutory authorization." VERMEULE, Adrian. The Optimal Abuse of Power. Northwestern Law Review, 2015. Disponível em: <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1214&context=nulr>. Acessado em 20.04.2021.

31 BEN-ASHER, op. cit.

32 "Desde os anos 1970, são sobretudo duas as evoluções seculares do Estado de Direito que fazem com que sejam transgredidos seus limites da repulsa policial e da repulsa política de perigos, assegurados, em certa medida, justamente pela teoria: primeiramente, o progresso técnico-científico rasante na sociedade de risco estimula novos potenciais periclitantes de difícil controle. Em segundo lugar, fenômenos e práticas criminosas, como por exemplo, a criminalidade transfronteiriça e, sobretudo, as organizações terroristas, provocam os aparelhos e titulares de funções estatais a projetar uma nova 'arquitetura da segurança' ". FRANKENBERG, Günter. Técnicas de Estado: perspectivas sobre o Estado de Direito e o estado de exceção. São Paulo: Unesp, 2018, p. 128.

Como será visto mais adiante, a pandemia do novo coronavírus trouxe um ingrediente novo ao debate teórico aqui analisado. Cuida-se do federalismo e dos executivos subnacionais.

IV. Quem controla a excepcionalidade?

Existem três problemas em relação ao controle da excepcionalidade em Direito. O primeiro é em relação às atitudes tomadas durante a exceção, chamado de controle da ação. A ideia é que o estado de necessidade administrativo não faça nascer um estado absolutista. A segunda e anterior é saber se a exceção é verídica ou farsesca. Neste segundo aspecto, Walter Benjamin alertava para a recorrência de cenários de violência, os quais praticamente tornavam o estado de exceção uma regra. A banalização do estado de exceção abre caminho para expedientes cada vez mais autoritários, sobretudo porque o Direito apresenta uma intrincada relação com o uso da força.[33] A excepcionalidade, a rigor, envolve o uso da violência. Já o terceiro problema é a negação da exceção quando ela é real.

No caso da pandemia de covid-19, a preocupação de Walter Benjamin com o uso da força é relevante. Muitas nações sujeitas ao *Rule of Law* adotaram ordens de toque de recolher fora das hipóteses rigorosamente previstas em lei. Muitos chegaram a manifestar opinião no sentido de que a limitação à circulação não seria admissível (*lockdown)*.[34] Quem fosse flagrado na rua sem motivo justificado sofreria multas pesadas das autoridades de polícia. O não uso de máscara restringe o acesso a locais públicos e privados e o fechamento de estabelecimentos comerciais tenciona a livre iniciativa econômica. Portanto, não é que tais ordens, justificada e episodicamente, sejam uma opção pela violência como um fim em si mesmo. Elas são um exemplo de como a excepcionalidade e a violência andam de mãos dadas. Por isso, é preciso muita cautela para o estado de necessidade administrativo não se estabelecer como modo ordinário de governança.

Quando a excepcionalidade é real, atestada por autoridades científicas independentes e de toda parte do planeta, o problema deixa de ser a insinceridade da crise por motivos políticos e passa a ser a forma como os agentes governamentais irão controlar a ocorrência na prática, a fim de tão logo debelar o problema. Considerando o fato de que o normativismo nega a exceção enquanto fenômeno perturbador do Estado de Direito e o decisionismo aponta para quem enfrenta a questão, a teoria institucional do Direito vai explicar como que o exercício dos

33 BEN-ASHER, 2009.

34 AGAMBEN, Giorgio. "Uma pergunta", em Reflexões sobre a peste: ensaios em tempos de pandemia. São Paulo: Boitempo, 2020.

poderes implícitos das autoridades governamentais dos três poderes do Estado serve ao mecanismo de freios e contrapesos, essencial para a preservação da democracia.

Ao contrário do que pode aparentar, instituições fortes representam mais do que leis escritas dispondo sobre suas competências. Richard Neustadt explica que o poder presidencial não é identificado a partir da leitura de leis e da própria Constituição, mas sim das relações que o presidente da República trava com todo o aparato governamental.[35] É neste momento que o Direito depende de uma interdisciplinaridade com a ciência política. A própria opinião pública e os órgãos de imprensa operam como controladores agudos do exercício das atividades desempenhadas pela máquina pública. Portanto, Eric Posner e Adrian Vermeule especulam com razão que o presidente da República depende de uma imprescindível credibilidade para o enfrentamento de crises. No caso da pandemia brasileira, o Executivo federal abdicou de enfrentar a anormalidade. Neste particular, resta a pergunta-problema: quem controla a inação ou a negação da excepcionalidade?

V. A resposta federalista para a negação da pandemia de covid-19 no Brasil

A ocorrência de emergências é aceita sem muita divergência pelos teóricos do direito público. No entanto, essa constatação sofre uma clivagem significativa: os legalistas não enxergam ofensa real ao Estado de Direito, e acreditam que o enfrentamento de crises possa se dar sem muitos traumas ao *rule of Law*; já os decisionistas admitem um protagonismo do Executivo, notadamente presidencial, enquanto perdurar a crise. A justificativa dessa compreensão apresenta uma natureza epistêmica: em relação aos fatos que afetam a sociedade, estes são mais bem gerenciados pela estrutura operacional complexa da Administração Pública do que por qualquer outro Poder.

Sendo assim, na ocorrência do estado de necessidade administrativo, a tendência é que o chefe do Executivo, no caso o presidente da República, assuma para si a responsabilidade, reconhecendo a existência do problema. Na epidemia de gripe suína, o Executivo federal brasileiro agiu exatamente nesse sentido. Ao assumir a gestão da crise, o Executivo liderou o setor técnico competente, dando incentivos para que um trabalho de contingência e orientação da população fosse desempenhado em tempo adequado. A necessidade desperta uma confiança no

35 NEUSTADT, Richard. Poder Presidencial e os Presidentes Modernos: a política de liderança de Roosevelt a Reagan. São Paulo: UNESP, 2008.

saber técnico do Estado administrativo e a adoção das orientações por ele produzidas conduzem o universo da sociedade à segurança.

No caso da covid-19 foi o oposto. O Executivo federal não assumiu qualquer postura enfática diante da crise; as recomendações dos especialistas não foram seguidas pelo próprio presidente da República; e, consequentemente, a população e as demais administrações públicas do país não receberam orientação padronizada para enfrentar uma pandemia. Pelo contrário, a descoordenação chegou a níveis tão alarmantes que insumos médicos começaram a faltar e a União cogitou requisitar itens hospitalares já comprados pelos Estados, mas ainda não distribuídos. Ou seja, no lugar de um federalismo cooperativo, o Brasil experimentou em 2020 um federalismo puramente centrífugo.[36]

O caráter centrífugo do federalismo na pandemia ficou exposto a partir do julgamento de uma ação constitucional, na qual o Supremo Tribunal Federal reconheceu competência a Estados e Municípios para adotarem medidas de enfrentamento à covid-19 conforme o interesse predominante na localidade. Contrariado, o presidente da República automaticamente interpretou que a pandemia não competia ao governo central. Ataques sistemáticos às medidas preventivas propostas por especialistas em infectologia começaram a contar com apoio presidencial. Diante desse cenário segundo o qual o estado de necessidade, embora real, foi renegado pela autoridade executiva máxima do país, a resposta de *second best* encontrada pelo arranjo institucional brasileiro foi a federação. Governadores e Prefeitos enfrentaram as intercorrências provocadas pela pandemia.

Por sua vez, a jurisprudência produzida pela Suprema Corte brasileira reafirmou o papel do federalismo brasileiro no enfrentamento à emergência sanitária iniciada em 2020.[37] Ocorre que a assimetria financeira da federação brasileira faz com que a resposta federativa à pandemia seja subótima, porque a parcela mais expressiva de recursos públicos está concentrada na esfera federal. Ademais, a agência reguladora em matéria sanitária é uma instituição intestina à Administração da União, sujeita, indiretamente, à linha política presidencial. Por fim, negociações com laboratórios estrangeiros e compra de insumos de saúde para produção de vacinas em território nacional pressupõem um ministério de relações exteriores envolvido com o combate à pandemia, fato que não ocorreu. Além do amparo dado pelo STF aos Estados e Municípios, a CPI que será aberta para

---

36 Sobre federalismo centrífugo: BONAVIDES, Paulo. Constituinte e Constituição: a democracia, o federalismo, a crise contemporânea. São Paulo: Malheiros, 2010.

37 (...) V – Dentre as medidas de combate à pandemia, a Lei 13.979/2020 estabelece que qualquer ente federado poderá lançar mão da "requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa" (art. 3º, VII). VI – Tais requisições independem do prévio consentimento do Ministério da Saúde, sob pena de invasão, pela União, das competências comuns atribuídas aos Estados, Distrito Federal e Municípios, os quais, todavia, precisam levar em consideração evidências científicas e análises sobre as informações estratégicas antes de efetivá-las (art. 3º, § 1º).(...) (ADI 6362, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 02/09/2020).

investigar o comportamento do governo federal em relação à gestão da pandemia tendem a reforçar o aspecto de salvaguarda substituta da estrutura federalista brasileira ao estado de necessidade pandêmico, completamente negligenciado pela União Federal.

Nesse sentido, se para Adrian Vermeule é o presidente da República quem enfrenta as situações de exceção administrativa, a pandemia do novo coronavírus demonstrou que isso é uma meia verdade. O presidente da República pode muito nesse particular, inclusive atrapalhar outros Poderes Executivos subnacionais. Assim, diante de situações imprevisíveis, a alternativa federativa pode proteger uma sociedade de presidentes negacionistas.[38] Mas tal proteção não resiste por muito tempo, dadas as limitações federativas. No Brasil, se governadores e muitos prefeitos reconheceram que não era possível dissimular normalidade diante de uma crise sanitária de proporções globais, ficou claro que mesmo para os estados mais ricos da federação não é viável controlar a exceção isoladamente. Daí a constatação que o federalismo brasileiro foi uma salvaguarda substituta ao negacionismo presidencial, nada obstante ser uma salvaguarda subótima.

Conclusão

O objetivo do estudo foi reunir, sucintamente, os principais pontos do debate em torno do estado de necessidade administrativo como manifestação de uma teoria mais ampla da exceção em direito público. Apesar de existir uma justificável preocupação teórica com o avanço autoritário do exercício do poder como política ordinária, a pandemia de covid-19 demonstrou que o estado de necessidade, sobretudo o administrativo, pode ser real. E que o uso episódico de medidas restritivas de liberdades não necessariamente possui um condão de mera submissão do cidadão ao soberano, mas sim de contingenciamento de crises oriundas da estrutura complexa da sociedade contemporânea.

A realidade surgida em 2020 também ensinou uma lição interessante: negar a ocorrência de excepcionalidades pode ser uma iniciativa orientada para ofender o Estado de Direito. Isso significa que nem sempre perfis governamentais insensíveis com o Estado de Direito usarão de uma postura ativa para constranger bens e direitos da cidadania. A pandemia de novo coronavírus deixou claro que a omissão pode ser mais grave que a ação no que se refere ao constrangimento a direitos individuais. Afinal, perder a vida ou se sujeitar a tratamento degradante, como ser submetido à respiração artificial sem medicação apropriada, porque o

38 BEN-ASHER, Noa, The Emergency Next Time (March 19, 2021). 18 Stan. J. C.R & C.L.(Forthcoming 2022). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3808134 ou http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3808134>.

governo nada fez, colidem tanto com o Estado de Direito quanto com iniciativas ativas de restringir direitos fundamentais sem lei prévia.

A tônica do debate em torno da excepcionalidade administrativa, portanto, é controlar tanto a ação como a omissão em situações de emergências críticas, e não reconhecer ou renegar que elas existam. O Estado de Direito depende de bons controladores. E ao contrário de sustentar que o Estado de Direito possui um número restrito de aliados, outros agentes, não necessariamente do Legislativo e do Judiciário, são fundamentais na política de freios e contrapesos, quer de ações quer de inações. No Brasil, o federalismo representou um importante agente controlador da inação do Poder Executivo central no enfrentamento à pandemia. Poder-se-ia dizer, a título de encaminhamento, que o federalismo pode ser um importante instrumento de freio do poder político presidencial.

Die COVID-19-Pandemie und der Klimawandel. Ein Essay über weiche Restriktionen und globale Risiken

Lukas H. Meyer [1]
Marcelo de Araujo [2]

Das Aufkommen des neuartigen Coronavirus (SARS-CoV-2) im Jahr 2019 führte zu einer schwerwiegenden globalen Krise, da Staaten und Zivilgesellschaften auf der ganzen Welt drastische Maßnahmen ergreifen mussten, um die Ausbreitung einer neuen Krankheit (COVID-19) einzudämmen. Diese Maßnahmen, die in der jüngeren Weltgeschichte beispiellos sind, ähneln den während des Ersten und Zweiten Weltkriegs getroffenen Maßnahmen. Um die Pandemie einzudämmen, mussten die Staaten in grundlegende und durchaus heikle Bereiche des gesellschaftlichen Lebens eingreifen, zum Beispiel in die Bewegungs- und Versammlungsfreiheit, das Recht auf Privatsphäre und Bildung sowie das Recht, ein Unternehmen zu führen und Kundinnen[3] zu bedienen, ohne ihnen Belastungen wie Abstandsregelungen oder das verpflichtende Tragen von Gesichtsmasken aufzuerlegen. Während der Pandemie mussten die Staaten auch besondere Regelungen in Bezug auf den Zugang zu knappen Ressourcen wie Nahrung, Medikamenten und medizinischer Versorgung implementieren. Die Staaten zwangen zudem die Fluggesellschaften zur Einstellung von Langstreckenflügen, was indirekt zu einer vorübergehenden Verringerung der CO_2-Konzentration in der Atmosphäre führte. Die große Mehrheit der Menschen, unabhängig von ihrem politischen Regime, empfand die „Kriegsmaßnahmen" zur Bekämpfung der Pandemie nicht als willkürlich, unrechtmäßig oder undemokratisch.

Doch hierin zeigt sich ein Paradoxon: Trotz sich verdichtender Beweislage und mehrender Hinweise darauf, dass ein ungebremster Klimawandel in den nächsten Jahrzehnten verheerende Folgen für die Menschheit haben wird — Folgen, die wohl noch schlimmer sein werden, als jene der Pandemie — haben sich

1 Professor of Practical Philosophy and Moral and Political Philosophy (Department of Philosophy), University of Graz. Editor of Intergenerational Justice and others. Speaker of the inter-faculty FWF Doctoral Programm "Climate Change. Uncertainties, Thresholds, and Coping Strategies". ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-5845-6084>.

2 Professor of Philosophy of Law (Faculty of Law), Federal University of Rio de Janeiro. Professor of Ethics (Department of Philosophy), Rio de Janeiro State University. Ambassador Scientists of Alexander von Humboldt Foundation in Brazil. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-8934-6195>.

3 Endnoten: In diesem Text wird ausschließlich die weibliche Form verwendet. Damit sind alle anderen Formen gleichermaßen mitgemeint.

Regierungen und Zivilgesellschaften weitaus weniger dafür eingesetzt, wirksame Maßnahmen zur Abwendung des gefährlichen Klimawandels zu ergreifen. Wie kann dieses Paradoxon erklärt werden? Um diese Frage zu klären, lohnt es sich, zwischen „hard constraints" und „soft constraints" (harten und weichen Restriktionen) zu unterscheiden, eine Unterscheidung, die in der heutigen philosophischen Debatte über Fragen zur politischen Machbarkeit (englisch *feasibility*) üblich ist.

Wenn eine oder mehrere Akteurinnen *Z* als Ziel haben, können ihnen zwei verschiedene Arten von Hindernissen im Weg stehen, um *Z* zu erreichen. Einige Hindernisse können nicht durch sozialpolitische Maßnahmen, institutionelle Reformen oder die menschliche Entscheidungsfindung überwunden werden, da sie von den Prinzipien der Logik oder von Naturgesetzen abhängen oder ihre Überwindung von der Verfügbarkeit natürlicher Ressourcen abhängt. So kann der Mensch zum Beispiel politische Maßnahmen setzen, um die Entwicklung eines Impfstoffs gegen das neue Coronavirus (Ziel *Z*) voranzutreiben, aber nicht die chemischen Gesetze, die für *Z* gelten, durch politische Entscheidungen ändern. Die Gesetze der Chemie stellen somit einen „hard constraint" für die Machbarkeit von *Z* dar. Hard constraints legen demnach einen binären Wert für die Machbarkeit von *Z* fest. Wenn folglich auch nur ein hard constraint ein Hindernis zur Erreichung von *Z* ist, so kann *Z* nicht erreicht werden. Sofern es sich um hard constraints handelt, ist *Z* entweder machbar oder nicht machbar. Aber selbst, wenn *Z* kein hard constraint im Wege steht, können „soft constraints" immer noch ein Hindernis für dessen Verwirklichung darstellen. Während hard constraints abhängig von Faktoren wie den Naturgesetzen oder den Prinzipien der Logik sind, ergeben sich soft constraints aus sozialen Faktoren und Aspekten der menschlichen Psychologie. Im Gegensatz zu hard constraints sind soft constraints „formbar" (englisch *malleable*): Akteurinnen können erfolgreich *Z* erreichen, abhängig von ihrer Fähigkeit, zum Beispiel soziokulturelle, rechtliche und geopolitische Hindernisse zu überwinden, oder abhängig von ihrem Vermögen, Lebensstile zu ändern, die sie daran hindern, *Z* zu erreichen. Soft constraints legen demnach einen skalaren Wert für die Machbarkeit von *Z* fest. Einige Ziele sind daher machbarer als andere.[4]

Die Erfahrungen im Umgang mit der COVID-Pandemie legen nahe, dass es keine hard constraints für die Durchführbarkeit gesundheitspolitischer Maßnahmen zur wirksamen Bekämpfung der Pandemie gibt, die innerhalb der nächsten Jahre gelingen kann. Wie insbesondere die Berichte des Weltklima-

4 GILABERT, Pablo; LAWFORD-SMITH, Holly. Political feasibility: A conceptual exploration. In: Political Studies. vol. 60, Issue 4, 2012, p. 809–825. See also ERMAN, Eva; MÖLLER, Niklas. 2020. A world of possibilities: The place of feasibility in political theory. Res Publica. 26, 2020, p. 1–23; LAWFORD-SMITH, Holly. Understanding political feasibility. The Journal of Political Philosophy, 21, vol. 3, 2013, p. 243-259.

rates belegen, scheitert auch die Abwendung eines gefährlichen Klimawandels innerhalb der nächsten dreißig Jahre nicht an hard constraints.[5] Im Folgenden werden wir das erste Set an Zielen „Pandemie Ziele" (*PZ*) und das zweite Set „Klima Ziele" (*KZ*) nennen. Es stellt sich nun also die Frage, welche soft constraints beiden Sets an Zielen im Wege stehen und wie formbar sie sind. Um diese Frage zu beantworten, müssen wir eine Unterscheidung einführen, die in der Klimadebatte mittlerweile üblich geworden ist, die jedoch in der aktuellen Diskussion um die gegenwärtige Pandemie weitgehend übersehen wird, nämlich die Unterscheidung zwischen *Anpassungs-* und *Mitigationsmaßnahmen*. Es ergeben sich demnach zwei Sets an Zielen (*PZ* und *KZ*) und vier Unterkategorien von Zielen, wie in der folgenden Tabelle dargestellt werden soll.

	***PZ* (Pandemie Ziele)**	***KZ* (Klima Ziele)**
(*A*) Anpassung	*soft constraints*$_1$	*soft constraints*$_3$
(*M*) Mitigation	*soft constraints*$_2$	*soft constraints*$_4$

Also: *1.* Anpassungsszіele innerhalb des Sets der Pandemie Ziele (abgekürzt mit *A*-PZ); *2.* Mitigationsziele im Rahmen der Pandemie Ziele (*M*-PZ); 3. Anpassungsziele im Rahmen der Klima Ziele (*A*-KZ); und 4. Mitigationsziele im Rahmen der Klima Ziele (*M*-KZ). Die soft constraints in jeder Unterkategorie unterscheiden sich nicht wesentlich voneinander, sie besitzen jedoch völlig unterschiedliche Grade der Formbarkeit. Das erste Problem, mit dem wir uns in diesem Essay befassen wollen, besteht also darin, wichtige soft constraints der jeweiligen Unterkategorien zu identifizieren. Für die Zwecke dieses Essays erheben wir jedoch keineswegs den Anspruch, alle relevanten soft constraints (es gibt schließlich Dutzende von ihnen) ermittelt zu haben, sondern lediglich die offensichtlichsten. Wir werden uns dabei auf „strukturelle (oder geopolitische) soft constraints" konzentrieren und auf das, was wir im Folgenden als „soft constraints der Nähe" nennen. Bei letzteren unterscheiden wir zwei Arten: räumliche und zeitliche. Das zweite Problem, mit dem wir uns hier befassen wollen, ist, warum sich einige soft constraints in der Unterkategorie (*A*-PZ) als formbarer erwiesen haben als jene der anderen Unterkategorien (*M*-PZ, *A*-KZ und *M*-KZ). Wir behaupten, dass strukturelle soft constraints und soft constraints der zeitlichen Nähe sehr resistent gegen Veränderungen sind (sie sind demnach nicht leicht formbar). Sie könnten durchaus die Haupthindernisse für das Ermöglichen einer gesunden Umwelt in der Zukunft darstellen. Dennoch schließen wir

5 IPCC, 2014: Summary for Policymakers. In: Climate Change 2014: Mitigation of Climate Change. Contribution of Working Group III to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change. Edenhofer, O., R. Pichs-Madruga, Y. Sokona, E. Farahani, S. Kadner, K. Seyboth, A. Adler, I. Baum, S. Brunner, P. Eickemeier, B. Kriemann, J. Savolainen, S. Schlömer, C. von Stechow, T. Zwickel and J.C. Minx (Hg.). Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom and New York, NY, USA.

mit einer kurzen optimistischen Anmerkung für die jüngere Generation, die in einer post-pandemischen Welt aufwächst.

