



PUC
RIO

Direito, Estado e Sociedade

Jul | Dez 2024
ISSN 1516-6104

65

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro
Departamento de Direito

Revista Direito, Estado e Sociedade (ISSN 1516-6104)

Publicação semestral do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), em circulação desde 1991.

Missão e Política Editorial

Divulgar intervenções interdisciplinares e inovadoras que tenham qualidade aprovada por pares competentes. As contribuições podem se dar por meio de artigos originais em língua portuguesa ou outros idiomas. Como o periódico está vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio, espera-se que os trabalhos estejam, preferencialmente, vinculados às suas linhas de pesquisa, a saber: Transformações Constitucionais e Pensamento Constitucional Contemporâneo; Direitos Humanos, Democracia e Ordem Internacional; Teoria do Direito, Ética e Construção da Subjetividade.

Conselho Editorial

André-Jean Arnaud † (Centre National de la Recherche Scientifique; Paris, França); Cecília Caballero Lois † (Universidade Federal do Rio de Janeiro; Rio de Janeiro - RJ, Brasil); Claudio Michelon (The University of Edinburgh; Edinburgo, Escócia); Costas Douzinas (Birkbeck – University of London; Londres, Inglaterra); Eduardo Rabenhorst (Universidade Federal da Paraíba; João Pessoa - PB, Brasil); Giuseppe Cocco (Universidade Federal do Rio de Janeiro; Rio de Janeiro – RJ, Brasil); Joaquim de Arruda Falcão (Fundação Getúlio Vargas – Rio de Janeiro; Rio de Janeiro – RJ, Brasil); José Afonso da Silva (Universidade de São Paulo; São Paulo-SP, Brasil); José Eduardo Campos de Oliveira Faria (Universidade de São Paulo; São Paulo-SP, Brasil); Luiz Moreira (Instituto Brasileiro de Direito Público; Brasília-DF, Brasil); Marcos Faro de Castro (Universidade de Brasília; Brasília-DF, Brasil); Marilena Chauí (Universidade de São Paulo; São Paulo-SP, Brasil); Oscar Vieira Vilhena (Fundação Getúlio Vargas - São Paulo; São Paulo-SP, Brasil); Pierangelo Catalano (Universidade de Roma - La Sapienza; Roma, Itália); Ronaldo Poletti (Universidade de Brasília; Brasília-DF, Brasil); Wil Waluchow (McMaster University; Hamilton, Canadá).

Produção Editorial: PUC-Rio; Rio de Janeiro – RJ, Brasil

Noel Struchiner (Editor-Chefe); Antonio Pele (Editor-Chefe); Luísa Vanessa Carneiro da Costa (Editora-Assistente); Isabel Nolding Maia (Editora-Assistente); José da Silva Raimundo (Editor-Assistente); Nilton Augusto Duarte das Chagas (Editora-Assistente); Fernanda Ceccon Ortolan (Editora-Assistente); Gabriela Huhne Porto (Editora-Assistente); Mayara Pereira Amorim (Editora-Assistente); Maísa Sampietro Pinheiro (Editora-Assistente); Antonio Eudes Nunes da Costa Filho (Editora-Assistente); Melissa Brandão Ferreira Kreil (Editora-Assistente).

Apoio gráfico-editorial

Editora PUC-Rio.

Indexação e Distribuição

A revista encontra-se depositada nas principais bibliotecas do sistema nacional (COMUT) e indexada em: RVBI – Ministério da Justiça; Catálogo Coletivo Nacional de Publicações Seriadas (CCN); EBSCO; ISI; Ulrich's Periodicals; e VLEX. A Revista é distribuída por meio de permuta e doação.

Responsabilidade, Conflito de Interesses e Copyright

As opiniões emitidas são de absoluta e exclusiva responsabilidade de seus respectivos autores. Deve ser feito o registro de possível conflito de interesses junto com a submissão. Permite-se a reprodução total ou parcial dos trabalhos, desde que explicitamente citada a fonte.

Notas aos Colaboradores

Os artigos a serem submetidos ao Conselho Editorial deverão ser enviados preferencialmente pelo endereço eletrônico <https://revistades.jur.puc-rio.br/>. As normas de publicação e diretrizes de avaliação podem ser encontradas na última página e no sítio eletrônico da Revista.

DIREITO, ESTADO E SOCIEDADE

nº 65 Jul-Dez 2024

ISSN 1516-6104

Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica – Departamento de Direito.

1. Direito – Periódicos. I – PUC-Rio.

Sumário

7 | Carta dos editores/*Editorial*

Artigos/Papers

- 14 | Pragmatismo e Direitos Humanos: reflexões a partir do pragmatismo filosófico de John Dewey
Pragmatism and Human Rights: reflections based on John Dewey's philosophical pragmatism
Leonardo Monteiro Crespo de Almeida
- 44 | Controle interno de convencionalidade: uma análise crítica sobre os avanços, limites e desafios à aplicação do instituto no Brasil
Internal control of conventionality: a critical analysis on the advances, limits and challenges to the application of the system in Brazil
Miguel Ângelo Marques
- 72 | Segregação urbana: direitos fundamentais em tempos de pandemia
Urban segregation: fundamental rights in times of pandemic
Rafael José Nadim de Lazari, Alencar Frederico Margraf e Eduarda Albuquerque
- 104 | Um diálogo entre biopolítica e colonialidade a partir da intervenção militar no Rio de Janeiro
A dialogue between biopolitics and coloniality on the military intervention in Rio de Janeiro
Ygor Santos de Santana e Flávia de Ávila
- 145 | A mediação ambiental para a gestão criativa do conflito A mediação ambiental para a gestão compartilhada do conflito referente à permanência das barracas da Praia do Futuro, em Fortaleza, Ceará
Environmental mediation for the shared management of the conflict regarding the Beach Tents on Futuro Beach in Fortaleza, Ceará
Dayse Braga Martins, Ana Edinéia Cruz Lopes e Bleine Queiroz Caúla

- 184** | As reivindicações da justiça no Século XXI: referências da Teoria da Justiça de Amartya Sen
The claims of justice in the 21st Century: references from Amartya Sen's Theory of Justice
José Carlos Kraemer Bortoloti e Neuro José Zambam
- 203** | Democracia constitucional e neoliberalismo em crise: impactos em emergências de saúde pública internacional
Constitutional democracy and neoliberalism in crisis: impacts on international public health emergencies
Rubia Daniela Thieme e Rafael Gomes Ditterich
- 232** | Acesso à justiça inclusivo para pessoas com deficiências psicossocial e intelectual
Inclusive access to justice for people with psychosocial and intellectual disabilities
Ana Paula Barbosa-Fohrmann e Alessandra Moraes de Sousa
- 259** | Educação/docência e efetividade dos direitos humanos: PUC-SP de portas abertas aos imigrantes e refugiados
Education/teaching and human rights effectiveness: PUC-SP open doors to immigrants and refugees
Alan Faria Andrade Silva e Regina Vera Villas Bôas
- 282** | A desconhecida história do papel do Senado na representação interventiva (e seu legado ao controle abstrato de constitucionalidade)
The unknown history of the Senate role in interventional Representation (and its legacy to abstract judicial review)
Fabio Carvalho Leite
- 311** | El ecosistema de la juridicidad neoliberal. Variaciones del espejo argentino
O ecosistema da juridicidade neoliberal: variações do espelho argentino
Santiago Polop

- 332** | Absenteeism in citizen participatory budgeting: challenges for local development management
Absenteísmo no orçamento participativo cidadão: desafios para a gestão do desenvolvimento local
Paulo Rossi Banda Sulca
- 360** | Sentencia Petro Urrego vs Colombia: una reflexión necesaria acerca de la competencia de la Procuraduría General de la Nación de sancionar servidores públicos de elección popular
Sentença Petro Urrego x Colômbia: uma reflexão necessária sobre a competência da Procuradoria-Geral da República para sancionar servidores públicos eleitos pelo voto popular
Liliana Sánchez Jiménez e David Mendieta
- 391** | **Notícias e Informações/News and information**
Resumos das dissertações e teses defendidas no 2º semestre de 2024 no âmbito dos Programas de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Teoria do Estado e Direito Constitucional do Departamento de Direito da PUC-Rio.

Carta dos editores

É com grande satisfação que o Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro vem apresentar o número 65 da Revista Direito, Estado e Sociedade, referente ao segundo semestre de 2024. Neste volume contamos com artigos contendo pesquisas de vasta gama temática, sendo todas vinculadas às áreas de concentração do Programa. Esperamos que a leitura dos artigos publicados nesta edição seja de grande valia à comunidade acadêmica e jurídica, propiciando novos debates e discussões. Não podemos deixar de aproveitar a oportunidade para agradecer aos autores, pareceristas e leitores da *Direito, Estado e Sociedade*, que permitem que a cada número sejam publicadas novas e instigantes pesquisas. Lembramos que estamos sempre abertos ao envio de novos artigos, que devem ser submetidos por meio do nosso sistema editorial online em plataforma *Open Journal System*, diretamente na página da Revista (<https://revistades.jur.puc-rio.br/>).

Em *Pragmatismo e Direitos Humanos: reflexões a partir do pragmatismo filosófico de John Dewey*, o autor analisa os direitos humanos pela perspectiva pragmatista de Dewey, entendendo a democracia como forma de vida. Dividido em três partes, aborda: (1) a concepção de democracia de Dewey; (2) os impasses teóricos dos direitos humanos; e (3) as implicações dessa visão para esses direitos. Baseando-se no empirismo radical, Dewey valoriza a experiência concreta como base para soluções práticas, conectando filosofia ao cotidiano. Assim, no século XX, os direitos humanos, desvinculados de fundamentos metafísicos, emergem de experiências históricas traumáticas e assumem papel normativo contra opressões. Entretanto, surgem desafios sobre como conciliá-los com diferentes contextos culturais sem perder sua essência universal.

O artigo “*Controle interno de convencionalidade: uma análise crítica sobre os avanços, limites e desafios à aplicação do instituto no Brasil*” desenvolve uma perspectiva sobre a efetividade dos instrumentos de direito internacional, dos quais o Estado brasileiro é signatário, através do paradigma do controle de convencionalidade em face de eventual colisão com o direito interno estatal. Para tanto, busca evidenciar soluções práticas para uma melhor aplicação do controle de convencionalidade, notadamente por parte do Supremo Tribunal Federal brasileiro.

Em “*Segregação urbana: direitos fundamentais em tempos de pandemia*” os autores abordam os impactos da pandemia de Covid-19 sobre os direitos sociais das comunidades vulneráveis do Brasil, tendo como objetivo geral analisar as gerações de direitos fundamentais e os direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988, como educação, saúde, alimentação, trabalho e moradia. O artigo analisa, ainda, o processo histórico de favelização no Brasil, as propostas governamentais para a solução da questão habitacional, bem como os reflexos da segregação urbana e da pandemia a nível nacional. Para isso, utilizou-se o método qualitativo/quantitativo, com o emprego da pesquisa bibliográfica e documental.

Os autores o artigo “*Um diálogo entre biopolítica e colonialidade a partir da intervenção militar no Rio de Janeiro*” discorrem sobre a intervenção militar no Rio de Janeiro (2018) que evidenciou a necropolítica e o racismo estrutural do Estado brasileiro. Analisando relatos de moradores de favelas, o artigo mostra como a exceção jurídica e a violência militar reforçam o extermínio de corpos negros e periféricos. A colonialidade e a biopolítica se entrelaçam, definindo quem vive e quem morre. A militarização da segurança pública perpetua uma guerra contra populações marginalizadas, mantendo a lógica genocida desde a escravidão até os dias atuais.

Analisando o artigo “*A mediação ambiental para a gestão criativa do conflito da não retirada das Barracas da Praia do Futuro, em Fortaleza, Ceará*”, é possível encontrar uma análise do conflito judicial sobre a permanência das barracas na Praia do Futuro, Fortaleza, envolvendo questões ambientais, turísticas e econômicas. Discute-se se as barracas ocupam faixa de praia, bem de uso comum, e a falta de demarcação oficial da linha de preamar média. A pesquisa sugere a mediação ambiental como solução para equilibrar interesses múltiplos, promovendo gestão compartilhada e sustentável, com foco na educação ambiental e minimização de impactos.

O artigo “*As reivindicações da justiça no Século XXI: referências da Teoria da Justiça de Amartya Sen*” estabelece luzes sobre uma teoria da democracia a partir da Teoria da Justiça de Amartya Sen. Questiona os processos de legitimação democrática em face da necessidade da ampliação da participação popular no processo democrático, com vistas à diminuição das desigualdades.

Na sequência, o artigo “*Democracia constitucional e neoliberalismo em crise: impactos em emergências de saúde pública internacional*” aborda uma perspectiva entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito econômico a respeito das complexidades advindas da decretação da Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional, notadamente da Covid-19 e seus impactos em países que enfrentam um contexto de desigualdade social e crises democráticas correspondentes.

Já no artigo “*Acesso à justiça inclusivo para pessoas com deficiências psicossocial e intelectual*” os autores analisam o direito de acesso à justiça para pessoas com deficiências psicossociais e intelectuais, destacando os desafios e propostas para garantir uma justiça inclusiva. Com base na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e na Lei Brasileira de Inclusão, o estudo aborda questões como a capacidade legal e a necessidade de adaptações processuais. Propõe uma reinterpretação do instituto da capacidade civil, superando a visão binária de capacidade/incapacidade, e defende a acessibilidade comunicacional e linguística para equilibrar os direitos entre as partes. O artigo conclui que a justiça inclusiva exige mudanças estruturais e atitudinais, visando a plena participação e autonomia das pessoas com deficiência no sistema judicial.

Em seguida, o artigo “*Educação/docência e efetividade dos direitos humanos: PUC-SP de portas abertas aos imigrantes e refugiados*” analisa a relevância do projeto “PUC-SP de portas abertas aos imigrantes e refugiados” na integração de migrantes e refugiados em São Paulo, destacando o papel da educação e da docência. A pesquisa explora a efetividade do direito, relacionando o projeto à lei e iniciativa social, aos objetivos da educação, considerando a dinâmica da PUC-SP e à implementação de direitos por entidades civis. Com abordagem qualitativa, descritiva e baseada em pesquisa bibliográfica e documental, conclui-se que o projeto promove a dignidade humana ao integrar participantes e valorizar o direito à educação, destacando a importância do docente na prática dialogal.

Na contribuição “*A desconhecida história do papel do Senado na representação interventiva (e seu legado ao controle abstrato de constitucionalidade)*”, o autor destaca que, entre 1946 e 1965, o STF poderia declarar leis inconstitucionais em dois casos: julgamento de casos concretos ou representação interventiva. Após o julgamento, o STF enviava a decisão ao Senado ou ao Congresso Nacional para suspender a execução da lei inconstitucional, conforme a Constituição e a doutrina constitucionalista. No entanto, pesquisas nos bancos de dados da Câmara, do Senado e do STF revelaram que o Senado, com apoio do STF, assumiu competências do Congresso Nacional, o que pode explicar por que, entre 1965 e 1975, o STF enviou ao Senado decisões de inconstitucionalidade que, por natureza, deveriam ter efeito geral.

No artigo “*El ecosistema de la juridicidad neoliberal - Variaciones del espejo argentino*”, analisa-se o ecossistema da juridicidade neoliberal, enfatizando sua lógica de temporalidade acelerada e seus efeitos no direito positivo. O neoliberalismo, ao criar uma relação de alienação entre sujeito e objeto, promove produtividade e individuação, submetendo o indivíduo a uma economia libidinal voltada ao mercado. A juridicidade neoliberal, exemplificada por instrumentos como o DNU 70/23 e a Lei Bases na Argentina, visa substituir normas de bem-estar e direitos humanos, corroendo sistemas jurídicos anteriores. O artigo examina como essa lógica reconfigura o direito, privilegiando a racionalidade de mercado e desmantelando proteções sociais. A análise dialética expõe a tensão entre a expansão neoliberal e a preservação de valores éticos e humanistas, destacando impactos negativos na democratização e na justiça social.

Já no artigo “*Absenteeism in citizen participatory budgeting: challenges for local development management*”, o autor analisa o absenteísmo na participação cidadã em Anco Huallo, no Peru, investigando suas causas e impactos na gestão do desenvolvimento local. Através de entrevistas com prefeitos, ex-autoridades e análise documental, constatou-se que os mecanismos de participação estatal e a descentralização falharam como ferramentas de gestão eficazes, gerando desconfiança e frustração, de modo que o Orçamento Participativo foi visto como um exercício clientelista sem impacto real. O trabalho ressalta a necessidade de abordagens mais inclusivas e adequadas às realidades locais para fortalecer a descentralização.

Por último, o artigo “*Sentencia Petro Urrego vs Colombia: una reflexión necesaria acerca de la competencia de la Procuraduría General de la Nación de sancionar servidores públicos de elección popular*” analisa o impacto da

sentença *Petro Urrego vs. Colômbia* da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) no ordenamento jurídico colombiano, focando na competência da Procuraduría General de la Nación (PGN) para sancionar servidores públicos eleitos. A decisão da CIDH exigiu ajustes no sistema disciplinário colombiano para garantir a proteção dos direitos políticos, levando a reformas como a Lei 2094 de 2021. O estudo destaca os conflitos entre a PGN, o Conselho de Estado e a Corte Constitucional, enfatizando a necessidade de harmonizar o direito interno com os padrões internacionais de direitos humanos. Conclui-se que a implementação do controle de convencionalidade ainda é um desafio, exigindo maior alinhamento entre as normas nacionais e os tratados internacionais.

Por fim, na última seção da Revista, apresentamos os Resumos das Dissertações e Teses já defendidas no segundo semestre de 2024, no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional.

Desejamos a todos uma excelente leitura.

Noel Struchiner
Editor Responsável

Antonio Pele
Editor Responsável



Artigos



Pragmatismo e Direitos Humanos: reflexões a partir do pragmatismo filosófico de John Dewey

*Pragmatism and Human Rights: reflections based on John
Dewey's philosophical pragmatism*

*Leonardo Monteiro Crespo de Almeida**

Universidade Federal de Pernambuco, Recife – PE, Brasil

1. Introdução

Desde o início do século passado, o pragmatismo se mostrou como uma das correntes filosóficas mais abertas ao diálogo com outras perspectivas, como fora também, desde o seu início, marcado pela interdisciplinaridade. As obras de Charles Sanders Peirce, William James e John Dewey, as três grandes referências desse momento inicial do pragmatismo, são atravessadas por diversas referências às teorias científicas de sua época ao mesmo tempo em que contemplam um repertório amplo de temáticas, abrangendo questões referentes à epistemologia, estética, política, lógica e religião, apenas para mencionar alguns desses temas.

A reflexão social e política passa a integrar de vez a história do pragmatismo a partir da perspectiva de John Dewey, sendo uma das questões centrais e mais relevantes, aquela da democracia. Ao invés de conceber a democracia como mais uma forma de regime político e organização do poder, Dewey inscreve o conceito para o campo da experiência individual

* Doutor em Direito pela Faculdade de Direito do Recife/UFPE. Bacharel em Filosofia pela Universidade Federal de Pernambuco/UFPE. Professor da Graduação e da Pós-Graduação em Direito na Faculdade Damas da Instrução Cristã/FADIC. Professor Substituto do III Departamento na Faculdade de Direito do Recife/UFPE. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5742-3344>. E-mail: leonardoalmeida326@gmail.com.

e coletiva de tal maneira que as suas preocupações políticas se entrelaçam com as suas considerações epistemológicas, amplamente fundadas sobre a experiência e a investigação. Esse conceito mais específico de democracia permite situar o político como um espaço aberto de experimentação no qual as convergências e as divergências das diferentes perspectivas sobre o social podem ser consideradas também como expressão de uma coletividade que reflete sobre as suas próprias questões.

Na segunda metade do século XX, impulsionado pelas duas guerras mundiais, além da ascensão de diferentes regimes autoritários, a reflexão sobre a democracia passa gradualmente a ser associada aos direitos humanos. Tendo perdido a fundamentação metafísica que lhe acompanhara desde o século XVIII, os direitos humanos vão sendo pensados cada vez mais como consequências de um aprendizado histórico que engloba diferentes experiências traumáticas.

Desta maneira, ao longo do século XX, os direitos humanos se convertem também em importantes referenciais normativos através dos quais se pode identificar e confrontar as diferentes relações de opressão e subjugação: em sua totalidade, esses direitos trazem consigo a representação de uma humanidade livre na qual os diferentes indivíduos podem desenvolver capacidades e aptidões na direção estabelecida por eles. Regimes caracterizados pelo autoritarismo e formas de intolerância tendem não só a restringir injustificadamente as formas de vida e os valores considerados aceitáveis, como introduzem restrições, normalmente severas, para o questionamento desses limites.

A colocação dos direitos humanos dessa maneira também suscita questões que precisam ser exploradas mais detidamente: uma vez que esses direitos surgem a partir de um pano de fundo cultural específico, seria razoável conceber a sua observância em culturas cujos principais referenciais valorativos em muito se afastam da cultura europeia? De que maneira seria razoável conceber os direitos humanos para além do mencionado pano de fundo cultural, mas sem transformá-lo em uma normatividade abstrata desvinculadas das especificidades e questões subjacentes às comunidades nas quais eles se encontram inseridos?

Em síntese, o objetivo é evitar conceber os direitos humanos a partir de um relativismo que o restringe a determinadas culturas, a exemplo da cultura europeia, como também o de lhe esvaziar de qualquer significação cultural, no sentido de estarem esses direitos enraizados nos valores e sensibilidades

que constituem o pano de fundo normativo das relações coletivas. Desta maneira, a preocupação reside em preservar o potencial utópico desses direitos ao tempo que ele se encontra inserido no desenvolvimento histórico, e por isso mesmo concreto, das experiências coletivas.

O objetivo central desse artigo reside em explorar de que maneira a democracia concebida a partir da óptica do pragmatismo de John Dewey, ou seja, pensada em termos de forma de vida, pode contribuir para uma abordagem dos direitos humanos que permita atender as preocupações teóricas elencadas acima. A pesquisa, então, encontra-se amparada em dois conceitos, a democracia e os direitos humanos, sendo o primeiro o ponto de partida para examinar o segundo.

A pesquisa é desenvolvida a partir de três seções. A primeira apresenta a caracterização de Dewey da democracia como forma de vida, sobretudo diferenciando-a da concepção mais usual, que seria a de forma de governo. A segunda seção, a mais breve, trata de esclarecer as razões para o mencionado impasse dos direitos humanos e de que maneira isso pode se constituir em problema para a teoria política e a teoria do direito. A terceira seção, por fim, pretende apontar as implicações dessa concepção de democracia para aquela caracterização dos direitos humanos.

A pesquisa foi desenvolvida através de uma revisão de literatura amparada na filosofia de John Dewey, como também a de diferentes comentadores que trataram de explorar o seu pensamento referente à democracia, sendo os principais deles Gregory Pappas e Richard Bernstein. No que se refere aos direitos humanos, a pesquisa tratou de considerar algumas ressalvas que foram feitas quanto ao seu papel como referencial capaz de proporcionar – ou justificar – transformações sociais abrangentes e profundas.

2. Democracia como experiência e forma de vida

Investigações teóricas sobre a democracia, seus limites e possibilidades, são abundantes entre a produção mais recente na teoria do direito e na teoria política. Dificilmente as questões que são suscitadas no horizonte dessas duas áreas tendem a não cruzar com questões e temas referentes à democracia. As diferentes abordagens e concepções formuladas pelos teóricos acabam dotando o termo de uma polissemia cada vez mais profunda sobre a democracia, seus valores, possibilidades e limitações. Quais os limites do democrático? O que significa, de fato, a defesa da democracia? Quais

as relações da democracia com a tolerância, a igualdade e a liberdade? As respostas são ainda mais diversas, e por vezes contraditórias, do que as perguntas formuladas.

O ponto de partida inicial adotado por Gregory Pappas¹ em sua análise da justificação de Dewey sobre a democracia reside em seu conceito de experiência e, de certo modo, não poderia ser diferente: um dos traços mais característicos da filosofia de Dewey é o seu compromisso com o que ele denomina de empirismo radical (*Radical Empiricism*)². O cerne dessa posição é que a experiência precisa ser confrontada e descrita em toda a sua complexidade e nuances tal como ela é primeiramente apreendida³. Independentemente do objeto da investigação, um empirismo filosófico consistente necessita iniciar e terminar com a experiência concreta do objeto tal como ele se apresenta ao observador: o que Dewey faz, neste ponto, é inscrever a reflexão filosófica no horizonte das práticas cotidianas, e é nesse panorama que as soluções para os problemas serão testadas e confrontadas.

No panorama da história da filosofia, o ponto de partida fora recorrentemente estabelecido em termos de proposições e ideias abstratas, algo que também pode ser estendido às teorias gerais do direito. Como Pappas observa, mesmo o empirismo antigo não soube distinguir um discurso, ou uma teoria, acerca da experiência de uma apreensão imediata da experiência tal como ela surge. O autor esclarece:

Em geral, a experiência na filosofia moderna tem sido compreendida como o conteúdo da consciência, ou seja, de um sujeito cognoscente que é o espectador de um mundo ou objeto pré-existentes. Mas essa é a imagem que nós empregamos quando buscamos adoptar um ponto de vista teórico; não se trata, contudo, de como nós experimentamos a nossa vida cotidiana a partir de um ponto de vista engajado e pré-teórico⁴.

1 2008.

2 HILDEBRAND, 2016, p. 74 e ss.

3 PAPPAS, 2008, p. 5 e ss.

4 PAPPAS, 2008, p. 21. No original: “In general, experience in modern philosophy has been understood as the content of consciousness, that is, of a knowing subject who is a spectator to an antecedent world or object. But this is a picture that we may employ when we adopt a theoretical point of view; it is not, however, how we experience our everyday life from a pre-theoretical and engaged point of view”.

Essas considerações são importantes para destacar que o ponto de partida adotado por Dewey não é o de uma construção normativa idealizada e abstrata por meio da qual a experiência pode ser investigada e julgada. Neste sentido, todo pesquisador já traz consigo uma “bagagem” de valores, sensibilidades e pré-conceitos decorrentes de sua vivência em uma comunidade particular: a reflexão teórica, portanto, seria secundária aos saberes e disposições práticas que amparam a vida cotidiana⁵. Por essa razão não é apropriado caracterizar a experiência cotidiana em termos de uma “experiência pura” que assimila os eventos todos da mesma maneira: o conhecimento pré-teórico implica já uma forma de enquadramento por meio da qual os eventos adquirem sentido e relevância distintos a partir não só de sua utilidade, como também das vivências individuais particulares⁶.

A princípio, essa linha de raciocínio acabaria por comprometer o empirismo radical adotado por Dewey uma vez que uma abertura à experiência jamais pode ser realizada plenamente: diferentes tipos de pré-julgamentos sempre estarão presentes na apreensão da realidade, ou seja, a experiência em si mesma tomada como ponto de partida é já moldada pelas lentes individuais do sujeito. Existem, porém, algumas nuances que precisam ser consideradas na maneira como Dewey desenvolve essas questões, sendo importantes para se afastar esse questionamento. Pappas escreve:

Mesmo assim, nós experimentamos as coisas em sua receptividade qualitativa mais rudimentar em uma dada situação. Devemos ser fiéis a essa experiência vivida independentemente de como este dado pode ser condicionado pelo caráter ou contexto histórico cultural. A extensão deste condicionamento está aberta a questionamentos e não é fundamental para a utilização deste método⁷.

Por mais firmes que sejam os diferentes condicionadores da experiência, como a cultura, a experiência vivida não se deixa ser integralmente apreendidas por esses condicionadores, ou seja, existe sempre a possibilidade de uma reconsideração em torno desses condicionantes. Muito embora a cultura, de

5 BERNSTEIN, 2000, pp. 219-220.

6 HILDEBRAND, 2016, p. 75 e ss.

7 PAPPAS, 2008, p. 22. No original: “Nevertheless, we do experience things in their gross qualitative givenness in a situation. We must be faithful to this lived experience regardless of how this given might be conditioned by one’s character and one’s historical cultural context. The extent of this conditioning is an open question and not critical to the use of the method”.

diferentes maneiras, condicione a experiência vivida, esta também pode colocar em questão determinados fatores culturais que, inclusive, foram adotados como ponto de partida⁸. Pensando este ponto em termos de aprendizado, a experiência vívida é também um processo contínuo de revisão e questionamento, um devir contínuo de experimentações e transformações, o que, sob certa perspectiva, aproxima Dewey das posições de Habermas e Kelsen no tocante ao exercício crítico autorreflexivo presente nas democracias liberais⁹.

Não obstante essas questões serem estabelecidas no âmbito de uma reflexão epistemológica, a abordagem de Dewey acerca da democracia é diretamente informada por uma concepção de investigação e de crítica oriunda da atividade científica¹⁰. Seu apelo à experiência primária, por exemplo, não implica em uma adoção irrestrita do *status quo*, antes o objetivo é estimular a reflexão crítica como caminho para uma investigação sobre a validade dos diferentes condicionadores das experiências primárias. Instaure-se uma circularidade por meio da qual as experiências primárias são modificadas pela investigação, retornando-se mais uma vez ao ponto de partida daquelas experiências, ainda que agora elas sejam outras, tal como mencionamos acerca do aprendizado.

Esse direcionamento é também relevante para que a questão da democracia seja pensada para além dos limites estritamente políticos e institucionais que normalmente lhe acompanham¹¹. Essa incursão epistemológica é decisiva e importante para a abordagem de Dewey, porque a sua concepção de democracia está também diretamente amparada por uma noção de investigação e autorreflexão críticas articuladas com os procedimentos de investigação científica de sua época. Não somente a colocação dos problemas, como as diferentes abordagens para a sua resolução (*problem-solving skills*) informariam essa perspectiva referente ao democrático¹². Uma caracterização mais bem definida dessa abordagem é fornecida por Charles Sabel:

A contribuição mais duradoura de Dewey foi a de apresentar uma descrição impactante da constituição mútua do indivíduo e da sociedade, lutando

8 HILDEBRAND, 2016, p. 76 e ss.

9 INGRAM, 2014, p. 245 e ss.

10 HILDEBRAND, 2016, p. 75 e ss; FREGA, 2010, p. 308 e ss.

11 BERNSTEIN, 2000, pp. 216-217.

12 SABEL, 2012, p. 35.

juntos para ampliar os limites do seu conhecimento tendo como resposta os fracassos surpreendentes do que eles pensaram que já sabiam, e assim estabelecer um ideal de democracia como forma de autogoverno que, sob novas circunstâncias, possibilitaria um maior horizonte para a inteligência social de resolução de problemas e o florescimento do caráter individual como sua condição e produto¹³.

Então, seguindo a descrição de Sabel, o conceito de democracia permite a Dewey articular uma lógica da investigação, uma interdependência entre o individual e o coletivo (a sociedade) e uma forma de autogoverno cuja autonomia estaria diretamente associada com uma forma de aprendizado coletivo. Cabe pontuar que uma das mais importantes incursões do autor pela democracia ocorre em *Democracy and Education*, que, por si só, fornece uma articulação entre o político e o pedagógico, entre a formação individual e a participação coletiva, o que é uma característica persistente do individualismo democrático defendido por ele¹⁴. Este aprendizado ocorre em meio à resolução dos problemas que confrontam o conhecimento coletivo enraizado na comunidade¹⁵. Os problemas permitem também o desenvolvimento de uma autorreflexão coletiva por meio da qual a comunidade explora novas possibilidades e respostas aos desafios com os quais se defronta. Um ponto importante que, a princípio, não fora amplamente explorado por Dewey em sua incursão pela democracia reside no papel das instituições, que forneceriam amparo ao experimentalismo democrático que ele defende.

As instituições são importantes porque, dentre diversas outras funções que desempenham, permitem estabelecer limites e orientações para a mudança social, protegendo prerrogativas consideradas relevantes para a própria organização política da comunidade. Sem o *ethos* democrático, porém, como observa Bernstein, as instituições podem rapidamente sucumbir a direcionamentos opressivos¹⁶. Nesse ponto também cabe uma apreciação do papel

13 SABEL, 2012, p. 35. No original: “Dewey’s enduring achievement was to present a compelling account of the mutual constitution of the individual and society, struggling together to extend the limits of their knowledge in response to surprising failures of what they thought they already knew, and to establish an ideal of democracy as that form of self-government which, under new circumstances, affords the greatest possible scope to the social intelligence of problem solving and the flourishing of individual character as its condition and product”.

14 KIM, 2015, p. 35 e ss.

15 DEWEY, 2008a, pp. 224-230; DEWEY, 1966.

16 BERNSTEIN, 2000, p. 217 e ss.

dos direitos como elementos que resguardariam uma participação popular ativa, crítica, capaz de problematizar diferentes aspectos do social, aspectos estes que se mostram como entraves ao desenvolvimento das capacidades e potenciais dos indivíduos.

As diferentes manifestações de racismo, exploração e outras formas de desigualdade que comprometam não apenas a integração social dos indivíduos, como o cultivo do seu caráter e das suas aptidões, representam algumas das questões que circunscrevem e limitam o potencial inclusivo da democracia¹⁷. Em síntese, ao mesmo tempo que certas instituições poderiam limitar a participação social e política, outras estabeleceriam os referenciais capazes de resguardar e intensificar a participação popular, garantindo a liberdade de expressão, associação e manifestação.

Neste sentido, a criação dos direitos estaria diretamente associada com a abertura que a democracia conferiria às múltiplas formas de experimentação coletivas. Instituições e direitos tendem a resguardar, senão a ampliar, a participação popular. Reconhecendo a importância desses elementos, Gregory Pappas pontua que eles não são suficientes para associar o experimentalismo democrático às interações cotidianas.

A preocupação de Pappas se justifica a partir do momento em que os laços que conectam os indivíduos uns aos outros se tornam cada vez mais frágeis, o que é parte da condição em que se encontram as diferentes democracias liberais no século XXI. Em si esse aspecto pode se tornar patológico a partir do momento em que as diferentes perspectivas individuais venham a alimentar formas de intolerância e outras práticas que concorram para a exclusão social. Em paralelo a essas questões, a assimilação cega da propaganda política ou uma excessiva deferência à autoridade política, por vezes carente de qualquer justificção, também são traços recorrentes daquelas democracias. Pappas comenta o seguinte:

Nesse ambiente social problemático, a noção de democracia como um mero mecanismo político que protege os direitos individuais, ou um sistema eleitoral aberto e inclusivo, parece inadequada tendo em vista que falha em pensar como o caráter empobrecido das nossas experiências estaria associado a nossas interações cotidianas. A melhoria do maquinário político e a proteção dos direitos constitucionais são coisas boas, mas de que maneira eles reconstroem

17 DEWEY, 2008a, pp. 224-230; DEWEY, 2008c, pp. 296-300.

os laços que foram tensionados pelas condições contemporâneas? Por que essa obediência perdida aos costumes, à força ou à propaganda predominam em algumas democracias políticas?¹⁸.

A questão, portanto, não seria deixar de pensar essas instituições ou considerá-las como um aspecto de menor importância, mas observa que, por si só, elas não são suficientes para estabelecer uma forma de vida na qual os indivíduos não são apenas livres, como também dotados de um grau de autorreflexão que os permitam se posicionar frente às autoridades políticas e os diferentes problemas presentes na comunidade¹⁹. Ao invés de levar a uma desconsideração das instituições e direitos, uma concepção de democracia como experiência tende a reinscrevê-los a partir das diferentes práticas cotidianas que se constituem no sustentáculo da experiência democrática. É nisso que reside a ideia do democrático como forma de vida, situando-o para além das preocupações estritamente institucionais ao mesmo tempo em que não as desconsidera. Em um dos trechos de *The Public and Its Problems*, Dewey destrincha essa ideia mais profunda de democracia:

Do ponto de vista do indivíduo, trata-se de ter uma parcela de responsabilidade conforme a capacidade de se formar e dirigir as atividades dos grupos a que se pertence e de participar em conformidade com a necessidade dos valores sustentados por esses grupos. Do ponto de vista dos grupos, trata-se de liberar as potencialidades dos membros do grupo em harmonia com os interesses e bens que são comuns²⁰.

18 PAPPAS, 2008, p. 219. No original: “In this problematic social environment, the notion of democracy as a mere political mechanism that safeguards individual rights, or as a system of open and inclusive elections, seems inadequate because it fails to address how the impoverished character of our experience is tied to our everyday interactions. Improvement of the political machinery and protection of constitutional rights are good things, but how do they reconstruct the ties that have been strained by contemporary conditions? Why does aimless obedience to custom, force, or propaganda predominate in some political democracies?”

19 DEWEY, 2008a, pp. 224-230; DEWEY, 2008e, pp. 275-277.

20 DEWEY, 1946, p. 147. No original: “From the standpoint of the individual, it consists in having a responsible share according to capacity in forming and directing the activities of the groups to which one belongs and its participating according to need in the values which the groups sustain. From the standpoint of the groups, it demands liberation of the potentialities of members of a group in harmony with the interests and goods which are common”.

Seguindo essa linha de reflexão e considerando também as reflexões de Dewey em *The Public and Its Problems* ou, mais adiante, *Creative Democracy*, o problema decisivo de uma ênfase no aspecto institucional da democracia reside em recair em uma concepção tecnocrática da mesma, o que pode facilmente estabelecer uma dissociação entre a gestão do público e das suas necessidades, e a participação popular. Dito de outro modo, a complexidade das necessidades e dos problemas do público são tão abrangentes que tornam os cidadãos desinteressados e distantes do conjunto de saberes técnicos que seriam necessários para compreender as nuances e a verdadeira dimensão dos problemas públicos. Uma posição como essa fora defendida por Walter Lippmann e que em *The Public and Its Problems* será um dos autores a que Dewey vai se contrapor no desenvolvimento de sua própria perspectiva²¹. Sobre o fortalecimento de uma concepção tecnocrática do político, o autor escreve:

Nada que pode ser chamado de público intervém para instruir médicos na prática da arte de curar ou mercadores na arte da venda. A condução desses ofícios e de outras características do nosso tempo são decididas pela ciência ou pseudo-ciência. As presentes questões governamentais mais sérias, pode-se dizer, são também tecnicamente complicadas ao ponto de serem bem trabalhadas apenas pelos especialistas²².

Uma das estratégias analíticas lançadas por Dewey reside em dissociar o Estado do público. Nessa perspectiva, o público representa a totalidade fragmentada e incoerente dos cidadãos, com seus diversos interesses, perspectivas, valores e referenciais culturais. Uma concepção tecnocrática, como aquela apresentada por Lippmann, entende que o público é insuscetível de um engajamento racional com as exigências e dinâmicas necessárias da democracia.

Dewey, por sua vez, destaca a falta de coesão como um dos principais entraves à participação racional do público por conta da sua fragmentação

21 BERNSTEIN, 2000, p. 220 e ss.

22 DEWEY, 1946, p. 124. No original: “Nothing called a public intervenes to instruct physicians in the practice of the healing art or merchants in the art of salesmanship. The conduct of these callings and others characteristic of our time are decided by science and pseudo-science. The important governmental affairs at present, it may be argued, are also technically complicated matters to be conducted properly by experts”.

em vários âmbitos, da interferência persistente do capital das grandes corporações e ao surgimento de tecnologias que promovem novas formas de distração e alienação. Todos esses aspectos, juntos, acabam por fazer com que a comunicação no espaço público se mostre amplamente fragilizada. A preocupação do autor com a educação e seus diferentes processos formativos responsáveis por proporcionar a integração social tem como um dos objetivos o aprimoramento da comunicação do público²³.

Em um movimento que claramente propõe uma ruptura com as premissas que informam as teorias do contrato social, o autor reconfigura a relação entre o público e o privado: todas as interações usuais e rotineiras estão circunscritas ao âmbito das relações particulares, porém, quando essas interações produzem um impacto mais abrangente, elas adentram no domínio social do público e mesmo no ambiente físico, natural²⁴. Para que essa passagem ocorra, porém, é de grande relevância que a comunicação entre os indivíduos seja suficientemente coordenada para que os seus pontos de vista produzam um impacto coletivo.

A preocupação de Dewey é pontual: trata-se de fortalecer os vínculos que conectam os indivíduos à comunidade, uma vez que, para o autor, os seres humanos são criaturas atravessadas primariamente pela interação social e linguística²⁵. Esses vínculos serão materializados em diferentes espaços de associação humana, a exemplo da vizinhança, dos espaços de deliberação nos bairros, as assembleias municipais, etc. Esses círculos concêntricos de participação permitem que o conjunto de atividades que refletem a práxis democrática, a exemplo da deliberação e da escuta, adentrem nas vivências mais imediatas do cotidiano²⁶. Escreve Thamy Pogrebinschi:

Para que a idéia de democracia seja realizada, em conseqüência, ela precisa produzir efeitos sobre a família, a escola, a religião, o trabalho (“*industry*”, no sentido mais amplo que a tradução não confere), além de outras formas de associação humana. Nesse sentido, a “democracia política” – isto é, a democracia como um sistema de governo – com seus arranjos políticos e instituições governamentais – consiste meramente em um mecanismo destinado a assegurar

23 DEWEY, 1946; DEWEY, 2008b; DEWEY, 2008d, pp. 304-308.

24 ANTONIO; KELLNER, 1992, p. 284 e ss.

25 ANTONIO; KELLNER, 1992, p. 277 e ss.

26 BERNSTEIN, 2000, p. 218 e ss; ANTONIO; KELLNER, 1992, p. 283 e ss.

canais de operação para a “idéia” de democracia. Diante disso, as críticas, as desaprovações e mesmo as modificações da “maquinaria” da democracia política não afetam a “idéia”, que permanece sempre intocável. Em outras palavras, a democracia enquanto forma de governo, ou seja, a “democracia política”, pode a qualquer momento ser revista, modificada, sem que isso afete a idéia de democracia²⁷.

As modificações institucionais, necessárias e incontornáveis tendo em vista as transformações do social, encontram-se diretamente associada às diferentes dinâmicas presentes nos espaços de associação humana: os círculos concêntricos conectam o que há de mais imediato nas vivências cotidianas ao que, a rigor, estaria mais distante e abstrato, a exemplo das ideias de nação e de país. Neste pormenor, pode-se dizer que Dewey retoma alguns pontos próximo à leitura que fora realizada por Aléxis de Tocqueville da sociedade dos Estados Unidos²⁸.

Em sua análise da formação da sociedade dos Estados Unidos, um dos pontos que Tocqueville mais tende a ressaltar reside no ímpeto para criação de associações e grupos comprometidos em ajudar voluntariamente a população. O tamanho e o posicionamento dessas associações mostram-se diretamente associados aos espaços e aos territórios. Por sua vez, a espontaneidade dessas associações, principalmente na maneira como se encontram inscritas no cotidiano da população, tende a refletir um grau significativo de autonomia perante o Estado.

Pode-se dizer que a auto-organização das camadas populares expressaria um senso de engajamento e comprometimento com as questões coletivas que já não necessita de espaços políticos institucionalizados ou mesmo da presença dos organismos estatais: o voluntarismo das camadas populares dos Estados Unidos, que tanto impressionou Tocqueville, expressa uma compreensão do público condizente com a perspectiva adotada por Dewey²⁹. Essas associações permitem também considerar os problemas coletivos como questões que precisam ser investigadas mediante a proposição de soluções e o teste dessas hipóteses.

27 POGREBINSCHI, 2004, p. 44.

28 TOCQUEVILLE, 2004; KIM, 2015, p. 33 e ss.

29 KIM, 2015, p. 33 e ss.

Se Dewey não desenvolveu um tratado sistemático sobre a democracia onde ele poderia ter elencado uma série de elementos normativos que definiriam as boas práticas democráticas, é perceptível como o conceito em si é responsável por conectar várias noções e temas que circunscrevem a sua obra. Como Richard Bernstein bem observa, seja discorrendo sobre estética, política, religião ou filosofia, a reflexão de Dewey sempre retorna à democracia³⁰. Para além disso, uma sistematização implicaria também uma cristalização, senão empobrecimento, do sentido da experiência democrática. Em *The Public and Its Problems*, por exemplo, observa-se como, uma vez estabelecida em termos de experiência, a ideia de democracia será sempre incompleta e em contínua construção, jamais se deixando ser apreendida em um fato consumado:

Concebida como ideia, a democracia não é uma alternativa a outros princípios da vida em associação. Ela é a própria ideia de comunidade. É um ideal no único sentido inteligível do ideal: a saber, uma tendência ou movimento de alguma coisa que existe sendo levada ao seu limite final, vista como completa, perfeita. Como as coisas jamais chegam a esse estado de preenchimento, sendo, de fato, distraídas e impedidas, a democracia, neste sentido, não é um fato e jamais poderá sê-lo³¹.

Em outros pontos, como em sua ênfase na sala de aula e no processo pedagógico em geral, Dewey, na percepção de Aaron Schutz, terminou por desconsiderar o grau de enraizamento que as diferentes formas de desigualdade, opressão e destituição, formas essas que dificilmente são percebidas nas dinâmicas de aprendizado presentes na sala de aula³². Essas relações assimétricas não compõem apenas um aspecto secundário no contexto de uma lógica de investigação, influenciando diretamente os graus de participação e inserção das classes sociais no panorama da comunidade em geral. Parte da linha de argumentação estabelecida por Aaron Schutz recai especificamente

30 BERNSTEIN, 2000, p. 215.

31 DEWEY, 1946, p. 148. No original: “Regard as an idea, democracy is not an alternative to other principles of associated life. It is the idea of community life itself. It is an ideal in the only intelligible sense of an ideal: namely, the tendency and movement of something which exists carried to its final limit, viewed as completed, perfected. Since things do not attain such fulfillment but are in actuality distracted and interfered with, democracy in this sense is not a fact and never will be”.

32 SCHUTZ, 2010, p. 69 e ss.

na maneira como a educação progressiva, que tem em Dewey um dos seus principais expoentes, acaba por suplantar o ímpeto mais combativo das classes trabalhadoras por um *ethos* mais personalista, individual e marcado por uma visão mais colaborativa das relações entre os segmentos do social³³.

É preciso considerar que, em paralelo a uma compreensão mais abrangente de aprendizado social que pode ser extraída a partir do pragmatismo esboçado por Dewey, diversas mudanças significativas decorreram dos embates entre os diferentes interesses e as perspectivas das classes sociais. No plano das tensões subjacentes à democracia dos Estados Unidos, as estratégias e formas de intervenção da classe trabalhadora contribuíram para trazer à tona essas assimetrias que não somente restringiam a participação popular, como também restringiam direitos e prerrogativas³⁴.

No que concerne à nossa pesquisa, as observações críticas de Schutz servem para introduzir no contexto do experimentalismo democrático de Dewey, uma preocupação mais decisiva com o papel das tensões, conflitos e relações de poder que segmentam e reconfiguram as relações sociais³⁵. Uma vez que a distinção forte entre meios e fins é desconsiderada por Dewey, é importante considerar que o modo como os conflitos são resolvidos é tão relevante quanto o seu resultado³⁶.

3. Experimentalismo democrático e direitos humanos

Se, por um lado, uma abordagem da democracia que tem como principal eixo de análise os direitos ou as instituições pode levar a uma percepção tecnocrática das artes de governar, como também do papel participativo da população, por outro lado direitos e instituições contribuem para assegurar as várias prerrogativas por meio das lutas políticas e das reivindicações de direitos que lhes acompanham. Em síntese, as instituições contribuem para que o espaço democrático seja marcado pelo aprofundamento das demandas e da participação popular, ao mesmo tempo que protegem as prerrogativas que amparam essa forma de participação.

33 SCHUTZ, 2010.

34 MEDINA, 2019, p. 4 e ss.

35 HEDEEN, 2005, p. 186 e ss.

36 HEDEEN, 2005, p. 186 e ss.

No desenrolar dessa linha de argumentação, não seria incompatível com a proposta de Dewey pensar uma relação circular entre democracia e direitos, mesmo quando compreendemos a primeira em termos de experiência/forma de vida ao invés de um arcabouço institucional. Por relação circular entende-se uma dinâmica na qual democracia e direito sejam não apenas complementares, como transformem uns aos outros. A participação popular colocaria em questão as limitações referentes aos direitos disponíveis, como a sua insuficiência em contemplar certas necessidades e/ou impedimentos ao exercício de capacidades conferidas aos indivíduos.

Se, por um lado, um dos primeiros elementos da caracterização do Estado, no horizonte das teorias políticas modernas, reside na detenção do monopólio da violência legítima, por outro lado é preciso considerar a participação popular como uma força capaz de redefinir continuamente os direcionamentos das instituições. Os direitos desempenham uma função central na medida em que resguardam essa participação a partir de um conjunto de compromissos normativos que necessariamente precisam ser respeitados e protegidos pelo aparato burocrático.

E quanto aos direitos humanos? Em que medida, em face do esboço de uma compreensão pragmática da democracia e da participação política, tal qual apresentada por Dewey, os direitos humanos mostram-se determinantes? Uma resposta a essas duas considerações passa por esclarecer algumas ponderações sobre o estatuto contemporâneo dessa categoria de direitos.

Em sua gênese, ainda no período do Iluminismo, os direitos humanos representavam um projeto utópico de transformação radical da sociedade. No contexto da sociedade francesa, a promoção irrestrita de valores como igualdade e liberdade confrontavam as diferentes segmentações sociais vigentes responsáveis pela exclusão de uma parcela significativa da sociedade. O potencial utópico dos direitos humanos caracteriza uma formação social na qual os cidadãos, sendo livres e iguais, não apenas passam a dispor de uma ampla participação política, como dispõem das condições mínimas para desenvolver as suas capacidades intrínsecas. Como Richard Bernstein observa, a importância dos ideais se encontra bem demarcada no pensamento democrático de Dewey³⁷.

Investigar o potencial utópico dos direitos humanos implica também em explorar um problema que, estabelecido desde as suas formulações

37 BERNSTEIN, 2000, p. 219 e ss.

iniciais, não cessará de assumir diferentes expressões no desenvolvimento histórico da ideia de direitos humanos: a tensão entre o seu universalismo abstrato e a sua implementação concreta, que necessariamente perpassa a sua assimilação pelas instituições políticas, sejam elas circunscritas ao âmbito nacional ou de abrangência supranacional³⁸. A ideia em si dos direitos humanos necessita do suporte de uma autoridade política por meio do qual aquela ideia possa ser protegida e defendida nos diversos espaços sociais³⁹.

Em síntese, ao mesmo tempo em que a universalidade pode ser interpretada como o processo histórico gradual no qual diferentes sociedades chegam a consensos, nunca definitivos, em torno dos valores, das prerrogativas e das garantias necessárias para uma sociedade na qual indivíduos iguais e livres possam desenvolver as suas potencialidades, por outro lado, a implementação e a proteção dessas prerrogativas requer a força de uma autoridade política. Essa exigência estabelece um forte vínculo entre os direitos humanos e as instituições, sejam elas aquelas inerentes aos Estados-nações ou aos organismos supranacionais⁴⁰.

O que restaria dos direitos humanos como elementos capazes de trazer à tona os potenciais que permitam chegar a uma formação social caracterizada pela igualdade e autonomia? Explorar esse potencial normativo significa também pensar o vínculo que conecta os direitos humanos às formas de vida particulares de cada comunidade política. Em outras palavras, o que se está querendo elucidar é de que maneira valores como liberdade e igualdade podem já integrar a autocompreensão dos indivíduos no tocante à comunidade da qual participam e o papel que desempenham nesse espaço. O caráter cooperativo da democracia é bem assinalado no ensaio *Creative Democracy*, de Dewey, elaborado no contexto da ascensão do nazi-fascismo no mundo europeu e, portanto, reitera os compromissos com o diálogo e com a tolerância que caracterizam a crença na democracia:

A democracia é a crença de que mesmo quando as necessidades e os fins ou as consequências são difíceis para cada indivíduo, o hábito de uma cooperação amistosa – que pode incluir, como esporte, rivalidade ou competição – é por si só um inestimável acréscimo à vida. Levar o mais adiante possível cada conflito

38 LAFONT, 2018.

39 INGRAM, 2014; LAFONT, 2018.

40 LAFONT, 2018, p. 6 e ss.

que pode surgir – e eles estão fadados a surgir – para além da atmosfera e do meio da força, da violência, como formas de resolução em direção à discussão e à inteligência é tratar aqueles com que nós discordamos – mesmo que profundamente – como alguém que pode nos ensinar e, até mesmo, como amigos⁴¹.

Considerando o seu potencial utópico, entendemos que os direitos humanos refletem as disposições descritas por Dewey na citação acima. A consideração do outro como alguém com que se pode aprender e respeitar não implica ignorar – ou mesmo deixar de recriminar – as diferentes circunstâncias de opressão e do uso da força como meio de resolução das divergências. O recurso à razão e à inteligência apontados por Dewey, como visto na seção anterior, não remete a uma compreensão estrita ou mesmo tecnocrática de racionalidade humana, uma que está dissociada das emoções e de outras formas de sensibilidades inscritas nas relações socioafetivas, como bem observa Reinhold Niebuhr, ao questionar o que ele entende ser um racionalismo excessivo presente no pensamento de Dewey⁴².

A concepção de razão apontada por Dewey é caracterizada por uma compreensão abrangente na qual a empatia e o diálogo assumem uma preponderância na consideração dos diferentes pontos de vista não apenas sobre problemas pontuais, como também sobre os valores mais abrangentes que envolvem a coletividade como um todo⁴³. Sendo assim, ressalvadas as relevantes considerações críticas de Aaron Schutz, entendemos que existe espaço considerável para se pensarem conflitos e reinvidicações no horizonte da cooperação democrática, inclusive desde a teorização que Dewey faz da educação e da resolução de conflitos nesse âmbito⁴⁴. Certamente, em muitos desses casos, um diálogo ponderado e ameno entre as partes conflitantes não será esperado ou sequer desejável, sobretudo pela intensidade das divergências que atravessam o social, mas é possível trabalhar essas tensões a

41 DEWEY, 2008a, p. 228. No original: “Democracy is the belief that even when needs and ends or consequences are different for each individual, the habit of amicable cooperation – which may include, as in sport, rivalry and competition – is itself a priceless addition to life. To take as far as possible every conflict which arises-and they are bound to arise-out of the atmosphere and medium of force, of violence as a means of settlement into that of discussion and of intelligence is to treat those who disagree – even profoundly – with us as those from whom we may learn, and in so far, as friends”.

42 De acordo com BERNSTEIN, 2000, p. 219 e ss; FREGA, 2010, p. 309 e ss.

43 FREGA, 2010, p. 308 e ss.

44 HEDEEN, 2005, p. 189 e ss.

partir das regras, dos procedimentos e das sensibilidades que caracterizam a forma de vida democrática.

Abordado por esse ângulo, o elo formador entre democracia e direitos humanos pode ser ilustrado em termos de um trabalho político constante, sempre incompleto, aberto e pontuado por uma autorreflexão coletiva sobre os valores que amparam a comunidade⁴⁵. Nesse sentido, o pragmatismo possibilita o desenvolvimento de novos imaginários sociais nos quais as pretensões políticas dos grupos marginalizados possam gradualmente integrar as diferentes dinâmicas do aparato institucional da comunidade. Uma concepção experimental dos direitos humanos simultaneamente pode servir para enunciar as diferenças formas de opressão dos grupos marginalizados, como também possibilidades de transformação dessa realidade social por meio de um arcabouço jurídico.

Em oposição a uma abordagem tecnocrática de democracia, os direitos humanos podem contribuir para um alargamento da participação política, trazendo com isso diferentes demandas, formas de vida e perspectivas, por vezes opostas. Em meio a um delicado jogo de convergência e oposição, a vivência democrática da comunidade torna-se mais vigorosa e reflexiva quanto aos valores e fundamentos que constituem o imaginário social que envolve a comunidade.

As tensões mesmas entre os grupos e as suas pretensões servem de combustível para animar a criatividade que envolve o experimentalismo democrático proposto por Dewey e que, de certa maneira, pode ser estendido para a reflexão teórica e prática militante dos direitos humanos. Dentre as diversas configurações que o sentimento dos grupos marginalizados assume, cabe pontuar o seu caráter problematizador, no qual o confronto com o *status quo* e a necessidade de pensar alternativas, soluções, para os entraves sociais e políticos que afligem o seu cotidiano, se torna também uma constante. A transformação social pode aqui ser vista também como um exercício coletivo e autorreflexivo de solução de problemas muito concretos e, por vezes, urgentes.

Entretanto, o elo entre democracia e direitos humanos, no contexto da abordagem pragmática de Dewey, exige esclarecimentos subsequentes tanto em função da ausência de sistematicidade das suas incursões pela democracia, como pelas diferentes caracterizações pelas quais passaram os

45 KIM, 2015, p. 34 e ss.

direitos humanos desde o século XVIII até meados do século XX. Para além dessas duas considerações, é importante acrescentar mais uma: o trabalho de reconstrução política dos direitos humanos, ou seja, a concepção de que eles são direitos tão disponíveis quanto os demais, é algo que por si só exige considerações adicionais. São essas as questões que servem de fio condutor para o desenvolvimento da próxima seção.

4. Repensando os direitos humanos a partir do pragmatismo

O pragmatismo sustentado por Dewey, por si só, não resolveria o tipo de problema apresentado na seção precedente, porém ele pode apresentar algumas alternativas para uma abordagem dos direitos humanos mais concreta e associada às suas pretensões de transformação social. Uma dessas possibilidades, presente nas seções anteriores, reside na maneira com que os direitos humanos podem contribuir para institucionalizar formas abrangentes de participação política por meio das quais os diferentes cidadãos tenham espaço para expor as suas queixas, necessidades ou qualquer outra circunstância que comprometa a sua integração social.

Neste caso, os direitos humanos são compreendidos como direitos políticos, no sentido que emergem das diferentes tensões e conflitos entre classes sociais, grupos de interesse e outros atores coletivos que buscam maximizar seus espaços e prerrogativas na sociedade em que se encontram⁴⁶. Em artigo sobre o tema, Étienne Balibar destaca essa dimensão política dos direitos humanos da seguinte maneira:

Eu tenho argumentado no passado de uma maneira um tanto quanto formalista que os direitos humanos não são, de fato, distintos dos direitos civis (ou “Direitos do Homem” dos “Direitos do Cidadão”, para retornar à formulação do século XVIII que circulara entre as revoluções americana e francesa). Então uma “política dos direitos humanos” – que eu não identifico com uma “política humanitária” – é uma noção quase-tautológica: com exceção da política, ou sem um sistema político de instituições e ações, não apenas não existe implementação dos direitos humanos, como também não existe um “direito” entre esses direitos⁴⁷.

46 BALIBAR, 2001, p. 18 e ss; BENHABIB, 2013, p. 40 e ss.

47 BALIBAR, 2013, p. 18. No original: “I have argued in the past in a somewhat formalistic manner that human rights are not really different from civic rights (or “Rights of Man” from

Essa ponderação de Balibar retoma a necessidade do vínculo dos direitos humanos com um sistema político para que não se convertam em uma ideia esvaziada e insuscetível de produzir qualquer consequência significativa nas relações sociais. Abordados por esse ângulo, os direitos humanos, quando compreendidos em termos de direitos políticos, podem – e frequentemente precisarão – ser mobilizados pelos cidadãos como elementos que amparam as suas prerrogativas para não apenas expandir o seu âmbito de atuação, como também ampliar o rol dos direitos que lhe são disponíveis⁴⁸. Os direitos podem assim ser caracterizados tanto como instrumentos de mudança social, como reflexo dessas mesmas transformações uma vez que são expressões de uma concepção específica de organização do social⁴⁹.

É na arena da política e, mais especificamente, nos espaços institucionalizados dos sistemas políticos, que os cidadãos podem lutar pela implementação dos direitos humanos e da consequente expansão das suas garantias jurídicas⁵⁰. Perante a oposição fornecida por esses obstáculos, os cidadãos desenvolvem também uma consciência coletiva mediante a participação popular através da qual o próprio sentido dos valores fundamentais da comunidade é alterado.

Essa mobilização, por sua vez, exige que se instaure e se cultive uma consciência coletiva capaz de organizar pautas e projetos direcionados a aspectos do social que são percebidos como problemáticos. Por vezes, é necessário desenvolver um trabalho de problematização no qual formas de relação, valores, comportamentos e estruturas amplamente aceitas e consideradas naturais, são repensadas como nocivas, patológicas, para um segmento social. Sem dúvida, esse é um dos grandes vetores que norteiam a atuação dos movimentos sociais: a construção, ao invés apenas da identificação, dos problemas e obstáculos que dificultam, constroem ou impedem o livre exercício da cidadania e do desenvolvimento das capacidades de uma parcela da sociedade.

the “Rights of the Citizen”, to return to the 18th century formulation that circulated between the American and the French Revolutions). So that a “politics of human rights” – which I do not identify with “humanitarian politics” – is a quasi-tautological notion: apart from politics, or without a political system of institutions and actions, not only is there no implementation of human rights, but there is also no “right” within these “rights”.

48 BALIBAR, 2001, p. 18 e ss; BENHABIB, 2013, pp. 43-44.

49 BALIBAR, 2001, pp. 17-18; HOOVER, 2013, p. 937 e ss.

50 HOOVER, 2013, p. 938 e ss.

Nos Estados Unidos, o movimento em prol dos direitos civis (*Civil Rights Movement*) lutou durante duas décadas para que a discriminação racial, até então não apenas vigente como amplamente difundida pelos mais diversos espectros daquela sociedade, fosse erradicada⁵¹. Esse movimento reflete algumas das considerações de Dewey acerca do público e da participação popular em uma sociedade democrática. Examinemos mais detidamente algumas das implicações decorrentes dessa mobilização política.

Primeiramente, cabe destacar que no processo de enfrentamento que norteou a intervenção do *Civil Rights Movement*, ao longo dos sucessivos embates com as autoridades, gradualmente foi se formando uma consciência coletiva da população negra em prol da necessidade de mobilização e de questionamento do *status quo*⁵². Não se tratava mais de uma busca por uma identidade e inserção social, uma vez que a sociedade até aquele momento estava estruturada para desconsiderar qualquer pretensão de legitimidade das demandas em prol da igualdade racial: a organização da consciência negra através do movimento em si é orientada para uma reformulação não apenas dos sentidos de igualdade e pertencimento até então correntes, como também do imaginário social estabelecido.

A participação política do *Civil Rights Movement* fora responsável por introduzir um conjunto de símbolos, imagens e discursos na esfera pública que paulatinamente reformularam os ideais de igualdade, tolerância e pluralismo socialmente difundidos⁵³. O alcance desses objetivos não teria sido viável sem a organização dos indivíduos, algo que Dewey tanto ponderara em suas considerações sobre o público⁵⁴.

Os movimentos em prol dos direitos civis ressaltaram as limitações e fragilidades subjacentes às representações correntes de um certo imaginário social muito difundido nos Estados Unidos mediante uma reconsideração dos seus valores ditos fundamentais e inscritos na mitologia política do país: o ideal de uma sociedade que se construiu a partir de diferentes ondas migratórias, trazendo particularidades culturais que, com o tempo, ajudaram a fomentar o respeito pelas diferenças, a igualdade que ignora hierarquias e classes sociais e a individualidade que confere a cada um à sua dignidade

51 WILLIAMS; BOND, 2013.

52 KLARMAN, 2006, p. 344 e ss.

53 JOSEPH, 2020.

54 ANTONIO; KELLNER, 1992, p. 278 e ss.

e respeito. As assimetrias raciais e econômicas foram colocadas em xeque pela atuação política do movimento, assinalando como as minorias políticas permaneciam sempre às margens das instituições e da participação pública efetiva. Trata-se de um processo contínuo de transformação e reconsideração do que é a participação cívica e o pertencimento a uma nação.

As diferentes restrições envolvendo a utilização de transportes públicos, a presença nas instituições de ensino, as opções profissionais, assim como outros impedimentos estabelecidos por legislações que consolidaram o racismo no plano institucional, como as leis de Jim Crow e a doutrina do “separados, mas iguais” (*separate, but equals*), relegaram uma considerável parcela da população a um ciclo de precariedade econômica, profissional e mesmo existencial⁵⁵. No panorama cultural, a representação do negro nos meios televisivos e cinematográficos fora caracterizada pela subserviência e marginalidade: as participações de menor importância refletiam a percepção social dos negros como segmento periférico e, para alguns grupos, também indesejável.

A militância do *Civil Rights Movement* precisou situar as demandas para muito além das transformações específicas no arcabouço político da democracia dos Estados Unidos. O trabalho de desmantelamento não só das diferentes leis que amparavam a segregação racial, como as sensibilidades que concorriam para o seu enraizamento no nível das relações sociais cotidianas, foi árduo, complexo, permanecendo inacabado até os dias atuais⁵⁶. Uma das principais conquistas trazidas pelo movimento foi a de proporcionar para a população negra uma dimensão autorreflexiva de participação política que até então estivera ausente: em meio à problematização da desigualdade racial pelo *Civil Rights Movement*, consolida-se também uma reivindicação pelos direitos políticos que consolidam de vez uma consciência cidadã entre a população negra dos Estados Unidos. Retomando o que fora explorado em *Creative Democracy*, Dewey observa:

A democracia é a crença de que o processo da experiência é muito mais importante do que qualquer resultado especial conquistado, de tal maneira que

55 KLARMAN, 2006.

56 GATES, 2019; MEDINA, 2019, p. 4 e ss. Como José Medina observa, a exclusão e a destituição daqueles que se encontram na periferia do jurídico e do político exige mais do que reforçar a inclusão: é preciso repensar o próprio significado da inclusão e o que ela significaria no contexto da comunidade política tomada como referência, ver MEDINA, 2019, p. 2 e ss.

os resultados especiais alcançados são importantes apenas enquanto eles são empregados para enriquecer e organizar o processo contínuo. Uma vez que o processo da experiência é capaz de ser educativo, a crença na democracia torna-se uma com a crença na experiência e na educação. Todos os fins e valores que sejam cortados do processo em andamento se tornam fixações, empecilhos⁵⁷.

O entrelaçamento entre a fé na democracia e a fé na experiência e na educação permite pensar uma dimensão pedagógica nas práticas coletivas que informam a experiência democrática. No contexto da história dos Estados Unidos, esse aprendizado coletivo desenvolveu uma consciência crítica ainda mais importante não apenas referentes aos severos impactos da herança do racismo, como em torno das diferentes maneiras pelas quais os segmentos da população podem ser enfraquecidos, seja a título de representação política, seja no tocante ao reconhecimento das suas necessidades e carências. Dificilmente um movimento social poderá, por si só, pôr um fim às questões suscitadas porque, de início, esse fim, esse ponto de chegada, simplesmente não existe: os problemas se transformam em outros, perdem certos elementos para logo adquirirem outro, antigas formas de exclusão assumem feições e manifestações diversas, e assim sucessivamente⁵⁸.

Quando Dewey menciona por diversas vezes o processo contínuo e aberto (*ongoing process*), assim o faz também para pontuar a complexidade incensurável da experiência, seja ela pensada no plano individual ou coletivo: qualquer conceito ou noção que busque apreender o processo, cristalizando a experiência a partir de parâmetros rígidos, leva ao seu empobrecimento, limitação e mesmo falsificação. Por isso a relevância da experimentação e problematização no desenvolvimento do pragmatismo filosófico de Dewey: os erros e equívocos, sejam eles individuais ou coletivos, abrem espaço para diferentes formas de autorreflexão nas quais mudanças, crenças e hábitos podem ser transformados⁵⁹. Essa concepção processual da democracia é

57 DEWEY, 2008a, pp. 229. No original: “Democracy is the faith that the process of experience is more important than any special result attained, so that special results achieved are of ultimate value only as they are used to enrich and order the ongoing process. Since the process of experience is capable of being educative, faith in democracy is all one with faith in experience and education. All ends and values that are cut off from the ongoing process become arrests, fixations”.

58 DEWEY, 2008c, pp. 296-300; DEWEY, 2008e, pp. 275-277.

59 DORZWEILER, 2017, p. 9 e ss.

decisiva para que ela seja caracterizada em termos de experiência e forma de vida, sendo possível observá-la claramente em meio às dinâmicas dos movimentos sociais: a sua força se encontra na desestabilização dos pensamentos e modos de ação estabelecidos⁶⁰.

Assim como ocorrera com outros movimentos, as demandas do *Civil Rights Movement* expuseram as diferentes formas pelas quais a experiência social de uma parcela dos cidadãos fora marcada por relações assimétricas opressivas, limitando, senão mesmo inviabilizando, uma participação política mais abrangente e representativa⁶¹. Isso compromete não apenas as condições para a efetivação dos projetos existenciais desse segmento, como também as comunicações e as trocas simbólicas com o restante da comunidade em geral. Dewey alude para essa dimensão quando escreve, em *Creative Democracy*, o seguinte:

Para cada forma de vida que falha a democracia limita os contatos, as trocas, as comunicações, as interações pelas quais a experiência é estabelecida ao mesmo tempo em que é também ampliada e enriquecida. Esse trabalho de começar e de enriquecer precisa ser levado adiante dia após dia. Considerando que se trata de algo que não terá fim até que a experiência ela mesma chegue ao seu fim, o trabalho da democracia será sempre o da criação de experiências mais livres e humanas no qual todos compartilham e todos contribuem⁶².

Chegar a uma sociedade na qual os indivíduos disponham de maior autonomia e possibilidades de participação, que possam ser todos tratados com dignidade e com igual importância, não seria essa também a imagem e a pretensão que historicamente marcou o potencial utópico dos direitos humanos? Em meio ao desenvolvimento do pragmatismo filosófico de Dewey, pode-se identificar com certa nitidez que também esses valores e referenciais integram a experiência coletiva dos cidadãos. Sendo assim, em nossa leitura, a posituação dos direitos humanos reflete não só um arcabouço normativo

60 DORZWEILER, 2017, p. 8 e ss.

61 KLARMAN, 2006, p. 290 e ss.

62 DEWEY, 2008a, pp. 229-230. No original: “For every way of life that fails in its democracy limits the contacts, the exchanges, the communications, the interactions by which experience is steadied while it is also enlarged and enriched. The task of this release and enrichment is one that has to be carried on day by day. Since it is one that can have no end till experience itself comes to an end, the task of democracy is forever that of creation of a freer and more humane experience in which all share and to which all contribute”.

manifestado pelo direito positivo, podendo ser encarado também como o desdobramento de um processo lento e contínuo de aprendizagem social no qual as circunstâncias de destituição e opressão, que limitam o potencial da democracia, servem também para se repensar o sentido, a extensão e a importância dos direitos humanos.

Concebidos a partir dessa perspectiva, os direitos humanos se tornam referenciais sociais, culturais e políticos a serem ampliados a partir da autorreflexão coletiva em torno da experiência democrática, como Seyla Benhabib bem aponta ao mostrar que as razões que os indivíduos elencam para uma dada ação não são apenas elementos que os motivam, mas também a projeção que fazem enquanto agentes em um espaço social particular⁶³. Ao mesmo tempo em que a sua força normativa se encontra resguardada a partir da sua positivação nos diferentes ordenamentos jurídicos, sejam eles nacionais ou supranacionais, os direitos humanos também se convertem em elementos que aprofundam e resguardam não apenas a experiência democrática, como também as pretensões emancipatórias que desde os Iluminismo se encontram associadas a eles⁶⁴.

5. Considerações Finais

O principal objetivo desse artigo fora investigar se a reflexão abrangente de John Dewey acerca da democracia permitiria conceber os direitos humanos para além de um universalismo abstrato e um particularismo restrito. Nossa estratégia analítica se justifica porque é dessa maneira que Dewey evita os dois extremos quando desenvolve a sua concepção de democracia em termos de forma de vida. Não obstante a centralidade dos direitos humanos no tocante à promoção de uma sociedade de indivíduos livres e iguais, existe também o perigo de que o seu potencial transformador seja capturado por diferentes forças avessas a essas mudanças, buscando reafirmar o *status quo* e as atuais estruturas de poder.

Na primeira seção o objetivo fora explorar, em linhas muito gerais, qual seria a abordagem da democracia proposta pelo filósofo pragmático. Não obstante obras como *Democracy and Education* e outras com temáticas similares, conforme Gregory Fernando Pappas, Dewey careceria de uma

63 BENHABIB, 2013, p. 39 e ss.

64 INGRAM, 2014, p. 244 e ss.

teoria normativa da democracia aos moldes do liberalismo político de John Rawls ou da teoria deliberativa proposta por Jürgen Habermas, compromete-se com a demarcação dos elementos e critérios caracterizadores de uma formação social democrática. É neste ponto que a ideia de democracia como experiência se faz decisiva uma vez que impede uma integral absorção do imaginário democrático às instituições estabelecidas.

Ainda que não minimize a relevância dos arranjos institucionais na sustentação da ordem política, em *The Public and Its Problems* Dewey volta-se para uma reflexão acerca da participação política e do seu papel na formação de uma sociedade onde os indivíduos desfrutem de um grau relevante de autonomia para deliberar sobre os problemas que vivenciam. Nessa direção, o democrático é tratado como uma forma de vida marcada pela abertura, senso crítico e propensão à investigação.

Dewey lança um outro olhar para o distanciamento entre as massas e os espaços políticos institucionalizados: na abordagem do autor, dentre outras razões, esse distanciamento reflete um déficit de organização no qual a atuação das massas fica comprometida e sem um direcionamento claro. Tanto em *The Public and Its Problems* quanto em *Democracy and Education*, a educação será um ponto fundamental na maneira como o autor enfrenta tanto o problema da alienação política das massas, como defende uma alternativa à perspectiva tecnocrática.

A segunda seção apresentou uma concepção experimental dos direitos humanos desenvolvida a partir da reflexão democrática de Dewey. Nessa direção, os direitos humanos se conectam a um ideal utópico que permite uma contínua reformulação dos valores e referenciais simbólicos que envolvem a comunidade política. Como elementos inclusivos, os direitos humanos se contrapõem a uma concepção restritiva e limitada de participação democrática, como observado nas concepções tecnocráticas, permitindo assim que diferentes demandas sejam trazidas à tona e deliberadas. A seção, porém, tratou também de expor algumas questões problemáticas referentes aos direitos humanos e que foram objeto da seção subsequente.

A terceira seção, por fim, pretendeu estabelecer uma articulação entre democracia e direitos humanos a partir da abordagem pragmática de John Dewey. A pesquisa tratou de situar os direitos humanos como elementos que asseguram, no nível institucional, a participação política, aspecto central da abordagem que Dewey fizera da democracia. Abordados desta maneira, os direitos humanos adquirem uma maior concretude através de seu

enraizamento em formas de vida estabelecidas e, desta maneira, concorrem para a autorreflexão dos cidadãos acerca do tipo de sociedade que gostariam de viver e quais os entraves para se chegar a esse objetivo.

Considerados em seu conjunto, os valores abrangidos pelos direitos humanos contribuem para a proposição de uma ordem social pautada pela autonomia, independência e autorreflexão dos indivíduos que a constituem. São traços importantes para uma forma de vida caracterizada pela abertura ao diálogo, espírito de investigação e capacidade crítica no tocante à resolução dos problemas sociais com os quais a coletividade se defronta. O papel da formação educacional, tão destacado por Dewey ao longo de sua obra, tem importância considerável no decorrer desse processo uma vez que confere à população uma capacidade de organização que é pressuposto para uma efetiva participação coletiva nas sociedades democráticas.