I. Mitigation- und Adaptionsziele

Pandemien können nicht als Naturkatastrophen wie Erdbeben, Tsunamis oder Vulkanausbrüche gelten. Pandemien haben, wie auch der Klimawandel, anthropogene Ursachen. So ist beispielsweise bekannt, dass Straßenmärkte zu einer Ausweitung von Viren auf den Menschen führen und so den Ausbruch einer Pandemie auslösen können. Der Handel mit Wildtieren sowie die Eingriffe in den Lebensraum wildlebender Tierarten durch Abholzung (oder durch die Fragmentierung von Waldflächen) können auch dazu führen, dass Krankheitserreger auf den Menschen überspringen und folglich eine Pandemie auslösen. Auch die bessere Erschwinglichkeit von Flugreisen und die verstärkte Mobilität von Menschen über Grenzen hinweg, tragen wesentlich zur raschen Verbreitung neuer Viren bei. In den letzten fünfzehn Jahren hat die wissenschaftliche Gemeinschaft deshalb immer wieder versucht, die Aufmerksamkeit auf die ständig steigende Gefahr neuer Ausbrüche und auf die Dringlichkeit koordinierter Bemühungen zur Entwicklung von *M*-PZ auf globaler Ebene zu lenken. *M*-PZ zielen darauf ab, neue Ausbrüche zu verhindern. Wenn es jedoch zu einem Ausbruch kommt, können *M*-PZ das Risiko verringern, dass sich dieser zu einer Pandemie entwickelt. So gesehen ist es offensichtlich, dass es bei den Maßnahmen zur Bekämpfung der gegenwärtigen COVID-Pandemie nicht um *M*-PZ, sondern um *A*-PZ handelt. Sie zielen darauf ab, die Auswirkungen einer Krankheit zu verringern, die schon entstanden ist und sich weltweit verbreitet hat.

Bereits 2005 behauptete Michael Osterholm, dass die Welt auf Pandemien unvorbereitet sei, obwohl es viele Hinweise dafür gebe, dass Pandemien wohl in Zukunft häufiger auftreten werden.[6] 2016 legte die American Intelligence Community (AIC), die den amerikanischen Senat in Fragen der globalen Sicherheit berät, einen Bericht vor, in dem sie feststellte, dass „die internationale Gemeinschaft nach wie vor schlecht darauf vorbereitet ist, Krankheitsbedrohungen, kollektiv zu koordinieren und darauf zu reagieren", einschließlich Bedrohungen ausgehend von Coronaviren.[7] Anfang 2019, also noch Monate vor dem COVID-Ausbruch, veröffentlichte die AIC einen neuen Bericht und betonte erneut denselben Punkt: „Wir gehen davon aus, dass die Vereinigten Staaten und die Welt weiterhin anfällig für die nächste Grippepandemie oder den großflächigen Ausbruch einer ansteckenden Krankheit bleiben werden, die zu massiven

6 OSTERHOLM, Michael T. Preparing for the next pandemic. Foreign Affairs. 84, vol. 4, 2005, p. 24–37.

7 CLAPPER, James R. Statement for the Record Worldwide Threat Assessment of the US Intelligence Community. 9th February, 2016, p. 13–14. (Übersetzung Benedikt Namdar und Gregor Berger).

Todes- und Invaliditätsraten führen, die Weltwirtschaft schwer beeinträchtigen, die internationalen Ressourcen belasten und die Aufrufe an die Vereinigten Staaten zur Unterstützung verstärken könnten".[8] *M*-PZ erfordern eine starke internationale Zusammenarbeit (abgekürzt mit starker-I*N*Z) in Bereichen wie der Entwicklung von Mitteln und Kapazitäten zum Monitoring, transparenter zwischenstaatlicher Kommunikation und Regelungen für den wechselseitigen Zugang zu Virusproben für die Entwicklung von schnellen Diagnosemöglichkeiten, neuen Medikamenten und Impfstoffen. Auch die Weltgesundheitsorganisation (englisch WHO) müsste umstrukturiert werden, da einige ihrer Agenturen, die mit dem Monitoring von Krankheitsausbrüchen beauftragt sind, stark unterfinanziert sind.

A-PZ hingegen sind meist lokal begrenzt. Staaten und Gemeinden können diese innerhalb ihrer eigenen Grenzen durchsetzen. Sie benötigen dafür keine starke-I*N*Z. *A*-PZ umfassen beispielsweise den Erlass von Notstandsgesetzen, den Bau von Feldlazaretten, die Einführung von Methoden zur Ermittlung von Kontaktpersonen, die Verhängung von Quarantäne und die Auferlegung von Abstandsregeln. Diese Maßnahmen wiederum sind als zeitlich begrenzt angedacht. Auch die Suche nach einem Impfstoff ist eine *A*-PZ, denn ihr Ziel ist es, das menschliche Immunsystem an eine neue Umwelt anzupassen. Sowohl die Regierungen als auch die Bürgerinnen haben also einen starken Anreiz, *A*-PZ zu verfolgen, indem sie Änderungen wirtschaftlicher soft constraints wie zum Beispiel in der Finanzpolitik oder rechtlich-ethischer soft constraints, etwa in der Bewegungsfreiheit oder hinsichtlich ihrer Privatsphäre in Kauf nehmen oder mit Blick auf ihre Lebensweise, indem sie Gesichtsmasken tragen und das Händeschütteln vermeiden. Aber paradoxerweise empfinden dieselben Akteurinnen bei *M*-PZ vergleichbare soft constraints als weniger formbar, selbst wenn man bedenkt, dass einige Studien, die vor dem Ausbruch von COVID-19 veröffentlicht wurden, zeigen, dass *M*-PZ weitaus weniger Kosten verursachen als *A*-PZ.[9] Ganz zu schweigen von der deutlich höheren Zahl an Menschenleben, die *M*-PZ schützten.

KZ erfordern sowohl Mitigations- als auch Anpassungsmaßnahmen. *M*-KZ zielen vor allem auf eine drastische Reduktion der CO_2 Emissionen bis 2030 ab.[10] Die Begünstigungen durch *M*-KZ (wie die Begünstigungen durch

8 COATS, Daniel R. (Hg.). Statement for the Record Worldwide Threat Assessment of the US Intelligence Community. 29th January, 2019, p. 21. (Übersetzung von Benedikt Namdar und Gregor Berger).

9 PIKE, et al. Economic optimization of a global strategy to address the pandemic threat. Proceedings of the National Academy of Sciences, 111, (52), p. 18519; MADHAV, et al. Pandemics: Risks, impacts, and mitigation. In: JAMISON et al. (Hg.). Disease Control Priorities: Improving Health and Reducing Poverty. Washington, DC: The World Bank, 27th november 2017, p. 315–345.

10 IPCC. 2018. Global Warming of 1.5°C. An IPCC Special Report on the impacts of global warming of 1.5°C above pre-industrial levels and related global greenhouse gas emission pathways, in the context of strengthening the global response

M-PZ) sind großteils global. Diese erfordern starke-I*NZ*. Jedoch werden die Auswirkungen von *M*-KZ erst innerhalb der nächsten Jahrzehnte erfahrbar. Die gegenwärtige Generation, vor allem Individuen, die bereits in ihren Vierzigern oder älter sind, können nicht erwarten, von *M*-KZ signifikant begünstigt zu werden. Effektive *A*-KZ erfordern daher sowohl starke-I*NZ* als auch hohe intergenerationelle Kooperation (abgekürzt mit starke-I*GZ*). *A*-KZ kann andererseits auf einem lokalen Level und innerhalb kürzerer Zeit effektiv sein. *A*-KZ zielen zum Beispiel auf die Umgestaltung der Infrastruktur von Städten, um diese besser vor Schäden durch Wetterextreme zu schützen. *A*-KZ erfordert keine starke-I*NZ*. Jedoch hängt die Langzeiteffektivität von *A*-KZ von dem Erfolg von *M*-KZ ab. *A*-KZ ohne *M*-KZ sind nicht langfristig sinnvoll.

Die soft constraints von *A*-PZ haben sich als formbarer als die soft constraints von *M*-PZ, *A*-KZ, und *M*-KZ erwiesen. Wie die Tabelle unten zeigt, sind die relevanten soft constraints von *Z* desto weniger formbar, je mehr ein Ziel *Z* starke-INZ und starke-IGZ erfordert.

	***A*-PZ**	***A*-KZ**	***M*-PZ**	***M*-KZ**
starke-I*NZ*	*nein*	*nein*	*ja*	*ja*
starke-I*GZ*	*nein*	*nein*	*nein*	*ja*

Was sind also die augenscheinlichsten soft constraints der Machbarkeit von starker-I*NZ* und starker-I*GZ*?

II. Strukturelle soft constraints und soft constraints der Nähe

Dem Staatensystem fehlen Institutionen für die Festlegung, Auslegung und Durchsetzung von Gesetzen und Regeln auf globalem Niveau, die als ähnlich legitim gelten und wirksam sind wie solche Institutionen jedenfalls einiger Länder mit Blick auf ihre innerstaatlichen Angelegenheiten. Während Mitbürgerinnen wohlgeordneter Gesellschaften[11] sich im Falle eines Konflikts auf Judikative und Exekutive verlassen können, ist die Struktur des Staatensystems so geschaffen, dass ein Staat typischerweise ähnliche Institutionen nicht verlässlich bemühen kann, wenn ein anderer Staat (oder eine Gruppe von Staaten) dessen Sicherheit gefährdet. Jeder Staat ist im Extremfall als souveräne politische Einheit für seine eigene Sicherheit verantwortlich. Aus diesem Grund beschreiben Realistinnen

to the threat of climate change, sustainable development, and efforts to eradicate poverty [MASSON-DELMOTTE, V., P. ZHAI, H.-O. PÖRTNER, D. ROBERTS, J. SKEA, P.R. SHUKLA, A. PIRANI, W. MOUFOUMA-OKIA, C. PÉAN, R. PIDCOCK, S. CONNORS, J.B.R. MATTHEWS, Y. CHEN, X. ZHOU, M.I. GOMIS, E. LONNOY, T. MAYCOCK, M. TIGNOR, and T. WATERFIELD (Hg.)]. In Press.

11 RAWLS, John. Das Recht der Völker. Berlin und New York, 218, 2002, p. 234.

im Feld der internationalen Beziehungen das Staatensystem als ein anarchisches System. Unter den Einschränkungen internationaler Anarchie, verstanden als Abwesenheit eines Weltstaats, ist es vorhersehbar, dass Staaten in kritischen und sensiblen Bereichen von nationalem Interesse ihrer eigenen Sicherheit den Vorrang über internationale Kooperation geben. Einige einflussreiche Theoretikerinnen argumentieren, dass Realismus letztlich eine normative Theorie ist. Denn der Realismus erklärt nicht nur das Verhalten von Staaten in der Vergangenheit sowie deren vorhersehbares Verhalten in der Zukunft, sondern auch warum Staaten Sicherheit gegenüber Kooperation unter den strukturellen Einschränkungen internationaler Anarchie bevorzugen *sollten*. Wie John Mearsheimer das Problem formuliert: „Es ist aber auch eine präskriptive Theorie. Staaten sollten sich nach dem Diktat des offensiven Realismus verhalten, da dieser den besten Weg vorgibt, um in einer gefährlichen Welt zu überleben."[12]

Deskriptiv scheint der Realismus das Verhalten von Staaten während der COVID-Pandemie erfolgreich erklären zu können. Die meisten Regierungen haben schnell drastische Maßnahmen ergriffen, um die Verbreitung des neuen Virus einzudämmen, während sie gleichzeitig in der Ergreifung von Maßnahmen zur Verhinderung des Klimawandels langsam blieben, weil sie primär mit den Vorgängen innerhalb ihrer Grenzen beschäftigt sind. In erster Linie war ihre Intention, die eigene innere Sicherheit zu fördern. Die amerikanische Regierung wurde sogar beschuldigt, auf illegalem Wege europäischen Vorrat an Schutzausrüstung für Personal abgefangen zu haben, um die amerikanische Bevölkerung zu begünstigen. Und lange bevor eine Impfung für COVID-19 verfügbar war, warnten einige Analystinnen davor, dass Impfungsnationalismus die Immunisierung der Weltbevölkerung verzögern könnte, da manche Staaten versuchen könnten, Vorräte an Dosen anzulegen oder das Angebot an Rohmaterialien zu kontrollieren, um die eigene Bevölkerung zuerst zu begünstigen.[13] Aber kann Realismus eine normative Position für das Verhalten von Staaten begründen? Nur weil Staaten ein gewisses Verhaltensmuster in der Vergangenheit gezeigt haben, heißt das nicht, dass sie an diesem Muster in der Zukunft festhalten *sollen*. Mearsheimer argumentiert, dass wir in einer „gefährlichen Welt" leben, aber der Art von Gefahr, die Pandemien und der Klimawandel darstellen, kann nicht mittels offensivem Realismus begegnet werden, da die Natur der Gefahr, die hier eine Rolle spielt, eine solche ist, dass sie nicht ohne starker-I*NZ* und starker-I*GZ* überwunden werden kann. Sogar ein solch einflussreicher Realist wie Hans Morgenthau realisierte früh in den 1960er Jahren, dass das Staatensystem schlecht

12 MEARSHEIMER, John. The Tragedy of Great Power Politics. New York, 2001, p. 11. (Übersetzung von Benedikt Namdar und Gregor Berger).

13 BOLLYKY, Thomas J.; BOWN, Chad P. The tragedy of vaccine nationalism. Only cooperation can end the pandemic. Foreign Affairs, vol. 99, nº 5, sep./oct., 2020.

dafür geeignet ist, Gefahren, die existentielle Risiken darstellen, und welchen nur durch strong-I*N*C begegnet werden kann, zu begegnen. Infolge der ersten Tests mit thermonuklearen Bomben schrieb er:

> Moderne Technologie hat den Staat als Prinzip der politischen Organisation obsolet gemacht: denn der Staat ist nicht länger in der Lage, die elementare Funktion einer jeden politischen Organisation auszuführen: die Leben und Lebensstile deren Mitglieder zu beschützen. […] Unter den technologischen Bedingungen des post-atomaren Zeitalters konnten die stärkeren Staaten, wie sie es auch gemacht haben, Mauern errichten hinter denen ihre Bürgerinnen in Sicherheit leben konnten, während die schwächeren Staaten durch das Wirken des Gleichgewichts der Kräfte geschützt wurden, welches Ressourcen der Starken zu jenen der Schwachen hinzugefügt hat.[14]

Eine globale Atomkrise (von der wir hoffen, dass es sie nie geben wird) hätte offensichtlich anthropogene Ursachen. Doch Staaten stehen nicht unter zeitlichen Einschränkungen, um eine nukleare Katastrophe abzuwenden. Eine nukleare Katastrophe kann zumindest prinzipiell unbegrenzt vermieden werden, indem man nichts tut: eine Akteurin attackiert nicht, die andere schlägt nicht zurück. Doch weder Pandemien noch der Klimawandel können durch eine Abschreckungsstrategie verhindert werden. Als eine Frage der inneren Sicherheit *sollten* Staaten also zusammenarbeiten, um Probleme zu verhindern, die nicht durch die vom normativen Realismus empfohlenen Mittel gelöst werden können. Doch während *M*-PZ starke-I*N*Z erfordert, erfordert *M*-KZ starke-I*N*Z und starke-I*G*Z. Um *M*-PZ zu erreichen müssen wir strukturelle soft constraints überwinden. Aber um *M*-KZ zu erreichen, müssen wir auch soft constraints der Nähe überwinden.

Soft constraints der Nähe veranlassen uns dazu, parteiisch gegenüber unserem eigenen Wohlergehen sowie dem Wohlergehen uns naher Personen zu sein. Constraints der Nähe beeinflussen das Verhalten von Akteurinnen auf zwei verschiedenen Dimensionen, nämlich Raum und Zeit. Die räumliche Dimension ist klar: wir tendieren dazu, die Interessen von Personen zu bevorzugen, die uns räumlich nahe sind, wie zum Beispiel Freundinnen, Familie, und Mitbürgerinnen. Die zeitliche Dimension von constraints der Nähe könnte vielleicht weniger offensichtlich sein, ist jedoch für die Durchführbarkeit von *M*-KZ noch dringender: Wir tendieren dazu, die Interessen von Personen, die uns zeitlich nahe sind, zu bevorzugen.

Beziehungen zwischen den gegenwärtigen und zukünftigen Generationen sind nicht-reziprok: Die gegenwärtige Generation kann die Lebensbedingungen zukünftiger Generationen beeinflussen, zukünftige Generationen können hingegen für das Wohlergehen der gegenwärtigen Generationen nichts tun. Diese Macht-Asymmetrie führt zu dem, was Stephen Gardiner treffend die Tyrannei

14 MORGENTHAU, Hans J. Introduction. In: A Working Peace System, D. Mitrany. Chicago, 9, 1966. (Übersetzung von Benedikt Namdar und Gregor Berger).

der Gegenwärtigen nennt.[15] Jede Generation mag willens sein, *M*-PZ zu unterstützen, weil sie selbst erwarten, von diesen Maßnahmen begünstigt zu werden, vor allem, wenn sie das Chaos miterlebt haben, das durch die COVID-Pandemie verursacht wurde. Aber wenn es um *M*-KZ geht, könnte jede Generation stattdessen bevorzugen, die Verantwortung für die Kosten von Mitigations- und Anpassungsmaßnahmen an zukünftige Generationen weiterzureichen.

Andere Theoretiker wie John Broome, Eric Posner und Cass Sunstein haben allerdings argumentiert, dass effektive Maßnahmen zur Vermeidung gefährlichen Klimawandels nicht notwendigerweise mit Netto-Kosten für die gegenwärtige Generation verbunden sind.[16] Sie schlagen vor, dass *M*-KZ in einer universell pareto-optimalen Weise implementiert werden können, indem die gegenwärtig lebende Generation die Kosten der Implementierung von *M*-KZ auf zukünftige Generationen schiebt, die dennoch davon profitieren, weil gefährlicher oder katastrophaler Klimawandel, von dem vornehmlich die künftigen Generationen betroffen sind, so abgewendet wird. Jedoch ist dieser Vorschlag, wie einige Theoretikerinnen aufgezeigt haben, aus normativen, theoretischen und praktischen Gründen unhaltbar.[17]

Sollen wir nun schlussfolgern, dass weder *M*-PZ noch *M*-KZ durchführbar sind? Nein. Es gibt einige gute Gründe, diesen Essay mit einem Hoffnungsschimmer abzuschließen.

III. Globale Risiken in einer post-pandemischen Welt

Trotz robuster soft constraints für die Machbarkeit von *M*-PZ, und vor allem für die Machbarkeit von *M*-KZ, schätzen die Autoren dieses Essays die Chancen für gute Lebensbedingungen in einer post-pandemischen Welt nicht gänzlich pessimistisch ein. Während die Auswirkungen der COVID-Pandemie über die nächsten Jahre zurückgehen werden, könnten junge Personen auf der ganzen Welt, die während des Ausbruchs der globalen Gesundheitskrise vielleicht nicht einmal wahlberechtigt waren, zur Überzeugung gelangen, dass den status-quo-ante zu etablieren weder ihre einzige noch die beste Option ist. Die Konsequenzen des Weitermachens-wie-bisher (englisch *business as usual*) in unse-

15 GARDINER, Stephen M. A Perfect Moral Storm. New York, 2011, p. 143–184.

16 BROOME, John. Efficiency and future generations. Economics and Philosophy, 34, (2), 2018, p. 221–241; POSNER, Eric A.; SUNSTEIN, Cass R. Climate change justice. Georgetown Law Journal, 96, (5), 2008, p. 1565–1612.

17 Siehe: KELLEHER, J. Paul. Is there a sacrifice-free solution to climate change?. Ethics, Policy & Environment. 18, (1), 2015, p. 68–78; BRENNAN, Geoffrey; SAYRE-MCCORD, Geoffrey. Do normative facts matter… to what is feasible?. Social Philosophy and Policy. 33, (1/2), 2016, p. 434–456; CANEY, Simon. Climate change and non-ideal theory: Six ways of responding to non-compliance. In: HEYWARD, Clare; ROSER, Dominic (Hg.). Climate Justice in a Non-Ideal World. Oxford, 2016, p. 21–42; GARDINER, Stephen M. The threat of intergenerational extortion: On the temptation to become the climate mafia, masquerading as an intergenerational Robin Hood. Canadian Journal of Philosophy, 47, (2–3), 2017, p. 368–394.

rem Umgang mit der Umwelt werden bereits von vielen als echte existentielle Bedrohungen wahrgenommen. Deshalb könnten sich strukturelle soft constraints und constraints der zeitlichen Nähe als weniger robust erweisen, als sie heute scheinen.

Wir haben sehr genaue Kenntnis von den möglichen katastrophalen Konsequenzen ungebremsten Klimawandels und kennen die Strategieoptionen, um mittels Anpassungs- und Mitigationsmaßnahmen dem Problem effektiv zu begegnen.[18] Wie ausgeführt, gab es auch bereits 2005 starke Hinweise dafür, dass es eine Pandemie wie die COVID-Pandemie früher oder später geben wird. Erhöhte Reaktivität auf die Gefahren, die von Pandemien ausgehen, könnte schließlich zu einer erhöhten Bereitschaft führen, die Gefahren, die von gefährlichem Klimawandel ausgehen, abzuwenden, so unsere Hypothese. Denn, wie wir in diesem Essay gezeigt haben, setzt die Vermeidung künftiger Pandemien die Überwindung struktureller (oder geopolitischer) soft constraints voraus. Internationale Institutionen, die dies zu leisten vermögen, können auch zur Vermeidung gefährlichen katastrophalen Klimawandels beitragen oder für die entsprechenden Institutionen Vorbildwirkung haben, welche allerdings zudem die soft constraints der zeitlichen Nähe überwinden müssen, die eine langfristige transgenerationelle Klimapolitik behindern.

Unsere Hypothese mag kühn erscheinen. Die Befürworterinnen eines Realismus würden sie möglicherweise eher als zu naiv und optimistisch, um wahr zu sein, einstufen. Realistinnen könnten argumentieren, dass sich katastrophalen Ereignissen der jüngsten Vergangenheit anschaulicher bewusst zu sein, uns nicht notwendigerweise dazu bringt, in der Zukunft kompetenter bessere Entscheidungen zu treffen. Tatsächlich gibt es starke Hinweise dafür, dass wir zu irrationalen Entscheidungen tendieren, wenn wir unter den Einflüssen lebhafter Erinnerungen stehen. Psychologinnen nennen dies die "Verfügbarkeitsheuristik".[19] Jedoch deutet die Geschichte des Völkerrechts darauf hin, dass wichtige Rechtsrahmen als direkte Antwort auf katastrophale Ereignisse geschaffen wurden. Nuklearunfälle wie jene in Tschernobyl (1986) und in Fukushima (2011) veranlassten die Internationale Atomenergie-Organisation (IAEO) und einzelne Staaten zum Beispiel dazu, internationale Verträge und nationales Recht für die Verwendung von Atomenergie (zum Teil drastisch) zu überarbeiten.

Mit der Hypothese, höhere internationale Reaktivität auf zukünftige Pandemien könnte schließlich in erhöhte Reaktivität auf die Gefahren, die der gefährliche Klimawandel darstellt, hinüberführen, versuchen wir nicht nur, eine

18 Siehe oben Endnoten 5 und 10.

19 TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. The framing of decisions and the psychology of choice. Science, vol. 21, nº 4481, 1981, p. 453–458.

mögliche Zukunft im Lichte der verfügbaren Evidenzlage zu beschreiben. Wir versuchen auch, die Gegenwart zu beeinflussen, um Fehler aus der Vergangenheit zu vermeiden. Doch — man könnte fragen — ist dies ein gültiger Zug in einer philosophischen Diskussion über die Durchführbarkeit effektiver Maßnahmen, um globalen Risiken in der Zukunft zu begegnen? Ja, zumindest so lange wir verdeutlichen, dass wir nicht nur versuchen, die Konturen einer rosigeren Zukunft zu beschreiben, sondern zu allererst versuchen, Gründe darzulegen, die Entstehung einer katastrophalen Zukunft zu verhindern. Ein Einwand, der gegen den Realismus oft erhoben wurde, ist jener, dass dieser als deskriptive Theorie beginnt und sich dann schnell in eine normative entwickelt. Die Theorie beginnt damit, das Verhalten von selbst-interessierten Staaten in einer anarchischen Welt zu beschreiben. Politische Oberhäupter und Entscheidungsträger nehmen dann an, dass die Theorie wahr ist, und versuchen, ihr Verhalten an die Vorhersagen der Theorie anzupassen. Wie viele Autorinnen realisiert haben, erhält der Realismus Unterstützung aus seinen sich selbsterfüllenden Prophezeiungen.[20] Nun könnte man einwenden, dass unsere optimistische Hypothese mit dem Realismus die Hoffnung teilt, eine selbsterfüllende Prophezeiung zu sein. Das bestreiten wir nicht.

Im Vorwort zu *Essays in Persuasion*, welches 1931 veröffentlicht wurde, stellte John Maynard Keynes die berühmte Behauptung auf: „Wenn wir konsequent gemäß der optimistischen Hypothese agieren, kann diese Hypothese tendenziell verwirklicht werden. Wenn wir nach der pessimistischen Hypothese handeln, laufen wir Gefahr, für immer in der Grube der Not stecken zu bleiben." Unsere optimistische Hypothese kann demnach ein hoffnungsvoller Beitrag zur Materialisierung von für zukünftige Generationen günstigen Lebensbedingungen sein.

20 WENDT, Alexander. Anarchy is what states make of it: The social construction of power politics. International Organization, 46, (2), 1992, p. 391–425.

Opinião *versus* conhecimento científico: notas sobre o enfrentamento ao novo coronavírus na cidade do Rio de Janeiro/RJ

Wagner Vinicius de Oliveira [1]

O objetivo central deste capítulo consiste em verificar a contraposição entre as opiniões e os conhecimentos científicos, filosoficamente chamados de *doxa* e *endoxa*. Diante da amplitude do tema impõem-se algumas delimitações para tornar esse estudo realizável, assim, a opinião e o conhecimento científico serão confrontados com base em duas notas técnicas sobre as medidas de enfrentamento ao vírus Sars-CoV-2 responsável pela doença covid-19 ou novo coronavírus no município do Rio de Janeiro/RJ divulgadas em dezembro de 2020.

Antes, porém, cabe acrescentar que pandemias não representam novidades propriamente ditas. Desde o final da década de 1950 já foram diagnosticadas pelo menos três dezenas de doenças provocadas por patógenos,[2] ou seja, algum agente causador de doenças, como um vírus, por exemplo,[3] que envolve a infecção animal transmitida para seres humanos (zoonose).[4]

Nesse quadro, destacam-se as causas e as consequências. Primeiro, considerar que os contornos básicos desses problemas são produzidos pelas "incursões 'civilizatórias' na paisagem natural"[5] que desequilibram ecossistemas e acentuam algumas desigualdades sociais e criam outras. Segundo, envolve a frequência e a letalidade da síndrome respiratória aguda grave (Sars), como é o caso do novo coronavírus.

A principal inspiração para a escrita desse capítulo surge pelas provocações e discussões realizadas no *Seminário Permanente Print UFRJ e UV*, particularmente

---

1 Doutorando em direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ, mestrado em direito pela Universidade Federal de Uberlândia - UFU (2018), ambos com bolsa de pesquisa pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES, bacharelado em direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas (2016), advogado (OAB/MG). E-mail: oliveirawagnervinicius@gmail.com

2 Por exemplo: HIV-1, HIV-2, hendra, African horse sickness (AHS virus), equine morbillivirus (EMV), ebola, human influenzas, monkeypox, bovine tuberculosis, lyme disease, west nile fever, marburg virus disease, rabies, hantavirus pulmonary syndrome, anthrax, lassa fever, rift valley fever, ocular larva migrans, scrub typhus, Bolivian hemorrhagic fever, kyasanur forest disease, nipah encephalitis, simian foamy virus (SFV), foot-and-mouth disease, machupo virus, sin nombre, avian flu, dengue, H1N1 e Sars. QUAMMEN, 2012.

3 No original: "Infectious disease, Pathogens (disease-causing agents, such as viruses)". QUAMMEN, 2012, p. 23.

4 No original: "A zoonosis is an animal infection transmissible to humans." QUAMMEN, 2012, p. 09.

5 No original: "'[c]ivilizing' incursions upon natural landscape […]". QUAMMEN, 2012, p. 66.

durante o oitavo painel intitulado *Epistemologias éticas e suas projeções no direito rumo ao amanhã*, no Rio de Janeiro/RJ em 20/11/2020. Evento que contou com as conferências realizadas pelos professores Gabriel Moreno Gonzáles (Universidad Extremadura - ES), Mário César Andrade (Universidade Federal de Juiz de Fora - BR) e Marcelo Araújo (Universidade Federal do Rio de Janeiro - BR).

Naquela oportunidade, as falas remeteram à necessidade de investigar os percursos e as transformações desse antigo embate entre a opinião (*doxa*) e o conhecimento científico (*endoxa*). Diante do segundo maior número de morte provocadas pela desatenção com a pandemia de covid-19 — por enquanto, os Estados Unidos da América ocupam a primeira posição mundial — o novo coronavírus é um tema que se impõe sua agenda no tempo presente, além de oferecer vasto material para reflexões.

Por outro lado, essa amplitude temática somada a expressiva oferta de materiais dificultam o controle das variáveis para a realização de estudos de um objeto que permanece em movimento. Isso sem mencionar o quadro político, econômico e social instável com tendência ao agravamento. Desse modo, as pretensões deste capítulo estarão concentradas em oferecer uma resposta plausível para compreender parcela das contribuições científicas para o enfrentamento ao novo coronavírus na cidade do Rio de Janeiro/RJ.

As análises estarão circunscritas a duas notas técnicas divulgadas no primeiro e no terceiro dia do mês de dezembro de 2020, sendo a primeira do grupo de trabalho multidisciplinar para o enfrentamento da covid-19 da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e a segunda pela Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz). Na sequência, duas matérias jornalísticas sobre o conteúdo das notas técnicas e os comentários mais "curtidos" realizados pelas internautas e pelos internautas no período de um mês, registradas nas respectivas notícias. Isso tudo com a finalidade de oferecer algum lastro concreto, ainda que mínimo, para as discussões filosóficas e políticas desenvolvidas na primeira seção desse capítulo.

Expostos os principais elementos e materiais de análises, essa pesquisa se insere na vertente mista por conjugar a revisão bibliográfica com a análise aplicada para alcançar os objetivos acima delineados. Não se trata, portanto, de um estudo quantitativo sobre todas contribuições científicas para o enfrentamento da pandemia de covid-19, menos ainda sobre todas as opiniões a respeito disso. Metodologicamente as amostras eleitas representam a atualidade, a urgência e as dimensões do enfrentamento à pandemia no município do Rio de Janeiro/RJ.

Dito isso, esse capítulo estrutura-se em duas seções principais. A primeira dedicada às análises da *doxa* e da *endoxa* oriundas da filosofia antiga, notadamente nas obras de Aristóteles. Busca-se analisar as opiniões, as crenças e os relativismos produzidos pela *doxa*; por outro lado, as opiniões reputadas e os conhecimentos

científicos determinados pela *endoxa*; ao final, analisam-se a política da hipercomunicação enquanto condições do tempo presente.

Na segunda seção, analisam-se as duas notas técnicas, algumas opiniões e os desafios brasileiros no "coronamundo".[6] A primeira a ser analisada será a nota técnica da UFRJ seguida da nota técnica da Fiocruz, ambas confrontadas por aquilo que se convencionou chamar de *doxa* pandêmica, primeira e segunda parte, respectivamente. Por fim, os resultados obtidos confirmam as contribuições científicas para o enfrentamento ao novo coronavírus na cidade do Rio de Janeiro/RJ e também as dificuldades criadas pelo excesso de opiniões.

I. *Doxa* e *Endoxa* no tempo presente

Falar em *doxa* e *endoxa* é de algum modo remeter aos idos da filosofia antiga, sem, contudo, deixar de atualizar as discussões. A explicação e a distinção entre esses conceitos serão as primeiras tarefas realizadas, inicialmente convém acrescentar que embora a opinião seja um gênero comum aos dois elementos, utiliza-se no primeiro sentido quando vier desacompanhada de qualquer qualificativo.

Nessa primeira seção, encarrega-se de apresentar as ideias chaves que serão aplicadas na próxima seção. Desse modo, dividem-se as análises em três momentos: em primeiro lugar examina-se a *doxa* e seus desdobramentos; na sequência, conceitua-se e classifica-se a *endoxa*; por fim, concentra-se na política da hipercomunicação enquanto fator de expansão do espaço de atuação para a *doxa* no tempo presente.

i) Doxa: opinião, crença e relativismo

Doxa é uma palavra cuja grafia é invariável nos idiomas espanhol, francês, inglês e português, que é utilizada para designar opinião. O sentido ambíguo empregado nesse substantivo abstrato feminino não é mero acidente, ao contrário, integra a própria construção semântica. Não raro, ouve-se a expressão do senso comum que "opinião cada um tem a sua", nesse específico particular, assiste razão ao aforismo popular.

No lado ocidental do mundo, essas discussões remetem ao tempo dos sofistas, mais especificamente a Protágoras que pretendia em suas argumentações apresentar a credibilidade de pontos de vistas opostos, o problema central dessa

6 Expressão originalmente utilizada no 10º Congresso Internacional Constitucionalismo e Democracia: viver bem em harmonia com a natureza no coronamundo, que designa que o contexto da pandemia da Covid-19, que alterou, em quase todo o planeta, as relações sociais, políticas, trabalhistas, acadêmicas e econômicas, transformando o tempo presente em um verdadeiro "coronamundo".

indistinção reside na impossibilidade de decidir qual ponto de vista seria falso e qual seria verdadeiro; o resultado conduz ao equívoco de que ambas as opiniões (*doxai*) se equivaleriam.[7] Sem dúvida, uma maneira inclusiva de garantir ampla participação, contudo os resultados podem ser desastrosos.

A retórica sofística, visando persuadir movendo os afetos,[8] privilegiava o convencimento em detrimento da depuração das contradições dos discursos. Oportuno acrescentar que o termo sofista (*sophistes*) não equivale ao termo falso, pois significa sábio.[9] Distingue-se igualmente da dialética, enquanto arte de discutir perguntando e dando razões daquilo que se diz, que servirá para atacar qualquer tipo de tese.[10]

Apesar de recorrente, a *doxa* foi considerada por Platão como contrária ao conhecimento epistêmico ou verdadeiro, justamente por expressar particularidades ligadas às percepções, que podem ser errôneas, ou a passionalidade dos sujeitos.[11] Exige-se a adesão à crença ou a um conjunto delas que formam a opinião do sujeito, muitas das vezes autorreferentes e sem qualquer tipo de filtro ou intermediação. Conforme se sabe, a crença dispensa a fundamentação ou o fornecimento de evidências.

Na vida cotidiana, as opiniões exercem um papel passional influindo direta ou indiretamente sobre as escolhas individuais e coletivas, no mesmo sentido seria inviável exigir fundamentação para todas as opiniões em virtude da dinâmica social. Torna-se problemático, sobretudo do ponto de vista filosófico, aquilo conhecido como "equipolência das teses" ou "doutrina relativista", precisamente porque retira a controlabilidade das opiniões, pois ao não permitir a dedução da contradição das teses contrapostas torna a contradição e a refutação impossíveis.[12] Por outras palavras, fornece um excessivo espaço para que arbitrariedades se manifestem.

Ao equiparar todas as opiniões, sem oferecer um critério distintivo, o relativismo não distingue entre as opiniões falsas e verdadeiras, ficando à mercê do eterno depende. Por isso, que a opinião está contraposta ao conhecimento científico especialmente em Platão para quem a questão do conhecimento necessariamente perpassa pelo dualismo: sensível e inteligível. Em relação ao sensível tem-se que apenas o conhecimento das opiniões, ou seja, as *doxai*, formadas

---

7 MENEZES E SILVA, Christiani Margareth de. O conceito de doxa (opinião) em Aristóteles. Linha D'Água (Online), São Paulo, v. 29, n. 02, dez. 2016, p. 45.

8 Ibidem, p. 45.

9 Ibidem, p. 45.

10 Ibidem, p. 44.

11 Ibidem, p. 43.

12 Ibidem, p. 45.

inicialmente com o que primeiro se apropria do sensível, isto é, a percepção das sombras e dos reflexos das coisas sensíveis, correspondentes à *eikasia*, das quais fazemos no máximo conjecturas.[13]

Vale dizer, que no reino do conhecimento opinativo[14] não se extrai mais do que conjecturas, suposições de opiniões embasadas na crença do sujeito. Apesar de se ter uma utilização funcional, não serve como parâmetro para muitas definições da vida em sociedade. É principalmente por essa razão que a *doxa* ocupa um lugar de menor destaque no mundo antigo.

Em Aristóteles esse quadro se altera sensivelmente, apesar de herdeiro de toda essa tradição do pensamento ateniense, o estagirita utiliza-se do termo genérico *hypolêpsis*[15] ou *hupolepsis*[16] que assume significado tanto de suposição, quanto uma faculdade racional que somente os seres humanos possuem, respectivamente. Diante desse contexto, surgem três distintas espécies, quais sejam: a ciência, a opinião e o entendimento (*epistêmê*, *doxa* e *phronesis*).[17]

Todavia, são conceitos distintos que assumem funções diferentes na filosofia aristotélica. Segundo o *Discursive glossary of aristotelian terminology*, *doxa* ou crença consiste numa pró-atitude a qual pode ser verdadeira ou falsa; mas possui uma feição que distingue crença de conhecimento.[18] Em diante, adota-se a perspectiva aristotélica para desenvolver as análises.

ii) Endoxa: a opinião reputada e o conhecimento científico

Mesmo reconhecendo que a *doxa* possa coincidir com o verdadeiro, não é um terreno seguro para o conhecimento epistêmico e objetivo em Platão. Isso porque o segmento do inteligível procura chegar até o princípio (*ousia*) ou princípios, sem o apoio do uso das imagens, mas apenas pelas ideias ou formas,[19] caracterizando, portanto, o conhecimento científico. Nessa ótica, existe uma tensão inconciliável entre *doxa* e *endoxa*.

Por outro lado, Aristóteles aprimorou essa taxionomia ao considerar que a opinião pode ser considerada qualificada e receber a credibilidade que a mera opinião carece, ou seja, mediante um tipo específico de opinião (*endoxa*) reco-

---

13 MENEZES E SILVA, 2016, p. 48.

14 Id., p. 48.

15 ARISTÓTELES. De anima. Livros I, II e III. Apresentação, tradução e notas de Maria Cecília Gomes dos Reis. São Paulo: Editora 34, 2006, p.. 288.

16 ARISTOTLE. De anima. Translated with an Introduction and commentary by Christopher Shields. New York: Oxford University Press, 2016 (Clarendon Aristotle Series), p. 384.

17 ARISTÓTELES, op. cit.

18 No original: "Doxa belief (doxa): a pro-attitude which may be true or false, a feature which distinguishes belief from knowledge (episteme)." ARISTOTLE, 2016, p. 384.

19 MENEZES E SILVA, 2016, p. 49.

nhecer a verossimilhança na maioria das vezes.[20] Assim, a dialética não será mais sinônimo de episteme e filosofia como era em Platão e a retórica será considerada como uma arte (*techne*) da linguagem, tal qual a dialética.[21] Especificamente nos Tópicos, tratado aristotélico sobre a dialética, estabelece-se os lugares (*topoi*) ou esquemas de raciocínio úteis para a argumentação.[22]

Essa localização é relevante porque a argumentação e a dialética, por exemplo, não se realizam com base em opiniões ou crenças. Demanda um qualificativo capaz de diferenciá-la da *doxa*, aqui o estagirita utiliza um argumento quantitativo (opinião de todos ou da maioria) ou um argumento de índole pessoal (reputação ou os mais sábios) para realizar a distinção (Tópicos I 1, 100a 18-22).[23]

Na terminologia aristotélica, *endoxa* equivale a pelo menos quatro acepções para o termo, quais sejam: opiniões respeitáveis, opiniões confiáveis, crenças arraigadas, crenças comuns.[24] Por outras palavras, *endoxa* são as opiniões dos mais sábios ou eminentes, ou opiniões comuns à maioria, opiniões geralmente aceitas.[25] Não há como deixar de registrar que as categorias pessoais (mais notáveis e eminentes) e as categorias numéricas (todos ou a maioria) também possuem algum grau de discricionariedade, porém comparativamente menor em relação à simples opinião.

Sobre esse ponto, importa acrescentar que aquilo que é plausível (*endoxon*), objeto da opinião comum, Aristóteles identifica como provável (*eikos*), ou seja, sem ser necessário, contém verdade, pois é desse modo reconhecido pela maioria (*hoi pleitoi*) ou pelo menos para os considerados mais sábios (*hoi sophoteroi*; Tópicos I 10, 104 a8).[26] Há igualmente uma tensão entre a opinião partilhada entre todos ou por muitos e as opiniões compartilhadas por poucos (*adoxon*), visto que a própria opinião filosófica em muitos momentos e pontos se contrapõem às opiniões majoritárias.

Dentro das opiniões reputadas (mais sábios), assim como da maioria, reside uma espécie de sabedoria em linguagem já construída e reconhecida pelos especialistas, quer dizer, as opiniões dos geômetras e dos médicos, especialistas em suas áreas, são exemplos de *endoxa*.[27] A função dessas opiniões é fornecer pre-

20 Ibidem, p. 43.
21 Ibidem, p. 50.
22 Ibidem, p. 50.
23 Cf. ARISTOTLE, 1960.
24 No original: "Endoxa: Reputable Opinions, Credible Opinions, Entrenched Beliefs, Common Beliefs (endoxa):" ARISTOTLE, 2016, p. 394.
25 MENEZES E SILVA, 2016, p. 50.
26 Ibidem, p. 51.
27 Ibidem, p. 52-53.

missas válidas para os silogismos dialéticos ou simplesmente *endoxas* autênticas verdadeiras na maioria dos casos.[28]

Nesse sentido, o valor que se atribui a uma opinião reputada, para além do argumento daquele que emite determinada opinião, constitui um critério que possibilita fornecer indicativos para distinguir o verdadeiro do falso ou para utilizar o léxico aristotélico para chegar até aquilo que se aproxima do verdadeiro (verossímil).[29] Com efeito, as *endoxas* passam a ser representativas de opiniões refinadas utilizadas para as argumentações das diversas formas de racionalidade.[30]

iii) Tempo presente: a política da hipercomunicação

Precisamente por ser um tema que se encontra em movimento não há como permanecer intocável desde os tempos helênicos. Há profundas alterações entre a episteme antiga e a episteme moderna, particularmente caracterizada pela implosão da ideia de "lugares naturais" para os seres humanos, uma preocupação central dessa tradição de pensamento do qual Aristóteles fora herdeiro e que também repassou esse legado. Ainda que controversa e irregularmente distribuída, a igualdade formal e o conjunto das liberdades e das garantias individuais ampliaram a geração e a transmissão das ideias.

Dentre outros fatores, o controle e a utilização das opiniões atendem critérios de estruturação política do poder. Pensando nisso, o sociólogo francês Pierre Bourdieu teoriza sobre as potencialidades inscritas nos corpos dos agentes, das estruturas e de suas relações voltadas para as razões práticas, especificamente quando procura compreender a incorporação desses valores majoritários no poder estatal.

Um dos reflexos dessa ampliação da opinião foi sua utilização para finalidades políticas, em certo sentido, também presente no tempo da antiguidade, no entanto, em menor frequência e intensidade. Ocorre, porém, que o político não se realiza apenas com o lado racional, envolve também generosas porções de afetos, de identificações subjetivas, de identificações coletivas, projeções, desejos e frustrações, ao que tudo indica, não há método científico capaz de satisfazer todas essas demandas num só tempo.