Referências

- ANTONIO, Robert J.; KELLNER, Douglas. Communication, Modernity, and Democracy in Habermas and Dewey. *Symbolic Interaction*, New Jersey, v. 15, n. 3, pp. 277-297, 1992.
- BALIBAR, Étienne. On the Politics of Human Rights. *Constellations*, New Jersey, v. 20, n. 1, pp. 18-25, 2013.
- BALIBAR, Etienne. Outlines of a Topography of Cruelty: Citizenship and Civility in the Era of Global Violence. *Constellations*, New Jersey, v. 8, n. 1, pp. 15-29, 2001.
- BENHABIB, Seyla. Reason-Giving and Rights-Bearing: Constructing the Subject of Rights. *Constellations*, New Jersey, v. 20, n. 1, pp. 38-50, 2013.
- BERNSTEIN, Richard J. Creative Democracy - The Task Still Before Us. *American Journal of Theology & Philosophy*, Champaign, v. 21, n. 3, pp. 215-228, 2000.
- DEWEY, John. Creative Democracy - The Task Before Us. In: BOYDSTON, Jo Ann (Org.). *The Later Works of John Dewey: Volume 14, 1925 - 1953: 1939 - 1941, Essays, Reviews, and Miscellany*. Carbondale: Southern Illinois University Press, 2008a. pp. 224-230.
- DEWEY, John. *Democracy and Education*. New York: The Free Press, 1966.
- DEWEY, John. Democracy and Educational Administration. In: BOYDSTON, Jo Ann (org.). *The Later Works of John Dewey: Volume 11, 1925 - 1953:*

- Essays, Reviews, Trotsky Inquiry, Miscellany, and Liberalism and Social Action. Carbondale: Southern Illinois University Press, 2008b. pp. 217-225.
- DEWEY, John. Democracy is Radical. In: BOYDSTON, Jo Ann (org.). *The Later Works of John Dewey: Volume 11, 1925 - 1953: Essays, Reviews, Trotsky Inquiry, Miscellany, and Liberalism and Social Action*. Carbondale: Southern Illinois University Press, 2008c. pp. 296-300.
- DEWEY, John. Education, Democracy, and Socialized Economy. In: BOYDSTON, Jo Ann (org.). *The Later Works of John Dewey: Volume 13, 1925 - 1953: 1938-1939, Experience and Education, Freedom and Culture, Theory of Valuation, and Essays*. Carbondale: Southern Illinois University Press, 2008d. pp. 304-308.
- DEWEY, John. The Basic Values and Loyalties of Democracy. In: BOYDSTON, Jo Ann (org.). *The Later Works of John Dewey: Volume 14, 1925 - 1953: 1939 - 1941, Essays, Reviews, and Miscellany*. Carbondale: Southern Illinois University Press, 2008e. pp. 275-277.
- DEWEY, John. *The Public and Its Problems: An Essay in Political Inquiry*. Chicago: Gateway Books, 1946.
- DORZWEILER, Nick. Democracy's Disappointments: Insights from Dewey and Foucault on World War I and the Iranian Revolution. *Constellations*, New Jersey, v. 24, n. 1, pp. 1-11, 2017.
- FREGA, Roberto. Expressive Inquiry and Practical Reasoning. *The Journal of Speculative Philosophy*, State College, v. 23, n. 4, pp. 307-327, 2010.
- GATES, Henry Louis, Jr. *Stony the Road: Reconstruction, white supremacy, and the rise of Jim Crow*. New York: Penguin Press, 2019.
- HEDEEN, Timothy. Dialogue and Democracy, Community and Capacity: Lessons for Conflict Resolution Education from Montessori, Dewey, and Freire. *Conflict Resolution Quarterly*, New Jersey, v. 23, n. 2, pp. 185-202, 2005.
- HILDEBRAND, David L. The Paramount Importance of Experience and Situations in Dewey's Democracy and Education. *Educational Theory*, New Jersey, v. 66, n. 1-2, pp. 73-88, 2016.
- HOOVER, Joe. Towards a Politics for Human Rights: Ambiguous Humanity and Democratizing Rights. *Philosophy and Social Criticism*, Thousand Oaks, v. 39, n. 9, pp. 935-961, 2013.
- INGRAM, David. Reconciling Positivism and Realism: Kelsen and Habermas on Democracy and Human Rights. *Philosophy and Social Criticism*, Thousand Oaks, v. 40, n. 3, pp. 237-267, 2014.

- JOSEPH, Peniel E. *The Sword and the Shield: The Revolutionary Lives of Malcolm X and Martin Luther King Jr.* New York: Basic Books, 2020.
- KIM, Sungmoon. John Dewey and Confucian Democracy: Towards Common Citizenship. *Constellations*, New Jersey, v. 22, n. 1, pp. 31-43, 2015.
- KLARMAN, Michael J. *From Jim Crow to Civil Rights: The Supreme Court and the Struggle for Racial Equality.* Oxford: Oxford University Press, 2006.
- LAFONT, Cristina. Neoliberal Globalization and the International Protection of Human Rights. *Constellations*, New Jersey, v. 25, n.3, pp. 1-14, 2018.
- MEDINA, José. The Other Within: Agency and Resistance under conditions of exclusion. *Philosophy and Social Criticism*, Thousand Oaks, v. 46, n. 1, pp. 1-7, 2019.
- PAPPAS, Gregory Fernando. *John Dewey's Ethics: Democracy as Experience.* Bloomington and Indianapolis: Indiana University Press, 2008.
- POGREBINSCHI, Thamy. A democracia do homem comum: resgatando a teoria política de John Dewey. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 23, pp. 43-53, 2004.
- SABEL, Charles. Dewey, Democracy, and Democratic Experimentalism. *Contemporary Pragmatism*, Leiden, v. 9, n. 2, pp. 35-55, 2012.
- SCHUTZ, Aaron. *Social Class, Social Action and Education: The Failure of Progressive Democracy.* New York: Palgrave Macmillan, 2010.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *Democracy in America.* New York: Library of America, 2004.
- WILLIAMS, Juan; BOND, Julian. *Eyes on the Prize: America's Civil Rights Years, 1954-1965.* New York: Penguin Books, 2013.

Recebido em 27 de agosto de 2020.

Aprovado em 17 de novembro de 2020.

RESUMO: A democracia é um conceito que carece de um tratamento mais sistemático na filosofia de John Dewey, embora reapareça em diversos momentos críticos da reflexão política proposta pelo autor. Ao invés de estar restrita a uma forma de governar, a democracia é pensada como experiência, uma forma de vida em particular caracterizada pela abertura, tolerância e senso de investigação. O objetivo deste artigo é explorar uma conexão entre democracia e direitos humanos em meio às premissas teóricas das quais parte Dewey em sua formulação do pragmatismo. Em termos metodológicos, o artigo se desenvolve por meio de uma revisão de literatura que justapõe o conceito de democracia de Dewey com uma abordagem crítica dos direitos humanos. Concluímos que a perspectiva do autor acerca da democracia pode ser importante para uma concepção de direitos humanos que não se faz devedora de um universalismo abstrato, mas nem por isso seria integralmente relativista.

Palavras-chave: Dewey, direitos humanos, democracia, experiência

ABSTRACT: Democracy is a concept that lacks a more systematic treatment in John Dewey's philosophy, even though it's of fundamental relevance, being very much present in key moments of the author's political reflection. Instead of being restricted to a mode of government, democracy is conceived in terms of experience, a specific form of life characterized as being open, tolerant and possessing a sense of inquiry. The aim of this article is to explore a connection between democracy and human amongst Dewey's theoretical premises from which he formulates pragmatism. Methodologically, the article is developed using literature review in order to juxtapose Dewey's concept of democracy with a critical approach of human rights. It is concluded that the author's perspective on democracy can be relevant to develop a conception of human rights which is neither abstractly universalist, nor completely contingent.

Keywords: Dewey, human rights, democracy, experience

SUGESTÃO DE CITAÇÃO: ALMEIDA, Leonardo Monteiro Crespo de. Pragmatismo e direitos humanos: reflexões a partir do pragmatismo filosófico de John Dewey. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Edição 65, jul/dez, 2024. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1620>.

Controle interno de convencionalidade: uma análise crítica sobre os avanços, limites e desafios à aplicação do instituto no Brasil

*Internal control of conventionality: a critical analysis
on the advances, limits and challenges to the application of the
system in Brazil*

Miguel Ângelo Marques*

Universidade Paulista, São Paulo – SP, Brasil

1. Introdução

Vivenciamos atualmente um momento de grande desenvolvimento do direito das gentes. A mitigação do atributo da soberania, associada à universalização das normas de proteção à pessoa humana, foram fundamentais para a evolução desse processo. Sob esta perspectiva, não há disciplina ou matéria jurídica nacional que, de algum modo, não sofra a influência normativa (direta ou indireta) de algum tratado ou norma internacional.

Com efeito, o exercício de qualquer atividade profissional no campo da ciência jurídica passou a ser definido pela observância e aplicação das normas internacionais de proteção à pessoa humana, especialmente aquelas positivadas em tratados internacionais, ratificados e incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro.

O controle interno de convencionalidade se insere neste cenário como uma ferramenta apta não só a garantir a efetividade necessária à aplicação

* Doutor e Mestre em Direito Internacional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), com Pós-doutorado em Democracia e Direitos Humanos pelo Ius Gentium Conimbrigae/Centro de Direitos Humanos (IGC/CDH), da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. E-mail: miguelangelomarques@hotmail.com.

das convenções internacionais de direitos humanos no plano interno dos Estados, mas, sobretudo, como um meio capaz de estabelecer um profícuo diálogo entre as mais diversas ordens jurídicas existentes.

Este estudo, para além de enfatizar a relevância e os inegáveis avanços associados à incorporação do instituto à ordem jurídica interna, se propõe a analisar suas limitações, assim como alguns desafios que podem e devem ser superados.

2. Aspectos gerais

O controle interno de convencionalidade pode ser definido como o método por meio do qual a autoridade nacional competente (nas três esferas de Poder) realiza um exame de aferição vertical material entre uma norma jurídica interna (ou sua proposta) com as disposições contidas em convenções internacionais de direitos humanos, ratificadas e vigentes no país¹.

A expressão, controle de convencionalidade, consiste em um neologismo criado a partir da locução controle de constitucionalidade². Surgiu na França, em meados da década de 1970, quando o Conselho Constitucional do país (órgão equivalente ao nosso Supremo Tribunal Federal³) afastou sua competência⁴ para analisar a validade de uma norma interna (sobre a

1 Outras definições: “o controle de convencionalidade das leis, que nada mais é que o processo de compatibilização vertical (sobretudo material) das normas domésticas com os comandos encontrados nas convenções internacionais de direitos humanos” (MAZZUOLI, 2018b, p. 323); “O controle de convencionalidade é aquele exercido para verificar a compatibilidade das regras locais (direito interno) às convenções internacionais” (FIGUEIREDO, 2016, p. 87).

2 GALLICCHIO, 2013, p. 688; MAZZUOLI, 2018, pp. 27-28.

3 CHAVES; SOUSA, 2016, pp. 87-113.

4 CONSEIL CONSTITUTIONNEL DE LA REPUBLIQUE FRANÇAISE, 1975. Tradução livre: “Considerando, com efeito, que as decisões tomadas em aplicação do artigo 61 da Constituição revestem um caráter absoluto e definitivo, tal como resulta do artigo 62, que obsta a promulgação e a vigência de toda disposição declarada inconstitucional; que, ao contrário, a superioridade dos tratados sobre as leis, cujo princípio está estatuído no artigo 55 já citado, apresenta um caráter ao mesmo tempo relativo e contingente, tendo em vista, por um lado, que ela é limitada ao campo de aplicação do tratado e, por outro lado, que ela é subordinada a uma condição de reciprocidade cuja realização pode variar conforme o comportamento do ou dos Estados signatários do tratado e o momento em que deve ser apreciado o respeito dessa condição; 5. Considerando que uma lei contrária a um tratado não seria, no entanto, contrária à Constituição; 6. Considerando que assim o controle do respeito ao princípio enunciado no artigo 55 da Constituição não pode ser exercido no contexto do exame previsto no artigo 61, em razão da diferença de natureza desses dois controles (Decisão nº 74-54 DC, de 15 de janeiro de 1975). 7. Considerando que, nessas condições, não compete ao Conselho constitucional, quando é acionado em aplicação do art. 61 da Constituição, examinar a conformidade de uma lei com as

interrupção voluntária da gravidez) em relação à Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1950⁵.

Após quase três décadas, essa locução foi empregada, pela primeira vez, no sistema Interamericano de Direitos Humanos pelo juiz mexicano Sérgio García Ramírez, no julgamento do Caso *Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*⁶, de 2003, e reproduzido posteriormente (pelo mesmo magistrado) nos casos *López Álvarez Vs. Honduras*⁷ e *Vargas Areco vs. Paraguay* (ambos de 2006)⁸.

A consolidação do instituto no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) ocorreu pouco tempo depois, no julgamento do caso *Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*, de 2006, com a primeira manifestação clara do Plenário da Corte IDH sobre a matéria⁹. Desde então, a Corte Internacional reforçou o entendimento sobre o tema, fazendo com que o mecanismo passasse a ser paulatinamente difundido pela doutrina nacional e aplicado pelas autoridades judiciárias brasileiras.

No que tange à sua fundamentação, pode-se afirmar que a utilização do controle de convencionalidade no âmbito do sistema interamericano está amparada nos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH – Pacto de São José da Costa Rica), de 1969¹⁰.

estipulações de um tratado ou de um acordo internacional; [...] Decide: Artigo 1 As disposições da lei relativa à interrupção voluntária da gravidez, encaminhadas ao Conselho Constitucional, não são contrárias à Constituição”.

5 RAMOS, 2013, p. 280; MAZZUOLI, 2018, pp. 27-28; CHAVES; SOUSA, 2016, pp. 87-113.

6 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2003, § 27.

7 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006a, § 30.

8 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006b, §§ 6; 12.

9 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006c. Tradução livre: “§ 124. A Corte é consciente de que os juízes e Tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, estão obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato estatal, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que sua eficácia não seja diminuída pela aplicação de leis contrárias ao seu objeto e finalidade, e que, desde o início, carecem de eficácia jurídica. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas internas aplicadas aos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nessa tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação que do mesmo fez a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana. A Corte é consciente”.

10 CADH, Artigo 1 (Obrigação de respeitar os direitos) – Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social; Artigo 2 (Dever de adotar disposições de direito interno) – Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no

O artigo 1, do referido texto convencional, deixa claro que os Estados membros comprometem-se a respeitar e garantir o exercício dos direitos e liberdades estabelecidos na CADH. O artigo 2, por sua vez, impõe uma obrigação de tornar efetivo os compromissos ali voluntariamente assumidos, seja por medidas legislativas ou por *mecanismos* de outra natureza (como o controle de convencionalidade). Portanto, como destaca Borges, o artigo 2, “ao exigir a harmonização entre os ordenamentos abre concretamente a possibilidade de um controle de convencionalidade, com o fim de determinar se os Estados-partes efetivamente cumpriram ou não a obrigação convencional geral desse dispositivo e também do Art. 1.1”¹¹. A mesma linha de pensamento foi defendida por Pablo González Domínguez¹².

Borges e Domínguez fazem também alusão aos artigos 26 e 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, como fundamento universal para aplicação do instituto¹³. Sob esse enfoque, os Estados partes, ao assumirem de boa-fé os compromissos estabelecidos na CADH, não poderão invocar as disposições contidas em seu ordenamento jurídico nacional para justificar eventual inadimplemento do instrumento internacional.

No Brasil, por sua vez, somam-se aos dois argumentos apresentados¹⁴ a estatura hierárquica diferenciada atribuída aos tratados internacionais de direitos humanos (insertos e vigentes no ordenamento jurídico pátrio) pelo Art. 5º, §3º da Constituição Federal, assim como pela interpretação (conferida aos mesmos instrumentos internacionais) pelo Colendo Supremo Tribunal Federal no julgamento, em 2008, do RE nº 466.343/SP.

artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

11 BORGES, 2018. p. 140.

12 DOMÍNGUEZ, 2014, pp. 19-20.

13 CADH, Artigo 26 (Pacta sunt servanda) – Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé; Artigo 27 (Direito Interno e Observância de Tratados) – Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.

14 Não se pode olvidar que tanto a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, como a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, também de 1969 (instrumentos dos quais o Estado brasileiro é signatário) foram incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro pelos decretos nº 678, de 6 de novembro de 1992 e 7.030, de 14 de dezembro de 2009, respectivamente.

3. Avanços

A aferição de validade de uma norma interna por meio do controle de constitucionalidade não resolvia satisfatoriamente algumas questões, tendo em vista que estava limitada pelo parâmetro: as normas inseridas no texto constitucional¹⁵. Diante desse cenário, o controle de convencionalidade, na medida em que insere um novo paradigma normativo, traz, consequentemente, uma nova perspectiva para o aprimoramento do sistema brasileiro, visto que passa a possibilitar que quaisquer das autoridades constituídas nas três esferas de Poder¹⁶ possam realizar o controle interno de convencionalidade a partir do confronto das normas internas (ou de suas propostas) com os tratados internacionais de direitos humanos, ratificados e vigentes no Brasil. Como consequência, passam a coexistir dentro do cenário nacional um controle preventivo e um controle jurisdicional de convencionalidade, como veremos a seguir.

3.1. Controle preventivo não jurisdicional

Os Poderes Executivo e Legislativo poderão exercer durante o processo legislativo um exame prévio de conformidade vertical visando evitar o ingresso de leis ou atos normativos com conteúdo inconveniente no sistema jurídico nacional¹⁷.

No Congresso Nacional, esse controle poderá ser realizado pelas comissões temáticas, instituídas por força do artigo 58 da Constituição Federal, assim como pelo Plenário de qualquer uma das casas legislativas.

No que tange ao âmbito do Poder Executivo, o Presidente da República poderá, com base no artigo 66, §1º, do texto constitucional, vetar eventual projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional quando entender que houve ofensa aos tratados internacionais de direitos humanos (interpretados por parcela da doutrina como normas materialmente constitucionais¹⁸, por força do Art. 5º, §2º da CF). *A título exemplificativo*, caso o Presidente

15 “no sistema constitucional brasileiro somente as normas constitucionais positivadas podem ser utilizadas como paradigma para a análise da constitucionalidade de leis ou atos normativos estatais” (MORAES, 2018, p. 757).

16 FIGUEIREDO, 2016, pp. 89-90; MAZZUOLI, 2018a, p. 186; BORGES, 2018, p. 147.

17 FIGUEIREDO, 2018, p. 175.

18 PIOVESAN, 2006, p. 33.

venha a entender que os instrumentos internacionais apresentam apenas hierarquia supralegal (conforme entendimento firmando no STF) poderá, então, vetar o referido projeto de lei por ser “contrário ao interesse público”, já que, nesse caso, como destaca Mazzuoli,

o não cumprimento de um tratado de direitos humanos (mais benéfico) de que o Brasil é parte seguramente contraria o interesse da generalidade dos cidadãos (no que o veto presidencial por inconveniência, também por esse motivo, seria plenamente legítimo)¹⁹.

3.2. Controle interno jurisdicional

Trata-se de um mecanismo posto à disposição das autoridades judiciárias brasileiras e que possibilita, no julgamento de casos concretos, o exame de conformidade material entre as normas internas vigentes no país e as convenções internacionais de direitos humanos das quais o Brasil é signatário²⁰.

Esta ferramenta, que em muito se assemelha ao controle de constitucionalidade (diferenciando-se apenas pelo paradigma), pode ser aplicada por meio de um controle concentrado, assim como pela via difusa²¹.

Ao se estabelecer as convenções internacionais de direitos humanos, como parâmetro do controle interno de convencionalidade, surge, inicialmente, uma discussão doutrinária²² envolvendo os textos convencionais incorporados pelo rito do artigo. 5º, §3º, da CF. Na visão de alguns autores (constitucionalistas)²³, todos os tratados internacionais de direitos humanos aprovados pelo rito qualificado, na medida em que passam a integrar o bloco de constitucionalidade, servirão de paradigma para um controle de

19 MAZZUOLI, 2018a. p. 187.

20 Vale para este ponto a mesma observação feita por *Ingo Wolfgang Sarlet*: “estaremos aqui enfrentando apenas o assim chamado controle interno de convencionalidade, ou seja, aquele realizado pelos órgãos jurisdicionais nacionais em relação ao direito nacional (interno) e não o controle designado de externo, realizado pelos Tribunais Internacionais quanto ao cumprimento, pelos Estados que ratificaram os tratados e se submeteram à sua jurisdição, dos parâmetros postos pelo direito internacional dos direitos humanos” (SARLET, 2019, p. 132).

21 ALVES, 2013, p. 327

22 Vide ABOUD; SCAVUZZI; FERNANDES, 2017, pp. 569-584.

23 SILVA, 2018, p. 185; MORAES, 2018, p. 137; MENDES; BRANCO, 2017, p. 1274; TIBURCIO; BARROSO, 2013, p. 219.

constitucionalidade (e não de convencionalidade). Embora, para alguns²⁴, a discussão seja meramente semântica (sem nenhum impacto prático no resultado final do exame de validade da norma interna inferior), entendemos que a designação do instrumento como controle de convencionalidade revela-se mais apropriada, sobretudo quando levamos em consideração a norma referencial: uma convenção (tratado) internacional introduzida no ordenamento jurídico nacional com *status* hierárquico *equivalente*²⁵ ao de uma emenda constitucional²⁶.

Sendo assim, o controle concentrado de convencionalidade refere-se ao exame de conformidade vertical realizado exclusivamente perante o Supremo Tribunal Federal (pelos mesmos legitimados do artigo. 103, da CF, por meio das ações de controle: ADI, ADC, ADPF etc.²⁷), e tendo como base apenas os tratados internacionais de direitos humanos formalmente incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro pela via do artigo 5º, §3º, da CF²⁸ (como a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, de 2007²⁹, e o Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com outras dificuldades, de 2013³⁰)³¹, visto que passam a ser instrumentos *equivalentes* às Emendas Constitucionais. Todas as demais convenções

24 “Em nosso entender, a questão, na sua maior parte, é meramente um ‘enfeite terminológico’. Tratados aprovados nos termos do § 3º serão, pura e simplesmente, texto constitucional, e, portanto, parâmetro de controle de constitucionalidade das leis. Querer nomear controle de convencionalidade (concentrado ou difuso) aquele controle cujo parâmetro seja um texto constitucional que um dia foi tratado internacional é uma opção meramente linguística, sem efeitos práticos relevantes”. ABOUD; SCAVUZZI; FERNANDES, 2017, pp. 569-584.

25 Tecnicamente não estamos diante de uma Emenda à Constituição, vez que a norma não foi elaborada, discutida e aprovada pelo Congresso Nacional (Poder Constituinte Derivado), mas sim de uma norma internacional, incorporada ao ordenamento jurídico pátrio como equivalente àquelas insertas no texto constitucional brasileiro, i e, com o mesmo status hierárquico.

26 Linha de pensamento semelhante pode ser encontrada em: MAZZUOLI, 2018b, p. 329; ALVES, 2013, p. 328.

27 ALVES, 2013, p. 328; PORTELA, 2018, p. 139.

28 MARINONI, 2013, p. 66; MAZZUOLI, 2018b, p. 331.

29 Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre Os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007.

30 Decreto nº 9.522, de 8 de outubro de 2018. Promulga o Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com Outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso, firmado em Marraqueche, em 27 de junho de 2013.

31 MARINONI, 2013, p. 66.

internacionais de direitos humanos³² (insertas no sistema normativo brasileiro, de acordo com o C. STF, como normas de caráter supralegal) servirão de paradigma para o controle difuso de convencionalidade³³, realizado no curso do processo por qualquer autoridade judiciária³⁴ (de ofício³⁵ ou a requerimento da parte ou do Ministério Público) com o objetivo de afastar a incidência concreta de eventual norma inconvenção³⁶.

3.3. Precedentes nacionais relevantes

O controle jurisdicional interno de convencionalidade vem, paulatinamente, ganhando cada vez mais espaço nas mais diversas áreas do direito brasileiro.

32 “Atualmente já se encontram ratificados pelo Brasil (estando em pleno vigor entre nós) praticamente todos os tratados internacionais significativos sobre direitos humanos pertencentes ao sistema global de proteção dos direitos humanos (também chamado de sistema das Nações Unidas). São exemplos desses instrumentos (já incorporados ao direito brasileiro) a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948), a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951), o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados (1967), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), o Protocolo Facultativo Relativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1979), o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1999), a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984), a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (1998), o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança Referente à Venda de Crianças, à Prostituição Infantil e à Pornografia Infantil (2000), o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança Relativo ao Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados (2000) e, ainda, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, conhecida como Convenção de Mérida (2003). Isso tudo sem falar nos tratados sobre direitos sociais (v.g., as convenções da OIT) e em matéria ambiental, também incorporados ao direito brasileiro e em vigor no Estado. No que tange ao sistema interamericano de direitos humanos a situação (felizmente) não é diferente. O Brasil também já é parte de praticamente todos os tratados existentes nesse contexto, a exemplo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1988), do Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte (1990), da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985), da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994), da Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (1994) e da Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (1999)” (MAZZUOLI, 2018a, p. 76-77).

33 MARINONI, 2013, p. 66; MAZZUOLI, 2018b, p. 331.

34 FIGUEIREDO, 2018, p. 171.

35 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010.

36 Os tratados aprovados de acordo com o Art. 5º, § 3º da CF também constituem base para o controle difuso. Nesse sentido: MARINONI, 2013, p. 66.

No ano de 2014, a 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho (TST) invalidou o artigo. 193, §2º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)³⁷, por entender que as disposições contidas no artigo 7º, XXII, da Constituição Federal e nas Convenções 148 e 155 da OIT eram mais benéficas aos trabalhadores. Em 28 de abril de 2016, no entanto, a Subseção I (especializada em Dissídios Individuais) reformou aquela decisão sob o argumento de que não havia nenhum conflito entre a legislação brasileira e as normas internacionais de proteção ao trabalho³⁸. Inobstante o resultado firmado na Corte, pôde-se perceber que a discussão em torno do exame de validade da norma não se limitava mais ao texto constitucional brasileiro.

Ainda na seara trabalhista, o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, em 2018, julgou inconvenção dois dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) inseridos pela lei 13.467/2017 (reforma trabalhista): artigo. 611-A³⁹ (dispõe sobre a prevalência da convenção coletiva e do acordo coletivo de trabalho); e artigo. 844, parágrafo 2º⁴⁰

37 RECURSO DE REVISTA. CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E SUPRALEGAIS SOBRE A CLT. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO STF QUANTO AO EFEITO PARALISANTE DAS NORMAS INTERNAS EM DESCOMPASSO COM OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INCOMPATIBILIDADE MATERIAL. CONVENÇÕES NOS 148 E 155 DA OIT. NORMAS DE DIREITO SOCIAL. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. NOVA FORMA DE VERIFICAÇÃO DE COMPATIBILIDADE DAS NORMAS INTEGRANTES DO ORDENAMENTO JURÍDICO (TST. RECURSO DE REVISTA Nº 0001072-72.2011.5.02.0384, ACÓRDÃO 1572/2014, 7ª TURMA, RELATOR MINISTRO CLÁUDIO MASCARENHAS BRANDÃO; DEJT DE 03.10.2014) (grifo nosso).

38 TST. E-ARR – 1081-60.2012.5.03.0064; Órgão Julgador: Subseção I Especializada em Dissídios Individuais; Relator: Redator Ministro: João Oreste Dalazen; Data do Julgamento: 28/04/2016; Data da Publicação: 17/06/2016.

39 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. Art. 611-A DA CLT, ACRESCIDO PELA LEI 13.467/2017 (REFORMA TRABALHISTA). O novo Art. 611-A da CLT, acrescido pela Lei 13.467/2017 não passa pelo crivo do controle de convencionalidade. Com efeito, analisando as novas disposições trazidas no Art. 611-A da CLT à luz das Convenções Internacionais do Trabalho devidamente ratificadas pelo Brasil e incorporadas a nossa ordem jurídica interna, não há como se validar tais previsões. [...] (TRT da 3ª Região; PJe: 0011810-74.2016.5.03.0010 (RO); Disponibilização: 10/10/2018; Órgão Julgador: Primeira Turma; Redator: Convocada Angela C. Rogedo Ribeiro).) (grifo nosso).

40 ARTIGO 844, PARÁGRAFO 2º, DA CLT. REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI 13.467/2017. OBSTÁCULO IMPOSTO AO PRINCÍPIO DO AMPLO ACESSO À JUSTIÇA (ART. 5º, XXXV, DA CR/88). AFASTAMENTO DE SEUS EFEITOS. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE/ SUPRALEGALIDADE. [...] o referido dispositivo legal não pode ser aplicado no ordenamento jurídico pátrio, face à clarividente ofensa aos termos do Art. 5º, XXXV, da CR/88, que dispõe sobre a inafastabilidade da jurisdição. O STF conferiu caráter supralegal aos tratados e convenções sobre direitos humanos subscritos pelo Brasil, razão pela qual se aplicam o artigo XVIII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948, e o artigo 8º, 1, do Pacto de

(determinando o pagamento de custas pelo reclamante em caso de ausência na audiência inaugural⁴¹).

No campo do direito penal também encontramos alguns precedentes. Em 2016, a 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região anulou uma sentença judicial por entender que a inversão de ordem processual estabelecida pelo artigo. 222, § 1º e 2º do CPP, violava o disposto no artigo. 8º, 2, “c” do Pacto de São José da Costa Rica⁴².

Ainda em 2016, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em sede de controle de convencionalidade, reconheceu a incompatibilidade do crime de desacato com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁴³. Embora corroborado por alguns Tribunais de Justiça⁴⁴ (informativo 596 do

São José da Costa Rica, de 1969, devidamente subscritos pelo Brasil, que asseguram o direito ao amplo acesso à justiça. Trata-se de direito humano, fundamental, alçado pelo STF ao status de supralegalidade, prevalecendo, assim, sobre as leis ordinárias, como o é a Lei 13.467/2017. Inaplicável, portanto, a norma inserta no Art. 844, parágrafo 2º, da CLT, de hierarquia inferior, sendo devido à autora, beneficiária da justiça gratuita, a isenção do pagamento das custas processuais fixadas na origem. (TRT da 3.ª Região; PJe: 0010408-30.2018.5.03.0028 (RO); Disponibilização: 28/09/2018; Órgão Julgador: Sétima Turma; Relator: Convocada Sabrina de Faria F. Leão) (grifo nosso).

41 Art. 844 – O não-comparecimento do reclamante à audiência importa o arquivamento da reclamação, e o não-comparecimento do reclamado importa revelia, além de confissão quanto à matéria de fato. [...] § 2º Na hipótese de ausência do reclamante, este será condenado ao pagamento das custas calculadas na forma do Art. 789 desta Consolidação, ainda que beneficiário da justiça gratuita, salvo se comprovar, no prazo de quinze dias, que a ausência ocorreu por motivo legalmente justificável. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

42 PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. INVERSÃO DE ORDEM PROCESSUAL. Art. 222, § 1º E 2º DO CPP. VIOLAÇÃO AO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. Art. 8º, 2, C. NORMA SUPRALEGAL. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. NULIDADE DECRETADA. ANULAÇÃO DA SENTENÇA. APELAÇÃO CRIMINAL DA RÉ PROVIDA. (TRF2 2006.51.01.517682-4; ÓRGÃO JULGADOR: 2ª TURMA ESPECIALIZADA; DATA DE DECISÃO 04/10/2016; DATA DE DISPONIBILIZAÇÃO 03/11/2016; RELATOR: SIMONE SCHREIBER) (grifo nosso).

43 DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO, DESACATO E RESISTÊNCIA. APELAÇÃO CRIMINAL. EFEITO DEVOLUTIVO AMPLO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. ROUBO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE ROUBO PARA O DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. TEMA NÃO PREQUESTIONADO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. DESACATO. INCOMPATIBILIDADE DO TIPO PENAL COM A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE (PROCESSO: RESP 1640084 / SP; RECURSO ESPECIAL 2016/0032106-0; RELATOR(A): MINISTRO RIBEIRO DANTAS (1181); ÓRGÃO JULGADOR: T5 – QUINTA TURMA; DATA DO JULGAMENTO: 15/12/2016; DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE: DJE 01/02/2017; JC VOL. 133 p. 93) (grifo nosso).

44 APELAÇÃO. CRIME DE DESACATO. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. INCOMPATIBILIDADE. 1. Os tratados internacionais de

STJ, publicado em 1º de março de 2017), e aplicado inclusive (conforme relato⁴⁵) por alguns delegados de polícia na lavratura de Boletins de Ocorrência. Esse entendimento, lamentavelmente⁴⁶, foi reformado, em maio de 2017, pela 3ª Seção do STJ⁴⁷ (informativo 607 do STJ, publicado em 16 de agosto de 2017) e reafirmado, em junho de 2020, pelo Plenário do STF⁴⁸. Independentemente do resultado do julgamento, mais uma vez restou claro que os textos convencionais (em razão do *status* hierárquico diferenciado) estão sendo empregados como paradigmas nas demandas judiciais.

Em novembro de 2019, a Segunda Turma do STF, em sede de controle de convencionalidade, concedeu ordem em *habeas corpus* (com base no artigo 14.7, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos; e no artigo 8.4, da Convenção Americana de Direitos Humanos) para determinar o trancamento de ação penal a fim de evitar a dupla persecução penal em âmbito internacional⁴⁹ (Informativo 959 do STF).

direitos humanos ratificados pelo Brasil têm força supralegal, de modo que os dispositivos legais antagônicos às normas deles emanadas são destituídos de validade. 2. Conforme recente controle de convencionalidade exercido pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, o artigo 331 do Código Penal, que prevê a figura típica do desacato, é incompatível com o artigo 13 do Pacto de São José da Costa Rica, que estipula mecanismos de proteção à liberdade de pensamento e de expressão, sem olvidar a possibilidade de responsabilização civil, ou a configuração de outra conduta típica punível em âmbito criminal. (TJ-TO; AP 0010607-89.2016.827.0000, Rel. Des. Moura Filho, Rel. p/ acórdão Des. Marco Villas Boas, 1ª Turma da 1ª Câmara Criminal, julgado em 28/03/2017); APELAÇÃO – RESISTÊNCIA – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – CONJUNTO PROBATÓRIO FORTE E HARMONIOSO – DESACATO – ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE DA CONDUTA - VIABILIDADE – OFENSA AO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA – OCORRÊNCIA – CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELO PODER JUDICIÁRIO – CRIMINALIZAÇÃO RETRÓGRADA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO, EM CONSONÂNCIA COM O PARECER MINISTERIAL. [...] Segundo os preceitos contidos na Convenção Americana de Direitos Humanos (Art. 13, II, a) e a recente decisão da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (REsp. n. 1.640.084/SP), mostra-se atípica a conduta de desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela. A ausência de lei veiculadora de *abolitio criminis* não inibe a atuação do Poder Judiciário na verificação da inconformidade do Art. 331 do CP, podendo realizar o denominado controle de convencionalidade. (TJMT; Ap 64820/2017; PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL; Relator: DES.ORLANDO DE ALMEIDA PERRI; Julgado em 15/08/2017; Publicado no DJE 18/08/2017). (grifo nosso).

45 CORREIA, 2018.

46 GUERRA, 2017, pp. 72-92.

47 STJ. HC 379269 / MS; HABEAS CORPUS; 2016/0303542-3; Relator(a): Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA (1170); Relator(a) p/ Acórdão: Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO (1182); Órgão Julgador: S3 - TERCEIRA SEÇÃO; Data do Julgamento: 24/05/2017; Data da Publicação/Fonte: DJE 30/06/2017; RT vol. 988 p. 562.

48 STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 496; Plenário, Sessão Virtual de 12.6.2020 a 19.6.2020; Relator: Min. Roberto Barroso.

49 “A Turma, por votação unânime, concedeu a ordem de habeas corpus para trancar o Pro-

4. Limites e desafios

Não obstante os avanços associados (e aqui mencionados) à implementação do instituto no Brasil, há, certamente, alguns obstáculos para a sua aplicação. Com efeito, o mecanismo não alcança: os tratados internacionais de direitos humanos não ratificados pela República Federativa do Brasil (por ausência de paradigma); os tratados ratificados, mas não incorporados ao sistema normativo brasileiro (em razão da exigência de expedição do decreto de promulgação pelo C. Supremo Tribunal Federal⁵⁰); e as fontes extraconvencionais⁵¹ (como o costume internacional).

Essa barreira, quase intransponível, gera reflexos importantes, como veremos a seguir.

4.1. Tratados Internacionais de Direitos Humanos não ratificados pela República Federativa do Brasil e violação de preceito consuetudinário

Talvez o caso mais emblemático seja o exame de validade da Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979 (Lei de Anistia), que se desenvolveu no julgamento da ADPF nº 153/DF, ajuizada em outubro de 2008 pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, com o auxílio posterior, na condição de *amicus curiae*, da Associação Brasileira dos Anistiados Políticos, da Associação dos Juízes pela Democracia e da Associação Democrática e Nacionalista de Militares⁵².

Após muita discussão, o Plenário do STF, em 29 abril de 2010, por maioria de votos, invocando, entre outras coisas, a prescrição de todas as ações cíveis e criminais⁵³, julgou improcedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/DF (e, por consequência, reconheceu a validade da norma).

cesso Penal 0003112-82.2013.403.6181 em relação ao paciente, porque reconhecida a ocorrência de dupla persecução penal, nos termos do voto do Relator”. (HC 171118/SP, 2ª Turma, 12.11.2019; Rel. Min. Gilmar Mendes; Julgamento em 12.11.2019).

50 MARQUES; OLIVEIRA, 2018, pp. 275-293; ADI 1480 DF; DJ 08/08/2001 PP-00003; Julgamento: 26 de junho de 2001; Relator: Min. Celso de Mello.

51 “As fontes extraconvencionais do Direito Internacional consistem no costume internacional, princípios gerais de direito comuns aos Estados e do Direito Internacional, resoluções vinculantes de organizações internacionais e atos unilaterais” (RAMOS, 2018a, p. 96).

52 SILVEIRA; MEYER, 2012, pp. 451-462.

53 GUERRA, 2018, p. 300.

Em seu voto, o Ministro Celso de Mello enfatizou, entre outras coisas, que a alegação de imprescritibilidade (invocada pelo Conselho Federal da OAB como um dos fundamentos da demanda) não apresentava consistência jurídica, tendo em vista que a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, de 1968, “jamais foi subscrita pelo Brasil”⁵⁴.

Ocorre que já tramitava perante organismos internacionais a discussão sobre a responsabilidade do Estado brasileiro por pessoas desaparecidas no contexto da Guerrilha do Araguaia, fato que desencadeou (em março de 2009) a abertura do *Caso Júlia Gomes Lund e Outros Vs. Brasil*⁵⁵ perante a Corte IDH (à cuja jurisdição o Estado brasileiro está sujeito⁵⁶). Por incrível que pareça, mesmo tendo conhecimento do processo internacional, a Corte brasileira não determinou o sobrestamento do feito⁵⁷. Aliás, como destaca a doutrina,

o pior é que o Brasil conhecia as teses e decisões da Corte Interamericana nos embates acerca da lei de anistia para países como o Chile, a Argentina e o Uruguai, e, mesmo assim, não as acatou. Ou seja, poderia o Brasil ter utilizado o diálogo das cortes⁵⁸.

54 “a pretensão punitiva do Estado, caso acolhida a postulação deduzida pela parte ora arguente, achar-se-ia atingida pela prescrição penal, calculada esta pelo prazo mais longo (20 anos) previsto em nosso ordenamento positivo. *Nem se sustente, como o faz o Conselho Federal da OAB, que a imprescritibilidade penal, na espécie ora em exame, teria por fundamento a “Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade”.* Mostra-se evidente a inconsistência jurídica de semelhante afirmação, pois, como se sabe, essa Convenção das Nações Unidas, adotada em 26/11/1968, muito embora aberta à adesão dos Estados componentes da sociedade internacional, jamais foi subscrita pelo Brasil, que a ela também não aderiu, em momento algum, até a presente data, o que a torna verdadeira “*res inter alios acta*” em face do Estado brasileiro. Isso significa que a cláusula de imprescritibilidade penal que resulta dessa Convenção das Nações Unidas não se aplica, não obriga nem vincula, juridicamente, o Brasil quer em sua esfera doméstica, quer no plano internacional. Cabe observar, de outro lado, que o Conselho Federal da OAB busca fazer incidir, no plano doméstico, uma convenção internacional de que o Brasil sequer é parte, invocando-a como fonte de direito penal, o que se mostra incompatível com o modelo consagrado na Constituição democraticamente promulgada em 1988. Ninguém pode ignorar que, em matéria penal, prevalece, sempre, o postulado da reserva constitucional de lei em sentido formal” (trecho do voto do Ministro Celso de Mello na ADPF 153/DF). (grifo nosso).

55 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010.

56 “O Brasil reconheceu a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos mediante Decreto-Presidential nº 678/1992. O Congresso Nacional aprovou-o por meio do Decreto-Legislativo 89/98 e o Brasil enviou nota de reconhecimento da jurisdição a Secretário-Geral da OEA em 10/12/1998, sendo que, internamente, o citado reconhecimento ocorreu pelo Decreto 4.463 de 08/11/2002” (VEDOVATO; MARTINI; OLIVEIRA, 2020, p. 306).

57 VEDOVATO; MARTINI; OLIVEIRA, 2020, p. 311.

58 VEDOVATO; MARTINI; OLIVEIRA, 2020, p. 312.

Como resultado, poucos meses depois (em 24 de novembro de 2010), o Tribunal Internacional, seguindo sua jurisprudência (consolidada) sobre o tema, afastou a validade da mesma norma⁵⁹. No julgamento internacional, a Corte IDH, para além de reafirmar sua competência para a realização do controle (internacional) de convencionalidade nas exceções preliminares⁶⁰, reiterou, no mérito, a inadmissibilidade da lei de anistia brasileira⁶¹, declarando (por unanimidade) a carência de efeitos jurídicos da norma brasileira⁶².

Note-se que a ausência de subscrição à Convenção da ONU de 1968, como salientada pelo então Min. Celso de Mello, apresentou-se como um poderoso obstáculo ao reconhecimento da imprescritibilidade dos crimes de lesa-humanidade, não obstante sua origem consuetudinária – tese aliás muito bem delineada no parecer da Procuradoria-Geral da República na ADPF n.º 320/DF, de 2014⁶³.

De qualquer modo, seja em relação aos tratados não subscritos, seja em relação às hipóteses de violação de preceito consuetudinário, ainda que de que caráter cogente, não seria possível a utilização do controle de convencionalidade por (clara) ausência de paradigma.

59 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010.

60 “49. [...] No presente caso, não se solicita à Corte Interamericana a realização de um exame da Lei de Anistia com relação à Constituição Nacional do Estado, questão de direito interno que não lhe compete e que foi matéria do pronunciamento judicial na Arguição de Descumprimento n.º 153 (par. 136 infra), mas que este Tribunal realize um *controle de convencionalidade*, ou seja, a análise da alegada incompatibilidade daquela lei com as obrigações internacionais do Brasil contidas na Convenção Americana. Consequentemente, as alegações referentes a essa exceção são questões relacionadas diretamente com o mérito da controvérsia, que podem ser examinadas por este Tribunal à luz da Convenção Americana, sem contrariar a regra da quarta instância. O Tribunal, portanto, desestima esta exceção preliminar” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010). (grifo nosso).

61 “§ 171 [...] são inadmissíveis as disposições de anistia, as disposições de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade, que pretendam impedir a investigação e punição dos responsáveis por graves violações dos direitos humanos, como a tortura, as execuções sumárias, extrajudiciais ou arbitrárias, e os desaparecimentos forçados, todas elas proibidas, por violar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010).

62 “325. 3. As disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010).

63 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2014.

Não obstante a limitação, a jurisprudência consolidada da Corte IDH foi solenemente ignorada, o que constitui um grave equívoco. Com efeito, o direito internacional ainda é muito mal estudado nas universidades brasileiras, levando, muitas vezes, infelizmente, alunos de graduação à falsa percepção de que a soberania nacional ainda é um manto quase intransponível e de que precisam conhecer apenas as normas internas e, quando muito, as decisões das Cortes nacionais. Ledo engano: conhecer (e aplicar) as normas internacionais das quais a República Federativa do Brasil é signatária, assim como a interpretação dada a esses instrumentos pelas Cortes Internacionais, às quais o Estado brasileiro voluntariamente se submeteu, é uma obrigação de qualquer profissional que se proponha a trabalhar no campo da ciência jurídica no Brasil.

Talvez, por isso, parcela da doutrina advogue a possibilidade de se realizar o controle de convencionalidade com base na jurisprudência da Corte IDH⁶⁴, tese com a qual não concordamos, em razão da ausência de vinculação formal à Convenção Internacional. Para outros, no entanto, a solução envolveria a compatibilização da jurisprudência do STF com a da Corte IDH por meio do chamado “Diálogo das Cortes”⁶⁵. Independentemente da linha de pensamento a ser adotada, o fato é que ignorar a jurisprudência internacional, como vem ocorrendo (à margem, inclusive, do entendimento da Corte IDH⁶⁶), não contribui em nada para o desenvolvimento de um Estado de direito. Afinal, qual seria

a razão para a adesão a uma Convenção e a jurisdição de uma Corte se não serão observadas? Os Estados que assumem este compromisso devem se ater às disposições e decisões, observando-as e tendo-as como nortes, pois somente assim será possível se ter uma verdadeira proteção dos Direitos Humanos e, conseqüentemente, dos Fundamentais. Assim, é necessário compatibilizar a jurisprudência do STF com a dos Tribunais Internacionais que o Brasil se comprometeu, como a CIDH⁶⁷.

64 “O controle de convencionalidade consiste no exame de compatibilidade dos atos e normas nacionais com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, seus protocolos adicionais e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão supranacional do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, que interpreta o Pacto de San José da Costa Rica” (FIGUEIREDO, 2018, p. 171).

65 VEDOVATO; MARTINI; OLIVEIRA, 2020, pp. 304-317; OLIVEIRA; CAMARGO; ALVES, 2018, pp. 3430-3448.

66 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2011.

67 VEDOVATO; MARTINI; OLIVEIRA, 2020, p. 315.

Caso não concorde, o Estado brasileiro é livre para se desvincular dos instrumentos internacionais, apesar de caracterizar um claro retrocesso.

4.2. Controle de convencionalidade sobre normas insertas no texto constitucional

A doutrina chama atenção para o fato de que “os juízes e os tribunais internos não ousam submeter uma norma do Poder Constituinte Originário à análise da compatibilidade com um determinado tratado de direitos humanos”, estabelecendo, com isso, um “limite de objeto do controle de convencionalidade nacional, o que o restringe”⁶⁸.

Embora esse entendimento seja coerente com a posição clássica do STF materializada na ADI nº 815/96 (por meio da qual se firmou o entendimento de que a Corte Constitucional não tem jurisdição para fiscalizar a validade das normas aprovadas pelo poder constituinte originário), não me parece que tenha sido esse o efeito prático produzido pela decisão no julgamento do RE nº 466.343/SP, ocorrido em 2008, envolvendo a prisão do depositário infiel. Como destaca Ingo Wolfgang Sarlet, “em que pese o artifício argumentativo de que a CF não teria sido revogada, o que houve foi sim uma derrogação informal do permissivo constitucional expresso”⁶⁹.

Sendo assim, ainda que a tese vencedora advogue a ideia de que o controle de convencionalidade (no caso da prisão civil do depositário infiel) tenha recaído apenas sobre os dispositivos da legislação infraconstitucional (artigo 4º do Decreto-Lei n. 911/1969 e artigo 652 do Código Civil⁷⁰), em verdade houve clara mitigação do artigo 5º, LXVII, da CF, por ofensa aos

68 RAMOS, 2013, p. 282; RAMOS, 2018, p. 524.

69 SARLET, 2015, p.1.

70 Em conclusão, entendo que, desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (Art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (Art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. Assim ocorreu com o Art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao Art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002) (trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes no RE 466.343-1/08).

preceitos de *jus cogens*⁷¹ insertos nos artigos 7, 7 do Pacto de São José da Costa Rica e artigo 11 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966), que vedam expressamente a prisão civil por dívidas. Com efeito, como ressalta Jorge Miranda, “vale para a Constituição brasileira o que se diz acerca da Constituição portuguesa em face dos princípios do *jus cogens* – estes prevalecem sobre quaisquer normas constitucionais”⁷².

Nesse diapasão, dois precedentes da Corte IDH merecem destaque: na Opinião Consultiva nº OC-4/84, de 11 de janeiro de 1984, restou estabelecido que

sempre que uma Convenção Internacional se referir a ‘leis internas’ sem qualificar de alguma forma essa expressão ou sem que de seu contexto resulte um sentido mais restrito, a referência é para toda legislação nacional e para todas as normas jurídicas de qualquer natureza, incluindo as disposições constitucionais⁷³.

Quase duas décadas depois, no caso a “Última Tentação de Cristo”⁷⁴, julgado em fevereiro de 2001, a Corte Internacional, ao debater a questão do controle de convencionalidade das normas constitucionais⁷⁵, afastou a aplicação do artigo 19, nº 12, da Constituição do Chile (que previa a possibilidade de censura prévia) por ofensa ao disposto no artigo 13 da CADH, que assegura o direito à liberdade de pensamento e de expressão⁷⁶.

71 “Discute-se, todavia, no âmbito doutrinário, se todas as normas de direitos humanos deveriam ser consideradas imperativas de DI (*jus cogens*) ou se apenas algumas regras (consuetudinárias ou não) estariam inseridas nessa concepção. Nesse ponto (apesar do dissenso doutrinário), nos filiamos àqueles que entendem que apenas certos direitos, que contenham valores essenciais à pessoa humana (como, v.g., à vida; à liberdade de locomoção, pensamento, consciência e religião; à igualdade; à integridade física; à vedação à tortura; à prisão civil; à escravidão; à servidão; ao genocídio e à discriminação – não só de raça, como é o caso do apartheid, mas também de gênero, religião, nacionalidade, opção sexual, o acesso à justiça etc.), já integram a categoria de *jus cogens* internacional” (MARQUES, 2018, pp. 70-71).

72 MIRANDA, 2009, p.140.

73 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 1984, § 14, tradução nossa.

74 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2001.

75 MARINONI, 2013, p. 70.

76 “72. Esta Corte entiende que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado. En el presente caso ésta se generó en virtud de que el artículo 19 número 12 de la Constitu-

Essa perspectiva que enfatiza não só a preexistência, mas, sobretudo, a prevalência de certos preceitos de direitos humanos sobre a legislação interna⁷⁷ e que possibilita a declaração de inconvenção (pela autoridade judiciária nacional) de qualquer *dispositivo inserto no texto constitucional*, ainda que pela ação do Poder Constituinte Originário, além de prestigiar a aplicação do comando constitucional materializado no artigo 4º, II, da CF (que estabelece o princípio da *prevalência* dos direitos humanos como valor fundamental a ser observado pela República Federativa do Brasil nas suas relações internacionais), vai ao encontro do disposto no artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, a qual o Brasil se comprometeu a observar sem reservas, que impede um Estado de “invocar as disposições de seu direito interno⁷⁸ para justificar o inadimplemento de um tratado”.

4.3. (Des)necessidade de expedição do decreto executivo para os tratados de direitos humanos

O processo de celebração de um tratado solene é composto, em geral, por três fases distintas e obrigatórias⁷⁹: *Negociação, adoção e assinatura*, etapa na qual os sujeitos pactuantes discutem, elaboram, aprovam e autenticam o instrumento internacional; *Legislativa*, observada em homenagem ao sistema de freios e contrapesos; e *Ratificação ou adesão*, por meio da qual o Estado exprime, internacionalmente, o seu consentimento definitivo em obrigar-se às disposições contidas em um texto convencional.

ción establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial. [...] 88. En el presente caso, al mantener la censura cinematográfica en el ordenamiento jurídico chileno (artículo 19 número 12 de la Constitución Política y Decreto Ley número 679) el Estado está incumpliendo con el deber de adecuar su derecho interno a la Convención de modo a hacer efectivos los derechos consagrados en la misma, como lo establecen los artículos 2 y 1.1 de la Convención. [...] 103. Por tanto, LA CORTE, por unanimidad, [...] 4. decide que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo”, y debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto” (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2001).

77 MIRANDA, 1970, pp. 617-618; GUIMARÃES, 2009, p. 153; MIRANDA, 2009, p. 140.

78 Naturalmente a expressão “direito interno” compreende a Constituição Federal (BAZÁN, 2011).

79 MARQUES, 2016, P. 32

No Brasil, por força de uma prática adotada desde os tempos do Império⁸⁰, não amparada por qualquer das Constituições⁸¹, mas ainda assim corroborada pelo Supremo Tribunal Federal⁸², o início da vigência do instrumento internacional na ordem jurídica interna está sujeito, por força da teoria da incorporação⁸³, a uma fase de promulgação instrumentalizada por um Decreto Executivo.

Essa praxe, além de potencializar o risco de responsabilização internacional do Estado brasileiro – pela demora⁸⁴, desídia⁸⁵, ou até mesmo pela ausência do decreto de promulgação, vez que a sua expedição é discricionária⁸⁶ – inviabiliza a utilização do controle interno de convencionalidade por ausência de paradigma.

A mudança que aqui se propõe é por deveras simples, uma vez que, por estarmos diante de uma prática consuetudinária, não se exigiria nenhuma atuação concreta do Congresso Nacional, mas apenas uma nova reflexão do STF acerca da desnecessidade de promulgação do texto convencional para os tratados de direitos humanos.

Dentro dessa perspectiva, os instrumentos aprovados pelo rito ordinário teriam uma incorporação automática⁸⁷ por força do artigo 5º, §1º, da Constituição Federal, que assegura aplicação *imediate* dos direitos e garantias fundamentais, e, com mais razão, os textos aprovados com base no rito especial do artigo 5º, §3º, da Constituição Federal, estariam dispensados da promulgação pelo Presidente da República em razão da “similaridade de seu processo legislativo com a da Emenda Constitucional”⁸⁸.

80 RAMOS, 2012, p. 40; RODAS, 1991, p. 54; MAZZUOLI, 2011, p. 375; REZEK, 1984, pp. 385-386.

81 AMARAL JÚNIOR, 2015, p. 71; RODAS, 1991, p. 54; REZEK, 1984, pp. 385-386; RAMOS, 2012, p. 40; MAZZUOLI, 2011, p. 378.

82 ADI 1480 DF; DJ 08/08/2001 PP-00003; julgamento: 26 de Junho de 2001; relator: Min. CELSO DE MELLO.

83 MELLO, 1994. p. 98.

84 BAHIA, 2000, p. 67.

85 RAMOS, 2012, p. 41.

86 RAMOS, 2012, p. 41.

87 PIOVESAN, 2013, p. 157.

88 ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2016. p. 276.

5. Conclusão

O mundo cada vez mais globalizado em que vivemos impõe aos diversos profissionais que atuam no campo do direito (advogados, defensores públicos, juízes, delegados de polícia, membros do Ministério Público, parlamentares, consultores legislativos etc.), uma missão indiscutivelmente difícil: o conhecimento e aplicação das normas internacionais de proteção à pessoa humana insertas e vigentes no ordenamento jurídico brasileiro.

O controle interno de convencionalidade (apesar de ainda enfrentar certa resistência doutrinária⁸⁹) surge nesse contexto como uma ferramenta apta não só a transformar a forma de estudarmos o direito no Brasil, mas, sobretudo, de assegurar efetividade a esses compromissos internacionais assumidos voluntariamente pelo Estado brasileiro e incorporados ao nosso sistema normativo.

Não obstante os avanços aqui analisados (como a possibilidade de exame de validade das normas internas, nas três esferas de Poder, por meio de um novo parâmetro normativo), o instrumento não resolve satisfatoriamente todos os problemas. Com efeito, alguns obstáculos não podem ser superados, por clara ausência de paradigma. Refiro-me, em especial, aos tratados não subscritos pela República Federativa do Brasil, e às fontes extraconvencionais (como o costume internacional) – perspectiva, aliás, que possibilitou o reconhecimento de validade da lei de anistia brasileira pelo STF.

Outras barreiras, no entanto, podem e devem ser afastadas para que possamos avançar no processo de humanização do direito nacional. Em alguns casos, como na hipótese envolvendo a necessidade de expedição do controverso decreto de incorporação para os tratados internacionais de direitos humanos, não se exige nenhuma atuação concreta do Congresso Nacional, mas apenas uma nova reflexão do STF (visto que se trata de uma prática consuetudinária, sem amparo constitucional, e que para além de poder gerar graves riscos ao Estado brasileiro impede a aplicação do

89 “não existe, no Brasil, controle jurisdicional de convencionalidade realizado pelos órgãos jurisdicionais internos, pelo simples fato de que esses lidam com os tratados quando já incorporados pelo ordenamento doméstico e transformados, seja em texto constitucional, seja em texto supralegal. O único sentido plausível para falarmos de controle de convencionalidade é a confrontação da legislação nacional face a tratados não incorporados no rito do § 3º do Art. 5º da CF/1988 (LGL\1988\3). Nesse contexto, a nomenclatura “controle de convencionalidade” seria, tão somente, sucedâneo terminológico do controle de supralegalidade” (ABBOUD; SCALVUZZI; FERNANDES, 2017, pp. 569-584).

controle de convencionalidade no âmbito interno). Ademais, há amparo constitucional para aplicação direta desses instrumentos, tanto em relação àqueles tratados aprovados pelo rito ordinário, por força do Art. 5º, §1º da CF (que assegura aplicação *imediata* dos direitos e garantias fundamentais), assim como para os textos aprovados com base no rito especial do Art. 5º, §3º da CF, em razão da similaridade de seu processo legislativo com o rito das Emendas Constitucionais. Em outros casos, entretanto, o avanço depende, no mínimo, de uma releitura das características clássicas do Poder Constituinte Originário – mormente em relação à ideia de que se trata de um Poder ilimitado e incondicionado –, visto que a soberania há muito deixou de ser interpretada como um poder absoluto e ilimitado⁹⁰. Sob essa perspectiva, a existência de valores éticos mínimos a serem observados pelos Estados no campo dos direitos humanos (contidos em normas internacionais, convencionais e extraconvencionais) reflete-se diretamente na atuação do legislador nacional, mitigando com isso sua atuação, ainda que no exercício do poder constituinte originário⁹¹. Aceitar essa nova perspectiva não muda em nada a tese do STF que impede o controle de constitucionalidade das normas emanadas do Poder Constituinte Originário. Todavia, representa um avanço na medida em que possibilita o reconhecimento da existência de *normas constitucionais inconvencionais*, ainda que provenientes do Poder Constituinte Originário, como, de fato, ocorreu no caso do reconhecimento da invalidade da prisão civil por dívidas no Brasil.

Diante desse cenário de limitações e desafios ao processo de afirmação dos direitos humanos no Brasil, cumpre, em especial, à doutrina, dentro do seu papel de contribuir com o desenvolvimento do direito internacional, dar continuidade às investigações até que se desenvolva outro mecanismo complementar que possa superar as barreiras aqui apresentadas.

90 TIBURCIO; BARROSO, 2013, p. 201; MELLO, p. 314; TRINDADE, 2006, p. 13; PIOVESAN, 2013, p. 191.

91 “Há que considerar a possibilidade de existirem normas de direito internacional de natureza convencional, consuetudinária e constantes de princípios jurídicos com um valor inquestionavelmente superior à Constituição e limitadores do próprio poder constituinte originário e derivado” (MACHADO, 2013, p. 179).

Referências

- ABBOUD, Georges; SCAVUZZI, Maira Bianca; FERNANDES, Ricardo Yamin. *Controle de convencionalidade e direitos fundamentais*. Revista de Processo, v. 268, p. 569-586, 2017.
- ALVES, Waldir. Controle de convencionalidade das normas internas em face dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.
- AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Curso de Direito Internacional Público*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Verbatim, 2016.
- BAHIA, Saulo José Casali. *Tratados internacionais no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- BAZÁN, Víctor. *O controle de convencionalidade e a necessidade de intensificar um adequado diálogo jurisprudencial*. DPU N° 41. SetOut/2011. Set Out/2011 (Tradução de Paulo Paiva). Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1284/Direito%20P%20Fablico%20n.412011_VICTOR%20BAZ%C1N.pdf?sequence=1>. Acesso em: 11 dez. 2019.
- BORGES, Bruno Barbosa. *O controle de convencionalidade no sistema interamericano: entre o conflito e o diálogo de jurisdições*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 153/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Eros Grau. Voto do Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, 29/04/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF153CM.pdf>>. Acesso em: 2 jan. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 466.343-1/08 São Paulo. Relator: Ministro Cezar Peluso. Voto-vogal do Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: 9 dez. 2019.
- CHAVES, Denisson Gonçalves; SOUSA, Mônica Teresa Costa. O controle de convencionalidade e a autoanálise do poder judiciário brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito UFPR, Paraná*, v. 61, n. 1, pp. 87-113, 2016.

- CONSEIL CONSTITUTIONNEL DE LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. *Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975* (Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse). Disponível em: <https://www.law.utoronto.ca/utfl_file/count/documents/reprohealth/france_1975_conseil-constit-7423.pdf>. Acesso em: 01 set. 2020.
- CORREIA, Tiago Fernando. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos e o controle de convencionalidade*. Em palestra proferida na OAB/SP em 19 de agosto de 2018. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/palestras-oab-sp/a-corte-interamericana-de-direitos-humanos-e-o-controle-de-convencionalidade>> (1:07). Acesso em: 19 dez. 2019.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva Oc-4/84 del 19 de enero de 1984, § 14*. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Solicitada por el Gobierno de Costa Rica. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2019.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Sentencia de 24 de febrero de 2011 (Fondo y Reparaciones), § 193. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf> Acesso em 17 jan. 2021.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Sentencia de 5 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2019
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*. Sentencia de 25 de noviembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas; Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia del caso Mack Chang Vs. Guatemala, del 25 de noviembre de 2003, § 27). Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2020.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Sentencia de 1 de febrero de 2006a (Fondo, Reparaciones y Costas, § 30). Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2020.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Vargas Areco Vs. Paraguay*. Sentencia de fondo, reparaciones y costa, n. 155, Serie C,

- 26 sep. 2006b, §§ 6; 12. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_155_esp.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2020.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006c. Serie C No. 154. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em: 01 set. 2020.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil* (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 2 jan. 2019
- DOMÍNGUEZ, Pablo González. *Implementación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los sistemas jurídicos nacionales: la doctrina del control de convencionalidad*. Centro de Estudios de Justicia de las Américas. Septiembre 2014. pp. 19-20. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r35638.pdf>>. Acesso em: 27 mar. 2020.
- FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2016.
- FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. *Controle de convencionalidade: novo paradigma para a magistratura brasileira*. 1. ed. São Paulo: Noeses, 2018.
- GALLICCHIO, Eduardo G. Esteva. El control de convencionalidad en Uruguay. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.
- GUERRA, Sidney. Avanços e Retrocessos sobre o controle de convencionalidade na ordem jurídica brasileira: uma análise do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Direito Constitucional Internacional e Comparado*, v. 2, pp. 72-92, 2017.
- GUERRA, Sidney. Gomes Lund x República Federativa do Brasil: O caso junto à Corte Interamericana de Derechos Humanos e o Controle de Convencionalidade. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan (Coord.). *Controle de Convencionalidade: temas aprofundados*. Salvador: JusPODIVM, 2018.
- GUIMARÃES, Antônio Marcio da Cunha. *Tratados Internacionais*. São Paulo: Aduaneiras, 2009.
- MACHADO, Jónatas E. M. *Direito Internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de setembro*. 4ª ed. Portugal: Coimbra Editora, 2013.

- MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro). In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.
- MARQUES, Miguel Ângelo. *Coesão Constitucional na denúncia de tratados internacionais*. São Paulo: Lex Editora, 2016
- MARQUES, Miguel Ângelo. *Teoria das garantias universais e imperativas de direito convencional: paradigma para humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018
- MARQUES, Miguel Ângelo; OLIVEIRA, Ana Carla V. R. de. Início da vigência dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil: críticas e novos paradigmas. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 108, 2018.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018a.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018b.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito dos Tratados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 10. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Parecer da Procuradoria-Geral da República (de 28 de agosto de 2014) na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 320/DF, de 2014*. Disponível em: < <https://tinyurl.com/yd6ktkvx> >. Acesso em 21 Jan 2020.
- MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Internacional Público: Uma Visão Sistêmica do Direito Internacional dos Nossos Dias*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição de 1967, com a emenda nº 1 de 1969*. Tomo IV. 2 ed. São Paulo: Ed Revista dos Tribunais, 1970. P. 617-618
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- OLIVEIRA, de Antonio Carlos Moni; CAMARGO, Beatriz Corrêa; ALVES, Cândice Lisbôa. *Diálogo de Cortes: a influência da Corte Interamericana*

- de Direitos Humanos em matéria de execução penal no Supremo Tribunal Federal. *Revista Quaestio Iuris*, v. 11, n. 04, pp. 3430-3448, 2018.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- PIOVESAN, Flávia. *Reforma do Judiciário e Direitos Humanos*. Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 2006. P. 27–39. Disponível em: < http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_dh_direito_constitucional.pdf >. Acesso em 09 Fev 2020.
- PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado: Incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018
- RAMOS, André de Carvalho. *Pluralidade das Ordens Jurídicas: a relação do direito brasileiro com o direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2012.
- RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direito Internacional Privado*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018a.
- RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018b.
- REZEK, José Francisco. *Direito dos Tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- RODAS, João Grandino. *Tratados Internacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 41 ed. São Paulo: Malheiros, 2018.
- SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; MEYER, Samantha Ribeiro. A Decisão do STF na ADPF 153 (Lei de Anistia). *Revista de Direito Brasileira*, v. 3, pp. 451-462, 2012.
- TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto. *Direito constitucional internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- VEDOVATO, Luís Renato; MARTINI, Maria Carolina Gervásio Angelini de; OLIVEIRA, Viviane de Arruda Pessoa. O diálogo das Cortes e da teoria do duplo controle como mecanismos de maior proteção dos direitos humanos e fundamentais no mundo globalizado. In: GUIMARÃES, Antônio Márcio da Cunha; GUIMARÃES, Arianna Stagni. (Org.). *Direito*

Internacional e Globalização Econômica. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores Ltda, 2020. v. 1, pp. 304-317.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Prisão civil do depositário infiel e o “controle de convencionalidade”*. São Paulo: Consultor Jurídico, p. 01, 24 abr. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-abr-24/direitos-fundamentais-prisao-civil-depositario-infiel-controle-convencionalidade>>. Acesso em: 10 Fev 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. O Supremo Tribunal Federal e o controle interno de convencionalidade na base dos tratados internacionais de direitos humanos aos trinta anos da Constituição Federal. In: MATTOS, Samuel da Silva; et. al. (Org.). *Direito constitucional – 30 anos da Constituição de 1988. Em defesa do Estado republicano e democrático de direito*. 1ed. Florianópolis: Insular, 2019, v. 1, p. 179-208. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/08-30%20anos.pdf?d=637003515680429319>>. Acesso em: 10 Fev 2021.

Recebido em 01 de setembro de 2020.

Aprovado em 16 de janeiro de 2021.

RESUMO: O *controle interno de convencionalidade* vem se afirmando como uma ferramenta imprescindível para assegurar a prevalência das disposições contidas em convenções internacionais de direitos humanos, inseridas e vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, sobre a legislação interna. Embora represente um avanço importante no processo de humanização do direito nacional, existem, certamente, alguns aspectos que precisam ser discutidos. O presente artigo tem como objetivo realizar um estudo sobre os avanços, limites e desafios à aplicação do instituto no Brasil. Utilizou-se, para tanto, da revisão bibliográfica e da análise da jurisprudência nacional e estrangeira sobre a matéria. Conclui, por meio do método indutivo, que certos obstáculos encontrados atualmente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, assim como na visão de parcela da doutrina, podem e devem ser superados.

Palavras-chave: controle interno de convencionalidade, direito internacional dos humanos, diálogo das Cortes, normas constitucionais inconvencionais.

ABSTRACT: The *internal control of conventionality* has been consolidated as a crucial tool to ensure the prevalence of the provisions contained in international conventions on human rights, inserted and in force in the Brazilian legal system, over the domestic legislation. Despite representing an important advance in the humanization process of national law, there is still a lack of discussion on some issues. This paper aims to carry out a study on the advances, limits and challenges to the application of the system in Brazil, based on a bibliographic review and analysis of the national and foreign jurisprudence on the matter. Finally, supported by an inductive method, it concludes that some obstacles currently found both in the jurisprudence of the Brazilian honorable Federal Supreme Court and in the view of part of the doctrine can and must be overcome.

Keywords: internal control of conventionality, international human rights, dialogue of the Courts, unconventional constitutional rules.

SUGESTÃO DE CITAÇÃO: MARQUES, Miguel Ângelo. Controle interno de convencionalidade: uma análise crítica sobre os avanços, limites e desafios à aplicação do instituto no Brasil. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Ahead of print, 2021. DOI: 10.17808/des.0.1623

Segregação urbana: direitos fundamentais em tempos de pandemia

Urban segregation: fundamental rights in times of pandemic

Rafael José Nadim de Lazari*

Universidade de Marília, Marília – SP, Brasil

Alencar Frederico Margraf**

Universidade Estadual de Ponta Grossa, Ponta Grossa – PR, Brasil

Eduarda Albuquerque***

Universidade Estadual de Ponta Grossa, Ponta Grossa – PR, Brasil

* Advogado, consultor jurídico e parecerista. Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pelo Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal. Estágio Pós-Doutoral pelo Centro Universitário “Eurípides Soares da Rocha”, de Marília/SP. Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica, de São Paulo/SP. Professor da Graduação, do Mestrado e do Doutorado em Direito da Universidade de Marília/SP – UNIMAR. Professor convidado de Pós-Graduação (LFG, EBRADI, Projuris Estudos Jurídicos, IED, dentre outros), da Escola Superior de Advocacia, e de Cursos preparatórios para concursos e Exame da Ordem dos Advogados do Brasil (LFG, G7, Vipjus, IED, Vocação Concursos, PCI Concursos, dentre outros). Professor dos Programas “Saber Direito” e “Academia”, na TV Justiça, em Brasília/DF. Membro da UJUCASP – União dos Juristas Católicos de São Paulo. Palestrante no Brasil e no exterior. Autor, organizador e participante de inúmeras obras jurídicas, no Brasil e no exterior. E-mail: prof.rafaeldelazari@hotmail.com / ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9808-8631>.

** Professor na Universidade Estadual de Ponta Grossa/PR – UEPG. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Especialista em Direito Penal, Processo Penal e Criminologia, pelo Instituto Busato de Ensino. Pós-Graduado *latu sensu*, pela Escola da Magistratura do Estado do Paraná, Núcleo de Ponta Grossa. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa/PR – UEPG. Membro Efetivo do Instituto Paranaense de Direito Processual. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (mai-2013/mai-2015). Pesquisador. E-mail: alencarmargraf@yahoo.com.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8512-4261>.

*** Graduanda do curso de Direito da Universidade Estadual de Ponta Grossa/PR – UEPG. E-mail: eduardaalbuquerque91@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2964-9180>.

1. Introdução

Os direitos fundamentais tiveram seu desenvolvimento proveniente das transformações da sociedade e, gradativamente, tornaram-se objeto de inúmeros debates, atuando como ponto central dos principais questionamentos jurídicos. De forma semelhante, os direitos sociais como são conhecidos atualmente também se solidificaram após longas reivindicações e assumiram a posição de símbolo de justiça social e igualdade material. Prova dessas várias transformações é o que se costuma chamar de “gerações” ou “dimensões” de direitos fundamentais. No entanto, embora tipificados, os direitos fundamentais sociais possuem sua efetividade completamente dependente do Poder Público, não bastando a mera formalização para que se constituam.

O art. 6º da Constituição elenca uma série de direitos que pretendem assegurar melhores condições de vida a toda a população e, sobretudo, aos desfavorecidos. Exemplo disso é o direito à moradia, um dever comum de todos os entes federativos, encarregados da promoção e melhoria das habitações, com o fim de possibilitar o acesso a uma *infraestrutura* básica de serviços e saneamento a todos.

Nesse âmbito, vários programas e projetos governamentais foram criados¹ e realizaram ao longo dos anos inúmeras ações objetivando a resolução da questão habitacional no Brasil, ora através da construção ou reforma de moradias, ora via crédito imobiliário. Todavia, a maioria deles se extinguiu sem solucionar o problema habitacional. Os resultados alcançados, muitas vezes, trouxeram piores condições de vida, prejuízos, inacessibilidade e vulnerabilidades². As atualizações no Marco Legal do Saneamento Básico, promovidas pela recente Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020, parecem tender a reduzir esse problema, mas certamente não o resolverão por completo.

Vale destacar que a efetivação dos referidos direitos, garantidores de uma vida condigna e saudável, apresenta-se cada vez mais importante diante do contexto atual. Sua relevância se dá devido à pandemia de Covid-19,

1 Com destaque: 1964 – Banco Nacional de Habitação (BNH) como órgão do Sistema Financeiro da Habitação (SFH); 1999 Programa de Arrendamento Residencial (PAR) e Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) sendo utilizado para pagamento de moradias. Ainda, na década de 1990: 1995 a 1998 – Programas Pró Moradia e Habitar Brasil; 1998 – Programa Brasileiro de Qualidade e Produtividade do Habitat (PBQP-H); 1997 – Sistema Financeiro Imobiliário. Já nos anos 2000: 2005-2008 – Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social (FNHIS); 2009 – Minha Casa Minha Vida; 2021 – Programa Casa Verde e Amarela.

2 MONTEIRO; VERAS, 2017; VASCONSELOS; CÂNDIDO JUNIOR, 1996, pp. 15-27; LIMA NETO *et al.*, 2013, pp. 03-05.

doença viral, também chamada de SARS-CoV-2, que tem assolado países, economias e, principalmente, vidas humanas. A sua veloz capacidade de propagação tem comprometido inúmeras famílias brasileiras, habitantes de comunidades periféricas e favelas que já não contavam com uma *infraestrutura* que lhes garantisse o mínimo existencial, o qual, como bem conceitua Luiz Edson Fachin, “o mínimo não é menos nem é ínfimo. É um conceito apto à construção do razoável e do justo ao caso concreto, aberto, plural e poroso ao mundo contemporâneo”³.

Em vista disso, com base nos princípios da dignidade humana e do mínimo existencial, e da análise da efetivação dos direitos sociais, como o acesso à educação, à saúde (Sistema Único de Saúde (SUS) e saneamento básico), à alimentação, ao trabalho e à moradia, o presente estudo pretende analisar as circunstâncias históricas que propiciaram o processo de favelização e compreender a conjuntura que envolve a população ignorada e desassistida das periferias brasileiras.

2. Direitos Fundamentais

1.1. Conceito e dimensões dos direitos fundamentais

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é marcada, dentre outras características, pelo extenso rol de direitos e garantias individuais que apresenta em seu corpo, em comparação às Constituições antecessoras, o que expressa a positivação e elevação ao patamar constitucional dos direitos fundamentais. Direitos humanos, direitos do homem, liberdades fundamentais, liberdades públicas e diversas outras expressões são utilizadas para aludirem aos referidos direitos. Porém, para José Afonso da Silva, a locução “direitos fundamentais do homem”, que significa “direitos fundamentais da pessoa humana”, ou simplesmente “direitos fundamentais”, é a mais adequada, por estar em consonância com a Carta Magna brasileira e representar prerrogativas positivadas para uma convivência digna, livre e igual entre as pessoas, sem as quais elas não se realizam e, muitas vezes, não sobrevivem⁴.

3 FACHIN, 2006, p. 280.

4 SILVA, 2014, p. 180.

De acordo com Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, direitos fundamentais são:

[...] direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual⁵.

Tal definição traz consequências, dentre elas, a ideia de que somente podem ser considerados como fundamentais os direitos constitucionalmente garantidos, positivados ao longo de todo o texto constitucional, mesmo que alguns possuam um alcance limitado. Isso se justifica, principalmente, pela maior rigidez destinada à alteração de dispositivos constitucionais, fato este que protegeria aqueles direitos.

Entretanto, na visão de Ingo W. Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, não são apenas os direitos integrados à Constituição os dignos de serem considerados fundamentais, mas também aqueles que “[...] possam lhe ser equiparados, tendo, ou não, assento na constituição formal”⁶. Essa segunda visão parece ser a mais adequada, tendo em vista o disposto na Constituição Federal, parágrafo segundo, do art. 5º.

Sendo assim, outros direitos, diversos dos constitucionalmente garantidos, também podem ser dotados da mesma “fundamentalidade” destes. Acerca desse caráter fundamental, Humberto Nogueira Alcalá ressalta:

Hay una sola fuente de la fundamentalidad de los derechos, su relación con la dignidad humana, ya que son expresión inmediata y positiva de la misma, constituyendo el núcleo básico irreductible e irrenunciable del estatus jurídico de la persona. Por otra parte, tal denominación denota el carácter fundamentador del orden jurídico y político de la convivencia en sociedad, constituyendo elementos básicos del ordenamiento jurídico⁷.

É fato que a discussão acerca da conceituação dos direitos fundamentais é das mais extensas, gerando grande debate em âmbito doutrinário e jurisprudencial. Entretanto, o presente trabalho não tem por finalidade esgotá-la.

5 DIMOULIS; MARTINS, 2018, p. 52.

6 SARLET *et al.*, 2018, p. 341.

7 ALCALÁ, 2003, p. 81.

O Direito, assim como todas as ciências, acompanha as transformações da sociedade. Por isso, em cada momento histórico, conforme sua ideologia, diferentes liberdades são proclamadas. E assim acontece com os direitos fundamentais. Por conta das suas várias transformações, costuma-se falar em “gerações” de direitos fundamentais, sendo consolidada a existência de três delas, e havendo divergência quanto a uma possível quarta, quinta ou até sexta geração.

Entretanto, para Dimoulis e Martins⁸, a utilização do termo “gerações” para se referir ao metamorfismo de tais direitos vem sendo alvo de críticas, porque o uso desse vocábulo sugere a existência de uma substituição de gerações anteriores pelas posteriores, sendo que, na realidade, o que ocorre é uma relação de complementaridade entre elas, não havendo a abolição de nenhum direito, mas sim, a cumulação deles. Portanto, grande parte da doutrina tem preferido utilizar o termo “dimensões” de direitos fundamentais⁹.

A despeito das controvérsias teóricas, há consenso quanto às três primeiras dimensões, como já mencionado anteriormente. A primeira, ligada ao Estado Liberal. A segunda, ao Estado Social. A terceira, relacionada à solidariedade e à fraternidade. E, por haver divergências quanto à existência e conteúdo de outras dimensões, este estudo se propõe a fazer um breve apanhado apenas das primeiras já elencadas.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão são resultantes do pensamento liberal do século XVIII. Dessa maneira, limitam a intervenção estatal na autonomia dos indivíduos, sendo direitos de *status negativus*, pois impõem ao Poder Público uma obrigação de não fazer algo¹⁰. Enquadram-se aqui, por exemplo, os direitos à vida, à propriedade e à liberdade.

Entretanto, como lembram Sarlet, Marinoni e Mitidiero, a proclamação formal de tais direitos não gerou sua efetiva materialização para a maioria das pessoas. Somados a isso, os impactos sociais e econômicos da industrialização, além dos pensamentos socialistas emergentes neste contexto, levaram ao surgimento de movimentos que reivindicavam do Estado a positivação de outros direitos, atribuindo-lhe um papel positivo, ou seja, de intervenção na liberdade individual para propiciar um bem-estar social¹¹.

8 2018.

9 DIMOULIS; MARTINS, 2018, pp. 35-37.

10 DIMOULIS; MARTINS, 2018, p. 62.

11 SARLET *et al.*, 2018, p. 332.

Esses são, portanto, os direitos de segunda dimensão, que permitem aos cidadãos exigir prestações estatais, a fim de assegurar-lhes, por exemplo, a saúde, educação e trabalho digno. Conforme Miguel Carbonell, “[...] en el modelo del Estado social, los poderes públicos dejan de ser percibidos como enemigos de los derechos fundamentales y comienzan a tomar, por el contrario, el papel de promotores de esos derechos, sobre todo de los de carácter social”¹².

Finalmente, a terceira dimensão corresponde aos direitos difusos e coletivos. Sua principal característica é o fato de possuírem titularidade transindividual, isto é, desprendem-se do indivíduo singularmente considerado e passam a abranger a sociedade, a nação, a humanidade, tornando a titularidade muitas vezes indefinida e indeterminável. Simbolizam essa dimensão os direitos à paz, ao meio ambiente equilibrado, à qualidade de vida etc.¹³

1.2. Direitos fundamentais: um estudo sobre o artigo 6º da CF/88

Como se sabe, desde o surgimento das Constituições de molde liberal-burguês e das Declarações de Direitos, a igualdade assumiu um papel marcadamente importante e passou a compor a essência de diversos ordenamentos jurídicos do globo. Com o constitucionalismo moderno, por exemplo, solidificou-se o ideal de igualdade por meio da Declaração dos Direitos da Virgínia, de 1776, e da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que propuseram a liberdade, independência e igualdade de direitos entre os indivíduos¹⁴.

Posteriormente, pontua Silva¹⁵, a Declaração da ONU de 1948 e a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, trataram da igualdade em seu sentido jurídico-formal, estipulando a igualdade de todos perante a lei. De forma análoga, a Constituição brasileira de 1988 também a estipulou com o objetivo de reduzir desigualdades sociais, extinguir discriminações, garantir direitos a todos e comprometer-se com a justiça social¹⁶. A referida Constituição representou, dentre todas as Constituições já existentes no

12 CARBONELL, 2015, p. 186.

13 SARLET *et al.*, 2018, p. 334.

14 SARLET *et al.*, 2018, p. 614.

15 2015.

16 SILVA, 2014, pp. 213-214.

Brasil, o maior avanço no quesito do direito à igualdade, pois, como bem afirmam Sarlet, Marinoni e Mitidiero:

Na Constituição Federal de 1988, objeto imediato de nossa atenção, a igualdade obteve lugar de acentuado destaque em várias passagens do texto constitucional, a começar pelo Preâmbulo, onde a igualdade (ao lado da justiça) e o valor de uma sociedade pluralista e sem preconceitos integram os valores centrais da ordem jurídico-constitucional. Além disso, a igualdade se apresenta no texto constitucional tanto como princípio estruturante do próprio Estado Democrático de Direito, quanto na condição de norma impositiva de tarefas para o Estado, bastando, neste contexto, referir o disposto no art. 3º, que, no âmbito dos objetivos fundamentais (com destaque para os incs. III e IV), elenca a redução das desigualdades regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Além disso, e é precisamente esta a perspectiva aqui privilegiada, a igualdade constitui uma peça chave no catálogo constitucional dos direitos fundamentais¹⁷.

Porém, como bem lembrado por Érico Hack¹⁸, a igualdade formal, por si só, não é compatível com as desigualdades sociais e econômicas concretas; desse modo, o que se torna necessário é que o mesmo Estado que garante a igualdade de todas as pessoas perante a lei também forneça meios, oportunidades para que os desfavorecidos tenham acesso pleno a tudo que os favorecidos já possuem. Então, o que deve emergir é a outra face do Estado. Ou seja, por vezes o Poder Público deve abster-se de algumas ações a fim de que os direitos dos indivíduos sejam prezados, sob pena de serem feridos; porém, em algumas situações o que o indivíduo necessita é de, justamente, uma prestação positiva do Estado, que ele atue fornecendo instrumentos e recursos para que direitos sejam efetivados e garantidos¹⁹. É assim que os direitos sociais procedem e, nas palavras de Ricardo Issa:

Sin la pretensión de ensayar una definición conceptual, se puede decir que los derechos sociales constituyen aquella especie de derechos subjetivos inherentes

17 SARLET *et al.*, 2018, p. 621.

18 2008.

19 HACK, 2008, p. 82.

a la persona que, debido a su contenido social y económico, acusan una funcionalidad social más intensa, siéndoles reconocidos a los hombres en razón de sus circunstancias vitales en tanto integrantes de formaciones sociales o grupos primarios de la comunidad, procurando un resguardo real, completo e integral de su dignidad, y promoviendo un orden socioeconómico que lo posibilite²⁰.

No Brasil, a primeira Constituição a escrever sobre ordem econômica e social foi a de 1934, inspirada na Constituição de Weimar. Entretanto, os direitos sociais apenas foram consagrados em um título específico (e como direitos fundamentais) na Constituição de 1988. Silva caracteriza os direitos sociais como aqueles que “[...] possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais”²¹. E é nesse aspecto de direito social que o direito à moradia, base do presente artigo, se estabelece.

Na Constituição Federal de 1988 o direito à moradia é enquadrado como de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, sendo dever destes promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico. Porém, esse direito somente foi incorporado ao rol de direitos sociais fundamentais do art. 6º da Constituição através da emenda constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000.

O direito à moradia, no entanto, não é necessariamente “direito à casa própria”, ainda que seja importante ressaltar que a aquisição da casa própria constitua um passo de efetivação desse direito. A efetividade propriamente dita, complementa Silva, consiste em uma *face negativa* que se refere a uma abstenção na qual ninguém pode ser privado ou impedido de ter uma moradia, nem pelo Estado, nem por terceiros; a *face positiva*, por conseguinte, alude a uma atividade prestacional do Estado, pois pretende a efetivação desse direito por meio de ações estatais que o garantam²².

O art. 3º da Constituição salienta que um dos objetivos fundamentais da República é a erradicação da marginalização. Tal marginalização se manifesta, muitas vezes, quando o direito à moradia não é devidamente implementado. Assim, cabe a este artigo suscitar algumas questões envolvendo direito à

20 ISSA, 1999, p. 358.

21 SILVA, 2014, p. 288.

22 SILVA, 2014, p. 319.

moradia, marginalização, segregação urbana e as medidas governamentais a nível federal que têm sido executadas em tempos de pandemia.

3. Urbanização, higienismo social e o processo de favelização no Brasil

As cidades, ao longo dos séculos e nas mais variadas regiões, tiveram sempre fundamental importância, seja bélica, mercantil ou política. Na Europa, entre os séculos XII e XIV, deu-se o surgimento de centros urbanos. Quando o comércio passou a se desenvolver por meio do surgimento de rotas comerciais e das manufaturas, ainda que coexistente com uma economia predominantemente agrária e feudal, pontuam Gislane Campos Azevedo Seriacopi e Reinaldo Seriacopi, o estilo de vida das populações sofreu grandes transformações, justamente pela atuação nas cidades²³.

Após a dissolução do feudalismo com a centralização do poder e, consequentemente, com a ascensão do capitalismo, propiciado pela estruturação da divisão do trabalho e fortalecimento comercial²⁴, as cidades passaram a adquirir um caráter produtivo e também a acumular riquezas, consistindo, portanto, em espaço social, político e econômico à medida que concentram gradativamente maior *quantum* populacional²⁵. Assim, foi com o processo de industrialização, desde a manufatura e mais tarde com a maquinofatura, que a urbanização progressivamente ascendeu, trazendo consigo uma ideologia que foi adequando racionalmente os espaços com a instauração de uma coerência entre os meios e o fim²⁶.

Sendo assim, a Revolução Industrial representou importante processo de modificação no conceito de cidade, pois foi através dela que algumas capitais europeias sofreram aumento no contingente populacional que acabou representando a mão de obra necessária no período. Ainda que nem todas as cidades no continente europeu tenham passado por esse processo, milhares de pessoas passaram a ver a cidade como possibilidade de oportunidade, havendo assim um forte êxodo rural.

23 SERIACOPI, 2005, pp. 122-124.

24 LEFÈBVRE, 2001, p. 13.

25 SPOSITO, 1988, p. 40.

26 LEFÈBVRE, 2001, p. 30.

Entretanto, conforme bem lembrado por Robert Moses Pechman²⁷, se por um lado a industrialização trouxe desenvolvimento e gerou muitas riquezas para algumas classes, principalmente para a alta burguesia, ela também revelou as suas muitas falhas. As péssimas condições sanitárias e de habitação representaram a exteriorização da *infraestrutura* das cidades que não acompanhou o crescimento populacional²⁸.

O ambiente de trabalho, as fábricas e maquinofaturas eram ambientes insalubres, mal ventilados e abarrotados de trabalhadores que se aglomeravam, dividindo o mesmo espaço. As habitações também eram precárias e muito simples, situavam-se em bairros mal iluminados, não pavimentados e com péssimas condições sanitárias. Como dito por Friedrich Engels, na Inglaterra, por exemplo, berço da Revolução Industrial, os bairros povoados pela classe operária tinham edificações irregulares e com ventilação precária, com áreas pantanosas, com detritos humanos e de animais nas ruas, sem rede de escoamento de esgoto, nem água encanada²⁹. Assim, como a cidade era símbolo do prestígio advindo da produção capitalista, era também a própria representação do infortúnio da população majoritária³⁰.

Segundo Afonso Soares de Oliveira Sobrinho, toda a desordem habitacional promovida por esse aumento no contingente populacional, pela instalação da população operária nos grandes centros urbanos, promoveu uma reação do Estado a favor da limpeza e, além disso, da disciplina e controle dos indivíduos³¹. Para isso, surge um importante instrumento estratégico estatal: a medicina social urbana.

Como complementa Michel Foucault³², países como Alemanha, França e Inglaterra, por exemplo, grandes potências urbanas e capitalistas da época, valeram-se desse instrumento. A Alemanha foi a primeira a tratar do desenvolvimento da medicina estatal objetivando a melhoria no nível de saúde da população; mais tarde, a França a adotou como método de gerenciamento da urbanização, de controle político-social da população operária; na Inglaterra, as intervenções nos locais insalubres, o uso de vacinas e o controle de

27 1991.

28 PECHMAN, 1991, p. 126.

29 ENGELS, 2010, p. 71.

30 PECHMAN, 1991, p. 126.

31 OLIVEIRA SOBRINHO, 2013, p. 213.

32 1984.

doenças pretendiam tornar as populações mais aptas ao trabalho e menos tendentes à rebeldia³³.

A França adotou, também, a política de demolição de casas e edifícios residenciais para construção de vias de circulação (os bulevares) e edificações burguesas luxuosas. Henri Lefèbvre lembra que essas medidas foram adotadas na capital Paris pelo gestor urbanista Georges-Eugène Haussmann, provocando valorização imobiliária nas regiões centrais com a criação de bairros tipicamente burgueses e, conseqüentemente, intenso deslocamento das famílias operárias para as áreas periféricas³⁴.

No Brasil, a relação entre Estado e população operária foi semelhante. No início do século XIX a família real portuguesa chegou ao Rio de Janeiro e com eles vieram, também, ideais e hábitos dos burgueses europeus. A cidade do Rio de Janeiro tornou-se Capital, sofrendo uma grande explosão demográfica acompanhada de um forte desenvolvimento econômico, necessitando de transformações que a qualificassem como sede da Coroa. Dessa forma, o modelo de urbanização estrangeira foi adotado no país, negando totalmente a realidade e as características individuais do Brasil³⁵.

Essa realidade, lembra Paulo César Garcez Marins, resumia-se em moradias populares e coletivas sem qualquer planejamento e *infraestrutura* sanitária, sendo comuns surtos epidêmicos que acometiam inúmeras pessoas e revelavam a precariedade da vivência das famílias mais pobres³⁶. Assim, a medicina social, mais conhecida como medicina higienista, surge para legitimar ações de intervenção estatal no meio social e também sobre os comportamentos humanos através de regramento e uniformização de condutas e costumes.

Contudo, o higienismo não se preocupou somente com questões sanitárias e de salubridade, mas também (e principalmente) com a modernização de vias e locais públicos. Nas palavras de Foucault, a medicina atuou perfeitamente como “uma estratégia bio-política”³⁷. Partindo desse pensamento, o desejo das elites da época se efetivou com o combate a cortiços e habitações coletivas que foram demolidos, abrindo espaço nas regiões centrais da cidade.

33 FOUCAULT, 1984, pp. 82-96.

34 LEFÈBVRE, 2001, pp. 22-23.

35 OLIVEIRA SOBRINHO, 2013, pp. 216-217.

36 MARINS, 1998, pp. 138-140.

37 FOUCAULT, 1984, p. 80.

Um exemplo, lembra Marins, é a demolição das habitações do Cortiço Cabeça de Porco na cidade do Rio de Janeiro, provocando a exclusão de inúmeras famílias das áreas privadas e públicas do centro³⁸.

Além disso, Lilian Fessler Vaz³⁹ pontua que houve uma supervalorização imobiliária após as demolições e transformações urbanísticas. Construções luxuosas em estilo europeu e alargamento de vias públicas, tudo isso encarecia os aluguéis, acarretando no deslocamento da população desabrigada para os morros e regiões mais afastadas. O padrão de moradia higiênica era inacessível e as construções fora dos padrões eram consideradas ilegais⁴⁰. Aos poucos, o que surgiu foram bairros burgueses nas regiões centrais e com boa *infraestrutura*, e bairros afastados com as famílias pobres segregadas com as mesmas condições precárias já existentes.

Capitais da região Nordeste do Brasil e São Paulo, no Sudeste, também adotaram práticas higienistas e tiveram a segregação como resultado⁴¹. Todas as medidas adotadas e reformas urbanísticas efetuadas consistiram em decisões estratégicas que beneficiaram uma pequena parcela da população brasileira da época.

4. Política de remoção de favelas e o afastamento da população vulnerável

4.1. Política habitacional e seus propósitos

Conforme Nabil Georges Bonduki⁴², o período conhecido como República Velha no Brasil, de 1889 a 1930, não contava com ações estatais que se preocupassem diretamente com a questão habitacional no país, vez que prevalecia o liberalismo econômico e a principal fonte de renda e poupança nas cidades eram os aluguéis. Contudo, devido ao forte fluxo migratório, tanto de famílias vindas das áreas rurais quanto de imigrantes estrangeiros, somado a uma supervalorização dos imóveis nas regiões centrais, o que

38 MARINS, 1998, p. 141.

39 1991.

40 VAZ, 1991, p. 140.

41 MARINS, 1998, p. 170.

42 1994.

se verificou foi exatamente o que já foi relatado no capítulo anterior: um grande número de cortiços e habitações coletivas nos centros urbanos que, de forma generalizada, não possuíam *infraestrutura* digna. Na década de 20, no pós-Guerra, o Estado até interveio nas relações contratuais a fim de que houvesse uma estabilização nos valores dos aluguéis, mas isso não impediu que os locadores realizassem despejos e que transferissem seus investimentos da construção civil para a indústria ascendente⁴³.

Segundo Licia do Prado Valladares, durante o governo Vargas, da década de 30 até meados da década de 40, a criação de Parques Proletários (conjuntos habitacionais para operários) colaborou para a política populista e também para a centralização e controle, de cunho político, de várias pessoas⁴⁴. Outra medida foi a criação do IAP (Instituto de Aposentadoria e Pensões), instituições previdenciárias que investiam os fundos da Previdência Social na construção de conjuntos habitacionais homogêneos de apartamentos, tornando assim o financiamento e aquisição imobiliária mais baratos para a população⁴⁵. A criação desses empreendimentos substituiu alguns poucos cortiços e também estimulou o setor privado da construção civil.

No mandato de Eurico Gaspar Dutra, de 1946 a 1951, a Fundação Casa Popular também almejava solucionar a questão habitacional, mas como se defrontava com inúmeros reveses em sua estruturação e desempenho, necessitando de recursos dos IAPs e encontrando forte resistência destes e de outros institutos ligados ao governo passado, a Fundação não suportou e sucumbiu⁴⁶. Já no governo de Juscelino Kubitschek, de 1956 a 1961, o projeto de construção da nova Capital do Brasil refletiu em um intenso fluxo migratório advindo primordialmente da região Nordeste, mas não houve a efetivação de programas ou propostas que solucionassem o problema habitacional⁴⁷.

Segundo Kelly Maria Christine Mengarda Vasco, a intervenção estatal propriamente dita na questão habitacional se deu a partir 1964, com a criação do BNH (Banco Nacional da Habitação) e do Sistema Financeiro da Habitação, que propunham a retirada das famílias das favelas e também a urbanização das áreas periféricas⁴⁸. Esse programa consistiu em um meio

43 BONDUKI, 1994, pp. 712-722.

44 VALLADARES, 1980, p. 25.

45 MARINS, 1998, pp. 205-206.

46 BONDUKI, 1994, p. 718.

47 MARINS, 1998, p. 209.

48 VASCO, 2018, p. 35.

de industrialização da produção habitacional, no qual as famílias de baixa renda que quisessem adquirir a casa própria poderiam receber crédito para o financiamento. A partir de 1967 o BNH canalizou recursos advindos do setor privado por meio do FGTS (Fundo de Garantia por Tempo de Serviço) das relações trabalhistas, retornando para construção civil na forma de habitações populares⁴⁹. Ao investir os recursos repassados pelo FGTS, financiou a construção de casas, gerou empregos, fomentou a indústria de matéria-prima para construção civil e firmou contratos com empresas privadas do ramo⁵⁰.

Em 1986, porém, o BNH foi extinto, não solucionando o problema habitacional. Repassou todo recurso advindo do FGTS para a Caixa Econômica Federal, que se responsabilizou pela administração e posterior repasse para o órgão que tratasse das habitações populares. Entretanto, nas décadas seguintes o que houve foram obras de urbanização nas favelas já existentes, como pavimentação e alguma *infraestrutura*, não precisamente programas de habitação, apenas políticas a cargo dos Estados e Municípios⁵¹.

O Programa de Arrendamento Residencial (PAR) criado em 1996, durante o governo Fernando Henrique Cardoso, propunha utilizar os recursos do FGTS e do Orçamento Geral da União para a construção de moradias populares por empresas privadas. Esse programa selecionava famílias através da Caixa Econômica Federal que pagariam mensalmente um valor inferior ao aluguel e, após 15 anos, teriam a chance de adquirir o imóvel como casa própria.

Para Aduino Lúcio Cardoso e Thêmis Amorim Aragão⁵², quando Luiz Inácio Lula da Silva é eleito em 2003 como Presidente da República, sobrevém entre as classes mais pobres a expectativa de uma nova realidade habitacional para o país. As propostas na época eram de combate à desigualdade social, ampliação do acesso à moradia, transporte e saneamento básico e também de humanizar os espaços, trazendo mais dignidade às pessoas. No mesmo ano criou-se o Ministério das Cidades, para que ocorresse a efetivação destas propostas⁵³.

No ano seguinte, o Plano Nacional de Habitação (PNH) elevou a questão habitacional ao nível federal e promoveu ações de regularização fundiária de

49 BOLAFFI, 1982, p. 46.

50 VALLADARES, 1980, p. 35.

51 VASCO, 2018, p. 38.

52 2013.

53 CARDOSO; ARAGÃO, 2013, pp. 24 e 28-29.

assentamentos informais⁵⁴. Em 2004 e 2005 o Programa Crédito Solidário e o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social (FNHIS) trataram, respectivamente, da aquisição de novas habitações ou a conclusão e reforma de moradias existentes e da distribuição das atribuições entre os três níveis de governo para criação de fundos financeiros⁵⁵. Em 2007, o PAC (Programa de Aceleração de Crescimento) fomentou a urbanização de assentamentos habitacionais precários através de obras de *infraestrutura*.

Em março de 2009, com a forte crise financeira dos “subprimes”, o governo brasileiro decidiu criar um programa econômico que visava confrontar os reflexos da crise. Assim, através da MP nº 459 foi instituído o Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV), que apostou na produção habitacional em massa, e que foi posteriormente foi elevado à política nacional⁵⁶. Os empreendimentos do PMCMV foram inseridos nos espaços não ocupados de periferias já existentes nas cidades, aproveitando a estrutura socioeconômica já existente, mesmo que precária, e também em áreas ainda não urbanizadas, muitas vezes em regiões fora do perímetro urbano⁵⁷, mas da mesma forma não foi capaz de suprir toda necessidade verificada pela população mais carente do Brasil.

4.2. Segregação e direito à participação na cidade

No Brasil, várias foram as propostas e medidas realizadas pelo Estado, junto ou não a empresas privadas, com o intuito de confrontar a questão habitacional no país. Algumas das ações foram meramente paliativas e temporárias, outras existem até os dias atuais. Contudo, o que se pretende analisar neste tópico é a eficácia não apenas imediata, mas também as consequências geradas posteriormente por essas ações.

Como é possível afirmar, moradia é um direito social constitucionalmente assegurado. Sendo assim, o Estado, representado pelo Poder Público, é o responsável direto por conceder meios que materializem esse direito de forma ampla e satisfatória a todos. Porém, o que se verifica desde o início das remoções das favelas é a impossibilidade de garantir proporcionalmente

54 VASCO, 2018, pp. 42-45.

55 CARDOSO; ARAGÃO, 2013, p. 30.

56 AMORE, 2015, pp. 15-18.

57 RUFINO, 2015, p. 65.

moradias dignas à enorme demanda existente, bem como a incapacidade de construir habitações nas periferias que assegurem aos cidadãos a plena capacidade de deslocamento dessas áreas para os locais de consumo, lazer e socialização⁵⁸.

Assim, observa-se que essas medidas governamentais, que por um lado tentam retirar milhares de famílias da informalidade habitacional, são as mesmas que promovem desigualdades, pioram a qualidade de vida e segregam ainda mais⁵⁹. Ainda que os programas e propostas facilitem e viabilizem o acesso à casa própria (vide Minha Casa Minha Vida), as regiões onde essas moradias se situam possuem, muitas vezes, uma *infraestrutura* de serviços muito deficitária, por serem loteamentos e residências muito afastados.

Como bem lembrado por Gabriel Bolaffi⁶⁰, habitar as periferias dos grandes centros urbanos não significa apenas morar em regiões distantes, mas também precárias em *infraestrutura* e serviços públicos. Os reflexos dessa intensa periferização se resumem no aumento das distâncias, na ineficiência dos transportes e da administração pública e no aumento nos custos de vida da população⁶¹.

Dessa forma, para as famílias mais pobres, mesmo a favela tendo seus problemas, ela representou uma alternativa financeiramente benéfica pela localização que facilitava o acesso a serviços essenciais, o que não foi levado em conta nas intervenções estatais de remoção⁶². Muitas famílias, por mais que tivessem conseguido a casa própria em locais muito afastados dos serviços essenciais, optaram pelo retorno às favelas, já que essa era uma alternativa mais viável economicamente em face da condição financeira e do custo de vida das grandes cidades⁶³.

Sendo assim, como aduz Lefèbvre, há uma urbanização desurbanizante e desurbanizada, na qual se afasta da cidade, do meio de convívio e de relações sociais a classe operária que deixa de ser ativa na construção e desenvolvimento desse meio, deixando de participar da força criativa e

58 MARINS, 1998, p. 213.

59 RUFINO, 2015, p. 69.

60 1982.

61 BOLAFFI, 1982, pp. 57-59.

62 VALLADARES, 1980, pp. 44-45.

63 VALLADARES, 1980, p. 81.

coletiva de modelar, criar e recriar o espaço urbano⁶⁴. O que se verifica é a imposição de afastamento às populações que vivem nesses conjuntos habitacionais construídos por programas governamentais em uma cidade que vai aos poucos se construindo a partir de ideologias que segregam, exploram e transformam as pessoas em meros consumidores de espaços e, assim, “desurbanizam” a sociedade.

5. Reflexos da pandemia nas comunidades vulneráveis

Como já analisado no tópico anterior, nem sempre os programas e propostas governamentais para solução do problema habitacional no Brasil alcançaram os efeitos pretendidos. Muitos deles promoveram ações que buscaram retirar as famílias de suas habitações irregulares e encaminhá-las para outras moradias, cuja localização, geralmente, impossibilitava ou dificultava o acesso a uma *infra*estrutura de serviços essenciais. Houve casos de famílias que fixaram residência nesses loteamentos periféricos, assim como houve várias famílias que preferiram retornar às favelas. Vale ressaltar que as condições estruturais e sanitárias dessas localidades são deficitárias e os espaços reduzidos são, muitas vezes, insalubres. E, atualmente, outro problema soma-se a esses: a pandemia de Covid-19.

A Covid-19, também chamada de SARS-CoV-2, teve seus primeiros casos confirmados na província de Wuhan, China, em dezembro de 2019. Entretanto, lembra Diego de Oliveira Souza, por se tratar de um caso de vírus de pneumonia com alto grau de contágio, no mês de fevereiro do presente ano já se observava a presença de indivíduos contaminados em quase todos os continentes, trazendo impactos sérios a nível global⁶⁵. Muitas fronteiras entre países foram fechadas, atividades comerciais foram suspensas, espaços de ensino e lazer deixaram de funcionar.

Todos no mundo de alguma forma têm sofrido os impactos da pandemia de Covid-19, sejam financeiros, educacionais ou mesmo psicológicos. Porém, o que se constata é que, enquanto algumas pessoas sofrem somente alguns reveses da pandemia, outras convivem com dificuldades imensas. Percebe-se que, conforme expõem Edvaldo Souza Couto, Edilece Souza Couto e Ingrid de Magalhães Porto Cruz:

64 LEFÈBVRE, 2001, p. 25.

65 SOUZA, D., 2020, p. 2470.

[...] pessoas amparadas financeiramente e com amplo acesso à Internet vivem um isolamento social criativo. Enquanto, as que sobrevivem em situação de vulnerabilidade social e exclusão digital têm muito mais dificuldades para viver o recolhimento e se proteger do contágio de um vírus para o qual ainda não se tem vacina e nem medicamentos⁶⁶.

A realidade é a da desassistência, da falta de acessibilidade e das dificuldades enfrentadas em tempos de pandemia por milhares de brasileiros. Reflexos que sempre existiram, mas que hoje têm denunciado ainda mais a desigualdade social enraizada.

Em primeiro lugar, é importante que se ressalte que as principais recomendações da Organização Mundial da Saúde (OMS) e do Ministério da Saúde para evitar a contaminação e propagação do vírus são a de manter a higiene, tanto pessoal quanto doméstica, além da etiqueta respiratória, do uso de máscaras e do distanciamento social⁶⁷. Entretanto, o que se constata no Brasil é a imensa quantidade de famílias que ainda não possuem, ou que possuem de maneira precária, o acesso à rede de água e de esgotamento sanitário. Essa realidade está presente em muitas moradias nas regiões periféricas e em favelas dos grandes centros urbanos.

Um estudo realizado pelo Instituto Trata Brasil em 2020, em parceria com a GO Associados, com base em dados coletados nas 100 maiores cidades brasileiras no ano de 2018, revelou dados alarmantes. Segundo o estudo, mais de 16% da população brasileira ainda não tem acesso ao abastecimento de água potável, 46,85% não dispõe de coleta de esgoto, e apenas 46% do esgoto coletado é tratado⁶⁸.

O Programa Cidades Sustentáveis também revelou em uma pesquisa que as periferias das capitais das regiões Norte e Nordeste do país são as que mais têm sofrido com o impacto da pandemia. A cidade de Porto Velho, Capital de Rondônia, por exemplo, possui somente 35% da sua população com acesso à água potável, enquanto a média nacional é de 84%⁶⁹.

O que se verifica, como reflete Jorge Abrahão, coordenador geral do Programa Cidades Sustentáveis, é que:

66 COUTO *et al.*, 2020, p. 203.

67 BRASIL, 2020.

68 TRATA BRASIL, 2020.

69 GOES, 2020.

Se na Europa a faixa etária e as condições de saúde de cada cidadão determinam a gravidade e a letalidade do vírus, por aqui o fator que se mostra preponderante é o endereço residencial. A desigualdade regional é avassaladora nos municípios brasileiros, principalmente nas grandes cidades – justamente as mais afetadas pela pandemia⁷⁰.

As medidas necessárias para amenizar a contaminação, referentes à higiene, são difíceis de serem implementadas em áreas que já se deparam com condições sanitárias inapropriadas⁷¹. Desse modo, o que se constata é que existem enormes dificuldades no enfrentamento da pandemia em regiões que sofrem restrições de acesso ao saneamento básico, o que aponta para a urgência na realização de ações pelo Poder Público para tratar dessa questão.

Os reflexos da pandemia também afetam a educação dos estudantes que habitam as periferias brasileiras. A fim de evitar a propagação do vírus, as aulas presenciais em todas as instituições de ensino foram suspensas e, para que os alunos não sofressem tantos prejuízos com o atraso dos conteúdos, as aulas *online* têm sido a alternativa. Contudo, nem todos os estudantes, principalmente os de baixa renda e de regiões sem acesso à Internet conseguem manter os estudos.

Nas comunidades periféricas e favelas brasileiras nem todos os jovens têm acesso à Internet e Wi-fi para acompanharem aulas via Educação à Distância (EaD), para fazerem *download* de materiais de estudo ou retirar dúvidas com professores. Muitas famílias em comunidades carentes não têm acesso a aparelho *smartphone* nem computadores com Internet para auxiliarem nos estudos. Segundo dados da Anatel, conforme levantado por Cleber Souza, 17% dos habitantes não têm acesso a qualquer tipo de tecnologia móvel⁷².

Uma pesquisa realizada pelo Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação (CETIC) apresentou dados em coletiva de imprensa em junho de 2020. Objetivando analisar o acesso e o uso de tecnologias nas escolas públicas e particulares brasileiras de Ensino Fundamental e Médio, no que diz respeito ao ensino e a aprendizagem, a pesquisa divulgou que 64% das escolas particulares urbanas possuíam, em 2019, ambiente ou plataforma virtual de aprendizagem, enquanto apenas 14% das escolas públicas urbanas contavam com esse recurso⁷³.

70 ABRAHÃO, 2020.

71 WERNECK, 2020.

72 SOUZA, C., 2020.

73 CETIC, 2020b, p. 6.

Outro dado que impressiona é a disparidade existente em relação à disponibilidade de dispositivos como *tablets*, computadores portáteis e computadores de mesa. Enquanto 71% dos alunos de escolas particulares têm acesso a computadores portáteis, a quantidade de estudantes de escolas públicas não passa dos 35%⁷⁴. Os alunos de instituições públicas de ensino nas regiões Norte e Nordeste do Brasil são os que majoritariamente têm acesso a Internet somente pelo celular⁷⁵.

Outra análise realizada pelo mesmo centro de pesquisa, comparando os anos 2017, 2018 e 2019, constatou que 60% dos usuários da Internet que se dedicaram por conta própria aos estudos pertenciam à classe social A, em contraposição aos apenas 27% das classes D e E⁷⁶.

Elena Wesley, Glória Maria e Sanara Santos⁷⁷ bem lembram que como as escolas e creches estão fechadas, há também as dificuldades na alimentação. Enquanto estavam nas aulas presenciais, os estudantes recebiam várias refeições ao longo do período escolar, todas balanceadas e nutritivas. Contudo, muitas famílias das regiões mais pobres do país têm encontrado dificuldade em manter a alimentação das crianças e adolescentes na mesma qualidade e quantidade, ainda mais com o aumento nos índices de desemprego e elevação nos preços de produtos alimentícios⁷⁸.

Como bem pondera Marie-Caroline Saglio Yatzimirsky:

As grandes tendências da alimentação das pessoas de baixa renda são bem conhecidas: proporção maior de gasto com alimentos no orçamento familiar, maior suscetibilidade às variações de preço, resistência à informação alimentar, consumo no domicílio, dieta monótona e pobre, com pouca diversidade⁷⁹.

Ainda que durante a pandemia ONGs e outras entidades tenham se mobilizado na doação de alimentos e cestas básicas para as famílias vulneráveis, um estudo feito pelo Programa Alimentar Mundial das Nações Unidas revelou que até o final de 2020 a população mundial que sofre com a fome poderá

74 CETIC, 2020b, p. 13.

75 CETIC, 2020b, p. 14.

76 CETIC, 2020a, p. 18.

77 2020.

78 WESLEY *et al.*, 2020.

79 YATZIMIRSKY, 2006, p. 124.

aumentar quantitativamente em 82%⁸⁰. Segundo pontua Ricardo Gouveia, o Banco Mundial estima que 7% da população brasileira vai terminar 2020 na extrema pobreza, o que coloca o Brasil novamente no Mapa da Fome da ONU depois de seis anos longe dele⁸¹.

O que se constata é que esses reflexos na alimentação em muito colaboram para um desenvolvimento desregulado das crianças e, conseqüentemente, maior suscetibilidade a doenças, justamente por não haver uma alimentação equilibrada e completa. À medida que a pandemia se prolonga, prolonga-se a insegurança alimentar também.

A Rede Pesquisa Solidária analisou a realidade vivida em comunidades vulneráveis de seis regiões metropolitanas do Brasil e comprovou que a fome tem se tornado mais crítica com a pandemia de Covid-19. Os dados apontam que 68,1% das pessoas entrevistadas estão sofrendo com a fome e que 41,7% enfrenta dificuldade no acesso a cestas básicas⁸².

Uma das medidas adotadas para evitar a proliferação do vírus da Covid-19 é a restrição aos serviços considerados não essenciais, com o fechamento provisório de alguns estabelecimentos. Essa ação tem gerado impactos diretos e significativos nos empregos, somada à grande crise econômica que tem afetado o Brasil e o mundo. Segundo estatística recente do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o índice de desemprego subiu de 11%, no quarto trimestre de 2019, para 12,2%, no primeiro trimestre de 2020⁸³.

Baseando-se nisso, a Rede de Pesquisa Solidária expôs dados sobre desemprego aberto, desemprego oculto (pelo distanciamento social), trabalho presencial e trabalho à distância (teletrabalho), comparando os resultados obtidos pela população mais rica e pela população mais pobre do país. A conclusão foi de que:

Entre os mais pobres, 40% dos trabalhadores estão na modalidade “oculta”. O desemprego caiu ao longo das camadas de renda e atingiu patamares insignificantes entre os 5% mais ricos. Neste grupo, 40% encontram-se atualmente em alguma forma de tele-trabalho. O desemprego oculto pelo distanciamento social e o teletrabalho na pandemia são novos, mas atuam em meio a uma

80 GOUVEIA, 2020.

81 GOUVEIA, 2020.

82 CASTELLO *et al.*, 2020, p. 3.

83 IBGE, 2021.

base de desigualdades pré-existentes. Assim, as diferenças entre os extremos da distribuição de renda tornam-se marcadas agora pelo contraste entre a inatividade forçada, a necessidade de arriscar-se ao contágio por meio do trabalho presencial e a segurança das atividades remotas⁸⁴.

Sem emprego, não há renda familiar, logo, o acesso a itens e serviços essenciais fica comprometido. As dificuldades que já eram enfrentadas pelas comunidades vulneráveis tornam-se ainda mais críticas em meio à pandemia, e diante de todos esses dados o que se percebe, infelizmente, é uma realidade direcionada para uma intensa elevação dos níveis de pobreza, uma fragilidade no mercado de trabalho e o aumento da informalidade.

Nessa mesma perspectiva, em matéria divulgada no OTALAB, Gilson Rodrigues, coordenador nacional do G10 Favelas, explicou, resumidamente, as necessidades e adversidades enfrentadas pelos, aproximadamente, 14 milhões de habitantes das comunidades periféricas brasileiras:

Nós estamos em um momento que uma parte da sociedade tem acesso a tudo, a home office, álcool gel, máscara... E uma outra parte, que é a parte da favela, não tem sequer acesso a água, que mora em cima do córrego, que álcool em gel é produto de luxo e para ter acesso a máscaras precisa fabricar. É uma situação muito difícil, em que aumentou o desemprego e a fome⁸⁵.

A população vulnerável de baixa renda também encontra dificuldade no acesso ao SUS, conforme demonstra pesquisa do Ipea (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), realizada em abril de 2020. Segundo o estudo, nas vinte maiores cidades do Brasil, a população de baixa renda acima de 50 anos de idade que não consegue acessar nenhum estabelecimento de atenção primária à saúde em menos de trinta minutos de caminhada é de aproximadamente 228 mil pessoas, enquanto 1,6 milhão de pessoas de baixa renda e com idade superior a 50 anos mora a uma distância maior do que 5 km do hospital mais próximo com pelo menos um leito de UTI e um respirador⁸⁶.

84 PRATES; BARBOSA, 2020, p.4.

85 OTALAB, 2020.

86 PEREIRA *et al.*, 2020.

Nilson do Rosário Costa e Marcos Junqueira do Lago⁸⁷ afirmam que em dezembro de 2019, uma estimativa na quantidade total de leitos de UTI no Brasil revelou que para indivíduos com plano de saúde a disponibilidade era de 62,2 leitos para cada 100 mil habitantes. Por outro lado, indivíduos dependentes do SUS contavam, na época, com 13,6 leitos de UTI por 100 mil habitantes⁸⁸.

Diante de todo o exposto, de todos os dados relatados concernentes a saneamento, educação, alimentação, trabalho e saúde, percebe-se uma enorme vulnerabilidade que expõe milhares de pessoas que habitam as regiões e comunidades periféricas do Brasil. Se mesmo antes o acesso a serviços essenciais e *infraestrutura* habitacional de qualidade já era deficitário, com a pandemia de Covid-19 a fragilidade e a pobreza vêm à tona com mais força. Ainda, segundo Diego Souza:

Esse panorama permite refletir sobre a gravidade com a qual a pandemia pode impactar nas comunidades mais pauperizadas, especialmente nos países de capitalismo dependente, devido ao baixo acesso à água tratada, saneamento e estrutura e renda que permita adotar as medidas de prevenção. Nesse quesito, não se pode deixar de reconhecer que a pandemia, evidentemente, agravará algumas expressões da questão social, especialmente, o desemprego⁸⁹.

Como já exposto no primeiro tópico do presente artigo, esses direitos previstos constitucionalmente que visam garantir o bem-estar dos indivíduos são os chamados direitos sociais. Assim, a fim de que os direitos previstos no art. 6º da Constituição Federal (tais como educação, saúde, alimentação, trabalho e moradia) sejam garantidos a todos e, principalmente, aos vulneráveis, é fundamental a atividade prestacional, a intervenção direta pelo Poder Público. Outro ponto que não pode ser esquecido é o da dignidade da pessoa humana, cerne de todo discurso sobre direitos fundamentais e, neste caso em específico, imprescindível para a noção de direitos sociais. Tais pontos têm ficado ocultos e ignorados nas periferias e favelas.

A efetivação dos direitos de segunda geração produz muitos custos ao Estado, por estar associada a prestações, mas é necessária para a convivência

87 2020.

88 COSTA; LAGO, 2020.

89 SOUZA, D., 2020, p. 2476.

íntegra dos seres humanos. Nessas comunidades, tendo como fonte os dados anteriormente apresentados, é nítida a desassistência e a falta do mínimo necessário para que os indivíduos se desenvolvam dignamente.

Nesse sentido, pontua Fachin⁹⁰ que importante é relacionar a dignidade humana ao conceito de mínimo existencial. Desse modo, partindo da concepção de exercício prestacional do Poder Público e da necessidade de efetivação dos direitos sociais nas comunidades vulneráveis e segregadas, a noção de mínimo existencial consiste no reflexo de tudo que é necessário à proteção do que é basilar, essencial, fundamental à existência humana⁹¹.

Nessa mesma perspectiva, Sarlet, Marinoni e Mitidiero expõem que:

[...] assim como ocorre com os direitos fundamentais em geral, também o direito ao mínimo existencial apresenta uma dupla dimensão defensiva e prestacional. Nesse sentido, o conteúdo do mínimo existencial deve compreender o conjunto de garantias materiais para uma vida condigna, no sentido de algo que o Estado não pode subtrair ao indivíduo (dimensão negativa) e, ao mesmo tempo, algo que cumpre ao Estado assegurar, mediante prestações de natureza material (dimensão positiva)⁹².

Complicado é estabelecer materialmente o que é o mínimo existencial? Sim. Esse conceito não se confunde com o conteúdo dos direitos fundamentais, mas serve de parâmetro para a determinação da essência e do alcance dos direitos sociais, fornecendo critérios materiais para a concretização destes. Importa ainda ressaltar, conforme Vidal Serrano Nunes Junior, que:

[...] princípio da dignidade humana é aquele que qualifica o homem como o único ser dotado de valor não-relativo. Bem por isso, na esfera do mínimo vital, porquanto inerente à noção de dignidade humana, não há como mitigar-se, vale dizer, relativizar-se a noção de dignidade com base em previsões orçamentárias⁹³.

90 2006.

91 FACHIN, 2006, p. 280.

92 SARLET *et al.*, 2018, p. 673.

93 NUNES JUNIOR, 2009, p. 190.

O que é inconcebível é que depois de anos de esforços direcionados à conquista de direitos aos seres humanos, em especial aos direitos sociais constitucionalmente estabelecidos, estes estejam retrocedendo por não serem materializados. Pois, como perfeitamente exposto previamente, as garantias para uma vida digna compreendem não só algo que não possa ser suprimido, mas também aquilo que deve ser proporcionado.

6. Conclusão

Aqui, visando encerrar o presente artigo, mas não esgotar as discussões acerca do problema, cabe ressaltar algumas conclusões. A primeira delas é que o assunto dos direitos fundamentais constitui um campo amplo e de fundamental importância ao estudo. Também o é, em específico, o campo dos direitos sociais.

No tocante a estes, constatou-se que houve, sim, um avanço no quesito positividade, porém, no que tange à efetivação, há ainda muito a progredir. Como foi apresentado, a concretização dos direitos sociais está intimamente relacionada à promoção da sobrevivência e da vivência digna de todos, mas principalmente dos vulneráveis.

Nesse sentido, estabeleceu-se ao longo do artigo uma progressão em termos históricos a respeito do surgimento da urbanização e do processo de periferização, que trouxe consigo inúmeros problemas e exteriorizou a desigualdade enraizada. Verificou-se, também, quanto aos programas e políticas habitacionais governamentais, que pretendiam solucionar a questão habitacional do Brasil e as desigualdades, que grande parte das políticas não lograram êxito, pelo contrário, segregaram ainda mais.

Constatou-se, também, que a população das periferias e favelas, imensamente desassistida, tem sofrido ainda mais com a fome, com o desemprego, com a educação deficiente, com a saúde inacessível e com a *infraestrutura* carente durante a pandemia de Covid-19 que tem impactado o mundo todo.

Observou-se que milhares de brasileiros estão desamparados e tendo seus direitos não efetivados. A Constituição da República estabelece a dignidade da pessoa humana como um fundamento, mas os moradores das comunidades periféricas e favelas estão sofrendo com a insuficiência de recursos de primeira necessidade. Um dos objetivos da referida Constituição também é erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades; todavia,

o que se examina são índices de pobreza, marginalização e desigualdades ainda maiores, e milhões de indivíduos sem o mínimo existencial.

A partir disso, compreende-se que é extremamente importante e urgente, agora ainda mais, o posicionamento do Poder Público perante as desassistências e dificuldades das populações mais pobres. O Estado tem o dever de criar e executar medidas que assistam, amparem e resguardem os vulneráveis das periferias e comunidades brasileiras.

Referências

- ABRAHÃO, Jorge. No Brasil, o endereço residencial define os impactos do coronavírus. *Rede Nossa São Paulo*, São Paulo, 30 abr. 2020. Disponível em: <https://www.nossasaopaulo.org.br/2020/04/30/no-brasil-o-endereco-residencial-define-os-impactos-do-coronavirus/>. Acesso em: 15 jul. 2020.
- ALCALÁ, Humberto Nogueira. *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.
- AMORE, Caio Santo. “Minha Casa Minha Vida” para iniciantes. In: AMORE, Caio Santo; SHIMBO, Lúcia Zanin; RUFINO, Maria Beatriz Cruz (org.). *Minha casa...e a cidade?: Avaliação do programa minha casa minha vida em seis estados brasileiros*. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2015, p. 11-27.
- BOLAFFI, Gabriel. Habitação e urbanismo: o problema e o falso problema. In: MARICATO, Ermínia (org.). *A produção capitalista da casa (e da cidade) no Brasil industrial*. 2. ed. São Paulo: Alfa-omega, 1982, v. 1, pp. 37-70.
- BONDUKI, Nabil Georges. Origens da habitação social no Brasil. *Análise Social*, Lisboa, v. 29, pp. 711-732, 1994. Disponível em: <http://analis-social.ics.ul.pt/documentos/1223377539C9uKS3pp5Cc74XT8.pdf>. Acesso em: 15 mai. 2020.
- BRASIL. Ministério da saúde. *Prevenção do novo coronavírus começa com hábitos de higiene*. Blog da Saúde, Ministério da Saúde, Brasília, 28 fev. 2020. Disponível em: <http://www.blog.saude.gov.br/ocdeyk>. Acesso em: 15 jul. 2020.
- CARBONELL, Miguel. Los derechos sociales: elementos para una lectura en clave normativa. In: GARZA, José M. Serna de La (Coord.). *Contribuciones al derecho constitucional*. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015, p. 179-208.
- CARDOSO, Adauto Lúcio; ARAGÃO, Thêmis Amorim. Do fim do BNH ao Programa Minha Casa Minha Vida: 25 anos da política habitacional no Brasil. In: CARDOSO, Adauto Lúcio (org.). *O programa minha casa minha vida e seus efeitos territoriais*. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2013, pp. 17-66.
- CASTELLO, Gabriela; VIEIRA, Priscilla; PICANÇO, Monise (orgs.). Fome, desemprego, desinformação e sofrimento psicológico estimulam a violência e a desesperança em comunidades vulneráveis de seis regiões metropolitanas brasileiras. *Rede de Pesquisa Solidária*, São Paulo, Boletim nº 14, 03 jul. 2020. Disponível em: https://redepesquisasolidaria.org/wp-content/uploads/2020/07/boletimpps_14_3julho.pdf. Acesso em: 18 jul. 2020.

- CETIC – Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação. *TIC Domicílios 2019*. São Paulo: CETIC, 26 mai. 2020a. Disponível em: https://cetic.br/media/analises/tic_domicilios_2019_coletiva_imprensa.pdf. Acesso em: 18 jul. 2020.
- CETIC – Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação. *TIC Educação 2019*. São Paulo: CETIC, 9 jun. 2020b. Disponível em: https://cetic.br/media/analises/tic_educacao_2019_coletiva_imprensa.pdf. Acesso em: 18 jul. 2020.
- COSTA, Nilson do Rosário; LAGO, Marcos Junqueira do. *A disponibilidade de leitos em Unidade de Tratamento Intensivo no SUS e nos Planos de Saúde diante da epidemia da COVID-19 no Brasil*. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, 19 mar. 2020. Disponível em: <http://www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/informe/site/arquivos/anexos/a92729d3eae-11d7fe26e4f4bd9a663c16f13a410.PDF>. Acesso em: 19 jul. 2020.
- COUTO, Edvaldo Souza; COUTO, Edilece Souza; CRUZ, Ingrid de Magalhães Porto. #FIQUEEMCASA: educação na pandemia de covid-19. *Interfaces científicas*, Aracaju, v. 8, n. 3, p. 200-207, 2020. <https://doi.org/10.17564/2316-3828.2020v8n3p200-217>.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 6. ed. São Paulo: RT, 2018.
- ENGELS, Friedrich. *A situação da classe trabalhadora na Inglaterra*. Tradução de B. A. Schumann. São Paulo: Boitempo, 2010.
- FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 4. ed. Tradução e organização de Roberto Machado. São Paulo: Edições Graal, 1984.
- GOES, Airton. Capitais do Norte e Nordeste são mais vulneráveis à covid-19. *Programa Cidades Sustentáveis*, [s. l.], 30 jun. 2020. Disponível em: <https://www.cidadessustentaveis.org.br/noticia/detalhe/3036>. Acesso em: 15 jul. 2020.
- GOUVEIA, Ricardo. Até final do ano, 12 mil pessoas podem morrer por dia por desnutrição no mundo. *CBN*, [s. l.], 08 jul. 2020. Disponível em: <https://cbn.globoradio.globo.com/media/audio/307578/ate-fim-do-ano-12-mil-pessoas-podem-morrer-por-dia.htm>. Acesso em: 18 jul. 2020.
- HACK, Érico. *Direito constitucional: conceitos, fundamentos e princípios básicos*. Curitiba: Ibpex, 2008.
- IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Painel de indicadores*.

- IBGE, Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/indicadores#desemprego>. Acesso em: 18 jul. 2020.
- ISSA, Ricardo. Los derechos económicos y sociales. In: FERRER, Guillermo Becerra; HARO, Ricardo; MOONEY, Alfredo Eduardo, et al. *Manual de derecho constitucional*. 2. ed. Córdoba: Advocatus Ediciones, 1999.
- LEFÈBVRE, Henri. *O direito à cidade*. Tradução de Rubens Eduardo Frias. São Paulo: Centauro, 2001.
- LIMA NETO, Vicente Correia; FURTADO, Bernardo Alves; KRAUSE, Cleandro. *Estimativas do déficit habitacional brasileiro (PNAD 2007 - 2012)*. Brasília, DF: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, nota técnica nº 5, nov. 2013. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/131125_notatecnicadirur05.pdf. Acesso em: 11 abr. 2021.
- MARINS, Paulo César Garcez. Habitação e vizinhança: limites da privacidade no surgimento das metrópoles brasileiras. In: NOVAIS, Fernando Antônio (coord.); SEVCENKO, Nicolau (org.). *História da vida privada no Brasil: República: da belle époque à era do rádio*. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, v. 3, pp. 131-214.
- MONTEIRO, Adriana Roseno; VERAS, Antonio Tolrino de Rezende. A questão habitacional no Brasil. *Mercator*, Fortaleza, v. 16, e16015, 2017. <https://doi.org/10.4215/rm2017.e16015>.
- NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na constituição de 1988: estratégias de posituação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009.
- OLIVEIRA SOBRINHO, Afonso Soares de. São Paulo e a Ideologia Higienista entre os séculos XIX e XX: a utopia da civilidade. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 15, nº 32, pp. 210-235, jan./abr. 2013. <https://doi.org/10.1590/S1517-45222013000100009>.
- OTALAB. Gilson Rodrigues: “álcool em gel é produto de luxo nas favelas”. *UOL*, São Paulo, 18 jul. 2020. Disponível em: <https://www.uol.com.br/ecoa/ultimas-noticias/2020/07/18/gilson-rodrigues-alcool-em-gel-e-produto-de-luxo-nas-favelas.htm#:~:text=E%20uma%20outra%20parte%2C%20que,acesso%20a%20m%C3%A1scaras%20precisa%20fabricar>. Acesso em: 18 jul. 2020.
- PECHMAN, Robert Moses. A invenção do urbano: a construção da ordem na cidade. In: PIQUET, Rosélia; RIBEIRO, Ana Clara Torres (org.). *Brasil, território da desigualdade: descaminhos da modernização*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor: Fundação Universitária José Bonifácio, 1991.

- PEREIRA, Rafael H. M.; BRAGA, Carlos Kauê Vieira; SERVO, Luciana Mendes; SERRA, Bernardo; AMARAL, Pedro; GOUVEIA, Nelson. Nota Técnica nº 14 – *Mobilidade urbana e o acesso ao Sistema Único de Saúde para casos suspeitos e graves de Covid-19 nas vinte maiores cidades do Brasil*. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Diretoria de Estudos e Políticas Regionais, Urbanas e Ambientais, nº 14, abr. 2020. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/200408_nota_tecnica_14_dirur.pdf. Acesso em: 18 jul. 2020.
- PRATES, Ian; BARBOSA, Rogério Jerônimo. Situação dramática do desemprego está oculta nos indicadores oficiais. Sem renda emergencial de R\$600,00 a pobreza atingiria 30% da população. *Rede de Pesquisa Solidária*, São Paulo, Boletim nº 14, 03 jul. 2020. Disponível em: https://redepesquisasolidaria.org/wp-content/uploads/2020/07/boletimpps_14_3julho.pdf. Acesso em: 18 jul. 2020.
- RUFINO, Maria Beatriz Cruz. Um olhar sobre a produção do PMCMV a partir de eixos analíticos. In: AMORE, Caio Santo; SHIMBO, Lúcia Zanin; RUFINO, Maria Beatriz Cruz (org.). *Minha casa...e a cidade?: Avaliação do programa minha casa minha vida em seis estados brasileiros*. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2015, pp. 51-70.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- SERIACOPI, Gislane Campos Azevedo; SERIACOPI, Reinaldo. *História*. São Paulo: Ática, 2005.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- SOUZA, Cleber. Covid-19: sem recurso para celular ou TV, mais pobres sofrem sem informação. *UOL*, São Paulo, 27 abr. 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2020/04/27/sem-informacao-3h-para-socorro-covid-19-expoe-dramas-de-comunidades-em-sp.htm>. Acesso em: 16 jul. 2020.
- SOUZA, Diego de Oliveira. A pandemia de Covid-19 para além das ciências da saúde: reflexões sobre sua determinação social. *Ciência & Saúde coletiva*, [s. l.], v. 25, p. 2469-2477, 05 jun. 2020. <https://doi.org/10.1590/1413-81232020256.1.11532020>
- SPOSITO, Maria Encarnação Beltrão. *Capitalismo e urbanização*. São Paulo: Contexto, 1988.
- TRATA BRASIL. Ranking mostra grande distância para cumprimento das metas de saneamento básico. *Trata Brasil*, GO Associados, [s. l.], mar. 2020. Disponível

- em: http://www.tratabrasil.org.br/images/estudos/itb/ranking_2020/RELEA-SE_RANKING_2020_18.pdf. Acesso em: 15 jul. 2020.
- VALLADARES, Licia do Prado. *Passa-se uma casa: análise do programa de remoção de favelas do Rio de Janeiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1980.
- VASCO, Kelly Maria Christine Mengarda. *O programa minha casa minha vida como ferramenta para intervenção nas favelas de Curitiba: o caso da vila Santos Andrade*. 2018. 211 p. Dissertação (Mestrado em Planejamento Urbano) - Programa de Pós-Graduação em Planejamento Urbano, Setor de Tecnologia, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2018.
- VASCONSELOS, José Romeu de; CÂNDIDO JUNIOR, José Oswaldo. *O problema Habitacional no Brasil: Déficit, Financiamento e Perspectivas*. Brasília: Ministério do Planejamento e Orçamento, abr. 1996. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1945/1/td_0410.pdf. Acesso em: 20 jan. 2021.
- VAZ, Lilian Fessler. Moradia em tempos modernos. In: PIQUET, Rosélia; RIBEIRO, Ana Clara Torres (org.). *Brasil, território da desigualdade: descaminhos da modernização*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, Fundação Universitária José Bonifácio, 1991, pp. 134-142.
- WERNECK, Guilherme. Como se dará a evolução de covid-19 na população que vive em condições precárias? [Entrevista cedida a] João Vitor Santos e Patricia Fachin. *Instituto Humanitas Unisinos*, [s. l.], 27 mar. 2020. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/597542-como-se-dara-a-evolucao-de-covid-19-na-populacao-que-vive-em-condicoes-precarias-entrevista-especial-com-guilherme-werneck-2>. Acesso em: 11 abr. 2021.
- WESLEY, Elena; MARIA, Glória; SANTOS, Sanara. Como famílias estão se virando com a alimentação das crianças sem aulas nas periferias de SP e RJ. *Gênero e Número*, [s. l.], 02 abr. 2020. Disponível em: <http://www.generonumero.media/alimentacao-criancas-coronavirus-periferia-sp-rj/>. Acesso em: 18 jul. 2020.
- YATZIMIRSKY, Marie-Caroline Saglio. A comida das favelas. *Estudos Avançados*, [s. l.], v. 20, n. 58, p. 123-132, 2006, p. 124. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142006000300014>.

Recebido em 15 de setembro de 2020.

Aprovado em 24 de novembro de 2020.

RESUMO: A pesquisa envolve os impactos da pandemia de Covid-19 sobre os direitos sociais das comunidades vulneráveis do Brasil, tendo como objetivo geral analisar as gerações de direitos fundamentais e os direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988, tais como educação, saúde, alimentação, trabalho e moradia. Como objetivos específicos, o artigo analisará o processo histórico de favelização no Brasil, as propostas governamentais para a solução da questão habitacional, bem como os reflexos da segregação urbana e da pandemia a nível nacional. Para isso, utilizou-se, em prol de seus resultados, o método qualitativo/quantitativo, com o emprego da pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: direitos fundamentais; direito à moradia; favelas; segregação urbana; pandemia.

ABSTRACT: The research involves the impacts of the Covid-19 pandemic on the social rights of vulnerable communities in Brazil, with the general objective of analyzing the generations of fundamental rights and the social rights provided for in the Federal Constitution, such as education, health, food, work and housing. As specific objectives, the article will analyze the historical process of favelization in Brazil, the governmental proposals for the solution of the housing issue, as well as the reflexes of urban segregation and the pandemic at the national level. For this, the qualitative/quantitative method was used for its results, with the use of bibliographic and documentation research.

Keywords: fundamental rights; housing right; slum; urban segregation; pandemic.

SUGESTÃO DE CITAÇÃO: LAZARI, Rafael José Nadim de; MARGRAF, Alencar Frederico; ALBUQUERQUE, Eduarda. Segregação urbana: direitos fundamentais em tempos de pandemia. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Edição 65, jul/dez, 2024. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1653>.

Um diálogo entre biopolítica e colonialidade a partir da intervenção militar no Rio de Janeiro¹

A dialogue between biopolitics and coloniality on the military intervention in Rio de Janeiro

Ygor Santos de Santan*

Universidade Federal de Sergipe, Aracaju – SE, Brasil

Flávia de Ávila**

Universidade Federal de Sergipe, Aracaju – SE, Brasil

1. Introdução

Neste trabalho, a partir da intervenção militar realizada no Rio de Janeiro entre fevereiro e dezembro de 2018, discutiremos as maneiras pelas quais

1 Trabalho desenvolvido com o apoio da Coordenação De Aperfeiçoamento De Pessoal De Nível Superior (CAPES).

*Mestre em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Graduado pela mesma instituição. Realiza pesquisa sobre movimentos sociais e violência de Estado. Tem interesse especial nos estudos do discurso, dos movimentos sociais, da decolonialidade, da biopolítica e do abolicionismo penal, com foco em questões de gênero, raça, e classe em perspectiva decolonial. E-mail: yssantana76@gmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4085-0379>

** Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, especialista em Direito e Processo do Trabalho pelo Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos, especialista em Direito e Negócios Internacionais pela Universidade Federal de Santa Catarina, mestre em Direito e Relações Internacionais também pela Universidade Federal de Santa Catarina e doutora em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Atualmente é professora do Departamento de Relações Internacionais (DRI) da Universidade Federal de Sergipe e do Programa de Pós-Graduação em Direito (PRODIR) da mesma instituição. É membro da diretoria do ramo brasileiro da International Law Association (ILA). Tem experiência na área de Direito e Relações Internacionais, com ênfase em Direito Internacional e Direito do Trabalho, atuando principalmente nos seguintes temas: direito internacional público, direito internacional privado, direitos humanos, direito do trabalho, direito da integração, trabalhador estrangeiro e relações internacionais. E-mail: flaviadeavila@gmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3259-5796>

o poder sobre a vida e a morte – biopoder² – é exercido, no contexto brasileiro, de maneira inseparável de uma matriz colonial de poder³, que produz identidades racializadas de modo a hierarquizar existências e determinar quais corpos ficam fora dos limites do humano.

Durante a vigência da intervenção, a autonomia dos estados – nesse caso, especificamente, do Estado do Rio de Janeiro – é afastada, por decisão do Presidente da República, que decide pela existência de uma situação de exceção que autoriza a suspensão do ordenamento jurídico normal, com a finalidade de preservar este mesmo ordenamento. Instaure-se, com isso, um estado de exceção⁴, em que a violência soberana se exerce diretamente, fora dos limites das normas, que ficam suspensas. Trata-se de uma forma de poder que não se exerce sobre a vida do corpo individualizado, mas da população como um todo⁵. Essa cisão, que determina quem está sujeito à violência anômica – sem direito –, perpassa discursos racistas, que, no contexto dos países colonizados, determinam a inclusão e a exclusão dos limites do humano.

Embora a intervenção constitua o marco institucional do debate que será desenvolvido nas páginas seguintes, não é possível analisar seus sentidos sem considerar o contexto em que se deu sua deflagração. O emprego de forças de segurança pelo Estado Brasileiro nas chamadas “operações de garantia da lei e da ordem” (doravante, GLOs), que autorizam o uso das forças armadas independentemente de uma guerra externa tem sido largamente usado no país. Desse modo, as medidas de excepcionalidade exercidas pelas forças armadas voltam-se contra a população do próprio país e em sobreposição às forças de segurança pública “normais”.

As aspas acima chamam a atenção para o fato de que, mesmo nas situações cotidianas, a segurança pública do país possui desenho militarizado, de tal modo que, segundo as normas da Constituição (art. 144, §§5º e 6º), o policiamento ostensivo é responsabilidade das polícias militares, que constituem forças auxiliares e reserva do exército. Existe, desse modo, amplo contexto de militarização da segurança, bem anterior ao limite temporal-formal da intervenção e independente da efetiva decretação das GLOs – as quais, em

2 FOUCAULT, 2010; MBEMBE, 2018.

3 QUIJANO, 2007; MALDONADO-TORRES, 2007.

4 AGAMBEN, 2004.

5 FOUCAULT, 2010.

todo caso, já foram decretadas cento e trinta e seis vezes⁶ –, o que aponta para a ascensão do estado de exceção como paradigma político⁷.

A analítica que se desenvolve nas páginas seguintes, portanto, apresenta-se inseparável desse quadro de militarização da segurança, eis que sem ele não se poderia compreender adequadamente os sentidos discursivos que atravessam a intervenção militar, tanto em seu aspecto institucional, quanto no nível das práticas de violência realizadas durante a sua vigência. Para desenvolvê-la, o trabalho está disposto em três partes teóricas e uma de análise. Na primeira, abrimos a discussão com a análise qualitativa de alguns excertos de relatos reunidos pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (DPE/RJ) no relatório parcial do projeto “Circuito de favelas por direitos”⁸, que verificou violações a direitos ocorridas em comunidades cariocas durante o curso da intervenção. Isso nos permitirá observar a função da intervenção, a partir das pessoas atingidas por ela, no entrelaçamento entre violência de Estado e racismo, que se configura como um dispositivo na concretização do projeto genocida do Estado brasileiro⁹. A partir disso, na segunda parte, descreveremos os principais aparelhos legais que embasam a possibilidade de intervenção federal e de GLOs, de modo a oferecer o quadro dogmático que informa as discussões do artigo. Na terceira, observaremos como o Decreto 9.288/18 possibilita concretamente produzir uma situação de exceção e a figura de um inimigo a ser eliminado, o que indica que a relação política originária entre esses elementos é a exceção, na qual o direito se refere à vida por meio de sua própria suspensão, produzindo um espaço em que o poder de matar pode ser exercido sem quaisquer restrições. Central nesse tópico serão os desenvolvimentos teóricos foucaultianos sobre a biopolítica e, sobretudo, as reflexões de Achille Mbembe¹⁰ – notadamente os conceitos de necropolítica, soberania e exceção –, que deslocam a biopolítica do contexto europeu em que concebida por Michel Foucault, para pensar a relação entre a política, o corpo e a morte na periferia da modernidade/colonialidade¹¹.

6 BRASIL, 2019.

7 AGAMBEN, 2002.

8 ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2018.

9 FLAUZINA, 2006; FOUCAULT, 2017; 2010.

10 MBEMBE, 2018.

11 LIMA, 2018

Na seção quatro, retomaremos as contribuições do pensamento decolonial¹² para compreendermos o papel da colonialidade na formação de um processo de classificação social, que produz identidades racializadas, com o objetivo de hierarquizar existências¹³ e, com isso, expor setores inteiros da população à morte. Assim, apontaremos para o entrelaçamento entre a matriz colonial de poder que orienta a formação dos Estados colonizados e a função do racismo na gestão política da vida e da morte¹⁴.

Antes de avançarmos, todavia, são necessários alguns apontamentos. Primeiramente, este trabalho tem entre seus objetivos contribuir com a produção de um saber crítico sobre o direito que se construa desde as experiências concretas das pessoas diretamente implicadas pela necropolítica brasileira, de modo a deslocar a investigação do discurso jurídico oficial e basear-se nos saberes dos corpos que vivenciam as violências postas em funcionamento pelas articulações de saber-poder do direito e, assim, tornar visível o caráter genocida de tais articulações. Por essas razões, metodologicamente, baseamo-nos na revisão da literatura especializada e na análise documental tanto das falas dos moradores de favelas atingidas pela intervenção, quanto dos textos legais que a autorizam.

Ademais, a pesquisa alinha-se à perspectiva de Michel Foucault¹⁵, que aponta para o fato de que os objetos não existem fora do discurso, mas precisamente por meio dele são constituídos. O uso do termo “intervenção militar” – em detrimento de “intervenção federal”, como posto no texto constitucional (arts. 21, 49, IV, 84, X, entre outros) – não é, pois, aleatório, mas traduz a necessidade de compreender essa política estatal no contexto dos discursos de militarização e de exceção como paradigma político que a constituem.

2. O funcionamento concreto da violência soberana colonial durante a intervenção militar no rio de janeiro

Discutiremos, nesta seção, de que maneira a intervenção militar realizada no Rio de Janeiro aponta para a concretude da ação genocida do Estado brasileiro, que produz, com ela, uma situação de exceção na qual os indivíduos

12 CASTRO-GÓMEZ; GROSOFGUÉL, 2007.

13 QUIJANO, 2007.

14 FOUCAULT, 2010; MBEMBE, 2018.

15 2014a.

colonizados/racializados são expostos a uma situação de extrema precariedade¹⁶ e risco de morte. Para tanto, analisaremos qualitativamente alguns excertos reunidos pela Ouvidoria da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, no relatório parcial do projeto Circuito Favelas por Direitos¹⁷, que realizou a escuta de mais de trezentos relatos de violações sofridas por moradores de quinze favelas da Região Metropolitana do Rio de Janeiro, escolhidas por serem regiões historicamente afetadas pela violência de Estado e/ou pelas quais as forças militares haviam se movimentado durante a operação¹⁸. Esses relatos apontam para a zona de exceção em que são colocadas essas pessoas e apresentam concretamente a sua submissão a um padrão de violência policial muito anterior à intervenção militar, mas que se intensifica com sua decretação.

Os relatos colhidos pela DPE/RJ ilustram com precisão a situação de desumanização em que são posicionados setores inteiros da população frente à violência estatal. Diversos são os casos relatados em que os moradores das favelas têm seus domicílios violados, o que aponta para a dissolução da separação entre público e privado. Assim, essas vidas são colocadas inteiramente à disposição de uma violência anômica, seja no espaço público, do qual são expulsas, seja no espaço privado de suas casas, que tampouco existe, diante das reiteradas invasões praticadas pelas forças de segurança. O seguinte excerto ilustra essa dupla exclusão/inclusão a que os corpos colonizados/racializados são submetidos pela ação desses aparelhos repressivos, que invadem qualquer possibilidade de local de existência: “eu tive meu portão arrombado diversas vezes. Agora eu coloco só uma correntinha porque não dá pra ficar consertando toda hora”¹⁹.

Se, por um lado, o espaço privado é negado a essas vidas que habitam nas favelas, também no espaço público seus corpos são perseguidos e expulsos. Os reiterados relatos de prisões e detenções de jovens negros, apenas pelo fato de estarem reunidos em grupos e sem carteira de trabalho, são provas desse fato. Aqui, vemos a continuidade, por outras formas jurídicas, da perseguição e do genocídio racial que o sistema penal produz e que se constitui

16 BUTLER, 2015; 2018.

17 ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2018.

18 ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2018, p. 13

19 ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2018, p. 28.

em razão de sua fundação, no pós-abolição²⁰. Com efeito, para afastar das cidades esses corpos colonizados/racializados, as agências penais são organizadas e chamadas a atuar, a fim de produzir sua exposição generalizada à morte, como aprofundaremos adiante, por meio do pensamento decolonial.

Tem-se um processo de marginalização, que afasta esses corpos da cidade e coloca-os em um não lugar, que se materializa geograficamente nas favelas, através da espacialização concreta dessa impossibilidade de existir no espaço público – são, como Carolina Maria de Jesus²¹ observava com precisão dura, mas poética, o quarto de despejo da cidade. A perseguição dos jovens negros nas ruas das favelas indica, contudo, que esse processo continua a ser acionado e posto em funcionamento pelos aparelhos repressivos que compõem o dispositivo penal, na medida em que nem nessas ruas esses corpos podem estar, nem mesmo nesse quarto de despejo a presença desses corpos é admitida. Isso também indica porque esse dispositivo não pode ser compreendido como seletivo de indivíduos inerentemente racializados, mas como produtor e atualizador da racialização²², por meio dessas práticas sempre reiteradas de violência, que definem o inimigo e o situam como essencialmente diferente por meio da ideia de raça²³.

Esse processo de marginalização e de exposição constante à violência anômica constata-se ser inseparável da violência sexual. Com efeito, a desumanização que a matriz colonial de poder promove passa, também, pela violação sexual dos corpos colonizados/racializados, que são vistos como bestiais, definidos pela sua sexualidade e, no caso das mulheres negras, colocadas como vítimas preferenciais desse tipo de violência²⁴. Assim, os diversos relatos de violência sexual apontam para a rede formada pela raça, pelo gênero e pela classe na negação de humanidade a essas vidas. Nos seguintes, vemos que as forças de segurança têm na violação sexual das mulheres negras uma tecnologia central para a produção e repressão dos inimigos racializados:

20 CARNEIRO, 2005; FLAUZINA, 2006; NASCIMENTO, 2016.

21 2014.

22 ARGOLO; DUARTE; QUEIROZ, 2016.

23 MALDONADO-TORRES, 2007.

24 CARNEIRO, 2005; MALDONADO-TORRES, 2007; LUGONES, 2010.

Eles entraram numa casa que era ocupada pelo tráfico. Lá tinha dois garotos e três meninas. As meninas eram namoradas de traficantes. Era pra ser todo mundo preso, mas o que aconteceu é que os policiais ficaram horas na casa, estupraram as três meninas e espancaram os garotos. Isso não pode estar certo. Uma jovem contou que o militar do exército a revistou na frente do namorado passando a mão nela de forma abusiva. Disse que quando questionou a prática foi respondida com xingamentos e com a seguinte fala: “se você fizer alguma coisa você vai presa por desacato, mas pra mim não pega nada porque eu sou autoridade.”²⁵

Os excertos a seguir exemplificam a violência das abordagens realizadas pelos militares durante a intervenção, explicitando a lógica de guerra constante contra um inimigo interno que as orienta. As fardas militares, nas quais não há os nomes dos agentes, o uso de máscaras, as pinturas militares nos rostos, todos esses são elementos que enunciam diretamente a oposição que essas forças constroem entre a população considerada “normal” e que deve ser protegida por elas, de um lado, e aquela população considerada “anormal”, inferior, não-humana e que, portanto, personifica ameaça para aqueles indivíduos normais – uma normalidade branca, burguesa e cis-heterossexual –, de outro. Com esse setor dito perigoso da população, a relação não é de proteção, mas de controle, contenção e extermínio.