Esse posicionamento crítico permite repensar a *doxa* enquanto um ponto de vista particular, o ponto de vista do dominante, que se apresenta e se afirma como um ponto de vista universal,[31] capaz de naturalizar uma condição social

---

28 Ibidem, p. 53.

29 Ibidem, p. 57.

30 Ibidem, p. 63.

31 No original: "La doxa est un point de vue particulier, le point de vue des dominants, qui se présente et s'impose comme point de vue universel ;" BOURDIEU, 1994, p. 233.

que foi culturalmente construída, por isso, a *doxa é aceita* por todos como certa.[32] Assim, parece possível sustentar a existência de uma finalidade política a ser cumprida pela *doxa* e essa função é direcionada pela utilização contínua e acentuada dos mecanismos de comunicação em massa.

Ocorre o inflacionamento de demandas e expectativas artificialmente criadas com o auxílio da política da hipercomunicação, na qual cria-se um círculo retroalimentado de sugerências e de consequências políticas e sociais diretas ou indiretas. Embora fosse um movimento perceptível antes mesmo de 2020, a pandemia de covid-19 evidenciou ainda mais essa situação.

Logo, o embate entre a *doxa* e a *endoxa* é atravessado por outros elementos capazes de auxiliar na compreensão do tempo presente. Dito de outro modo, no Brasil aquilo "que deveria ser tão somente uma questão sanitária e de saúde pública mundial, enfrentada outras vezes pela humanidade, tornou-se um problema informacional e jurídico, inflado pela influência das redes sociais".[33] O ambiente de polarização social e política fornece solo fecundo para que plataformas virtuais como *Whatsapp*, *Facebook*, *Youtube*, *Instagram* e *Twitter*, trouxessem à tona uma espécie de pandemia da desinformação, já vivenciada no Brasil de maneira mais evidente desde meados de 2018.[34]

Para ilustrar essa "infodemia" contemporânea, cabe apresentar alguns dados estatísticos. Em 2018, o Brasil ocupava a quarta posição dentre os países com a maior quantidade de usuários da rede mundial de computadores com uma população estimada de 210.867.954 usuárias e usuários, atrás apenas da China, Índia e Estados Unidos da América.[35] Além disso, existem algumas peculiaridades de gênero, econômicas e etárias que envolvem o tema, conforme se observa na figura abaixo apresentada:

---

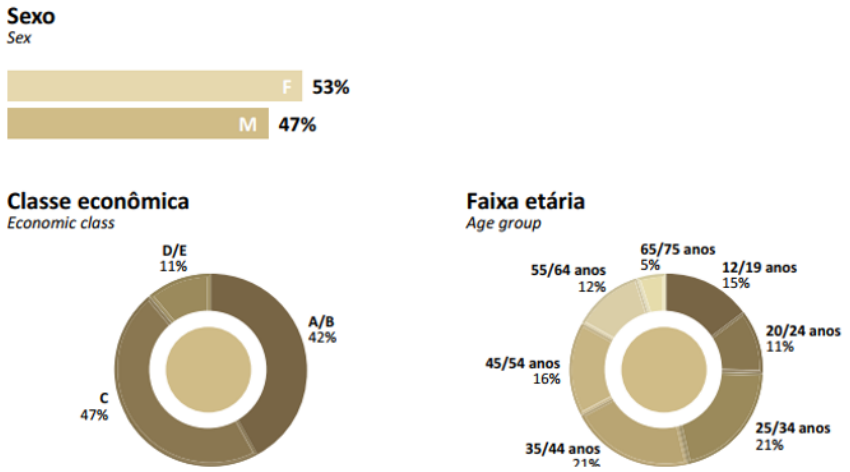
32 No original: "la doxa acceptée par tous comme allant de soi.". BOURDIEU, 1994, p. 251.

33 NUNES, Amanda Maria de Almeida; TEIXEIRA, João Paulo Allain. A pandemia da desinformação em tempos de coronavírus: implicações jurídicas e sociais. In: TEIXEIRA, João Paulo Allain (Org.). Pensar a pandemia: perspectivas críticas para o enfrentamento da crise. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 40.

34 Ibidem, p. 40.

35 GRUPO DE MÍDIA SÃO PAULO. Mídia dados Brasil 2020. São Paulo: jul. 2020. Disponível em: <https://www.gm.org.br/>. Acesso em: 14 jan. 2021, p. 158.

Figura n. 01 - Perfil do internauta brasileiro (acesso à *internet* nos últimos 30 dias - 2020)



Fonte: *GRUPO DE MÍDIA SÃO PAULO* [36]

Essa política da hipercomunicação criou condições propícias para a disseminação em massa de notícias falsas, distorcidas ou descontextualizadas que contribuem para a manutenção do sistema de desinformação.[37] Em meio a isso, acontece o inegável sufocamento da *endoxa*, especialmente na modalidade opinião de especialistas, cuja pandemia não é a causa, mas o motor de visibilidade desse fenômeno. Até mesmo em situações de emergência sanitária, com elevados índices de contaminação e letalidade, a *doxa* pode ser utilizada politicamente tendo em vista que se retroalimenta do "achismo e do negacionismo oculto em cada indivíduo da sociedade, que busca abrigo em opiniões reconfortantes".[38]

Entendidas as categorias conceituais que orientam esse capítulo, agora cumpre exemplificar como as opiniões científicas contribuem para o enfrentamento ao novo coronavírus na cidade do Rio de Janeiro/RJ. Ao lado disso, identificar minimamente como a instrumentalização da *doxa* interfere nesse processo, tarefas que serão desenvolvidas na próxima seção.

II. Notas, opiniões e desafios no "Coronamundo"

Alcançados os objetivos teóricos propostos é chegada a hora de realizar a análise aplicada tendo em conta os conhecimentos científicos (*endoxa*), as crenças e as opiniões (*doxa*) e os desafios enfrentados no combate ao novo coronavírus

36 Ibidem, p. 177.
37 NUNES; TEIXEIRA, 2020, p. 52.
38 Ibidem, p. 40.

no município do Rio de Janeiro/RJ. Nesse contexto, a locução "conhecimento científico" significa tanto um corpo organizado de conhecimento, apresentando os resultados completos da investigação expressos por meio da demonstração, quanto o estado de conhecimento que alguém que conhece tal ciência alcançou.[39] Além disso, as opiniões emitidas baseiam-se em pesquisas, investigações metódicas e sistemáticas e também na exigência de que as teorias sejam internamente coerentes e digam a verdade sobre a realidade.[40]

Dentre os vários exemplos possíveis sobre as contribuições que os conhecimentos científicos proporcionam ao enfrentamento do estado de coisas retratado acima opta-se por utilizar duas recentes contribuições informativas e prescritivas - para qualificar as opiniões dos gestores públicos e também da população em geral - elaboradas por duas instituições públicas. Por outro lado, também vale ilustrar com alguns exemplos a maneira pela qual as crenças e as opiniões atuam no sentido contrário, ou seja, tentam desinformar e atacar as opiniões dos especialistas. Recorre-se à estratégia de consulta aos comentários realizados por usuárias e usuários da rede mundial de computadores, de um dos maiores portais virtuais de comunicação em massa do Brasil, sobre as notícias jornalísticas referentes às notas técnicas mencionadas.[41]

Os critérios utilizados para a seleção dos comentários foram o temporal (coletados trinta dias após a publicação de cada reportagem) e a aplicação do filtro de comentários, disponível no próprio sítio eletrônico, dos comentários mais curtidos (apoiados) no referido período. Uma vez mais, vale ressaltar que não se trata de uma análise quantitativa, para a generalização dos resultados, mas de uma tentativa de retratar concretamente aquilo que fora identificado teoricamente na primeira seção desse capítulo. Assim, passa-se a exposição das notas técnicas, seguidas das reportagens jornalísticas e seus comentários todos veiculados na rede mundial de computadores.

i) Primeira nota técnica - Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)

Em 30 de novembro de 2020, o grupo de trabalho multidisciplinar para o enfrentamento da covid-19 criado pela UFRJ divulgou uma nota técnica sobre o aumento de casos de covid-19 no município do Rio de Janeiro/RJ com sugestões de algumas medidas para conter sua disseminação. Segundo afirmado

---

39 No original: "Science (episteme): […] In Aristotle episteme has two central uses: (i) an organized body of knowledge, presenting the completed results of inquiry, expressed using demonstration; (ii) the state of knowledge which someone knowing such a science has achieved." ARISTOTLE, 2016, p. 394.

40 CHAUÍ, Marilena. Convite à filosofia. São Paulo: Ática, 2000, p. 319.

41 De acordo com o Grupo de Mídia São Paulo (2020, p. 187), em 2020, o sítio eletrônico da Globo ocupava a quinta posição no ranking nacional na categoria desktop/laptop.

no documento, os dados sugerem que o Brasil se encontra numa nova onda de contaminação pela covid-19 sobrepondo-se à primeira.[42]

Como se não bastasse a emergência sanitária, não são incomuns declarações públicas de autoridades governamentais (federal, estaduais, distrital e municipais) afirmando que não retrocederão nas medidas de flexibilização ampliam a gravidade da situação.[43] Além disso, a proximidade das festas de fim de ano é um fator que influencia as variáveis dependentes do aumento de contágio e da flexibilização das medidas preventivas de isolamento social, ou seja, existe influência direta entre flexibilidade, contaminação e número de mortes.

Ainda conforme o estudo científico, esse aumento tenciona o Sistema Único de Saúde (SUS) cuja média móvel de ocupação dos leitos de unidade de terapia intensiva (UTI) para adultos com síndrome respiratória aguda grave, na Região Metropolitana I do Rio de Janeiro, está em 93,5%, além disso, há uma defasagem no número de leitos de suporte à vida da Rede SUS de 2,1%.[44]

Embora ao longo do processo pandêmico o sistema médico brasileiro tenha aprendido a tratar os casos mais graves, fato que aumenta a probabilidade de cura, o acesso ao progresso científico está diretamente condicionado ao acesso da população aos serviços de saúde.[45] Na prática, as condutas comissivas ou omissivas contrárias às medidas preventivas de isolamento social, baseadas em interesses econômicos ou eleitorais, por exemplo, diminuíram os avanços proporcionados pela ciência.

Diante disso, o grupo de trabalho multidisciplinar sugere a adoção de um conjunto de doze medidas para os entes municipal, estadual e federal, quais sejam: a abertura imediata de leitos hospitalares, incluindo os de UTI; a contratação emergencial de profissionais de saúde; a aquisição de equipamentos e insumos; a testagem e o rastreamento de todos os casos suspeitos; o isolamento dos casos positivos e contatos; o reforço nas campanhas sobre as medidas preventivas; a ampliação da oferta de transporte público; a suspensão imediata de eventos (sociais, esportivos ou culturais) presenciais; o fechamento das praias; a limitação e o escalonamento do horário de funcionamento de estabelecimentos abertos; a fiscalização dos estabelecimentos abertos e a avaliação da decretação de medidas restritivas de circulação de pessoas (*lockdown*).[46]

---

42 UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO. Nota técnica sobre o aumento de casos de covid-19 no município do Rio de Janeiro e medidas para conter sua disseminação. Rio de Janeiro, 30 de novembro de 2020. Disponível em: <http://caxias.ufrj.br/images/Nota-tecnica-sobre-aumento-de-casos-RJ_Nov-2020.pdf>. Acesso em 01 de dezembro de 2020.

43 Ibidem.

44 Ibidem.

45 Ibidem.

46 Ibidem.

Além da divulgação institucional, essa nota contou com ampla divulgação jornalística e, como era de se esperar, em tempos de hipercomunicação surgiram várias opiniões a respeito do conteúdo da reportagem informativa.

i.1) *Doxa* pandêmica: primeira parte

Na mesma data da divulgação de nota técnica, a reportagem informa que a Secretaria Estadual de Saúde do Rio de Janeiro contabilizava o total de 22.590 óbitos e 354.354 casos confirmados de covid-19.[47] Há inclusive o registro de um "rejuvenescimento da pandemia", ou seja, os jovens contraem a covid-19 ficam assintomáticos ou não apresentam maiores complicações, contudo transmitem para o núcleo familiar.[48] Esse fator somado à flexibilização das medidas de isolamento social impulsionam a crescente nos números de contaminação e de mortes.

Antes de registrar os comentários da matéria jornalística, cabe descrever algumas generalidades. A maior parte das comentadoras e dos comentadores utilizam perfis sem fotos e com pseudônimos ou apenas com o primeiro nome; aquilo que se nomeia comentários, geralmente são frases curtas, redigidas em primeira pessoa do singular, grafadas em caixa alta, com utilização de adjetivos, pontos de exclamação e com erros ortográficos e gramaticais; quanto ao conteúdo dos comentários, a maioria se limita à adesão ou ao rechaço sem tecer maiores considerações críticas (estudos comparativos, dados estatísticos, insuficiências metodológicas da nota técnica objeto da reportagem, entre outros), ou seja, começam e terminam na mera opinião.

De longe, o *argumentum ad hominem* é o mais utilizado, geralmente assume conotação ofensiva, as motivações quase sempre revelam a defesa de posições pessoais e seus interesses mais imediatos. Há também comentários que não guardam qualquer relação com o conteúdo da reportagem veiculada, a utilização de chavões e clichês que poderiam ser genericamente empregados nos mais diversos contextos. Igualmente percebe-se a ausência de preocupação com a fundamentação de suas opiniões, em certos casos existe até uma tentativa com a utilização de exemplos e argumentos de autoridade, todavia, quase sempre descontextualizados ou superficialmente citados.

Os comentários mais apoiados nessa matéria jornalística foram, respectivamente: (*i*) os que atacam a universidade, o órgão de imprensa e os especialistas - 08 curtidas; (*ii*) os que questionam a realização das eleições municipais, o desvio das verbas na saúde, o aumento dos preços dos gêneros alimentícios e o pagamen-

47 GLOBO COMUNICAÇÃO E PARTICIPAÇÕES S.A., 2020.
48 Ibidem.

to do auxílio emergencial - 07 curtidas; (*iii*) novamente os que protestam contra a realização das eleições municipais, acusam o especialista de militância política e incitam a desobediência civil - 06 curtidas; (*iv*) alegam que "a vitamina D, adquirida no sol das praias, combate o vírus", sugerem que o fechamento nunca foi solução, sugerem o fechamento dos estúdios de gravação da emissora responsável pela matéria, questionam a aglomeração nos transportes urbanos e afirmam que jornalistas e especialistas instauram o caos na sociedade com finalidades políticas - 05 curtidas.

Prosseguem os comentários que (*v*) ironizam a possibilidade de fechamento das praias, questionam a nota e pedem a reabertura dos leitos dos hospitais de campanha e sugerem a proibição de frequentar as praias pelas pessoas que são grupos de risco - 04 curtidas; (*vi*) alegam a "imunidade coletiva dos mais jovens enquanto os idosos se resguardam", questionam as aglomerações nas igrejas, mais uma vez questionam a realização das eleições municipais, opõem-se ao fechamento das praias e novamente questionam as aglomerações nas igrejas - 02 curtidas; (*vii*) questiona a idoneidade da vacina produzida pelo instituto Butantã em parceria com a farmacêutica Sinovac.

i.2) Segunda nota técnica - Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz)

Em 01 de dezembro de 2020, a Fiocruz divulga nota técnica evidenciando o espalhamento generalizado do vírus em todo o território nacional, ou seja, a presença simultânea em vários locais e ao mesmo tempo capaz de gerar um volume alto de casos sem a possibilidade de atendimento hospitalar. Com isso, a procura por assistência especializada aumenta simultaneamente nas regiões metropolitanas e no interior provocando novo colapso do sistema de saúde. A chegada do vírus, somada à adoção ou não das medidas de combate pelos governos e pela população, determinou os epicentros pandêmicos inicialmente localizados nas capitais dos estados e do Distrito Federal, a partir de julho é possível observar a convergência e sincronização dos tempos epidêmicos entre as cidades do interior e as regiões metropolitanas.[49]

Agora que a doença já atinge todos os municípios do país, provavelmente ocorrerá um aumento concomitante de casos e óbitos no mesmo espaço de tempo, o que conflagra a dependência da população aos leitos disponíveis simultaneamente para as regiões metropolitanas e para o interior. Com a chegada das festas de fim de ano e as férias, a movimentação de pessoas pode ocasionar um crescimento uniforme entre essas regiões, especialmente no momento em que

49 FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. O fim do ciclo de interiorização, a sincronização da epidemia e as dificuldades de atendimento nos hospitais. Manguinhos, 02 dez. 2020. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br>. Acesso em 08 de dezembro de 2020.

aumenta a circulação de pessoas sem os cuidados adequados e sem a manutenção do isolamento social.[50]

Guardadas as peculiaridades geográficas, climáticas, econômicas e culturais, o êxito das medidas de controle da pandemia em países da Europa e do Extremo Oriente se devem, em parte, pelas restrições de circulação de pessoas entre as cidades. Na contramão, a sincronização das curvas epidêmicas entre as regiões metropolitanas e as cidades do interior demonstra que houve, a partir de meados de 2020, maior circulação entre cidades, o que facilita a manutenção da epidemia e a circulação do vírus.[51]

Em estados onde o crescimento foi abrupto como é o caso do Rio de Janeiro, de Pernambuco e do Amazonas, por exemplo, além do elevado volume de casos nas regiões metropolitanas, a difusão do vírus se acelerou para o interior e tornou ainda mais difícil o acesso aos leitos de UTI e tratamentos especializados. A elevada circulação das pessoas no período de festas de fim de ano e de férias deve acelerar a disseminação do vírus, que já circula com bastante velocidade e volta a ocupar os leitos hospitalares.[52]

Somente a reabertura de leitos não garante acesso ao atendimento se não houver equipes qualificadas para oferecer suporte aos pacientes, alerta a Fiocruz. Além disso, o período festivo ao invés de trazer algum conforto emocional para as pessoas, tornar ainda mais difícil o fim desse ano e o início de 2021. Assim, as recomendações da nota técnica são para desaconselhar a realização de festas com aglomerações de pessoas, caso ocorram devem conter um número mínimo de pessoas e sugere que o auto isolamento deve ser realizado antes e depois do retorno das viagens.[53]

Aconselha ainda que as reuniões devem ocorrer em locais preferencialmente abertos ou ventilados, sempre que possível manter o distanciamento físico entre as pessoas e a utilização de máscaras e álcool gel. Já os cuidados nas viagens devem ser redobrados, uma vez que diante da ocupação dos leitos para tratamento de covid-19, outros agravos de saúde podem não dispor de atendimento em UTI.[54] Sem dúvidas, revela a tendência de agravamento de uma situação bastante preocupante.

No mesmo sentido da nota técnica anterior, essa nota também repercute nos meios de comunicação, sendo objeto de notícias jornalísticas e alvo de co-

50 Ibidem.
51 Ibidem.
52 Ibidem.
53 FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ, 2020.
54 Ibidem.

mentários virtuais. Utilizam-se o mesmo canal e mecanismos empregados no caso antecedente para identificar os comentários mais curtidos.

i.3) *Doxa* pandêmica: segunda parte

Um dia após a divulgação da nota técnica, surgem algumas reportagens jornalísticas sobre seu conteúdo. Uma notícia veiculada no mesmo canal de comunicação alerta para o fato de que a cidade do Rio de Janeiro/RJ está próxima de um colapso no sistema de saúde, inclusive com a possibilidade de enfrentar um quadro grave de desassistência geral por causa da covid-19. O principal motivo do alerta se deve ao "excesso de mortalidade" no município registrados entre setembro e outubro desse ano, em torno de treze mil dessas mortes aconteceram por covid-19, os outros quinze mil morreram por falta de assistência.[55]

Além disso, 40,5% dos óbitos por covid-19 registrados em hospitais ocorreram dentro de UTI e 27% fora destas. Não há detalhes sobre os outros 32,5% dos óbitos. Esse quantitativo numérico em ascensão somado a impossibilidade de atendimento aos casos de covid-19 pelo sistema público de saúde transmitem um aviso, principalmente para os prefeitos que irão tomar posse a partir de 1º de janeiro de 2021.[56]

Diante disso, o Comitê Científico da Prefeitura do Rio de Janeiro sugeriu, em sentido semelhante das notas técnicas, o retorno de medidas de isolamento social na cidade para conter o crescimento do número de casos. Entre as medidas sugeridas estão o fechamento de escolas, proibição de banhistas em praias, proibição de aglomerações, fechamento mais cedo de bares e restaurantes e aumentar a fiscalização em estações de transporte público por ônibus (BRT) e no metrô para que efetivamente o uso de máscaras se torne obrigatório.[57]

Os comentários mais apoiados nessa matéria jornalística foram, respectivamente: (*i*) apoiam o funcionamento dos serviços essenciais - 03 curtidas; (*ii*) apoiam as medidas para reduzir a população circulante, criticam os frequentadores dos bares e praias, questionam a realização das eleições municipais 02 curtidas.

Em meio a infodemia percebe-se maior hostilidade em relação à universidade em virtude de um movimento contínuo de desvalorização e de precarização do ensino superior público no país nas últimas décadas. Essa rejeição se deve, em larga medida, pelo sistema estruturado em torno da desinformação e do obscurantismo que encabeça narrativas obscurantistas direcionadas para finalidades político-eleitoral. Ao lado do descrédito, encontram-se as históricas desigualda-

55 ROUVENAT, 2020.
56 Ibidem.
57 Ibidem.

des sociais e econômicas que aparta a maior parte da população brasileira dos conhecimentos científicos produzidos.

Uma miríade de circunstâncias fez com que os efeitos da pandemia de covid-19 se manifestassem no Brasil com maior frequência e impacto provocando uma sindemia. Esse termo foi desenvolvido para significar o acoplamento entre aspectos sociais e biológicos que aumentam as vulnerabilidades na saúde das pessoas em geral.[58] Portanto, abordar a covid-19 apenas como uma pandemia é insuficiente para explicar a situação brasileira, que possui múltiplas origens, mas, certamente, inclui a dimensão ecológica.[59]

Nesse sentido, para esboçar os rumos do amanhã parece ser adequado levar em consideração valores democráticos guiados por conhecimentos científicos voltados para "uma visão mais ampla, abrangendo educação, emprego, habitação, alimentação e meio ambiente".[60] Todavia, isso não significa a completa exclusão dos saberes que estão localizados fora dos domínios científicos. O desafio, portanto, é aproximar a população brasileira dos conhecimentos científicos e acadêmicos que sejam úteis e inteligíveis para o enfrentamento da sindemia, inclusive por meio dos mecanismos de comunicação de massa, direcionados para uma atuação ética. Por certo, um desafio à altura dos problemas enfrentados no tempo presente.