Desde que os militares do exército começaram a ocupar a favela nunca vi nenhum com nome escrito na roupa. Eles ainda usam máscaras e pintam o rosto, prontos pra guerra.

Eram muitos Agentes do exército-, uns 40, entraram na minha casa, quebraram minha TV, e pegaram os casacos e blusas de marca do meu marido. Mostraram uma mochila cheia de droga e disseram que tava lá em casa e se eu não desse dinheiro eu ia ser presa; (...) destruíram tudo quebraram mesmo, eu tava gravando pegaram e apagaram e ainda me ameaçaram.

Uma mulher, mãe de uma criança de 4 anos, fez o seguinte relato sobre a atuação do exército: “estava chegando com a minha filha de noite, ninguém na rua, ele o militar veio e jogou spray de pimenta na minha cara”²⁶

25 ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2018, p. 28-30.

26 ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2018, p. 34-35.

A intervenção opera, como se vê, política de guerra contra os moradores das favelas, que são expostos a uma violência anômica por serem definidos como inimigos internos, em processo de desumanização que produz como resultado a sua exposição generalizada à morte, a negação das condições necessárias para que uma vida vivível seja possível²⁷. Com efeito, após a decretação da intervenção, percebe-se que a violência aumentou consideravelmente, em vários âmbitos e formas. Tem-se um lamentável atestado disso no número de mortes provocadas por ações policiais, que alcançou o absurdo número de 895 pessoas mortas apenas no intervalo entre janeiro e julho de 2018, o que representa crescimento de 297%, em relação ao mesmo período desde 2013²⁸. Entre janeiro e novembro de 2018, as forças da intervenção chegaram a matar 1.444 pessoas, número 40% superior à letalidade policial no ano anterior²⁹.

Esse padrão genocida da atuação das forças de segurança aprofunda-se, pois no ano seguinte, em 2019, esses aparelhos repressivos assassinaram 1.814 pessoas apenas no Rio de Janeiro, 78% das quais (1.423) eram pretas e pardas. Destas, 43% eram jovens entre 14 e 30 anos de idade³⁰, o que aponta para a negação concreta da possibilidade de existir aos indivíduos inferiorizados pela raça, aos quais o Estado dirige ações genocidas voltadas não apenas para a produção da morte em massa, mas para a produção dessa morte o mais cedo possível, para eliminar essas vidas marcadas como não-humanas. Desse modo, enfatizamos que a lógica de guerra não é uma excepcionalidade, mas a regra pela qual o Estado lida com esses corpos. A militarização da segurança está na base constitutiva dessas forças, o que torna a sua atuação altamente letal independentemente da vigência formal de um decreto de intervenção. O Estado funciona como máquina genocida, transformando a lógica excepcional da guerra em padrão de extermínio constante³¹.

Os excertos transcritos a seguir ilustram o caráter genocida da atuação policial, que produz a morte por meio de chacinas, execuções, impedimento de prestação de socorro e, inclusive, de fabricação de cenas para incriminar as vítimas e forjar a aparência de confronto.

27 BUTLER, 2015; MBEMBE, 2018.

28 ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2018, p. 19.

29 GAZETA DO POVO, 2018.

30 RODRIGUES; COELHO, 2020.

31 AGAMBEN, 2002; 2004; MALDONADO-TORRES, 2007; QUIJANO, 2007.

Na última operação que teve aqui eles mataram quase 20 pessoas. Disseram que foi 8, mas é mentira. Sempre morre mais gente do que divulgam. Mataram os traficantes a facada depois deles ter se rendido. Por que não levam preso?

No meio da confusão com um monte de gente na rua. Os garotos rendidos e eles falando que iam matar. O policial pegou um que tava virado pra parede pelo cabelo. Botou ele no meio da rua atirou na cabeça dele na frente de todo mundo, olhou pra gente e perguntou se alguém ia falar alguma coisa. Esse policial mata mesmo e esculacha todo mundo. Sempre ele que faz as piores coisas aqui.

O menino era inocente, pegaram ele e bateram muito, a gente tentava explicar que ele não era envolvido, tentava acudir, mas eles jogaram grana-da pra gente sair. E em seguida mataram ele. A gente não viu, mas depois ficamos sabendo que plantaram arma pra dizer que ele era bandido. fazem isso direto.

Levaram o garoto com vida, mas os amigos sabiam que iam matá-lo foram tentar desenrolar pra deixar levar ele pro hospital, mas levaram spray de pimenta na cara. Qualquer coisa que vamos falar a gente leva spray na cara³².

Tudo isso indica que a biopolítica – mais precisamente, a necropolítica – e a colonialidade do poder se entrelaçam na definição de quais vidas serão capturadas no limiar de indistinção entre humanidade e bestialidade, em que a violência soberana é exercida de forma absoluta. Existe uma fratura no corpo populacional – das sociedades modernas em geral, mas, mais especificamente, nesse artigo, em relação à do Rio de Janeiro – no seio da qual está o racismo, que define o Estado como guardião de uma determinada pureza racial e que, por conseguinte, produz identidades racializadas que caracterizam todo um grupo como perigo biológico interno àquele povo, o que possibilita – e exige – a sua eliminação física e cultural.

32 ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2018, p. 38-39.

3. A intervenção, a GLO e a militarização da segurança no ordenamento jurídico brasileiro

Nesta seção, faremos um breve apanhado das normas jurídicas que autorizam a ação das forças armadas dentro do país independentemente de uma situação de guerra externa, mais de perto as que se referem à intervenção da União nos estados e à garantia da lei e da ordem (GLO). Além disso, observaremos como a segurança pública já se constitui de maneira militarizada independentemente do efetivo uso das forças armadas, na medida em que o policiamento ostensivo é de responsabilidade de polícias organizadas conforme o modelo militar. A partir disso, será possível discutir a relação entre esse caráter militarizado e a gestão política da vida e da morte da população no tópico seguinte.

A Constituição brasileira insere as normas referentes às forças armadas no título denominado “Da Defesa do Estado e Das Instituições Democráticas”, o que indica uma relação entre violência e direito, pois que o poderio militar se apresenta como meio de proteção ao Estado e às suas instituições. Nesse sentido, o texto constitucional não separa violência e democracia, antes conecta-as nas disposições que estruturam as forças armadas. Assim, o art. 142 dispõe que:

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.³³

O Presidente da República, como se vê, é definido como autoridade suprema na hierarquia das forças armadas, a quem cabe, em última instância, a decisão a respeito de seu uso. Dessa maneira, tem competência para decidir sobre a presença de uma das situações que autorizam o emprego da força militar. A primeira delas, “defesa da pátria”, remete ao emprego em caso de guerra externa, caso em que a pátria seria ameaçada por um inimigo estrangeiro. Nos outros dois casos, não há relação com uma ameaça externa, mas com o objetivo de conservar as instituições jurídicas internas – com vistas a “garantir os poderes constitucionais” e “a lei e a ordem”. A

33 BRASIL, 1988.

utilização dessa instituição aparta-se da necessidade de uma ameaça externa, de modo que o Presidente pode decidir que há uma ameaça interna aos poderes constitucionais ou à “lei e ordem” e, assim, empregar a força militar.

Nesse sentido, a Constituição define a intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal como medida excepcional, pois viola a autonomia destes entes e a própria base constitutiva de uma federação (arts. 1º e 18). Define, pois, de maneira taxativa as hipóteses jurídicas que autorizam essa medida – que implica em uma efetiva suspensão do direito, notadamente da forma federativa, com o objetivo paradoxal de preservá-lo – ao longo dos incisos de seu art. 34. Ao presente trabalho interessa mais diretamente o inciso III, que autoriza a intervenção para “pôr termo a grave comprometimento da ordem pública”³⁴, por ser nele que se baseia o decreto 9.288/18, que instituiu a intervenção militar no Rio de Janeiro.

O art. 84, X, do texto constitucional, por sua vez, determina a competência privativa do Presidente da República para “decretar e executar a intervenção federal”³⁵, o que significa que o direito brasileiro lhe confere o poder de decidir sobre a sua própria suspensão, com o objetivo de preservá-lo³⁶, como veremos com mais detalhes na próxima seção. Além disso, o Presidente decide sobre a existência de “grave comprometimento da ordem pública” que autoriza a intervenção. Compete-lhe, pois, tanto a decisão sobre a situação excepcional, quanto sobre a suspensão de direito.

Observa-se, porém, que, de acordo com o texto constitucional, a intervenção não implica necessariamente no uso das forças armadas. Entretanto, como estão entre as suas funções constitutivas a “defesa da pátria” e dos “poderes constitucionais”, existe proximidade considerável entre elas – e, portanto, entre a violência – e a conservação da ordem jurídica. Por essa razão, a decisão sobre a existência de um “grave comprometimento à ordem pública” – situação que ameaçaria a ordem jurídica – parece conduzir ao uso da violência, na medida em que a decisão a respeito de ambos compete à mesma autoridade. A suspensão do direito, por meio da decisão presidencial, conduz ao uso das forças armadas não por uma determinação específica das normas constitucionais, mas pela íntima ligação entre situação extrema e violência, como adiante será melhor explorado.

34 BRASIL, 1988.

35 BRASIL, 1988.

36 AGAMBEN, 2002.

O uso excepcional das forças armadas, contudo, não se restringe à intervenção federal. O art. 142 da Constituição afirma que também podem ser empregadas por iniciativa de qualquer dos poderes constitucionais, com o objetivo de “garantia da lei e da ordem”. Esse trecho da norma é utilizado como embasamento das GLOs, por meio das quais as forças militares são usadas independentemente da existência formal de uma intervenção. Nestas, embora não ocorra uma suspensão formal das funções de segurança normalmente utilizadas, como ocorre na intervenção, a violência de Estado passa a ser imposta e controlada diretamente pelas forças armadas, de modo que as instituições estaduais de segurança têm sua competência afastada e passam a ser dirigidas pelo exército. Assim é que o art. 15, §1º, da Lei Complementar 97/99³⁷ define que

§ 1º Compete ao Presidente da República a decisão do emprego das Forças Armadas, por iniciativa própria ou em atendimento a pedido manifestado por quaisquer dos poderes constitucionais, por intermédio dos Presidentes do Supremo Tribunal Federal, do Senado Federal ou da Câmara dos Deputados.

Esse texto normativo infraconstitucional, como se vê, define a possibilidade de excetuar o sistema de segurança pública dos estados para que sejam empregadas diretamente as forças armadas, cuja ação será determinada pelo Presidente da República, “após esgotados os instrumentos destinados à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, relacionados no art. 144 da Constituição Federal”³⁸. É necessário, portanto, que se decida pelo esgotamento das forças de segurança pública para que seja determinada a realização da GLO, decisão essa que, como define o §3º do artigo mencionado, compete ao Chefe do Poder executivo estadual ou federal que solicita a realização da operação. Em outras palavras, o Chefe do Poder Executivo estadual decide sobre a existência de uma situação anormal, que autoriza o afastamento de sua própria autoridade e o emprego de uma violência excepcional.

§ 5º Determinado o emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem, caberá à autoridade competente, mediante ato formal, transferir o controle

37 BRASIL, 1999.

38 BRASIL, 1999, art. 15, §2º.

operacional dos órgãos de segurança pública necessários ao desenvolvimento das ações para a autoridade encarregada das operações, a qual deverá constituir um centro de coordenação de operações, composto por representantes dos órgãos públicos sob seu controle operacional ou com interesses afins.³⁹

Vê-se, pois, que as GLOs implicam não só a ação direta das forças armadas em sobreposição aos órgãos de segurança pública, mas, além disso, o controle direto sobre esses órgãos. Desse modo, também elas constituem uma exceção à regra pela qual se afasta o sistema constitucional de competências e, em seu lugar, surge uma violência que pretende preservá-lo por meio de sua própria suspensão. Novamente, quando há uma decisão pela existência de uma situação extrema, vem à superfície a conexão entre violência e direito, perceptível pelo uso de táticas de guerra dentro do território do país, independente de uma guerra externa, na esteira do que aponta Mbembe⁴⁰.

A lógica de guerra, porém, não é utilizada com a população do país apenas quando da decretação de intervenção ou da realização de GLOs. Com efeito, as forças “normais” de segurança pública do país já são orientadas por uma tal lógica, o que se verifica pelo fato de que o policiamento ostensivo se realiza por polícias militares, as quais, juntamente com os corpos de bombeiros, constituem forças auxiliares e reserva do exército:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

[...]

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

[...]

§ 5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

§ 6º As polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.⁴¹

39 BRASIL, 1999.

40 2018.

41 BRASIL, 1988.

Entre a polícia militar, encarregada do policiamento ostensivo nas situações consideradas normais, e as forças armadas, percebe-se que não há distinção de espécie, mas apenas de grau, de maneira que entre elas não há ruptura, mas continuidade. Isso porque ambas obedecem à lógica militar – portanto, de guerra -, que orienta as suas ações conforme o paradigma de guerra, de eliminação física de um inimigo, o que aponta para a íntima correlação entre política e guerra⁴². Além disso, em ambas, a defesa da “ordem pública” aparece como finalidade central que determina o seu emprego, seja no policiamento, seja na decretação da intervenção, seja na realização de GLOs. Tudo isso aponta para uma ampla identificação entre o que seria a exceção e a regra, cujos sentidos tentaremos compreender a seguir.

4. Soberania e violência: a exceção como relação originária entre direito e vida

Expostas as normas pertinentes para a compreensão da situação normativa da intervenção – e, de forma mais ampla, da militarização da segurança – no direito brasileiro, podemos agora iniciar a análise dos sentidos que atravessam e que são reproduzidos por essas normas, qual a matriz que as orienta e as organiza. Abordaremos, nesta seção, de que maneira a exceção se constitui como a relação originária pela qual o direito se refere à vida ao mesmo tempo em que a exclui, de modo que a “captura fora” de si⁴³. Os conceitos de soberania e exceção⁴⁴ serão centrais no desenvolvimento desse tópico, para entender como o seu papel fundante no direito contemporâneo manifesta-se no contexto do direito brasileiro nas figuras da intervenção, especificamente a que se realizou no Rio de Janeiro – que veremos caracterizar-se como meio de produção de uma relação de exceção, com a qual determinadas vidas são abandonadas a uma matabilidade incondicionada –, mas, também, da militarização da segurança mais amplamente considerada.

Para compreender a soberania, retomemos algumas elaborações de Michel Foucault⁴⁵, que estudará as relações de poder na Europa – notadamente a partir dos discursos e práticas em circulação na França e na

42 FOUCAULT, 2010.

43 AGAMBEN, 2002.

44 Sobretudo, como trabalhados por Achille Mbembe (2018).

45 2010 2014b; 2017.

Inglaterra – e, nesse contexto, explicará que o poder na modernidade se exerce nos moldes de um biopoder, é dizer, um poder centrado na vida, que se exerce sobre ela, a fim de maximizá-la, controlá-la, sustentá-la, enfim, geri-la e adequá-la a uma norma, um padrão de normalidade. Essa gestão se exerce em dois planos distintos e complementares: o primeiro refere-se às técnicas disciplinares, que agem ao nível do corpo individual, tomado como máquina produtiva, a fim de docilizá-lo e maximizar as suas forças – formam, assim, uma anátomo-política do corpo. O segundo diz respeito às regulamentações biopolíticas, que atuam não ao nível individual, mas do corpo da população como um todo, com o objetivo de controlar seus fenômenos de massa, dominar a sua aleatoriedade e desenvolver as forças produtivas desse corpo coletivo.

De todo modo, não é possível simplesmente transpor as conclusões foucaultianas para os contextos latino-americanos – especificamente, no caso deste trabalho, brasileiro. Isso porque, como apontamos, a obra foucaultiana analisa as articulações entre poder e saber como ocorrem na Europa dos séculos XVII a XIX. Embora seja verdade, por um lado, que tais articulações afetam outros territórios pelo mundo, isso ocorre porque o outro lado da biopolítica é a colonialidade, como explica Mignolo⁴⁶, para apontar que os territórios invadidos pelos europeus e que têm nos genocídios e epistemicídios coloniais eventos centrais na conformação de suas atuais formas-políticas apresentam, também, uma matriz colonial de poder que se configura como gestão da vida e da morte, como controle da existência social em todos os seus aspectos⁴⁷.

Uma diferença fundamental entre o campo de práticas discursivas e não-discursivas analisado por Foucault e aquele que se conforma fora da Europa, a partir das invasões coloniais, é que as relações de poder estabelecidas pelos europeus aos povos das Américas e de África caracterizar-se-ão pela construção de mecanismos de poder voltados para gerir não a vida, mas a morte. Não se trata, nos contextos coloniais, de maximizar a vida, mas de multiplicar os espaços de produção da morte daqueles povos marcados como não-brancos e, conseqüentemente, não-humanos, como destaca a

46 2017

47 QUIJANO, 2007

professora Fátima Lima⁴⁸, apoiada em Achille Mbembe⁴⁹. As reflexões desse pensador camaronês são importantes para o presente trabalho, porque realizam justamente esse giro na noção de biopolítica, para pensar a forma específica pela qual as relações de poder investem sobre a vida e a morte nos territórios atingidos pelos genocídios coloniais promovidos pela Europa.

Esse autor aponta, então, que poder, vida e morte são articulados não para estabelecer domínio da vida a ser cultivada e maximizada, mas para estabelecer uma exterioridade, um espaço além das fronteiras desse domínio das vidas possíveis, no qual a lei se suspende e a violência pode ser exercida de forma absoluta, sem quaisquer limitações, por um poder soberano que não pode ser suficientemente bem descrito como biopolítica, mas como necropolítica – o poder de produzir a morte generalizada. Assim, “[...] A noção de necropolítica, ao assumir os contextos coloniais, neocoloniais e as implicações da colonialidade, atribui centralidade aos processos genocidas inaugurados com os processos de colonização e o evento racial que a acompanhava”⁵⁰. Essa lógica não se opõe à biopolítica, mas que a desdobra, ao apontar para o fato de que, na periferia da modernidade/colonialidade, o poder investirá sobre a vida para produzir amplos domínios de morte, espaços em que setores populacionais inteiros poderão ser eliminados sem que isso gere qualquer comoção, porque são corpos colocados além dos limites da humanidade⁵¹.

A perspectiva necropolítica, então, destaca que o *nomos* fundante da política global é o controle da vida humana e a produção do extermínio de indivíduos e populações inteiras. Nisso, afasta-se de teorizações normativas sobre a soberania e o poder, como também o fazem as reflexões foucaultianas, mas ao investigar o funcionamento concreto do poder nos contextos coloniais, a necropolítica aponta que o direito de vida e de morte que caracteriza a soberania exerce-se de forma desequilibrada, não na direção do fazer viver, mas do fazer morrer, da produção de genocídios e epistemicídios⁵². Dessa maneira, tem-se que a soberania necropolítica exerce esse direito de matar constante por meio do estado de exceção e da relação de inimizade,

48 2018

49 2018

50 SANTOS, 2020, p. 117

51 BARBOSA, 2020.

52 MBEMBE, 2018.

o que significa dizer que o poder atua pela produção de um espaço em que o direito não se aplica e da figura do inimigo, que habita nesse espaço, além dos limites político-jurídicos da humanidade. Em razão dessa posição ontológica, é possível exercer contra esse inimigo uma violência brutal e constante, que lhe extermine a qualquer momento.

Ao relacionar o direito de matar com a produção da exceção, Mbembe⁵³ dialoga com a biopolítica foucaultiana e com as teorizações de Carl Schmitt sobre a exceção enquanto fundamento da soberania. Agamben⁵⁴ caminha numa direção parecida, para explicar o funcionamento da exceção, também a partir de Schmitt, como elemento fundante do poder soberano. Com efeito, o autor afirma que cabe ao poder soberano decidir entre o que está fora e o que está dentro do direito, o que é a exceção e o que está contido na norma, na medida em que detém o poder, conferido pela própria ordem jurídica, de suspendê-la. A localização da soberania em relação ao ordenamento mostra-se, então, paradoxalmente, como um simultâneo dentro e fora, porque o ordenamento lhe confere a possibilidade de suspender a sua própria validade e, com isso, produzir o estado de exceção. Portanto, ao poder suspender a ordem jurídica como um todo, o soberano está fora dela, mas, simultaneamente, está dentro porque é ela mesma que fundamenta esse seu poder.

O direito apenas pode ser considerado válido ou inválido em um caso normal porque, no caso de exceção, ele se suspende. Nessa visada, o poder soberano estabelece a própria condição de possibilidade do direito, de tal modo que se situa precisamente no limiar entre norma e exceção, que articula e produz como garantia da existência do direito, daí porque a sua topologia se caracteriza de maneira paradoxal. A exceção, embora seja relacionada a um caso excluído da norma geral, relaciona-se, também, com a norma, por essa ter a possibilidade de suspender-se. Assim, a norma captura a exceção para mantê-la fora dos contornos da própria norma. Desse modo, o que ocorre não é que a exceção foge à regra, mas que a regra se suspende em relação a ela para se constituir como regra.

Embora o pensamento de Giorgio Agamben dialogue com a perspectiva necropolítica de Mbembe e ajude a entender melhor a produção da exceção enquanto parte central do exercício da decisão sobre os limites político-jurídicos da vida humana, suas reflexões são limitadas e incompletas⁵⁵, porque

53 2018

54 2002

55 MIGNOLO, 2007

tomam o holocausto judeu como paradigma de materialização do estado de exceção e de produção massiva da morte. Essa perspectiva histórica, apesar de relevante, ignora os quatrocentos anos de invasão, ocupação, extermínio e escravização impostos pela Europa nas Américas, em África e, posteriormente, no restante do mundo, com a colonização de África e Ásia a partir do século XIX. Tal perspectiva eurocentrada, ao posicionar o holocausto judeu como paradigma de compreensão da exceção e da produção da morte, ainda contribui para a invisibilização desses séculos de genocídio e de materialização da exceção nos territórios colonizados.

A compreensão necropolítica não nega o holocausto enquanto um momento de exercício radical do direito de matar, de produção de um espaço excluído dos limites do direito e da humanidade e com eles relacionado apenas por sua própria exclusão. No entanto, não o toma como paradigma, antes reposiciona-o como mais um capítulo lamentável de uma longa duração histórica do exercício do poder soberano moderno/colonial que tem no extermínio a sua base fundamental, como estamos discutindo. Mbembe⁵⁶ localiza nas invasões e administrações coloniais, assim como no apartheid, o aparecimento de uma forma específica de terror enquanto tecnologia de governo da vida e da morte, no qual a raça, o biopoder, o estado de exceção e o estado de sítio convergiram para produzir mecanismos de saber-poder destinados ao extermínio de amplos contingentes populacionais. Nesse momento, destaca o autor, é que estratégias genocidas como a esterilização coletiva, a proibição de casamento coletivos e o genocídio de populações racializadas como não-brancas primeiro será posto em funcionamento. A Segunda Guerra Mundial apresenta-se, portanto, não como uma ruptura, mas apenas a introdução dessas técnicas genocidas no interior da Europa.

Da mesma forma, no âmbito da compreensão das relações de poder no Brasil, particularmente no que diz respeito à violência penal, frequentemente identifica-se a ditadura militar como um momento de ruptura, no qual as agências da repressão penal adquiriram o caráter brutalmente violento que até hoje conforma a sua ação. Tal perspectiva, frequente nos meios acadêmicos, como explica a professora Ana Luiza Pinheiro Flauzina⁵⁷, é não apenas equivocada, como contribui para a invisibilização da atuação violenta e histórica de agências de repressão, que empregam táticas de tortura e morte de forma generalizada. Esses aparatos de violência funcionaram não só

56 2018.

57 2006

para conter e exterminar os corpos negros tanto durante a escravidão, mas também após a sua abolição formal, quando tais agências foram organizadas para conter o contingente populacional negro que havia sido expulso das fazendas, mas que também não poderia habitar nas cidades. A cidade, considerada como sendo o espaço da lei, da norma, deveria ser reservada ao humano, sendo que aos demais, deixados à margem da norma, restaria sua consideração como não-humano – retornaremos a essa discussão na seção seguinte, quando aprofundaremos o entrelaçamento da bio-necropolítica brasileira, na expressão da professora Fátima Lima⁵⁸, com a colonialidade.

O sistema escravocrata apresentou-se, então, como um dos primeiros momentos de exercício desse poder soberano sobre a vida e a morte. A *plantation* funcionou como espacialização da exceção, esse local onde o direito se suspende e os corpos, desumanizados, são sujeitados a uma violência absoluta. Muito antes dos campos de extermínio fascista, a exceção já era produzida, inclusive enquanto espacialidade geográfica, pela colonialidade, que pôs em curso uma tecnologia de extermínio muito mais duradoura e que se manteve em funcionamento para bem além do término formal da escravidão⁵⁹.

Como instrumento de trabalho, o escravo tem um preço. Como propriedade, tem um valor. Seu trabalho é necessário e usado. O escravo, por conseguinte, é mantido vivo, mas em “estado de injúria”, em um mundo espectral de horrores, crueldade e profanidade intensos. O sentido violento da vida de um escravo se manifesta pela disposição de seu supervisor em se comportar de forma cruel e descontrolada, e no espetáculo de dor imposto ao corpo do escravo. Violência, aqui, torna-se um elemento inserido na etiqueta, como chicotadas ou tirar a própria vida do escravo: um ato de capricho e pura destruição visando incutir o terror. A vida de um escravo, em muitos aspectos, é uma forma de morte em vida. [...] Esse poder sobre a vida do outro assume a forma de comércio: a humanidade de uma pessoa é dissolvida até o ponto em que se torna possível dizer que a vida do escravo é propriedade de seu dominador. Dado que a vida do escravo é como uma “coisa” possuída por outra pessoa, sua existência é a figura perfeita de uma sombra personificada.⁶⁰

58 2018

59 CARNEIRO, 2005; NASCIMENTO, 2016.

60 MBEMBE, 2018, p. 28-29.

Vemos, portanto, que a escravização e a exceção materializada na *plantation* expõem a ligação constitutiva que existe entre direito, soberania e exceção. Nesse local, a vida do indivíduo escravizado é colocada na fronteira ontológica entre a humanidade e a bestialidade, eis que é mantido vivo, mas não enquanto ser humano, mas apenas na condição de ferramenta, reduzido a coisa pertencente a um “verdadeiro” ser humano, por quem pode ser vendido, ou, mesmo, morto a qualquer momento. Dessa maneira, a sua vida situa-se fora dos limites jurídicos e ontológicos da humanidade e está sujeita à decisão soberana sobre deixar-lhe viver ou a destruir-lhe. A vida do indivíduo escravizado converte-se a uma morte em vida, tanto pela produção de sua morte social, quanto pela violência soberana que submete o seu corpo nesse espaço da exceção.

Como assinalamos e retomaremos adiante, a produção da exceção inicia-se com as invasões coloniais e com a escravização, mas não se encerra com o fim da vigência dessas formas jurídicas explicitamente determinadas, passando a ser exercida por outras maneiras, mas que se orientam pelas mesmas noções de exceção e de produção do inimigo racializado. É o que observamos nos trechos das falas dos moradores transcritos neste trabalho, as quais destacam a violência absoluta exercida pelas forças armadas durante a intervenção militar e apontam para a continuidade da desumanização de seus corpos e dos territórios em que habitam, os quais são definidos como espaço da exceção, em que a lei se suspende⁶¹. Compreendemos, então, que

A utilização biopolítica da guerra serve ao controle de determinados corpos, alcançando indivíduos marginalizados e relegados a um espaço determinado dentro da sociedade, no qual as normas jurídicas são suspensas sem que isso chame a atenção ou importe para os grupos sociais cujo usufruto de direitos democraticamente estabelecidos permanece inabalado. Assim, o Estado escolhe aqueles que são indesejáveis e que podem ser sumariamente executados. Obviamente essa escolha não se dá de modo aleatório e a classe social – e sobretudo a raça – figuram como elementos determinantes.⁶²

O decreto 9.288/18, que determinou a intervenção militar no Rio de Janeiro, manifesta esse caráter da decisão soberana, que deixa de ser

61 AVELAR, 2020.

62 BARBOSA, 2020, p. 250.

meramente repressiva, mas produz dos limites do direito, que nele definem o pertencimento e a exclusão-inclusão. Como visto na seção anterior, a Constituição, ao dispor sobre a intervenção, especialmente, para o objeto deste trabalho, a intervenção da União nos Estados, prevê a sua própria suspensão, ao afastar a autonomia federativa⁶³ do Estado brasileiro, juridicamente fixado como uma federação, com o objetivo paradoxal de preservar a existência dessa mesma federação. A ementa do decreto 9.288/18 enuncia que “decreta intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro com o objetivo de pôr termo ao grave comprometimento da ordem pública”⁶⁴. Assinala-se, com isso, a suspensão da ordem jurídica no espaço do Rio de Janeiro e por uma temporalidade determinada – entre 16 de fevereiro de 2018 e 31 de dezembro desse mesmo ano, conforme disposição do art. 1º do decreto -, delimitando-se, pois, um estado de exceção nesse recorte espaço-temporal.

A “ordem pública”, cuja defesa fundamenta o decreto de intervenção (cf. art. 34, III, da Constituição, aludido na seção precedente e art. 1º, §2º, do decreto), não se refere a um dado anterior ao direito, mas existe e faz sentido somente dentro dele, o que torna necessário definir o âmbito de referência do ordenamento, para que a lei possa exercer seus efeitos normalizadores. Assim, a decretação da intervenção no Rio de Janeiro expõe a estrutura originária da soberania, que produz os limites do próprio direito, ao introduzir um limiar de indistinção entre fato e direito, no qual a vida é “capturada fora” e torna-se disponível à violência soberana, que se exerce fora do direito, embora relacionada com ele por meio da suspensão. As forças armadas materializam essa violência anômica, eis que a sua ação se introduz precisamente no vácuo jurídico da suspensão da norma sobre a segurança pública, durante a exceção. Corporifica-se a violência que suspende o direito com o objetivo de criar e garantir a sua existência.

A suspensão da ordem jurídica, no caso da intervenção militar no Rio de Janeiro, faz-se perceptível também pela relação que se estabelece entre as forças armadas e as forças de segurança estaduais (polícias e corpo de bombeiros) que atuam durante a vigência da norma. Ocorre que, durante a intervenção, o controle dessas forças é transferido para as forças armadas e se exercem em conformidade não com os comandos legais que vigoram dentro do espaço do direito, mas com os comandos do General Interventor,

63 BRASIL, 1988, arts. 1º e 18.

64 BRASIL, 2018.

cuja autoridade se sobrepõe, nesse contexto, às normas estaduais, sempre que estas conflitam com as “medidas necessárias à execução da intervenção”. A própria autoridade do Governador do Estado é suspensa no âmbito da exceção que se estabelece nesse período, eis que ele preserva apenas as competências que não disserem respeito aos âmbitos da intervenção, porque essas passam para o Interventor, que possui também a autoridade para requisitar recursos e servidores às administrações federal e estadual conforme entenda ser necessário à execução da intervenção.

Art. 3º As atribuições do Interventor são aquelas previstas no art. 145 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro necessárias às ações de segurança pública, previstas no Título V da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

§ 1º O Interventor fica subordinado ao Presidente da República e não está sujeito às normas estaduais que conflitem com as medidas necessárias à execução da intervenção.

§ 2º O Interventor poderá requisitar, se necessário, os recursos financeiros, tecnológicos, estruturais e humanos do Estado do Rio de Janeiro afetos ao objeto e necessários à consecução do objetivo da intervenção.

§ 3º O Interventor poderá requisitar a quaisquer órgãos, civis e militares, da administração pública federal, os meios necessários para consecução do objetivo da intervenção.

§ 4º As atribuições previstas no art. 145 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro que não tiverem relação direta ou indireta com a segurança pública permanecerão sob a titularidade do Governador do Estado do Rio de Janeiro.

§ 5º O Interventor, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, exercerá o controle operacional de todos os órgãos estaduais de segurança pública previstos no art. 144 da Constituição e no Título V da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

Art. 4º Poderão ser requisitados, durante o período da intervenção, os bens, serviços e servidores afetos às áreas da Secretaria de Estado de Segurança do Estado do Rio de Janeiro, da Secretaria de Administração Penitenciária do Estado do Rio de Janeiro e do Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Rio de Janeiro, para emprego nas ações de segurança pública determinadas pelo Interventor.⁶⁵

Os excertos acima repetidamente evocam a necessidade como fundamento da intervenção, da exceção que nela se estabelece. Com base

65 BRASIL, 2018.

nela, suspendem-se as atribuições do Governador, que são assumidas pelo Interventor, durante esse estado de exceção. Suspendem-se também as normas estaduais que conflitem com o que for necessário à execução da intervenção, além de autorizar a requisição de recursos e servidores. Isso indica, então, que o poder soberano produz o “grave comprometimento à ordem pública” que a intervenção buscaria conter. Com isso, possibilita a atuação de uma violência anômica que supostamente preservaria o espaço do direito que foi suspenso por sua própria decisão.

A suspensão do direito que cria o estado de exceção e autoriza a violência absoluta contra os corpos aí situados não é uma novidade no Brasil e, mais ainda, nos territórios invadidos pela Europa. Como explica Mbembe⁶⁶, a concepção de uma ordem jurídica europeia tem um de seus princípios na igualdade jurídica dos Estados soberanos, sobretudo no que concerne ao direito de matar, de declarar a guerra e de negociar a paz – ou seja, o direito de suspender o direito e restabelecê-lo –; por outro lado, essa igualdade entre Estados atribui o objetivo de racionalizar a produção da morte. Outro elemento dessa ordem jurídica europeia é a territorialização dos Estados. Isso tem por efeito posicionar as colônias, fundadas pela invasão e extermínio, como exterioridade do espaço da civilização, do direito, que seria a Europa.

Por todas essas razões, o direito soberano de matar não está sujeito a qualquer regra nas colônias. Lá, o soberano pode matar em qualquer momento ou de qualquer maneira. A guerra colonial não está sujeita a normas legais e institucionais. Não é uma atividade codificada legalmente. Em vez disso, o terror colonial se entrelaça constantemente com fantasias geradas colonialmente, caracterizadas por terras selvagens, morte e ficções para criar um efeito de real. A paz não constitui necessariamente a consequência natural de uma guerra colonial. De fato, a distinção entre guerra e paz não é pertinente. As guerras coloniais são concebidas como a expressão de uma hostilidade absoluta que coloca o conquistador contra um inimigo absoluto. Todas as manifestações de guerra e hostilidade marginalizadas pelo imaginário legal europeu encontraram lugar para reemergir nas colônias [...].⁶⁷

66 2018

67 MBEMBE, 2018, p. 36-37.

O que vimos na seção precedente a respeito das GLOs indica como essa indiscernibilidade entre direito e exceção aparece no ordenamento jurídico brasileiro. De fato, independentemente da proclamação formal de uma intervenção, é possível que o poder soberano decida pela existência de uma ameaça à ordem jurídica e, com isso, declare uma situação de exceção que autoriza o manejo das forças militares – ou seja, de uma lógica de guerra -, a fim de preservar a própria ordem que com essa decisão se suspende. As GLOs, portanto, constituem um exercício da violência soberana, que produz a exceção e captura vidas numa situação de exclusão-inclusão. O número de vezes em que as GLOs foram empregadas atestam a centralidade que o mecanismo da exceção possui no funcionamento do direito. Segundo dados do próprio Ministério da Defesa⁶⁸, entre 1992 e março de 2019, as forças armadas foram utilizadas cento e trinta e seis vezes a fim de garantir “a lei e a ordem” – as quais, como se vê, não existem enquanto dado pré-discursivo, mas resultam da decisão que suspende o direito e autoriza a violência militar. Desse total, vinte ocorreram no Rio de Janeiro, além de vinte e três em todo o território nacional.

Além das GLOs, também a estrutura militarizada da segurança pública brasileira indica a indiscernibilidade entre direito e exceção, que transforma esta última em paradigma político e possibilita a produção de violência que atua em detrimento da lei, mas que, paradoxalmente, pretende aplicá-la. Como vimos, mesmo nas situações institucionalmente definidas como normais, o policiamento ostensivo, que tem por objetivo “preservar a ordem pública”⁶⁹, compete a órgãos militares, que são constitucionalmente definidos como forças auxiliares e reserva do exército. A lógica de guerra é muito mais ampla que os limites formais da intervenção e mesmo que o extenso número de GLOs realizadas, por ser efetivamente a lógica que se aplica dentro do âmbito do direito, o que aponta para a sua indistinção quanto à exceção. A direção dessa política de morte não é aleatória, eis que se volta para o contínuo extermínio de corpos e populações que divergem do ideal regulatório eurocentrado de humano⁷⁰. Percebemos, então, que

68 BRASIL, 2019.

69 BRASIL, 1988.

70 LUGONES, 2010; MALDONADO-TORRES, 2007.

O genocídio da população negra constitui hoje um dos grandes traços de uma necropolítica à brasileira que se encontram nas formações históricas como nos constituímos enquanto nação. Esses dados nos colocam frente a situações que exigem reflexões e tomadas de posições mais agudas no enfrentamento das práticas racistas como engrenagens bio-necropolíticas que, na raça, ou melhor, nas práticas racistas e nas ideias de raças contemporâneas, [têm] ainda um grande delírio⁷¹.

Na sequência, investigaremos mais detalhadamente as relações entre a ação dessa política de morte e a matriz colonial de poder, inaugurada com as invasões europeias, que criam identidades baseadas na classe, na raça e no gênero, categorias que se entrelaçam para definir restritivamente os limites da humanidade. Observaremos, com isso, como a produção do inimigo, alvo da política de morte, relaciona-se diretamente com essa definição racializada e generificada dos corpos que podem ser lidos como humanos.

5. O entrelaçamento entre biopolítica e colonialidade

Nesta seção, discutiremos de que maneira, no Brasil – assim como nos demais países latino-americanos, fundados pelas invasões coloniais –, o exercício da violência soberana entrelaça-se a uma matriz colonial de poder, produtora de identidades racializadas que orientam a nossa sociabilidade segundo discursos que hierarquizam e desumanizam existências a partir de discursos de classe, gênero e raça⁷². Mais especificamente, apontaremos como, no Brasil, o sistema penal integra a produção colonial das identidades racializadas, mantendo em funcionamento, agora por outras formas e instituições jurídicas, o genocídio racial que está na base de formação do país desde o início do processo colonizatório⁷³. Isso possibilitará perceber que a intervenção, as GLO's e a militarização da segurança pública se inserem em um complexo projeto genocida, como parte de um dispositivo de poder que define as vidas ditas anormais e produz ativamente o seu extermínio.

Na seção anterior, discutimos como a vida biológica, tanto em nível individual, quanto populacional, constitui-se em ponto central do exercício do poder político na modernidade/colonialidade. Vimos que a biopolítica

71 LIMA, 2018, p. 28

72 MALDONADO-TORRES, 2007; QUIJANO, 2007.

73 CARNEIRO, 2005; FLAUZINA, 2006; NASCIMENTO, 2016.

foucaultiana não aborda o fato de que, desde o século XVI, a colonialidade já punha em curso mecanismos de governo da vida nos territórios colonizados⁷⁴. Nesses locais, porém, a relação entre o poder político e a vida não era – como não é –, centralmente, de maximização das forças da população, mas de instrumentalização da vida e de produção massificada da morte⁷⁵, de maneira que a compreensão do biopoder, nesses locais, desdobra-se em uma perspectiva necropolítica, que aponta a centralidade dos genocídios e epistemicídios coloniais na formação e movimentação dos Estados anteriormente colônias⁷⁶.

Para concretizar a movimentação desse Estado genocida, o discurso racista assume caráter preponderante e fundamental. Por meio dele se estabelece o corte entre quem deve viver e quem deve morrer. O racismo funciona como condição de aceitabilidade para tirar a vida do outro nas sociedades de normalização, o que deve ser entendido de maneira ampla, que compreenda o assassinato direto, mas, também, a exposição à morte política de todo um setor da. Com efeito, sendo a exceção a relação político-jurídica originária, compreende-se que a sua produção é inseparável do racismo, que está na base mesma da formação dos Estados modernos, os quais estão entrelaçados, desde a sua formação, a um discurso racista estatizante e biologizante, que os constitui como guardiões de uma suposta pureza racial ameaçada por elementos inferiores que habitariam dentro da população. A ação estatal, inseparável desse racismo monista e biologizante, produz uma política de extermínio de todo um setor da própria população, considerado como inimigo biológico a ser eliminado. Assim,

[...] pode-se compreender também por que o racismo se desenvolve nessas sociedades modernas que funcionam baseadas no modo do biopoder; compreende-se por que o racismo vai irromper em certo número de pontos privilegiados, que são precisamente os pontos em que o direito à morte é necessariamente requerido. O racismo vai se desenvolver *primo* com a colonização, ou seja, com o genocídio colonizador. Quando for preciso matar pessoas, matar populações, matar civilizações, como se poderá fazê-lo, se se funcionar no modo do biopoder? Através dos temas do evolucionismo, mediante um racismo.⁷⁷

74 MIGNOLO, 2017.

75 MBEMBE, 2018.

76 LIMA, 2018.

77 FOUCAULT, 2010, p. 216.

O poder, ao exercer-se sobre a vida biológica, coloca-a no centro das preocupações e práticas políticas. Necessita, então, do racismo para realizar uma cisão biológica no corpo populacional, de modo a operar o massacre de setores inteiros que são considerados um perigo biológico para esse corpo, cujas forças devem ser protegidas dos corpos marcados como inferiores. O discurso racista, fundamental ao exercício do biopoder, está intimamente ligado à formação e ao desenvolvimento do padrão de poder capitalista moderno/colonial⁷⁸. A primeira razão dessa ligação relaciona-se ao seu papel nas práticas discursivas e não-discursivas desse biopoder e na exclusão-inclusiva que expõe todo um grupo à morte, ao genocídio.

Por segunda razão tem-se que, com a invasão colonial dos territórios que hoje formam a América Latina, o capitalismo consolidou-se como um padrão de dominação mundial e eurocentrado, com base na imposição de uma hierarquia social racializada e epistêmica entre os povos. Nesse sentido, tanto se produz e se considera o negro e o indígena como identidade inferior e perigo biológico ao homem branco europeu, quanto o conhecimento e os modos de vida europeus apresentam-se como os únicos válidos e verdadeiros, enquanto os saberes de outros povos são tidos como rudimentares, primitivos, pré-científicos⁷⁹.

Há, portanto, unidade entre modernidade e colonialidade que não pode ser ignorada, porque ambas se implicam na construção desse padrão de poder eurocentrado que impõe uma classificação social das vidas dentro do espaço da sociedade de normalização. Dessa forma, categorias de gênero, raça e classe são produzidas para operar e concretizar o controle sobre o trabalho e os recursos produzidos, bem como sobre a reprodução biológica da população. A matriz colonial naturaliza a posição que esses corpos ocupam por conta da classificação que, embora seja o produto originário da sua dominação, é codificada como um dado natural pela ideia de raça⁸⁰.

78 A junção da modernidade e da colonialidade em uma mesma expressão responde à necessidade de considerar que aquilo que se convencionou chamar modernidade forma-se com a invasão e a formação das administrações coloniais das Américas no século XVI. A partir desse evento, forma-se uma configuração de relações intersubjetivas e geopolíticas baseadas na hegemonia da Europa e do Homem europeu. Estes não eram considerados apenas mais avançados, mas atuavam como norma, é dizer, eram as únicas formas “normais” de sociedade e de ser humano, possibilitando julgar as culturas não eurocentradas como primitivas e os indivíduos não-europeus como não-brancos e, conseqüentemente, não-humanos. Assim é que Quijano (2007) explica que a modernidade é o universo de relações organizado a partir da hegemonia eurocentrada. Para mais informações, ver, também, Lander (2000), assim como Mignolo (2017) e Escobar (2003).

79 CASTRO-GÓMEZ, 2007; LANDER, 2000.

80 MALDONADO-TORRES, 2007; QUIJANO, 2007.

A modernidade/colonialidade, ao impor essa classificação, organiza uma diferenciação social e ontológica, porque as identidades racializadas que produz são posicionadas em diferentes graus de humanidade. A raça funciona para delimitar diferencialmente os limites normalizadores do humano, à medida em que a branquitude é engendrada como norma, como encarnação do humano, enquanto as identidades não-brancas – negros, indígenas – são produzidos como menos que humanos, fora dos limites do reconhecimento enquanto tal⁸¹. Essa rede heterogênea de categorias de classificação funciona como uma rede de técnicas de desumanização, que acarreta uma cisão no corpo populacional e define quais vidas gozam do privilégio da ontologia e quais são excluídas dele. A colonialidade possui, pois, uma dimensão sobre o ser, que está diretamente entrelaçada com a relação de exceção, estrutura originária da soberania. Assim,

[...] el “descubrimiento” y la conquista de las Américas fue un evento histórico con implicaciones metafísicas, ontológicas y epistémicas. Para cuando se llegó a una decisión con respecto a la pregunta sobre la justicia de la guerra contra las poblaciones indígenas en las Américas, los conquistadores ya habían establecido una forma peculiar de relacionarse con los pueblos que estos encontraban. Y la forma como lo hacían no se adhería a los estándares éticos que regían en sus respectivos reinos. Como Sylvia Wynter (1995, pp. 5-57) argumenta, la redefinición colombina del propósito de la tierra, en términos del beneficio de los pueblos europeos *vis-à-vis* aquellos que viven fuera de la ecumene humana, anuncia el carácter excepcional que la ética toma en el llamado Nuevo Mundo. Como bien se sabe, tal situación excepcional gradualmente perdió su excepcionalidad, y se volvió normativa en el mundo moderno⁸².

81 CARNEIRO, 2005.

82 MALDONADO-TORRES, 2007, p. 137. Em tradução livre: “[...] a ‘descoberta’ e a conquista das Américas foi um acontecimento histórico com implicações metafísicas, ontológicas e epistémicas. Quando se chegou a uma decisão sobre a questão da justiça na guerra contra as populações indígenas nas Américas, os conquistadores já haviam estabelecido uma forma peculiar de se relacionar com os povos que encontraram. E a forma como o fizeram não obedeceu aos padrões éticos que regiam seus respectivos reinos. Como Sylvia Wynter (1995, pp. 5-57) argumenta, a redefinição colombiana da finalidade da terra, em termos do benefício dos povos europeus *vis-à-vis* aqueles que vivem fora da ecumene humana, anuncia o caráter excepcional que a ética abrange o chamado Novo Mundo. Como se sabe, tal situação excepcional foi perdendo gradativamente sua excepcionalidade e se tornou normativa no mundo moderno.”

O racismo funciona como um discurso desumanizador, que está na base da matriz de sociabilidade eurocentrada que define o nosso pertencimento ou exclusão dos limites do humano. Por meio dele, suspende-se a ética que rege as relações entre humanos para, em seu lugar, vigorar uma não-ética da guerra, em que o Sujeito colonizador pode – e deve, para fortalecer a pureza de sua espécie – exterminar os povos colonizados⁸³. Essas categorias que hierarquizam e desumanizam resultam de discursos que operam a sujeição de um grupo por outro, que se apresenta como superior e cuja pureza cabe ao Estado manter; entretanto, são naturalizadas, porque circulam nos saberes colonizados que nos formam como sujeitos ou não-sujeitos, o que faz com que a subalternização e a desumanização imposta aos indivíduos colonizados/racializados sejam tomadas como um dado. Com isso, a suspensão da ética que exclui determinados corpos dos limites do humano torna-se a regra e a matriz que orienta as relações nos países submetidos à colonialidade – que, como se vê, exerce seus efeitos no ser, o poder e no saber.

Modernidade, colonialidade e racismo são inseparáveis, porque funcionam em conjunto para desenvolver uma trama de relações de poder em nível mundial e que se estabelece com a invasão colonial da América e os massacres das populações originárias que aqui viviam, bem como a escravização e genocídio das populações de África. Esse padrão de dominação não se dissolveu com o término formal dos governos coloniais, antes reorganizou-se para transicionar do colonialismo moderno para a colonialidade global, que manteve inalterada as relações centro-periferia que se formaram com a invasão europeia⁸⁴.

A relação entre a abolição formal da escravidão no Brasil e a formação do sistema penal ajuda-nos a visualizar a manutenção dessa hierarquia eurocentrada das existências que autoriza a absoluta matabilidade dos corpos colonizados/racializados, postos fora dos limites da humanidade, que tem por norma o homem branco, europeu, burguês e cis-heterossexual⁸⁵. Com efeito, Abdias Nascimento⁸⁶ desconstrói o mito do africano livre, um dos pilares de um outro mito, mais amplo, o da democracia racial, segundo o qual as relações entre os diversos grupos raciais e étnicos do Brasil seriam

83 FOUCAULT, 2010.

84 CASTRO-GÓMEZ; GROSFUGUEL, 2007.

85 LUGONES, 2010.

86 2016.

perfeitamente harmoniosas e não teriam na raça um fator relevante em suas posições sociais. Esse mito funciona para manter nas sombras essa hierarquia engendrada pela colonialidade, ao dissociar as violências que as populações não-brancas sofrem do racismo que produz tais violências. É a noção de que haveria apenas um “povo” brasileiro, deixando fora de discussão o fato de que esse “povo” foi construído com o extermínio físico e cultural dos indígenas e dos povos que foram sequestrados de África para serem escravizados nas Américas. É, pois, produzir uma unidade “povo”, mantendo oculta, mas sempre em funcionamento, a norma branca e eurocêntrica desde a qual essa unidade constrói-se.

Nessa linha de compreensão, Lélia Gonzalez⁸⁷ explica que, diferentemente dos Estados Unidos, colonizados pela Inglaterra, em que havia o funcionamento de um racismo aberto, por meio de mecanismos explícitos de segregação racial, no Brasil e nos demais países da América Latina – que, como ela coloca, são realmente uma Améfrica Ladina – há racismo disfarçado, ou racismo por denegação. Nessa forma de funcionamento, não há necessidade de segregação formalmente estabelecida entre negros e brancos, como aquela posta em prática pelas leis Jim Crow nos Estados Unidos⁸⁸. Diferentemente, esse racismo disfarçado funciona por meio de mitos como o da democracia racial, da miscigenação, que escondem que essa suposta unidade se constrói por meio de diversas técnicas que promovem o extermínio físico e cultural dos povos não-brancos.

A suposta democracia racial brasileira apoia-se na afirmação mítica de que os africanos no Brasil teriam experimentado uma escravidão mais benevolente – por mais absurda que essa expressão possa parecer. Um dos sinais dessa benevolência seria o fato de que mesmo antes da abolição total, haveria no país formas graduais de libertação. Abdias Nascimento⁸⁹ desconstrói inteiramente essa percepção absurda, ao explicar que o que havia, realmente, era um conjunto de leis que possibilitavam descartar as pessoas negras nas ruas, sem qualquer tipo de assistência social, depois que seus corpos tinham sido mutilados pela violência da exploração escravista. Após explorar esse corpo por anos em condições desumanas, essa negação da humanidade era completada por sua expulsão, seu abandono às ruas,

87 1988.

88 ALEXANDER, 2017.

89 2016.

onde supostamente estariam livres e, portanto, não seriam mais responsabilidade do Estado.

Nessa linha de compreensão, a abolição da escravatura funciona, realmente, como uma antiabolição⁹⁰, na medida em que generalizou esse abandono das pessoas negras à morte, colocando todo esse contingente, após séculos de exploração, para vagar nas ruas sem rumo, no que podemos ver a materialização da exceção: expulsos das senzalas e sem qualquer espaço de inserção na sociedade, cujos limites eram – e continuam a ser – definidos pela norma branca eurocentrada e com a qual estavam relacionados apenas por sua exclusão. Uma vez realizada essa pretensa abolição, esse setor populacional, que antes era mantido sob controle nas senzalas, agora passava a entrar em contato com o espaço público, com a cidade, o que é inadmissível para uma sociabilidade que foi fundada por meio do genocídio racial. Assim,

[...] Autoridades governamentais e sociedade dominante se mostraram perfeitamente satisfeitas com o ato de condenar os africanos “livres”, e seus descendentes, a um novo estado econômico, político, social e cultural de escravidão em liberdade. Nutrido no ventre do racismo, o “problema” só podia ser, como de fato era, cruamente racial: como salvar a raça branca da ameaça do sangue negro, considerado de forma explícita ou implícita como “inferior”.⁹¹

A questão a ser solucionada pelo “povo” brasileiro após a abolição formal não foi, como nunca foi, a de como integrar a população negra que deixara de estar escravizada, nem tampouco de como prover meios para a sua subsistência. Esse “povo”, fundado pela exploração e extermínio daqueles marcados como não-brancos, preocupou-se em manter em funcionamento a matriz colonial de poder, por meio de novas formas jurídicas que garantissem a continuidade dessa situação extrema de precariedade generalizada, a manutenção desses indivíduos às suas margens – físicas, geográficas e existenciais. Uma multiplicidade de mecanismos jurídicos e administrativos formou-se para responder a essa necessidade das relações de poder⁹². Entre eles, as leis que disciplinaram a migração para o Brasil, de modo a conceder terras e empregos a imigrantes europeus e, assim, manter as pessoas negras

90 FERNANDES, 2017.

91 NASCIMENTO, 2016, s/p.

92 FOUCAULT, 2010.

afastadas de qualquer possibilidade de viver uma vida vivível⁹³, garantindo a eficácia de sua exposição à morte⁹⁴.

Na concretização dessa política de extermínio, central foi a formação e o funcionamento dos aparelhos públicos de repressão⁹⁵, que são chamados a garantir a retirada física desses indivíduos das ruas, às quais foram jogados pelo abandono generalizado produzido pela abolição formal. A população negra encontrou-se, pois, no limiar das possibilidades de existir, excluída tanto do espaço privado das fazendas, de onde fora “libertada”, mas excluída também dos espaços públicos, das ruas e das praças, nas quais, embora fosse obrigada a vagar, era considerada inadmissível para a população branca considerada normal e que se julgava ameaçada por aqueles indivíduos ditos inferiores.

Essa dupla exclusão é precisamente aquela relação de exceção que funda o direito, por meio da captura de determinadas vidas. Estas são expostas a uma absoluta matabilidade, ou, como coloca Maldonado Torres⁹⁶, à não-ética da guerra, que situa essas existências para além dos padrões éticos das relações humanas – uma vez que eles são definidos como não-humanos – e transforma em regra o padrão de comportamento da guerra, orientado para a destruição do outro.

Esse processo caracteriza a modernidade/colonialidade, na qual uma heterogeneidade de técnicas atua para produzir a hierarquização social e ontológica dos indivíduos, a partir da brancura que é produzida como encarnação da norma, do humano⁹⁷. O sistema penal atua nesse sistema, de maneira que serve não apenas para capturar pessoas negras, mas para reintroduzir e atualizar constantemente a diferença ontológica colonial codificada na ideia de raça. Ou seja, o sistema penal faz mais que selecionar raças, ele produz ativamente a racialização e, conseqüentemente, a desumanização de populações inteiras. É o que explicam Argolo, Duarte e Queiroz⁹⁸:

Todavia, numa perspectiva mais ampla (compreensiva), a racialização apresenta um modo de ser de um grupo de sistema penais ocidentais, ou seja,

93 BUTLER, 2015; 2018.

94 Sueli Carneiro (2005) e Abdias Nascimento (2016) explicam detalhadamente o papel da política imigratória na produção do genocídio negro no Brasil.

95 FLAUZINA, 2006.

96 2007.

97 MALDONADO-TORRES, 2007.

98 2016, p. 22.

indica a forma como sistemas penais foram historicamente concebidos como “reguladores” e constituidores das “diferenças raciais”. Esse segundo sentido, capaz de subverter um pouco as relações entre raça e sistema penal, é o quebra-cabeça que poderia ser desmontado a partir de pesquisas que considerassem a hipótese colonial. Neste caso, a racialização representa a consciência progressiva dos atores sociais dos vínculos genéticos da violência institucional com a violência racista. E, especialmente, indica o modo como o sistema penal comporia as engrenagens de um modelo social que produz e reproduz a raça. O sistema penal não apenas incide sobre a raça como algo que lhe é externo, mas integra um conjunto de fenômenos vinculados à Modernidade em que raça e sistema penal se constituem, ou ainda, de fenômenos dispostos num contínuo de construção social.

Entrelaçadamente à raça, porém, há que se recordar que também o gênero e a classe são centrais na definição dos corpos mais vulneráveis à perseguição penal, que serão atravessados pela ação necropolítica e definidos como inimigos. Destaca-se, nesse sentido, que o gênero é um dos eixos centrais da matriz colonial de poder, na definição dos limites entre o Humano e o não-humano⁹⁹. Consequentemente, as mulheres negras e pobres enfrentam diretamente a ação genocida do Estado Brasileiro, seja como alvos do encarceramento em massa e da violência sexual promovida pelos agentes da repressão penal, seja pela perda de seus familiares homens para a violência penal.

O sistema penal, como apontam a formação histórica das dinâmicas sociais brasileiras e, mais de perto, os relatos dos moradores das favelas atingidas pela intervenção militar, possui nas categorias de gênero, raça e classe elementos centrais para a produção da figura do inimigo que pode – e deve – ser morto pela violência soberana. Nesse sentido,

o genocídio da juventude negra é a ponta final da violência reprodutiva contra mulheres negras e faz transparecer o caráter racial-genderizado da violência letal praticada por agentes de Estado. São os homens negros que morrem. São as mulheres negras que perdem seus filhos. A espiral de violência em torno das masculinidades negras produz opressão sobre as mulheres negras, a exemplo desta particular forma de violência sobre a maternidade. Rocha (2012) sugere,

99 LUGONES, 2010.

inclusive, que essa violência teria efeito catalisador em encontros potencialmente mortais entre mulheres negras e agentes estatais, além de produzir efeitos visíveis na luta diária por subsistência e para sobreviver à morte. Da violência brutal de perder o filho, surgem, em espiral, diversas outras.¹⁰⁰

O sistema penal integra, pois, esse poder que se exerce sobre a vida e que regula a distribuição da vida e da morte ao longo do corpo populacional. Tão massiva a produção da morte e tão capilarizado o alcance dessas tecnologias de extermínio, que percebemos que mais que uma biopolítica, temos uma necropolítica, uma distribuição ampla e um funcionamento constante de uma diversidade de tecnologias que realizam o extermínio de setores inteiros da população¹⁰¹.

A intervenção, as GLO's e a lógica militarizada que orienta toda a formação das forças de segurança pública brasileiras, como vimos anteriormente, apontam para essa heterogeneidade de técnicas de desumanização, que produzem a racialização e a generificação. Conseqüentemente, define-se um inimigo interno, que é a ameaça biológica a ser eliminada. Os aparelhos do sistema penal funcionam nas engrenagens desse Estado que tem na exceção, na não-ética da guerra¹⁰², algo que se tornou central no seu funcionamento, o qual aperfeiçoa-se na execução da tarefa genocida que o constitui. Os relatos dos moradores das favelas cariocas e os dados das violências produzidas pelas Forças Armadas apontam para esse entrelaçamento entre biopolítica – ou, mais precisamente, necropolítica – e colonialidade na concretude da realização da intervenção.

6. Conclusão

Ao longo do texto, buscamos realizar uma leitura da intervenção militar no Rio de Janeiro que expusesse a sua função na gestão necropolítica¹⁰³ da vida e da morte, enquanto inflexão de uma lógica ampla de guerra contra as populações não-brancas, que é a base da sociabilidade moderna/colonial brasileira e que se intensifica, ao organizar uma forma jurídico-política

100 SANTOS, 2020, p. 119-120.

101 MBEMBE, 2018.

102 AGAMBEN, 2002; MALDONADO-TORRES, 2007.

103 MBEMBE, 2018.

materializadora da exceção. Desse modo, observamos como o poder soberano, que, na periferia do sistema mundo moderno/colonial, se apresenta sobretudo como poder de matar, reintroduziu a figura do inimigo, com a decretação da intervenção, que suspendeu o direito e possibilitou uma violência direta e absoluta no Estado do Rio de Janeiro.

Observamos, porém, que a produção desse inimigo não é algo feito ao acaso, mas que, no contexto da movimentação genocida da matriz colonial de poder, volta-se para a realização de um objetivo bem definido, o de perpetuar e aperfeiçoar o extermínio das populações que não se amoldam ao ideal eurocentrado de humanidade¹⁰⁴. Desse modo, os efeitos concretos da decisão apontam para o fato de que as forças armadas durante a intervenção atuaram para produzir uma cisão no corpo populacional do Rio de Janeiro, para posicionar, de um lado, a população “normal” – os ditos “cidadãos de bem” – e, de outro, os inimigos internos, assim definidos não por algo que fizeram, mas por serem quem são, por serem posicionados como anormais nas categorias de gênero, raça e classe, situados além das fronteiras em que a vida humana é reconhecível. Por meio dessa cisão, as forças armadas operaram a decisão sobre quais corpos e territórios deveriam ser protegidos e quais corpos e territórios constituíam os inimigos a serem combatidos, em uma guerra constante e sem qualquer possibilidade de paz, porque travada contra aqueles que são ditos perigosos, inferiores, menos que humanos, apenas por suas corporeidades.

Vimos que os dados sobre a intervenção apontam para a prática de uma relação de guerra com o próprio povo de um país. Assim, o racismo está na base da atuação estatal, que estabelece a fronteira entre quem deve viver e quem deve morrer¹⁰⁵. Isso explica a impossibilidade de uma ação estatal que não seja movida pelo racismo, uma vez que é precisamente a defesa de uma suposta pureza racial que funda o Estado¹⁰⁶, como protetor contra a ameaça biológica que representam determinados grupos de pessoas.

A estes indivíduos são atribuídas posições subalternizadas a partir de categorias identitárias que, longe de serem naturais ou pré-discursivas, existem precisamente por meio do discurso racista que as subalterniza em uma classificação social e ontológica organizada desde a matriz colonial de

104 LUGONES, 2010; QUIJANO, 2007.

105 CARNEIRO, 2005.

106 FOUCAULT, 2010.

poder, que estabelece o homem branco, burguês cristão e cis-heterossexual como norma de humano¹⁰⁷. Disso resulta uma desigualdade social e, também, ontológica, porque a ação necropolítica da colonialidade nega a essas vidas, também, o privilégio de serem existências humanas, razão pela qual a sua matabilidade é autorizada e, mais que isso, estimulada, para eliminar o perigo biológico que representam.

Essa dimensão ontológica da colonialidade indica que a não-ética da guerra, resultante da exclusão do âmbito do humano, deixou de ser excepcional e se tornou a norma nos países atingidos pela colonização. O uso recorrente de GLOs, a militarização da segurança pública dentro da “normalidade” e a alta letalidade policial, que se mantém a níveis muito elevados independentemente da vigência formal da intervenção, bem como as práticas altamente violentas registradas durante a intervenção, indicam precisamente o caráter de guerra perpétua, o projeto genocida que funda o Estado brasileiro – mais, ainda, que é o *nomos* da política ocidental¹⁰⁸ –, de maneira que se movimenta como uma máquina letal, desrespeitando o âmbito normativo do direito sob o pretexto de resguardá-lo¹⁰⁹.

Percebe-se, nesse entrecruzamento entre a biopolítica e a colonialidade, a base constitutiva do Estado brasileiro – e dos demais Estados da América Latina, realmente. Tal ação, desse modo, apresenta-se como necropolítica, eis que se orienta não para a maximização da vida, mas para a massificação da morte, por meio de mecanismos que desumanizam determinadas vidas, em um processo que passa pela rede composta por gênero, raça e classe, e autorizam – mais ainda, exigem – a sua matabilidade.

107 LUGONES, 2010.

108 MBEMBE, 2018.

109 AGAMBEN, 2002.

Referências

- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção: homo sacer II*, 1. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.
- AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua 1*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.
- ALEXANDER, Michelle. *A nova segregação: racismo e encarceramento em massa*. São Paulo: Boitempo, 2017.
- ARGOLO, Pedro; DUARTE, Evandro Piza; QUEIROZ, Marcos Vinicius Lustosa. A Hipótese Colonial, um diálogo com Michel Foucault a Modernidade e o Atlântico Negro no centro do debate sobre racismo e sistema penal. *Universitas JUS*, Brasília, v. 27, n. 2, p. 1-31, 2016. DOI: 10.5102/unijus.v27i2.4196.
- AVELAR, Laís da Silva. “Sem nenhum alvará para entrar”: as Bases Comunitárias de Segurança e a radicalização da morte. In: PIRES, Thula; FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Rebelião*. Salvador: Brado Negro, 2020. p. 46-57.
- BARBOSA, Katiúscia Quirino. Violência de Estado, crise democrática e necropolítica. In: PIRES, Thula; FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Rebelião*. Salvador: Brado Negro, 2020. p. 244-256.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasil, 1988.
- BRASIL. *Lei complementar 97*. Brasil, 1999.
- BRASIL. MINISTÉRIO DA DEFESA. *Histórico de GLO*. Disponível em https://www.defesa.gov.br/arquivos/exercicios_e_operacoes/glo/1.metodologia_de_estudo.pdf . Acesso em 06/07/2019.
- BRASIL. Presidência da República. *Decreto 9.288*. Brasília, DF, 2018.
- BUTLER, Judith. *Corpos em aliança e a política das ruas: notas para uma teoria performativa de assembleia*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.
- BUTLER, Judith. *Quadros de guerra: quando a vida é passível de luto*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.
- CARNEIRO, Aparecida Sueli. *A construção do outro como não-ser como fundamento do ser*. Tese (Doutorado em Educação)- Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.
- CASTRO-GÓMEZ, Santiago. Decolonizar la Universidad: La hybris del punto cero y el diálogo de saberes”, In: CASTRO-GOMEZ, Santiago; GROSGOUEL, Ramón (Comp). *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Bogotá:

- Universidad Javeriana-Instituto Pensar, Universidad Central-IESCO, Siglo del Hombre, 2007, p. 79-91.
- CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSFUGUEL, Ramón. Prólogo: giro decolonial, teoría crítica y pensamiento heterárquico. In: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSFUGUEL, Ramón. *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Bogotá: Universidad Javeriana-Instituto Pensar, Universidad Central-IESCO, Siglo del hombre, 2007. P. 9-24.
- ESCOBAR, Arturo. Mundos y conocimientos de otro modo: el programa de investigación modernidad/colonialidad latinoamericano. *Tabula Rasa*, Bogotá, n. 1, p. 51-86, 2003. DOI: <https://doi.org/10.25058/20112742.188>.
- ESTADO DO RIO DE JANEIRO. DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Circuito favelas por direitos: relatório parcial*. Disponível em http://sistemas.rj.def.br/publico/sarova.ashx/Portal/sarova/imagem-dpge/public/arquivos/Circuito_Favelas_por_Direitos_relatorio_parcial.pdf. Acesso em: 06. jul. 2019.
- FERNANDES, Florestan. *Significado do protesto negro*. São Paulo: Expressão Popular; Editora da Fundação Perseu Abramo, 2017.
- FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito)- Universidade de Brasília, Brasília, 2006.
- FOUCAULT, Michel. *A Ordem do Discurso: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970*. 24. ed. São Paulo: Loyola, 2014a. (Leituras filosóficas).
- FOUCAULT, Michel. *A sociedade punitiva*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015. (Coleção Obras completas de Michel Foucault)
- FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. (Coleção obras de Michel Foucault)
- FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I: a vontade de saber*. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2017.
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2016.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 42. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2014b. 291 p.
- GAZETA DO POVO. Intervenção termina com redução de roubos e homicídios; letalidade das forças policiais cresce. *Gazeta do Povo*. 20. dez. 2018. Disponível em <https://www.gazetadopovo.com.br/politica/>

- republica/intervencao-termina-com-reducao-de-roubos-e-homicidios-letalidade-das-forcas-policiais-cresce-bmf92afsptm9zocazecv7kkdq/.
- JESUS, Carolina Maria de. *Quarto de despejo: diário de uma favelada*. 10. ed. São Paulo: Ática, 2014.
- LANDER, Edgardo. Ciencias sociales: saberes coloniales y eurocéntricos. In: LANDER, Eduardo. *La colonialidad del saber eurocentrismo y ciencias sociales*. Perspectivas latinoamericanas. Buenos Aires: CLACSO, 2000, p. 11-40.
- LIMA, Fátima. Bio-necropolítica: diálogos entre Michel Foucault e Achille Mbembe. *Arquivos Brasileiros de Psicologia*, v. 70, n. spe, p. 20-33, 2018.
- LUGONES, María. Towards a decolonial feminism. *Hypatia*, Cambridge, v. 25, n. 4, p. 742-759, 2010. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1527-2001.2010.01137.x>.
- MALDONADO-TORRES, Nelson. Sobre la colonialidad del ser: contribuciones al desarrollo de un concepto. In: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSFUGUEL, Ramón. *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Bogotá: Universidad Javeriana-Instituto Pensar, Universidad Central-IESCO, Siglo del hombre, 2007. p. 127-168.
- MBEMBE, Achille. *Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte*. São Paulo: n- 1 edições, 2018.
- MIGNOLO, Walter D. El pensamiento decolonial: desprendimiento y apertura. Un manifiesto. In: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSFUGUEL, Ramón. *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Bogotá: Universidad Javeriana-Instituto Pensar, Universidad Central-IESCO, Siglo del hombre, 2007. p. 25-46.
- MIGNOLO, Walter D.; OLIVEIRA, Marco. Colonialidade: o lado mais escuro da modernidade. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 32, n. 94, p. 1-18, jun. 2017. DOI: <https://doi.org/10.17666/329402/2017>.
- NASCIMENTO, Abdias. *O genocídio do negro brasileiro: processo de um racismo mascarado*. São Paulo: Perspectiva, 2016.
- QUIJANO, Aníbal. Colonialidad del poder y clasificación social. In: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSFUGUEL, Ramón. *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Bogotá: Universidad Javeriana-Instituto Pensar, Universidad Central-IESCO, Siglo del hombre, 2007. p. 93-126.

RODRIGUES, Matheus; COELHO, Henrique. Pretos e pardos são 78% dos mortos em ações policiais no RJ em 2019: 'É o negro que sofre essa insegurança', diz mãe de Ágatha. *Portal Geledés*. 06. Jun. 2020. Disponível em <https://www.geledes.org.br/pretos-e-pardos-sao-78-dos-mortos-em-acoes-policiais-no-rj-em-2019-e-o-negro-que-sofre-essa-inseguranca-diz-mae-de-agatha/>.

SANTOS, Daniela dos. Quantas vidas valem um fuzil? Política de morte e violência racial-genderizada. In: PIRES, Thula; FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Rebelião*. Salvador: Brado Negro, 2020. p. 113-123. Disponível em: <http://bradonegro.com/Rebeliao.pdf>.

Recebido em 17 de setembro de 2020.

Aprovado em 03 de fevereiro de 2021.

RESUMO: A intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro caracterizou-se pela forte presença das Forças Armadas nas favelas, aumento de homicídios e outras violências contra seus moradores. Este trabalho objetiva discutir essa intervenção enquanto inflexão de uma lógica mais ampla de guerra contra as pessoas não-brancas, fundante do Estado Brasileiro, desde os genocídios coloniais. Divide-se em quatro seções. A primeira analisa relatos de moradores da favela, produzidos no Circuito Favelas por Direitos, que mostram concretamente a relação entre exceção e colonialidade. A segunda apresenta a disciplina jurídica da intervenção. A terceira aborda a relação de exceção formadora dos Estados modernos, os quais definem diferencialmente os limites político-jurídicos da vida humana. A quarta apresenta como a exceção, nos países formados pelas invasões coloniais, entrelaça-se a discursos racistas numa matriz colonial de poder, produtora da desumanização e do genocídio de setores inteiros da população. Metodologicamente, baseia-se na análise documental e na revisão bibliográfica. Conclui-se que a ação estatal brasileira é constitutivamente orientada por uma matriz colonial de poder, que define quais vidas serão protegidas e quais serão expostas à morte generalizada.

Palavras-chave: biopolítica, colonialidade, pensamento decolonial, militarização, racismo, estado de exceção, intervenção.

ABSTRACT: The federal intervention in the State of Rio de Janeiro was characterized by a strong presence of the Armed Forces in the favelas, more homicides and other violence against residents. This paper discusses the intervention as inflection of a broader war logic against non-white people, that founds the Brazilian State, since the colonial genocides. It's divided into four sections. The first analyzes reports from favela residents, gathered in the Circuito Favela por Direitos, which concretely show the relationship between exception and coloniality. The second presents the legal discipline of the intervention. The third addresses exception, forming relation of modern States, which differentially define human life's political-legal limits. The fourth presents how the exception, in countries formed by colonial invasions, is intertwined with racist discourses in a colonial matrix of power, which produces dehumanization and genocide for entire population sectors. Methodologically, it is based on documentary analysis and bibliographic review. The conclusion is that a colonial matrix of power constitutively guides the Brazilian state action, which defines the lives that'll be protected and those that'll be exposed to generalized death.

Keywords: biopolitics, coloniality, decolonial thinking, militarization, racism, state of exception, intervention.

SUGESTÃO DE CITAÇÃO: SANTANA, Ygor Santos de; ÁVILA, Flávia de. Biopolítica e colonialidade a partir da intervenção militar no Rio de Janeiro. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Ahead of print, 2021. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1656>.

A mediação ambiental para a gestão compartilhada do conflito referente à permanência das barracas da Praia do Futuro, em Fortaleza, Ceará

Environmental mediation for the shared management of the conflict regarding the Beach Tents on Futuro Beach in Fortaleza, Ceará

*Dayse Braga Martins **
Universidade de Fortaleza, Fortaleza – CE, Brasil

*Ana Edinéia Cruz Lopes ***
Universidade de Fortaleza, Fortaleza – CE, Brasil

*Bleine Queiroz Caúla ****
Universidade de Fortaleza, Fortaleza – CE, Brasil

* Professora adjunta do Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade de Fortaleza. Advogada, mediadora e conciliadora judicial certificada de acordo com a Resolução 125/2010 CNJ. Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - Unifor. Professora da Pós-Graduação lato sensu da Unifor. Membro da Comissão Científica do Seminário Internacional Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional (www.dialogoaci.com). Pesquisa principalmente nos seguintes temas: direito constitucional, direito econômico, educação jurídica, mediação e conciliação. E-mail: daysebragamartins@gmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4705-0481>.

** Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza (2017) e em Enfermagem pela Universidade Estadual Vale do Acaraú (2005). Advogada - Ordem dos Advogados do Brasil e enfermeira da Prefeitura Municipal de Itapipoca. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Ambiental. E-mail: aeclopes10@gmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1491-8096>.

*** Doutora em Direito, linha Estratégia Global para o Desenvolvimento Sustentável - Universidade Rovira i Virgili, Tarragona, Espanha. Professora Assistente da Universidade de Fortaleza. Pedagoga. Advogada agraciada com o V Prêmio Innovare, 2008 (Projeto Cidadania Ativa – gestão 2005-2008). Coordenadora Científica do Seminário Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional. E-mail: bleinequeiroz@yahoo.com.br. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0033-824>.

1. Introdução

O conflito judicial da permanência ou retirada das barracas da Praia do Futuro em Fortaleza envolve meio ambiente, sustentabilidade, turismo e economia. A questão judicial gira em torno do critério utilizado para definir a localização das barracas, ou seja, se estão ou não em faixa de praia. Dada a obscuridade da matéria, bem como os múltiplos interesses envolvidos no âmbito social, econômico, ambiental, turístico, urbanístico e jurídico, importante se faz discutir essa temática, para que, de alguma forma, consiga-se cooperar com a solução consensuada dessa lide.

Não diferente de outras regiões litorâneas, esse espaço congrega um feixe de interesses e problemas: é a principal área de lazer do município de Fortaleza; recebe turistas de todo o mundo; faz parte da cultura cearense; movimentada a economia local; rende tributos às três esferas do poder (municipal, estadual, federal); gera empregos. O litoral de Fortaleza, por SE tratar de uma região de grande beleza natural e ser propício à convivência social, tem no turismo uma atividade propiciadora de crescimento econômico local. Segundo dados do Instituto de Pesquisa e Estratégia Econômica do Ceará – IPCE, a demanda turística via Fortaleza, em 2016, foi de 3.243.501 turistas¹.

No Ceará, o segmento do turismo, inscrito na atividade de serviços, chega a representar 5% do Produto Interno Bruto (PIB) do Estado². O turismo em Fortaleza movimentou, no ano de 2014, 80% do PIB e empregou aproximadamente 7% da população (aproximadamente 175 mil pessoas). A principal referência do turista sobre Fortaleza é o mar e a beleza das praias³. Em contraponto, apresenta aspectos ambientais desafiadores como a produção de resíduos sólidos e a ocupação de parte de sua orla por empreendimentos comerciais (barracas), cujo espaço (faixa de praia), até hoje, encontra-se mal definido.

A zona costeira brasileira apresenta uma importância estratégica, evidenciada nos mais diversos aspectos, seja em decorrência da ampla biodiversidade ou pelos interesses econômicos divergentes. Esses fatores somados à ocupação antrópica desencadeiam a necessidade de se trabalhar um uso sustentável, de forma que se possa garantir um equilíbrio entre as forças e os valores existentes nesse espaço.

1 SECRETARIA DE TURISMO DO CEARÁ, 2017.

2 SECRETARIA DE TURISMO DO CEARÁ, 2018.

3 INSTITUTO DE PLANEJAMENTO DE FORTALEZA, 2016.

É salutar que a ocupação antrópica da zona costeira traga crescimento, mas também é fonte de conflitos e discussões no âmbito jurídico, como exemplo a da Ação Civil Pública que tramita há mais de dez anos na Justiça Federal, até o momento sem solução definitiva. De um lado, Ministério Público Federal e Advocacia Geral da União alegam que as barracas ocupam bem de uso comum do povo, a praia. No polo passivo, os empresários, donos das barracas, negam as irregularidades apontadas, com fundamento na inexistência de demarcação oficial da linha de preamar média (fundamental para delimitar os terrenos de marinha), legitimidade de seu status quo e cumprimento da função social da propriedade.

A justificativa para a realização da pesquisa encontra-se no desafio de superar a complexidade da matéria que se atrela à carência de material bibliográfico acerca dos aspectos jurídicos e ambientais da zona costeira, o que traz a necessidade de recorrer a outras disciplinas, como a oceanografia e a geologia, trazendo a discussão para o seio acadêmico. Buscou-se desenvolver pesquisa que responda aos questionamentos: há segurança jurídica para afirmar que as barracas ocupam bem de uso comum do povo, faixa de praia? As barracas têm gestão estratégica integrada de promoção da educação e cidadania ambiental? A mediação ambiental permitirá o favorecimento de uma gestão compartilhada das barracas?

Esta pesquisa tem como objetivo geral analisar os argumentos jurídicos contrários e favoráveis à permanência das barracas da Praia do Futuro e verificar a viabilidade da mediação ambiental para a solução judicial das barracas envolvendo interesses das múltiplas partes envolvidas. Entrementes, apresenta uma ponderação para três princípios norteadores: a confidencialidade, a autonomia das partes e a imparcialidade do mediador.

Os objetivos específicos são: apresentar noções preliminares dos aspectos ambientais e jurídicos da zona costeira da Praia do Futuro, avaliar o impacto das barracas na economia local e sua atuação no caminho da sustentabilidade, a ponderação acerca da manutenção ou retirada das barracas.

As hipóteses do estudo foram investigadas mediante pesquisa bibliográfica, recorrendo-se a um caso prático – barracas da orla da Praia do Futuro, em Fortaleza (CE) – o que remete à abordagem teórico-empírica. Utilizou-se uma abordagem quantitativa e qualitativa, voltada a aprofundar e compreender o debate sobre meio ambiente versus barracas de praia, mediante observações intensivas dos fenômenos sociais. A pesquisa é descritiva e exploratória, visto que conceitua, explica, descreve, interpreta, inova, discute e esclarece os fatos.

O estudo está dividido em quatro seções. Inicia-se com notas introdutórias, seguidas da segunda seção sobre Zona Costeira da Praia do Futuro e seus aspectos ambientais. As praias e seus aspectos geoambientais e legais; os terrenos de marinha e a linha de preamar média. A terceira seção apresenta breves ponderações sobre a viabilidade da mediação judicial ambiental e, na sequência, a solução mediada, satisfatória e sustentável da permanência das barracas da Praia do Futuro. A tomada de posição sobre a mediação judicial ambiental parte do conflito judicial das barracas da Praia do Futuro, em Fortaleza, apresentados argumentos favoráveis e contrários à permanência. Encerra-se o estudo com as considerações finais apontadas pela autoria subscrita.

2. Zona Costeira da Praia do Futuro e seus aspectos ambientais

Faz parte da longa costa do Brasil a Praia do Futuro, com aproximadamente sete quilômetros de extensão, localizada a sudoeste da cidade de Fortaleza – Ceará, limitada a oeste pelo Porto do Mucuripe e a leste pelo rio Cocó⁴. Esse trecho de praia apresenta características ímpares em todo o território nacional, por ter um cenário formado por um complexo de barracas que funcionam como principal atrativo para aqueles que procuram atividades recreativas que agreguem sol, praia e conforto⁵.

Fábio Vasconcelos⁶ atribui a esta praia uma grande relevância para o município de Fortaleza, por funcionar como polo de lazer para a população e movimentar a economia local, dada a alta atividade turística, que agrega sua beleza natural com a infraestrutura das barracas à beira-mar. Entretanto, tem sido alvo de uma lide judicial há mais de uma década. Esta sessão tem como objetivo apresentar noções preliminares dos aspectos ambientais da zona costeira.

A zona costeira brasileira, umas das maiores do mundo, estende-se, na sua parte terrestre, por mais de 8.500 km voltados para o Oceano Atlântico, envolvendo dezessete estados, indo do norte equatorial ao sul temperado do país⁷. Nela estão as maiores aglomerações urbanas do país, contendo 25%

4 FREIRE, 2015, p. 85.

5 MACIEL, 2012, p. 11.

6 VASCONCELOS, 2005.

7 BRASIL, Ministério do Meio Ambiente.

da população brasileira, o que corresponde a um contingente aproximado de 42 milhões de habitantes, em área de 388.000 km², com os mais diversos ecossistemas, que se destacam pela fartura de recursos naturais renováveis, os quais são responsáveis pela manutenção da vida humana, reprodução das mais diversas espécies e pela conservação da vegetação nativa⁸.

Área com a mais significativa densidade populacional do Brasil, o litoral constitui um dos locais de maior complexidade e riqueza no que se refere aos recursos hídricos, ambientais e de biodiversidade. É onde se desenvolve boa parte das atividades econômicas industriais e de serviços que compõem o PIB nacional. Diante da relevância dos diversos aspectos que envolvem a interação homem-natureza, aumentam as razões para a crescente preocupação com a zona costeira. A legislação brasileira vem tentando guarnecê-la para que futuras gerações possam usufruir todos os seus benefícios, priorizando a conservação e proteção dos bens ambientais por meio de garantias constitucionais. A Resolução n. 1, de 21 de novembro de 1990, da Comissão Interministerial para Recursos do Mar (CIRM) definiu Zona Costeira como:

[...] área de abrangência dos efeitos naturais resultantes das interações terra/mar/ar, leva em conta a paisagem físico-ambiental, em função dos acidentes topográficos situados ao longo do litoral, como ilhas, estuários e baías, comporta em sua integridade os processos e interações características das unidades ecossistêmicas litorâneas e inclui as atividades socioambientais que aí se estabelece⁹.

O Decreto n° 5.300/2004 que regulamenta a Lei n° 7.661/1988, responsável por instituir o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro (PNGC), em seu artigo 3° define o território onde se localiza a zona costeira brasileira, mas não coloca com exatidão os conceitos, além de não estabelecer uma relação lógica entre esses espaços e as diversas atividades ali produzidas.

No âmbito do Ceará, o artigo 2°, inciso I, da Lei n° 13.796/2006 (Política Estadual de Gerenciamento Costeiro Cearense) define a zona costeira nos mesmos termos do decreto supramencionado, como o espaço geográfico de interação do ar, do mar e da terra, incluídos seus recursos renováveis

8 GONÇALVES; GRAZIERA, 2014.

9 MACHADO, 2015, p. 1078.

ou não, abrangendo uma faixa marítima que se estende por doze milhas náuticas, medido a partir das linhas de base, compreendendo, “a totalidade do mar territorial, e uma faixa terrestre, compreendida pelos limites dos Municípios que sofrem influência direta dos fenômenos ocorrentes na zona costeira, defrontantes e não-defrontantes com o mar”, caracterizados nos termos da legislação federal.

Observa-se que a definição de Zona Costeira é contemplada de forma abstrata, o que conduz a certa incompletude, uma vez que o tema remete a uma variedade de situações e conflitos que exigem uma definição mais precisa. Entretanto, os conceitos jurídicos abordados anteriormente atrelam-se, fundamentalmente, à definição de faixa terrestre e da faixa marinha.

Com relação à área do estudo, zona costeira da Praia do Futuro em Fortaleza, Ceará, sua ocupação ocorreu de forma desordenada, sem prévio planejamento, o que pode inspirar a preocupação ambiental, por isso importa saber se as barracas ali instaladas estão ou não ocupando zona de interesse ambiental. Para isso, a seção seguinte analisa a praia e seus aspectos geoambientais e legais.

2.1. As praias: aspectos geoambientais e legais

O conceito de praia é escasso na doutrina e na legislação vigente. Somente com a Lei de Gerenciamento Costeiro (Lei nº 7.661/88) surgiu, em seu art. 10, a definição legal de praia como bem público de uso comum do povo, sendo assegurado sempre “livre e franco acesso a elas e ao mar, em qualquer direção e sentido, ressalvados os trechos considerados de interesse de segurança nacional ou incluídos em áreas protegidas por legislação específica”.

As praias integram a zona costeira, trazendo beleza e valor a esse espaço, entretanto têm sido alvo de inúmeros conflitos, muitas vezes por ausência de um estudo que melhor as delimitem, não se descartando o fato de que as mesmas podem sofrer alterações quanto à sua área de abrangência, em decorrência da variabilidade das linhas de costa existentes e do aumento do nível do mar ao longo dos anos.

Em busca de um conceito mais técnico para praia, Antonio Cristofolletti¹⁰ a define como “o conjunto de sedimentos, depositados ao longo do litoral,

10 CRISTOFOLETTI, 1980, p. 133.

que se encontra em constante movimentação”. Já para Robert Christopher-son¹¹ praia é “o lugar ao longo de uma costa onde os sedimentos estão em movimento, depositados por ondas, correntes e ventos”.

Logo, tecnicamente, praia pode ser compreendida como a região costeira onde as ondas agem sobre os sedimentos, os quais são formados por fragmentos de areias, finas e grossas, que estão em constante movimento, cuja delimitação poderá apresentar certa variabilidade ao longo da costa. Como forma complementar desse assunto, Tom Garrison apresenta algumas características-chave da praia:

A berma (ou *bermas*) é um acúmulo de sedimentos que é paralela ao litoral e marca o limite normal de deposição de areia pela ação das ondas.

O topo acentuado da berma mais alta, chamado de *crista da berma*, normalmente é o ponto mais alto em uma praia. Corresponde ao limite de ação da onda em direção ao litoral durante as últimas marés altas.

A parte interna da crista da berma, estendendo-se até o ponto mais distante de onde a areia da praia foi depositada, é o *pós-praia*. O pós-praia é a porção relativamente inativa da praia, que pode incluir dunas sopradas pelo vento e gramíneas.

A *antepraia* (zona entremarés), em direção ao mar a partir da crista da berma, é a zona ativa da praia, lavada pelas ondas durante a subida e a descida diária das marés¹².

Para esse estudo, concentraremos o foco na pós-praia (porção relativamente inativa da praia) que, na concepção do geomorfólogo Cristofolletti¹³, “estende-se além do nível da maré alta, inundando-se com as marés altas excepcionais ou pelas grandes ondas durante as tempestades”. Acredita-se que o complexo de barracas na Praia do Futuro possa estar nessa área, já que as fundações desses empreendimentos nunca foram cobertas pelas ondas, nem mesmo nas maiores enchentes.

Feitas essas considerações, a seção seguinte remete à análise dos terrenos de marinha e a linha de preamar média para compreensão da área onde estão localizadas as barracas de modo a levar ao posicionamento jurídico sobre barracas de praia.

11 CRISTOPHERSON, 2012, p. 511.

12 GARRISON, 2016, p. 268, grifos no original.

13 CRISTOFOLETTI, 1980, p. 129.

2.2. Os terrenos de marinha e a linha de preamar média

Importante se faz entender o que vêm a ser terrenos de marinha, ou simplesmente marinhas, vislumbrando-se que outrora se acreditou que estes estabelecimentos estariam localizados em marinhas, o que os leva a pagar taxa de ocupação para a União até hoje.

O artigo 2º do Decreto-Lei nº 9.760/1946 traz a definição legal para os terrenos de marinha, mas não esclarece o que é a linha de preamar-médio, não justificando o motivo de se considerar o ano de 1831 como parâmetro:

São terrenos de marinha em uma profundidade de 33 (trinta e três) metros, medidos horizontalmente, para a parte da terra, da posição da linha do preamar-médio de 1831: a) os situados no continente, na costa marítima e nas margens dos rios e lagoas, até onde se faça sentir a influência das marés; b) os que contornam as ilhas situadas em zona onde se faça sentir a influência das marés. Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo a influência das marés é caracterizada pela oscilação periódica de 5 (cinco) centímetros pelo menos, do nível das águas, que ocorra em qualquer época do ano¹⁴.

Embora a Constituição Federal de 1988, artigo 20, inciso VII, considere os terrenos de marinha e seus acrescidos como bens da União, isto não quer dizer que sejam bens de uso comum, pois não podem ser usados indistintamente, gozando de estatuto jurídico diferenciado, cuja gestão é atribuída a órgão específico do Poder Executivo, qual seja a Secretaria do Patrimônio da União que também é competente para demarcar os terrenos de marinha usando como parâmetro a linha de preamar média de 1831.

Ainda sobre as marinhas, Diogenes Gasparini¹⁵ diz que sua importância sempre esteve correlacionada à defesa do território nacional, o que é até intuitivo, pois sendo faixas de terras fronteiriças ao mar, era de interesse preservá-las para a construção de obras e implantação de serviços indispensáveis à defesa da nação. Assevera ainda que a relevância dos terrenos dessa natureza abrange, além da defesa do território, um aspecto político (quando a União dispõe dessas terras para fazer o serviço ou obra que entender necessário) e patrimonial, na medida em que se presta a auferir rendas por intermédio dos foros e dos laudêmios devidos pelos que deles se utilizam.

14 BRASIL, 1946.

15 GASPARINI, 2012, p. 1013-1014.

Apresentados o conceito e as características dos terrenos de marinha, insta destacar que até hoje utiliza-se como padrão para delimitação daqueles a linha de preamar média de 1831, cuja definição ainda é esparsa na literatura e legislação vigente. O artigo 2º, inciso XII do Decreto nº 5.300/2004, define a preamar como a “altura máxima do nível do mar ao longo de um ciclo de maré, também chamada de maré cheia”, sendo a preamar média a evidência do ponto médio entre as marés cheias máximas e as marés cheias mínimas¹⁶. Aos olhos de muitos, tal parâmetro de medição já se encontra desatualizado, porque essa linha pode variar, dada a elevação do nível do mar ao longo dos anos e a alternância das marés. Nesse diapasão, Carlos Roberto Soares e Rodolfo José Ângulo¹⁷ ressaltam que as características físicas da faixa marinha dependem das características da costa considerada, e, dado o tamanho da costa brasileira e a rede geodésica existente, pode-se afirmar que na maior parte da costa não existe possibilidade de delimitar a linha de preamar média atual. Destarte, enquanto não houver uma atualização da linha de preamar média ou a introdução de métodos mais precisos para medir os terrenos de marinha, o direito estará prejudicado, pois o Judiciário encontrará dificuldade em delimitar as marinhas e, conseqüentemente, julgar acertadamente.

Entrementes, a terceira seção traz as ponderações sobre a viabilidade da mediação judicial ambiental, apresenta o caso empírico – o conflito judicial das barracas da Praia do Futuro, em Fortaleza, os pontos favoráveis e contra à permanência das barracas.

3. Ponderações sobre a viabilidade da mediação judicial ambiental

O estudo faz um recorte sobre a mediação judicial ambiental aplicada ao caso empírico “Permanência das barracas da Praia do Futuro, em Fortaleza”. A zona costeira representa uma área de grande importância por abrigar um ecossistema variado e apresentar uma infinidade de possibilidades de exploração econômica. Daí porque as questões que a envolvem devem caminhar para a civilidade ambiental.

16 VELLI, 2008, p. 55.

17 SOARES, ÂNGULO, 2000.

Para entender a expressão direito ambiental de conflitos, cunhada por Marcelo Buzaglo Dantas¹⁸, comporta citar Flávio Ahmed:

o direito é, sobretudo, conflito e sua construção resulta de um árduo processo simbólico não apenas na formulação de enunciados normativos, mas também de aplicação desses enunciados, criando aquilo que se entende como jurisprudência de nossos tribunais¹⁹.

No Brasil, a mediação judicial está regulamentada pelo Código de Processo Civil, pela Lei de Mediação e pela Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça. A Lei nº 13.140/2015, artigo 21, prevê a mediação extrajudicial. Referidos normativos não expõem critérios específicos para os conflitos ambientais. Espelhadas no princípio da participação social, Maria do Carmo Barros e Dayse Braga Martins lecionam

A mediação ambiental tem características próprias, diferenciadas da mediação comunitária clássica, sobretudo pela multiplicidade de partes envolvidas e pela consequente multiplicidade de interesses. Interesses esses que se colidem e que são defendidos, na sua maioria, de forma desigual, já que envolve interesses de particular, do Estado e de fortes grupos econômicos. Além da complexidade do conflito, resultado da multiplicidade de partes, também se diferencia pela necessidade de estudos técnicos²⁰.

Neste sentido, entende-se que o equilíbrio desses interesses deve ser submetido a um procedimento participativo e democrático, a exemplo da mediação de conflitos entre privados. No entanto, é temerário firmar posição favorável ou contra à mediação como instrumento autocompositivo dos conflitos ambientais ignorando algumas ponderações:

- a) A ementa da Lei nº 13.140/2015 estabelece a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias, embora abra espaço quando especifica a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.
- b) Dentre os princípios norteadores da mediação, a confidencialidade

18 DANTAS, 2017.

19 AHMED, 2018, p. 62.

20 MARTINS; BARROS, 2013, p. 150.

(art. 166 do CPC e art. 2^a da Lei de Mediação) entra em colisão com a publicidade dos interesses públicos ambientais;

c) No Termo de Ajustamento de Conduta não há imparcialidade do(a) mediador(a) – membro do Ministério Público ou Defensoria Pública – conforme o disposto nos artigos 165, §3º. e 166 do Código de Processo Civil;

d) Na mediação dos conflitos ambientais não se observa a prevalência dos princípios da autonomia da vontade dos mediandos ambientais, da isonomia das partes e da decisão informada (art. 166 do Código de Processo Civil);

e) Na mediação ambiental não se observa o critério disposto no artigo 165, §3º do CPC: “O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes [...]”. Ao contrário, não há vínculo preestabelecido entre os mediandos ambientais.

Insta citar a doutrina de Gilberto Passos de Freitas e Flávio Ahmed: “[e]m que pese a lei dispor claramente sobre as mediações no âmbito da administração, é certo que apresenta problemas quando a mediação envolver direitos de terceiros, notadamente direitos coletivos”²¹. O fato que de todos os integrantes da coletividade são seus titulares, incluído na categoria dos bens difusos, titularidade transindividual, recai sobre pessoas indeterminadas e ligadas por circunstância de fato, sendo indivisível, os autores²² alertam “em princípio não seria passível de mediação ou outro meio alternativo de solução de litígios, como a transação, negociação, termo de ajustamento de conduta e outros”. Contudo, referidos autores assumem posição favorável à questão da mediabilidade dos direitos transindividuais, apontam pontos mais positivos do que negativos, especialmente para a co-mediação.

Luciane Moessa de Souza²³ reconhece que a mediação é método adequado para lidar com conflitos complexos, multifacetados e com a participação de vários atores, mas adverte que a mediação “não se mostra um método consensual adequado quando forem constatadas diferenças significativas nas relações de poder entre as partes envolvidas ou quando o histórico do conflito inviabiliza o diálogo, diante da impossibilidade de se trabalhar”. Corroborando com esse entendimento Minu Hemmati, quando afirma que nos

21 FREITAS, AHMED, 2016, p. 8.

22 FREITAS, AHMED, 2016, p. 13.

23 SOUZA, 2014, p. 27.

conflitos envolvendo um elevado número de atores a mediação pode não ser considerada a opção mais adequada, pois “há o risco de o conflito estar escalonado a ponto de inviabilizar o diálogo, ou quando as questões estão ainda muito dispersas e intangíveis para a consideração de resultados concretos”²⁴.

Bleine Queiroz Caúla, Emanuelle Coelho de Souto e Karine Menezes Rocha levantam a preocupação e sugerem alteração legislativa:

Não se pode negar a complexidade da tutela coletiva agravada por um Código de Processo Civil cheio de lacunas, voltado para o direito privado. O legislador foi inábil em negligenciar um capítulo específico sobre a tutela judicial ambiental. Por outro lado, *admitir a possibilidade de mediação ambiental implica na necessidade de uma adequação dos princípios da mediação com as especificidades do direito ambiental, o que exigirá alteração na Lei nº 13.140/2015 para inserção de um capítulo sobre os procedimentos da mediação ambiental*. Não ocorrendo a alteração, opinamos pela utilização da conciliação e negociação como instrumentos adequados às controvérsias ambientais²⁵.

Entrementes, a complexidade da tutela coletiva no direito processual brasileiro é tema em alta discussão e insegurança jurídica. Ana Meire Vasconcelos Barros, Bleine Queiroz Caúla e Valter Moura do Carmo expõem:

Alguns dos expedientes aventados para a melhoria da mediação como ferramenta de gestão de conflitos ambientais passam pelo empoderamento dos mediandos, pela representatividade dos envolvidos, pela intensa participação popular, pela fiscalização estatal e até pela atuação dos *amici curiae*, na circunstância de a mediação se mostrar tão ineficaz que seja imprescindível levar a demanda à tutela jurisdicional.

Não se olvida a possibilidade de a presença do Estado – seja como elemento fiscalizador, seja como ele próprio ministrador da justiça – não garantir a plenitude e integridade da solução apresentada em uma lide que envolva o direito ambiental, mas é um elemento que indubitavelmente traz ares de mais democracia, impessoalidade e lisura. Nesses novos tempos em que se busca a agilidade da justiça, é impossível abandonar a lembrança de que, lenta ou rápida, a solução deve – no que mais for possível – ser equânime, ser justa e fomentar a pacificação social²⁶.

24 HEMMATI, 2002, p. 22. Tradução livre.

25 CAÚLA; SOUTO; ROCHA, 2021, p. 59, grifo nosso.

26 BARROS, CAÚLA; CARMO, 2016, p. 285-286.

A evolução do arcabouço jurídico não foi acompanhada pelo sistema de valoração econômica do dano ambiental, causando um cenário de insegurança jurídica que nem mesmo a autocomposição de conflitos poderá resolver. Toma-se o exemplo da Ação Civil Pública n. 0023863-07.2016.4.01.3800, tramitação na 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Belo Horizonte/MG, protocolada pelo Ministério Público Federal, embora ciente do acordo celebrado em outra Ação Civil Pública n. 0069758-61.2015.4.01.3400 proposta pelo conjunto dos entes federados (União, Estados de Minas Gerais e Estado do Espírito Santo) contra Samarco, Vale e BHP, com a estimativa dos valores dos danos ambientais atingiu a cifra de R\$ 20 bilhões de reais, acordo homologado pela Desembargadora Maria do Carmo Cardoso, Coordenadora-Geral do Sistema de Conciliação da Justiça Federal da Primeira Região, no dia 05/06/2016, na 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais. Insta ressaltar que a segunda ação traz o valor da causa de R\$ 155.052.000.000,00 (Cento e cinquenta e cinco bilhões e cinquenta e dois milhões de reais), sob o argumentando que aquele acordo “não se presta à tutela adequada dos direitos coletivos afetados pelo evento”.

O exemplo supracitado remete a evidência da importância em se adotarem critérios normativos de valoração ambiental, objetivos e seguros, de modo a diminuir o grau de imprecisão em eventual atuação do Poder Judiciário ou acordo firmado em Termo de Ajustamento de Conduta pelo Ministério Público ou Defensoria Pública. Tal valoração deve evoluir no sentido de haver padronização dos critérios e a sua efetiva utilização, tanto para o cálculo de impactos quanto de eventuais danos ambientais, trazendo mais segurança jurídica²⁷.

Antes mesmo dos desastres ambientais minerais de Mariana e Brumadinho, que culminaram em vários crimes tipificados na legislação de responsabilidade penal ambiental, a Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob as diretrizes da resolução PGJ nº 106/2012, criou o Núcleo de Negociação de Conflitos Ambientais (NUCAM), com competência para articular e orientar a atuação do Ministério Público na mediação e negociação de conflitos ambientais complexos, envolvendo empreendimentos ou atividades de significativo impacto ambiental – exploração mineral no estado.

A partir de um Termo de Transação e Ajustamento de Conduta (TAC), foi instituída, no ano de 2016, a Fundação Renova, que define o campo de

27 SIQUEIRA, 2020, p. 124.

atuação, a longo prazo, de 42 programas que se desdobram em projetos implementados nos 670 km de área impactada ao longo do Rio Doce e seus afluentes. Por mais memoráveis que sejam os esforços do Ministério Público Federal e Ministério Público Estadual, integrados com a Procuradoria do Estado de Minas Gerais, os acordos firmados estão desprovidos da participação das partes envolvidas no conflito ambiental de variadas consequências – social, hídrica, alimentar, habitacional, ecossistêmica, energética.

O Conselho Nacional de Justiça instalou na cidade de Mariana, no ano de 2017, um Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSC, unidade do Poder Judiciário especializada em atendimento ao público para a solução consensual de conflitos e orientação nas matérias relativas à cidadania. Extrai-se que no desastre ambiental causado pela empresa Samarco, no ano de 2015, tem-se empenhado esforços para que os conflitos oriundos dos diversos danos sejam dirimidos de forma mais célere, justa e participativa. Para isso, em 2018 foi firmado acordo no Termo de Ajustamento de Conduta – TAC Governança com a Fundação Renova e suas mantenedoras, Samarco, Vale e BHP Billiton a fim de ampliar os valores das reparações proporcionalmente e garantir a participação das pessoas atingidas. Foi instituído o Programa de Indenização Mediada que dará voz e voto às comunidades atingidas²⁸. Ao contrário da mediação familiar na qual somente as partes podem decidir o conflito.

A mediação ambiental no Brasil ainda é incipiente e carece de pesquisa doutrinária. A possibilidade/discussão sobre a sua inviabilidade ante a falta de participação dos atores envolvidos, tal como ocorre na mediação de conflitos familiares – o(a) mediador(a) e advogados(as) não representam, não são partes, nem têm poder decisório para motivar o acordo homologado – é uma realidade a ser enfrentada. Entrementes, o direito ambiental é regido pelo Princípio da Participação Pública na tomada de decisões do Estado. Dito de outro modo, os mediandos ambientais são empoderados ao direito-dever de participação.

Eleger a mediação ambiental como a melhor forma de autocomposição dos conflitos ambientais não pode ter embasamento na crise do Judiciário e na celeridade processual, pois os danos ambientais devem apontar uma responsabilidade de correção, a segurança jurídica está acima do que se pode chamar de justiça célere. Por outro lado, pode-se admiti-la como preventiva contra futuros danos e pedagógica enquanto democrática e transformadora.

28 CAÚLA; SOUTO; ROCHA, 2021, p. 31.

3.1. Solução mediada, satisfatória e sustentável da permanência das barracas da Praia do Futuro

O caso empírico requer a busca de uma solução pacífica, dialogada, satisfativa e sustentável acerca da permanência das barracas da Praia do Futuro, discutida na Ação Civil Pública (nº 75/05 Ref. PA nº 0.15.000.000416/2005-18), protocolada, em 2005, pelo Ministério Público Federal (MPF) e a Advocacia Geral da União (AGU) contra 154 barracas situadas na Praia do Futuro. Solicitam tutela antecipada, inaudita altera para que sejam atendidos os pedidos de imediata remoção de todos os obstáculos que impeçam o livre acesso, em todas as direções, à área de praia; imediata desocupação, com a retirada de todos os apetrechos utilizados para tal fim, de todas as 43 barracas que ocupam o bem público de uso comum do povo sem registro/ inscrição na GRPU, bem como da área excedente aos respectivos títulos ocupada pelas 98 barracas; imediata demolição e recomposição das áreas em que foram implementadas construções de lagos, piscinas, parques aquáticos, e plantações de grama, bem como qualquer outro objeto fixo, não removível, instalado nas áreas de uso comum do povo, realizadas sem elaboração do Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e da apresentação do Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), e sem a autorização da União Federal. A proibição da realização de quaisquer obras, benfeitorias, etc., que inove no estado das barracas²⁹.

Posteriormente, o município de Fortaleza entrou no polo ativo, tendo como principal objetivo a remoção dos obstáculos físicos que impedem o livre acesso à praia e a demolição das construções realizadas que não apresentam o Estudo de Impacto Ambiental e o Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA). No tocante à competência, o artigo 2º da Lei nº 7.347/85 preceitua que as ações “serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa”. Esse artigo poderá suscitar dúvidas, pois o legislador misturou o instituto da competência territorial com a funcional. Entretanto, se o dano ocorrer nas capitais ou em cidades que sejam sede de juízo federal, não se demandarão maiores indagações. De acordo com Paulo de Bessa Antunes³⁰, quando a Ação Civil Pública tiver como finalidade a tutela de bem jurídico cuja titularidade é

29 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2005.

30 ANTUNES, 2017.

a União, a competência será, evidentemente, Federal. Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho³¹ acrescenta que litígios que envolvam bens públicos federais e que encerrem a necessidade de sua preservação devem ser deslindados na Justiça Federal, embora terceiro tenha a responsabilidade direta pela gestão dos bens.

Na busca de construir um consenso ambiental, o Ministério Público Federal instaurou o Fórum Permanente para a Requalificação da Praia do Futuro, em maio de 2017, cujo objetivo principal é somar esforços para subsidiar o processo de tomada de decisão que tenha por finalidade implantar, com consistência técnica e jurídica, o modelo de gestão ambiental e urbanística capaz de conferir aos ecossistemas que integram a região da Praia do Futuro uma proteção eficaz e definitiva, integrando estas áreas ao patrimônio ambiental, cultural, social e econômico da cidade de Fortaleza e do estado do Ceará. Conta com a participação de mais de 25 (vinte e cinco) instituições públicas e privadas. Segundo o Ministério Público Federal,

[...] não é hora de olharmos para trás para verificarmos o que governos passados deixaram de fazer para proteger esta área ambiental e urbanisticamente nobre de Fortaleza. É preciso olhar para frente, buscando a construção de consensos entre todas as visões hoje divergentes sobre a área e sobre o tipo de requalificação que ela deve ter, pois só assim poderemos alcançar o objetivo final proposto³².

O Instituto de Planejamento de Fortaleza – IPLANFOR³³ vem elaborando um plano de alternativas para o reordenamento das barracas da Praia do Futuro, cujas preliminares já foram apresentadas no Fórum Permanente, que aprovou, em abril de 2019, o Termo de Referência, documento propondo a abertura de um concurso nacional de ideias que reúnam aspectos ambientais e urbanísticos para a requalificação da área. Ação consensuada que representa uma política eficiente de gestão de conflitos dialogando sobre os interesses de vários setores da sociedade, baseada em princípios, neste caso, o que é padrão de justiça (princípio) para todos é a preservação do meio ambiente. Como explicam Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton

31 CARVALHO FILHO, 2017.

32 BRASIL. Ministério Público Federal, 2017.

33 Instituto de Planejamento de Fortaleza – IPLANFOR, 2017.

A negociação baseada em princípios produz acordos sensatos, de forma amigável e eficiente. Quanto mais você recorrer a padrões de justiça, eficiência e mérito científico para lidar com o seu problema, maior será a possibilidade de que o pacote final seja sensato e justo³⁴.

Quanto ao “mérito científico”, a participação de setores da sociedade nas discussões, a exemplo da Universidade Federal do Ceará, Universidade Estadual do Ceará, Universidade de Fortaleza, as organizações profissionais (Ordem dos Advogados do Brasil, Conselho Regional de Engenharia e Agronomia do Ceará, Conselho de Arquitetura e Urbanismo do Ceará, etc.), e os estudos e relatórios socioambientais garantem a segurança sob múltiplos aspectos, jurídico, ambiental, econômico e social.

Feitas as ponderações iniciais sobre a mediação ambiental, passa-se à análise do conflito da permanência das Barracas da orla da Praia do Futuro na cidade de Fortaleza, considerando os preceitos técnicos, constitucionais, legais, sociais e econômicos. São apontados argumentos favoráveis e contrários para se chegar a uma tomada de posição.

3.2 O conflito judicial das Barracas da Praia do Futuro, em Fortaleza

O argumento jurídico-ambiental do conflito judicial da orla da Praia do Futuro exige que seja considerado o desenvolvimento econômico sustentável. Dito de outro modo, o turismo por si só não é suficiente para a defesa da permanência das barracas. Os interesses ambientais impõem restrição a vários direitos constitucionalmente garantidos, inclusive o da ordem econômica e financeira. Nessa senda, apresentam-se argumentos favoráveis e contrários à permanência das barracas.

3.2.1 Argumentos favoráveis à permanência

1. As atividades econômicas desenvolvidas nas áreas costeiras são históricas, vêm desde a época do descobrimento do Brasil, onde as primeiras vilas foram construídas no entorno do litoral. Entretanto, isso tem uma razão de ser, as regiões costeiras são ricas, possuem um ecossistema variado com inúmeras possibilidades de exploração econômica, que vão desde a extração do petróleo até seu uso para a balneabilidade.

34 FISHER; URY; PATTON, 2014, p. 92.

A ocupação antrópica da Praia do Futuro reporta-se à década de 1940, apresentando como ponto de partida a construção do Porto do Mucuripe. Por volta da década de 1950, surgiu como mais uma opção de balneabilidade para os membros mais abastados da sociedade fortalezense, uma vez que a Praia de Iracema e a do Meireles estavam saturadas e eram frequentadas pelas mais diversas classes sociais, o que incomodava os ricos da época. Nesta mesma década, o município autorizou o processo de parcelamento do Sítio Cocó e o loteamento de uma área que se estendia do Farol do Mucuripe até a foz do Rio Cocó, realizado pela imobiliária Antônio Diogo. Desde então, os terrenos em volta do porto passaram a ser muito valorizados. Com isso, a Praia do Futuro passou a representar uma nova opção de moradia já que a frente urbana de Fortaleza estava saturada, daí a origem do seu nome³⁵.

Em contraponto, de acordo com o autor supramencionado, a ocupação ocorreu de forma lenta e precária devido à falta de estrutura urbana e condições ambientais, como a presença de um intenso fluxo de areias entre a praia e as dunas, o que veio por dificultar a edificação de equipamentos ao longo da orla. Atrelada a esses fatores, acrescenta-se a forte maresia, considerada uma das mais elevadas do mundo, como fator impeditivo para a ocupação do local, por comprometer a durabilidade dos eletrodomésticos e eletrônicos, além de danificar a estrutura das construções, o que acaba por elevar os gastos com a manutenção dos moveis e imóveis.

Tais condições fizeram com que a Praia do Futuro fosse o último trecho de praia a ser incorporado à zona urbana. Com a desvalorização dessa área pelos aspectos naturais e urbanísticos já citados, a única opção que restou foi explorar seu potencial de balneabilidade e, principalmente, turístico. Foi a partir da procura da Praia do Futuro como opção turística que surgiram as primeiras barracas, em meados da década de 1970.

Para melhor explicar a evolução das barracas de praia, Davis Pereira de Paula³⁶ aponta cinco gerações de barracas, sendo a primeira (década de 1970) caracterizada por total falta de infraestrutura das barracas, que eram artesanais e removíveis. A partir da construção da Avenida Santos Dumont, em 1976, facilitou-se o acesso à Praia do Futuro, o que trouxe uma valorização dos terrenos no seu entorno.

35 PAULA, 2012.

36 PAULA, 2012.

Dessa forma, surgiu, no início da década de 1980, a segunda geração de barracas, localizadas na alta praia e, também caracterizadas pela falta de infraestrutura e higiene, sendo a madeira o principal elemento constitutivo. A terceira geração surgiu no final da década de 1980 e não tinham uma boa infraestrutura, sendo a grande maioria delas feitas de madeira e palha de carnaúba. Mesmo assim, já atendiam um público bem diversificado. Com o aumento do turismo interno e sua valorização enquanto atividade econômica, veio a quarta geração de barracas (início da década de 1990), construídas de alvenaria e tronco de carnaúba, dispendo de uma melhor estrutura física e condições de higiene. A inauguração do Aeroporto Internacional Pinto Martins, no ano de 1998, no estado do Ceará, trouxe o crescimento do turismo nacional e internacional, o que impulsionou o surgimento da quinta geração de barracas, em que as construções de alvenaria e palha de carnaúba foram substituídas por concreto armado e telhas, excetuando-se os quiosques, que permaneciam com a mesma estrutura de palha. Esses empreendimentos passaram a ser conhecidos como “barracas-complexos” por dispor de um espaço físico amplo com piscinas, parques aquáticos, banho de ducha, além de uma gastronomia diversificada, segurança e outros serviços disponíveis no intuito de agradar a clientela.

Dada a valorização da Praia do Futuro, o Poder Público desde a metade da década de 1980 tenta implantar políticas urbanas para seu ordenamento. Maciel³⁷ aponta algumas das tentativas de planejamento dos usos do lazer organizados pelas barracas de praia: “projeto turístico Atlântico Sul (1985), [...] interrompida por falta de verbas; Operação Praia do Futuro (1987), [...]. Também foi interrompida. Operação Praia do Futuro (1988)”. Essa intervenção fora proposta por barraqueiros, Ministério Público Federal, Procuradoria Geral do Estado, Delegacia do Patrimônio da União e Prefeitura Municipal de Fortaleza.

A Praia do Futuro e suas “barracas-complexos”, como são conhecidas, constituem-se como um espaço dedicado à população local e para aqueles que visitam o município de Fortaleza. Chega a mobilizar um público em torno de 5.654.400 pessoas por ano, movimentando a economia e gerando uma receita turística R\$ 135 milhões por ano, correspondendo a uma receita gerada de R\$ 237,8 milhões anualmente. Quanto aos tributos gerados, tanto na esfera estadual como municipal, estes são de aproximadamente R\$ 23,8

37 2014, p. 189.

milhões ao ano. Soma-se ainda a alta geração de trabalho e renda, contando com cerca de 7.082 empregos diretos e 21.245 indiretos³⁸.

Quanto às características socioeconômicas, a Praia do Futuro possui fator estrategicamente determinante para a economia local e regional, haja vista ser um grande atrativo turístico a nível nacional e internacional. É agraciada pela natureza por possuir uma bela paisagem, um banho de mar convidativo dada a temperatura agradável de suas águas e sol o ano inteiro. Sobre os fatores que levaram ao crescimento turístico e econômico nessa parte da orla cearense, segundo Paula estão ligados

à construção das vias de acesso, à construção do Aeroporto Internacional, à qualidade natural e recreacional (praia extensa, ventos e ondas fortes que potencializam o desenvolvimento de diversas atividades de lazer), à proximidade com o setor hoteleiro [...]³⁹.

Neste sentido, necessita-se coadunar os interesses econômicos e sociais com a preservação do meio ambiente, explícito no oitavo Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS-8) estabelecido pela Agenda 2030. A doutrina tenta conceituar desenvolvimento sustentável a partir de valores compõem a visão de futuro, nos quais as civilizações contemporâneas deveriam alicerçar suas esperanças. Entrementes, são utópicos no melhor sentido desse qualificativo, por mais confusa que ainda seja a polissemia da expressão. Há necessidade de uma governança global do desenvolvimento sustentável⁴⁰. Roberto Rabbani leciona:

O conceito de desenvolvimento sustentável impõe que os seres humanos preservem a natureza de tal forma que as futuras gerações possam ter acesso à mesma qualidade de vida que as atuais gerações. Em épocas de crise e de retração econômicas, a questão ambiental é de certa forma marginalizada, sob o fundamento da necessidade de se manter um crescimento econômico, de acordo com os mercados internacionais. Contudo, não se pode conceber a ideia de sobrevivência humana sem a preservação ambiental: o ser humano necessita da natureza, mas a natureza não precisa do ser humano [...]⁴¹.

38 MOREIRA, 2017.

39 PAULA, 2012, p, 258.

40 VEIGA, 2017, p. 233-234.

41 RABBANI, 2017, p. 216.

Em posição crítica, José Eli da Veiga adverte:

Em vez de aumentar a lista dos contorcionismos tão comuns em infrutíferas tentativas de promover um suposto “conceito” de desenvolvimento sustentável, é bem mais prudente que a análise dessa expressão comece por separar os argumentos científicos disponíveis sobre seus dois componentes essenciais: o substantivo desenvolvimento e o adjetivo sustentável [...]. Discutir o que há de válido, sério e objetivo nessa noção pode ser uma ótima vacina contra muitas das ilusões que ela tende a difundir. E separar o joio do trigo permite que o desenvolvimento sustentável possa ser mais conscientemente assumido como um dos mais generosos ideais civilizadores⁴².

O crescimento econômico, impulsionado pela produção de bens e serviços, trouxe consigo uma distorção do consumo e até mesmo da felicidade. Vive-se a cultura do consumismo, onde as falsas necessidades do homem só aumentam perdendo a noção do ser e do ter. Surge a indagação de saber se as tecnologias estão a serviço da sociedade. Em termos medicinais não há dúvidas. Zygmunt Bauman⁴³ vem ao encontro desse pensamento ao fazer uma crítica ao consumo imediatista e, por conseguinte, à liquidez do ambiente, onde as pessoas são incapazes de pensar na vida a longo prazo: “[...] A maioria dos bens valiosos perde seu brilho e sua atração com rapidez e, se houver atraso eles podem se tornar adequados apenas para o depósito de lixo, antes mesmo de terem sido desfrutados”. Esse fenômeno é o que se chama de incivilidade ambiental.

O município de Fortaleza tem como base fundamental de sua economia a prestação de serviços e o turismo, pois não conta com atividade industrial ou agropecuária extensivas. Economicamente, as barracas de praia exercem funções estratégicas no povoamento e ocupação de toda a costa leste, mostrando-se como lastro da prosperidade dos empreendimentos a serem aportados. A extensão da costa litorânea do município de Fortaleza é de 25 quilômetros; destes, sete se concentram na costa da Praia do Futuro. Não obstante, a antropização da zona costeira pode gerar impactos que vão desde a urbanização até a poluição do mar pelos esgotos, acúmulo de resíduos sólidos, ocupação de áreas irregulares, dentre outros.

42 VEIGA, 2017, p. 233.

43 BAUMAN, 2008, p. 45.

Pensando numa economia sustentável, as barracas da Praia do Futuro empenham-se em pôr em prática ações sustentáveis como: redução do consumo de energia; economia da água potável através de orientação dada aos funcionários e informativos a serem divulgados para os visitantes, sobre a importância da preservação das reservas hídricas; destino adequado dos óleos vegetais que servem de matéria prima para a produção de outros produtos, como o sabão; descarte adequado dos resíduos sólidos (lixo), reduzindo o consumo, fazendo coleta seletiva e reciclando tudo que for possível, um exemplo é a participação de algumas barracas no programa *Glass is good*, projeto que tem como objetivo dar um destino adequado às garrafas de vidro, reciclando-as, reduzindo, por sua vez, a poluição do meio ambiente.

Na sequência, os argumentos favoráveis se baseiam na inexistência oficial da linha de preamar média e na negativa de ocupação de bem de uso comum do povo.

3.2.1.1 Da inexistência oficial da linha de preamar média

Ratifica-se a importância da delimitação e a atualização da linha de preamar para se definir com precisão a faixa de terra que pertence à União, no caso os terrenos de marinha. O normativo versa que a competência para determinação da posição da linha de preamar média é do SPU – Serviço de Patrimônio da União (art. 9º), cuja determinação será realizada a partir de “documentos e plantas de autenticidade irrecusável, relativos àquele ano, ou quando não obtidos, à época que do mesmo se aproxime” (art. 10).

Para o polo passivo da Ação Civil Pública, a ocupação da orla da Praia do Futuro pelas barracas aconteceu de forma mansa e pacífica há mais de três décadas (atualizada); nesse ínterim, nenhum dos antigos foreiros nem a União reclamaram essas ocupações. Ressalte-se que essa faixa de terra fora inicialmente aforada para a Sra. Elisa Diogo e, posteriormente, transferida à imobiliária Antônio Diogo. Entretanto, à época em que foi firmado o contrato de aforamento, não havia, oficialmente, a demarcação da linha de preamar, o que impossibilitou à União, em dias atuais, assegurar se a área ocupada pelas barracas é faixa de praia, terreno de marinha ou seu acréscido.

Gasparini⁴⁴ assevera “situados os terrenos de marinha em território municipal, é apropriado que sobre eles incida a legislação local”. O autor

44 GASPARINI, 2012, p. 1024.

reitera que a ação política do município alcança qualquer pessoa ou coisa que esteja em sua área de competência, com exceção ao que é vedado pela Constituição brasileira. Portanto, as edificações nos terrenos de marinha terão de obedecer à legislação municipal, sejam estas promovidas por foreiros da União, ou por ela própria. Assim, as marinhas estão sujeitas à legislação edilícia, tributária, urbanística e de uso do solo em vigor, no município em que estão localizadas.

Caso conclua-se que as barracas da Praia do Futuro estejam localizadas em terrenos de marinha, estas, mesmo localizadas em terras da União, sujeitar-se-ão à legislação do município de Fortaleza, pois este é o ente competente para regulamentar as edificações ali existentes. Entretanto, diante dos fatos apresentados, ainda há um conflito sobre a real localização dessas barracas, levando-se em consideração que a linha de preamar média, parâmetro para definir os terrenos de marinha, ainda não foi delimitada pelo órgão competente (SPU) na área da zona costeira em questão.

O Decreto-lei nº 1.561 de 1977 veda a ocupação gratuita dos terrenos de marinha, salvo quando autorizados em lei (artigo 1º), cabendo ao Serviço de Patrimônio da União (SPU) promover o levantamento dos terrenos ocupados, para efeito de inscrição e cobrança da taxa de ocupação (art. 2º). A linha de preamar média da Praia do Futuro não foi oficialmente demarcada, utilizando-se o Serviço de Patrimônio da União do Ceará, da Avenida Zezé Diogo, como o limite de demarcação dos terrenos de marinha nessa área⁴⁵. Nestes termos, observa-se que a SPU do Ceará não se utiliza do parâmetro legal, linha de preamar média, que seja elaborado por meio de estudo próprio, tendo de recorrer a uma linha presumida e primária que não traz nenhuma segurança jurídica quanto à sua delimitação, o que representa uma vulnerabilidade do Poder Público nessa delimitação.

Embora caiba ao SPU realizar o levantamento dos terrenos de marinha e cadastrar todas as ocupações existentes, não o procedeu no que se refere à área ocupada pelas barracas da Praia do Futuro, devendo recair, portanto, as responsabilidades decorrentes dessa omissão do poder público sobre o órgão do poder responsável e não sobre os ocupantes, assim alegou a defesa. O Decreto-lei nº 9.760/1946 prevê a figura da ocupação para legitimar o uso de terrenos de marinha, em benefício daqueles que já estejam os ocupando há determinado tempo. Para tanto, é necessário que esses ocupantes estejam

45 CONTESTAÇÃO PA nº 0.15.000.000416/2005-18.

cadastrados no SPU e paguem a taxa de ocupação (artigo 127). Entretanto, o ato administrativo que permite a ocupação das marinhas e outras terras públicas federais é discricionário, de modo que “a União poderá, em qualquer tempo que necessitar do terreno, imitir-se na posse do mesmo, promovendo sumariamente a sua desocupação” (*caput* do artigo 132), sem que o ocupante venha reclamar sua permanência. Se a ocupação for julgada de boa-fé pelo SPU, poderá o ocupante ser indenizado pelas benfeitorias que realizou no terreno, mas a importância será arbitrada pelo próprio Serviço de Patrimônio da União – SPU (artigo 132, § 1º).

Um aspecto relevante levantado pelo polo passivo da Ação Civil Pública em comento é o fato de que as barracas da Praia do Futuro foram, inicialmente, edificadas onde hoje se encontra a Avenida Zezé Diogo, sendo os empresários convidados pelo Poder Público a deslocar suas barracas para uma área mais próxima ao mar. A partir dessa determinação, muitos estabelecimentos recuaram até cerca de 60 (sessenta) metros abaixo da área inicial, sendo realocados na faixa onde hoje se encontram, atualmente, construídos. Tal relato comprova a boa-fé dos proprietários das barracas. Vale destacar que, no decorrer da investigação, não foi encontrado conceito de linha de preamar a nível internacional nem denominações similares aos “terrenos de marinha”, o que vem a permear a dificuldade e a segurança jurídica em utilizar esta linha na demarcação das marinhas.

A Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 39, de 2011, pretende revogar o inciso VII do artigo 20 da Constituição Federal de 1988 e o §3º do artigo 49 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, no sentido de extinguir o instituto do terreno de marinha e seus acrescidos e para dispor sobre a propriedade desses imóveis. Dentre as mudanças pertinentes à questão das barracas da Praia do Futuro, importa destacar a que fala dos ocupantes que estejam quites com suas obrigações passarão a ter o domínio pleno do terreno sob sua posse. A aprovação da PEC resolverá definitivamente o problema das barracas, que vêm cumprindo suas obrigações perante o Poder Público, tal como o pagamento da taxa de ocupação. Entretanto, a aprovação dessa emenda causa certa insegurança na medida em que poderá dar azo à apropriação indevida de terras em área de risco ambiental, além de facilitar o uso da má-fé na tentativa de tomar como suas terras públicas.

3.2.1.2 Da negativa de ocupação de bem de uso comum do povo

O Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro instituído pela Lei nº 7.661/88 define, no §3º do artigo 10, praia como a área coberta e descoberta periodicamente pelas águas, acrescida da “faixa subsequente de material detrítico, tal como areias, cascalhos, seixos e pedregulhos, até o limite onde se inicie a vegetação natural, ou em sua ausência, onde comece um outro ecossistema”. Entretanto, a Lei Complementar nº 236, de 11 de agosto de 2017, que dispõe sobre o parcelamento, o uso e a ocupação do solo do município de Fortaleza, incorre no mesmo erro da SPU, ao estabelecer como limite da faixa de praia a via pública:

Art. 5º [...]

§1º A Zona de Preservação Ambiental (ZPA) subdivide-se em três Zonas:

II – [...] Faixa de Praia: parte da orla marítima do Município de Fortaleza, constituindo-se de área coberta e descoberta periodicamente pelas águas marítimas, acrescidas da faixa de material detrítico, tais como areias, cascalhos, seixos e pedregulhos, até o limite onde se inicie a vegetação natural ou outro ecossistema, *ou até a primeira via pública reconhecida pelo Município e de acordo com o disposto nesta lei*⁴⁶.

Observa-se que essa definição de faixa de praia vai além do conceito jurídico dado pela Lei nº 7.661/88, o que pode causar uma heterogeneidade na delimitação da faixa de praia ao longo da orla, por exemplo, em determinado bairro a praia pode ir até onde começa a vegetação natural, enquanto em outro trecho a faixa de praia pode ir até a via pública, mesmo que esta última seja banhada periodicamente pelas ondas do mar.

Já o polo ativo da Ação Civil Pública afirma que as barracas estão em área de praia e que estas impedem o livre acesso dos transeuntes ao bem de uso comum do povo, previsto no inciso IV do artigo 20 da Constituição Federal de 1988. Em contraponto, o polo passivo rebate que as barracas não estão em faixa de praia e que os banhistas e visitantes têm livre acesso à faixa de praia, assim como os estabelecimentos não cobram valor pela utilização de chuveiros, palhoças e áreas comuns, excetuando-se o consumo de alimentação, bebidas e entradas no parque aquático, o que representa prestação

46 FORTALEZA, 2017, grifo nosso.

de serviço. Nesse sentido, a defesa lembra que o limite de praia se confunde com o limite do ecossistema urbano e, pensando-se dessa forma, pode-se afirmar que boa parte das construções da orla de Fortaleza estaria dentro da faixa de praia, ou seja, área de uso comum. Nesse diapasão, entende-se que o termo “praia” deverá ser utilizado de acordo com os parâmetros técnicos.

Tecnicamente, entende-se que a praia termina onde começa outro ecossistema ou vegetação natural, e as barracas, em sua maioria, foram edificadas há mais de três décadas em área que apresentava vegetação que foi sendo modificada pela ocupação antrópica. Vendo por esse ângulo, percebe-se que as barracas não estão em área de praia. No que se refere à edificação em bem de uso comum do povo (praia), vale destacar que os entes públicos sempre permitiram a ocupação dessas terras pelos donos das barracas. A própria União, por meio do Serviço de Patrimônio da União (SPU), cobra taxa de ocupação. Se fosse uma área irregular, não poderia haver cobrança de taxa alguma, as barracas deveriam ser demolidas logo que fossem construídas, ou se houvesse empenho na fiscalização jamais existiria algum preâmbulo de edificação nessa área, mas não foi isso que aconteceu na Praia do Futuro.

Quanto ao fato de os donos das barracas terem realizado plantações de gramas, coqueiros e outras vegetações, isso veio em decorrência de recomendação expressa do ente público, por meio do Ministério do Orçamento e Gestão – Secretaria de Patrimônio da União, conforme ofício enviado em outubro de 1999 para os empresários da Praia do Futuro, nestes termos:

Consoante o programa que esta DPU está desenvolvendo juntamente com a Secretaria de Turismo do Ceará e a Prefeitura de Fortaleza para melhoria ambiental da Praia do Futuro, estamos recomendando aos barraqueiros ali instalados, [...], que *plantem ou transplante, cuidem e mantenham, nas áreas entre as barracas e entre estas e o calçadão, gramíneas, coqueiros e outras plantas que resistam a maresia, ao sol, areia e demais fatores que causa a aridez litorânea. Acrescentamos que terão prioridade na renegociação ou na declaração de prescrição dos débitos perante esta DPU, os barraqueiros que resgatarem esses espaços públicos*⁴⁷.

47 BRASIL. Ministério do Orçamento e Gestão – Secretaria de Patrimônio da União, 1999, grifo nosso.

De acordo com o polo passivo, a União incorre em ações contraditórias ao apontar como irregularidade a plantação de gramíneas, coqueiros e outras vegetações, quando, em momento anterior, foi o órgão responsável pela administração do seu patrimônio (SPU) que incentivou os proprietários das barracas a realizar tais plantações. Importante frisar que, ao plantarem área verde, esses empresários estão contribuindo para a conservação do meio ambiente e melhoramento da paisagem.

Para o polo passivo da ação, as barracas da Praia do Futuro e todas as suas benfeitorias representam “verdadeiro patrimônio turístico e cultural do Estado do Ceará, sem contar a enorme demanda turística e o valioso ganho econômico que gera para o Estado”⁴⁸. Demolir esses empreendimentos ou reduzir as atividades ali desenvolvidas é extirpar dos cearenses parte de sua cultura e abortar uma das mais procuradas opções de lazer do município de Fortaleza.

Nesse sentido, o artigo 2º da Lei nº 7.661/1988 estabelece como objetivo do Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro “orientar a utilização nacional dos recursos na zona costeira, de forma a contribuir para elevar a qualidade da vida de sua população, e a proteção do seu patrimônio natural, histórico, étnico e cultural”.

A seguir, são abordados os pontos negativos à permanência das barracas.

3.2.2 Argumentos contrários à permanência

A questão judicial que envolve as barracas da Praia do Futuro, por se tratar de zona costeira, patrimônio nacional, nos termos do §4º do artigo 225 da CF/88, considera o conflito de interesse público. Assim, assegura-se que todos os entes federados (União, Estados e Municípios) são responsáveis pela tutela da zona costeira, dando-se maior relevância ao município, já que é o ente político mais próximo. Maria Almeida Passos de Freitas⁴⁹ aduz que o fato de ser patrimônio nacional não significa que seja patrimônio federal, ou seja, de propriedade exclusiva da União, pois os bens de propriedade da União encontram-se no rol do artigo 20 da Constituição Federal de 1988. Para esse estudo, interessa os bens descritos no inciso IV do referido artigo, que incluem as praias marítimas como bem da União, já que não houve um

48 CONTESTAÇÃO REF. PA Nº 0.15.000.000416/2005-18.

49 FREITAS, 2014.

consenso se as barracas estão ou não em faixa de praia, e por fim o inciso VII, onde se encontram os terrenos de marinha e seus acrescidos. Então, como ainda não houve atualização da linha de preamar média de 1831, mesmo tendo-se a ciência de que o nível do mar vem sofrendo alterações ao longo dos anos, hoje restam dúvidas quanto à localização das barracas de praia, ou seja, se estão ocupando terrenos de marinha ou seus acrescidos. A condição de a União ser detentora das praias marítimas, dos terrenos de marinha, bem como de seus acrescidos, faz dela uma das maiores interessadas na propositura da Ação Civil Pública, não se excluindo o interesse municipal.

Em suas alegações, o polo ativo da Ação Civil Pública apontou algumas irregularidades, dentre estas que os barraqueiros estão utilizando bem público de uso comum do povo – a praia – como se particular fosse –, considerando que seus empreendimentos estão localizados em faixa de praia, além de utilizar meios que obstaculizam o livre acesso ao bem do povo, como cercas, tapumes, cordas, dentre outros obstáculos. Para o Ministério Público e a Advocacia Geral da União, é de conhecimento público que toda a faixa de areia que vai até o calçadão da Avenida Zezé Diogo é faixa de praia e qualquer cidadão médio que tenha bom senso chegará a esta conclusão⁵⁰.

Cita-se o inciso IV do artigo 20 da Constituição Federal de 1988, que coloca as praias marítimas no rol de bens da União, juntamente com o artigo 10 da Lei nº 7.661/1988, que preceitua que “as praias são bens públicos de uso comum do povo, sendo assegurado, sempre, livre e franco acesso a elas e ao mar”. A fundamentação jurídica de que as barracas estão em área de praia foi a partir do conceito de praia encontrado no §3º do artigo supra-mencionado. Ademais, cita-se na petição inicial o artigo 109 e o parágrafo único da Lei Municipal nº 7987/1996 (Uso e ocupação do solo no município do Fortaleza), revogada pela Lei Complementar nº 236, em agosto de 2017.

Para Carvalho Filho⁵¹, “uso comum é a utilização de um bem público pelos membros da coletividade sem que haja discriminação entre os usuários, nem consentimento estatal específico para esse fim”, devendo esse uso ser gratuito, de modo que não cause qualquer ônus aos que utilizem o bem, sendo as praias um exemplo que prestigia a hipótese de uso comum. De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵², consideram-se bens de uso

50 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2005.

51 CARVALHO FILHO, 2017, p. 1.234.

52 DI PIETRO, 2017, p. 946.

comum do povo “aqueles que, por determinação legal ou por sua própria natureza, podem ser utilizados por todos em igualdade de condições, sem necessidade de consentimento individualizado por parte da Administração”.

A exemplificação dos bens de uso comum do povo também é encontrada no artigo 99, inciso I do Código Civil de 2002: “são bens de uso comum do povo os mares, as praias, os rios, as estradas, as ruas e os logradouros públicos”. Observa-se que esse inciso é exemplificativo e não taxativo, podendo existir outros bens de uso comum do povo. Assim, conclui-se que as praias são bens de uso comum do povo, e isso foi evidenciado no ordenamento pátrio brasileiro, entretanto ainda não há consenso se as barracas estão ou não em faixa de praia.

Outra irregularidade levantada é o fato de 43 estabelecimentos, à época da propositura da ação, funcionarem sem inscrição na Gerência Regional de Patrimônio da União (GRPU), o que caracteriza uma situação totalmente ilegal. Assoma-se a isso a razão de outros 98 empreendimentos, dos 110 com inscrição na GRPU, excederem os limites previstos no registro do patrimônio da União.

Entende-se que, estando as barracas localizadas em qualquer das três opções (praia, terrenos de marinha ou seus acrescidos), a gestão da área ocupada é atribuída a órgão específico do Poder Executivo, no caso a Secretaria de Patrimônio da União (SPU). Nesse sentido, preceitua o art. 1º da Lei nº 9.636/1988 que o Poder Executivo deverá executar as ações de identificação, demarcação, cadastramento, registro e fiscalização dos bens imóveis da União, bem como a regularização das ocupações nesses imóveis.

Os autores da Ação Civil Pública acrescentam a realização de construções em área de praia sem a elaboração do EIA – Estudo de Impacto Ambiental – EIA e, conseqüentemente, do Relatório de Impacto Ambiental – RIMA, não dispendo da devida autorização do poder público competente, incluindo-se a edificação de piscinas, parques aquáticos, quiosques, dentre outros. Diante disso, importante relatar que a Lei nº 7.661/1988 (Instituiu o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro) tornou obrigatória a realização do EIA/RIMA de qualquer obra ou atividade que resulte na alteração das condições naturais da zona costeira, estipulando sanções para quem descumprir as condições de licenciamento.

Quanto ao aspecto ambiental, o principal receio do polo ativo da ação é que as barracas estejam causando dano ambiental em decorrência da sua localização e em virtude da construção de parques aquáticos, piscinas,

rampas, quiosques, sombreiros, calçadas e outras obras, sem a devida autorização do órgão competente e sem a elaboração do Estudo de Impacto Ambiental (EIA).

4. Considerações finais

Os resultados apontam respostas aos questionamentos da pesquisa. Não há segurança jurídica para afirmar que as barracas ocupam bem de uso comum do povo, praia. Nesse diapasão, averiguando-se o conceito técnico e jurídico de praia, observa-se que não há diferença entre eles, pois ambos dizem que a praia termina onde começa outro ecossistema ou vegetação natural. Se as barracas foram, inicialmente, inseridas em área com vegetação natural e suas fundações nunca sofreram influência das marés, mesmo nas piores enchentes, acredita-se que as barracas não estão em faixa de praia, mas sim na porção além do pós-praia, o que não caracterizaria bem de uso comum do povo.

Outro aspecto considerado é o fato de não existir delimitação oficial da linha de preamar média de 1831, quando tal levantamento deveria ser feito pela Secretaria de Patrimônio da União – SPU, mas esse órgão público se mostrou omissivo até então, o que acaba por prejudicar a demarcação dos terrenos de marinha, trazendo também insegurança na cobrança de taxa de ocupação. Entende-se que usar como parâmetro de delimitação a via pública (assim o fez a SPU) é prejudicial e ilegal por ser desprovido de tecnicidade.

A questão judicial tramita há mais de uma década e, até o momento, não mostrou uma decisão que coadune com os múltiplos interesses envolvidos. No decorrer da análise da Ação Civil Pública nº 75/05 Ref. PA nº 0.15.000.000416/2005-18 contra 154 barracas situadas na Praia do Futuro, percebeu-se que a segurança jurídica na localização das barracas está prejudicada porque ainda não se chegou a um consenso quanto ao conceito de praia e, conseqüentemente, à real delimitação da faixa de praia nessa área, o que torna fundamental recorrer-se a uma perícia detalhada do local. Já que envolve conceitos técnicos, é sensato que o julgador recorra aos aspectos técnicos e periciais, além dos jurídicos, antes de proferir sua decisão.

Quanto à ausência de Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e seu respectivo relatório (RIMA) na construção das piscinas, parques aquáticos e quiosques em algumas barracas, dentre outras obras de menor monta, a Constituição Federal de 1988 estabelece a exigência desses instrumentos administrativos às obras e atividades potencialmente causadoras de significativa degradação

ambiental, o que não se aplica à construção desses acessórios nas barracas. E, caso o Estado (Judiciário ou Executivo) entenda necessário, que sejam exigidos o estudo e o respectivo relatório a fim de garantir o uso sustentável.

Outrossim, o acórdão de 2018 do Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região julgou parcialmente procedente a Ação Civil Pública supramencionada, ao determinar a retirada, no prazo de dois anos, somente das barracas irregulares (aquelas que não possuem Registro Imobiliário Patrimonial – RIP), e o retorno das barracas ao seu tamanho original para as que possuem o RIP. Decisão esta que dá azo a recursos especiais e extraordinários às Cortes Supremas, visto que se tem uma série de argumentações, já elencadas no presente trabalho e que dariam suporte às pretensões.

Outrora, a decisão supramencionada foi favorável aos empresários das barracas que possuem RIP, regularizando-se assim o direito de esses empreendimentos continuarem com suas atividades, permanecendo onde estão, ou seja, em área que não se consubstancia como faixa de praia.

Sobre a gestão estratégica integrada de promoção da educação e cidadania ambiental importa afirmar que na sentença exarada no processo judicial foram determinadas alterações e adequações à sustentabilidade do complexo de Barracas da Praia do Futuro, responsável por atrair turistas e movimentar a economia do município de Fortaleza – Ceará. Entrementes, a sustentabilidade é um princípio constitucional que deve ser sopesado quando em colisão com os impactos das barracas da Praia do Futuro na economia local e o caminho que estas vêm percorrendo na busca de um equilíbrio socioambiental. Contudo, a compensação ambiental pode ocorrer com ações de educação e cidadania ambiental para turistas e clientes locais das barracas.

As barracas da Praia do Futuro têm importância socioeconômica, turística e cultural, funcionando como verdadeiro *marketing territorial*, pois juntas representam um dos principais atrativos para aqueles que procuram agregar o sol ao banho de mar, contribuindo para que o município seja conhecido internacionalmente como “terra do sol”. Encarar de forma estática os problemas que envolvem a orla da Praia do Futuro, com seus múltiplos interesses conflitantes, atrelados à obscuridade de algumas decisões e à omissão do Poder Público, não trará uma solução definitiva para o conflito em tela.

A mediação é um mecanismo participativo e democrático que busca equacionar interesses múltiplos. No caso empírico das barracas é possível em razão de contar com a participação paritária no *Fórum Permanente de Construção de Consensos Ambientais*: Ministério Público Federal, Associação dos

Empresários da *Praia do Futuro*, *Universidades*, *órgãos estatais e instituições como OAB, CREA*. A *solução tardia* para superar esse conflito socioambiental, econômico e cultural pode gerar novos conflitos sociais como empregabilidade, impactos no turismo local. A lacuna legislativa para suprir a abstração da definição de área de praia precisa ser preenchida. O remédio constitucional é o mandado de injunção. Esse problema não é apenas de Fortaleza, mas abrange dezessete estados brasileiros com zona costeira.

Entrementes, não significa que a mediação seja o melhor instrumento de autocomposição para todos os conflitos ambientais, a exemplo dos desastres ambientais no estado de Minas Gerais. É preciso colocar olhos de lince em três princípios que ordenam a mediação: confidencialidade, autonomia da vontade das partes e imparcialidade do mediador, insitos no Código de Processo Civil e a Lei de Mediação. São princípios não harmonizados com os interesses públicos ambientais. Aponta-se para a necessidade de alterações legislativas do Código de Processo Civil para os procedimentos específicos às tutelas coletivas e da Lei da Mediação para a autocomposição ambiental dialogada.

O questionamento acerca da mediação ambiental favorecer uma gestão compartilhada das barracas o posicionamento acertado é positivo. No entanto, entende-se que é possível atrelar crescimento socioeconômico à preservação ambiental, desde que haja participação ativa da sociedade, dos empresários e do poder público de modo que as soluções dialogadas sejam criativas e duráveis.

Trabalhar o desenvolvimento sustentável, atentos aos aspectos científicos dessa área, é essencial para a aquiescência da continuidade das atividades desenvolvidas na orla da Praia do Futuro, bem como a permanência das barracas que lá estão. Há uma perspectiva de que a solução final para esse conflito caminhe no sentido de integrar as questões de uso e ocupação do solo com o desenvolvimento de atividades econômicas que tenham como foco a sustentabilidade ambiental.

Intui-se a possibilidade real de um nível de segurança socioambiental trazendo novos rumos para superar as tensões envolvidas no conflito meio ambiente *versus* Praia do Futuro, com a permanência das barracas, porém exige gestão criativa, durável e sustentável, compensação ambiental e fiscalização das renovações das licenças ambientais pelo poder de polícia estatal. Caminha-se para um entendimento doutrinário quase uníssono acerca da mediabilidade dos direitos transindividuais e da co-mediação para os conflitos ambientais. Espera-se que a legislação e jurisprudência acompanhem essa evolução.

Referências

- AHMED, Flávio. *Tutela jurídica das praias urbanas no direito ambiental brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- BARROS, Ana Meire Vasconcelos; CAÚLA, Bleine Queiroz; CARMO, Valter Moura do. Desequilíbrios de poder entre os mediandos e a necessária tutela do Estado: análise da mediação ambiental à luz do CPC/2015. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 13, n. 27, p. 267-289, set./dez. 2016.
- BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 abr. 2021.
- BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama). *Resolução nº 1, de 23 de janeiro de 1986*. Dispõe sobre critérios básicos e diretrizes gerais para a avaliação de impacto ambiental. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 23 jan. 1986. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=23>. Acesso em 10 nov. 2019.
- BRASIL. *Decreto nº 24.643, 1934*. Decreta o Código das Águas. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 jul. 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d24643.htm. Acesso em: 22 ago. 2020.
- BRASIL. *Decreto nº 5.300, 2004*. Regulamenta a Lei nº 7.661, de 16 de maio de 1988, que institui o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro – PNGC, dispõe sobre regras de uso e ocupação da zona costeira e estabelece critérios de gestão da orla marítima, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 07 dez. 2004. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=531>. Acesso em: 27 ago. 2020.
- BRASIL. *Decreto-lei nº 1.561, de 13 de julho de 1977*. Dispõe sobre a ocupação de terrenos da União e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 jul. 1977. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del1561.htm. Acesso em: 3 nov. 2019.
- BRASIL. *Decreto-lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946*. Dispõe sobre os bens imóveis da União e dá outras providências. Diário Oficial da União,

- Brasília, DF, 05 set. 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del9760.htm. Acesso em: 3 nov. 2019.
- BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 7 nov. 2019.
- BRASIL. *Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981*. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 ago. 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm. Acesso em: 3 set. 2020.
- BRASIL. *Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985*. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 jul. 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm. Acesso em: 5 jul. 2020.
- BRASIL. *Lei nº 7.661, de 16 de maio de 1988*. Institui o plano nacional de gerenciamento costeiro e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 maio 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7661.htm. Acesso em: 27 ago. 2020.
- BRASIL. *Lei nº 9.636, de 15 de maio de 1998*. Dispõe sobre a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União, altera dispositivos dos Decretos-Leis nºs 9.760, de 5 de setembro de 1946, e 2.398, de 21 de dezembro de 1987, regulamenta o § 2º do art. 49 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 15 maio 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9636.htm. Acesso em: 12 set. 2020.
- BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Características e limites da Zona Costeira e Espaço Marinho*. Disponível em: <https://antigo.mma.gov.br/gestao-territorial/gerenciamento-costeiro/zona-costeira-e-seus-m%C3%BAltiplos-usos/caracteristicas-da-zona-costeira.html>. Acesso em: 12 abr. 2021.
- BRASIL. Ministério Público Federal. *Ação Civil Pública nº 75/05 Ref. PA nº 0.15.000.000416/2005-18*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/ce/atuacao/forum-praia-do-futuro/arquivos-do-forum/praiadofuturo-conflito-judicial-documentos.pdf>. Acesso em: 30 out. 2019.

- BRASIL. Ministério Público Federal. *Fórum permanente de requalificação da Praia do Futuro*. 2017. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/ce/sala-de-imprensa/docs/manifesto-forum-permanente-para-a-requalificacao-da-praia-do-futuro>. Acesso em: 7 nov. 2019.
- BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 21 mar. 2021.
- BRASIL. *Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015*. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 21 mar. 2021.
- BRASIL. *Proposta de Emenda Constitucional nº 39, 2011*. Revoga o inciso VII do art. 20 da Constituição e o § 3º do art. 49 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para extinguir o instituto do terreno de marinha e seus acréscidos e para dispor sobre a propriedade desses imóveis. Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=508965>. Acesso em: 28 jan. 2020.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- CAÚLA, Bleine Queiroz; SOUTO, Emanuelle Coelho de; ROCHA, Karine Menezes. Olhos de *lince* sobre as soluções mediadas no contexto dos desastres ambientais minerais. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado; CIAMMARICONI, Anna (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz *et al.* (org.). *Diálogo Ambiental, Constitucional, Internacional*. v. 17. Brasília: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, 2021.
- CEARÁ. Constituição Estadual (1989). *Constituição do Estado do Ceará*. Disponível em: <https://www.al.ce.gov.br/index.php/publicacoes?download=386...do-ceara-1989>. Acesso em: 7 nov. 2019.
- CEARÁ. *Lei nº 13.796, de 23 de junho de 2006*. Institui a Política Estadual de Gerenciamento Costeiro, e o plano estadual de gerenciamento costeiro e dá outras providências. Diário Oficial do Estado. Fortaleza, CE, 23 jun. 2006. Disponível em: <https://www.al.ce.gov.br/legislativo/legislacao/leis2006/13796.htm>. Acesso em: 8 nov. 2019.