Conclusão

As análises oferecidas por esse capítulo conduzem à conclusão de que o principal traço distintivo entre a *doxa* e a *endoxa* é que, via de regra, a segunda coopera para limitação do arbítrio individual, coletivo e institucional, ao passo que a *doxa* acentua, concentra e generaliza as possibilidades de ocorrência desse fenômeno nesses e em outros espaços. Os objetivos estiveram localizados na conceituação e nas apreciações sobre as opiniões e os conhecimentos científicos, posteriormente aplicados para a identificação desses fenômenos no tempo presente. No entanto, a pandemia de covid-19 impõe sua pauta e acentua o contraste existente entre a *doxa* e a *endoxa*.

A primeira seção desse capítulo foi dedicada à descrição conceitual do objeto de estudo. O início desse percurso remete à filosofia antiga cujas análises se concentraram basicamente na perspectiva filosófica de Platão e de Aristóteles. Para o primeiro filósofo, *doxa* e *endoxa* são valores contrapostos tal qual o sen-

58 HORTON, Richard. Offline: covid-19 is not a pandemic. The Lancet, New York, vol. 396, 26 Sep. 2020.

59 KENYON, Chris. Syndemic responses to covid-19 should include an ecological dimension. The Lancet, New York, vol. 396, 28 Sep. 2020.

60 No original: "[a] larger vision, one encompassing education, employment, housing, food, and environment." HORTON, 2020, p. 874.

sível e o suprassensível, todavia para Aristóteles seria possível qualificar a opinião desde que aceita por todos, pela maioria ou pelos mais sábios e também quando se tratar de uma opinião reputada em virtude da hora, da respeitabilidade ou da especialidade daquele que a emite.

Esse antigo embate permanece atual presente. A garantia, ainda que formal, das modernas liberdades fundamentais permitiram o desenvolvimento dessas duas categorias, os avanços dos meios de comunicação permitiram a expansão da livre manifestação do pensamento. Embora para o entendimento de alguns a *doxa* contenha um ponto de vista dominante e por isso possa ser utilizada politicamente, aliás a soma desses dois elementos foi nomeada como a política da hipercomunicação. O atual cenário pandêmico e seus desdobramentos, coloca em evidência esses fatores, por isso buscou-se delimitar algumas manifestações da opinião e do conhecimento científico no tempo presente.

Na segunda seção, buscou-se aplicar a identificação desses conceitos tomando como referência duas notas técnicas, duas reportagens jornalísticas veiculadas pela rede mundial de computadores referente às notas e algumas opiniões manifestadas nos comentários dessas notícias. Primeiro, a Universidade Federal do Rio de Janeiro, mediante grupo de trabalho multidisciplinar para o enfrentamento da covid-19 emite uma nota técnica avaliando a situação do município do Rio de Janeiro/RJ, especialmente em virtude das festividades de fim de ano, e realizam um conjunto de sugestões que vão desde a abertura de leitos hospitalares, aumento da oferta de transporte público, fechamento das praias, até a avaliação da decretação de medidas restritivas de circulação de pessoas.

Apontando para a mesma direção, a nota técnica da Fiocruz denuncia que a simultaneidade das contaminações e mortes por covid-19, tanto nas regiões metropolitanas, quanto nas cidades do interior, poderão colapsar o sistema público de saúde. Igualmente realizam algumas sugestões voltadas para as festas de fim de ano para minimizar as chances de contágio e de sobrecarga no atendimento de saúde. Ainda foram coletadas algumas opiniões de internautas referente às matérias jornalísticas veiculadas sobre as notas técnicas.

Oportunidade na qual foi possível identificar alguns elementos comuns, quais sejam: a maior parte das comentadoras e dos comentadores utilizam perfis sem fotos e com pseudônimos; os comentários são realizados por frases curtas, escritas na primeira pessoa do singular, com a utilização de caixa alta, adjetivos e pontos de exclamação. Via de regra são limitados à adesão ou ao rechaço sem maiores considerações críticas (estudos comparativos, dados estatísticos, insuficiências metodológicas da nota técnica objeto da reportagem, entre outros).

Por fim, muitos desses comentários não observam os valores democráticos e não promovem a informação segura e qualificada, menos ainda são capazes de

promover o aprimoramento das notas técnicas ou das reportagens jornalísticas; ao contrário, a maior parte desses comentários assumem conotações ofensivas, cujas motivações revelam a defesa de crenças pessoais e a satisfação de seus interesses mais imediatos. Às vezes, é preciso dizer o óbvio. Não se trata, no entanto, de retirar o direito à livre manifestação dos pensamentos, mas de elevar intelectual e eticamente as opiniões manifestadas.

Referências

Superendividamento e Mulheres:

ARRUSA, Cinzia; BHATTACHARYA, Tithi; FRASER, Nancy. *Feminismo para os 99%*: um manifesto. São Paulo: Boitempo, 2019.

BERNER, Vanessa Batista; CASSOL, Paula Dürks. *Sigam as elefantas*: mulheres em tempo de pandemia. Portal Catarinas, 2020.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008.

COSTA, Geraldo de Faria Martins da. *Superendividamento*: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2002.

COSTA, Geraldo Faria Martins da. Superendividamento: solidariedade e boa-fé. *In*: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALAZZI, Rosângela (Coordenação). *Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito*. Revista dos Tribunais. Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 29. São Paulo, 2006.

DANTAS, Fernanda Lage; EMERIQUE, Lilian Balmant. O avanço da austeridade e o retrocesso na erradicação da pobreza. *In*: SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da; EMERIQUE, Lilian Balmant; BARISON, Thiago (Organizadores). *Reformas institucionais de austeridade, democracia e relações de trabalho*. São Paulo: LTR, 2018.

MARQUES, Claudia Lima. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. *In*: MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coordenação). *Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito*. Revista dos Tribunais. Biblioteca de Direito do Consumidor, v.29. São Paulo, 2006.

MARQUES, Claudia Lima. Fundamentos científicos da prevenção e tratamento do Superendividamento. *In*: MARQUES, Cláudia Lima; LIMA, Clarissa Costa; BERTONCELLO, Káren (Elaboração). *Prevenção e Tratamento do Superendividamento. Caderno de Investigações Científicas. Ministério da Justiça, Secretaria de Direito Econômico, Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor*. Brasília: DPDC/SDE, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima. Mulheres, idosos e o superendividamento dos consumidores: cinco anos de dados empíricos do projeto-piloto em Porto Alegre. *In*: *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 100/2015, Jul - Ago, 2015, p. 393 - 423.

TIBURI, Márcia. *Feminismo em comum*: para todas, todes e todos. 8ª edição. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2018.

Construir outras realidades, produzir novas afetividades: as possibilidades do olhar estético do afeto:

ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. 10ª Edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ARISTÓTELES. *Da Alma*. 1ª Edição. São Paulo: Edipro, 2018.

ASSANGE, Julian; MÜLLER-MAGUHN, Andy; ZIMMERMANN, Jérémie; APPELBAUM, Jacob. *Cypherpunks*: Liberdade e o Futuro da Internet. São Paulo: Boitempo, 2013.

AZOULAY, Audrey. *The Civil Contract of Photography*. New York: Zone Books, 2008.

BADIOU, Alain. *A metafísica da felicidade real*. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

BARTHES, Roland. *A câmara clara*: nota sobre a fotografia. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015.

BENJAMIN, Walter. *Escritos sobre mito e linguagem (1915-1921)*. 2ª Edição. São Paulo: Editora 34, Coeditado pela Livraria Duas Cidades, 2013.

BENJAMIN, Walter. *Estética e sociologia da arte.* Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017.

BERLEANT, Arnold. *The Aesthetic Field*: a phenomenology of aesthetic experience. Cybereditions. 2000.

CATALÀ DOMÈNECH, Josep Maria. *La Imagen Compleja*: la fenomenología de las imágenes en la era de la cultura visual. Barcelona: Universitat Autònoma de Barcelona, 2005.

CATALÀ DOMÈNECH, Josep Maria. *A forma do real*. São Paulo: Summus, 2011.

COMTE, Auguste. *Curso de filosofia positiva; Discurso sobre o espírito positivo; Discurso preliminar sobre o conjunto do positivismo; Catecismo positivista.* São Paulo: Abril Cultural, 1978.

KOSSOY, Boris. *Realidades e ficções na trama fotográfica.* 5ª Edição. São Paulo: Ateliê Editorial, 2016.

LÉVY, Pierre. *O que é o virtual?* São Paulo, Editora 34, 2007.
MARTINS, José de Souza. *Sociologia da fotografia e da imagem*. 2.ª Edição. São Paulo: Contexto, 2017.
MASSUMI, Brian. *The Autonomy of Affect*. Cultural Critique, N. 31, The Politics of Systems and Environments, Part II, pp. 83-109, autumn/1995.
MERLEAU-PONTY, Maurice. *Fenomenologia da Percepção*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
MERLEAU-PONTY, Maurice. *O primado da percepção e suas consequências filosóficas*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2015.
MIT Media Lab. *Project AlterEgo*. Disponível em: <https://www.media.mit.edu/projects/alterego/overview/>. Acesso em 17 de janeiro de 2020.
MIT Media Lab. Project *A voting-based system for ethical decision making*. Disponível em: <https://www.media.mit.edu/projects/a-voting-based-system-for- ethical-decision-making/overview/>. Acesso 17 de janeiro de 2020.
MIT Media Lab. *Project Deep Empathy*. Disponível em: <https://www.media.mit.edu/projects/deep-empathy /overview/ >. Acesso em 17 de janeiro de 2020.
MIT Media Lab. *Project Machine Behavior*. Disponível em: <https://www.media.mit.edu/projects/machine- behavior/overview/>. Acesso 17 de janeiro de 2020.
MIT Media Lab. *Project Nightmare Machine - Horror imagery generated by artificial intelligence*. Disponível em: <http://nightmare.mit.edu/ >. Acesso em 17 de janeiro de 2020.
MIT Media Lab. *Project Norman*. Disponível em: <https://www.media.mit.edu/projects/norman/overview/>. Acesso em 17 de janeiro de 2020.
MOHOLY-NAGY, László. *The New Vision and Abstract of an Artist*. Editions Choiseul, 2010.
MOHOLY-NAGY, László. *In Focus*. László Moholy-Nagy: photographs from The J. Paul Getty Museum. Los Angeles: The J. Paul Getty Museum, 1995.
ORTS, Adela Cortina. *Aporofobia, el rechazo al pobre.* Edição eletrônica. Barcelona: Espasa Libros, 2017.
PICARD, Rosalind. *Affective Computing*. M.I.T Media Laboratory Perceptual Computing Section Technical Report No. 321, 1995.
PICARD, Rosalind. *Affective Computing*. MIT Press, 1997.
PICARD, Rosalind. *Affective Computing for HCI*. M.I.T Media Laboratory, 1999.
RANCIÈRE, Jacques. *A Partilha do Sensível*: estética e política. São Paulo: Editora 34 Ltda., 2018.
RANCIÈRE, Jacques. *O destino das imagens*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2012.
SONTAG, Susan. *Sobre Fotografia*. Edição eletrônica. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.
SPINOZA, Baruch. Ética. 2ª Edição. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017.
TOMKINS, Silvan. *Affect Imagery Consciousness* – Volume I – The positive affects. New York, Springer Publishing Company, 1962.
TOMKINS, Silvan. *Affect Imagery Consciousness* – Volume II – The negative affects. New York, Springer Publishing Company, 1963.
TORRACA, Lia. *O espetáculo da violência no Rio de Janeiro e o olhar estético do afeto*. Tese de Doutorado em Direito. Rio de Janeiro, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2019.
TORRACA, Lia. A projeção da antropofagia democrática: uma reflexão sobre as mídias sociais como espaço de democracia no Brasil. *In*: *Congresso Internacional em Humanidades Digitais*. Rio de Janeiro, 2018, edição eletrônica, p. 138-147.
TORRACA, Lia. *A estética da fé*: ecos de uma democracia encurralada. Dourados: Revista Videre, v. 10, n. 20, jul/dez 2018.
TORRACA, Lia. *As possibilidades do olhar estético do afeto: o projeto Olhar Complexo*. São Paulo: Eccos – Revista Científica, n. 53, p. 1-17, abr/jun 2020.
TORRACA, Lia. *O olhar estético do afeto: reterritorializando o Rio de Janeiro*. São Paulo: Revista Cadernos Metrópole PUC-SP, v. 23, n. 50, p. 307-330, jan/abr 2021.

Vulnerabilidade: diferenças conceituais e usos jurídicos:

AMORIM, Ana Rosa Tenório de; BATISTA, Neimar. A Vulnerabilidade no Direito Privado. *Tuiuti: Ciência e Cultura*, v. 5, n. 57, 2018, p. 68–101.
BROWN, Kate. Questioning the vulnerability zeitgeist: Care and control practices with 'vulnerable' young people. *Social Policy and Society*. 2014, p. 1-17.
CLOUGH, Beverley. Disability and vulnerability: challenging the capacity/incapacity binary. *Social Policy and Society*, v. 16, n. 3, 2017, p. 469-481.

FINEMAN, Martha Albertson. Vulnerability and inevitable inequality. *Oslo Law Review*, v. 4, n. 03, 2017, p. 133-149.
FINEMAN, Martha Albertson. The vulnerable subject: Anchoring equality in the human condition. *Yale JL & Feminism*, v. 20, 2008.
FINEMAN, Martha Albertson. The vulnerable subject and the responsive state. *EmoRy lJ*, v. 60, 2010, p. 251.
FINEMAN, Martha Albertson. Vulnerability in Law and Bioethics. *Journal of health care for the poor and underserved*, v. 30, n. 5, 2019, p. 52-61.
GORDON-BOUVIER, Ellen. Relational vulnerability: The legal status of cohabiting carers. *Feminist Legal Studies*, v. 27, n. 2, 2019, p. 163-187.
GORDON-BOUVIER, Ellen. *Relational Vulnerability: Theory, Law and the Private Family*. Springer Nature, 2020.
GREEN, Simon. Crime, victimisation and vulnerability. *Handbook of victims and victimology*, v. 1, 2007.
HELD, Virginia. Non-contractual society: A feminist view. *Canadian Journal of Philosophy*, v. 17, n. sup1, 1987, p. 111-137.
KITTAY, Eva Feder. *Love's labor: Essays on women, equality and dependency*. Routledge, 1999.
KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 99, 2015, p. 101-123.
MACINTYRE, Alasdair C. *Dependent rational animals: Why human beings need the virtues*. Open Court Publishing, 1999.
MACKENZIE, Catriona; ROGERS, Wendy; DODDS, Susan. Introduction: What is vulnerability and why does it matter for moral theory. *In*: MACKENZIE, Catriona; ROGERS, Wendy; DODDS, Susan (Eds.). *Vulnerability: New essays in ethics and feminist philosophy*. New York: Oxford University Press, 2014, p. 1-29.
MACKENZIE, Catriona. The Importance of Relational Autonomy and Capabilities for an Ethics of Vulnerability. In: MACKENZIE, Catriona; ROGERS, Wendy; DODDS, Susan (Eds.). *Vulnerability: New essays in ethics and feminist philosophy*. New York: Oxford University Press, 2014, p. 33-59.
MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2012.
MELKEVIK, Bjarne. Vulnerabilidade, direito e autonomia. Um ensaio sobre o sujeito de direito. *Rev. Fac. Direito UFMG*. Belo Horizonte, nº 71, jul./dez., 2017, p. 651-653.
MUNRO, Vanessa E.; SCOULAR, Jane. Abusing vulnerability? Contemporary law and policy responses to sex work in the UK. *Feminist Legal Studies*, v. 20, n. 3, 2012, p. 189-206.
NAÇÕES UNIDAS. *Report on the world social situation*. Social vulnerability: Sources and challenges. New York: UN Department of Economic and Social Affairs, 2003.
ROGERS, Wendy; MACKENZIE, Catriona; DODDS, Susan. Why bioethics needs a concept of vulnerability. *IJFAB: International Journal of Feminist Approaches to Bioethics*, v. 5, n. 2, 2012, p. 11-38.
SKILLMAN, Gilbert. Asset Inequality, Economic Vulnerability and Relational Exploitation. *Economics and Philosophy*, v. 34, n.03, 2018, pp. 343–368.
THOMPSON, Janna. Being in time: Ethics and temporal Vulnerability. *In*: MACKENZIE, Catriona; ROGERS, Wendy; DODDS, Susan (Eds.). *Vulnerability: New essays in ethics and feminist philosophy*. New York: Oxford University Press, 2014, p. 162-178.
VROUSALIS, Nicholas. Exploitation, vulnerability, and social domination. *Philosophy & Public Affairs*, v. 41, n. 2, 2013, p. 131-157.
WRIGLEY, Anthony; DAWSON, Angus. Vulnerability and marginalized populations. *Public Health Ethics: Cases Spanning the Globe*, 2016, p. 203-240.

Minoria indígena e sua exclusão político institucional: análise do caso Xucuru (Brasil, 2000):

ANTKOWIAK, Thomas M. Rights, Resources, and Rhetoric: Indigenous Peoples and the Inter-American Court. *University of Pennsylvania Journal of International Law*. Philadelphia, v. 35, nº 1, 2013, p. 113-187.
BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch*: The Supreme Court at the Bar of Politics. 2nd Edition. New Haven: Yale University Press, 1986.
BRASIL. Câmara dos Deputados. *Primeira deputada indígena eleita tem como prioridade a defesa da inclu-*

são e da sustentabilidade. 10 Out. 2018. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/546065-primeira-deputada-indigena-eleita-tem-como-prioridade-a-defesa-da-inclusao-e-da-sustentabilidade/>. Acesso em 15 de dezembro de 2020.
BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco. Recurso Eleitoral nº 0600136-96.2020.6.17.0055, Rel. Juiz Rodrigo Cahu Beltrão, publicado em sessão: 4 nov. 2020. Disponível em: <https://inter03.tse.jus.br/sjur-pesquisa/pesquisa/index.jsp?page Form=formAvancado.jsp>. Acesso em 10 de fevereiro de. 2021.
BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo. Recurso Eleitoral nº 29274, Acórdão nº 163297, Rel. Juiz Paulo Alcides, publicado em sessão: 8 set. 2008. Disponível em: <https: //inter03.tse.jus.br/sjur-pesquisa/pesquisa/index.jsp?pageForm=formAvancado.jsp>. Acesso em 10 de fevereiro de 2021.
BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro. RC nº 2246-44.2014.6.19.0000, Rel. Juiz Edson Aguiar de Vasconcelos, publicado em sessão: 18 ago. 2014a. Disponível em: <http s://inter03.tse.jus.br/sjur-pesquisa/pesquisa/index.jsp?pageForm=formAvancado.jsp>. Acesso em 10 de fevereiro de 2021.
BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande de Norte. RC nº 384-11.2014.6.20.0000, Acórdão nº 722/2014, Rel. Juiz Carlo Virgílio Fernandes de Paiva, publicado em sessão: 5 ago. 2014b. Disponível em: <https://inter03.tse.jus.br/sjur-pesquisa/pesquisa /index.jsp?pageForm=formAvancado.jsp>. Acesso em 10 de fevereiro de 2021.
BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul. Recurso Eleitoral nº 121-79.2016.6.21.0032, Rel. Juiz Paulo Afonso Brum Vaz, publicado em sessão: 14 set. 2016. Disponível em: <https://inter03.tse.jus.br/sjur-pesquisa/pesquisa/index.jsp?pageForm =formAvancado.jsp>. Acesso em 10 de fevereiro de 2021.
BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta Processual Unificada - PJe. Recurso Especial Eleitoral nº 0600136-96.2020.6.17.0055. Disponível em: <https://consultaunificadapje.tse. jus.br/#/public/resultado/0600136-96.2020.6.17.0055>. Acesso em 30 de abril de 2021.
BURGER, Michael. Bi-Polar and Polycentric Approaches to Human Rights and the Environment. *Columbia Journal of Environmental Law*, v. 28, n. 2, 2003, p. 371-393.
CANADA. Statistics Canada. *Aboriginal peoples in Canada*: Key Results from the 2016 Census. 25 Out. 2017. Disponível em: <https://www150.statcan.gc.ca/n1/daily-quotidien /171025/dq171025a-eng.htm>. Acesso em 10 de março de 2021.
COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS (CESCR). *General Comment nº 21 (2009)*. Disponível em: <https://tbinternet.ohchr.org/layouts/15/treatybody external/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fGC%2f21&Lang=en>. Acesso em 10 de março de 2021.
CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO (CIMI). *Relatório Violência contra os Povos Indígenas no Brasil*. 2019. Disponível em: <https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2020/10/ relatorio-violencia--contra-os-povos-indigenas-brasil-2019-cimi.pdf >. Acesso em 11 de março de 2021.
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTEIDH). *Caso do Povo Indígena Xucuru e seus Membros vs. Brasil*: Sentença de 5 de fevereiro de 2018 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs /casos/articulos/seriec_346_por.pdf>. Acesso em 5 de junho de 2020.
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTEIDH). *Caso Yatama vs. Nicaragua*: Sentencia de 23 de Junio de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos /articulos/seriec_127_esp.pdf>. Acesso em 5 de junho de 2020.
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTEIDH). *Norín Catrimán y Otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*: Sentencia de 29 Maio 2014 (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf>. Acesso em 5 de junho de 2020.
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTEIDH). *Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985*: La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Voto separado do Juiz Rodolfo E. Piza Escalante. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs /opiniones/seriea_05_esp.pdf>. Acesso em 5 de junho de 2020.
COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal objetivo*: comentários atualizados ao código penal e ao código de propriedade industrial. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.
DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law*. The Moral Reading of the American Constitution. Cambridge [MA]: Harvard University Press, 1996.