- CEARÁ. Secretaria de Turismo do Ceará – SETUR. Instituto de Pesquisa e Estratégia Econômica do Ceará – IPECE. Anuário Estatístico do Ceará 2017. *Demanda turística via Fortaleza, segundo procedência – Ceará – 2014-2016*. 2017. Disponível em: http://www2.ipece.ce.gov.br/publicacoes/anuario/anuario2017/aspectosEconomicos/turismo/demanda_turistica.htm. Acesso em: 23 set. 2020.
- CEARÁ. Secretaria de Turismo do Ceará – SETUR. Instituto de Pesquisa e Estratégia Econômica do Ceará – IPECE. *Turismo cearense tem participação de 5% no PIB estadual e índice deve aumentar nos próximos anos*. 2018. Disponível em: <https://www.ipece.ce.gov.br/2018/06/29/turismo-cearense-tem-participacao-de-5-no-pib-estadual-e-indice-deve-aumentar-nos-proximos-anos/>. Acesso em: 23 set. 2020.
- CRISTOFOLETTI, Antonio. *Geomorfologia*. 2. ed. São Paulo: Edgard Blücher, 1980.
- CRISTOPHERSON, Robert W. *Geossistemas: uma introdução à geografia física*. 7. ed. Porto Alegre: Bookman, 2012.
- DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Direito ambiental de conflitos: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões*. Tradução de Vera Ribeiro; Ana Luiza Borges. 3. ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Solomon, 2014.
- FORTALEZA, *Lei Complementar nº 236, de 11 de agosto de 2017*. Dispõe sobre o parcelamento, o uso e a ocupação do solo do município de Fortaleza. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/CE/FORTALEZA/LEI-COMPLEMENTAR-236-2017-FORTALEZA-CE.pdf>. Acesso em: 23 set. 2020.
- FORTALEZA. Instituto de Planejamento de Fortaleza – IPLANFOR. *Projeto Fortaleza2040. Plano de Ação para Economia do Mar no Município de Fortaleza*. Abril, 2016. Disponível em: http://fortaleza2040.fortaleza.ce.gov.br/site/assets/files/eixos/5_EconomiadoMar.pdf. Acesso em: 23 set. 2020.
- FREIRE, Débora Ferreira. *Lazer e turismo nas barracas da Praia do Futuro: usos e conflitos territoriais na metrópole – Fortaleza – CE*. 2015. 180 f.

- Dissertação (Mestrado em Geografia) – Centro de Ciências e Tecnologia, Universidade Estadual do Ceará, Fortaleza, 2015.
- FREITAS, Gilberto Passos de; AHMED, Flavio. A mediação na resolução de conflitos ambientais. *Revista Eletrônica OAB, Rio de Janeiro*, 2016. Disponível em: <https://revistaeletronica.oabrj.org.br/wp-content/uploads/2016/10/Mediacao-ambiental-Autores-Gilberto-Passos-e-Flavio-Ahmed.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2021.
- FREITAS, Maria Almeida Passos de. Os municípios na zona costeira. In: GRANZIERA, Maria Luiza Machado; GONÇALVES, Alcindo; MORE, Rodrigo (org.). *Os desafios ambientais da zona costeira*. São Paulo: Essential Ideal, 2014.
- GARRISON, Tom. *Fundamentos de oceanografia*. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2016.
- GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GONÇALVES, Alcindo; GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Regime jurídico e governança na zona costeira. In: GRANZIERA, Maria Luiza Machado; GONÇALVES, Alcindo; MORE, Rodrigo (org.). *Os desafios ambientais da zona costeira*. São Paulo: Essential Ideal, 2014. p. 14-29.
- HEMMATI, Minu. *Multistakeholder processes for governance and sustainability beyond deadlock and conflict*. London: Earthscan, 2002.
- IPLANFOR elabora modelos de ordenação da Praia do Futuro. *Jornal Diário do Nordeste*. Fortaleza, 26 de agosto de 2017. Metro. Disponível em: <http://diariodonordeste.verdesmares.com.br/cadernos/cidade/iplanfor-elabora-modelos-de-ordenacao-da-praia-do-futuro-1.1810823>. Acesso em: 7 nov. 2019.
- MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MACIEL, Wellington Ricardo Nogueira. As barracas de praia e a “civilização do lazer”: espaço urbano, poder e sociabilidade na Praia do Futuro. *Revista de Ciências Sociais*, Fortaleza, v. 45, n. 1, p. 187-219, 2014.
- MACIEL, Wellington Ricardo Nogueira. Imagens discursivas, usos e ocupações dos espaços praianos de Fortaleza. *Revista Homem, Espaço e Tempo*, Sobral, v. 6, n. 1. p. 1-17, mar, 2012.
- MARTINS, Dayse Braga; BARROS, Maria do Carmo. A mediação como mecanismo de solução de conflitos ambientais e efetivação do princípio da participação social. In: CAÚLA, Bleine Queiroz; MARTINS, Dayse Braga; ALBUQUERQUE, Newton de Menezes; CARMO, Valter Moura do (org.). *Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional*. Fortaleza: Premium, 2013. v. 1. p. 146-167.

- MOREIRA, Roberto. Salmito Filho e Acrísio Sena enviam documento ao TRF de Recife contra a retirada das barracas da Praia do Futuro. *Jornal Diário do Nordeste*. Disponível em: <http://blogs.diariodonordeste.com.br/robertomoreira/tag/praiado-futuro/>. Acesso em 8 out. 2019.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração de Estocolmo sobre o Ambiente Humano*. Estocolmo, 1972. Disponível em: <http://www.silex.com.br/leis/normas/estocolmo.htm>. Acesso em: 3 out. 2020.
- PAULA, Davis Pereira de. *Análise dos riscos de erosão costeira no litoral de Fortaleza em função da vulnerabilidade aos processos geogênicos e antropogênicos*. 2012. 364 f. Tese (Doutorado em Ciências do Mar, especialidade em Gestão Costeira) Universidade do Algarve, Portugal.
- RABBANI, Roberto Muhájir Rahnemay. O poluidor-pagador: uma nova análise de um princípio clássico. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 51, p. 195 -224, jul/dez. 2017.
- SIQUEIRA, Lyssandro Norton. Responsabilidade ambiental e a valoração do dano. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado; ECHEVERRÍA, Hugo Iván (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz *et al.* (org.). *Diálogo Ambiental, Constitucional, Internacional*. v. 16. Palmas: Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, 2020. p. 112-126.
- SOARES, Carlos Roberto; ÂNGULO, Rodolfo José. Sobre a delimitação de linha de preamar médio de 1831, que define os terrenos de marinha (Dec.-Lei 9.760, de 05.09.1946). *Revista de Direito Ambiental*. v. 20, p. 261-267 out/dez, 2000.
- SOUZA, Luciane Moessa de. *Resolução consensual de conflitos coletivos envolvendo políticas públicas*. Brasília, DF: Fundação Universidade de Brasília/FUB, 2014.
- VASCONCELOS, Fábio Perdigão. *Gestão integrada da zona costeira: ocupação desordenada, erosão, assoreamento e poluição ambiental do litoral*. Fortaleza: Premium, 2005.
- VEIGA, José Eli da. A primeira utopia do antropoceno. *Ambiente & Sociedade*, São Paulo v. XX, n. 2. p. 233-252, abr.-jun. 2017.
- VELLI, Adilson Matias. *Terrenos de marinha e seus acrescidos: dificuldades práticas e jurídicas*. 2008, 85f. Monografia (Graduação em Direito). Centro de Ciências Sociais e Jurídicas. Universidade do Vale do Itajaí. Tijucas, SC.

Recebido em 19 de setembro de 2020.

Aprovado em 09 de março de 2021.

RESUMO: A Praia do Futuro tem sua orla ocupada por barracas, atrativo turístico, de relevância socioeconômica e cultural. A pesquisa analisa os conflitos desde 2005, objeto de Ação Civil Pública do Ministério Público da União, que, no mister pela legalidade, alega ocupação de bem de uso comum do povo (praia) e solicita remoção das barracas irregulares. Os proprietários negam a ocupação de faixa de praia, alegam a inexistência de linha oficial de demarcação (preamar média), a teoria do fato consumado e a função social da propriedade. Apresenta na argumentação jurídica pontos contrários e favoráveis à permanência das barracas. Recorre à metodologia com abordagem qualitativa, levantamento bibliográfico e documental. Conclui-se existir um conflito com múltiplos interesses envolvidos: tutela de proteção das praias, bem ambiental natural e interesse social *versus* concessão de alvará de funcionamento há mais de 30 anos pelo Poder Público Municipal aos proprietários das barracas. Sugere-se a utilização da mediação de conflitos para uma solução satisfatória e sustentável, para o compromisso de todas as barracas minimizarem os impactos ambientais e instituírem gestão estratégica integrada de promoção da educação e cidadania ambiental.

Palavras-chave: mediação ambiental, gestão compartilhada de conflitos, barracas Praia do Futuro, zona costeira, ação civil pública, sustentabilidade ambiental.

ABSTRACT: Futuro Beach is occupied by barracks, tourism attractions of socio-economic and cultural relevance. The research aims to analyze the conflict, which since 2005 has been subject to a Public Civil Action of the Public Prosecution Service of the Union, which due to legality, alleges occupation of common public property and requests the removal of irregular barracks. The owners deny the occupation of beach strip, claim the lack of official demarcation line, the theory of *fait accompli* and the social function of property. It presents in the legal argumentation opposite and favorable points to the permanence of the barracks. The methodology consists of a qualitative approach, bibliographical and documentary survey. It concludes that there is a conflict with multiple interests: protection of beaches, natural environmental good and social interest versus concession of operating license for 30 years by the Municipal Government to owners of the barracks. We suggest the use of conflict mediation for a satisfactory and sustainable solution, for the commitment of all barracks to minimize the environmental impacts and institute integrated strategic management to promote environmental education and citizenship.

Keywords: environmental mediation, creative conflict management, beach barracks of Futuro Beach, coastal zone, public civil action, environmental sustainability.

SUGESTÃO DE CITAÇÃO: MARTINS, Dayse Braga; LOPES, Ana Edinéia Cruz; CAÚLA, Bleine Queiroz. A mediação ambiental para a gestão compartilhada do conflito referente à permanência das barracas da Praia do Futuro, em Fortaleza, Ceará. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 65 jul/dez 2024. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1673>.

As reivindicações da justiça no Século XXI: referências da Teoria da Justiça de Amartya Sen

*The claims of justice in the 21st Century: references from
Amartya Sen's Theory of Justice*

José Carlos Kraemer Bortoloti*
ATITUS Educação, Passo Fundo – RS, Brasil

Neuro José Zambam**
ATITUS Educação, Passo Fundo – RS, Brasil

1. Introdução

A compreensão da Teoria do Contrato Social evolui conforme a dinâmica das sociedades no decorrer do tempo, impulsionadas por interesses, pela multiplicidade de atores e pelas compreensões que estão em permanente tensão no seu interior. Desde a Grécia Clássica existem inúmeras preocupações relacionadas a melhor forma de organização social e para a avaliação

* Pós-doutor em Direito (ATITUS Educação/RS); Doutor em Direito (UNESA/RJ), com período de Doutorado Sanduíche na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal, financiado pelo PDSE/CAPES; Mestre em Direito (ULBRA/RS); Professor do Curso de Direito da Faculdade IMED, Passo Fundo, RS; membro do Centro Brasileiro de Pesquisas sobre a Teoria da Justiça de Amartya Sen (CEPAS) e do Grupo de Pesquisa Direitos Culturais e Pluralismo Jurídico, ambos vinculados ao Programa de Pós-graduação *Scrito Sensu* em Direito da Faculdade ATITUS Educação, Passo Fundo, RS. E-mail: jose.bortoloti@atitus.edu.br.

** Pós-doutor em Filosofia (UNISINOS RS); Doutor em Filosofia (PUC RS); Mestre em Sistemas Éticos pela (UNISINOS RS); Docente do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Faculdade ATITUS Educação, Passo Fundo, RS; líder do Centro Brasileiro de Pesquisas sobre a Teoria da Justiça de Amartya Sen (CEPAS) vinculado ao PPGD/ATITUS Educação. E-mail: neuro.zambam@atitus.edu.br. Os parâmetros da justiça medieval estão ancorados na norma divina. Deus é o legislador universal. Agostinho e Tomás de Aquino são os principais pensadores. A conjugação entre a lei eterna, a lei revelada (positiva) e o direito natural formatam a arquitetura que define o conceito de pessoa, a missão do Estado e a formatação da norma.

das condições de justiça. Esse tema está na tradicional obra de Platão, “A República”, considerado o primeiro tratado sobre o contrato social. *O que é a justiça?* Essa foi a proposição inicial que ofereceu a indicação e as condições para que fosse debatida a conjuntura existente a partir daquele contexto, arquitetando um modelo de ordenamento social, capaz de restituir a necessária estabilidade política e social para sociedades plurais e com inúmeras divergências em seu interior.

O período medieval elegeu a revelação como a principal referência para a construção da concepção de justiça¹. Na modernidade, a Teoria do Contrato Social compreendeu o ordenamento social a partir de modelos institucionais de organização e de uma sólida arquitetura jurídica que lhe dê legitimidade. A filosofia política, sob a influência dos contratualistas Hobbes, Rousseau, Locke e Kant, formulou um conjunto de pressupostos acompanhados de uma estrutura argumentativa que influenciou todo o período posterior, gerando diferentes modelos de Contrato Social².

Como instrumento dessa compreensão, o Estado de Direito faz a reunião de princípios que se tornarão valores indissociáveis para o desenvolvimento das sociedades democráticas. Valores essenciais para orientar e normatizar uma sociedade justa foram construídos nesse período. Tolerância, participação, alternância de poder, cidadania, instituições, separação e equilíbrio entre os poderes, legislações, entre outros, passam a integrar a organização e o funcionamento das democracias. As bases mais importantes para a estruturação do seu valor moral emergem desse contexto³.

Na segunda metade do século XX, John Rawls apresentou um modelo de contrato social como uma alternativa ao utilitarismo. Entre os méritos desse pensador, destaca-se a capacidade de formular os princípios de justiça para um ordenamento social equitativo nas sociedades caracterizadas por desigualdades de ordem filosófica, religiosa e moral irreconciliáveis. Esse acordo supõe a existência de uma posição original, que mesmo hipotética, tem como missão representar todos os cidadãos em condições de igualdade⁴.

1 Os parâmetros da justiça medieval estão ancorados na norma divina. Deus é o legislador universal. Agostinho e Tomás de Aquino são os principais pensadores. A conjugação entre a lei eterna, a lei revelada (positiva) e o direito natural formatam a arquitetura que define o conceito de pessoa, a missão do Estado e a formatação da norma.

2 RAWLS, 2012.

3 Com Elías Díaz ao afirmar que “El Estado de Derecho es así el establecimiento de límites y controles legales (y legítimos) a todos los poderes y, muy en especial, al poder ejecutivo, a la Administración, al Gobierno”. DÍAZ, 2007, pp. 129-143.

4 RAWLS, 2000.

Engendrado pelo método indutivo, com abordagem qualitativa, de caráter explicativo, utilizando-se do procedimento técnico bibliográfico, o presente artigo tem como pressuposto evidenciar e dialogar com as principais características da concepção de justiça proposta por Amartya Sen, um dos pensadores mais influentes do início do Século XXI, destacando, prioritariamente, a democracia e seu valor universal, o conceito de pessoa e sua condição de agente e os direitos das culturas.

A abertura interpretativa do texto é reflexo das pesquisas realizadas pelo Centro Brasileiro de Pesquisas sobre a Teoria da Justiça de Amartya Sen (CEPAS), vinculado ao Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito da Faculdade IMED, Passo Fundo, Rio Grande do Sul, o qual desenvolve a interlocução das pesquisas sobre a vasta contribuição de Amartya Sen com pesquisadores da América Latina e da Europa. Salienta-se que evidenciar as contribuições de Amartya Sen – o que se pretende com o presente texto – não registra a produção de Sen como única ou desprovida de posições diversas, mas, sim, enfatiza a importância de sua contribuição para as temáticas aqui trabalhadas, objetivando o aprofundamento na teoria desenvolvida por Amartya Sen.

Assim, no presente artigo, entende-se a eleição de três obras de Sen para melhor situar os principais fundamentos da sua Teoria da Justiça, especificamente, relacionados com os temas mencionados que sintetizam as preocupações deste início de milênio. Sua solução terá impacto relevante para a solução das injustiças evitáveis.

A partir dessa referência se pode construir um núcleo de compreensão da concepção de justiça de Sen que orienta a estruturação de um Contrato Social para abordar os principais problemas das sociedades contemporâneas. *A ideia de justiça, Desenvolvimento como liberdade e Identity and violence* são representativas da técnica investigativo-bibliográfica que elege esse núcleo de conceitos e fundamenta o presente roteiro de análise.

A emergência da atual conjuntura, seja nacional ou universal, local ou global, e considerando os novos cenários, com destaque para as novas formas de desigualdade, a drástica Pandemia de Covid-19 que assola o globo, e a necessidade de novas formas de participação e decisão, obrigam a atualização da reflexão político-filosófica. A fundamentação de um novo modelo de contrato social inspira, influencia e contribui para formular ações concretas com ampla repercussão que articulam os níveis local, nacional e universal e incidam na vida das pessoas.

O combate às injustiças evitáveis, como objetivo mais importante de uma Teoria da Justiça, congrega os valores existenciais que sustentam e dimensionam o sentido da própria existência humana, conjugados com as condições de justiça, dos quais se destacam: a liberdade, a participação e a discussão pública como seus elementos estruturantes.

2. O valor moral da democracia

A democracia demonstra a sua vitalidade nos diferentes contextos, assim como na capacidade de ordenar as sociedades e construir a sua estabilidade no decorrer do tempo. Justificar as suas principais referências demanda a percepção das mudanças que ocorrem no contexto sociopolítico e, outros fatores, como os destacados por Sen⁵ “não é difícil pensar que concentrar-se na democracia e na liberdade política é um luxo que um país pobre ‘não se pode dar’”. A necessária construção da arquitetura democrática evidencia os limites que ainda existem em diferentes partes do mundo e, com maior intensidade, as potencialidades, necessidades e deficiências para a efetivação da justiça.

Os acontecimentos que marcaram a trajetória da democracia nas últimas décadas, especificamente, as dificuldades de superação das desigualdades sociais e econômicas em muitas partes do mundo, o que gerou novas formas de desigualdade, as guerras empreendidas em nome da democracia e as novas formas de terrorismo, dentre outras, demonstram o que se pode chamar de “vazio democrático” em setores estratégicos das relações entre os povos e no seu interior.

A democracia, como um valor moral, é possível para todos os povos, independentemente de suas peculiaridades internas, dos projetos futuros, dos recursos disponíveis ou das concepções culturais. Demonstra-se, nessa afirmação, a sua riqueza por meio dos seus institutos e na capacidade de afirmar, reinventar e reconfigurar o seu núcleo de referências, assim como, as formas de organização e atuação.

5 SEN, 2000, p. 174.

A conjugação entre a razão pública⁶ de uma sociedade democrática, que oferece as referências mais importantes para a sua estruturação, as condições de funcionamento das instituições e as estruturas de participação, assim como, o alcance das decisões e benefícios para todos, demonstra a sua dinâmica e o seu valor moral.

A racionalidade requer que os indivíduos tenham a vontade política de ir além dos limites de seus próprios interesses específicos. Mas ela também impõe exigências sociais para ajudar um discernimento justo, inclusive o acesso à informação relevante, a oportunidade de ouvir pontos de vista variados e exposição a discussões e debates públicos abertos. Em sua busca de objetividade política, a democracia tem de tomar a forma de uma racionalidade pública construtiva e eficaz.⁷

Os dirigentes e a população precisam sentir os valores, os recursos e a efetivação dos seus objetivos e das suas convicções integrarem o seu cotidiano e com condições de transformar a vida pessoal e o contexto social. Em outras palavras, a democracia precisa chegar ao dia a dia das pessoas e localidades, por mais longínquas.

A história da democracia e sua afirmação nos últimos séculos, salientam as suas referências mais importantes. As tensões e os desafios que caracterizam a dinâmica democrática são sublinhados, em duas áreas específicas, por Sen⁸: “a democracia institucional é um fenômeno muito recente na maior parte de mundo”; e “isto, por sua vez, exigirá que se reconheçam as múltiplas filiações que as pessoas poderão ter além, da religião, e a mais disso, que se reconheça ainda o fato de que estas lealdades poderão ir desde prioridades seculares até ao interesse político de se explorar as diferenças religiosas.”⁹

6 Rawls define a importância, o conteúdo, a abrangência e a capacidade de fundamentar a concepção de democracia e orientar a efetivação de suas proposições: “a razão pública é característica de um povo democrático: é a razão dos seus cidadãos, daqueles que compartilham o *status* da cidadania igual. O objeto dessa razão é o bem público: aquilo que a concepção política de justiça requer da estrutura básica das instituições da sociedade e dos objetivos e fins a que devem seguir. Portanto, a razão pública é pública em três sentidos: enquanto a razão dos cidadãos como tais, é a razão do público; seu objeto é o bem do público e as questões de justiça fundamental; e sua natureza e conceito são públicos, sendo determinados pelos ideais e princípios expressos pela concepção de justiça política da sociedade e conduzidos à vista de todos sobre essa base.” RAWLS, 2000, p. 261.

7 SEN; KLIKSBERG, 2010, p. 54.

8 SEN, 2010, p. 439.

9 SEN, 2010, p. 441.

O contrato numa sociedade democrática precisa salientar, representar e impulsionar o seu dinamismo e a sua capacidade de empreender diante dos desafios apresentados por novos cenários, fortalecer o seu valor estrutural na medida em que atesta a sua expansão para âmbitos cada vez mais abrangentes e impacta positivamente na vida das pessoas e organizações. Sob ângulo diverso, se conforma e contribui para a reorganização social quando ocorre a retomada do processo democrático o qual foi interrompido por ditaduras ou por outros interesses.

Sobre as crises que ocorrem com frequência nas sociedades democráticas, é salutar afirmar que, ao invés de diminuir ou limitar os instrumentos da democracia, a solução é mais duradoura e autêntica quanto mais ampla for a atuação e a ampliação dos recursos, instrumentos e instituições da democracia.

A afirmação da democracia como um valor moral tem sua referência principal no alcance universal e na capacidade de garantir condições de justiça. Essa é uma dimensão essencial para a estabilidade política e a equidade social. Quanto mais a democracia é exaltada, seja no seu aspecto formal, seja na sua efetividade, mais dinâmica e pujante é uma sociedade. Ações contrárias à rotina democrática ampliam o fosso das desigualdades, a da instabilidade institucional, a imposição de interesses e adulteram a convivência equilibrada entre as pessoas, os povos e os países.

A necessidade de efetivar a democracia no âmbito de um universalismo social é mediada pela aceitação, pelos valores e princípios reconhecidos pela ampla maioria da população e por recursos e instituições que os legitimam. Como aduz Sen, os desafios da democracia contemporânea se revelam com o fortalecimento do processo de participação, não sendo viável reduzi-lo a uma causa insignificante e “nem culturalmente estreita”¹⁰

Em drásticos tempos, como o enfrentado pela Pandemia do COVID-19, que demonstra a gravidade das desigualdades, a participação é indispensável para o funcionamento da sociedade e para um ordenamento democrático amplo, seguro e transparente, com meios de acesso à informação livres e comprometidos com a veracidade do conhecimento, dos fatos e atores públicos e privados imbuídos no propósito comum da redução dos impactos humanos e estruturais dos países.

10 SEN; KLIKSBERG, 2010, p. 63.

A participação, assim, a partir de Sen, é o ponto necessário de fortalecimento, não podendo ser vista como uma causa insignificante, muito menos como uma limitação cultural¹¹.

Existe, em muitos estados contemporâneos, a necessidade de limitar a democracia ao funcionamento das instituições tradicionais, às garantias jurídicas ou mesmo ao que se pode chamar de uma virtualização da democracia. É preciso explicitar a importância do debate permanente. A democracia, sobretudo, é o sistema caracterizado pela discussão pública, livre e universal¹².

Atualmente, a democracia precisa reinventar-se e atualizar-se para responder aos desafios e demandas como a integração dos povos, a superação da pobreza¹³, a expressão das diferenças culturais, a *accountability* dos estados governantes, os interesses complexos, as estruturas de participação e deliberação sancionadas e legitimadas por meios mais eficientes e eficazes. O modelo de desenvolvimento sustentável e o compromisso com as gerações futuras são imperativos que demandam esse compromisso de todos com o mundo.

A dificuldade atrelada está justamente em desconectar do tradicional modelo centralizado no indivíduo e na temporalidade presente, que acaba por corroborar com as restrições para os avanços democráticos. Nesse sentido, com Hans Jonas em seu imperativo ético de responsabilidade, elevando o imperativo categórico kantiano centrado na “boa vontade” humana para um *plus* interpretativo atemporal e que transcende o indivíduo como “*mesmo de si*”, valendo-se, então, da máxima “age de tal forma que os efeitos de tua ação sejam compatíveis com a permanência de uma vida humana autêntica sobre a terra”¹⁴.

Com efeito, a saída dos indivíduos de sua gama exclusiva de interesses para a compreensão e responsabilidade para com o arranjo democrático¹⁵, caracteriza o valor moral da democracia e sua importância coletiva, os quais são sublinhados por Sen¹⁶: “não é coisa de pouca monta que, por meio da

11 SEN; KLIKSBERG, 2010, p. 63.

12 SEN, 2010.

13 Nesse sentido, ver BORTOLOTI; ZAMBAM, 2020.

14 JONAS, 2006, p.48.

15 Veja-se, nesse sentido: BORTOLOTI; ZAMBAM, 2016, p. 47-62.

16 SEN, 2010, p. 454.

discussão pública, a democracia consiga levar as pessoas a interessarem-se pelas privações dos demais e compreenderem melhor o que se passa na vida das outras pessoas.” O *status* de cidadania democrática contempla a superação do individualismo social, a opção pela atuação em vista do bem comum e a basilar efetivação dos direitos humanos.

A percepção do humanismo do outro homem dá a expectativa de efetivação dos direitos humanos a partir do núcleo social formado por relações intersubjetivas de reconhecimento, estruturando um ciclo efetivo não apenas do direito positivo, mas da possibilidade ética de reconhecer-se-no-outro e saber-se-no-outro, com isso, a partir de um pensar-no-outro criar os direitos humanos como direitos decorrentes de estar-sendo com os outros¹⁷.

Além da necessária compreensão sobre os seus fundamentos e estruturas institucionais, a extensão da democracia é mediada e apoiada por inúmeros outros recursos e mecanismos que garantem o exercício da liberdade, a ampla participação, a liberdade de comunicação e informação, a alternância no poder, a liberdade de associação, a pluralidade de partidos políticos, a renovação das instituições, um sistema jurídico que assegura os direitos fundamentais e o funcionamento ordenado das organizações da sociedade.

O sistema democrático é a identidade mais importante do contrato social, pela sua capacidade de conjugar interesses e ordenar equitativamente as sociedades, conforme destaca Sen¹⁸, “de fato, a utilização das instituições democráticas, não é, com certeza, independente do estado das condições sociais. É difícil escapar à conclusão geral de que o desempenho econômico, as oportunidades sociais, a voz política e a argumentação pública, são realidades, todas elas, interligadas.” A percepção dessa dinâmica, quando atuante e eficaz, previne tentativas de ruptura.

Assumir essa compreensão de contrato social, juntamente com os interesses e necessidades da sociedade, de forma integrada e bem ordenada, expressa o compromisso dos participantes desse espaço citado, na condição de agentes mais importantes e profundamente identificados com essa concepção. Fortalece-se a identidade social democrática, aprimoram-se as formas de participação e decisão, previne-se crises e ameaças e garante-se a estabilidade social sem ofuscar, reprimir ou excluir as diferenças.

17 BORTOLOTTI; FLORES, 2013.

18 SEN, 2010, p. 162.

3. A condição de agente

A investigação sobre a origem da democracia encontra o cidadão da *polis*, que participa da vida política, dirigida pela aristocracia ateniense. Posteriormente, a missão de governar passa para o Estado com suas instituições e sua legislação. A ascensão do mercado e a burocratização das ações e decisões, acompanhadas pelo critério da maioria como parâmetro mais importante de participação e a dificuldade de atualização e funcionamento das principais instituições, geraram a necessidade de recompor a identidade das instituições, das pessoas e a sua missão de serem cidadãos protagonistas da democracia social¹⁹.

As pessoas que vivem e atuam nesse período histórico, profundamente comprometidas com as democracias, estão na condição de agentes e principais protagonistas da vida social e institucional. O individualismo e o coletivismo negam uma das características básicas da pessoa, isto é, a liberdade como valor moral substantivo e as condições para o desenvolvimento das suas capacidades e, assim, “faça as escolhas que considere mais importantes para o seu bem-estar, sua realização pessoal e sua atuação social”.²⁰

O cidadão-agente é essencial para a legitimidade do contrato social contemporâneo. Amartya Sen denuncia no conjunto da sua obra que a negação da condição de agente impede a estabilidade social e gera muitas formas de injustiça, especificamente, o analfabetismo endêmico, altos níveis de pobreza, ausência e controle de informação, pouca participação, limitação dos direitos básicos e a falta de liberdade, entre outras, o que dificulta às pessoas a possibilidade de escolha e, como consequência, o desenvolvimento das suas capacidades.

19 As experiências conduzidas durante o Século XX, comunismo, fascismo e nazismo, desconstruíram o homem na sua individualidade e humanidade. A vitalidade da política, tradicionalmente uma das características mais importantes da democracia e da sociedade, foi instrumentalizada pela atuação individualista do mercado, de uma banda e pelo despotismo coletivista do Estado, de outra. Totalitarismos e liberalismo de mercado estão entre as causas do descontentamento atual com a democracia, conforme retrata Dallmayr (2001, p. 20) enquanto, também, indica como repensar a sua atuação: “Na minha opinião, a tarefa da teoria democrática hoje é a de repensar e reconceitualizar o governo popular de forma a fugir dos encantos da soberania ou da identidade coletiva (de direita e de esquerda) – e fazê-lo *sem* invalidar ou se desviar governo popular para privilegiar e o mercado e o liberalismo de cooperação ou o neoliberalismo. [...] A questão que pode ser levantada [...] é se as iniciativas pós-modernas têm um potencial capacitador ou incapacitador da vida pública.”

20 ZAMBAM, 2012, p. 97.

Lamentavelmente, a pobreza extrema é vivenciada por praticamente 6,5% da população brasileira, desprezando, assim, qualquer possibilidade de exercício de cidadania e proteção da dignidade da pessoa humana como legítimos princípios fundamentais trazidos pela Constituição de 1988.²¹

A condição de agente, inserida no contrato social, resgata e fundamenta a eleição do cidadão como sujeito de direitos, presente nas constituições democráticas. Sob igual intensidade, reconhece o valor da igualdade, independente de outras opções ou adjetivos, por exemplo, filiação cultural, tradição religiosa ou opção ideológica. Esse conjunto de referências, especificamente a formação jurídica, precisa representar a concepção dominante presente numa sociedade plural, tolerante e convicta da responsabilidade para com os seus membros²².

As condições de atuação e os compromissos de uma pessoa enquanto sujeito ativo em uma sociedade que tem entre suas características mais importantes a existência de inúmeras concepções ou filiações e, não poucas vezes, dominada pelo interesse individual, nesse contrato, é sublinhada por Sen²³ “uma pessoa poderá encontrar boas razões para usar essa sua capacidade ampliada – esta sua maior capacidade de agenciar – para se dedicar a engrandecer a vida dos demais, especialmente, se estes estiverem em condições relativamente piores do que as suas, ao invés de apenas se concentrar no seu próprio bem-estar.”

A negação dessa dimensão compromete a legitimidade de uma democracia e a respectiva estabilidade política. A condição de agente ativo se efetiva nas condições de escolha individual, na participação política, no funcionamento das instituições e no equilíbrio entre a realização individual e as relações sociais.

Destaca-se o trabalho como um referencial básico para a avaliação da condição de agente porque oferece condições de escolha com as quais as pessoas mais se identificam. O aumento da renda é, além do rendimento financeiro, referência para o exercício da liberdade substantiva. A privação do trabalho descaracteriza a identidade humana, impede a participação social e a realização individual. As sociedades com altos níveis de desemprego têm

21 BORTOLOTTI; ZAMBAM, 2020.

22 ZAMBAM; KUJAWA, 2017.

23 SEN, 2010, p. 389.

muitas dificuldades de manter o funcionamento mínimo das regras democráticas. Nesse sentido, “a organização da vida de uma pessoa no decorrer da sua existência é nitidamente identificada com a sua atividade laboral, da qual depende grande parte da sua realização pessoal, da sua família e sua integração social”.²⁴

Por outro lado, as eleições livres e periódicas são um meio privilegiado para o exercício concreto da condição de agente, contribuindo com a organização social e a solução dos seus principais problemas, demonstrando como a democracia pode chegar a todos. Sen justifica:

uma democracia que funcione devidamente e, portanto, esteja dotada de eleições regulares, partidos de oposição, liberdade de expressão e meios de comunicação relativamente livres [...]. Temos ali uma ilustração simples, mas particularmente importante, do aspecto mais elementar da capacidade protetora da liberdade política.²⁵

A condição de agente tem múltiplas contribuições. Nesse sentido, a superação das formas de discriminação, de seleção ou classificação de pessoas, é um objetivo que as democracias precisam perseguir com investimentos e ações ininterruptas. Existem inúmeras experiências que demonstram a efetivação dessa prerrogativa. Entretanto, nas ditaduras esse intento não se confirma.

Especialmente em situações vulneráveis, como a promoção da condição de agente da mulher em sociedades sem tradição democrática, necessitam de ações sociais efetivas e de forte repercussão social. Além daquelas tradicionais e de alcance universal como educação, saúde e segurança, destacam-se, o acesso à propriedade, o direito à moradia, à renda, à administração dos bens e o direito de votar e ser votadas, entre outras. Confirma Sen²⁶, “mas também ocorre que o papel limitado da condição de agente da mulher afeta gravemente a vida de todas as pessoas – homens e mulheres, crianças e adultos.”

A caracterização da condição de agente, particularmente daqueles tradicionalmente excluídos, representa a construção da legitimidade moral da democracia e a capacidade de solidificar a sua tradição e afirmar as condições de atualização conceitual dos valores e do funcionamento das instituições.

24 ZAMBAM, 2012 p. 174.

25 SEN, 2010, p. 451.

26 SEN, 2000, p. 222.

4. Os direitos das culturas

A segunda metade do século passado foi marcada pela propalada quebra das fronteiras territoriais que parecia ameaçar a identidade cultural das pessoas, dos grupos e, até, dos países e jogar a humanidade em conflitos sem solução. Analisava-se, também, a possibilidade de uma convivência harmônica entre os povos dificilmente imaginada anteriormente. Rawls retratou com maestria as desigualdades irreconciliáveis²⁷. Todavia, a humanidade nunca esteve tão próxima. Ocorre, entretanto, um paradoxo entre a proximidade de concepções de mundo, tradições culturais e as inúmeras deficiências de convivência, integração e entrelaçamento²⁸.

Houve a eclosão de guerras e tentativas de dominação em cuja origem está a convicção de superioridade cultural, normalmente orientadas por convicções religiosas, com o objetivo de impor a sua concepção sobre as demais. Os interesses econômicos ou de instituições poderosas instrumentalizam líderes e grupos. As práticas de terrorismo podem ser avaliadas tendo essa referência, juntamente com os níveis de pobreza e a ausência de tradição democrática. O exemplo mais evidente desse contexto é o Conflito dos Bálcãs, no final de século passado e a Guerra do Iraque, após o 11 de setembro.

O debate sobre o direito das culturas é um componente fundamental para a construção de propostas em vista da convivência equitativa nas sociedades formadas por grupos e povos com culturas divergentes e cada vez mais próximas. O contrato social legítimo precisa compreender e contemplar esse contexto para se humanizar.

27 Segundo Rawls: “A principal conclusão a tirar dessas observações [...] é que o problema do liberalismo político consiste em compreender como é possível existir, ao longo do tempo, uma sociedade estável e justa de cidadãos livres e iguais profundamente divididos por doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis, embora incompatíveis”. Em outras palavras: como é possível que doutrinas abrangentes profundamente opostas, embora razoáveis, possam conviver e que todas endossem a concepção política constitucional? Qual é a estrutura e o teor de uma concepção política que conquista o apoio de um tal consenso sobreposto? O liberalismo político tenta responder a essas e outras perguntas”. RAWLS, 2000, p. 25.

28 Sen explana esse contexto de proximidade, distâncias e diferenças: “Em nossas vidas normais, nós nos vemos como membros de uma variedade de grupos – nós pertencemos a todos. A cidadania de uma pessoa, residência, origem geográfica, gênero, classe, política, profissão, emprego, hábitos alimentares, interesses esportivos, gosto musical, comprometimento social, etc., nos faz membros de uma variedade de grupos. Cada uma destas coletividades, a todas as quais essa pessoa pertence, constitui sua identidade particular. Nenhuma dessas pode ser considerada como a única identidade da pessoa ou membro singular de uma categoria”. SEN, 2006, p.4.

A pergunta, “*quem é o meu próximo?*” impulsiona esta reflexão. Considerando que as relações tradicionais eram restritas à vizinhança, ao domínio da propriedade, aos parentes e às famílias com mais interação, e sabendo das novas configurações sociais, questiona-se: quais as novas formas de intersubjetividade que clamam por direitos? Como se organizam as comunidades onde estão cidadãos de países até então desconhecidos ou distantes?

Os conflitos existentes no Brasil envolvendo a demarcação das terras indígenas²⁹ denotam outras formas de proximidade e expressão das diferenças, assim como expõem as desigualdades sociais e históricas. A atuação do Estado não é sinônimo ou garantia de pacificação social, especialmente quando a solução é delegada, exclusivamente, ao Poder Judiciário, são percebidas com mais nitidez as deficiências para construir contratos duradouros nas relações entre as culturas.

As filiações culturais são, normalmente, pautadas pelas dificuldades de debater com todos os atores sociais, o que impede a construção de acordos. Em contrapartida, os agentes externos, com seus interesses políticos, econômicos e religiosos têm maior poder de articulação, cooptação e domínio dos líderes e grupos com limitadas condições de organização.

Fundamentar um modelo de contrato social no período contemporâneo possui duas vertentes que o legitimam moral e politicamente. Primeiro, essa construção ocorre apenas em sociedades democráticas, o que reafirma o valor moral da democracia. Segundo, as condições de justiça supõem a construção de articulações e acordos alargados e de alcance universal que congregam reconhecimento, respeito às convicções, tradições e práticas estruturadas em nível local, permanente exercício da tolerância e correção de concepções dicotômicas e não orientadas pelos parâmetros da democracia e dos Direitos Humanos.

O novo panorama de relações que congrega proximidade ou vizinhança juntamente com as relações que as pessoas, grupos e povos estão construindo e demandam a elaboração da justiça é explicado por Sen:

A vizinhança que se constrói com pessoas distantes assume uma relevância que irá permear todo o entendimento da justiça em geral, e isto é especialmente assim no mundo contemporâneo. Com efeito, vemo-nos ligados uns aos outros através de realidades como o comércio e as trocas mercantis, a literatura,

29 Veja-se, nesse sentido, a lúcida e contemporânea obra de GOMES, 2020.

a língua, a música, as artes, o espetáculo e o entretenimento, a religião, a medicina, os cuidados da saúde, a vida pública, as reportagens noticiosas, os meios de comunicação social, e tantos outros laços.³⁰

A percepção desse ambiente de complexidade indica a necessidade de as sociedades construírem formas de relacionamento e superação de problemas, sem dominação ou imposição de um ou mais padrões culturais. Nesse sentido, não possuem legitimidade moral proposições com o objetivo de manter uma cultura incapaz de dialogar ou de compor a sua conduta social pautada pela democracia.

Práticas como ritos de passagem com sofrimento humano, mutilação de membros – especialmente das mulheres que sinalizam clara dominação de homens ou líderes –, infanticídio, tráfico de pessoas, rituais com usos de pessoas para sacrifícios, entre outros, precisam ser banidos pela ação rigorosa do Estado e pelo esclarecimento público, especialmente pelo acesso à educação e à informação com qualidade.

O valor incondicional da pessoa como fim em si, conquistado pela humanidade com especial empenho e renúncias, a afirmação que todo cidadão é sujeito de direitos, assumido como uma das marcas mais célebres das constituições democráticas contemporâneas e, na atual conjuntura, caracterizando-o na condição de agente ativo, confere uma estética peculiar à necessidade de fundamentar o contrato social incluindo os direitos das culturas.

Finalmente, ressalta-se a necessidade de garantir o direito de escolha livre e com autonomia de cada um, especificamente da sua identidade cultural. Sen³¹ reafirma a importância do exercício da liberdade: “Como é óbvio, para todos nós, é particularmente importante termos a capacidade de realizar as coisas que temos como valiosas. Contudo, a ideia de liberdade também diz respeito ao fato de sermos livres para determinar o que queremos, as coisas que nos são caras e, em última análise, o objeto de nossas escolhas.”

A compreensão de justiça sob contexto atualizado se preocupa e compromete com o direito das culturas, tem obrigação de reconhecer a totalidade das tradições e concepções existentes, com especial atenção às minoritárias ou com dificuldades de organização. O exercício da liberdade como uma marca tradicional da democracia terá especial atenção com as expressões e

30 SEN, 2010, p 244.

31 SEN, 2010, p. 319.

manifestações discordantes, o que reforça a necessidade do contraditório. A liberdade de expressão e informação e a legítima atuação dos partidos de oposição ressaltam os direitos em sociedades democráticas e representam a necessidade de exercer cotidianamente a capacidade de negociação, a tolerância e a convivência com as divergências.

Afirma-se, com particular convicção, a importância de construir políticas de reconhecimento das culturas e de outras estratégias de organização e expressão da tradição. As relações entre atores diferentes e com expressões divergentes justificam ações que congreguem participação, liberdade de escolha e ordenamento seguro e estável. A evolução da democracia, em sua autocrítica, observa a capacidade de superação de políticas contraditórias e a vitalidade para empreender novas ações integradoras e inclusivas.

A afirmação de que a democracia fomenta a discussão pública e, depende desse exercício para ampliar o seu alcance e vigor, quando relacionado às culturas, reafirma a convicção: “é necessário também atentar para o fato de que a comunicação e a apreciação entre culturas não precisam ser motivo de vergonha e desonra”³².

A visão alargada das relações entre culturas compreende o reconhecimento que existem inúmeras aproximações entre os povos. O combate às injustiças, como o analfabetismo, o terrorismo e a pobreza, compreende a necessidade de políticas e ações potenciais capazes de congregar as pessoas e os grupos com tradições culturais diferentes e, por vezes, divergentes. A formatação e a efetivação desse modelo do contrato social não podem se limitar à atuação do Estado, de profissionais da diplomacia ou de personalidades, mas ter a característica da pluralidade, tolerância, emancipação e busca por reconhecimento como paradigmas da justiça contemporânea.

5. Considerações finais

O processo de aproximação e integração entre os povos é responsável por evidenciar as dificuldades e deficiências para uma organização social equitativa, assim como, as incontáveis realizações efetivadas pela humanidade e legitimadas por inúmeros agentes, instituições e pela ação do Estado e dos seus dirigentes. As persistentes desigualdades e outras demandas demonstram a necessidade permanente de atualização dos contratos e outros pactos.

32 SEN, 2000, p. 277.

A fundamentação e a efetividade de um modelo de desenvolvimento sustentável, os problemas relacionados ao meio ambiente e o compromisso com as condições de existência das pessoas no presente e para com as gerações futuras, são os temas que precisam ser contemplados de forma progressiva no debate e na construção dos contratos sociais inseridos nas sociedades democráticas contemporâneas.

Essa é a conjuntura que demonstra primeiro a vitalidade das sociedades democráticas. Sob ângulo diverso, indica a necessidade de abordar as novas configurações do contrato social com a introdução dos novos temas, atores, estratégias de concretização e problemáticas conhecidas ou emergentes.

Então, qual a identidade do novo contrato social?

A democracia, o valor e a identidade da pessoa, o direito das culturas, as políticas de sustentabilidade, o compromisso com o direito das gerações futuras e o modelo de desenvolvimento sustentável, são temas representativos de uma conjuntura que impulsiona a estruturação de políticas que visam à avaliação das condições de justiça no atual contexto mais dinâmico e complexo.

A adoção da democracia demonstra a maturidade política de uma sociedade e a opção por uma estruturação com capacidade de inclusão das diferenças, atualização das instituições, renovação dos valores fundamentais para a convivência humana e a construção de um marco legal seguro para todos, como alicerça a Constituição brasileira de 1988.

A afirmação da concepção de pessoa, tradicionalmente concebida como sujeito de direitos e, atualmente, acrescida do adjetivo agente ativo, fundamenta a sua dignidade e a necessidade de interação e integração social, conjugando participação, discussão pública, superação de isolamentos e “de tantas privações de diferentes tipos (que vão do passar-se fome a ser-se tiranizado); mais terrível ainda, seria que não fôssemos capazes de comunicar, replicar ou alterar”.³³

A diminuição ou extinção das privações e o exercício da liberdade são fundamentais para a legitimidade das democracias contemporâneas. A introdução do direito das culturas demonstra a necessidade de incluir a identidade individual e os vínculos comunitários como um componente essencial do relacionamento humano e do ordenamento social seguro.

33 SEN, 2010, p. 542.

A filiação a um grupo cultural não impede a integração social! Ao contrário, a identidade de um grupo ou comunidade enriquece o equilíbrio e as relações sociais. Essas concepções e práticas que não se identificam com o debate público, a explicitação da concepção de mundo e a participação política não contribuem com o aprimoramento da democracia, a realização humana e a equidade social.

A coexistência de culturas com maior expressão ou capacidade de organização e, de outras, minoritárias, não pode inibir a construção de contratos sociais legítimos e duradouros. Entretanto, a persistência do analfabetismo, as deficiências no acesso à informação e participação e outras formas de exclusão, fomentam o fanatismo e a classificação de pessoas e culturas e as consequentes segregações. O critério da maioria adotado para as decisões democráticas não anula a expressão da vontade das minorias em igualdade de condições. Outrossim, essa conjugação compreende, também, a construção de alternativas de participação, deliberação, decisão e acesso ao poder.

Uma das demandas essenciais das sociedades contemporâneas é a efetivação do alcance universal da democracia. A sua legitimidade legal, moral e política depende da viabilidade desse compromisso. O rosto da justiça, no atual contexto, sinaliza para a universalização da democracia, a diminuição significativa das desigualdades econômicas, o reconhecimento das culturas, as políticas de sustentabilidade e as condições de existência das futuras gerações.

Referências

- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2008.
- DALLMAYR, Fred. Para além da democracia: algumas reflexões modernas e pós-modernas. In: SOUZA, José. *Democracia hoje: novos desafios para a democracia contemporânea*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.
- BORTOLOTTI, José Carlos K.; FLORES, Nilton C. Direito e(m) alteridade: o individualismo exacerbado e a abstração dos direitos humanos. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.43.371>. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, 43, p. 119-134, jul/dez 2013, PUC-Rio.
- BORTOLOTTI, José Carlos Kraemer; ZAMBAM, Neuro José. Cidadania abstrata no Brasil: a experiência brasileira na constituição de um subgrupo de cidadãos. *Revista Juris Poiesis - Rio de Janeiro*. Vol.23 - nº 31, 2020, pg.129-146. ISSN 2448-0517, Rio de Janeiro, 30 de Abril de 2020.
- DÍAZ, Elías. Estado de derecho y democracia. In. ROIG, Rafael (Coord. et. al.). *Los desafíos de los derechos humanos hoy*. Madrid: Dykinson, 2007, pp. 129-143.
- JONAS, Hans. *Princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Rio de Janeiro: Contraponto/PUC-RIO, 2006.
- RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.
- SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução de Nuno Castello-Branco Bastos. Coimbra: Almedina, 2010.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo, Companhia das letras: 2000.
- SEN, Amartya. *Identity and violence*. New York/London: W. W. Norton &Company, 2006.
- SEN, Amartya; KLIKSBURG, Bernardo. *As pessoas em primeiro lugar. A ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010a.
- ZAMBAM, Neuro. *Amartya Sen: justiça, liberdade e desenvolvimento sustentável*. Passo Fundo: IMED, 2012.

Recebido em 17 de outubro de 2020.

Aprovado em 03 de junho de 2021.

RESUMO: O início do Século XXI clama pela (re)contextualização da Teoria do Contrato Social. O objetivo desse estudo é apresentar aportes para os temas da democracia, a condição de agente e o direito das culturas na Teoria da Justiça de Amartya Sen. Preocupar-se com a vida concreta das pessoas é fundamental para a legitimidade desse modelo. A partir dessa compreensão, se pode ampliar a democracia, as políticas de desenvolvimento e os direitos das culturas. Emprega-se o método indutivo, com abordagem qualitativa, de caráter explicativo, utilizando-se o procedimento técnico bibliográfico. Conclui-se que o processo para a diminuição das desigualdades, do fomento ao exercício da tolerância, das condições para a liberdade de escolha e das oportunidades acessíveis a todos, bem como, legitimar a democracia como valor moral dependem dessas referências.

Palavras-chave: Amartya Sen, Teoria da Justiça, Contrato Social, Democracia.

ABSTRACT: The beginning of the 21st century calls for the (re)contextualization of the Social Contract Theory. The objective of this study is to present contributions to the themes of democracy, the condition of agent and the rights of cultures in Amartya Sen's Theory of Justice. Concern with people's concrete lives is fundamental for the legitimacy of this model. Based on this understanding, democracy, development policies and cultural rights can be expanded. The inductive method is used, with a qualitative approach, with an explanatory character, using the bibliographic technical procedure. It is concluded that the process for reducing inequalities, encouraging the exercise of tolerance, conditions for freedom of choice and opportunities accessible to all, as well as legitimizing democracy as a moral value depend on these references.

Keywords: Amartya Sen, Theory of Justice, Social contract, Democracy.

SUGESTÃO DE CITAÇÃO: BORTOLOTI, José Carlos Kraemer; ZAMBAM, Neuro José. As reivindicações da justiça no Século XXI: referências da Teoria da Justiça de Amartya Sen. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Edição 65, jul/dez, 2024. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1691>.

Democracia constitucional e neoliberalismo em crise: impactos em emergências de saúde pública internacional

Constitutional democracy and neoliberalism in crisis: impacts on international public health emergencies

Rubia Daniela Thieme*

Universidade Federal do Paraná, Curitiba – PR, Brasil

Rafael Gomes Ditterich**

Universidade Federal do Paraná, Curitiba – PR, Brasil

1. Introdução

A democracia constitucional é incompatível com a desigualdade socioeconômica. Nesse contexto, o enfraquecimento da democracia pode ser considerado uma consequência de regras e instituições da globalização econômica, principalmente, do neoliberalismo, que colabora para o aumento da desigualdade. Enfrentar a desigualdade social e econômica é indispensável para alcance

* Graduação em Nutrição pela UFPR (2009), mestrado em Segurança Alimentar e Nutricional pela UFPR (2014) e doutorado em Políticas Públicas pela UFPR (2022). Professora Adjunta do Departamento de Nutrição da UFPR, membro da equipe técnica do Observatório dos Conselhos vinculado ao Núcleo de Estudos em Instituições (NINST) do Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas da UFPR, do Grupo de Pesquisa CNPq Política, Avaliação e Gestão em Saúde (PAGS) e do Grupo BHEN (Brazilian Home Enteral Nutrition Group) da UFPR. E-mail: rubiathieme@gmail.com.

** Graduação em Odontologia pela PUCPR (2003) e Gestão Pública pela UEPG (2023), mestrado em Odontologia (Clínica Integrada) pela UEPG (2006) e doutorado em Odontologia (Saúde Coletiva) pela PUCPR (2011). Professor Associado do Departamento de Saúde Coletiva, Líder do Grupo de Pesquisa CNPq Política, Avaliação e Gestão em Saúde (PAGS), Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas (Mestrado e Doutorado) e Professor Permanente do Mestrado Profissional em Saúde da Família (PROFSAUDE) da UFPR. E-mail: prof.rafaelgd@gmail.com.

dos direitos sociais garantidos por Constituição, bem como para evitar o surgimento de governos autoritários em Estados no sistema neoliberal¹²³.

Contudo, os Estados inseridos no capitalismo neoliberal não estão livres de serem acometidos por crises, assim como o próprio sistema pode entrar em colapso⁴. Em meio – ou, como consequência de – às crises da democracia constitucional, econômica e do neoliberalismo, surge a crise sanitária⁵. A decretação de Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional pela Organização Mundial da Saúde⁶ pode tanto sofrer impacto, quanto impactar nas crises mencionadas.

Nesse sentido, o presente trabalho pretende explorar a crise da democracia constitucional em Estados inseridos no sistema econômico neoliberal, considerando as desigualdades socioeconômicas, a crise econômica nos países democratas e a crise do neoliberalismo, bem como a decretação de Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional em meio às crises mencionadas, considerada como crise sanitária.

Para tal, optou-se por dividir o trabalho em sete seções, que estão apresentadas a seguir: Democracia constitucional em Estados desiguais no sistema econômico neoliberal; O Estado forte no neoliberalismo: prejuízo à democracia constitucional; Conglomerado transnacional e direito econômico internacional: o gerenciamento da democracia constitucional; Crise da democracia e inclinação ao autoritarismo; A crise do neoliberalismo e a crise nos Estados inseridos no sistema econômico neoliberal: impactos na democracia constitucional; Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional em meio à crise do sistema econômico neoliberal e das democracias constitucionais; e Desafios para o acesso aos produtos de saúde em emergências sanitárias: impactos de acordos comerciais internacionais e de declarações e resoluções institucionais.

1 GARGARELLA, 2014.

2 SCHNEIDERMAN, 2018.

3 SITARAMAN, 2018.

4 MITCHELL; FAZI, 2017.

5 JÚNIA, 2012

6 WHO, 2016

2. Democracia constitucional em Estados desiguais no sistema econômico neoliberal

A democracia é considerada uma das condições para o desenvolvimento de um país. A democratização da vida política e a descentralização das decisões são necessárias para a distribuição equitativa dos benefícios advindos do desenvolvimento, a fim de acarretar melhora no padrão de vida da população, transcendendo os ganhos econômicos. Os países em desenvolvimento devem, portanto, fortalecer a democracia e reduzir as oportunidades para a corrupção^{7 8 9}.

Contudo, os países em desenvolvimento que atingiram altas taxas de crescimento econômico não conseguiram que esse processo culminasse em um aumento generalizado do bem-estar e da igualdade social, visto que processos sociais que levam ao aumento da produtividade não necessariamente conduzem à homogeneização social. A desigualdade socioeconômica é um problema para a democracia constitucional, pois a concentração de riqueza e a democracia são incompatíveis^{10 11 12}.

A geração da desigualdade socioeconômica decorre de correlações de forças que acarretam na política tributária e nas políticas antitruste, que possibilitam a formação de oligopólios e monopólios, adotadas por um país, bem como no desequilíbrio na relação entre as corporações e trabalhadores, em que a divisão dos ganhos tende a ficar concentrada na gerência e nos acionistas. Assim, a distribuição inadequada das riquezas produzidas pela globalização resulta em desigualdade socioeconômica¹³.

Em sociedades desiguais, a atuação do poder opera para a manutenção do estado de coisas tradicional e das injustiças, sendo que o próprio texto da Constituição pode respaldar medidas contra os grupos minoritários. O combate à desigualdade é primordial para a inserção dos direitos sociais na Constituição e para a garantia de execução dos mesmos. Com vistas à implementação dos direitos sociais, faz-se necessária uma organização

7 MARTINUSSEN, 1997.

8 STIGLITZ, 2006.

9 SEN, 2010.

10 WOLFE, 1976.

11 FURTADO, 1992.

12 SITARAMAN, 2018.

13 SITARAMAN, 2018.

econômica igualitária e uma organização política aberta e preparada para a participação popular, em que os cidadãos estejam motivados a intervir ativamente na política¹⁴.

Contudo, os cidadãos parecem estar perdendo o interesse na democracia representativa, em que a participação dos cidadãos se dá na ocasião do processo eleitoral, o que legitima o sistema democrático. A legitimidade democrática enfraquece em Estados democráticos quando parece aos cidadãos que participar de processos eleitorais faz pouca diferença. Esse enfraquecimento pode ser explicado, em parte, por um estreitamento do espaço político disponível para os cidadãos como uma consequência de regras e instituições econômicas da globalização econômica, sobretudo, do neoliberalismo^{15 16}.

As regras e instituições econômicas do neoliberalismo ferem, em certa medida, as liberdades políticas fundamentais para o desenvolvimento de um país. Nessas condições, há o desinteresse nas oportunidades para determinar quem vai governar, e com base em que princípios, em ter a liberdade de escolher entre diferentes partidos políticos e na possibilidade de fiscalizar e de criticar autoridades.¹⁷

A fiscalização e a crítica podem ser realizadas por meio da democracia participativa. Além disso, no modelo participativo, as decisões políticas devem ser tomadas por meio do debate público, com a participação da população. Porém, as instituições participativas também enfrentam desafios e apresentam limitações em sua capacidade de promover alterações em direção ao aprofundamento democrático¹⁸.

Logo, há dificuldades na manutenção e no fortalecimento da democracia representativa e na democracia participativa. No neoliberalismo, a ausência de interesse pode ser parcialmente explicada pela incapacidade dos cidadãos em efetuar mudanças econômicas em setores importantes nacionais e locais. A premissa da legalidade neoliberal é a ideia de que os cidadãos são incapazes de gerenciar mercados. Ainda, pode-se explicar o desinteresse dos cidadãos devido à redução das suas expectativas sobre o que os Estados podem fazer e

14 GARGARELLA, 2014.

15 LÜCHMANN, 2008.

16 SCHNEIDERMAN, 2018.

17 SEN, 2010.

18 LÜCHMANN, 2008.

da capacidade do Estado em regular uma variedade de assuntos econômicos como consequência da ordem econômica global¹⁹.

Na economia global neoliberal, os grupos dominantes têm “interesse de classe” em manter a ordem sociopolítica ou em continuar o curso de desenvolvimento econômico de forma equivalente com seus padrões de propriedade. Estruturas estatais e capacidades políticas da classe dominante, que ajudam a moldar as estruturas do Estado, influenciam na manutenção dessa ordem e na acumulação econômica continuada²⁰. Nesse contexto, o poder do Estado encontra-se alinhado com interesses da acumulação privada de capital²¹, não corroborando com a afirmação de que há redução da capacidade do Estado em regular assuntos econômicos como consequência do neoliberalismo. Assim, a alegação da legalidade neoliberal enquanto ideia de que o Estado é fraco e incapaz de gerenciar mercados é questionável.

3. O Estado forte no neoliberalismo: prejuízo à democracia constitucional

Na seção anterior, foi apresentado o problema da desigualdade econômica nas democracias constitucionais e sua implicação para o desenvolvimento, bem como a influência do sistema econômico neoliberal em tais condições. O neoliberalismo não significa o enfraquecimento ou anulação do Estado em favor do mercado (capital). Ao contrário, o neoliberalismo pretende guiar o Estado em seu projeto e requer, portanto, uma estrutura estatal forte, poderosa, intervencionista e autoritária para instituir, manter e impor o mercado. Nesse sentido, a intervenção estatal permanece ativa, mas, tem como beneficiários principais o mercado (capital) e o setor financeiro, que necessitam do Estado, também, para determinar, arbitrar e reforçar a estrutura social e o arcabouço jurídico²².

No capitalismo neoliberal, o Estado, em sua dimensão relacional, é, portanto, veículo para grupos da classe dominante avançarem em seus interesses, à medida que o Estado intervém para melhorar resultados do mercado. Nenhum mercado está, de fato, “livre”, pois existem regras estatais que o

19 SCHNEIDERMAN, 2018.

20 SKOCPOL, 1985.

21 JESSOP, 2016.

22 MITCHELL; FAZI, 2017.

regulam. Essa é uma forma de intervenção do Estado que, com pretensões de aumentar a eficiência do mercado, realiza mudanças em regulamentações²³.

Nesse contexto, verifica-se a incompatibilidade entre a opressão privada e a captura do governo e do parlamento pelas elites diante do neoliberalismo e da globalização com a democracia constitucional, a qual é prejudicada quando o poder econômico se converte em poder político²⁴. Esse sistema econômico mundial expressa-se concretamente na influência que ele exerce sobre os Estados nacionais, que experimentam uma perda acelerada de sua capacidade nacional de decisão. Ou seja, as decisões importantes podem ser tomadas no exterior ou, se tomadas no país, por estrangeiros. Essas corporações, portanto, reduzem a capacidade governamental de exercer controle sobre a economia nacional²⁵.

4. Conglomerado transnacional e direito econômico internacional: o gerenciamento da democracia constitucional

A dimensão relacional do Estado, no capitalismo neoliberal, conduz o avanço dos interesses de grupos da classe dominante por meio de intervenções para melhorar resultados do mercado, como demonstrado na seção anterior., O que fez possível o triunfo do neoliberalismo foi a oferta da possibilidade da criação de uma economia capitalista global unificada, regulada por instituições que refletem o interesse do capital transnacional²⁶. Dentro dos planos nacional e internacional, a instituição econômica básica e central no sistema capitalista neoliberal é o conglomerado transnacional²⁷. Os países que lutam para se desenvolverem não podem abdicar da cooperação internacional, mas, também, não podem se apoiar nela²⁸. Esforços foram realizados por países, sobretudo os subdesenvolvidos, para atrair o capital privado estrangeiro. Contudo, o conglomerado transnacional não traz necessariamente capital, tecnologia, capacidade empresarial e novos mercados externos²⁹.

23 CHANG, 2000.

24 SITARAMAN, 2018.

25 SUNKEL, 1976.

26 LEYS, 2005.

27 SUNKEL, 1976.

28 WOLFE, 1976.

29 SUNKEL, 1976.

Na ordem neoliberal, o desenvolvimento autônomo no plano nacional é uma ilusão³⁰. Os Estados no sistema capitalista apresentam, portanto, autonomia relativa³¹. A autonomia não é uma característica estrutural fixa do Estado ou do aparelho de Estado, por isso é denominada relativa. As estruturas para ações estatais autônomas mudam com o tempo, na medida que organizações de coerção sofrem transformação nas relações internas e com grupos sociais³².

A realidade é um sistema internacional de mercado, o que gera desenvolvimento de um lado e subdesenvolvimento (ou desenvolvimento dependente) do outro³³, visto que os conglomerados transnacionais substituem o mercado nacional e internacional e favorecem o subdesenvolvimento dos países subdesenvolvidos ou a sua dependência. A questão da dependência aos conglomerados transnacionais pode ser explicada pelo fato de que apresentam como núcleo central a sua direção que, com maior frequência, se encontra no país de origem da corporação³⁴.

Essas instituições econômicas se propagam pela economia internacional em várias etapas, buscando a maximização dos seus lucros a longo prazo, até atingir seu apogeu, quando se instalam como produtoras no exterior (países periféricos, subdesenvolvidos), por meio da expansão de subsidiárias e filiais que são inteiramente controladas pela matriz. Assim, o desenvolvimento dos segmentos nacionais internacionalizados e do segmento nacional em que estão localizadas as matrizes dos conglomerados internacionais, isto é, os países desenvolvidos, são favorecidos. Essa relação é assimétrica, uma vez que o fluxo tende a ser do país subsidiário para o país central, não ocorrendo no sentido inverso³⁵.

Além disso, a empresa transnacional é um agente intermediário de penetração das leis de um país em outro³⁶. Existem, também, as regras e instituições do direito econômico internacional. Por sua vez, o direito internacional dos investimentos, como um modelo da ordem jurídica global vinculativa, esse sim, restringe a capacidade do Estado³⁷.

30 WOLFE, 1976.

31 JESSOP, 2016.

32 SKOCPOL, 1985.

33 WOLFE, 1976.

34 SUNKEL, 1976.

35 SUNKEL, 1976.

36 SUNKEL, 1976.

37 SCHNEIDERMAN, 2018.

Os direitos de propriedade intelectual garantidos pelo Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio – detalhado na última seção do presente trabalho – reforçam a ordem econômica e de comércio, bem como removem opções de políticas dos Estados anfitriões. Nesse contexto, a lei de investimentos deixa os Estados vulneráveis a ataques legais por permitir que os investidores processem os Estados por violações de tratados, a fim de recuperarem perdas (geralmente, associadas ao risco político)³⁸.

Essas regras e instituições do direito econômico internacional impedem o Estado de adotar medidas para apoiar aqueles que estão em desvantagem (minorias, jovens, mulheres ou pequenas e médias empresas) e, provavelmente, atenuam o entusiasmo democrático. Nesse contexto, pode-se afirmar que a democracia não é tanto reprimida quanto gerenciada. As ordens legais são tratadas como “globais” na medida em que pretendem impor normas universais, que existem para o avanço dos interesses de uma rede de atores poderosos capazes de influenciarem o conteúdo de normas internacionais a fim de que essas normas trabalhem em seu benefício próprio³⁹.

Portanto, os conglomerados transnacionais e o regime jurídico para a proteção de investidores estrangeiros exercem pressão sobre os governos dos países, sobretudo os países em desenvolvimento e os subdesenvolvidos. Ao mesmo tempo em que são respaldados por esses governos, levam à manutenção da exclusão social de minorias, produzem efeitos de desintegração nacional e colaboram com aumento da desigualdade de renda^{40 41}.

Como resultado da desigualdade socioeconômica, podem surgir governos demagógicos, populistas e tirânicos. Sem igualdade, a liberdade está em risco frente à tirania privada e as políticas públicas podem ser capturadas por interesses oligárquicos, cuja reação pode resultar em tirania populista. Em uma sociedade desigual, os ricos podem exercer grande poder sobre pessoas comuns e usarão sua riqueza para moldar políticas públicas a fim de preservar e expandir sua riqueza e poder⁴².

38 SCHNEIDERMAN, 2018.

39 SCHNEIDERMAN, 2018.

40 SUNKEL, 1976.

41 SCHNEIDERMAN, 2018.

42 SITARAMAN, 2018.

5. Crise da democracia e inclinação ao autoritarismo

Nas seções anteriores foi exposto que a substituição do mercado nacional e internacional pelos conglomerados transnacionais, favorecendo o subdesenvolvimento e a dependência dos países subdesenvolvidos, gera uma relação assimétrica. Na presente seção se pretende abordar um dos traços característicos do subdesenvolvimento: a exclusão de importantes segmentos da população da atividade política. Esses segmentos estão privados de recursos de poder, o que favorece a inclinação ao autoritarismo⁴³. Mesmo os países em desenvolvimento que atingiram altas taxas de crescimento econômico não conseguiram que esse processo desembocasse em um aumento generalizado da participação social⁴⁴.

O diálogo e a deliberação estão em contradição direta com os valores do autoritarismo. A interrupção da propagação do autoritarismo, por meio de acesso e compreensão a informações, bem como em experiências deliberativas, é um componente crítico da democracia. A democracia deliberativa tem o potencial de combater os efeitos das estratégias de informação autoritárias. Nesse sentido, democracias fortes são livres e iguais, educadas e informadas, responsáveis, justamente governadas e participativas⁴⁵.

Contudo, a participação política diminui com o aumento da integração econômica mundial, a qual acarreta desigualdade socioeconômica⁴⁶. A dominação estrangeira nos países anfitriões pela instituição econômica básica e central na globalização e no sistema capitalista neoliberal, que induz a suposta “integração econômica”, afeta negativamente a democracia, sobretudo, quanto à participação em eleições. Esse fenômeno se pode denominar “despolitização” (“depoliticization”)⁴⁷.

Uma das justificativas para a despolitização é que o acesso ao aparelho de Estado é controlado por interesses capitalistas. Assim, os Estados no capitalismo são, em maioria, democracias, que supostamente permitem a representatividade da população⁴⁸. Mesmo as ações de governos oficialmente

43 FURTADO, 1992.

44 WOLFE, 1976.

45 SHAFFER; BLACK, 2018.

46 SITARAMAN, 2018.

47 SCHNEIDERMAN, 2018.

48 JESSOP, 2016.

eleitos podem culminar em colapsos democráticos⁴⁹. Por outro lado, as ditaduras deixam legados que influenciam na elaboração da Constituição em democracias (re)estabelecidas, principalmente no que se refere à adoção de programas de ajustes estruturais e ao sistema presidencial, que é mantido forte⁵⁰.

O hiper-presidencialismo tende a facilitar a pressão por grupos poderosos (elite), devido à facilidade de fazê-la sobre uma pessoa (Presidente) comparado a um grupo de pessoas (Congresso), eleva a chance de equívocos, pela ausência de mecanismos revisionais das decisões e proporciona maior chance de violações aos direitos humanos⁵¹.

As Constituições formuladas, já na vigência do sistema econômico neoliberal, apresentam diferentes particularidades, como: 1. Criação de barreiras legais às violações de direitos humanos; 2. Preparação de terreno para a aplicação de programas neoliberais; 3. Reação às crises geradas por aqueles programas neoliberais. Tais Constituições reforçaram os compromissos e direitos sociais, ao mesmo tempo, mantiveram a tradicional estrutura do poder, vertical, quase intacta⁵².

A resposta “sala de máquinas” (alteração das estruturas de poder) poderia resultar em mudanças mais duradoras, propiciando maior estabilidade ao sistema constitucional. O projeto (abordagem) constitucional para o futuro do século XXI deve promover a igualdade social associada à redução do poder das elites e deve ser voltado a garantir igualdade econômica. Essas Constituições, mesmo com limitações, devem assegurar direitos sociais mínimos, considerando o papel das Cortes no alcance dos direitos individuais, ou devem garantir que a sociedade tenha e continuará tendo relativa igualdade econômica ou devem prever mecanismos para lidar com mudanças econômicas⁵³.

49 SHAFFER; BLACK, 2018.

50 GARGARELLA, 2014.

51 GARGARELLA, 2014.

52 GARGARELLA, 2014.

53 SITARAMAN, 2018.

6. A crise do neoliberalismo e a crise nos Estados inseridos no sistema econômico neoliberal: impactos na democracia constitucional

Nas seções anteriores foram abordadas questões referentes à democracia constitucional, desenvolvimento socioeconômico e desigualdade, economia global neoliberal, conglomerados transnacionais e autoritarismo. Na presente seção, objetiva-se explorar a crise do neoliberalismo e nos Estados inseridos no sistema econômico neoliberal, bem como os possíveis impactos na democracia constitucional.

A denominada crise do neoliberalismo indica que os ganhos do “livre” mercado não compensam as perdas⁵⁴. O sistema econômico neoliberal, portanto, não está livre de ser acometido por colapsos, bem como os Estados inseridos no sistema capitalista neoliberal também podem entrar em crise⁵⁵. Em momentos de crise as fragilidades das economias das democracias constitucionais em todo mundo são escancaradas⁵⁶.

Tanto crises no sistema capitalista, quanto crises econômicas em Estados específicos, exigem medidas relacionais para recuperação da economia^{57 58}, sendo que a intervenção do Estado no mercado é justificada por, supostamente, produzir resultados socialmente ótimos, o que raramente acontece⁵⁹.

De modo geral, Estados no sistema capitalista organizam a rede de relações de poder de forma que a classe dominante assegure o seu predomínio (domínio, poder), ao mesmo tempo que almejam garantir seus interesses por intermédio do uso legítimo de todo o aparato jurídico-político, bem como avançar as políticas públicas. A atuação estatal busca o equilíbrio entre o interesse social das classes subordinadas e a demanda dos detentores do capital. Para tanto, o Estado tem a legitimidade para regular as relações num aparato jurídico (regulamentações) e político (relações)^{60 61}.

54 SITARAMAN, 2018.

55 MITCHELL; FAZI, 2017.

56 SITARAMAN, 2018.

57 BORON, 2006.

58 JESSOP, 2016.

59 CHANG, 2000.

60 BORON, 2006.

61 JESSOP, 2016.

As crises podem acarretar na reformulação ou reorientação de estratégias oficiais e políticas estatais⁶². O capitalismo neoliberal força os Estados em crise a adotarem medidas que implicam na redução da democracia, no aumento da pobreza, do desemprego, das inequidades e da repressão às manifestações populares, no enfraquecimento dos sindicatos, na redução dos direitos trabalhistas e dos programas sociais e na estagnação ou queda dos investimentos públicos em infraestrutura física e social. Essas consequências são resultado da condensação de forças e de escolhas relacionais realizadas pelo Estado⁶³.

Todos os Estados reservam o direito – ou alegam a necessidade – de suspender ou alterar a Constituição Federal ou outras disposições legais em condições excepcionais. A criação de emendas constitucionais que alteram o orçamento destinado às despesas públicas primárias pretende, portanto, atender a interesses do Estado, que são também interesses da classe dominante e das instituições privadas.⁶⁴ Os assuntos econômicos, se não administrados por meio de emenda constitucional, são removidos do expediente e das jurisdições do Estado e alocados às ordens legais globais específicas do regime neoliberal. Assim, a restauração da ordem econômica pós-crise é permitida na medida desejada pelas forças do mercado, pois são as expectativas legítimas de poderosos atores econômicos que mais importam, não os direitos sociais, a igualdade, o projeto para vida comunitária.⁶⁵

O neoliberalismo, como projeto autoritário, implica aos Estados em crise a adoção de medidas de austeridade como condição para obter suporte financeiro internacional.⁶⁶ O fato de os Estados se tornarem mais endividados agrava a diminuição da capacidade democrática, resultando em prioridades orçamentárias direcionadas ao financiamento da dívida.⁶⁷

62 SKOCPOL, 1985.

63 MITCHELL; FAZI, 2017.

64 JESSOP, 2016.

65 SCHNEIDERMAN, 2018.

66 MITCHELL; FAZI, 2017.

67 SCHNEIDERMAN, 2018.

7. Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional em meio à crise do sistema econômico neoliberal e das democracias constitucionais

Considerando o exposto nas seções anteriores, esta seção pretende abordar a garantia do direito à saúde durante Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional, bem como em que medida a crise do sistema econômico neoliberal e das democracias constitucionais podem influenciar em tal garantia.

Segundo a Constituição da Organização Mundial da Saúde, a saúde é um dos direitos fundamentais de todo ser humano, sem distinção de cor, religião, posicionamento político ou condição socioeconômica. Cabe aos governos possibilitarem o gozo do mais alto padrão de saúde, tendo em vista que possuem responsabilidade pela saúde de seus povos. É por meio de medidas sociais e de saúde adequadas que se cumpre essa responsabilidade.⁶⁸

Portanto, os governos são responsáveis por garantirem a saúde da sua população em qualquer situação que se manifeste, como durante uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional. Uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional corresponde ao nível mais alto de alerta da Organização Mundial da Saúde. A decretação de tal emergência possibilita melhor coordenação e esforços internacionais, sendo prevista no Regulamento Sanitário Internacional, o qual entrou em vigor em 2007.^{69 70}

Os objetivos do Regulamento Sanitário Internacional são ajudar a comunidade internacional a prevenir e responder a graves riscos de saúde pública que apresentam a possibilidade de atravessar fronteiras e ameaçar pessoas em todo o mundo, bem como evitar interferências desnecessárias no tráfego (pessoas, bagagem, carga, mercadorias) e comércio internacional. Para alcançar esses objetivos, a cooperação e a solidariedade global são necessárias, a fim de interromper a propagação de doença ou condição que coloque em risco a saúde da população.⁷¹

O Regulamento Sanitário Internacional deve ser respeitado e seguido por vários países, por ser um instrumento jurídico internacional vinculativo

68 WHO, 2006.

69 WHO, 2006.

70 FIOCRUZ, 2020.

71 WHO, 2016.

para 196 Estados Membros da Organização Mundial da Saúde. Um dos princípios do Regulamento Sanitário Internacional é o respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas. Além disso, no regulamento, consta a definição de direitos e obrigações dos países de relatarem eventos de saúde pública e estabelecerem procedimentos para defenderem a segurança pública mundial.⁷²

Contudo, essa tendência de securitização, entendida como o processo pelo qual um tema é socialmente construído como um problema de segurança, pode condenar a saúde global a uma série de períodos de “guerra” intercalados por “tréguas” focadas nos sistemas de vigilância e não no enfrentamento das causas das epidemias, vinculadas aos determinantes sociais da saúde. Portanto, são necessárias mudanças estruturais capazes de promoverem a redução das desigualdades socioeconômicas.⁷³ Essas mudanças nas políticas econômicas se referem ao aumento de tributos, leis antitruste, políticas laborais, regulação do setor financeiro e universalização de programas públicos.⁷⁴

Mas, em períodos de emergência, o combate às desigualdades sociais e econômicas está relacionado a outro tipo de segurança, a segurança protetora, que proporciona uma rede de segurança social. Nessa rede, estão incluídos benefícios aos desempregados, como empregos públicos de emergência para gerar renda ou suporte financeiro por meio de auxílio emergencial e distribuição de comida para as pessoas em situação de insegurança alimentar,⁷⁵ tão necessários para os grupos mais vulneráveis durante situação de Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional.

Ao longo da história, a Organização Mundial da Saúde decretou Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional seis vezes, sendo a primeira em 2009, devido à pandemia de gripe provocada pelo vírus H1N1 que, de acordo com dados oficiais, deixou 18,5 mil mortos no mundo (revisões posteriores indicam que o número de morte totalizou 200 mil). A última Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional foi decretada em 2020, em razão da pandemia do novo coronavírus (SARS-CoV-2 – causador da doença denominada Covid-19), ainda em curso,

72 WHO, 2016.

73 VENTURA, 2016.

74 SITARAMAN, 2018.

75 SEN, 2010.

o que impossibilita afirmar o número oficial de mortes causadas por essa pandemia.⁷⁶ O número elevado de mortes pode estar relacionado ao fato que os eventos de natureza infecciosa apresentam maior letalidade, comparado, por exemplo, aos desastres ambientais.⁷⁷

Para o enfrentamento das Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional, é necessário realizar avaliação contínua dos seus resultados e impactos, a fim de acompanhar as alterações da dinâmica de transmissão e propagação de agentes e doenças. Essa avaliação permite adequar os sistemas de saúde, estruturando desde o nível global até o nível local. Ainda, é fundamental que se fortaleçam os sistemas públicos e universais de saúde, a fim de garantir o acesso e a atenção de toda a população. Entre os desafios, está o aperfeiçoamento do sistema de vigilância em saúde na detecção, preparação e resposta à Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional.⁷⁸

Outro desafio é seguir as recomendações da Organização Mundial da Saúde para situação de Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional. A Organização Mundial da Saúde recomenda aos Estados Membros medidas como: vacinação (na existência de vacina), quarentena e isolamento social.⁷⁹ No caso da pandemia causada pelo novo coronavírus, tanto a declaração de emergência de saúde pública quanto as orientações da Organização Mundial da Saúde para evitar aumento de sua propagação vieram em momento das crises econômica, política, ecológica, climática e sanitária, o que impactaram negativamente o bem-estar e a saúde de milhares de pessoas.⁸⁰ O conceito de crise sanitária resgata a epidemiologia crítica, que considera a determinação social da saúde, para a qual processo de produção da saúde e da doença decorre do capitalismo neoliberal, que produz inequidades em saúde e exclusão social.^{81 82}

Conceitualmente, a crise sanitária surgiu por meio da análise da situação mundial de crise ecológica, de desigualdades socioeconômicas, bem como das suas consequências como perda da dignidade, e da crise econômica

76 FIOCRUZ, 2020.

77 CARMO; PENNA; OLIVEIRA, 2008.

78 CARMO; PENNA; OLIVEIRA, 2008.

79 WHO, 2016.

80 JÚNIA, 2012.

81 JÚNIA, 2012.

82 BREILH, 2013.

causada pela dívida pública.^{83 84} O enfrentamento da crise econômica pode ser realizado com investimento para promover o crescimento econômico e aumentar as receitas ou redução dos gastos para liberar a receita para o pagamento da dívida.⁸⁵ Frequentemente, a resposta política para crise econômica é a redução do gasto do Estado com a seguridade social, como os cuidados em saúde. O argumento para a austeridade é o crescimento econômico por meio da estabilização das contas públicas e foco dos investimentos no setor privado.⁸⁶

Muitos países, principalmente os subdesenvolvidos, estão atravessando crises econômicas no período de decretação da Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional e declaram estado de emergência. Recentemente, os estados de emergência se estenderam a emergências econômicas. Em alguns casos, no entanto, o estado de emergência pode ferir a relação entre população e cidadania, sobretudo nas questões de inclusão e exclusão social e de direitos legais e políticos.⁸⁷ Nesse sentido, faz-se necessário destacar que o direito internacional dos direitos humanos foi incorporado por diversas Constituições Federais⁸⁸ e deve, portanto, ser considerado para tomada de decisões em períodos de Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional.

Mesmo que cada país tenha o reconhecido direito de determinar seus próprios fins e meios, nenhum país pode ter a pretensão de fazê-lo com impunidade se desprezar os valores de justiça social, bem-estar humano, participação e liberdade em relação aos quais a comunidade internacional chegou a um consenso.⁸⁹ As obrigações decorrentes do Regulamento Sanitário Internacional deixam claro que um dos objetivos é evitar interferências desnecessárias no comércio internacional.⁹⁰ A questão que deve ser colocada é como a integração econômica atua para evitar que a crise econômica se agrave durante uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional.

83 JÚNIA, 2012.

84 BREILH, 2013.

85 STUCKLER, et al., 2017.

86 GREEN, 2018.

87 JESSOP, 2016.

88 GARGARELLA, 2014.

89 WOLFE, 1976.

90 WHO, 2016.

A acumulação de capital do setor industrial, sobretudo dos conglomerados transnacionais, continua presente e pode se fortalecer em períodos de Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional, a depender das decisões que são tomadas para enfrentamento tanto da crise econômica quanto da crise sanitária. Com base na determinação social da saúde e nas relações sociais, o processo de produção da saúde e da doença deve ser analisado por meio dos vínculos que existem entre a cobertura dos serviços de saúde e as necessidades do capitalismo no sentido de manter e reproduzir a força de trabalho e realizar a acumulação de capital do setor industrial de equipamentos e de insumos médicos.⁹¹ Assim, considerando que a ideia de privatização cresce conforme os valores neoliberais ascendem,⁹² a ideia de valorização do setor público se retrai ao tempo em que os valores neoliberais ascendem. Mas, se há uma crise existente no sistema capitalista neoliberal e já foi verificada a importância de um Estado forte para guiar o mercado, que, de fato, não é livre, mas regulado pelo Estado, então, há uma possibilidade de se estabelecer um novo sistema econômico, que favoreça a retomada e o fortalecimento da democracia constitucional.

Nesses momentos de emergência, é necessário repensar os modelos e as práticas que levam à dependência dos países, em destaque, os subdesenvolvidos, aos conglomerados transnacionais e, por consequência, aos países desenvolvidos. Concomitantemente, pode-se realizar um movimento para recuperar o espaço político abandonado. Então, enquanto se supõe que a legalidade neoliberal contribui para o declínio democrático, também pode auxiliar na geração de reação (“backlash”),⁹³ em favor do desenvolvimento social.

Nesse sentido, as liberdades políticas se expandem, bem como as oportunidades sociais (educação, saúde) e a segurança protetora. As liberdades políticas, na forma de disposições democráticas, ajudam a salvaguardar a liberdade econômica e a liberdade de sobreviver, enquanto as oportunidades sociais são importantes para uma participação mais efetiva em atividades econômicas e políticas. A expansão das liberdades políticas, das oportunidades sociais e da segurança protetora é considerada o fim primordial e o principal meio do desenvolvimento.⁹⁴

91 GARBOIS; SODRÉ; DALBELLO-ARAUJO, 2017.

92 SCHNEIDERMAN, 2018.

93 SCHNEIDERMAN, 2018.

94 SEN, 2010.

8. Desafios para o acesso aos produtos de saúde em emergências sanitárias: impactos de acordos comerciais internacionais e de declarações e resoluções institucionais

Esta última seção pretende abordar acordos comerciais internacionais, declarações e resoluções que impactam no acesso aos produtos de saúde em âmbito mundial, incluindo em Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional, como durante a pandemia da Covid-19.

O Acordo TRIPS (*“Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights”*, em inglês, ou Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio, em português) refere-se a um tratado Internacional, integrante do conjunto de acordos assinados em 1994 que concluiu a Rodada Uruguaia do Acordo Geral de Tarifas e Comércio e criou a Organização Mundial do Comércio.⁹⁵

Esse acordo, que entrou em vigor em 1995, estabeleceu padrões mínimos que devem ser observados pelos países ao adequar suas legislações nacionais e ao elaborar e assinar acordos comerciais internacionais. O Acordo TRIPS restringe consideravelmente a autonomia dos países-membros da Organização Mundial do Comércio na adoção de leis e políticas de propriedade intelectual, os obrigando a seguir padrões mais rigorosos de proteção patentária. Como consequência, há o encarecimento do acesso às inovações tecnológicas, inclusive no setor farmacêutico. Assim, as implicações do Acordo TRIPS em relação à saúde pública representavam preocupações para os países pouco desenvolvidos e em desenvolvimento. Diante disso, em 2001, a Declaração de Doha sobre o Acordo TRIPS e Saúde Pública foi aprovada no âmbito da Organização Mundial do Comércio.^{96 97 98 99}

A Declaração de Doha afirma que o Acordo TRIPS não pretende e não deve impedir que seus membros tomem medidas para proteger a saúde pública: a interpretação e a implementação do Acordo TRIPS podem e devem ser realizadas de modo a apoiar o direito dos membros da Organização Mundial do Comércio de proteger a saúde pública.^{100 101}

95 LIMA, 2017.

96 CORREA, 2005.

97 SOUZA, 2011.

98 LIMA, 2017.

99 WTO, 2020.

100 CORREA, 2005.

101 WTO, 2020.

A Declaração reconhece a gravidade dos problemas que afligem os países pouco desenvolvidos e em desenvolvimento, como as epidemias e, nesse sentido, é considerada uma tentativa multilateral de reforçar o direito desses países de utilizarem as flexibilidades presentes em TRIPS, abrandando os efeitos adversos das políticas de propriedade intelectual, para que estas respondam melhor às reais necessidades de saúde pública e desenvolvimento.^{102 103}

Historicamente, a inclusão das questões acerca do acesso a produtos de saúde é frequente em debates realizados em fóruns internacionais. A questão de acesso a medicamentos está entrelaçada com a relação conflituosa entre saúde pública, inovação e propriedade intelectual. O direito de acesso a medicamentos essenciais confronta com o direito de propriedade intelectual e se insere em uma realidade complexa, na qual diversos países em desenvolvimento se encontram em situação de déficit tecnológico, sujeitos às conjurações de mercado promovidas pelas transnacionais, colocando-os em posição de vulnerabilidade.^{104 105}

Outro aspecto a ser considerado é que o acesso a produtos de saúde não representa mais um problema exclusivo para países pouco desenvolvidos ou em desenvolvimento, mas constitui um problema de âmbito mundial. O investimento em inovação e na produção de medicamentos e outros produtos de saúde sem que os mesmos sejam acessíveis, consiste em beneficiar o comércio e o lucro desmedido em detrimento da saúde e dos princípios que regem o direito à vida com dignidade.¹⁰⁶

Nesse contexto, parte substancial da população global não tem acesso aos medicamentos mais básicos.¹⁰⁷ Principalmente países em desenvolvimento apresentam limitações até mesmo para fabricar seus próprios medicamentos, ingredientes ativos e formulações, visto que a capacidade de produção da indústria farmacêutica está distribuída de forma irregular pelo mundo.¹⁰⁸

Além disso, os países fizeram diferentes usos do tempo de carência do Acordo TRIPS, impactando de modo distinto no desenvolvimento ou na

102 CORREA, 2005.

103 LIMA, 2017.

104 LIMA, 2017.

105 CHAMAS, 2020.

106 BERMUDEZ, 2017.

107 CHAMAS, 2020.

108 CORREA, 2005.

maximização de benefícios para a indústria da saúde. Por exemplo, a decisão do Brasil em internalizar de imediato o Acordo TRIPS trouxe consequências para a estruturação de Complexo Industrial da Saúde no país.¹⁰⁹

Estudos realizados pela Comissão sobre Direitos de Propriedade Intelectual, Inovação e Saúde Pública, da Organização Mundial da Saúde, não encontraram evidências de que a implementação do Acordo TRIPS nos países em desenvolvimento impulsionou a pesquisa e o desenvolvimento de produtos farmacêuticos.¹¹⁰

Entretanto, em diferentes situações de crise sanitária, medidas jurídicas disponíveis localmente, ancoradas nas flexibilidades do Acordo TRIPS e na Declaração de Doha sobre TRIPS e Saúde Pública, já foram utilizadas. Considerando a atual Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional decorrente da pandemia de Covid-19, no plano internacional, os medicamentos e as vacinas foram enquadrados como bens públicos globais e foram realizadas propostas de pool de patentes.¹¹¹

Já em 2008, o pool de patentes foi considerado uma das estratégias para promover a transferência e o acesso a tecnologias relacionadas à saúde com vistas a promover a inovação e o acesso a produtos de saúde e dispositivos médicos da “*Global strategy and plan of action on public health, innovation and intellectual property*”, da Organização Mundial da Saúde, agência especializada das Nações Unidas.¹¹²

Doze anos mais tarde, um compromisso foi manifestado pelas Nações Unidas junto a chefes de Estado ou de Governo e lideranças na área da saúde global: acelerar o desenvolvimento e a produção de vacinas novas, testes de diagnóstico e tratamentos para a Covid-19, bem como para garantir o acesso equitativo em todo o mundo. As resoluções publicadas pelas Nações Unidas para o enfrentamento da pandemia de Covid-19 reconhecem a necessidade de cooperação internacional para a garantia ao acesso a vacinas e equipamentos médicos.¹¹³

A Assembleia Mundial da Saúde, órgão decisório da Organização Mundial da Saúde, aprovou, em maio de 2020, uma resolução em que destaca a

109 CHAMAS, 2020.

110 LIMA, 2017.

111 CHAMAS, 2020.

112 WHO, 2008.

113 BUSS; ALCÁZAR; GALVÃO, 2020.

necessidade do acesso justo e universal de produtos de saúde de interesse no enfrentamento da Covid-19, de remoção de barreiras injustificadas e da utilização dos repositórios voluntários de licenciamento de patentes (“*patent pools*”) pelas organizações internacionais e às partes interessadas, levando em consideração as flexibilidades do Acordo TRIPS e a Declaração de Doha sobre TRIPS e Saúde Pública.^{114 115}

Contudo, a implementação das flexibilidades nas esferas nacionais são processos complexos e demorados, que desconsideram a dimensão das exigências de uma pandemia.¹¹⁶ Nesse contexto, a Organização Mundial do Comércio reconhece que um dos desafios impostos pela pandemia da Covid-19 é garantir que produtos e tecnologias de saúde e equipamentos de proteção estejam disponíveis e possam ser acessados de forma equitativa em quantidades suficientes em todo o mundo.¹¹⁷ Portanto, durante períodos de emergência de saúde pública de importância internacional, como a pandemia do novo coronavírus, os desafios emergentes se somam à situação crônica de dificuldade de acesso a produtos de saúde, acentuando as condições de desigualdade.¹¹⁸ Ressalta-se que, além dos medicamentos, o Acordo de TRIPS se refere a todo o conjunto de produtos de saúde necessários no tratamento de uma emergência sanitária, incluindo seus componentes e precursores, que também podem estar protegidos por regime de patentes.¹¹⁹

Em vista à necessidade de enfrentamento da pandemia de Covid-19, como resposta às questões na interface entre o acesso, o comércio e a propriedade intelectual, motivadas nas incertezas relacionadas à produção tecnológica, eventuais preços abusivos e outras condições limitantes, foram iniciadas operações para ajustamento do ordenamento jurídico de alguns países a fim de aperfeiçoar, ou implementar, medidas de licenciamento compulsório e uso governamental.¹²⁰

Fato é que o processo pandêmico ainda em curso revelou as virtudes e as dificuldades encontradas pelo sistema multilateral no trato de qualquer tema complexo e polêmico no plano global. Mas, sem a verdadeira e

114 BUSS; ALCÁZAR; GALVÃO, 2020.

115 CHAMAS, 2020.

116 BUSS; ALCÁZAR; GALVÃO, 2020.

117 WTO, 2020.

118 CHAMAS, 2020.

119 BUSS; ALCÁZAR; GALVÃO, 2020.

120 CHAMAS, 2020.

democrática colaboração internacional, os avanços na prevenção de outras pandemias serão pequenos. Tal necessidade de colaboração pode ser exemplificada com a recomendação para que os países e o sistema multilateral se preparassem para ameaças futuras à segurança humana por enfermidades epidêmicas realizada ainda em 2015 pelo “*High-Level Panel on the Global Response to Health Crises*”.¹²¹

A crise sanitária atual carrega um conjunto de elementos complexos com obstáculos para saídas equitativas, como a governança global sem consensos, a crise do multilateralismo, as disputas entre os Estados Unidos da América e a China, as tensões políticas que envolvem a OMS, os crescentes expedientes bilaterais e as incertezas inerentes à produção tecnológica acelerada. A pandemia de Covid-19 escancarou a importância da cumulatividade tecnológica conquistada com investimentos, políticas de apoio à pesquisa e ao desenvolvimento, rede capacitada de negociação de tecnologias, capacidade de gerar inovações incrementais, entre outros. Ao mesmo tempo, suscitou uma intensa mobilização tecnológica, que pode estimular a revitalização das políticas públicas de ciência, inovação e produção, as competências estatais, as parcerias público-privadas e a alocação de estratégias de investimentos.¹²²

No cenário brasileiro, os obstáculos e desafios para o enfrentamento da pandemia da Covid-19 se iniciam em 2015, com a promulgação da Lei do Capital Estrangeiro (Lei 13.097/15), responsável por fusões e aquisições entre empresas prestadoras de serviços, levando a formação de grupos monopólicos entre hospitais, laboratórios e empresas de planos. Em 2016, medidas políticas e econômicas foram aplicadas com a assunção de Michel Temer ao poder. Essas medidas são materializadas na Emenda Constitucional n.º 95, que congelou o teto de gastos federais para a saúde, repercutindo no desfinanciamento do Sistema Único de Saúde (SUS). Propostas para a reformulação de todo o sistema de saúde surgiram de determinados setores empresariais, como a indústria farmacêutica, que formaram o Instituto Coalizão Saúde (Icos). Uma das intenções do instituto seria tornar o SUS integrado totalmente ao setor privado, sendo coordenado por este. Na proposta do Icos, observa-se inexistência de espaços de participação social, um dos princípios do SUS. O interesse manifesto das empresas e associações empresariais que compõe o Icos é a busca pela “sustentabilidade financeira”,

121 BUSS; ALCÁZAR; GALVÃO, 2020.

122 CHAMAS, 2020.

ou seja, a lucratividade. De fato, há incertezas quanto às estratégias para retomar e aprofundar a pauta que estruturou o SUS, sobretudo diante do retrocesso democrático no tempo histórico em vigor no país.^{123 124}

Em períodos de Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional, faz-se necessário avaliar a percepção dos cidadãos quanto à sua capacidade em efetuar as mudanças necessárias nos setores públicos e privados (incluindo os conglomerados transnacionais) para que garantam o acesso da população aos produtos de saúde, como medicamentos e vacinas. Nessas situações, a confiança na democracia representativa e na democracia participativa, bem como nas instituições públicas, pode se enfraquecer ainda mais quando os cidadãos observam que a atenção aos direitos fundamentais e aos direitos sociais são desrespeitados devido a interesses econômicos, em especial do capital transnacional. Ainda, fazem-se necessárias a cooperação e a solidariedade global, bem como o enfrentamento das causas das epidemias.

9. Conclusão

A decretação de Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional pela Organização Mundial da Saúde apresenta impacto global, atingindo países com diferentes níveis de desenvolvimento. Tanto os países desenvolvidos quanto os subdesenvolvidos apresentam desigualdades socioeconômicas, sendo elas mais graves nos países em subdesenvolvimento. Em períodos de emergência, a presença de desigualdade pode impactar na tomada de decisões e nas ações dos governos, em parte, porque a democracia está enfraquecida.

A perda do interesse dos cidadãos na democracia em decorrência do estreitamento do espaço político causado pelo neoliberalismo pode resultar em menor participação em eleições e em instituições participativas. Em momentos de Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional, o enfraquecimento da democracia representativa e da democracia participativa, inclinando para o autoritarismo, pode resultar em colapso do sistema de saúde e em milhares de mortes. Além disso, a redução das expectativas dos cidadãos sobre as ações dos Estados pode impactar na confiança no setor público, incluindo no setor da saúde pública.

123 MORAIS; OLIVEIRA; VIEIRA-DA-SILVA, 2019.

124 BRASIL, 2015.

Nos serviços públicos de saúde, mas também nos serviços privados, a dependência dos países, sobretudo dos subdesenvolvidos, aos conglomerados transnacionais pode levar a prejuízos no enfrentamento da Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional em nível nacional, visto que inúmeras empresas que dispõem de tecnologia e insumos para fabricação de equipamentos necessários para a prevenção da população contra doenças, para o tratamento de pessoas acometidas pelos agravos, como por infecções, e para proteção dos profissionais da saúde, são transnacionais. A dependência dos países aos conglomerados transnacionais pode exigir negociações demoradas, o que também acarreta em maior tempo de espera para início das ações para enfrentamento de determinada doença ou agravo naquele território.

Mesmo que a filial da empresa transnacional esteja localizada no território do país, não significa que irá abastecer esse país com seus produtos, pois, visando o lucro, pode ceder às coerções de países com maior poder de compra e de negociação. Assim, apesar do Regulamento Sanitário Internacional objetivar que durante uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional sejam evitadas interferências desnecessárias no comércio internacional, não há garantia de que os equipamentos e produtos destinados aos cuidados em saúde cheguem aos países que deles necessitam. Esses países, enquanto enfrentam a emergência, podem iniciar um processo de substituição de importações por meio da valorização da ciência e da indústria nacional.

Ainda, em períodos de Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional, deve-se garantir a segurança protetora, a adequação e o fortalecimento dos sistemas de saúde públicos e universais. Aliado a isso, é necessário fomentar e oportunizar a participação da população na fiscalização, monitoramento e avaliação das ações de enfrentamento da emergência de saúde pública, em fóruns, conselhos e conferências, como parte da democracia participativa. Esse movimento para recuperar o espaço político abandonado pode provocar alteração das estruturas de poder e mudanças estruturais capazes de promover a redução das desigualdades socioeconômicas.

Referências

- BERMUDEZ, Jorge Antonio Zepeda. Acesso a medicamentos: impasse entre a saúde e o comércio!. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, vol. 33, n. 9, e00123117, 2017.
- BORON, Atílio A. Filosofia política e crítica da sociedade burguesa: O legado teórico de Karl Marx. In: BORON, Atílio A. *Filosofia política moderna. De Hobbes a Marx*. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales; DCP-FFLCH, Departamento de Ciências Políticas, Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Humanas, USP, Universidade de São Paulo. 2006.
- BRASIL. Lei nº 13.097 de 19 de janeiro de 2015. Dispõe no Capítulo XVII da Abertura ao capital estrangeiro na oferta de serviços de saúde. Brasília, DF: Diário Oficial da União [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13097.htm Acesso em: 18 maio 2021.
- BREILH, Jaime. La determinación social de la salud como herramienta de transformación hacia una nueva salud pública (salud colectiva). *Rev. Fac. Nac. Salud Pública*, vol. 31, supl. 1, p. S13-S27, 2013.
- BUSS, Paulo M.; ALCAZAR, Santiago; GALVAO, Luiz Augusto. Pandemia pela Covid-19 e multilateralismo: reflexões a meio do caminho. *Estud. av.*, São Paulo, vol. 34, n. 99, p. 45-64, 2020.
- CARMO, Eduardo Hage; PENNA, Gerson; OLIVEIRA, Wanderson Kleber de. Emergências de saúde pública: conceito, caracterização, preparação e resposta. *Estud. av.*, São Paulo, vol. 22, n. 64, p.19-32, 2008. <https://doi.org/10.1590/S0103-40142008000300003>
- CHAMAS, Claudia. Inovação, propriedade intelectual e acesso a medicamentos e vacinas: o debate internacional na pandemia da Covid-19. *Liinc em Revista*, vol. 16, n. 1, p. 1-17, 2020.
- CHANG, Ha-Joon. An institutionalist perspective on the role of the state: towards an institutionalist political economy. p.3-26. In: CASTRO, Ana Célia; BULARMAQUI, Leonaedo; CHANG, Ha-Joon. *Institutions and the Role of the State*. Edward Elgar, 2000.
- CORREA, Carlos M. O Acordo TRIPS e o acesso a medicamentos nos países em desenvolvimento. *Sur, Rev. int. direitos human.*, São Paulo, vol. 2, n. 3, p. 26-39, 2005.
- FIOCRUZ. Fundação Oswaldo Cruz. ‘Radis’: Novo coronavírus é sexta

- emergência em saúde pública internacional declarada pela OMS. Informe ENSP/FIOCRUZ: 02 mar 2020. Disponível em: <http://www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/informe/site/materia/detalhe/48219> Acesso em: 27 abr. 2020
- FURTADO, Celso. O subdesenvolvimento revisitado. *Economia e Sociedade*, vol. 1, 1992, p. 5-19.
- GARBOIS, Júlia Arêas; SODRE, Francis; DALBELLO-ARAÚJO, Maristela. Da noção de determinação social à de determinantes sociais da saúde. *Saúde debate*, vol. 41, n. 112, 2017. <https://doi.org/10.1590/0103-1104201711206>
- GARGARELLA, Roberto. *La sala de máquinas de la Constitución: Dos siglos de constitucionalismo en América Latina [1810-2010]*. Buenos Aires: Katz Editores, 2014.
- GREEN, Mark A. Austerity and the new age of population health? Special Issue: Social Inequalities in Health and their Determinants. *Scandinavian Journal of Public Health*, vol. 46, p.38-4, 2018. <https://doi.org/10.1177/1403494817726616>
- JESSOP, Bob. *The State: Past, Present, Future*. Cambridge: Polity Press, 2016.
- JÚNIA, Raquel. Crise sanitária atinge pessoas em todo o mundo. Disponível em: <http://www.epsjv.fiocruz.br/noticias/reportagem/crise-sanitaria-atinge-pessoas-em-todo-o-mundo> Acesso em: 27 abr. 2020.
- LEYS, Colin. The rise and fall of Development Theory. In: EDELMAN, Marc; HAUGERUD, Angelique. *The anthropology of Development and Globalization from Classical Political Economy to Contemporary Neoliberalism*. Blackwell: 2005.
- LIMA, Jordão Horácio da Silva. Saúde global e política externa brasileira: negociações referentes à inovação e propriedade intelectual. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, vol. 22, n. 7, p. 2213-2221, 2017.
- LÜCHMANN, Lígia Helena Hahn. Participação e representação nos conselhos gestores e no orçamento participativo. *Caderno CRH*, Salvador, v. 21, n. 52, p. 87-97, 2008. <https://doi.org/10.1590/S0103-49792008000100007>
- MARTINUSSEN, John Degenbol. *Society, State and Market: a guide to competing theories of development*. London: Zed Books, 1997.
- MITCHELL, William; FAZI, Thomas. *Reclaiming the State. A Progressive Vision of Sovereignty for a Post-Neoliberal World*. Pluto Press. Cap. 2 e 5. 2017.
- MORAIS, Heloisa Maria Mendonça de; OLIVEIRA, Raquel Santos de; VIEIRA-DA-SILVA, Ligia Maria. A coalizão dos empresários da saúde

- e suas propostas para a reforma do sistema de saúde brasileiro: reprocessos políticos e programáticos (2014-2018). *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 24, n. 12, p. 4479-4488, 2019. <https://doi.org/10.1590/1413-812320182412.25802019>
- SCHNEIDERMAN, David. Disabling Constitutional Capacity: Global Economic Law and Democratic Decline. In: GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark. *Constitutional Democracy in Crisis? United States of America*: Oxford University Press, 2018.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Cap. 2. São Paulo: Companhia das letras, 2010.
- SHAFFER, Timothy; BLACK, Laura W. Authoritarianism and Deliberative Democracy: Responding to Our Current Political Times and Contexts. *Journal of Public Deliberation*, vol. 14, n. 2, art 1, 2018. <https://doi.org/10.16997/jdd.303>
- SITARAMAN, Ganesh. Economic Inequality and Constitutional Democracy. In: GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark. *Constitutional Democracy in Crisis? United States of America*: Oxford University Press, 2018.
- SKOCPOL, Theda. Bringing the State Back In: Strategies of Analysis in Current Research. In: EVANS, Peter B.; RUESCHEMEYER, Dietrich; SKOCPOL, Theda. *Bringing the State Back*. In. Cambridge: Cambridge University Press, 1985.
- SOUZA, André de Mello e. *O Acordo Sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (TRIPS): implicações e possibilidades para a Saúde Pública no Brasil*. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2011.
- STIGLITZ, Joseph E. *Making Globalization Work*. Cap. 2. London/New York: Norton & Company, 2006.
- STUCKLER, David; REEVES, Aaron; LOOPSTRA, Rachel; KARANIKOLOS, Marina; McKEE, Martin. Austerity and health: the impact in the UK and Europe. *European Journal of Public Health*, vol. 27, p. 18–21, 2017. <https://doi.org/10.1093/eurpub/ckx167>
- SUNKEL, Osvaldo. *Desenvolvimento, subdesenvolvimento, dependência, marginalização e desigualdades espaciais: por um enfoque totalizante*. In: BIELSCHOWSKY. *Cinquenta anos de CEPAL*. Cofecon/Cepal: 1976.
- VENTURA, Deisy de Freitas Lima. Do Ebola ao Zika: as emergências internacionais e a securitização da saúde global. *Cad. Saúde Pública*. Vol. 32, n. 4, 2016. <https://doi.org/10.1590/0102-311X00033316>

- WHO. World and Health Organization. Constitution of the World Health Organization. Basic Documents, Forty-fifth edition, Supplement. Geneva, Switzerland: WHO, 2006.
- WHO. World and Health Organization. Global strategy and plan of action on public health, innovation and intellectual property. Geneva, Switzerland: WHO, 2008.
- WHO. World and Health Organization. International health regulations. (2005) 3rd ed. Geneva, Switzerland: WHO, 2016.
- WOLFE, Marshall. Abordagens do desenvolvimento: de quem e para quê? In: BIELSCHOWSKY, Ricardo. Cinquenta anos de CEPAL. Cofecon/Cepal: 1976.
- WTO. World Trade Organization. Promoting Access to Medical Technologies and Innovation. Intersections between public health, intellectual property and trade. Geneva, Switzerland: WTO, 2020.

Recebido em 08 de março de 2021.

Aprovado em 26 de abril de 2021.

RESUMO: o presente estudo explorou a crise da democracia constitucional em Estados inseridos no sistema econômico neoliberal, considerando as desigualdades socioeconômicas, as crises econômicas, do neoliberalismo e sanitária e a decretação de emergência de saúde pública de importância internacional (ESPII). Dividiu-se em seções: 1. Democracia constitucional em Estados desiguais no sistema econômico neoliberal; 2. O Estado forte no neoliberalismo: prejuízo à democracia constitucional; 3. Conglomerado transnacional e direito econômico internacional: o gerenciamento da democracia constitucional; 4. Crise da democracia e inclinação ao autoritarismo; 5. A crise do neoliberalismo e a crise nos Estados inseridos no sistema econômico neoliberal: impactos na democracia constitucional; 6. ESPII em meio à crise do sistema econômico neoliberal e das democracias constitucionais; e 7. Desafios para o acesso aos produtos de saúde em emergências sanitárias: impactos de acordos comerciais internacionais e de declarações e resoluções institucionais. Constatou-se que, diante da crise existente no sistema capitalista neoliberal e da importância de um Estado forte para regular o mercado, há uma possibilidade de

se estabelecer um novo sistema econômico, que favoreça a retomada e o fortalecimento da democracia constitucional. Durante uma ESPII, o enfraquecimento da democracia, associado à inclinação para o autoritarismo, pode resultar em colapso do sistema de saúde. Ainda, a redução das expectativas dos cidadãos sobre as ações dos Estados pode impactar na confiança no setor da saúde pública.

Palavras-chave: democracia constitucional, neoliberalismo, desigualdades socioeconômicas, emergência de saúde pública.

ABSTRACT: the present study explored the crisis of constitutional democracy in States inserted in the neoliberal economic system, considering socioeconomic inequalities, economic, neoliberalism and health crises and the public health emergency of international concern (PHEIC). The study was divided into sections: 1. Constitutional democracy in unequal States in the neoliberal economic system; 2. The State strong in neoliberalism: damage to constitutional democracy; 3. Transnational conglomerate and international economic law: the management of constitutional democracy; 4. Crisis of democracy and inclination to authoritarianism; 5. The crisis of neoliberalism and the crisis in the States inserted in the neoliberal economic system: impacts on constitutional democracy; 6. PHEIC in the middle of the crisis of the neoliberal economic system and constitutional democracies; and 7. Challenges for access to health products in health emergencies: impacts of international trade agreements and institutional declarations and resolutions. In the face of the crisis in the neoliberal capitalist system and the importance of a strong State to regulate the market, there is a possibility of establishing a new economic system, which favors the resumption and strengthening of constitutional democracy. During a PHEIC, the weakening of democracy, associated with the inclination towards authoritarianism, can result in the collapse of the health system. Still, the reduction of citizens' expectations about the actions of States can impact confidence in the public health.

Keywords: constitutional democracy, neoliberalism, socioeconomic inequalities, public health emergency.

SUGESTÃO DE CITAÇÃO: THIEME, Rubia Daniela; DITTERICH, Rafael Gomes. Democracia constitucional e neoliberalismo em crise: impactos em emergências de saúde pública internacional. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Edição 65, jul/dez, 2024. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1754>.

Acesso à justiça inclusivo para pessoas com deficiências psicossocial e intelectual

Inclusive access to justice for people with psychosocial and intellectual disabilities

Ana Paula Barbosa-Fohrmann*
Universidade Federal do Rio de Janeiro – RJ, Brasil.

Alessandra Moraes de Sousa**
Universidade Federal do Rio de Janeiro – RJ, Brasil.

1. Introdução

O acesso à justiça é uma das principais expressões de um Estado de Direito por se tratar da via pela qual os cidadãos podem obter a contenção de abusos e violações contra seus direitos. Igualmente, é elemento central de uma sociedade democrática, ao fornecer espaço equânime para o exercício da dialética e do discurso na solução de conflitos, com afastamento de qualquer tipo de violência para atingimento de interesses. Por essas razões, o acesso à justiça tem estatuto de direito humano e fundamental.

Condição para o direito de acesso à justiça é a igualdade entre os cidadãos. Contudo, em cenários de intensa desigualdade material, seja de renda, seja de bem-estar, ampliados por fatores interseccionais de gênero, raça, deficiência, a igualdade meramente formal leva a que alguns não gozem de

* Professora Adjunta da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND/UFRJ). Professora Permanente do Programa de Pós-graduação em Direito (PPGD) da UFRJ. Doutora e Pós-doutora em Direito pela Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Doutora em Filosofia pela UFRJ. Coordenadora do Núcleo de Teoria dos Direitos Humanos (NTDH), vinculado à FND e ao PPGD/UFRJ. E-mail: anapbarbosa@direito.ufrj.br.

** Pós-doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, com bolsa do Programa Pós-Doutorado Nota 10, da Fundação Carlos Chagas Filho de Amparo à Pesquisa do Rio de Janeiro (FAPERJ). E-mail: alessandra.m.s@gmail.com.

direitos básicos colocados à disposição de outros. Nesta linha, as pessoas com deficiência são parte do grupo de exclusão que reivindica igualdade substancial, uma vez que a própria participação social lhes é ainda um obstáculo a transpor. Daí, na temática central do acesso à justiça, faz-se necessário de forma geral refletir sobre que tipo de acesso à justiça dispõem tais indivíduos hoje e que tipo de acesso à justiça seria desejável lhes oferecer. Para fins de estreitamento do objeto, este artigo se concentrará no acesso à justiça para pessoas com deficiências psicossocial e intelectual, porque prejudicados por argumentos fundados em incapacidade e dependência, que tornam o exercício da autonomia dessas pessoas mais dificultoso.

Especificamente, quando se discute a problemática das deficiências psicossocial e intelectual, está se tratando, em verdade, de uma escala bastante diversificada de condições, que determinam formas diferentes de estar e experienciar o mundo. A deficiência intelectual pode abranger diferentes graus de afecções cognitivas, como paralisia cerebral parcial, síndromes intelectuais múltiplas, como a Síndrome de Down, assim como aquelas decorrentes de doenças ou processos degenerativos, como a demência, o acidente vascular cerebral, Alzheimer, entre outras. A deficiência psicossocial se refere a condições relacionadas à saúde mental¹.

Nesse sentido, este artigo vai se assentar sobre a análise do acesso à justiça para pessoas com deficiências psicossocial e intelectual, alguns dos seus desafios e algumas propostas de como contorná-los, a partir da normatização de tal direito pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de 2006 e pela Lei Brasileira de Inclusão de 2015. Este escrito tratará de aspectos concernentes ao exercício da capacidade legal e sobre adaptações processuais, sobretudo no campo da linguagem e comunicação. Tanto uma quanto a outra são pontos sensíveis a exigir mudanças para a efetivação do direito de acesso à justiça.

1 A deficiência psicossocial é associada à saúde mental, englobando pessoas com sequela de transtorno mental. Também estão neste marcador aqueles com certos tipos de transtorno global do desenvolvimento, como síndrome de Rett, de Asperger, autismo etc. A deficiência intelectual, por seu turno, se refere a condições associadas ao funcionamento cognitivo. Ver SASSAKI, 2005; 2010.

2. Dogmática jurídica sobre o direito humano e fundamental de acesso à justiça inclusiva

2.1 Acesso à justiça e ao justo processo

As disposições relativas ao acesso à justiça encontram respaldo na Constituição Federal de 1988, cuja previsão é alçada à categoria de direito fundamental pelo art. 5º, XXXV, que prevê: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Entende-se aqui o acesso à justiça como o acesso a uma justiça justa em sentido amplo, não apenas aos órgãos existentes do Judiciário, mas também aos direitos fundamentais. Assim, o acesso à justiça pode ser “encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”².

É de conhecimento que a sistemática constitucional exige ainda uma leitura conjunta, harmônica e unificante de suas normas. Nesse sentido, a previsão do art. 5º deve, sem dúvida, ser interpretada em conformidade com as relativas à assistência judiciária e à ação civil pública, em particular as atribuições do Ministério Público, e, por fim, ao papel desempenhado pela Defensoria Pública (respectivamente os arts. 50, LXXIV, 129, III e 134 da CF/1988). Tais regras viabilizam o acesso à justiça plural, sem discriminação e de forma materialmente igualitária, sobretudo, para aquelas pessoas com deficiências que convivem com outros tipos de desigualdades sócio-econômicas e que possam se encontrar na linha da pobreza.

Ao direito fundamental de acesso à justiça está atrelado o de justo processo, previsto no art. 5º, LIV e LV da Constituição, respectivamente: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”; “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. De acordo com Theodoro Júnior³, um processo justo pressupõe: direito de acesso à justiça, direito de defesa, contraditório e paridade de armas, independência e imparcialidade do juiz, motivação das decisões, duração razoável. E essa ideia de justiça, afirma o autor, carrega

2 CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 10. Ver, entre outros, ainda BASTOS, 1999, p. 213 s., MORAES, 2011, p. 218 ss. SILVA, 1998, p. 432.

3 THEODORO JÚNIOR, 2018, p. 69.

um valor ético que se impõe ao Estado de Direito, compromisso que deve ser seguido por todos aqueles que integram a administração da Justiça e que devem zelar pela realização de um processo justo.

A existência do aparato judiciário, estruturado e institucionalizado, não implica diretamente o acesso a ele. Sadek ⁴explica que o direito de acesso à justiça perpassa as fases de ingresso, desenvolvimento e saída, todas elas atravessadas por obstáculos que podem impedir sua plena fruição. Na primeira etapa, a autora aponta como barreira o próprio reconhecimento de se possuir direitos e identificar que estão sendo ameaçados ou violados. O transcurso seria dificultado pela morosidade dos procedimentos, resultado do número excessivo de demandas e insuficiência de juízes e servidores. A linguagem prolixa e hermética, assim como os formalismos, além de provocarem incompreensão pelos jurisdicionados, também seriam causas de retardamento que interferem na fase de desenvolvimento. Por fim, a saída seria determinada pela superação da fase recursal e a efetivação do direito reclamado.

Apesar de o acesso à justiça ter sido elevado à categoria de direito fundamental respaldado por outras regras constitucionais que objetivam a sua plena eficácia, no que se refere às pessoas com deficiência de forma geral e, em especial, àquelas com deficiências psicossociais e intelectuais, a sua implementação ainda encontra desafios que merecem reflexão. Óbices à fase de ingresso podem ser identificados, não apenas quanto ao desconhecimento de direitos, com o que variadas violações remanescem sem resposta, naturalizadas e absorvidas pelos processos de exclusão e desigualdade próprios a uma democracia em construção como a nossa, mas, sobretudo, quanto ao reconhecimento de sua capacidade legal, seja para praticar atos jurídicos seja para estar em juízo senão pela via da representação ou da assistência⁵. Somam-se a isso os desafios para se manter ou prosseguir em juízo praticando atos processuais de forma equipolente aos demais sujeitos do processo. Ambas as temáticas serão tratadas adiante.

4 SADEK, 2014.

5 De acordo com Degener (2014, p. 2), um dos maiores desafios na implementação da Convenção é o reconhecimento igual perante lei, art. 12, que dispõe justamente sobre o exercício da capacidade legal.

2.2 Acesso à justiça inclusivo na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência na Lei brasileira de Inclusão das Pessoas com Deficiência.

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Convenção) de 2006 confere o estatuto de direitos humanos às questões relativas às pessoas com deficiência, tendo entre nós a normatividade própria das emendas constitucionais, devido a ter ingressado em nosso ordenamento jurídico através do rito do art.5º, § 3º da Constituição⁶.

Tendo em vista as desigualdades e as desvantagens decorrentes da deficiência, – uma desigualdade, aliás, que não leva em consideração as particularidades que identificam cada indivíduo como único, foi elevada a grau máximo e principiológico, no art. 3º, alínea “f” da Convenção a acessibilidade aos sujeitos com deficiência de forma geral aos meios físico, social, econômico, político, jurídico e cultural⁷ de forma a reduzir tais desigualdades. A acessibilidade é requisito essencial para a vida independente e a participação social da pessoa com deficiência em igualdade aos demais⁸. A Convenção visa a promover a proteção e o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais das pessoas com deficiência. Nesse contexto, devem ser ainda destacados, no art. 3º, outros princípios que, juntamente com a acessibilidade, reforçam a fundamentação e a orientação axiológica que regem a Convenção: o respeito pela dignidade inerente e a autonomia individual (alínea “a”), a não-discriminação (alínea “b”), a participação e inclusão plena na sociedade (alínea “c”), o respeito pela diversidade (pluralidade) humana (alínea “d”), a igualdade de oportunidades (alínea “e”).

Como princípio e direito humano, o acesso à justiça se encontra especificamente consagrado no artigo 13 da Convenção, onde se lê:

6 A esse respeito, Sarlet (2011) afirma que os tratados de direitos humanos, sem distinção, possuem um *status* jurídico diferenciado, que são compatíveis com a sua fundamentalidade. A legitimidade democrática, a que esses se sujeitam, por meio do rito previsto no §3º, lhes confere maior força normativa, o que os transforma em verdadeiros limites materiais à reforma da Constituição. Com isso, haveria um reforço também da posição do Brasil na comunidade internacional em prol da eficácia dos direitos humanos, na medida em que enfatiza a vinculação brasileira ao tratado em questão. Ainda de acordo com o autor, tendo em vista um maior benefício para o ser humano, deveria suceder ainda uma reforma do §3º no sentido de se conferir a todos os tratados de direitos humanos hierarquia constitucional.

7 Sobre acessibilidade, ver SASSAKI, 2009. O referido autor identifica seis dimensões da acessibilidade: arquitetônica; comunicacional; metodológica; instrumental; programática e atitudinal.

8 ONU, 2014.

1. Os Estados Partes assegurarão o efetivo acesso das pessoas com deficiência à justiça, em igualdade de condições com as demais pessoas, inclusive mediante a provisão de adaptações processuais adequadas à idade, a fim de facilitar o efetivo papel das pessoas com deficiência como participantes diretos ou indiretos, inclusive como testemunhas, em todos os procedimentos jurídicos, tais como investigações e outras etapas preliminares.

2. A fim de assegurar às pessoas com deficiência o efetivo acesso à justiça, os Estados Partes promoverão a capacitação apropriada daqueles que trabalham na área de administração da justiça, inclusive a polícia e os funcionários do sistema penitenciário.

O acesso a uma justiça inclusiva consiste, então, em determinação da própria Convenção para todos os Estados partes. Inclusão aqui significa

o processo de construção de uma sociedade para todos e, portanto, os alvos de transformação são os ambientes sociais e não a pessoa. Assim, o termo inclusão não deve ser usado como sinônimo de inserção ou integração.⁹

Pressupõe, então, que desde a propositura da ação e durante todo seu transcurso, sobretudo na realização das audiências, a pessoa com deficiência participe de maneira ampla e autônoma na defesa de seus interesses, até mesmo com a definição de adaptações processuais. Uma justiça inclusiva é também uma justiça plural, onde a pessoa com deficiência figura não apenas como parte, mas está presente ainda na administração da justiça, figurando na posição de testemunha¹⁰, advogada, membro do Ministério Público, Defensor, Juiz ou auxiliar da justiça, como peritos, assistentes sociais, serventuários e outros, o que configura uma gestão pública democratizada¹¹.

Outro elemento estruturante do gozo e exercício do direito de acesso à justiça pelas pessoas com deficiência é o reconhecimento de sua capacidade legal, como salvaguarda contra a violação de direitos e também como

9 PAULA, 2008, p. 32.

10 Quanto a esse tema, há uma antinomia no ordenamento jurídico entre as disposições do Código Civil (art. 228, § 2º) e do Código de Processo Civil (art. 447, § 1º, incisos I e II). Enquanto o primeiro acompanha as alterações promovidas pela Convenção e pela LBI, o segundo veda a que pessoas com deficiência psicossocial ou intelectual exerçam o compromisso de testemunha, por serem elas incapazes, tal qual dispunha o Código Civil de 2002.

11 ONU, 2017, p. 5.

possibilidade de reparação de danos. Por isso, o artigo 12 da Convenção estabelece aos Estados signatários que reconheçam esse direito, bem como prevejam medidas legais que possibilitem que as pessoas com deficiência sejam apoiadas no exercício dessa capacidade e protegidas nesse mister no que tange a abusos e no respeito às suas vontades e preferências. Essa previsão aproveita especialmente às pessoas com deficiências psicossocial e intelectual, uma vez que sua autonomia e vontade são comumente colocadas em dúvida.

A Lei Brasileira de Inclusão (LBI) é a concretização das disposições contidas na Convenção no panorama nacional. Enquanto a Convenção esclarece o conteúdo e o alcance dos direitos humanos das pessoas com deficiência, a LBI estabelece medidas que permitem instrumentalizá-los, conferindo-lhes, assim, caráter cogente, com o que sua violação se torna passível de tutela perante o Judiciário. As disposições da LBI sobre acesso à justiça reproduzem, em grande parte, as diretivas da Convenção (art. 79, *caput* e § 1º), ampliando-as no que se refere à acessibilidade comunicacional (art. 80) e à obrigação de se disponibilizar recursos de tecnologia assistiva. Consta expressamente dela que os direitos mencionados devem ser assegurados tanto em processos de natureza penal ou cível, e que eles se estendem também aos serviços notariais e de registro. Além disso, a lei reafirma a vocação do Ministério Público e da Defensoria Pública na garantia dos direitos dos vulneráveis (parágrafo único, art. 80). Entretanto, a LBI não faz qualquer menção a adaptações processuais em favor da pessoa com deficiência, tampouco provocou alterações desta natureza nem no Código de Processo Civil, nem no de Processo Penal, o que não prejudica venham elas a ser implementadas no curso dos procedimentos, como abordaremos na seção 3.2.

Parte integrante do título referente ao acesso à justiça são as regras concernentes à capacidade legal e o direito de exercê-la em igualdade aos demais cidadãos. Assim, a curatela é apresentada como medida extraordinária a ser implementada proporcionalmente às necessidades do curatelado, enquanto a tomada de decisão apoiada é o instituto alternativo para o exercício da capacidade civil de fato. De acordo com o art. 85, a curatela limita-se aos atos de natureza patrimonial e negocial, de maneira que as questões referentes aos direitos de personalidade (art. 6º) não são de interferência do curador. Por conseguinte, uma pessoa sob curatela pode livremente casar, adotar e ter a guarda de filhos, votar etc. sem que sua capacidade para tanto seja questionada.

3. Desafios e propostas de distribuição de acesso à justiça para pessoas com deficiências psicossocial e intelectual

3.1 Abertura interpretativa do Instituto da Capacidade

Apesar do aparato convencional e constitucional, sem mencionar outros de caráter infraconstitucional, como de direito material – civil e penal –, direito instrumental – civil e penal –, a dogmática ainda encontra dificuldades em responder aos desafios do acesso à justiça para as pessoas com deficiências psicossocial e intelectual em efetivamente fazer uso da lei e/ou participar do processo legal¹². Vejamos: a interpretação meramente subsuntiva de institutos civis, como capacidade, representação e assistência pode levar a uma dependência bastante acentuada da pessoa com deficiências psicossocial ou intelectual de outros indivíduos, inviabilizando, então, que exerçam total ou parcialmente a capacidade de fato e tenham, no campo processual, o domínio da ação. É claro que tal dependência deve estar intrinsecamente relacionada ao nível de severidade da deficiência psicossocial ou intelectual. O que é importante notar é que a dependência pura e simples em todos os casos, instrumentalizada por meio da substituição de vontade na definição de curatela, sem distinção entre os níveis de deficiência, pode conduzir contraditoriamente a uma injustiça. Isso porque entre a justiça a ser efetivada e o indivíduo deficiente há que se dar um passo extra a ser empreendido pelo representante ou assistente legal no caminho do acesso à justiça. Ressalte-se que talvez uma reinterpretção do instituto da capacidade seja necessária, como o conteúdo e a limitação dos significados (e diferenciações) entre “homem”, “pessoa”, “personalidade”, “identidade”. Todos esses, aliás, relevantes para se repensar o instituto mencionado.

Além disso, cabe aqui frisar mais uma vez que, dependendo do grau e profundidade da deficiência, uma interpretação puramente estreita da

12 Manuais de Direito Civil não são unânimes quanto à capacidade legal de pessoas com deficiência. Pereira (2017) e Diniz (2018) opõem-se expressamente às alterações, pois entendem não ser possível reconhecer capacidade de fato a quem não possa expressar vontade. De outro giro, Gonçalves (2017) e Lenza (2018) defendem uma leitura literal das disposições constantes da LBI e do CC, afirmando que a pessoa com deficiência é plenamente capaz em qualquer caso. Lôbo (2018) trata a capacidade legal da pessoa com deficiência como uma hipótese especial de capacidade, afirmando ser ela distinta da capacidade civil constante do CC, de modo a ambas coexistirem paralelamente no ordenamento jurídico, com o que a pessoa com deficiência teria capacidade legal irrestrita para atos jurídicos não patrimoniais e restrita para os atos jurídicos patrimoniais.

capacidade pode resultar, em termos práticos, no fato de indivíduos com deficiências psicossocial e intelectual, por exemplo, não poderem participar de forma precípua e direta do processo, necessitando sempre de um terceiro que aja em seu nome, o que lhes deixa em posição de delicada vulnerabilidade. Desperta paralelamente interesse, neste ponto, o fato de que uma barreira ou um desafio para o acesso à justiça da pessoa com deficiência psicossocial ou intelectual pode ser o temor psicológico que ela pode ter ou desenvolver em sofrer maus-tratos por parte daquele que excede ou transgredir fisicamente ou psiquicamente as suas funções de cuidado e apoio. A decisão da pessoa com deficiência, nesse caso, de permanecer na situação em que se encontra e não reagir (o que não significa aquiescer) pode ocorrer devido à sua própria condição de vulnerabilidade, seja numa relação de dependência direta e única de algum membro de sua família, seja de outro profissional. O medo de qualquer tipo de represália a que possa ser submetido pode contribuir ademais para o seu silêncio. Hodiernamente, nos noticiários, os relatos sobre pessoas com algum tipo e grau de deficiência intelectual, cognitiva, senilidade ou vítimas de acidente vascular cerebral suscetíveis a abusos não são realmente incomuns. Por conseguinte, retirar a capacidade civil de fato de alguém pode não significar proteção, mas, sim, converter-se numa forma de assujeitamento capaz de propiciar abusos de toda ordem, quer sexuais, quer de limitação da liberdade e vontade, inclusive de ordem financeira.

3.1.1 Capacidade legal e capacidade mental

Problemática das mais relevantes para promoção do direito de acesso à justiça para pessoas com deficiências psicossocial e intelectual é compreender a relação entre os conceitos de capacidade legal e capacidade mental.

De acordo com a Observação Geral n.1 do Comitê dos Direitos das Pessoas com Deficiência¹³, capacidade legal (*legal agency*) refere-se ao exercício de direitos e deveres e, por esta razão, é essencial para a efetiva participação social. Já a capacidade mental, explica, seria o conjunto de habilidades requerido para tomada de decisões, variando: i) de uma pessoa para outra; ii) segundo contextos ambientais, sociais e políticos; iii) conforme a disciplina que avalia a capacidade mental.

13 ONU, 2014, p.4-5.

A capacidade civil é um instituto eminentemente jurídico, conceituada como a aptidão de tornar-se titular de direitos na ordem civil. Assim, divide-se em capacidade de direito ou gozo, qualidade atribuída a qualquer sujeito de direito¹⁴; e capacidade de fato, vinculada ao exercício de atos da vida civil por si próprio. Incapacidade civil é o oposto de capacidade de fato, e consiste na restrição legal da prática daqueles atos por alguns sujeitos¹⁵. Durante muitos anos, a lei civil aproximou os conceitos de capacidade legal e mental por influência de discursos oriundos do saber médico, de tal modo que, ausente alguma capacidade mental, faltaria ao agente, por consequência, capacidade civil de fato¹⁶. Assim, o Código Civil 1916¹⁷ e o de 2002¹⁸ empregavam termos como “loucos de todo gênero”, “enfermidade”, “excepcionais”, “viciados”, “desenvolvimento mental”, os quais guardam inteligibilidade segundo aquela área do saber. O mesmo se diga da premissa negativa da capacidade civil enquanto ausência ou redução do discernimento, com forte vinculação à noção de saúde, cuja referência são valores-padrão de normalidade no funcionamento de determinado órgão ou função, razão pela qual desvios ou alterações sinalizariam estados patológicos¹⁹.

A indistinção se refletia, por consequência, na prática judicial. De acordo com pesquisa documental realizada no ano de 2017 em duas das Varas de

14 Nesse caso, a capacidade de direito é identificada com a personalidade, sendo uma noção qualitativa (Tepedino, 2014, p. 231).

15 Pereira, 2017.

16 Segundo Degener (2014, p. 4), o modelo médico de abordagem da deficiência toma como referência duas premissas de impactos negativos sob a perspectiva de direitos humanos. A primeira é que pessoas com deficiência necessitam de bem-estar e abrigo, argumento que serve à segregação institucionalizada, seja em escolas especiais, hospícios, abrigos, etc. A segunda é que a deficiência pode excluir a capacidade legal, levando à criação de legislações baseadas em saúde mental e tutela, vinculando deficiência à incapacidade.

17 Código Civil 1916, art. 5. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: II. Os loucos de todo o gênero.

18 Código Civil 2002, art. 3º : São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

19 Trata-se da definição bioestatística de Boorse, amplamente utilizada na área de saúde (Caponi, 2012, p. 187).

Órfãos e Sucessões da Comarca da Capital do Rio de Janeiro²⁰, verificou-se que a perícia realizada nos processos de definição de curatela foi de natureza médico-psiquiátrica, isto é, a capacidade do interditando avaliada com base no saber médico. Para a elaboração de seu laudo e concluir pela incapacidade, o perito indagava ao interditando ou seu acompanhante, dentre outras perguntas, sobre sua infância; histórico de saúde familiar; história da deficiência; se tinha autonomia para se vestir, alimentar-se e fazer higiene; vida escolar; se sabia ler e escrever; se saía sozinho; se manipulava dinheiro; se sabia ver horas e ler calendário; se sabia o nome do presidente, governador ou prefeito etc. Observou-se que as sentenças de procedência das ações guardam irrestrita vinculação ao laudo médico-psiquiátrico, de maneira que sempre que esse concluiu pela incapacidade – o que se deu em todos os casos em que o interditando era uma pessoa com deficiência intelectual – foi definida a curatela.

A manutenção do quadro de indistinção entre capacidade legal e mental pode ser percebida na tímida propositura de tomadas de decisão apoiada desde a promulgação da LBI. De acordo com dados do CNJ, em 2019 foram ajuizadas no Brasil somente 46 ações contra 105.423 interdições²¹, o que nos permite afirmar que a tomada de decisão apoiada ainda não é percebida pelos operadores do Direito como possibilidade alternativa à curatela. A tomada de decisão apoiada, cumpre destacar, é uma modalidade de exercício da capacidade legal na qual pessoa maior de idade escolhe agentes de sua confiança para lhe prover suporte na prática de atos da vida civil, de natureza patrimonial ou não, sem que disso decorra a substituição de sua vontade. O instituto foi introduzido pela LBI com o intuito de fomentar a autonomia das pessoas com deficiência, observando, assim, os princípios de não-discriminação, inclusão, igualdade de oportunidade e acessibilidade, todos preconizados pela Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (CDPD).

Capacidade civil de fato tem a ver com expressão da vontade – em seus mais diversos meios, não podendo estar restrita à linguagem oral e escrita

20 Ver SOUSA, 2018. A pesquisa tomou por base 53 autos físicos de processos judiciais de interdição de pessoas com deficiência intelectual distribuídos entre os anos de 1971 e 2015, sendo 24 deles ajuizados nos últimos cinco anos. Dos documentos pesquisados, 11 processos tiveram sentença com resolução do mérito prolatada após a promulgação da LBI.

21 Utilizamos o termo interdição, pois este é o que consta nos cadastros do CNJ. Os estados e o quantitativo de ações distribuídas em cada qual foram os seguintes: Goiás - 2; Maranhão - 6; Minas Gerais - 4; Mato Grosso - 3; Paraná - 2; Santa Catarina - 4; São Paulo - 24; Tocantins - 1. Vale destacar que os anos de 2016-2018 não trazem dados sobre tomada de decisão apoiada.

–, depende da compreensão da extensão de obrigações e responsabilidades a assumir, avaliar riscos e mensurar danos. Essas habilidades e capacidades, aplicadas aos atos da vida civil, são justamente aquelas avaliadas pelo juiz quando é chamado a julgar casos concretos que envolvam defeitos do negócio jurídico²² ou vício de consentimento por erro, dolo e coação, onde tem de analisar as condições subjetivas da declaração de vontade, se houve perturbação da declaração volitiva ou se o agente compreendeu a extensão das obrigações e responsabilidades circunscritas ao negócio. A existência por si só de uma deficiência intelectual ou psicossocial não acarreta a ausência daquelas competências, tampouco que o indivíduo não compreende as finalidades e consequências de relações jurídicas²³, o que, por sua vez, não é efetivamente avaliado pela perícia médico-psiquiátrica.

Assim, sob a sistemática anterior e a interferência do saber médico, tendia-se a se presumir que a existência de uma deficiência afetaria a capacidade de avaliação para toda e qualquer decisão. Contudo, o objetivo da Convenção é que a capacidade legal seja genericamente reconhecida e a capacidade mental para a prática de um ato seja considerada em cada caso²⁴. Por essa razão, é tão relevante que processos de definição de curatela sejam modulados, fazendo referência expressa a quais atos de disposição ou gestão patrimonial podem ou não ser praticados. Dessa maneira, atos jurídicos a título gratuito, nos quais a pessoa com deficiência psicossocial ou intelectual figura como beneficiária no recebimento de um patrimônio pela via da doação, da herança ou do legado, não deveriam implicar a alteração da presunção de capacidade de fato, mas tão-somente os negócios de disposição desses bens a título oneroso.

Questão interessante a se pensar refere-se à capacidade processual. Desde que a curatela é restrita a questões patrimoniais, não se deveria exigir da pessoa com deficiência psicossocial ou intelectual assistência de um curador para preenchimento de legitimidade *ad causam* em ações de inventário,

22 Art. 138 e seguintes do Código Civil.

23 As quais, em verdade, eles nem mesmo praticam. Somente um dos autos pesquisados mencionava um negócio jurídico prejudicial por parte do interditando.

24 Outra não era a posição de Rui Barbosa, para quem a nulidade dos atos eventualmente praticados por incapaz deveria ser declarada *a posteriori*, diante das circunstâncias do caso concreto e se verificado vício na declaração de vontade, pois a nulidade prévia tornaria ineficaz qualquer atividade do interditado (DANTAS, 1949, p. 43).

por exemplo²⁵. O mesmo se coloca para ações de reparação de dano ou de imposição de obrigação de fazer em virtude de barreiras ou discriminação decorrentes da violação a direitos básicos, como acesso à educação, saúde, acessibilidade, caso em que a exigência da declaração de incapacidade funcionaria como óbice ao acesso à justiça.

Por conseguinte, obter uma interpretação aberta do instituto da capacidade civil de fato, acorde à perspectiva de direitos humanos, significa associá-la à possibilidade de fazer as próprias escolhas e, com isso, ter algum tipo de controle sobre a própria vida. Logo, implica compreendê-la como consectário da personalidade²⁶, pois há uma pessoa designada como incapaz, a qual possui história de vida, vontades e preferências que devem ser respeitadas na maior medida possível. O reconhecimento de sua dignidade acarreta que se busquem possibilidades de promoção e mediação na construção da autonomia e não simplesmente que seja substituída sua vontade por meio da assistência. Sob a ótica da diversidade e pluralidade da condição humana, o significado de incapacidade de pessoas com deficiências psicossocial e intelectual merece algumas reflexões. A dita incapacidade advém unicamente da condição pessoal do sujeito ou é resultado também da estrutura social? São atribuídas oportunidades iguais de florescimento para todas as pessoas ou essa prerrogativa é conferida somente a alguns? Quais opções são dadas àqueles cujos limites pessoais não correspondem à dinâmica de produtivismo da sociedade? Em razão da diversidade das pessoas, impõe-se tratá-las de modos diferentes e formular mecanismos para que estejam, de fato, inseridas numa sociedade em constante mudança e adaptação para melhor acolhê-las.

E como lidar com o pedido de curatela de alguém cujos efeitos da deficiência psicossocial são de natureza severa? Ou de uma pessoa com deficiência intelectual adulta, cuja subjetivação a levou a uma condição de completa dependência? Como tratar aqueles com constituição fisiológica que lhes impeça de se comunicar, locomover ou estabelecer vínculos sociais?

25 O suprimento de legitimidade processual em ação de inventário é uma das causas motivadoras dos pedidos de curatela, além do objetivo de satisfação de condições de ação pretendendo recebimento de pensão previdenciária ou benefício de prestação continuada (BPC) e a regularização da gestão dos referidos benefícios. Ver Mecler, 2007.

26 No Direito Civil, a personalidade pode ser compreendida de maneira objetiva, tendo como referência os direitos da personalidade, é dizer, o conjunto de características e atributos da pessoa humana; ou de forma estrutural, isto é, como elemento subjetivo de relações jurídicas, no que corresponde à capacidade (TEPEDINO, 2007, p. XXIII).

Nesses casos, a substituição da vontade é indicada e recomendável. De todo modo, a questão mais relevante do processo não se refere à administração de um patrimônio, mas sim a quem vai cuidar da pessoa, de maneira que todo o esforço da dinâmica processual seja deslocado para avaliar quem melhor desempenharia essa tarefa.

3.2. Adaptação processual e o sistema jurisdicional

Aqui, especificamente, vai-se analisar até que ponto o processo formal pode ser razoavelmente repensado e readaptado às necessidades do indivíduo com deficiência psicossocial ou intelectual, tendo em conta a orientação do art. 13 da Convenção quanto à provisão de adaptações processuais que equalizem sua participação no transcurso de ações judiciais. Nesse ponto, é necessário distinguir as disposições legais, que visam a garantir o acesso à justiça por meio da acessibilidade aos equipamentos e procedimentos judiciários, daquelas, cujo intuito é garantir a paridade entre os litigantes de um processo judicial, essas últimas vinculadas ao direito fundamental ao devido e justo processo legal. Para tanto, é importante se apropriar do vocabulário vinculado à acessibilidade.

De acordo com Asís²⁷, a acessibilidade pode ser concretizada pela via do desenho universal ou das adaptações razoáveis²⁸, diferenciando-se com relação ao seu destinatário. O desenho universal beneficia todas as pessoas, pois orienta a concepção de objetos, bens, direitos, equipamentos, instrumentos e ambientes, considerando a diversidade quanto aos aspectos sensoriais, modos de comunicação e compreensão, mobilidade, controle dos movimentos, altura, peso etc. As adaptações razoáveis atendem a uma demanda particularizada e são direcionadas ao uso de uma pessoa determinada, segundo suas necessidades especiais. Por essa razão, o desenho universal é a regra geral (art. 55, § 1º da LBI) e apenas subsidiariamente, nos casos em não seja possível implementá-lo, devem-se adotar adaptações razoáveis, as

27 ASÍS, 2020a, p. 2.

28 O autor menciona ainda as medidas de acessibilidade, cujo objetivo é tornar acessível e permitir o uso daquilo que não comporta desenho universal, sendo direcionadas apenas às pessoas com deficiência. Exemplificativamente, a televisão é um meio de comunicação projetado com recurso à visão e audição. Logo, os recursos de audiodescrição e de intérprete de LIBRAS são medidas de acessibilidade.

quais podem ser requeridas por iniciativa individual ou coletivamente.²⁹ Outras diferenças podem ser apontadas no que tange à implementação e exigibilidade. A viabilidade das adaptações razoáveis, por exemplo, está sujeita à razoabilidade que, no entanto, não deve ser analisada segundo a lógica econômico-financeira, pois o critério orientador é o propósito da medida e sua efetiva utilidade para a pessoa com deficiência³⁰. Já o desenho universal admite que a eliminação de barreiras dos equipamentos existentes seja gradual. Novos projetos, produtos e serviços devem obrigatoriamente segui-lo. Em ambos os casos, a negativa de implementação configura discriminação (art.4º, § 1º da LBI).

Exemplos possíveis de política judiciária de implementação de desenho universal surgem no âmbito da própria jurisdição meramente formal. Com efeito, uma atuação concreta por parte do Poder Judiciário seria no sentido da (re)estruturação ou da adequação arquitetônica dos tribunais de forma geral e da disposição de recursos tecnológicos básicos e compatíveis para pessoas com deficiências psicossocial e intelectual, bem assim o processo judicial eletrônico e a disponibilização de informações processuais e documentos em diferentes formatos – LIBRAS, áudio-transcrição, Braille, leitura fácil etc.. De forma ainda mais específica, mostra-se ainda de razoável relevância a necessidade de capacitação daqueles que trabalham na administração da justiça, de treinamento do corpo de serventuários de forma geral. Isso poderia incluir o oferecimento de cursos de capacitação específica sobre as necessidades gerais das pessoas com deficiência e conseqüente encorajamento da comunicação entre os envolvidos, por exemplo, por intermédio de uma crescente conscientização a respeito dos serviços que devem ser efetivamente colocados à disposição dos indivíduos com deficiência para que, depois de ajuizarem suas ações, tenham condições de prosseguir com o processo.

As referidas medidas promovem acessibilidade universal e beneficiam todas as pessoas, tenham elas alguma deficiência ou não. Com isso, contribuem para a conformação de uma justiça plural, repise-se, em que pessoas com deficiência atuam de maneira direta e indireta, seja como litigantes, seja figurando como advogados, magistrados, membros do Ministério Público ou da Defensoria, servidores etc. São, portanto, consectárias de uma justiça inclusiva e estão previstas, em boa parte, na Resolução 230/2016 do CNJ,

29 ONU, 2018, p. 6.

30 ONU, 2018 p. 7.

que estabelece ainda a criação de Comissões Permanentes de Acessibilidade e Inclusão no âmbito dos Tribunais.

As adaptações processuais, por sua vez, são direcionadas à acomodação das necessidades específicas de litigantes com deficiência em um processo judicial. Elas têm como escopo garantir os imperativos de um juízo imparcial e assegurar que as pessoas com deficiência tenham igual possibilidade de se defender e produzir provas, sendo informadas pelo princípio de igualdade e não discriminação, previstos na Convenção³¹. Dessa feita, estão associadas à noção de justo processo, orientadas pelos princípios do contraditório e ampla defesa, os quais pressupõem os direitos de receber informações adequadas e tempestivas sobre o desenrolar dos atos processuais; de defender-se ativamente e de se posicionar sobre todas as questões deduzidas; de pretender que o juiz considere suas alegações e as provas que produzir³². As adaptações processuais vinculam-se ainda ao princípio da isonomia (art. 139, I do CPC) em sua perspectiva material, segundo o qual às partes deve ser garantida uma relação processual equilibrada e o oferecimento de oportunidades iguais³³. Logo, o deferimento de adaptações processuais não configura qualquer violação, tampouco provoca nulidades do procedimento, haja vista a fundamentação constitucional que as embasa.

Questão relevante é se determinar a natureza jurídica das adaptações processuais. Para Asís³⁴, essas devem ser compreendidas dentro do âmbito da acessibilidade, razão pela qual poderiam se instrumentalizar tanto por meio de desenho universal, quando são disponibilizadas regularmente ao público em geral, ou por adaptações razoáveis, se requeridas por alguém em virtude de sua diversidade. Segundo o autor, não existem direitos ilimitados, sendo certo que as adaptações processuais, enquanto direito de acesso à justiça, são parte de um todo maior, qual seja o direito ao devido processo legal e à jurisdição. De maneira oposta, o Comitê dos Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU³⁵ e também seu Alto Comissariado³⁶ afirmam que as adaptações processuais não devem ser confundidas com adaptações

31 ONU, 2017, p. 7

32 COMOGLIO apud THEODORO JUNIOR, 2010, p. 65

33 DINAMARCO, 2009, p. 43

34 ASÍS, 2020b, p. 245.

35 ONU, 2014b; 2018.

36 ONU, 2017.

razoáveis, desde que aquelas decorrem dos direitos civis e políticos e, sendo assim, não se sujeitam a critérios de razoabilidade ou proporcionalidade. Assim, a omissão em se providenciar ajustes processuais quando requeridos por uma pessoa com deficiência caracterizaria uma forma de discriminação com base na deficiência e violação ao direito de acesso à justiça³⁷. Como se entende neste artigo, as adaptações processuais devem ser lidas na perspectiva da acessibilidade, desde que contra elas não se oponha a progressividade de implementação do desenho universal como argumento para negar sua imediatidade.

Considerando o Código de Processo Civil (CPC), diversas disposições servem à finalidade de adaptações processuais que favorecem pessoas com deficiência e os litigantes em geral, enquadrando-se, por conseguinte, na categoria de desenho universal. Somente a título de ilustração, nesse quadro de adaptações processuais segundo o desenho universal, que, de nenhum modo, acarretam ônus desproporcional ou indevido ao Judiciário – muito pelo contrário –, podem ser listadas as técnicas alternativas de resolução de conflitos, como a conciliação e a mediação³⁸ (art. 139, V do CPC); a simplificação e informalização dos procedimentos (art. 188 do CPC); a realização de várias audiências (art. 139, inciso VII do CPC); a flexibilização processual pela ampliação e reajuste de prazos (art. 139, inciso VI); a fixação de calendário para a prática de atos processuais (art. 191 e parágrafos do CPC); a possibilidade de mudança nos procedimentos (art. 190, VI). No mesmo sentido, são as medidas de acessibilidade comunicacional (art. 53 da LBI)³⁹.

Quanto às adaptações processuais que não encontrarem previsão legal, não se obsta que sejam solicitadas pelo litigante com deficiência e que devam ser tidas como adaptações razoáveis, haja vista terem de ser deferidas de maneira casuística. Em todos os casos, a definição das adaptações processuais deve se dar de modo cooperativo e participativo, guiada pelas noções de individualização e acomodação, envolvendo todos os sujeitos do processo, inclusive o Ministério Público e, amplamente, a pessoa com deficiência. Por isso, é aconselhável uma audiência preliminar, onde sejam apresentadas

37 ONU, 2017, p. 8; idem, 2018, p. 7.

38 A esse respeito, há vasta e rica literatura. Entre outros: AZEVEDO, 2004. GARCEZ, 2004. DURÇO, 2011. SPENGLER, 2010. SPENGLER; BOLZAN DE MORAIS, 2008.

39 Importante destacar que algumas destas disposições são recomendações encontradas também nas Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade (2008, p. 11)

informações claras sobre todas as etapas do processo, possibilidades de produção de provas, recursos, etc., para que se possam conhecer, de antemão, as preferências ou necessidades da pessoa ao longo do processo.

3.2.1 Redefinição da linguagem ou comunicação

Um código de linguagem se inicia quando surge uma capacidade cerebral para fazer inferências e, portanto, para enunciar juízos, algo que dependerá do desenvolvimento especificamente humano, ou seja, de áreas corticais da linguagem no hemisfério dominante⁴⁰. Nem mesmo será encontrada uma capacidade de formular juízos de alcance geral antes de um nível de desenvolvimento próprio de uma inteligência operatória de nível abstrato⁴¹: um sistema geral de valores e normas é algo de que somente se vislumbra a formação já em pleno decurso da adolescência. Ora, precisamente, Piaget⁴² mostrou igualmente como é necessário também um melhor acabamento da linguagem e nomeadamente uma capacidade de formulação de conceitos e relações gerais para a efetiva passagem do nível das operações concretas próprio da escolaridade inicial para um nível das operações formais, em que uma melhor capacidade de descentração e de relativização dos pontos de vista característicos desse processo cognitivo (reversibilidade operatória) possibilitam algo como a formação de conceitos e valores e o seguimento de normas gerais.

Tendo em vista tal evolução da constituição da linguagem humana, um outro problema surge justamente no tocante ao acesso à justiça para as pessoas com deficiências psicossocial e intelectual: a necessária formulação de uma comunicação adequada e alternativa entre esses indivíduos e advogados, promotores ou defensores e juízes. Tendo em conta seus caracteres pessoais, a pessoa com deficiência psicossocial ou intelectual pode, por exemplo, não compreender a linguagem do aconselhamento que está lhe sendo dado pelo profissional do Direito. Igualmente, barreiras atitudinais, consubstanciadas em idéias pré-concebidas ou estereotipadas sobre a pessoa com deficiência, sobre sua capacidade ou sobre seu pouco ou nenhum entendimento intelectual, assim como a inexperiência de muitos operadores

40 GAZZANIGA, 1985.

41 PIAGET, 1973.

42 PIAGET, 1973.

do Direito em encontrar a linguagem apropriada, ou mesmo a ausência de tempo para escutar o relato do sujeito com deficiência podem, sem dúvida, inibir ou mesmo embaraçar a efetivação da justiça para tais indivíduos.