ELSTER, Jon. *Ulysses Unbound*: Studies in Rationality, Precommitment, and Constraints. New York: Cambridge University Press, 2000.
ELY, John Hart. *Democracy and Distrust*: A Theory of Judicial Review. Cambridge [MA]: Harvard University Press, 1980.
FERÉJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Rule of Democracy and Rule of Law. *In*: MARAVALL, José María; PRZEWORSKI, Adam (ed.). *Democracy and the Rule of Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 242-260.
FERRAJOLI, Luigi. Derechos fundamentales. *In*: CABO, Antonio de; PISARELLO, Gerardo (ed.). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. 4ª Edición. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 19-56.
FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO (FUNAI). *Modalidades de terras indígenas*. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/terras-indigenas>. Acesso em 15 de julho de 2019.
GALANO, Carlos et al. Manifiesto por la vida: por una ética para la sustentabilidad. *Ambiente & Sociedade*. Campinas, nº 10, 2002. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1414-753X2002000100012>. Acesso em 10 de março de 2021.
GOMES, Irene; MARLI, Mônica. As cores da desigualdade. *Retratos: A Revista do IBGE*, n° 11, Maio 2018, p. 14-19. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/ revista-retratos.html>. Acesso em 10 de abril de 2021.
HANNUM, Hurst. The Concept and Definition of Minorities. *In*: WELLER, Marc (ed.). *Universal Minority Rights*: A Commentary on the Jurisprudence of International Courts and Treaty Bodies. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 49-73.
HERDEGEN, Matthias. *Principles of International Economic Law*. 2nd Edition. New York: Oxford University Press, 2016.
HUMAN RIGHTS COMMITTEE (HRC). *General Comment nº 23 (1994)*. Disponível em: <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2f21%2fRev.1%2fAdd.5&Lang=en>. Acesso em 10 de março de 2021.
INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION (ILO). *Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169)*. Disponível em: <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312314:NO>. Acesso em 10 de março de 2021.
INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION (ILO). *Indigenous and Tribal Populations Convention, 1957 (No. 107)*. Disponível em: <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C107>. Acesso em 10 de março de 2021.
MARINHO, Gerson Luiz et al. Mortalidade infantil de indígenas e não indígenas nas microrregiões do Brasil. *Revista Brasileira de Enfermagem*. Brasília, v. 72, nº 1, 2019, p. 57-63. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/0034-7167-2017-0646>. Acesso em 10 de março de 2021.
MEDINA, Cecilia. *The American Convention on Human Rights*: Crucial Rights and their Theory and Practice. 2nd Edition. Cambridge: Intersentia, 2016.
NEUMAN, Gerald L. Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights. *European Journal of International Law*. Firenze, v. 19, nº 1, 2008, p. 101-123.
NEVES, Rita de Cássia M.; FIALHO, Vânia. Xukuru. *In*: Instituto Socioambiental (ISA). *Povos indígenas no Brasil*. Disponível em: <https://pib.socioambiental.org/pt/Povo:Xukuru>. Acesso em 20 de abril de 2021.
NORRIS, Tina; VINES, Paula L.; HOEFFEL, Elizabeth M. The American Indian and Alaska Native Population: 2010. U.S. Census Bureau, *2010 Census Briefs*. Jan. 2012. Disponível em: <https://www.census.gov/history/pdf/c2010br-10.pdf>. Acesso em 20 de abril de 2021.
ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). *Carta Democrática Interamericana*: documentos e interpretaciones. Washington: Organización de los Estados Americanos, 2003. Disponível em: <http://www.oas.org/OASpage/esp/Documentos/Carta_ Democratica.htm>. Acesso em 5 de dezembro de 2020.
ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. 14 Jun. 2016, AG/RES. 2888 (XLVI-O/16), Washington, 2016. Disponível em: <https://www.oas.org/es/sadye/documentos /res-2888-16-es.pdf>. Acesso em 5 de dezembro de 2020.
PETERS, Ina. Der Belo Monte Staudamm: Paradebeispiel für eine erfolgreiche Zivilgesellschaft in Brasilien? *GIGA Focus Lateinamerika*. Hamburg, v. 9, 2011. Disponível em: <https://www.giga-hamburg.de/

de/publikationen/11569077-belo-monte-staudamm-paradebeispiel-eine-erfolgreiche-zivilgesellschaft--brasilien/>. Acesso em: 21 mar. 2021.
PINTO, Mónica. El principio pro homine: criterios de hermenéutica y pautas para regulación de los derechos humanos. *In*: COURTIS, Christian; ABREGÚ, Martín (ed.). *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1997. p. 163-171.
RAMLOGAN, Rajendra. *Sustainable Development*: Towards a Judicial Interpretation. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2011.
RESENDE, Ranieri L. Exclusão da participação indígena nas eleições: interpretação extensiva de lei restritiva contra minorias (caso Xucuru). *JOTA*. Brasília, 24 Jan. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/exclusao-da-participacao-indigena-nas-eleicoes-24012021>. Acesso em 14 de abril de 2021.
RESENDE, Ranieri L. Impeachment e responsabilidade jurídica: notas teórico-históricas de common law. *Revista Culturas Jurídicas*, Niterói, v. 7, n. 17, p. 1-31, 2020. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/45434>. Acesso em 21 de março de 2021.
SWEPSTON, Lee. *The Foundation of Modern International Law on Indigenous and Tribal Peoples*. Leiden: Brill | Nijhoff, 2015. v. 1.
TIETJE, Christian. Begriff, Geschichte und Grundlagen des Internationalen Wirtschaftssystems und Wirtschaftsrechts. *In*: TIETJE, Christian (Hrsg.). *Internationales Wirtschaftsrecht*. Berlin: De Gruyter Recht, 2009. p. 1-60.
UNITED NATIONS (UN). General Assembly. *Report of the World Commission on Environment and Development*. 4 Aug. 1987, A/42/427, New York, 1987. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/139811>. Acesso em 30 de abril de 2021.
UNITED NATIONS (UN). General Assembly. *Resolution Adopted by the General Assembly on 13 September 2007*: United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, 2 Oct. 2007, A/RES/61/295, New York, 2007. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/512/07/PDF/N0651207.pdf?OpenElement>. Acesso em 30 de abril de 2021.
UNITED NATIONS (UN). *Report of the United Nations Conference on the Human Environment*. Stockholm, 5-16 June 1972, A/CONF.48/14/Rev.1, New York, 1973. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/NL7/300/05/IMG/NL730005.pdf? OpenElement>. Acesso em 30 de abril de 2021.
UNITED STATES (US). Department of State, *Announcement of U.S. Support for the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. 12 Jan. 2011. Disponível em: <https://2009-2017.state.gov/s/srgia/154553.htm>. Acesso em 15 de março de 2021.
VERMEULE, Adrian. The Force of Majority Rule. *In*: NOVAK, Stéphanie; ELSTER, Jon (ed.). *Majority Decisions*: Principles and Practices. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 132-158.
WALDRON, Jeremy. The Core of the Case against Judicial Review. *Yale Law Journal*. New Haven, v. 115, 2006, p. 1346-1406.
WOLFF, Hagen. §§ 303c–311b. *In*: JÄHNKER, Burkhard; LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm; ODERSKYET, Walter (Hrsg.). *Strafgesetzbuch*: Leipziger Kommentar. 11. Auf. Berlin: De Gruyter Recht, v. 8, 2005, p. 70-137.
WOLKMER, Antonio Carlos. Ética da sustentabilidade e direitos da natureza no constitucionalismo latino-americano. *In*: LEITE, José Rubens Morato; PERALTA, Carlos E. (ed.). *Perspectivas e desafios para a proteção da biodiversidade no Brasil e na Costa Rica*. São Paulo: Planeta Verde, 2014. p. 67-84. Disponível em: <http:// www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20140517170251_1477.pdf>. Acesso em 30 de abril de 2021.
WORLD BANK (WB). *Indigenous Latin America in the Twenty-First Century*: The First Decade, 2015. Disponível em: <https://documents.worldbank.org/en/publication /documents-reports/documentdetail/145891469919745 40/indigenous-latin-america-in-the-twenty-first-century-the-first-decade>. Acesso em 22 de março de 2021.
WORLD BANK (WB). *Indigenous Peoples*. Disponível em: <https://www.worldbank.org/en/topic/indigenouspeoples>. Acesso em 22 de março de 2021.
YASHAR, Deborah J. Contesting Citizenship: Indigenous Movements and Democracy in Latin America. *Comparative Politics*. New York, v. 31, nº 1, 1998, p. 23-42.
YUPSANIS, Athanasios. The International Labour Organization and its Contribution to the Protection of the Rights of Indigenous Peoples. *Canadian Yearbook of International Law*, v. 49, 2012, p. 117-176.

ACOSTA, Alberto. *O bem viver: uma oportunidade para imaginar outros mundos.* Trad. Tadeu Breda. São Paulo: Elefante, 2016.
ADORNO, Theodor W. *Dialética Negativa*. Tradução de Marco Antonio Casanova. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.
BACHA E SILVA, Diogo. *Desconstruindo o novo constitucionalismo latino-americano: o tribunal constitucional plurinacional e a jurisdição constitucional decolonial.* Belo Horizonte: Conhecimento editora, 2020.
BEUCHOT, Mauricio. Elementos esenciales de una hermenéutica analógica. *Diánoia*, volumen LX, n. 74, mayo, 2015b, p. 127–145.
BEUCHOT, Mauricio. Hermenéutica analógica y dialéctica. *Interpretatio*. 1.2, 2016-2017, p. 9-28.
BEUCHOT, Mauricio. *Tratado de hermenéutica analógica. Hacia un nuevo modelo de interpretación*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015a.
CERUTTI, Horacio. *Filosofía de la liberación latinoamericana*. México: Fondo de Cultura Económica, 1983.
DUSSEL, Enrique. "Momento analéctico del Método Dialéctico" em "Respondiendo Algunas Preguntas y Objeciones sobre Filosofía de la Liberación". *Reflexão* 8(26)-15- 24 mai-ago de 1983.
DUSSEL, Enrique. *14 tesis de ética: Hacia la esencia del pensamiento crítico*. Madrid: Ed. Trotta, 2016.
DUSSEL, Enrique. Analogía y comunicación (interpelación, diálogo intercultural hacia la transmodernidad). *Cuadernos Filosóficos*. Segunda Época, XIV, 2017, p. 66-101.
DUSSEL, Enrique. *Filosofías del Sur y descolonización.* Buenos Aires: Docencia, 2014.
DUSSEL, Enrique. La analogía de la palabra (el metodo analéctico y la filosofía latinoamericana). *Revista de Filosofía.* año X, 1996, nº 1, p. 29-60.
DUSSEL, Enrique. *Método para una filosofía de la liberación: superación analéctica de la dialéctica hegeliana.* Salamanca: Sígueme, 1974.
DUSSEL, Enrique. *Método para una filosofía de la liberación: superación analéctica de la dialéctica hegeliana.* Salamanca: ediciones Sígueme, 1974.
DUSSEL, Enrique. *Política de la liberación*: *historia mundial y crítica*. Madrid: Trotta, 2007.
DUSSEL, Enrique. Transmodernidade e interculturalidade: interpretação a partir da filosofia da libertação. *Revista Sociedade e Estado*. v. 31, n. 1, Janeiro/Abril, 2016.
FAGUNDES, Lucas Machado, PATRÍCIO, Ághata July Goularte, CACIATORI, Emanuela Gava. *Pluralismo jurídico no processo constituinte boliviano.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
GRIJALVA, Agustín. El Estado Plurinacional e Intercultural en la Constitución Ecuatoriana del 2008. *Revista Ecuador Debate.* n. 75, 2008, p. 49-62.
KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007.
MARINI, Ruy Mario. Dialética da dependência. *Germinal: Marxismo e Educação em Debate*. Salvador, v. 9, n. 3, p. 325-356, dez. 2017.
MARTÍNEZ, Esperanza, ACOSTA, Alberto. Los Derechos de la Naturaleza como puerta de entrada a otro mundo posible. *Revista Direito e Práxis*. Rio de Janeiro, Vol. 08, N. 4, 2017, p. 2927-2961.
MIGNOLO, Walter. El pensamiento decolonial: desprendimiento y apertura. In: CASTRO GÓMEZ, Santiago (Org.). *El Giro decolonial*: Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2007.
SANTAMARÍA, Ramiro Àvila. *El neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar y Abya Yala, 2011.
SANTOS, Boaventura de Sousa, MENESES, Maria Paula (orgs.). *Epistemologias do Sul.* Coimbra: Almedina, 2009.
SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência.* 8ª Edição. São Paulo: Cortez, 2011.
SANTOS, Boaventura de Sousa. *O fim do império cognitivo.* Coimbra: Almedina, 2018.
SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências. *Revista Crítica de Ciências Sociais.* 63, Outubro, 2002, p. 237-280.
SANTOS, Boaventura Sousa. *Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: CAOL, 2010.
TAPIA, Luis. *Epistemologia experimental.* La Paz: UMSA, 2014.

VARGAS LIMA, Alan. La evolución de la justicia constitucional en Bolivia: apuntes sobre el modelo de control concentrado y plural de constitucionalidad. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. 20, 2016, p. 369-404.
WALSH, Catherine. *Carta a Aníbal Quíjano*. Lida em Lima, 8 de maio de 2019. Universidad Mayor San Marcos.
WOLKMER, Antonio Carlos. *O pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura jurídica no direito.* 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2015.
WOLKMER, Antônio Carlos; RADAELLI, Samuel. O pensamento constitucional contemporâneo na América Latina: a proposta para um constitucionalismo pluralista e andino. *Revista General de Derecho Constitucional*. v. 1, 2016, p. 222
YRIGOYEN, Raquel Z. Fajardo. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. *In*: GARAVITO, César Rodriguez (Coordinación). *El Derecho en America Latina un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2012.
ZEA, Leopoldo. *La filosofía americana como filosofía sin más*. México: Siglo XXI, 1969.

Colonialidade e identidades, a experiência da emancipação por meio do Novo Constitucionalismo Latino-Americano:

BALLESTRIN, Luciana. *América Latina e o giro decolonial.* Revista Brasileira de Ciência Política, nº 11. Brasília, maio – agosto de 2013, p. 89-117.
BRAH, Avtar. *Diferença, diversidade, diferenciação*. Cadernos Pagu, n° 26, 2006.
DALMAU, Rubén Martinez. ¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como una corriente doctrinal sistematizada?. Disponível em: <www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/245.pdf>.
DALMAU, Rúben Martinez. ¿Han funcionado las constituciones del Nuevo constitucionalismo latinoamericano?. Revista culturas jurídicas, ahead of print, 2018.
DO VALE, André Rufino. *Aspectos do Neoconstitucionalismo.* Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC, n° 09, jan./jun, 2007.
DUSSEL, Henrique. *Filosofía de la Liberación.* 7ª Edición. México: Primero, 2001a.
ELIAS, Norbert. Conceitos sociológicos fundamentais. *In*: NEIBURG, Federico; WAIZBORT, Leopoldo (Organização e apresentação). *Escritos & Ensaios 1 Estado, processo, opinião pública*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2006, p. 21-33.
ELIAS, Norbert. A civilização como transformação do comportamento humano. *In*: ELIAS, Norbert (autor); RIBEIRO, Renato Janine (Revisão e Apresentação); tradução Ruy Jungman. *O processo civilizador*. vol. 01. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994, p. 65-117; p. 135-162; p. 189-202.
ELIAS, Norbert; SCOTSON, John L. *Os estabelecidos e os outsiders*: sociologia das relações de poder a partir de uma pequena comunidade. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.
FOUCAULT, Michel. O sujeito e o poder. *In*: DREYFUS, Hubert L.; RABINOW, Paul; tradução de Vera Porto Carrero. *Michel Foucault – uma trajetória filosófica*: para além do estruturalismo e da hermenêutica. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.
FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
FREIRE, Paulo. *Pedagogia do Oprimido*. 42ª Edição. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.
GARGARELLA, Roberto; COURTIS, Christian. *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*. Políticas Sociales. Santiago de Chile: Naciones Unidas, 2009.
GARGARELLA, Roberto. *La sala de maquinas de la Constitución*: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010). Buenos Aires: Katz, 2015.
LOIS, Cecília; FERRI, Carolina; TAVARES, Tayná. Novo Constitucionalismo Latino-Americano: Pachamama e a insurgência de um novo sujeito constitucional. *In*: BOLONHA, Carlos; BONIZZATO, Luigi; MAIA, Fabiana (Organização). *Teoria Institucional e Constitucionalismo Contemporâneo*. led. Curitiba: Juruá, 2016, v. 1, p. 357-371.
MARIÁTEGUI, José Carlos. *La unidad de la América Indoespañola*. Colección: Carrascalejo de la Jara. El Cid Editor S.A. Santa Fe, Argentina, 1924.
MIGNOLO, Walter. *Desobediencia epistémica*: retórica de la modernidad, lógica de la colonialidad y gramática de la descolonialidad. Argentina, Ediciones del signo, 2010.
PACHANO, Simón. RC-RC=0. *In*: MANTILLA, Sebastián B.; MEJÍA, Santiago R; PAZ, Juan J.; CEPEDA, Miño. *Balance de la revolución ciudadana*. Quito, Centro Latinoamericano de Estudios Políticos:

Editorial Planeta del Ecuador S.A., 2012.
POZZOLO, Susana. *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*. Doxa n° 21-v2, 1998, p. 342.
COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo)constitucionalismo*: un análisis metateórico. Isonomía, México. n° 16, abr. 2002, p. 89-112. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182002000100089&lng=es&nrm=iso>.
QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. *In*: LANDER, Edgardo (Organização). *A colonialidade do saber*: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Colección Sur Sur, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. septiembre 2005, p. 227-278.
RIBEIRO, Ilana Aló Cardoso; EMERIQUE, Lílian Márcia Balmant. *Em defesa da participação:* Análise da iniciativa popular para alteração da Constituição no Brasil e no Equador. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 9, n° 2, 2019, p.113-128.
SAID, Edward W. *Orientalismo*: o Oriente como invenção do Ocidente. Tradução: Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Refundación del Estado en América Latina*: perspectivas desde una epistemología del Sur. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010.
SOUSA SANTOS, Boaventura de; GRIJALVA, Agustín. *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*. 1ª Edición. Fundación Rosa Luxemburg/Abya Yala. Quito, 2012, p. 46-49.
SOUSA SANTOS, Boaventura de. Para além do Pensamento Abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. *In*: SOUSA SANTOS, Boaventura de; MENESES, Maria Paula (Organizadores). *Epistemologias do Sul*. Portugal: Edições Almedina. AS, 2009.
SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências*. Revista Crítica de Ciências Sociais, 63, out. 2002, p. 237-280.
SILVA, Tomaz Tadeu da. A produção social da identidade e da diferença. *In*: SILVA, Tomaz Tadeu da (Organização). *Identidade e Diferença*: a perspectiva dos Estudos Culturais. Rio de Janeiro, Editora Vozes, 2007, p. 73-101.
VICIANO, Roberto Pastor; DALMAU Rubén Martínez. *La Constitución democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo.* Revista Debates Constitucionales en nuestra América, 2013.
VICIANO, Roberto. *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latino-americano*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
WALSH, Catherine. *Interculturalidad, Estado, Sociedad*: Luchas (de)coloniales de nuestra época. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Abya Yala, 2009.
WOLKMER, Antônio Carlos. *Tendências Contemporâneas do constitucionalismo latino-americano*: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. Revista Pensar. Revista de Ciências Sociais, Fortaleza, v.16, n° 2, jul./dez., 2011, p. 371- 408.

Direito dos Desastres e Federalismo Cooperativo: desafios para construções inovadoras nas dimensões regional e local:

ABRAHAM, Kenneth S. Derramamentos Catastróficos de Petróleo e o Problema do Seguro. *In*: FARBER, Daniel A. CARVALHO, Délton W. (Org.). *Estudos Aprofundados em Direito dos Desastres*: interfaces comparadas. 2ª Edição, Curitiba: Appris, 2019, p. 309-338.
BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal.Centro Gráfico, 1988.
CARVALHO, Délton W. *Desastres Ambientais e sua Regulação Jurídica: deveres de prevenção, resposta e compensação ambiental*. 2ª Edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
CRED - Centre for Research on the Epidemiology of Disasters. *CRED Crunch 60 - Technological Disasters*. September 2020. Disponível em: <https://www.emdat.be/ publications>. Acesso em: 02 mai. 2021.
DAMASCENA, Fernanda Dalla Libera. Limites e Possibilidades da prestação jurisdicional na redução da vulnerabilidade. *In*: FARBER, Daniel A. CARVALHO, Délton W. (Org.). *Estudos Aprofundados em Direito dos Desastres*: interfaces comparadas. 2ª Edição. Curitiba: Appris, 2019, p. 447-482.
FARBER, Daniel. Disaster law and emerging issues in Brazil. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, 4(1): 2-15 janeiro-junho 2012. DOI: 10.4013/rechtd.2012.41.01.
FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. *Parâmetros para uma Abordagem Baseada em Direitos Humanos para a Resposta e Reconstrução de Desastres Envolvendo Empresas* / Fundação Getulio Vargas. Rio de Janeiro;

São Paulo: FGV, 2019. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco/documentos/fgv/fgv_parametros-para-uma-abordagem-baseada-em-direitos-humanos-para-a-resposta-e-reconstrucao-de-desastres-envolvendo-empresas.pdf>. Acesso em: 24 out. 2020.
GODOY, Miguel Gualano de; CASTILLO MACEDO, José Arthur de; TRANJAN, Renata Naomi. Normalizando o anormal? As decisões do STF após um ano de pandemia. *Jota*, 20 de abril de 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/normalizando-o-anormal -as-decisoes-do-stf-apos-um--ano-de-pandemia-20042021?amp>. Acesso em: 02 mai. 2021.
IBGE. *Perfil dos municípios brasileiros*: 2017 "Pesquisa de Informações Básicas Municipais". Rio de Janeiro: IBGE, 2018. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo view=detalhes&id=2101595>. Acesso em: 02 mai. 2021.
LEITE, José Rubens Morato; CAVEDON, Fernanda Salles. A Justiça Ambiental como paradigma para o Direito das Catástrofes: por uma abordagem ética e ambiental da gestão dos riscos de catástrofes ecológicas. *In*: FARBER, Daniel A. CARVALHO, Délton W. (Org.). *Estudos Aprofundados em Direito dos Desastres*: interfaces comparadas. 2ª Edição. Curitiba: Appris, 2019, p. 407-446.
MACHADO, Paulo Affonso Leme. Os Desastres Ambientais e a Ação Civil Pública. In: FARBER, Daniel A. CARVALHO, Délton W. (Org.). *Estudos Aprofundados em Direito dos Desastres: interfaces comparadas*. 2ª Edição. Curitiba: Appris, 2019, p. 377-406.
ONU – Organização das Nações Unidas. Assembleia Geral. *Report of the open-ended intergovernmental expert working group on indicators and terminology relating to disaster risk reduction*. Relatório A/71/644, 01 de dezembro de 2016, 41 páginas. Disponível em: <https://www.undrr.org/publication/report-open-ended-intergovernmental-expert-working-group-indicators-and-terminology>. Acesso em: 24 out. 2020.
ONU – Organização das Nações Unidas. Assembleia Geral. *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law*. Resolução 60/147, 16 de dezembro de 2005. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/ professionalinterest/pages/remedyandreparation.aspx>. Acesso em: 25 out. 2020.
ONU – Organização das Nações Unidas. Assembleia Geral. *Final research-based report of the Human Rights Council Advisory Committee on best practices and main challenges in the promotion and protection of human rights in post-disaster and post-conflict situations*. Relatório A/HRC/28/7, 10 de fevereiro de 2015, 23 páginas. Disponível em: <https://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/28/76>. Acesso em: 25 out. 2020.
SUN, Lisa Grow. Smart Growth: Expansão Urbana Inteligente em Lugares Pouco Inteligentes: Sustentabilidade, Desastres e o Futuro da Cidade Americana. *In*: FARBER, Daniel A. CARVALHO, Délton W. (Org.). *Estudos Aprofundados em Direito dos Desastres*: interfaces comparadas. 2ª Edição. Curitiba: Appris, 2019, p. 149-198.

A Constituição e o dever de complementaridade e interseção legislativa: Estatuto da Cidade e Estatuto da Metrópole no Direito brasileiro:

AHMED, Flávio. *Direitos culturais e cidadania ambiental no cotidiano das cidades*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.
BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
BONIZZATO, Luigi. *A Constituição Urbanística e a confirmação de uma teoria do Direito Constitucional Urbanístico*: 2ª e Nova Edição, uma continuação completamente revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2020.
BONIZZATO, Luigi. O Estatuto da Metrópole e novas esperanças para o futuro da política de planificação e planejamento no Brasil: o plano de desenvolvimento urbano integrado. *In*: *Revista de Direito da Cidade*. Vol. 07. Nº 04., p. 1864-1887, 2015. Disponível em SSRN: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/20917/15361>.
BONIZZATO, Luigi. *Propriedade Urbana Privada & Direitos Sociais*: 2ª Edição – Revista e Atualizada, incluindo a Lei 13.089/15, que instituiu o Estatuto da Metrópole. Curitiba: Juruá Editora, 2015.
BONIZZATO, Luigi. *Constituição, Democracia e Plano Diretor, sob o influxo de direitos sociais e de liberdade, políticas estatais e institucionais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014.
BONIZZATO, Luigi, MOULIN, Isabelle Esteves. PDUI (Plano de Desenvolvimento Urbano Integrado): primeiros aspectos, comparações, conclusões e experiências após 03 (três) anos de sua criação legal.

In: *Revista de Direito da Cidade*. Vol. 10. Nº 04., p. 2538-2568, 2018. Disponível em SSRN: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/33418>.
CORRÊA, Vera Lúcia de Almeida, VERGARA, Sylvia Constant (Orgs.). *Propostas para uma gestão pública municipal efetiva*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2003.
ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 8ª Edição. Madrid: Civitas, 2002. v. 1 e 2.
MARICATO, Ermínia. *Brasil, cidades alternativas para a crise urbana*. 2ª Edição Petrópolis: Editora Vozes, 2002.
NUNES, Edson. *A gramática política do Brasil* – clientelismo e insulamento burocrático. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.
MOTA, Maurício (Coord.). *Função Social do Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Editora Campus Elsevier, 2009.
MOTA, Mauricio, TORRES, Marcos Alcino de Azevedo (Coord.). *Transformações do Direito de Propriedade Privada*. Rio de Janeiro: Editora Campus Elsevier, 2009.
SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 1999.
SOUZA, Marcelo Lopes de. *Mudar a cidade*: uma introdução crítica ao planejamento e à gestão urbanos. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil, 2002.

A GENEALOGIA DOS DESENHOS PROCESSUAIS PENAIS DESUMANIZANTES: ATRAVESSAMENTOS ESTRUTURANTES DA SOCIEDADE BRASILEIRA:

ALMEIDA, Silvio Luiz de. *Racismo Estrutural*. (Feminismos Plurais / coordenação de Djamila Ribeiro). São Paulo. Sueli Carneiro; Pólen, 2019.
CAMPOS, Francisco. *Exposição de Motivos ao Código de Processo Penal*, 1941.
CHAUÍ, Marilena. *Manifestações ideológicas do autoritarismo brasileiro*. 2ª Edição. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2019.
COUTINHO, Jacinto; PAULA Leonardo de; SILVEIRA, Marco Aurélio (Org.). *Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil*. Florianópolis: Empório do Direito. 2018
DUCLERC, Elmir; CARAPIÁ, Lucas; SCHINDLER, Renato; e ASSUMPÇÃO, Vinícius. *Introdução aos fundamentos do direito processual penal*. 2ª Edição. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2020.
FERREIRA, Helder e FONTOURA, Natália de Oliveira. *Sistema de Justiça Criminal no Brasil*: Quadro institucional e um diagnóstico de sua atuação. Brasília: IPEA, 2008. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1330. pdf>.
FOUCAULT, Michel. *A sociedade punitiva.* Tradução Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2015.
FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2018.
FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. 9ª Edição. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2019.
FOUCAULT POUR LUI-MÊME. Dirigido por Phillippe Calderon. Co-Produção Arte e BFC Productions, 2003, son., cor. (122 min).
FREYRE, Gilberto. *Casa Grande & Senzala*. São Paulo: Global, 2019.
LEMOS JÚNIOR, Ivaldo. *Cláusula Miranda*: E os três fantasmas que se divertem no processos penal brasileiro. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.
MAYA, André. *Imparcialidade e processo penal*: Da prevenção da competência ao juiz de garantias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 115.
MBEMBE, Achille. *Necropolítica*. 2ª Edição. São Paulo: N-1 Edições, 2018.
MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Uma Crítica a Teoria Geral do Processo*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
SANTORO, Antonio Eduardo Ramires e LUCERO, Natália. *Laufare Brasileiro*. 2ª Edição. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.
SILVA, Golbery do Couto e. *Geopolítica do Brasil*. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1967.
SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes. A cultura inquisitória vigente e a origem autoritária do Código de Processo Penal brasileiro. *In*: COUTINHO, Jacinto; PAULA Leonardo de e SILVEIRA, Marco Aurélio

(Org.). *Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil*. Florianópolis: Empório do Direito, 2018.

Neoliberalismo e aceleração do tempo jurídico: elementos para uma compreensão das reformas trabalhistas no Brasil:
ANAMATRA – Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. *MP 936: Anamatra avalia medida que institui o Programa de Manutenção do Emprego e da Renda*. Nota publicada pela ANAMATRA em 02 abr. 2020. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/29583-nota-publica-5#:~:text=A%20ANAMATRA%20reafirma%20a%20ilegitimidade,preceitos%20meramente%20program%C3%A1ticos%20ou%20enunciativos>. Acesso em: 02 abr. 2020.
ANPT – Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho. *MP 936: ANPT reafirma preocupação com afastamento de negociação para flexibilização de direitos trabalhistas no período de calamidade pública*. Nota publicada pela ANPT em 02 abril de 2020. Disponível em: <https://www.anpt.org.br/imprensa/noticias/3647-mp-936-anpt-reafirma-preocupacao-com-a-flexibilizacao-de-direitos-trabalhistas-no-periodo-decalamidade-publica>. Acesso em: 02 abr. 2020.
ARTUR, Karen; GRILLO, Sayonara. Terceirização e arenas de reconfiguração do Direito do Trabalho no Brasil. *REI - Revista Estudos Institucionais*, [S.l.], v. 6, n. 3, p. 1184-1213, dez. 2020.
AZAIS, Christian; CARLEIAL, Liana (Org.). *La Zone grise du Travail*. Dynamiques d'emploi et négociation au Sud et au Nord. Bruxelles: Peter Lang, 2017.
BARROS, Raimunda Regina Ferreira. *A Miragem das Prerrogativas Sindicais após a Reforma Trabalhista de 2017*. 2021. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Pará, Belém, 2021.
Bolsonaro diz que no Brasil há direitos trabalhistas demais. *R7*, 05 ago. 2019. Disponível em: <https://noticias.r7.com/brasil/bolsonaro-diz-que-no-brasil-ha-direitos-trabalhistas-demais-05082019>. Acesso em: 18 mai. 2021.
BOLTANSKI, Luc; CHIAPELLO, Ève. *O novo espírito do capitalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
BROWN, Wendy. *Nas ruínas do neoliberalismo*: a ascensão da política antidemocrática no Ocidente. São Paulo: Editora Filosófica Politeia, 2019.
CARDOSO, Adalberto. *A Década Neoliberal e a Crise dos Sindicatos no Brasil*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2003.
CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. Políticas de austeridade no Brasil contemporâneo: retrocessos laborais e consumeristas (2017-2019). *Revista de Direito do Consumidor*. Brasília, ano 28, vol. 126, p. 17-50, nov./dez. 2019.
DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. A legislação pandêmica e o perigoso regime de exceção aos direitos fundamentais trabalhistas. *Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano*. Campinas, vol. 03, p. 01-38, set. 2020.
DUTRA, Renata; MATOS, Bianca. A Terceirização, o STF e o Estado de Exceção. *Teoria Jurídica Contemporânea*. Rio de Janeiro, ano 04, vol. 02, p. 225-249, jul./dez. 2019.
FERREIRA, António Casimiro. *Sociedade da Austeridade e Direito do Trabalho de Exceção*. Lisboa: Vida Econômica, 2012.
GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Prevalência de acordo individual sobre coletivo é questionável. *Conjur (Consultor Jurídico),* mai. 2020.
GRILLO, Sayonara. Medidas para preservação do emprego em tempos de COVID-19: notas sobre o isolamento da negociação coletiva e o distanciamento da ordem constitucional brasileira. *In*: NEMER NETO, A.; ROCHA, C. J.; RIZK FILHO, J. C. (Orgs.). *Direito do Trabalho e o Coronavírus*, v. 1. Porto Alegre: Lex Magister, 2020, p. 70-80.
GUEIROS, Daniele Gabrich. Direito coletivo do trabalho: dos desenhos às garatujas. *In*: DORNELES, Leandro do Amaral de; BARZOTTO, Luciane Cardoso (Orgs.). *Inovações e trabalho*: o direito do trabalho em tempos de mudança. Porto Alegre: Editora da UFRGS, p. 119-142, 2020.
HARVEY, David. *Condição pós-moderna*. São Paulo: Loyola, 2008.
IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Pesquisa Pulso Empresa*: Impacto da covid-19 nas empresas. Publicado pelo IBGE em 16 de julho de 2020.
KREIN, José Dari; BIAVASCHI, Magda de. Brasil: movimentos contraditórios da regulação do trabalho dos anos 2000. *Revista Cuadernos Del Cendes*, Caracas, año 32, n. 89, mai./ago. 2015.
KREIN, José Dari; OLIVEIRA, Roberto Véras de; FILGUEIRAS, Vitor Araújo (Orgs.). *Reforma traba-*

lhista no Brasil: promessas e realidade. Campinas: Curt Nimuendajú, 2019.
MOURA, Eleonora Kira. *Trabalho e Constituição: Ações diretas de inconstitucionalidade e os desafios da regulação do tempo de trabalho no Brasil*. 2013. Dissertação (Mestrado em Teorias Jurídicas Contemporâneas), Programa de Pós-Graduação em Direito, Rio de Janeiro, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2013.
OST, François. *O tempo do direito*. Bauru: Edusc, 2005.
REMIR – Rede de Estudos e Monitoramento Interdisciplinar da Reforma Trabalhista. *A Medida Provisória 936 e a decisão do STF na ADI 6363/20*. Nota publicada pela REMIR em 22 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.eco.unicamp.br/remir/>. Acesso em: 26 jan. 2021.
SENNET, Richard. *A corrosão do caráter*. Rio de Janeiro: Record, 2005.
SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da; MOURA, Eleonora Kira Valdez de. O que os atores demandam perante o Supremo Tribunal Federal em matéria trabalhista? *In*: *Revista do Direito Público.* Londrina, v.9, n.2, p.115-133, mai./ago., 2014.
SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. Droit du travail et institution de (nouvelles) inégalités dans le Brésil contemporain. *In*: AZAIS, C.; CARLEIAL, L. (Orgs.). *La Zone grise du Travail*. Dynamiques d'emploi et négociation au Sud et au Nord. Bruxelles: Peter Lang, 2017, p.25-40.
SILVA, Sayonara Grillo Coutinho da; EMERIQUE, Lilian Balmant; BARISON, Thiago (Orgs.). *Reformas institucionais de austeridade, democracia e relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2018.
SOARES, José Luiz. O tempo do direito do trabalho na crise da covid-19: austeridade, aceleração do tempo jurídico e discronia. *In*: CAVALLAZZI, R.; CORRÊA, E.; MARQUES, B. (Orgs.), *Cidade Standard: precarização e reconfigurações urbanas*. Rio de Janeiro: Ed. PROURB, 2020, p. 483-498.
SOUZA, Renato. *Bolsonaro acusa o Ministério Público do Trabalho de obstruir economia*. Correio Braziliense, Brasília, 26 ago. 2018. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2018/08/26/interna_politica,701974/bolsonaro-acusa-o-ministerio-publico-do-trabalho-de-obstruir-economia.shtml>.
TAYLOR, Matthew; DA ROS, Luciano. Os partidos dentro e fora do poder: a Judicialização como resultado contingente da estratégia política. *Dados*, Rio de Janeiro v. 51, n. 04, p. 825-864, 2008.

Desafios para a democracia em tempo de erosão democrática:

BROWN, Wendy. *Undoing the Demos*: neoliberalism's stealth revolution. New York: Zone Books, 2017.
CASARA, Rubens R. R. *Estado Pós-Democrático*: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.
CASTELLS, Manuel. *Ruptura*: a crise da democracia liberal. Tradução de: Joana Angélica d'Ávila Melo. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
CROUCH, Colin. *Posdemocracia*. Tradução: Francisco Beltrán. Madrid: Taurus, 2003.
DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. A "nova" fase do neoliberalismo. *Viento Sur*. Traduzido por IHU, 2019. Disponível em: <https://outraspalavras.net/outrasmidias/ dardot-e-laval-a-nova-fase-do-neoliberalismo/>. Acesso em: 7 jun. 2019.
DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão de mundo*: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Tradução de: Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016.
EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant; GUERRA, Sidney. Direitos humanos e políticas públicas de combate à pobreza no contexto da globalização. *Cadernos de Direito actual* (online), v. 1, p. 25-42, 2017.
EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant; GUERRA, Sidney. Considerações sobre a orientação das políticas públicas de combate à pobreza na perspectiva de Direitos Humanos. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia (Unibrasil)*, v. 13, 2013, p. 179-197.
GARCÉS, Marina. Condición póstuma, o el tiempo del «todo se acaba». *Nueva Sociedad*. n° 283, septiembre-octubre de 2019, p. 16-27.
GATTO, Ezequiel. ¿Cómo hacer? Del futuro a las futuridades. *Nueva Sociedad*. Buenos Aires: n° 283, septiembre-octubre de 2019, p. 28-36.
LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
MIGUEL, Luis Felipe. Consenso e conflito na teoria democrática: para além do "agonismo". *Lua Nova*, São Paulo, n. 92, 2014a, p.13-43.
MIGUEL, Luis Felipe. *Democracia e representação: territórios em disputa*. São Paulo: Editora Unesp, 2014b.

MIGUEL, Luis Felipe. A desdemocratização como projeto. *Justificando* - Mentes inquietas pensam Direito. 01 de novembro de 2017. Disponível em: <http://www.justificando.com /2017/11/01/desdemocratizacao-como-projeto/>.
MONEDERO, Juan Carlos. Posdemocracia?: Frente al pesimismo de la nostalgia, el optimismo de la desobediencia. *Nueva Sociedad,* Buenos Aires, nº 240, ago. 2012, p.68-86.
SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma nova visão da Europa: aprender com o Sul. *Sociologias,* [s.l.], v. 18, n. 43, dez. 2016, p.24-56. FapUNIFESP (SciELO). Disponível em:<http://dx.doi.org/10.1590/15174522-018004302>.
SANTOS, Boaventura de Sousa. Pensamentos y Poderes. La construcción de horizontes civilizatórios. Conferencia dictada con motivo de la Cátedra Alain Touraine, 9 de outubre de 2013. *In*: BADILLO, Oscar D. Soto; RIVERA, María Eugenia (coord.). *El poder hoy*: conferencias magistrales de la Cátedra Alain Touraine. Universidad Iberoamericana Puebla. 41-69. 2013.
SOUZA, Jessé. *A classe média no espelho* [recurso eletrônico]/Jessé Souza. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2018.
STAVRAKAKIS, Yannis. [O triste espetáculo da democracia sem demos]. São Paulo, 2016. Entrevista concedida a Julia Goldenberg, p. 12. Tradução: Inês Castilho. *Outras Palavras*. Disponível em: <https://outraspalavras.net/sem-categoria/o-triste-espetaculo-da-democracia -sem-demos/>. Acesso em: 2 jun. 2019.
WELP, Yanina. La democracia y el declive de las elites. *Nueva Sociedad*. Buenos Aires, nº 290, septiembre-octubre de 2019, p. 59-67.

Seguridad y derechos en prisón: ¿Puede humanizar el Derecho Constitucional la vida en prisión?:

COBO DEL ROSAL, Manuel; BOIX REIG, Javier. Comentario al Artículo 25 de la Constitución Española. Garantía Penal. *In*: ALZAGA VILLAAMIL, Oscar. *Comentarios a las Leyes Políticas*. Edersa, Madrid, 1983.
GARCIA MORILLO, Jorge. Los Derechos Fundamentales de los internos en centros penitenciarios. *Revista del Poder Judicial*, núm. 47, 1997.
GONZALEZ NAVARRO, Francisco. Poder Domesticador del Estado y Derechos de los Reclusos. *In*: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. (coord.); MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo G. de E. (hom.). *Estudios sobre la Constitución Española (Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterria)*, Vol. II, Civitas, Madrid, 1991.
LOPEZ GUERRA, Luis. *El Convenio Europeo de Derechos Humanos según la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
MAPELI CAFFARENA, Borja. Contenido y límites de la privación de libertad (sobre la constitucionalidad de las sanciones disciplinarias de aislamiento). *Revista del Poder Judicial*, nº 52, 1998, p. 87-106.
REVIRIEGO PICÓN, Fernando. Relaciones de sujeción especial y derechos fundamentales. Algunos apuntes sobre el derecho a la intimidad en los centros penitenciarios. *Derechos y libertades*: Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos, nº 13, 2004, p. 87-108.
REVIRIEGO PICÓN, Fernando. Multiculturalidad y centros penitenciarios. *Estudios de Deusto*: Revista de la Universidad de Deusto, nº 1, 2012, p. 107-144.
RIDAURA MARTÍNEZ, María Josefa. El Régimen de Comunicaciones y Visitas en los Centros Penitenciarios, *Estudios en Homenaje al Prof. Joaquín García Morillo*, López Guerra, L. (Coordinador), Tirant lo Blanch, Valencia 2001, p. 185-222.
VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Comentario al artículo 25 de la Constitución. *In*: PÉREZ TREMPS, Pablo; SAIZ ARNAIZ, Alejandro; PADILLA, Carmen Montesinos (Coord.). *Comentarios a la Constitución en homenaje a L. López Guerra*. (drs.) Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
URÍAS MARTÍNEZ, Joaquín. El valor constitucional del mandato de resocialización. *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 63, 2001, p. 43-78.

Evolução democrática e potencial emancipatório dos direitos da natureza:

ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza. Os Direitos da Natureza como porta de entrada para outro mundo possível. *Direito&Praxis*, vol. 8, nº 4, 2017, p. 2927-2961.
ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier; RODRÍGUEZ URIBES, José Manuel; PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio (coords.). *Historia de los derechos fundamentales* I, Tránsito a la Modernidad. Madrid: IDHBC; Dykinson, 2003.
APARICIO WILHELMI, Marco. Nuevo Constitucionalismo, derechos y medio ambiente en las con-

tituciones de Ecuardor y Bolivia. *Revista General de Derecho Público Comparado*, nº 9, 2011, p. 1-24.
ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. El derecho de la naturaleza: fundamentos. *In*: ESPINOSA GALLEGOS-ANDA, Carlos; PÉREZ FERNÁNDEZ, Camilo (eds.). *Los derechos de la Naturaleza y la Naturaleza de sus derechos*. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2011, p. 35-70.
BALDIN, Serena. Os direitos da Natureza: desde construções doutrinárias até reconhecimento legal. *Revista General de Derecho Público Comparado*, nº 22, 2017, p. 1-28.
BELL, Mike.Thomas Berry and an Earth Jurisprudence. An Exploratory Essay. *The Trumpeter*, vol. 19, nº 1, 2003.
BLANCH NOUGUÉS, Juan Manuel. Ius, iustitia e pessoa: Apropos da questão antropológica. *Revista General de Derecho Romano* 10, 2008, p. 1-19.
BRAGE CAMAZANO, Joaquín. Abordagem de uma teoria geral dos direitos fundamentais na Convenção Europeia sobre Direitos Humanos. *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 74, 2005, p. 111-134.
BURDON, Peter. Os Direitos da Natureza: Reconsiderado. *Australian Humanities Review* 49. 2010, p. 69-89.
CAMPAÑA, Simón Farith. Direitos da Natureza: inovação importante, retórica jurídica ou projeto político?. *Iuris Dictio*. vol. 15, 2013, p. 9-38.
CHRISTIANO, Thomas. An Instrumental Argument for a Human Right to Democracy. *Philosophy & Public Affairs*. vol. 39, n. 2, 2001, p. 142-176.
COHEN, Joshua. Is there a Human right to Democracy?. *In*: SPYNOWICH, Christine. *The Egalitarian Conscience.* Essays in Honour to G. A. Cohen. Nueva York: Oxford University Press.
CORTINA ORTS, Adela. ¿Se puede hablar de Derechos de la Tierra?. *Temas para el Debate*, nº 195, 2011, p. 21-24.
CUBERO MARCOS, José Ignacio. La vis expansiva de los derechos fundamentales y su incidencia en la configuración y exigibilidad de los derechos sociales. *Revista Española de Derecho Constitucional*. nº 110, 2017, p. 105-140.
CRUZ PARCERO, Juan Antonio. Concepto de derechos. *In*: ZAMORA, Fabra; LUIS, Jorge; NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro (coords.). *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*. México: IIJ-UNAM, 2015.
DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española. Indret: *Revista para el Análisis del Derecho*, nº 1, 2012, p. 1-32.
DOMANSKA, Ewa. Beyond Anthropocentrism in Historical Studies. *Histoire*, nº 10, 2011, p. 118-130. Doi: <https://doi.org/10.12681/historein.11>.
GUDYVAS, Eduardo. *Derechos de la Naturaleza*: ética biocéntrica y políticas ambientales. Buenos Aires: Tinta Limón, 2015.
HABERMAS, Jürgen. *El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos*. Diánoia, vol. LV, nº 64, 2010, p. 3-25.
HARARI, Yuval Noah. *Sapiens*. De animales a dioses: Una breve historia de la humanidad. Barcelona: Debate, 2014.
HUGHES, Carys. The transformative potential of constituent power. A revised approach to the New Latin American Constitutionalism. *Latin American Perspectives*, vol. XX, nº XXX, 2018, p. 1-19.
MARRADES PUIG, Ana. *Los derechos políticos de las mujeres*: evolución y retos pendientes. Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, nº 36-37, 2001, p. 195-214.
MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. El ejercicio del poder constituyente en el nuevo constitucionalismo. *Revista General de Derecho Público Comparado*, nº 11, 2012, p. 1-15.
MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. ¿Qué implica un Estado constitucional? Democracia, Estado social y globalización. *In*: GRILLO COUTINHO LEONARDO DA SILVA, Sayonara; BALMANT EMERIQUE, Lilian; BARISO, Thiago. *Reformas institucionais de austeridade, democracia e relações de trabalho*. Ltr, São Paulo, 2018.
MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. Parlamento, representación, soberanía, en AA.VV., *Estudios en homenaje a Lluís Aguiló i Lúcia*. Valencia: Corts Valencianes, 2019.
MOLINA ROA, Javier Alfredo. Los derechos de los animales. *De la cosificación a la zoopolítica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.
MUÑOZ FONNEGRA, Sergio. Ampliando la moral: Reflexiones sobre la consideración moral de la Naturaleza. Bajo Palabra. *Revista de Filosofía*. II época, nº 9, 2014, p. 203-212.
PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos,

2003.
PISARELLO, Gerardo. Un largo Termidor. *La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*. Madrid:- Trotta, 2011.
PRIETO MÉNDEZ, Julio Marcelo. Derechos de la Naturaleza. *Fundamento, contenido y exigibilidad jurisdiccional*. Quito: Corte Constitucional, 2013.
ROLSTON, Holmes. Rights and Responsibilities on the Home Planet. *Yale Journal of International Law* 18, 1993, p.251-279.
STUTZIN, Godofredo. *Un imperativo ecológico: reconocer los derechos de la naturaleza*. AMB. y DES., vol. I, dic. 1984, p. 97-114.
TORRE-SCHAUB, Marta. La protection du climat et des générations futures au travers des «droits de la nature»: l'émergence d'un droit constitutionnel au «bien vivir» (A propos de l'arrêt de la Cour Suprême de la Colombie du 5 avril 2018). *Revue Droit de l'Environnement*, 267, 2018, p. 1-12.
VICIANO PASTOR, Roberto; MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. 2011 El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal. *Revista General de Derecho Público Comparado*, nº 9, 2011, p. 1-24.
ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La Pachamama y el humano*. Buenos Aires: Ediciones Madres de la Plaza de Mayo, 2011.
Reflexiones para un nuevo paradigma económico y de gobernanza tras el impacto covid-19: la necesaria presencia de las mujeres en los cargos de gestión y dirección política:
BALAKRISHNAN, Radhika; ELSON, Diane. Introduction: Economic Policies and Human Rights Obligations, *Economic Policies and Human Rights*. Londres y Nueva York: Zed Books, 2011, p.1-27.
BENERÍA, Lourdes; BERIK, Günseli; FLORO, María S.. *Género, Desarrollo y Globalización. Una visión desde la economía feminista*. Barcelona: Bellaterra, 2018.
CAMPS, Victoria. *El siglo de las mujeres*. Madrid: Cátedra, 2000.
CHILDS, Sarah; PALMIERI, Sonia. BALLINGTON, Jullie (ONU Mujeres); BOROVSKY, Gabriella (ONU Mujeres 2020) (colaboradoras). *Manual para la acción parlamentaria:* respuestas sensibles al género ante la covid-19. Disponible en: <https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library /publications/2020/a-primer-for-parliamentary-action-gender-sensitive-responses-to-covid-19-es.pdf?la=es&vs=3611>. 24 de abril de 2020.
DADA, Sara; ASHWORTH, Henry; BEWA, Marlene; DHATT, Roopa. *Words matter*: political and gender analysis of speeches made by heads of government during the COVID-19 pandemic. BMJ Global Health, 2021. Disponible en: <https:// gh.bmj.com/content/6/1/e003910>.
DURÁN HERAS, M.Ángeles. *La riqueza invisible del cuidado*. Valencia: Universitat de València, 2018.
FERRAJOLI, L. *Manifiesto por la igualdad.* Madrid: Trotta, 2019.
GILLIGAN, Carol. *La moral y la teoría, Psicología del desarrollo femenino*. Fondo de Cultura Europea, México, 1985.
GILLIAN, Carol. *In a Different Voice.* Psychological Theory and Women's Development. Cambridge: Mass, Harvard University Press, 1982.
GINESLEL, Tomás G. *El liderazgo femenino en la gestión urbana para ciudades más inclusivas*. Disponible en: <https://blogs.iadb.org/ciudades-sostenibles/es/el-liderazgo-femenino-en-la-gestion-urbana-para-ciudades-mas-inclusivas/>. 1 de julio de 2019.
JIMENA QUESADA, Luís. El constitucionalismo social y los objetivos de desarrollo sostenible (ODS). Lex Social: *Revista De Derechos Sociales, 9* (1), 13-45. Recuperado a partir de: <https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/3970>. 2019.
JÓNASDÓTTIR, Anna. *El poder del amor, ¿le importa el sexo a la democracia?* Madrid: Cátedra, 1993.
LEÓN ALONSO, Marta, en Gómez Sánchez, Y (coord.). Artículo 34. *In*: GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda (coord.). *Estudios sobre la reforma de la constitución de 1978 en su cuarenta aniversario,* Pamplona: Aranzadi, Thomson-Reuters 2018.
MARÇAL, Katrine. **¿Quién le hacía la cena a Adam Smith?** Barcelona: Penguin, 2016.
MARRADES PUIG, Ana. *In*: GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda (coord.). *Estudios sobre la reforma de la constitución de 1978 en su cuarenta aniversario,* Pamplona: Aranzadi, Thomson-Reuters 2018.
MARRADES PUIG, Ana. *Los nuevos derechos sociales*: el derecho al cuidado como fundamento del pacto constitucional. Revista de Derecho Político, nº 97, 2016.
MARRADES PUIG, Ana. La ética del cuidado, la igualdad y la diversidad: valores para una constitución del siglo XXI. *In*: MARRADES PUIG, Ana (coord.). *Retos del estado constitucional del siglo XXI: derechos,*

ética y políticas del cuidado. Valencia: Tirant Monografías, 2019.
NUSSBAUM, Martha C.. *Capabilities as Fundamental Entitlements*: Sen and Social Justice. Feminist Economics 9 (2-3), 2003, p.33-59.
NUSSBAUM, Martha C.. *Capabilities, Entitlements, Rights*: Supplementation and Critique. Journal of Human Development and Capabilities, 12 (1), 2011, p.23-37.
NUSSBAUM, Martha C.. Promoting Women's Capabilities. *In*: BENERÍA, Lourdes; SAVITRI, Bisnath (editoras). *Global Tensions*: Challenges and Opportunities in the World Economy. Nueva York: Routledge, 2004, p. 241-256.
ONU Mujeres, disponible en: <http://www.unwomen.org/es/>.
RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca; GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar. Nuevos principios rectores de la política social y económica. *In*: GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda (coord.). *Estudios sobre la reforma de la constitución de 1978 en su cuarenta aniversario,* Pamplona: Aranzadi, Thomson-Reuters, 2018, p. 130.
SEN, Amartya. *Development As Freedom*. Nueva York, Knopf, 1999.

Estado de necessidade administrativo e o papel do federalismo brasileiro na pandemia do covid-19:

AGAMBEN, Giorgio. "Uma pergunta", em *Reflexões sobre a peste: ensaios em tempos de pandemia*. São Paulo: Boitempo, 2020.
BEN-ASHER, Noa. Legal Holes, 5 Unbound: *Haru. J. Legal Left 1*, 2009. Disponível em: <http:// digitalcommons.pace.edu/lawfaculty/654/>.
BEN-ASHER, Noa. *Legalism and Decisionism in crisis*, 71, Ohio, St. L. J. 699, 2010. Disponível em: <http://digitalcommons.pace.edu/lawfaculty/758/>.
BEN-ASHER, Noa. The Emergency Next Time (March 19, 2021). *18 Stan. J. C.R & C.L.(Forthcoming 2022)*. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3808134 ou http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3808134>.
BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação, Regulação*: Transformações Político-Jurídicas, Econômicas e Institucionais do Direito Administrativo Ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
BONAVIDES, Paulo. *Constituinte e Constituição*: a democracia, o federalismo, a crise contemporânea. São Paulo: Malheiros, 2010.
CHEVALLIER, Jacques. *O Estado de Direito.* Belo Horizonte: Fórum, 2013.
DYZENHAUS, David. *The Constitution of Law*: Legality in a Time of Emergency. New York, NY: Cambridge University, 2013.
FRANKENBERG, Günter. *Técnicas de Estado: perspectivas sobre o Estado de Direito e o estado de exceção*. São Paulo: Unesp, 2018.
KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 4ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
LEVINSON, Sanford; BALKIN, Jack M. Constitutional Crises. *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 157, fev/2009, nº 3.
MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2011.
MIRANDA, Juliana Gomes. *Teoria da Excepcionalidade Administrativa*: a Juridicização do Estado de Necessidade. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
NEUSTADT, Richard. *Poder Presidencial e os Presidentes Modernos*: a política de liderança de Roosevelt a Reagan. São Paulo: UNESP, 2008.
OSÓRIO, Jaime. *O Estado no Centro da Mundialização*: A Sociedade Civil e o Tema do Poder. São Paulo: Expressão Popular, 2019.
OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública*: O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003.
RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981.
SCHMITT, Carl. *Teologia Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
TUSHNET, Mark. *Defending Korematsu?*: Reflections on Civil Liberties in Wartime. 2003, *WIS. L. REV*. 273, 306.
VERMEULE, Adrian. Our Schmittian Administrative Law. *Harvard Law Review*, vol. 122, 2009, p. 1095.
VERMEULE, Adrian; POSNER, Eric. *The Executive Unbound*: After the Madisonian Republic. New York, Oxford University, 2010.
VERMEULE, Adrian. The Optimal Abuse of Power. *Northwestern University Law Review*, 2015.

BOLLYKY, Thomas J.; BOWN, Chad P. The tragedy of vaccine nationalism. Only cooperation can end the pandemic. *Foreign Affairs*. vol. 99, nº 5, sep./oct., 2020.
BRENNAN, Geoffrey; SAYRE-MCCORD, Geoffrey. Do normative facts matter… to what is feasible?. *Social Philosophy and Policy*. 33, (1/2), 2016, p. 434–456.
BROOME, John. Efficiency and future generations. *Economics and Philosophy*. 34, (2), 2018, p. 221–241.
CANEY, Simon. Climate change and non-ideal theory: Six ways of responding to non-compliance. *In*: HEYWARD, Clare; ROSER, Dominic (Hg.). *Climate Justice in a Non-Ideal World*. Oxford, 2016, p. 21–42.
CLAPPER, James R. *Statement for the Record Worldwide Threat Assessment of the US Intelligence Community*. 9th February, 2016, p. 13–14. (Übersetzung Benedikt Namdar und Gregor Berger).
COATS, Daniel R. (Hg.). *Statement for the Record Worldwide Threat Assessment of the US Intelligence Community*. 29th January, 2019, p. 21. (Übersetzung von Benedikt Namdar und Gregor Berger).
ERMAN, Eva; MÖLLER, Niklas. 2020. A world of possibilities: The place of feasibility in political theory. *Res Publica*. 26, 2020, p. 1–23; LAWFORD-SMITH, Holly. Understanding political feasibility. *The Journal of Political Philosophy*. 21, vol. 3, 2013, p. 243-259.
GARDINER, Stephen M. *A Perfect Moral Storm*. New York, 2011, p. 143–184.
GARDINER, Stephen M. The threat of intergenerational extortion: On the temptation to become the climate mafia, masquerading as an intergenerational Robin Hood. *Canadian Journal of Philosophy*. 47, (2–3), 2017, p. 368–394.
GILABERT, Pablo; LAWFORD-SMITH, Holly. Political feasibility: A conceptual exploration. *In*: *Political Studies*. vol. 60, Issue 4, 2012, p. 809–825.
IPCC. 2014. Summary for Policymakers. *In*: *Climate Change 2014*: Mitigation of Climate Change. Contribution of Working Group III to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change. [EDENHOFER, O., R. PICHS-MADRUGA, Y. SOKONA, E. FARAHANI, S. KADNER, K. SEYBOTH, A. ADLER, I. BAUM, S. BRUNNER, P. Eickemeier, B. Kriemann, J. Savolainen, S. Schlömer, C. von Stechow, T. ZWICKEL and J.C. MINX (Hg.)]. Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom and New York, NY, USA.
IPCC. 2018. Global Warming of 1.5°C. *An IPCC Special Report on the impacts of global warming of 1.5°C above pre-industrial levels and related global greenhouse gas emission pathways, in the context of strengthening the global response to the threat of climate change, sustainable development, and efforts to eradicate poverty*. [MASSON-DELMOTTE, V., P. ZHAI, H.-O. PÖRTNER, D. ROBERTS, J. SKEA, P.R. SHUKLA, A. PIRANI, W. MOUFOUMA-OKIA, C. PÉAN, R. PIDCOCK, S. CONNORS, J.B.R. MATTHEWS, Y. CHEN, X. ZHOU, M.I. GOMIS, E. LONNOY, T. MAYCOCK, M. TIGNOR, and T. WATERFIELD (Hg.)]. In Press.
KELLEHER, J. Paul. 2015. Is there a sacrifice-free solution to climate change?. *Ethics, Policy & Environment*. 18, (1), 2015, p. 68–78.
MADHAV, Nita; OPPENHEIM, Ben; Gallivan, Mark; MULEMBAKANI, Prime; RUBIN, Edward.; WOLFE, Nathan; JAMISON, Dean. T.; GELBAND, Hellen; HORTON, Susan; PRABHAT, Jha; LAXMINARAYAN, Ramanan; MOCK, Charles N.; NUGENT, Rachel (Ed.). Pandemics: Risks, impacts, and mitigation. *In*: JAMISON, Dean T.; GELBAND, Hellen; HORTON, Susan; PRABHAT, Jha; LAXMINARAYAN, Ramanan; MOCK, Charles N.; NUGENT, Rachel. (Hg.). *Disease Control Priorities*: Improving Health and Reducing Poverty. Washington, DC: The World Bank, 27th november 2017, p. 315–345.
MEARSHEIMER, John. *The Tragedy of Great Power Politics*. New York, 2001, p. 11. (Übersetzung von Benedikt Namdar und Gregor Berger).
MORGENTHAU, Hans J. Introduction. *In*: *A Working Peace System*. D. Mitrany. Chicago, 9, 1966. (Übersetzung von Benedikt Namdar und Gregor Berger).
OSTERHOLM, Michael T. Preparing for the next pandemic. *Foreign Affairs*. 84, vol. 4, 2005, p. 24–37.
PIKE, Jamison; BOGICH, Tiffany; ELWOOD, Sara; FINNOFF, David C; DASZAK, Peter. Economic optimization of a global strategy to address the pandemic threat. *Proceedings of the National Academy of Sciences*. 111, (52), 2014, p. 18519–18523.
POSNER, Eric A.; SUNSTEIN, Cass R. Climate change justice. *Georgetown Law Journal*. 96, (5), 2008,

p. 1565–1612.
RAWLS, John. 2002. *Das Recht der Völker*. Berlin und New York, 218, 2002, p. 234.
TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. The framing of decisions and the psychology of choice. *Science*. vol. 21, nº 4481, 1981, p. 453–458.
WENDT, Alexander. Anarchy is what states make of it: The social construction of power politics. *International Organization*, 46, (2), 1992, p. 391–425.

Opinião *versus* conhecimento científico: notas sobre o enfrentamento ao novo coranavírus na cidade do Rio de Janeiro/RJ:

ARISTÓTELES. *De anima*. Livros I, II e III. Apresentação, tradução e notas de Maria Cecília Gomes dos Reis. São Paulo: Editora 34, 2006.
ARISTOTLE. *De anima*. Translated with an Introduction and commentary by Christopher Shields. New York: Oxford University Press, 2016 (Clarendon Aristotle Series).
ARISTOTLE. *Topic*. Translated by E. S. Forster. London: Harvard University Press, 1960 [Bilingual edition].
BOURDIEU, Pierre. *Raisons pratiques*: sur la théorie de l'action. Paris: Seuil, 1994.
CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 2000.
FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. *O fim do ciclo de interiorização, a sincronização da epidemia e as dificuldades de atendimento nos hospitais*. Manguinhos, 02 dez. 2020. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br>. Acesso em 08 de dezembro de 2020.
GLOBO COMUNICAÇÃO E PARTICIPAÇÕES S.A. G1. Rio de Janeiro. *Especialistas da UFRJ assinam nota técnica e recomendam suspensão de eventos e fechamento das praias*. Rio de Janeiro, 01 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/12/01/especialistas-da-ufrj-assinam-nota-tecnica-e-recomendam-suspensao-de-eventos-e-fechamento-das-praias.ghtml>. Acesso em 01 de janeiro de 2021.
GRUPO DE MÍDIA SÃO PAULO. *Mídia dados Brasil 2020*. São Paulo: jul. 2020. Disponível em: <https://www.gm.org.br/>. Acesso em: 14 jan. 2021.
HORTON, Richard. Offline: covid-19 is not a pandemic. *The Lancet*, New York, vol. 396, 26 Sep. 2020, p. 874.
KENYON, Chris. Syndemic responses to covid-19 should include an ecological dimension. *The Lancet*, New York, vol. 396, 28 Sep. 2020, p. 1.730-1.731.
MENEZES E SILVA, Christiani Margareth de. O conceito de *doxa* (opinião) em Aristóteles. *Linha D'Água* (*Online*), São Paulo, v. 29, n. 02, dez. 2016, p. 43-67.
NUNES, Amanda Maria de Almeida; TEIXEIRA, João Paulo Allain. A pandemia da desinformação em tempos de coronavírus: implicações jurídicas e sociais. *In*: TEIXEIRA, João Paulo Allain (Org.). *Pensar a pandemia*: perspectivas críticas para o enfrentamento da crise. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 40-52.
QUAMMEN, David. *Spillover*: animal infections and the next human pandemic. New York: W. W. Norton & Company, 2012.
ROUVENAT, Fernanda. Fiocruz alerta sobre "proximidade de colapso" na saúde do Rio por conta da covid-19. *Globo G1*. Rio de Janeiro, 03 dez. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/12/03/fiocruz-alerta-sobre-proximidade-de-colapso-na-saude-do-rio-por-conta-da-covid-19.ghtml>. Acesso em 03 de janeiro de 2021.
UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO. *Nota técnica sobre o aumento de casos de covid-19 no município do Rio de Janeiro e medidas para conter sua disseminação*. Rio de Janeiro, 30 de novembro de 2020. Disponível em: <http://caxias.ufrj.br/images/Nota-tecnica-sobre-aumento-de-casos-RJ_Nov-2020.pdf>. Acesso em 01 de dezembro de 2020.

editorial.tirant.com/br/

Os escritos refletem uma percepção intricada da realidade de direitos humanos, desenhos institucionais e democracia, com a busca simultânea e equilibrada da proteção ambiental, da inclusão social e do crescimento econômico, significando uma relação direta e interdependente entre os direitos humanos e a proteção do ambiente e combate às desigualdades, tendo por pano de fundo de análise as teorias jurídicas contemporâneas.

O trabalho é fruto dos enlaces norteadores das investigações mobilizadoras das autoras e autores dos estudos que compõem a presente obra e sinaliza para as complexidades do diálogo e do debate em torno dos fundamentos dos Direitos Humanos, o papel das instituições e dos desenhos potencialmente capazes de comprometer a construção de soluções mais aceitáveis e sustentáveis para, com os pés no presente, procurar caminhos e pensar um futuro no qual seja possível superar, mesmo em tempos de crises, os percalços relacionados com demandas democráticas, a eficácia dos Direitos Humanos, conjugados com revisões e inovações institucionais.

O livro apresenta quatro subdivisões nas quais são abordados os seguintes assuntos: Estudos sobre minorias, grupos vulneráveis e Direitos Fundamentais; Experiência Constitucional Sul Americana; Desafios institucionais no contexto democrático; Temas constitucionais e pandemia de covid-19.

CAPES

ISBN 978-655908343-5

+ ACESSO À VERSÃO DIGITAL GRÁTIS NA NOSSA PLATAFORMA DE LEITURA