Além disso, a pessoa com deficiência pode, por exemplo, ter dificuldade em contar a sua própria história, dar sua versão dos fatos ou falar de si mesma com relação ao que considera importante e não somente quanto àquilo que os atores judiciais querem ou consideram oportuno ouvir. De fato, a pesquisa documental em autos de ações de definição de curatela mencionada na seção 3.1.1 observou que os processos se desenrolaram sem participação ativa do interditando, chamado a falar apenas na audiência de impressão pessoal ou quando da realização da perícia. As perguntas formuladas nessas ocasiões, contudo, nada diziam sobre autoconhecimento, é dizer, como o indivíduo com deficiência concebia a si e a sua identidade⁴³. Tampouco lhe foi questionado sobre quais aspectos de sua vida tem liberdade de opinar, as responsabilidades que possui ou o que faria se administrasse diretamente seus recursos financeiros⁴⁴. Por certo a lei confere formalmente ao interditando a possibilidade de contestar a ação e exercer o contraditório, mas em nenhum dos autos examinados essa hipótese ocorreu. O curador à lide exerce sua função de modo meramente procedimental, contestando por negativa geral, não se podendo dizer se sequer ele entrevistou o interditando ou com ele entabulou contato pessoal. Assim, apesar de ser o protagonista da narrativa construída na ação, o interditando dela toma parte de forma verdadeiramente passiva, como um mero espectador.

Carece, então, maior reflexão sobre linguagens alternativas que viabilizem uma comunicação mais direta entre as partes litigantes, como também entre estas e procuradores, juizes e auxiliares da justiça ou, em sendo efetivamente necessário, com a menor interferência possível. Igualmente, adaptações processuais que confirmem maior participação das pessoas com

43 Nas audiências de impressão pessoal, as perguntas comumente formuladas são nome completo, nome dos pais e irmãos; preferências e gostos, tais como time de futebol ou programas de TV que assiste; atividades que realizava; dia, mês e ano; nome do presidente ou outra autoridade. Nos processos em que houve controvérsia quanto à nomeação do curador, a vontade do interditando foi questionada pelo juiz e respeitada na sentença. As perguntas formuladas na perícia foram referidas na seção 3.1.1.

44 Informações mais completas sobre as funcionalidades do interdito, sua interação com o meio familiar e social, as habilidades adaptativas que precisa desenvolver são fornecidas no estudo social da assistência social, documento que normalmente é produzido por ocasião da modificação de curador.

deficiências psicossocial e intelectual no curso do processo. No Peru, o Protocolo de Atenção Judicial a Pessoas com Deficiência⁴⁵ traz um conjunto de orientações para lhes facilitar a participação, recomendando, por exemplo, respeito ao tempo da pessoa em se expressar e formular suas ideias. Uma das adaptações processuais sugeridas no documento é que seja permitida a participação de uma pessoa de confiança do litigante para lhe explicar o significado dos atos, podendo ser um amigo, um profissional, um familiar, ou mesmo o representante de uma organização de defesa dos direitos das pessoas com deficiência. O auxílio de um mediador de linguagem, chamado “agente facilitador”, é previsto também em Recomendação da Comissão Europeia de 27/11/2013, oferecido a pessoas vulneráveis ou com dificuldade de comunicação tanto em sede policial como em juízo⁴⁶.

No mesmo sentido é o emprego de diferentes formatos e modos de comunicação que facilitem a compreensão e permitam a efetiva defesa de direitos pelas pessoas com deficiência não oralizadas. Exemplos são o emprego de gestos, sinais ou expressões faciais conhecidas pela pessoa a partir da mediação de um cuidador ou pessoa próxima; o uso de pranchas de alfabeto e símbolos gráficos; o uso de *softwares* de tecnologia assistiva. Além disso, é possível a conversão das peças processuais e decisões em versão de leitura fácil⁴⁷. Textos nessa formatação são mais resumidos, usam vocabulário e construções gramaticais simples – sem o emprego de termos jurídicos ou outros rebuscamentos, orações afirmativas na estrutura sujeito/predicado/complemento –, associação a imagens etc.⁴⁸ Outra possibilidade visando a eliminar barreiras comunicacionais é uma maior oralização dos procedimentos, com a realização de mais de uma audiência, onde seja utilizada linguagem clara, concreta e explicativa sobre todos os termos do processo, sobre as peças processuais produzidas, suas finalidades e consequências.

Note-se que, às pessoas com deficiências psicossocial e intelectual, outros desafios podem ser apontados, como o estresse e a ansiedade gerada pelo processo formal em si, que se apoia tradicionalmente em procedimentos

45 PERU, 2018.

46 ASÍS, 2020, p. 243.

47 Essa é iniciativa que já se encontra em prática junto às Cortes Constitucionais da Colômbia e do México, que publicam suas decisões em formato de leitura fácil (ONU, 2017, p. 7). Da mesma forma, os próprios documentos do Comitê são publicados na íntegra e também em versão de fácil leitura.

48 Sobre a construção de documentos nesta estrutura, ver: MASCARENHAS; TABACK, 2013.

complexos, na hipossuficiência inclusive intelectual desses litigantes e, muitas vezes, na demora da prestação jurisdicional. Por isso, é recomendável que lhes seja dado a escolher pela realização da audiência no fórum, por videoconferência ou mesmo em espaços diferenciados, onde o litigante com deficiência psicossocial ou intelectual se sinta seguro e menos intimidado pelos rituais próprios ao Judiciário.

3. Conclusão

Passados cinco anos da promulgação da LBI e mais de dez anos da internalização da Convenção, avanços podem ser observados quanto à participação social das pessoas com deficiência. Apesar dos esforços empreendidos para a concretização de seus direitos, ainda há um longo caminho a trilhar rumo a uma sociedade inclusiva. Por isso, é importante manter uma contínua reflexão sobre as práticas institucionais e em que medida são efetivamente inclusivas, exercício que beneficia a todos.

No âmbito do acesso à justiça, a caracterização desse direito como direito humano e fundamental torna-o condição precípua para o exercício de direitos e requerimentos contra violações. Por isso, a meta deve ser a conformação de um sistema de justiça inclusivo e plural, pronto a atender as demandas de qualquer pessoa, de acordo com suas necessidades, e no qual possam se ver representadas. A etapa de ingresso à justiça depende de ser reconhecida capacidade civil de fato às pessoas com deficiências psicossocial e intelectual. Por isso, um sistema binário de capacidade/incapacidade civil, cuja referência é um padrão generalizante de razão e discernimento, não é capaz de acolher a diversidade das pessoas. Faz-se necessário, portanto, eliminar as barreiras atitudinais que levam a relacionar as deficiências psicossocial e intelectual à dependência, a fim de que, na presença dessas pessoas, se vislumbre um ser humano em suas inúmeras possibilidades, como somos todos nós, em constante mudança e aprendizado até o fim da vida. Igualmente, a sacralização do processo e sua estrutura engessada não favorecem as pessoas com deficiência, especialmente aquelas com deficiências psicossocial e intelectual, para quem a flexibilização dos procedimentos é medida de respeito à isonomia material entre os litigantes. Logo, adaptações processuais têm de ser analisadas caso a caso, implementadas de maneira individualizada e coparticipativa, envolvendo as partes, o Ministério Público e juízes, num esforço conjunto para promover inclusão.

É da natureza intrínseca da implementação da Convenção que os Estados-Membros, em âmbito interno, adaptem, sim, de forma razoável, a estrutura física do aparelho e corpo judiciário às necessidades da pessoa com deficiência de forma geral e do intelectual e psicossocial de forma específica. Não é, pois, o indivíduo com deficiência que tem de se adaptar ao sistema judiciário existente e operante em seu propósito de aceder plenamente à justiça de forma digna, autônoma e igualitária. A adaptação, portanto, aqui, se faz necessária, visto que só dessa forma a justiça pode se tornar realmente inclusiva, como exigido pela própria Convenção, em seus princípios maiores, e pela Constituição, em seu sistema de direitos humanos e garantias fundamentais. Uma geração de pessoas com deficiências psicossocial e intelectual, cujo processo de subjetivação foi conformado em espaços de integração, bate às portas do Judiciário. Igualmente, uma geração originada na lógica da inclusão já está batendo/baterá. O que se tem para oferecer a ela? As mesmas práticas serão mantidas ou será apresentado um horizonte de soluções calcado no acolhimento e respeito às diferenças? A resposta depende da escolha de que tipo de sociedade se deseja. Que a opção continue a ser por aquela materialmente democrática.

Referências

- ASÍS ROIG, Rafael de. Lo razonable em el concepto de ajuste razonable. In: SALMÓN, Elizabeth et. al. *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Lima: PUCP, 2015.
- _____. Sobre el derecho a la accesibilidad universal. In: BARBOSA-FOHRMANN, Ana Paula; MARTINS, Guilherme Magalhães (org). *Estudos Interdisciplinares em deficiência*. São Paulo: Editora Foco, 2020a, p.1-10.
- _____. *Sobre el significado de los ajustes de procedimiento*. Revista Teorias Jurídicas Contemporâneas, Rio de Janeiro, v.5:1, p.225-247, jan./jun., 2020b. 10.21875/tjc.v5i1
- AZEVEDO, André Gomma de (org). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2004.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 20^a ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BRASIL. *Lei nº. 13.146, de 06 de julho de 2015*. Brasília, FR: Presidência da República, 06 de jul. De 2015. Disponível em: <http://www.planalto>.

- gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm. Acesso em 05 jul. 2016.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução 230, de 22 de junho de 2016*. Brasília, DF: Presidência do Conselho Nacional de Justiça. 22 de jun. de 2016. Disponível em: https://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Res_230_2016_CNJ.pdf. Acesso em 05. mar. 2021.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.
- CONFERÊNCIA Judicial Ibero-americana. *Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade*. Brasília, 2008. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf>. Acesso em 05 mar. 2021.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números*. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT. Acesso em 05 mar. 2021.
- DANTAS, San Tiago. *Rui Barbosa e o Código Civil*. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1949.
- DEGENER, Theresia. A human rights model of disability. In: BLANK, Peter; FLYNN, Eilionóir. *Routledge Handbook of Disability Law and Human Rights*. Abingdon: Routledge, 2016.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Teoria Geral do Direito Civil. 35.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- DURÇO, Karol Araújo; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A Mediação e a Solução dos Conflitos no Estado Democrático de Direito. O “Juiz Hermes” e a Nova Dimensão da Função Jurisdicional. *Revista Quaestio Juris*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 6-9, 2011. 10.12957/rqi.2011.10190. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/3659>. Acesso: 11/12/2013.
- GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e Arbitragem*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- GAZZANIGA, Michael S. *O Cérebro Social*. Lisboa: Instituto Piaget, 1985.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Parte Geral*. 16.ed., São Paulo: Saraiva, 2018, Vol 1.
- LENZA, Pedro (Coord.). *Direito Civil Esquematizado 1 – Parte Geral – Obrigações – Contratos*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

- LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Parte Geral*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MARTEL, Leticia de Campos Velho. Adaptação Razoável: O Novo Conceito sob as Lentes de uma Gramática Constitucional Inclusiva, *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 8, n. 14, p. 89-113, jun., 2011. Disponível em: <https://sur.conectas.org/home/edicao-14/>
- MASCARENHAS, Debora Feldman Pedrosa; TABAK, Sheina. *Orientações Gerais da Construção de Texto de leitura Fácil. Movimento Down*. Rio de Janeiro, 4 out. 2013. Disponível em <http://www.movimentodown.org.br/2013/10/orientacoes-gerais-da-construcao-de-texto-de-leitura-facil-no-movimento-down/>. Acesso em 05 mar. 2021.
- MECLER, Katia. *Capacidade civil e doença mental: um estudo psiquiátrico forense dos fatores determinantes da incapacidade civil no município do Rio de Janeiro*. Tese (Doutorado em Psiquiatria) – Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, Rio de Janeiro, 2007.
- MENEZES, Joyceanne Bezerra. O novo instituto da Tomada de Decisão Apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei Brasileira de Inclusão (Lei 13.146/2015). In: MENEZES, Joyceanne Bezerra (Org.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas - Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão*. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p.603-632.
- PAULA, Ana Rita de. Artigo 3º – Princípios Gerais. In: RESENDE, Ana Paula Crosara de; VITAL, Flávia Maria de Paiva (orgs.). *A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada*. Brasília: CORDE, 2008. Disponível em: www.governoeletronico.gov.br. Acesso: 05 mar. 2021.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol 1. 30.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- PERU. Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad. *Protocolo de Atención Judicial para Personas con Discapacidad*. Lima: 2018. Disponível em: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/3c0964804f87943fa46eb56976768c74/PROTOCOLO-DE-ATENCION-PERSONAS-CON-DISCAPACIDAD%2B02_02_2018comprimido.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=3c0964804f87943fa46eb56976768c7. Acesso em 05 mar. 2021.
- PIAGET, Jean. *Le Jugement Moral chez l'Enfant*. Paris: P.U.F., 4ª ed., 1973.
- ONU. Committee on the Rights of Persons with Disabilities. *General comment n.º.1*. Genebra: s.n., 2014a. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/GC.aspx>. Acesso em: 22 fev. 2021.

- ONU. Committee on the Rights of Persons with Disabilities. *General comment n.º.2*. Genebra: s.n., 2014b. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/GC.aspx>. Acesso em: 22 fev. 2021.
- ONU. Committee on the Rights of Persons with Disabilities. *General comment n.º.6*. Genebra: s.n., 2018. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/GC.aspx>. Acesso em: 22 fev. 2021.
- ONU. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Derecho de acceso a la justicia en virtud del artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Genebra: s.n., 2017. Disponível em: <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/HRC/37/25>. Acesso em: 25 fev. 2021.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Considerações a respeito das Relações entre a Constituição Federal de 1988 e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos. *Revista Espaço Jurídico*, Santa Catarina, v.12, n. 2, p. 325-344, jul./dez., 2011.
- SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. *Revista USP*. São Paulo, n. 101, p. 55-66, março/abril/maio, 2014. <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9036.v0i101p55-66>
- SASSAKI, Romeu Kazumi. *Inclusão: construindo uma sociedade para todos*. 5.ed. Rio de Janeiro: WVA, 2003a.
- _____. Deficiência Mental ou Intelectual? Doença ou Transtorno Mental? *Revista Nacional de Reabilitação*, São Paulo, Ano IX, n. 43, p.09-10, mar./abr., 2005.
- _____. Inclusão: acessibilidade no lazer, trabalho e educação. *Reação Revista Nacional de Reabilitação*, São Paulo, Ano XII, p. 10-16, mar./abr., 2009.
- _____. *Deficiência Psicossocial: a nova categoria de deficiência*. Fortaleza: Agenda 2011 do portador de Eficiência, 2010.
- SPENGLER, Fabiana Marion. *Da Jurisdição à Mediação: Por uma outra Cultura no Tratamento dos Conflitos*. Ijuí: UNIJUÍ, 2010.
- _____; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Mediação e Arbitragem: Alternativas à Jurisdição*. Porto Alegre, Livraria do Advogado: 2008.
- SOUSA, Alessandra Moraes. *O significado da (in)capacidade de pessoas com deficiência intelectual – uma questão de biopoder*. Dissertação (Mestrado em Teorias Jurídicas Contemporâneas) – Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, Rio de Janeiro, 2018.
- TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina.
Código Civil Interpretado: conforme a Constituição da República. Rio de
Janeiro: Renovar, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico.
RECHTD, *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do
Direito*, Rio de Janeiro, n. 2 (1), p. 64-71, jan-jun, 2010. [https://doi.
org/10.4013/4776](https://doi.org/10.4013/4776)

Recebido em 25 de maio de 2021.

Aprovado em 09 de dezembro de 2021.

RESUMO: Este artigo analisa o direito de acesso à justiça para pessoas com deficiências psicossocial e intelectual, identificando alguns dos seus desafios e algumas propostas de como contorná-los, a partir da normatização de tal direito pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e pela Lei Brasileira de Inclusão. São observados como pontos sensíveis a exigir mudanças para a efetivação de acesso a uma justiça inclusiva e plural aspectos concernentes à capacidade legal e adaptações processuais. Com relação à primeira, propomos uma abertura interpretativa do instituto para além da distinção binária entre capacidade/incapacidade. Quanto à última, este artigo argui que a acessibilidade à linguagem e à comunicação deveria ser assegurada para equilibrar os direitos entre as partes litigantes.

Palavras-chave: acesso à justiça, adaptações processuais, capacidade civil, inclusão, deficiência intelectual e psicossocial.

ABSTRACT: This article analyses the right of access to justice for people with psychosocial and intellectual disabilities by identifying some of the challenges and proposals on how to overcome them based on the standardization of such right by the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities and by the Brazilian Inclusion Law. As sensitive points that require change in order to achieve access to an inclusive and plural justice system, this paper addresses aspects concerning legal capacity and reasonable accommodations on judicial procedure. About the former, this article proposes an interpretative opening of the institute beyond the binary distinction between having or not having legal capacity. About the latter, it argues that in order to balance the plaintiff and defendant's rights accessibility to language and communication should be assured.

Keywords: access to justice, inclusion, legal capacity, reasonable accommodations, intellectual and psychosocial disabilities.

SUGESTÃO DE CITAÇÃO: FOHRMANN, Ana Paula Barbosa; SOUSA, Alessandra Moraes de. Acesso à justiça inclusivo para pessoas com deficiências psicossocial e intelectual. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Edição 65, 2024. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1787>.

Educação/docência e efetividade dos direitos humanos: PUC-SP de portas abertas aos imigrantes e refugiados¹

Education/teaching and human rights effectiveness: PUC-SP open doors to immigrants and refugees

Alan Faria Andrade Silva*

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo – SP, Brasil,

Regina Vera Villas Bôas**

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo – SP, Brasil

1. Introdução

O presente trabalho encontra-se alinhado ao Projeto de Pesquisa “*Diálogo de Fontes: Efetividade dos Direitos, Sustentabilidade, Vulnerabilidades e Responsabilidade*”, coordenado pela Professora-Doutora Regina Vera Villas Bôas, e integra a Área de Concentração “A efetividade dos Direitos de Terceira Dimensão e a Tutela da Coletividade, dos Povos e da Humanidade”, agregado

1 O presente artigo é produzido no contexto do Projeto de Pesquisa “*Diálogo de Fontes: Efetividade dos Direitos, Sustentabilidade, Vulnerabilidades e Responsabilidade*”, coordenado pela Professora-Doutora Regina Vera Villas Bôas, e integra a Área de Concentração “A efetividade dos Direitos de Terceira Dimensão e a Tutela da Coletividade, dos Povos e da Humanidade”, agregado aos Programas de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

* Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2023). Mestre em Direito pela PUC/SP (2019), na linha de pesquisa Efetividade dos Direitos Humanos e Direitos Difusos e Coletivos. Graduado em Direito pela Universidade São Judas Tadeu (2011). E-mail: alanfariaandrade@gmail.com. Orcid: 0000-0001-8055-6487.

** Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1980). Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1995). Doutora em Direito das Relações Sociais (2002) e em Direitos Difusos e Coletivos (2009), ambos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora-doutora e pesquisadora nos Programas de Graduação e de Pós-Graduação em Direito (Núcleo Direitos Difusos e Coletivos) da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. E-mail: regyboas@terra.com.br. Orcid: 0000-0002-3310-4274.

aos Programas de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Presente a efetividade no que tange aos direitos humanos e aos direitos dos refugiados e migrantes, sendo várias as possibilidades de alcançá-la – a efetividade desses direitos – inclusive, no presente estudo, por meio da integração local dos migrantes e refugiados, pela via da educação.

A importância e pertinência da presente pesquisa encontra amparo no atual aumento contínuo do fluxo migratório, seja em decorrência de perseguições ocorridas sob distintos vieses (religioso, político, étnico ou mesmo de gênero), seja em razão da pretensa busca por melhores condições vida. Nos seus deslocamentos territoriais, os migrantes e refugiados buscam encontrar soluções às dificuldades experimentadas.

A Organização das Nações Unidas (ONU), por intermédio do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), em parceria com várias entidades, informa que 68,5 milhões de pessoas encontravam-se deslocadas por guerras e conflitos, até o final do ano de 2017². O número expressivo de 16,2 milhões de pessoas se deslocou somente em 2017, tanto pela primeira vez como repetidamente, o que corresponde ao número total de 44,5 mil pessoas forçosamente deslocadas a cada dia, implicando uma pessoa deslocada a cada dois segundos.

A ONU informa que, em 2018, o número de pessoas fugindo de guerras, perseguições e conflitos superou a marca de 70 milhões, o que revela a proeminência da pesquisa ora desenvolvida, uma vez que as temáticas relativas ao acolhimento, proteção e integração de migrantes e refugiados ganham especial relevo ao serem confrontadas com referidos dados expostos.

O recorte relativo à efetividade do direito de integração dos migrantes e refugiados pela educação é proposto em razão da análise do projeto “PUC-SP de portas abertas aos imigrantes e refugiados”, criado em decorrência do convênio celebrado entre a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) e a Secretaria Nacional de Justiça, vinculada ao Ministério da Justiça e Segurança Pública do Governo Federal. Referido projeto busca integrar migrantes e refugiados, por meio de cursos de extensão ministrados com a finalidade de capacitá-los ao exercício da cidadania, buscando a recolocação profissional de todos eles, dentro da cidade de São Paulo.

2 ONU, 2018.

O estudo objetiva relacionar o tema da efetividade do direito com as relações “lei e projeto social”, “objetivos e finalidades da educação – nela incluída a dinâmica da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo” – e, também, a “implementação concreta de direitos por entidades da sociedade civil”. Nesse sentido, para ser respondida ao final do presente estudo, elege-se como pergunta central da pesquisa: como a educação pode auxiliar na integração de migrantes e refugiados, a partir do recorte selecionado?

A metodologia utilizada na construção deste artigo compreende uma abordagem qualitativa, de natureza básica, contendo um objetivo descritivo a partir de método de pesquisa bibliográfica e documental. Recorre aos ensinamentos doutrinários, entre outros, de João Alberto Alves Amorim, Gert Biesta, Luiz Guilherme Brom, Ricardo dos Santos Castilho, Tercio Sampaio Ferraz Júnior, Paulo Freire e Gabriel Perissé, trazendo à baila diplomas Legais correlatos ao tema como o Estatuto dos Refugiados no Brasil, Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Para expor o conteúdo total da pesquisa, pela metodologia descrita, a primeira seção do presente artigo se refere aos diplomas legais mencionados, ressaltando a sua relevância para a integração dos refugiados; a segunda seção desenvolve o tema da educação como instrumento e criação social à consolidação de direitos humanos e fundamentais; a terceira seção traz à baila o projeto “*PUC-SP de portas abertas aos imigrantes e refugiados*”; e a quarta – e última – seção discorre sobre a efetividade dos direitos humanos e fundamentais por meio da docência.

2. A lei como direito à integração e à educação do refugiado: projeto da sociedade brasileira

O Estatuto dos Refugiados (Lei nº 9.474/1997), notadamente em seus artigos 43 e 44, e a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951), em seu artigo 22, entabulam direitos importantes à efetividade da integração local dos refugiados, entre os quais a facilitação do reconhecimento de certificados e diplomas e do ingresso em instituições acadêmicas de todos os níveis e, também, a garantia de isonomia ao acesso ao ensino primário. Impõe-se, nesse passo, às instituições acadêmicas, o dever de facilitar a integração dos refugiados por meio da educação.

Recorda-se que a condição de refugiado designa “um direito que é considerado declaratório relativamente à pessoa refugiada, qual seja, reconhece o direito a essa condição da pessoa refugiada, declarando-o”, conforme previsto no artigo 1º, caput e incisos I e III, da Lei nº 9.474/1997. Com efeito, reconhece-se como refugiado todo indivíduo que: (i) pelo fundado temor de perseguição, seja por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira a ele retornar; (ii) em razão de grave e generalizada violação de direitos humanos em seu país ou território seja obrigado a deixar seu país para procurar refúgio em outro.

O fundado temor de perseguição, descrito no texto da Lei nº 9.474/1997, implica a sua saída do local de conflito, dirigindo-se a outro país, como a única alternativa encontrada pelos refugiados, objetivando salvar a sua vida ou a de seus familiares. Os refugiados tendem a deixar seu país de origem, contando com a alternativa de nunca mais retornarem, e com situação precária relacionada às pequenas somas de dinheiro, documentos e pertences que portam no momento da busca de refúgios. O escopo do Estatuto dos Refugiados e da Convenção, supra referidos, é o de proteger a situação de deslocamento forçado, lastreada no temor de perseguição, facilitando, assim, a integração local dessas pessoas. Observa-se que nas referidas normas a integração que o texto descreve é direcionada às pessoas que acolhem os que se encontram em situação de deslocamento forçado, imputando ao Estado e às instituições acadêmicas o dever de acolher e facilitar a integração por meio do direito à educação.

É fundamental, portanto, a compreensão do vocábulo “lei” como direito escrito³, capaz de imputar tratamento aos indivíduos e de conceder proteção à pessoa refugiada, no local de sua chegada e no qual ela estabelece as suas primeiras relações. Enfrentando a temática do deslocamento forçado, o indivíduo, o Estado e a sociedade possuem amparo legal ao embasamento de suas ações, estratégias e políticas, relativamente à efetivação do direito ao refúgio, notadamente, no tocante ao pedido de reconhecimento do *status de refugiado* e à implementação do direito à integração pela educação.

Nessa esteira, destacam-se importantes normas que influem na relação jurídica da pessoa refugiada com o Estado que a acolhe, como é o caso da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), que não trata

3 COMPARATO, 2018, p. 27.

explicitamente do direito de refúgio, mas garante o direito à locomoção da pessoa humana dentro das fronteiras de cada Estado (art. XIII, §§ 1º e 2º) e a sua proteção pelo instituto jurídico do “asilo”, em decorrência da perseguição sofrida (art. XIV, § 1º). Há, também, a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951), designando uma norma mais específica que mantém diálogo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Em relação ao direito à educação, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) não faz distinção entre a pessoa refugiada e o nacional, afirmando que toda pessoa humana tem direito à instrução (art. XXVI, § 1º). Entendida a instrução como educação e/ou ensino, imediatamente se revela o propósito de orientar o discente, objetivando o alcance do pleno desenvolvimento de sua personalidade e competências, respeitados os direitos humanos e as liberdades fundamentais. A educação deve promover “a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos”, além de coadjuvar “as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz” (art. XXVI, § 2º).

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966 também reconhece, em seu artigo 13, § 1º, o direito à educação como meio de “desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade” e, ainda, como mecanismo de fortalecimento do respeito aos “direitos humanos e liberdades fundamentais”.

Presente uma nítida relação entre “liberdade-locomoção-educação-dignidade do indivíduo”, podendo-se extrair das normas retromencionadas, referências à própria existência ou constituição da pessoa humana. Nessa linha, destacam-se os diplomas legais já referidos, que agregam à condição da pessoa humana direitos inerentes à sua própria existência, como o reconhecimento de direitos da pessoa humana emanados de seu desenvolvimento e da sua personalidade transformada ao longo do tempo.

De modo particular, a vigente Constituição da República Federativa do Brasil estabelece como fundamento do país, no seu artigo 1º, inciso III, a “dignidade da pessoa humana”, reconhecendo como um dos princípios das relações internacionais a “prevalência dos direitos humanos”, no texto constitucional do artigo 4º, inciso II. A Carta Magna identifica o direito à educação como um direito social, em conformidade com os seus artigos 6º e 205, incluindo o dever do Estado e da família, no contexto. O direito à educação objetiva o pleno desenvolvimento da pessoa, o seu preparo ao exercício da cidadania e a sua qualificação para o trabalho.

O conteúdo ressaltado no texto constitucional do *caput* do artigo 5 não faz distinção entre as pessoas, inclusive quanto aos direitos e garantias daqueles considerados “nacionais” e “estrangeiros”, aqui, no território brasileiro, são identificados os refugiados como estrangeiros. Nesse diapasão, a vigente Constituição da República Federativa do Brasil se harmoniza com as demais normas internacionais, principalmente no que é concernente ao direito de refúgio e aos direitos humanos.

Outro aspecto relevante extraído da doutrina de Comparato⁴ diz respeito à consideração da lei como um produto humano, cujo objetivo é reger as relações humanas e sociais com o propósito de evitar exageros, ou a imposição arbitrária da vontade por parte de um único grupo ou pessoa. A lei deixa de ser letra morta, sem sentido ou objetivo, quando é colocada em prática, seja em virtude de sua interpretação, seja em razão dos horizontes inseridos nos atos estatais, entre os quais as políticas públicas, os convênios e os termos de cooperação, além das ações individuais.

As normas internacionais e nacionais designam projetos de uma sociedade. As normas internacionais se referem a projetos maiores dos Estados que as adotam e as aceitam, enquanto as normas internas (nacionais) são coincidentes com os projetos de uma sociedade específica, delimitada em certo tempo e espaço⁵.

Nesse sentido, a Convenção Internacional Relativa ao Estatuto do Refugiado, Lei nº 9.474/1997, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e a Constituição da República Federativa do Brasil estabelecem quais lutas e objetivos a sociedade deve eleger – educação, liberdade, proteção e integração –, objetivando propiciar uma convivência solidária e pacífica entre os indivíduos.

Pensar o Direito como um projeto de uma sociedade é garantir que os projetos individuais de cada ser humano sejam acolhidos pela sociedade, ou seja, é possível o entendimento de que uma pessoa humana se constitui em conformidade com a sociedade, e por ela é moldada⁶. A sociedade propõe à pessoa humana o “*locus*” – lugar – e o “*topoi*” de pertença, fonte de vínculo solidário e de conflito, de maneira que referidos projetos – lei

4 COMPARATO, 2018, p. 27.

5 PUGLIESI, 2011. p. 119.

6 PUGLIESI, 2011, p. 125.

ou direito – devem acomodar o desejo de pertença e pacificação social de cada indivíduo da sociedade.

A educação, a proteção e a integração são recursos a serem utilizados para possibilitar à pessoa humana em situação de deslocamento forçado um lugar de pertença, no qual possa se estabelecer e desenvolver os seus projetos. A educação pode ser compreendida a partir dessa tônica, entendida como um instrumento e criação social à consolidação de direitos fundamentais.

3. A educação como instrumento e criação humana e social para a consolidação de direitos

Como pressuposto à análise da educação, considerada a importância por ela exercida, na consolidação de direitos, por primeiro, elucida-se o significado dos termos “educação” e “ensino”:

EDUCAÇÃO. S. f. (Lat. *educatio*) Formação do espírito de uma pessoa, visando ao seu desenvolvimento físico, intelectual e moral, e cuja promoção é direito de todos e dever do Estado e da família (arts. 205, 208 e 214 da vigente Constituição da República Federativa do Brasil (CF); Lei das Diretrizes e Bases, de nº 9.394, de 20.12.1996; Plano Nacional de Educação, Lei nº 13.005, de 25.06.2014⁷).

ENSINO. S. m. (Dev. de ensinar) Transmissão de conhecimentos úteis, como base da educação. Cognatos: ensinamento (s. m.) e ensinância (s. f.), ato ou efeito de ensinar (arts. 206, 209 e 213 da CF)⁸.

A “*priori*”, registra-se nítida relação entre os vocábulos “educação” e “ensino”, aquele implicando a formação do espírito humano, e este significando a transmissão de conhecimentos úteis. A formação do espírito humano necessita da transmissão de conhecimento, que implica a formação do espírito humano. A educação e o ensino são criações ou frutos do comportamento humano, objetivando a constituição da pessoa, pela formação ou transmissão do conhecimento de um indivíduo para outro. Educar ou ensinar designa “ação pela qual um sujeito criador dá forma, estilo ou alma para um corpo indeciso e acomodado”⁹.

7 SIDOU, 2016, p. 236.

8 SIDOU, 2016, p. 247.

9 FREIRE, 1996, p. 13.

O ato de educar ou ensinar implica a existência de um diálogo entre dois indivíduos – um que ensina e o outro que aprende –, o que traduz a necessidade da simultaneidade na troca do conhecimento, eis que “quem tem a capacidade de aprender, também alimenta a capacidade de ensinar”. Ou seja, a “nossa capacidade de aprender, da qual decorre a de ensinar, implica habilidade de apreender a substantividade do objeto aprendido”¹⁰. Os atributos de aprender e ensinar tornam-se, então, características da condição humana, possibilitando ao sujeito o reconhecimento do fato de uma pessoa.

Remete-se, assim, à ideia anterior de que para educar ou ensinar é preciso que ocorra, anteriormente, a relação (dual) entre pessoas, e que a formação ou transmissão do conhecimento requer a integração de pessoas (mais que uma pessoa). A educação é ato primordial da relação do indivíduo com outro indivíduo, não um ato solitário, mas sim, um ato solidário. Nesse sentido, “ensinar não é transferir conhecimento, mas criar as possibilidades para a sua própria produção, ou para a sua construção”¹¹, como pessoa humana relacional e como ser social.

Nessa linha, a “educação é sempre uma certa teoria do conhecimento posta em prática”¹², uma vez que não comporta somente análises de casos, estudos de comportamentos e efeitos humanos, entre outros. Por mais que sejam criadas teorias educacionais, elas sempre serão colocadas à prova na prática, ou experimentadas na sua concretude no contexto da relação dialógica entre os seres humanos.

A relação dialógica da educação possibilita a convivência humana em sociedade, e sempre será reconhecida como a intervenção de uma pessoa na vida da outra, sem escapar da característica intervencionista da educação. Ela é sempre uma “intervenção na vida de alguém; uma intervenção motivada pela ideia de que tornará essa vida, de certo modo, melhor: mais completa, mais harmoniosa, mais perfeita – e talvez até mais humana”¹³. O fato de uma pessoa intervir na vida de outra, motivada pela ideia de tornar a vida mais completa, harmoniosa e perfeita diante da dinâmica educacional, leva em consideração o desejo de torná-la mais humana.

10 FREIRE, 1996, p. 36.

11 FREIRE, 1996, p. 25.

12 FREIRE, 2000, p. 40.

13 BIESTA, 2013, p. 16.

Da transmissão de conhecimento deriva a paixão ou amor de quem um dia aprendeu a fazer alguma coisa e tem o desejo de repassar o aprendizado para outros, sendo que “quem aprende a lembrar aquilo que sabe, interpretando com paixão aquilo que aprendeu, poderá despertar nos alunos a vontade de estudar com gosto e saber de cor e salteado aquilo que precisam estudar”¹⁴.

A lição de Perissé¹⁵ se complementa, ao ser acrescentado à paixão e ao objetivo de quem ensina o desejo de melhorar as condições de vida das pessoas, proporcionando-lhes uma vida mais feliz e confortável. O ato de ensinar, na contemporaneidade, vai além da relação (dual) entre o docente e o discente, passando por inúmeras variáveis, como a sociedade, a família e a própria instituição de ensino, os quais podem influir nessa relação das pessoas, objetivando a formação da pessoa humana pela transmissão do conhecimento.

Nesse sentido, “a arte de ensinar, de interpretar o papel docente, é caminho privilegiado para atingirmos os objetivos históricos da educação”¹⁶, vocação esta ofertada ao professor que trilha referido caminho. No decorrer do tempo, a educação e a pessoa humana são chamadas para ofertarem novas respostas aos eventos sociais e acontecimentos históricos, propiciando à sociedade a possibilidade de avançar ou retroceder nas relações sociais e, também, ambientais e ecológicas.

Recorda-se que o “mais importante legado de qualquer escola não é o diploma, mas sim ter ensinado seus egressos a aprender a ter método à solução de problemas e a pensar de forma independente”¹⁷. E mais: não “há fazer docente desacompanhado do pensar, do compromisso com os aprendizes e suas especificidades, da busca do sentido e da razão da educação”¹⁸. Além de educar para pensar e resolver novas situações, é necessário, também, enxergar a educação como uma relação dialógica e complexa, dela extraindo-se o ato de educar como aquele que envolve amor e fé entre as pessoas relacionadas de maneira dual, reforçando a manifestação de atos genuinamente humanos.

14 PERISSÉ, 2012, p. 7.

15 PERISSÉ, 2012, pp. 7-8.

16 PERISSÉ, 2012, p. 31.

17 BROM, 2010, p. 12.

18 BROM, 2010, p. 39.

Nessa seara, não diálogo, desacompanhado da existência de “um profundo amor ao mundo e aos homens”, não sendo possível a pronúncia do mundo – ato de criação e recriação – sem amor que a infunda”¹⁹. E, ainda, outro aspecto humano encontrado na relação educacional é o da fé, cuja origem do vocábulo – *fidelis* ou fidelidade – reside na perspectiva de que a pessoa humana possa ter fé em algo ou alguém, apontando uma relação dialógica, despendendo o ser humano de si para fora. “A fé nos homens é um dado a priori do diálogo. Por isto, existe antes mesmo de que ele se instale. O homem analógico tem fé nos homens antes de encontrar-se frente a frente com eles”²⁰.

Os processos educacionais são produtos da inteligência humana e possibilitam o desenvolvimento do convívio em sociedade, bem como a construção de um projeto em comum, expresso na lei, como é o caso do artigo 207 da Constituição da República Federativa do Brasil, que dispõe sobre a realização do ensino, da pesquisa e da extensão pelas Entidades de Ensino Superior, as quais acumulam às referidas vocações a missão de desenvolver o conhecimento da pessoa humana para o convívio social e para o trabalho, tendo como referencial o respeito à dignidade da pessoa humana, aos direitos humanos e à promoção da convivência solidária e pacífica entre os povos.

As Universidades Católicas, vocacionadas por excelência à promoção de uma educação que busca desenvolver o ensino, a pesquisa e a extensão, têm a finalidade de formar o espírito humano, além de transmitirem o conhecimento, independentemente do credo de seus alunos e até mesmo das opções político-teológicas dos seus responsáveis administradores²¹. De fato, as Universidade Católicas carregam consigo a marca da transcendentalidade e da mundanidade, em decorrência da sua finalidade de reunir a diversidade de conhecimento e de proporcionar referidas características à comunidade acadêmica e à sociedade²².

Freire defende que para os aspectos da transcendentalidade e da mundanidade perdurarem, dentro de uma Universidade Católica, a tolerância deve subsistir, significando apenas que “os diferentes têm o direito de continuar diferentes e de aprender com as diferenças de natureza religiosa, cultural,

19 FREIRE, 1987, p. 51.

20 FREIRE, 1987, p. 52.

21 FREIRE, 2001, p. 54.

22 FREIRE, 2001, p. 54.

sexual, político-ideológica, diferenças raciais, de classe”²³. Quando cogita que uma determinada religião pode conduzir uma instituição de ensino, não pretende o autor afirmar a profissão de sua fé, mas sim a possibilidade de dialogar com as diferenças, e, assim esclarece²⁴:

A tolerância não pretende negar nem tampouco esconder os possíveis conflitos entre os diferentes nem por outro lado, desconhecer que há diferentes que são mais do que diferentes porque são antagônicos entre si. O que a tolerância pretende é a convivência possível, respeitadas as diferenças dos que convivem. Tanto mais democrática uma universidade quanto mais tolerante, quanto mais se abre à compreensão dos diferentes, quanto mais se pode tornar objeto da compreensão dos demais.

Nesse passo, compreende-se que as Universidades Católicas são possuidoras de um excelente espaço de aprendizado de tolerância e respeito à dignidade da pessoa humana na construção de uma sociedade solidária e pacífica. Isso é feito de maneira a proporcionar o desenvolvimento daqueles que ali lecionam, estudam, trabalham, frequentam e até mesmo daqueles que as administram, religiosos ou não.

Entendido que a finalidade do direito à educação, ou da própria educação – como instrumento de desenvolvimento da pessoa humana – comunga literalmente com aquilo que conduz a fé católica no Absoluto – Deus –, por meio das Universidades Católicas, afirma Freire que²⁵

É interessante observar como há uma coerência, sublinhada pelos que crêem numa perspectiva crítica, no Absoluto, que tem em sua criação o limite a seu poder. Seria, na verdade, uma contradição, e o Absoluto não pode se contradizer se, viabilizando criaturas livres, as manipulasse em nome de sua salvação. Isto é artimanha de seres finitos, não papel a que se preste Deus. Enquanto Absoluto sua coerência é absoluta. Não necessita, assim, da incoerência para reconhecer a coerência e a sua necessidade. Dessa forma é impensável surpreender o Absoluto envolvido em tramas típicas de seres finitos e limitados. Se, de um lado, não seria possível conceber, sequer, a História das mulheres

23 FREIRE, 2001, p. 54

24 FREIRE, 2001, p. 54.

25 FREIRE, 2001, pp. 53-54.

e dos homens condicionando o Absoluto, não seria, do outro, inteligível conceber o Absoluto rompendo sua coerência total ao imiscuir-se na vida individual e social dos seres humanos, a não ser através da Graça, em que a liberdade humana queda respeitada. Isto não significa ser neutro o Absoluto. De sua não-neutralidade deu testemunho através da encarnação do VERBO, com a qual testemunhou igualmente a impossibilidade de dicotomia entre transcendentalidade e mundanidade, História e meta-História.

Reflete-se, no contexto, sobre a possibilidade de a Universidade Católica realizar a sua tarefa entre a transcendentalidade e a mundanidade, porque, na sua própria concepção de fé em Jesus Cristo, existe a unidade dessas duas características. Jesus é, ao mesmo tempo, Deus e homem, constituída em sua natureza a confluência do divino/transcendentalidade e do terreno/mundanidade, em total respeito ao projeto salvífico de Deus à humanidade, propondo (e não impondo) grande gesto de tolerância à pessoa humana, que se diferencia de Deus, mas, todavia, é por Ele criada.

Ressalta-se que até mesmo na relação da fé está presente a perspectiva dialógica que permeia a educação, na medida em que se convida o ser humano a se relacionar com Deus, e, por meio desse relacionamento, se deixa educar pelos mistérios da fé, objetivando desfrutar uma vida mais digna e uma convivência mais respeitosa, pacífica e sadia. Essas características são desejadas por todos e estão presentes nos objetivos a serem alcançados pelo projeto “PUC-SP de portas abertas aos imigrantes e refugiados”.

4. O Projeto de integração de imigrantes e refugiados – “PUC-SP de portas abertas aos imigrantes e refugiados”

O Projeto de integração de imigrantes e refugiados foi idealizado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e firmado pelo termo de fomento que recebeu o número do convênio 881.100/2018 e número de Processo 08018.002122/2018-91, junto à Secretaria Nacional de Justiça (SNJ), vinculada ao Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJ) do Governo Federal²⁶.

26 Disponível em: <https://voluntarias.plataformamaisbrasil.gov.br/voluntarias/ConsultarProposta/ResultadoDaConsultaDeConvênioSelecionarConvênio.do?idConvênio=737024&destino=>. Acesso em: 11 mar. 2020.

Entre os objetivos específicos da parceria firmada, por meio do citado convênio, estão o fornecimento de orientação jurídica e o encaminhamento do imigrante, refugiado ou apátrida (item “b” do ponto 2.2 do edital de chamamento público de número SNJ 1/2018) aos serviços e órgãos públicos indispensáveis à integração social e laboral, além da disponibilização de cursos e atividades educacionais voltadas ao aperfeiçoamento pessoal e à capacitação profissional desses personagens, incluindo o aprendizado da língua portuguesa (item “c” do ponto 2.2 do edital de chamamento²⁷). O edital apontou como proponente a Fundação São Paulo (FUNDASP), mantenedora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), registrada como pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, enquadrada na alínea “a”, inciso I do artigo 2º da Lei de nº 13.019/2014.

A lei regente do referido edital estimula as organizações da sociedade civil a prestarem auxílio ao Estado brasileiro, no que toca à promoção de políticas públicas e, assim, corrobora a garantia dos direitos salvaguardados no ordenamento jurídico nacional e nos tratados internacionais ratificados pelo Estado brasileiro, notadamente quando essa promoção se refere aos direitos humanos. O chamamento público à seleção da organização da sociedade civil impôs uma parceria relacionada à execução de projetos voltados à promoção da inclusão social, laboral e produtiva aos imigrantes, refugiados e apátridas, nos termos trazidos no edital. Importa lembrar que à época da proposta do edital apreciado ocorria uma crescente onda migratória, originária de conflitos (no Oriente Médio e na África) e de situações de pobreza enfrentadas por países da América Latina.

A FUNDASP, pelo Edital SNJ nº 01/2018, vislumbrou uma oportunidade de suprir a demanda surgida e, assim, demonstrou interesse em ter o apoio da Secretaria Nacional de Justiça. Tomando por base o objetivo geral do termo de fomento – promover a inclusão social para imigrantes e refugiados, residentes na cidade de São Paulo –, apresentou um projeto com metas e ações capazes de propiciar a inclusão social de imigrantes e refugiados.

Nota relevante é a que afirma a existência de 774,2 mil pessoas migrantes no Brasil, sendo que 41,2% dessa população encontra-se no Estado de São Paulo. Estima-se que o número de registro de imigrantes, entre os

27 Disponível em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/45416472. Acesso em: 11 maio 2020.

anos de 2011 e 2018, corresponda a mais de 100 mil pessoas²⁸. O número de refugiados reconhecidos no Brasil, até o ano de 2018, perfaz o número de 11,2 mil, e os solicitantes de refúgio, somam cerca de 161 mil pessoas, anotado que, somente no Estado de São Paulo, a porcentagem desse total corresponde a 12% do total de 9,9 mil solicitações²⁹.

Com o fito de atender ao objetivo do convênio firmado, a FUNDASP se dispôs a promover a inclusão social dos imigrantes e refugiados por meio de sua integração ao ambiente universitário, mediado por cursos e atividades educacionais destinadas ao aperfeiçoamento pessoal, além de atendimentos jurídicos e distintas orientações, necessárias. O projeto recebeu o nome “PUC-SP de portas abertas aos imigrantes e refugiados”³⁰, trazendo à realidade os mesmos objetivos do convênio, atendo-se, de modo particular, ao atendimento dos subitens “b” e “c” do item 2.2 do referido edital.

Os planos de ações concretas estabelecidos pelo Projeto podem ser, assim, elencados: em primeiro lugar foram realizados sete ciclos de cursos e atividades educacionais voltadas ao aperfeiçoamento pessoal dos imigrantes e refugiados. Os ciclos foram desenvolvidos no ambiente físico da PUC-SP, objetivando a formação e inserção dos migrantes e refugiados no ambiente universitário, os quais participaram de cursos que informaram distintas temáticas, direcionadas à efetividade do processo de integração social e educacional desses personagens atendidos pelo Projeto. As aulas ministradas, nessa etapa, envolveram os eixos temáticos: orientação jurídica; acolhimento e interação com a língua portuguesa; crianças e adolescentes; idosos; violência de gênero; racismo e inclusão por meio da cultura.

No eixo temático “orientação jurídica” foram abordadas, entre outras temáticas, as que se referem: a) à problemática dos direitos dos imigrantes e refugiados no Brasil; b) ao modo pelo qual o ordenamento jurídico nacional presta assistência aos imigrantes e refugiados, ou seja, processo, administração e regularização de suas situações; c) à cidadania; d) à vigente Constituição da República Federativa do Brasil e a formação do Estado brasileiro. Igualmente, foram apreciados os conteúdos: ingresso em escola

28 BRASIL, 2019a.

29 BRASIL, 2019b.

30 Dados da proposta da Fundação São Paulo ao edital de chamamento SNJ nº 1/2018. Disponível em: https://voluntarias.plataformamaisbrasil.gov.br/voluntarias/ConsultarProposta/ResultadoDaConsultaDeConvenioSelecionarConvenio.do?idConvenio=737024&destino=_. Acesso em: 18 mar. 2020.

ou universidade; atendimento na área da saúde e direito à saúde; noções de direito do trabalho e de emprego; relações civis, entre as quais: casamento, união estável e outras maneiras de constituições de família; dever de cuidado com as pessoas idosas, deficientes e crianças; além de alguns aspectos criminais relacionados ao convívio social.

A orientação jurídica, a transmissão de conhecimentos a partir de temáticas ministradas e a convivência acadêmica no espaço físico da PUC/SP permitiram aos imigrantes e refugiados relevantes compartilhamentos de informações e aprendizados (invertidos), pelos quais os próprios participantes expuseram as realidades jurídicas de seus países de origem. Referida dinâmica propiciou a concretização de pontes de conexões entre os institutos jurídicos do Brasil e dos países dos imigrantes e refugiados.

Os estudos e a participação como docente³¹ do referido Projeto indicam uma realidade integrativa entre os seus participantes, conforme indicada no edital e no convênio estabelecido entre a Secretaria Nacional de Justiça e a FUNDASP, podendo-se extrair dessa realidade a presença forte de empatia entre os docentes e imigrantes e refugiados, por meio de relação dialogal e, quem sabe, também, pela presença do amor e fé depositados nessa ambiência.

Uma das finalidades estabelecidas no Projeto, qual seja, a promoção do conhecimento, não impunha a obrigatoriedade de os participantes do Projeto de participarem dos ciclos de aula, razão pela qual a cada ciclo lecionado o docente não tinha a certeza do número de frequentadores e, conseqüentemente, de suas respectivas nacionalidades e condições de migrantes ou refugiados. Vale lembrar a diversidade de graus de instrução entre os participantes dos ciclos, eis que alguns possuíam pós-graduação e outros instrução primária. Os participantes do Projeto prestaram muita atenção ao uso adequado da linguagem, notadamente porque os frequentadores nunca haviam feito contato com a realidade jurídica brasileira. Ao final de cada ciclo, foram elaborados relatórios que informavam sobre a condução das aulas e reflexões propostas, de maneira a realizar prestação de contas, conforme exigência do convênio firmado, ora apreciado.

Devido à imprevisibilidade da composição dos frequentadores de cada ciclo de aulas ministradas, as adequações das atividades foram realizadas levando em conta as condições concretas em que os migrantes e refugiados

31 Um dos docentes que ministrou as aulas participa como coautor do presente artigo, conforme convênio e relatório de prestação de serviço encaminhados à FUNDASP.

se encontravam, observadas, inclusive, aquelas que exibiam à chegada no Brasil de cada um deles. Nesse sentido, invoca-se Perrenoud³², que afirma ser preciso somar às situações expostas “as posturas necessárias ao ofício, tais como a convicção na educabilidade, o respeito ao outro, o conhecimento das próprias representações, o domínio das emoções, a abertura à colaboração, o engajamento profissional”.

À consideração das condições dos migrantes e refugiados e experiências transmitidas por eles soma-se o conhecimento do conteúdo jurídico e a experiência por parte dos condutores³³ dos cursos e ciclos concretizados, por intermédio do Projeto apreciado. A situação é assim lecionada por Perrenoud:

O importante é dar-lhes regularmente direitos na aula, interessar-se por elas, tentar compreender suas raízes e sua forma de coerência, não se surpreender se elas surgirem novamente, quando as julgávamos ultrapassadas. Para isso, deve-se abrir um espaço de discussão, não censurar imediatamente as analogias falaciosas, as explicações animistas ou antropomórficas e os raciocínios espontâneos, sob pretexto de que levam a conclusões errôneas³⁴.

Por derradeiro, o Projeto em destaque revelou que a maioria de seus discentes participantes eram oriundos da Venezuela, Haiti, Angola e Camarões, considerados “Estados Republicanos”. Esse fato permitiu maior aproximação entre os frequentadores dos ciclos, na medida em que foram possibilitados diálogos e comparações importantes sobre as realidades de seus países de origem e as realidades do Estado brasileiro, a respeito dos direitos humanos, e, notadamente, sobre a efetividade dos direitos fundamentais sociais, discutindo-se, sobretudo, o direito social à educação e o papel dos docentes em face dessa efetividade.

32 PERRENOUD, 2008, p. 12.

33 Nota explicativa: um dos coautores do presente artigo desenvolveu no Centre de Referência a Refugiado da Caritas Arquidiocesana de São Paulo, trabalho voluntário (2012-2014), o que lhe propiciou conhecer melhor a realidade vivida pelos migrantes, solicitantes de refúgio e refugiados.

34 PERRENOUD, 2014. p. 30.

5. A efetividade dos direitos humanos pela docência

A apreciação do vocábulo “lei” remete, *a priori*, à análise da sua aplicabilidade, eficácia e efetividade, realidades essas estendidas às normas dirigidas aos direitos humanos, e, notadamente, aos direitos dos refugiados, entre os quais se destaca o direito de serem integrados – no local em que se apresentarem ou que forem apresentados – pela educação.

Pensada a eficácia como um vínculo que produz um efeito, um resultado, e a efetividade como a permanência e/ou estabilidade desse efeito ou resultado, destaca-se que, apesar das semelhanças extraídas dos conceitos de ambos os vocábulos, a doutrina jurídica tem se dividido ao apreciá-los em face das normas jurídicas. No sentido mais amplo, destaca-se a doutrina que entende a norma em relação às suas finalidades sociais e em razão do instrumento possível à humanidade, consideradas as suas relações.

A “Norma eficaz” ou a eficácia dialoga com a ideia de capacidade técnica de produção de efeitos, enquanto a efetividade diz respeito à eficácia social. Assim, a análise a respeito da existência de relação semântica entre signo e objeto na norma designa uma questão de eficácia. E, assim, a partir desse último sentido é que a doutrina procura esclarecer melhor o significado da expressão “eficácia social”, designada pelo vocábulo “efetividade”, assim esclarecida por Ferraz Jr.:

A eficácia social ou efetividade de uma norma não se confunde, porém, com sua observância. A obediência é um critério importante para o reconhecimento da efetividade, mas esta não se reduz à obediência. Existem exemplos de normas que nunca chegam a ser obedecidas e, não obstante isso, podem ser consideradas socialmente eficazes. São normas que estatuem prescrições reclamadas ideologicamente pela sociedade, mas que, se efetivamente aplicadas, produziriam insuportável tumulto social. Sua eficácia está, por assim dizer, em não serem obedecidas e, apesar disso, produzirem o efeito de satisfação ideológica³⁵.

Pensada a eficácia social ou efetividade da norma a partir da sua obediência, ou não, e conforme os resultados apontados nas lições apontadas por Ferraz Jr., pode-se refletir sobre a efetividade da norma, garantidora dos direitos fundamentais sociais, como é o caso do direito à educação, a partir

35 FERRAZ JR., 2017, p. 160.

da sua dependência aos critérios socio-econômico-jurídicos autorizados por lei, da aceitação da sociedade – a qual está relacionada à sua necessidade e importância contemporânea – e do compromisso dos agentes públicos (e, também, daqueles autorizados pelas normas jurídicas) responsáveis pela elaboração e cumprimento das normas jurídicas, bem como pela elaboração e implementação das políticas públicas necessárias à materialização dos direitos questionados.

O Projeto desenvolvido pela PUC-SP, ora apreciado, aponta para a efetividade vislumbrada pelo Projeto – efetividade essa que conseguiu ser concretizada com o apoio de uma entidade da sociedade civil.

Ressalta-se, ainda, pelos ensinamentos de Ferraz Jr, que as normas jurídicas objetivam afastar comportamentos que estejam em desacordo com os seus preceitos, desenvolvendo uma função de eficácia, um bloqueio dos comportamentos que não são queridos, além de possuírem a finalidade de

realização de objetivos, que funcionam como um “telos programático. Essa função tem, pois, o sentido de programa a ser concretizado, o que permite chamá-la de função de programa. Por fim, normas visam à realização de um comportamento. Essa função tem o sentido de assegurar uma conduta desejada, razão pela qual a denominamos função de resguardo³⁶.

Nessa esteira, ao se traçar a perspectiva de integração da pessoa refugiada por meio da educação, conforme previsão na Convenção Relativa ao Estatuto do Refugiado, na Lei nº 9.474/1997 e na vigente Constituição da República Federativa do Brasil, o projeto “PUC-SP de portas abertas aos imigrantes e refugiados” se pautou por norma garantidora da sua eficácia e efetividade, enfrentando situação juridicamente amparada pelo ordenamento jurídico nacional e internacional, possibilitando à pessoa refugiada e/ou migrante o exercício de seus direitos e deveres perante a sociedade brasileira, em particular na cidade de São Paulo (SP). O papel desenvolvido pela docência no referido Projeto contribuiu para a efetividade do direito à educação aos migrantes e refugiados, fenômeno jurídico incentivador da cidadania, conforme esclarece Amorim³⁷:

36 FERRAZ JR., 2017, p. 161.

37 AMORIM, 2017, p. 389.

o acesso e o exercício de direitos de cidadania por parte do refugiado, essencial para a sua efetiva inserção e integração à vida social brasileira não devem ser obstados pela burocracia infrutífera ou pela falta de bom senso das autoridades públicas e da sociedade brasileira.

Por derradeiro, reitera-se que Projeto “PUC-SP de portas abertas aos imigrantes e refugiados” corroborou a materialização de direitos humanos dos migrantes e refugiados, com destaque ao direito humano e fundamental social à educação. O projeto integrou os participantes na ambiência local em que se desenvolveu, exaltados, nesse sentido, o ensino de ciclos a partir da discussão de temáticas variadas e relevantes, a transmissão do conhecimento e os efetivos participantes do Projeto.

6. Conclusão

O presente artigo apontou a relevância do Projeto “PUC-SP de portas abertas aos imigrantes e refugiados” no tocante à integração dos migrantes e refugiados localizados na cidade de São Paulo. Ao tratar da efetividade do direito à educação, reforçou a importância da docência, trazendo à baila as relações: lei e projeto social; objetivos e finalidades da educação, e a implementação concreta de direitos por entidades da sociedade civil.

O artigo anotou que a metodologia utilizada na sua construção compreendeu uma abordagem qualitativa, de natureza básica, com objetivo descritivo, a partir de método de pesquisa bibliográfica e documental. Apontou como resultado final da pesquisa a efetividade do Projeto apreciado, reforçando que a transmissão do conhecimento e a integração dos seus participantes conduziram à concretização da dignidade da condição humana do migrante e do refugiado, por meio prática educativa.

O artigo apresentou o direito como uma norma capaz de constituir uma lei, cujo texto prescrito regula comportamentos de indivíduos, traduzidos por meio de um projeto de sociedade e com o objetivo de estabelecer sua eficácia social. Pensados a educação e o direito como criações humanas, fruto do desenvolvimento social, foi trazida a necessidade da prática constante da relação dialógica, constatando-se a sua importância do relacionamento humano e das relações sociais, educacionais, fixando-se como horizonte principal a formação do indivíduo (pessoal, profissional, comunitária e humanitária).

A transmissão do conhecimento e a efetiva participação dos integrantes do Projeto “PUC-SP de portas abertas aos imigrantes e refugiados” corroboraram a importância do direito à educação e do exercício da docência como instrumentos de integração dos migrantes e refugiados na ambiência em que se encontravam. Esse fato exalta a relevância dos interesses da Universidade Católica, convergentes com o grande Projeto educacional esperado pela população brasileira.

Compreendidos os migrantes e os refugiados no contexto de um grande Projeto Educacional nacional, o artigo reforça o grande desejo da população brasileira, que conclama uma convivência pacífica entre todos, a materialização dos direitos fundamentais para todos, concretizando-se a dignidade da pessoa humana, que é exercida a partir da sua liberdade, a partir da qual se concretizam a solidariedade e a fraternidade.

Afinal, conforme leciona Paulo César Carbonari³⁸, o sentido profundo da educação em direitos humanos é o educar e se educar para esses direitos humanos, implicando humanizar-se e, também, desejar a humanização das relações e das pessoas, tocando as pessoas por dentro e por fora. Afirma que essa educação em direitos humanos corrobora a amplitude das condições da vivência humana, razão pela qual ela, a educação para os direitos humanos, designa um processo perene e permanente de formação e afirmação dos seres humanos “como seres em dignidade e direitos, na construção de uma nova cultura dos direitos humanos, implicando uma nova institucionalidade e nova subjetividade” – e não somente um evento”.

Por derradeiro, o presente artigo se refere à educação como um ato complexo e dialógico, como um direito e, também, como um ato humano que congrega amor e fé – valores estes integrantes da crença católica, a qual orienta a Universidade Católica de São Paulo. Essa realidade indica a aderência do Projeto “PUC-SP de portas abertas aos imigrantes e refugiados”, concretizado pelo convênio firmado entre o Ministério da Justiça e a PUC/SP, que se pauta no texto constitucional, na Lei nº 9.474/1997 e nas normas internacionais relativas aos direitos humanos. A execução do referido Projeto revelou a possibilidade de se concretizar direitos dos migrantes e refugiados por meio da educação.

38 CARBONARI, 2009, pp. 152-163.

Referências

- AMORIM, João Alberto Alves. A Integração Local do Refugiado no Brasil: a Proteção Humanitária na Prática Cotidiana. In: JUBILUT, Liliana Lyra; GODOY, Gabriel Gualano (orgs.). *Refúgio no Brasil: Comentários à Lei 9.474/97*. São Paulo: Quartier Latin/ACNUR, 2017.
- BIESTA, Gert. *Para além da aprendizagem: educação democrática para um futuro humano*. Belo Horizonte: Autêntica, 2013.
- BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Brasil registra mais de 700 mil migrantes entre 2010 e 2018*. Brasil, 2019a. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1566502830.29>. Acesso em: 18 mar. 2020.
- BRASIL. CONARE – Comitê Nacional para Refúgio. *Refúgio em números 4º Edição*. Brasil, 2019b. Disponível em: https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/seus-direitos/refugio/refugio-em-numeros-e-publicacoes/anexos/refugio_em_numeros-4e.pdf. Acesso em: 18 mar. 2020.
- BROM, Luiz Guilherme. *Educação, mito e ficção*. São Paulo: Cengage Learning, 2010.
- CARBONARI, Paulo César. Educação em direitos humanos: esboço de reflexão conceitual. In: BITTAR, E. C. B. (org.). *Direitos humanos no século XXI: cenários de tensão*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, pp. 152-163.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2018.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão, Dominação*. 10. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2017.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 17. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*. São Paulo: Paz e Terra, 1996.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia da indignação: cartas pedagógicas e outros escritos*. São Paulo: Editora Unesp, 2000.
- FREIRE, Paulo. *Política e educação: ensaios*. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2001.
- ONU – Nações Unidas Brasil. ACNUR: número de pessoas deslocadas chega a 68,5 milhões em 2017. *Nações Unidas*, [s. l.], 19 jun. 2018. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/80325-acnur-n%C3%BAmero-de-pessoas-deslocadas-chega-685-milh%C3%B5es-em-2017>. Acesso em: 28 maio 2020.

- PERISSÉ, Gabriel. *A Arte de ensinar*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PERRENOUD, Philippe. *Formando professores profissionais: quais estratégias? quais competências?* Porto Alegre: Artmed, 2008.
- PERRENOUD, Philippe. *10 novas competências para ensinar: convite à viagem*. Revisão técnica Cristina Dias Alessandrini. Tradução Patricia Chittoni Ramos. Porto Alegre: Artmed, 2014.
- PUGLIESI, Márcio. *O Ensino do Direito como Prática Transformadora*. 2011. 880 f. Tese (Doutorado em Educação) – Programa de Pós-graduação em Educação, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011.
- SIDOU, J.M. Othon (org.). *Dicionário jurídico*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

Recebido em 26 de maio de 2021.

Aprovado em 15 de março de 2022.

RESUMO: O presente estudo aponta a relevância do Projeto “PUC-SP de portas abertas aos imigrantes e refugiados”, para a integração dos migrantes e refugiados, localizados na cidade de São Paulo, destacando o valor da educação e da prática da docência. A pesquisa insere-se na perspectiva da efetividade do direito, objetivando perscrutar, com fulcro no Projeto, o envolvimento do tema “efetividade” com três importantes relações: (i) lei e projeto social; (ii) objetivos e finalidades da educação, incluindo-se a dinâmica da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; (iii) implementação concreta de direitos por entidades da sociedade civil. O estudo perpassa questões relacionadas à efetividade de direitos e o grande fluxo de entrada e permanência de migrantes e refugiados na cidade de São Paulo. A metodologia utilizada na construção do presente artigo compreende uma abordagem qualitativa, de natureza básica, contendo um objetivo descritivo, a partir de método de pesquisa bibliográfica e documental. Os resultados finais, levados à conclusão da pesquisa, apontam a efetividade do Projeto, no que concerne à transmissão de conhecimento e à integração dos seus participantes, materializando a dignidade da condição humana do migrante e do refugiado, por meio prática educativa, que valora o direito fundamental social à educação e o papel do docente na relação dialógica.

Palavras-chave: Efetividade do direito, educação, imigrantes e refugiados; direitos humanos; projeto “PUC-SP de portas abertas aos imigrantes e refugiados”.

ABSTRACT: The present study points out the relevance of the Project “PUC-SP with open doors to immigrants and refugees”, for the integration of migrants and refugees, located in the city of São Paulo, highlighting the value of education and teaching practice. The research is part of the perspective of the effectiveness of law, aiming to scrutinize, with a focus on the Project, the involvement of the theme “effectiveness” with three important relationships: (i) law and social project; (ii) objectives and purposes of education, including the dynamics of the Pontifical Catholic University of São Paulo; (iii) concrete implementation of rights by civil society entities. The study covers issues related to the effectiveness of rights and the large flow of entry and stay of migrants and refugees in the city of São Paulo. The methodology used in the construction of this article comprises a qualitative approach, of a basic nature, containing a descriptive objective, based on a bibliographic and documentary research method. The final results, taken to the conclusion of the research, point to the effectiveness of the Project, regarding the transmission of knowledge and the integration of its participants, materializing the dignity of the human condition of the migrant and the refugee, through educational practice, which values the fundamental social right to education and the role of the teacher in the dialogic relationship.

KEYWORDS: effectiveness of the law; education; immigrants and refugees; human rights; project “PUC-SP with open doors to immigrants and refugees”.

SUGESTÃO DE CITAÇÃO: SILVA, Alan Faria Andrade; BÔAS, Regina Vera Villas. Educação/docência e efetividade dos direitos humanos: PUC-SP de portas abertas aos imigrantes e refugiados. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Ahead of print, 2021. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1789>.

A desconhecida história do papel do Senado na representação interventiva (e seu legado ao controle abstrato de constitucionalidade)

The unknown history of the Senate role in interventional representation (and its legacy to abstract judicial review)

Fábio Carvalho Leite*

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - RJ, Brasil

1. Introdução

A história do controle de constitucionalidade no Brasil, tal como narrada pela doutrina, não apresenta (num quadro geral) divergências significativas. A narrativa segue um roteiro semelhante nas obras de referência, pautado nos dispositivos de cada texto constitucional e nos comentários de reconhecidos autores de cada época. Há pouca investigação empírica, o que não chega a comprometer toda a narrativa, mas certamente uma parte dela, em especial aquela relativa à competência do Senado para suspender a execução de leis declaradas inconstitucionais pelo STF.

Esta competência do Senado foi uma novidade trazida pela Constituição de 1934, a partir de questões debatidas no seio da Subcomissão do Itamaraty, encarregada de elaborar um anteprojeto a ser apresentado à Assembleia Constituinte. O propósito era claro: resolver o problema decorrente do fato de as declarações de inconstitucionalidade, mesmo quando proferidas pelo

* Doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Associado do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). E-mail: fabiojur@puc-rio.br.

STF, ficarem restritas às partes do processo. Tratava-se de um mecanismo voltado ao controle concreto-difuso.

Com o advento da representação de inconstitucionalidade, criada pela emenda constitucional (EC) nº 16, de 1965, e reproduzida nas Constituições de 1967 e 1969 (formalmente: Emenda Constitucional nº 1/69), a questão deixou de ser simples. Como registra Clève, “[d]urante algum tempo houve dúvida a respeito da competência do Senado, se abrangente também das declarações de inconstitucionalidade em tese, ou se pertinente apenas às declarações de inconstitucionalidade in casu”¹. Esta dúvida, segundo a doutrina, teria sido encerrada em 1977², quando então passou-se a “atribuir eficácia geral à decisão de inconstitucionalidade proferida em sede de controle abstrato, procedendo-se à redução teleológica do disposto no art. 42, VII, da Constituição de 1967/69 [relativo à competência do Senado]”³.

A representação interventiva, criada pela Constituição de 1934 (art. 12, §2º) e restabelecida no regime constitucional de 1946 (art. 8º), não participa desta história. Os autores em geral sequer mencionam esta ação quando tratam do controle de constitucionalidade no texto de 1946⁴, a despeito da extensa jurisprudência que foi produzida pelo STF até a promulgação da EC nº 16/65. Alguns, no entanto, reconhecem que a representação interventiva, no regime de 1946, preparou “o terreno para a implantação do controle abstrato de normas”⁵ ou aplainou “o caminho que haveria de levar à instituição do controle abstrato de normas no Direito Constitucional brasileiro”⁶. Mas a relevância da ação termina aí, numa espécie de ensaio ou preparação por parte dos ministros do STF para um novo tipo de controle de constitucionalidade, com origem e características distintas daquelas do controle concreto-difuso com o qual já estávamos acostumados.

Como pretendo demonstrar, a narrativa histórica feita pela doutrina está equivocada, o que compromete suas análises e conclusões. Existem alguns fatos históricos que são absolutamente desconhecidos pela doutrina constitucionalista, e que alteram a narrativa tradicional sobre o controle de

1 CLÈVÈ, 1995, p. 91.

2 CLÈVÈ, 1995, p. 91-92; MENDES, 2004, p. 155; BARROSO, 2012, p. 156.

3 MENDES, 2004, p. 155.

4 BARROSO, 2012, p. 86; LENZA, 2012, p. 248; MARTINS, 2013, p. 538; TAVARES, 2012, p. 303.

5 RAMOS, 2010, p. 209.

6 MENDES, 2005, p. 10.

constitucionalidade no regime de 1946, especialmente a partir do final dos anos cinquenta. Estes fatos, que se relacionam entre si, podem ser assim apresentados: (i) embora o artigo 13 da Constituição de 1946 atribuísse expressamente ao Congresso Nacional a competência para suspender a execução do ato estadual declarado inconstitucional pelo STF em representação interventiva, se essa medida bastasse “para o restabelecimento da normalidade no Estado” (e a doutrina parece presumir que esse procedimento foi observado), nenhum decreto legislativo foi aprovado pelo Congresso Nacional com base no referido artigo; (ii) a partir de 1959, o Senado passou a suspender a execução das leis estaduais declaradas inconstitucionais em sede de representação interventiva (embora esta competência constitucional fosse voltada somente para as decisões proferidas em controle concreto-difuso); (iii) quando foi criada a representação de inconstitucionalidade (1965), já havia uma práxis consolidada de encaminhamento, pelo próprio STF ao Senado, das decisões proferidas em representação interventiva; (iv) as resoluções aprovadas pelo Senado, algumas mais de uma década depois da decisão do STF, não tinham por objetivo “o restabelecimento da normalidade no Estado”.

Há uma história a ser não apenas recontada, a partir de fatos até então desconhecidos, mas também esclarecida, considerando-se o teor desses fatos. Afinal, se as resoluções aprovadas pelo Senado nos casos de representação interventiva não pretendiam substituir o decreto legislativo, voltado ao “restabelecimento da normalidade no Estado” (art. 13, da Constituição de 1946), qual era então o seu propósito? Com que fundamento o Senado exerceu esta competência? E se o próprio STF legitimava esse procedimento, em que medida se pode afirmar que realmente “houve dúvida” por parte da Corte em encaminhar ao Senado as decisões proferidas em sede de representação de inconstitucionalidade, a partir de 1965?

É claro que recontar a história (apontando os equívocos doutrinários e das análises daí decorrentes) é tarefa mais simples do que dar sentido a ela. Mas tentarei sustentar algumas explicações ao menos plausíveis para estas questões que serão apresentadas ao longo do trabalho, que está estruturado em três tópicos: (2) A representação interventiva como ela era (1946-1967); (3) A participação do Senado na Representação Interventiva (1958-1967) e (4) A participação do Senado na Representação de Inconstitucionalidade (1965-). Na conclusão, sustento que a atuação do Senado na representação de inconstitucionalidade, criada em 1965, não foi uma novidade, mas uma herança do procedimento adotado em relação à representação interventiva desde 1959.

2. A representação interventiva como ela era (1946-1967)

A Constituição de 1946 restabeleceu – de forma semelhante, mas não idêntica – a ação interventiva criada pela Constituição de 1934, ao dispor que, nos casos de violação aos princípios previstos no art. 7º, VII, “o ato arguido de inconstitucionalidade será submetido pelo Procurador-Geral da República ao exame do Supremo Tribunal Federal, e, se este a declarar, será decretada a intervenção” (art. 8º, parágrafo único). Embora não se tratasse de uma novidade, seu restabelecimento se deu com uma alteração bastante significativa: se na Constituição de 1934 o STF analisava, por provocação do Procurador-Geral da República decorrente de entendimento dele próprio ou de determinação do Presidente da República, a constitucionalidade do decreto de intervenção, a partir de 1946 o objeto da arguição – ainda por provocação do Procurador-Geral da República, inclusive mediante requerimento de terceiro interessado –, tornou-se o próprio ato normativo estadual supostamente ofensivo aos denominados princípios constitucionais sensíveis (art. 7º, VII), ou seja, aqueles princípios que, se violados, podem dar ensejo à decretação de intervenção federal.

Compreender esta alteração, em geral apontada pela doutrina em termos meramente formais, é fundamental para compreender não só o perfil assumido na prática pela representação interventiva como também o próprio advento da representação de inconstitucionalidade quase duas décadas depois. Na vigência da Constituição de 1934, só haveria representação interventiva após a decisão pela decretação da intervenção federal. Portanto, o STF avaliaria o conflito entre ato normativo estadual e algum ou alguns princípios constitucionais sensíveis em casos em que efetivamente haveria intervenção federal, uma decisão política que está longe de ser trivial. A exigência de um decreto de intervenção, ou seja, desta tomada de decisão política, foi um filtro significativo para a representação interventiva no regime de 1934. E este filtro não foi reproduzido na Constituição de 1946. A partir de então, o STF deveria se manifestar sempre que houvesse conflito entre o ato estadual e os princípios constitucionais sensíveis, o que engloba hipóteses onde a decretação de intervenção federal poderia ser até bastante improvável. O STF agora decidiria a respeito da inconstitucionalidade do ato normativo estadual independentemente da posição do órgão responsável pela decisão política de decretação de intervenção federal (no caso, o Congresso Nacional – art. 8º, caput).

Os contornos da representação interventiva foram definidos inicialmente pelo Procurador-Geral da República e pelo STF, a começar pelo próprio nome: na ausência de uma nomenclatura específica para esta arguição, o STF denominou-a simplesmente Representação (sigla: Rp) – sem o complemento “interventiva”, já que não havia ainda outra da qual tivesse que se diferenciar (a representação “genérica” de inconstitucionalidade surgiu somente em 1965, pela emenda constitucional n. 16). Depois a arguição foi regulada por legislação específica: lei nº 2.271, de 22/07/54, e lei nº 4.337, de 01/06/64 – nenhuma delas adotando a nomenclatura Representação, já consolidada. Mas o ponto a ser aqui destacado não foi objeto de regulação normativa, a saber: os efeitos da decisão de inconstitucionalidade. E a abordagem da doutrina a este respeito está muito distante do que ocorreu na realidade.

Ao tratarem do tema, os autores fazem afirmações a partir da leitura formal da Constituição⁷ – com a compreensível exceção de Themístocles Cavalcanti⁸, que exerceu a função de Procurador-Geral da República logo nos primeiros anos de vigência da Constituição. Em linhas gerais, a narrativa apresentada é a seguinte: caso o STF julgasse a representação procedente, seria, em princípio, decretada a intervenção. Mas o Congresso Nacional se limitaria a suspender a execução do ato declarado inconstitucional pelo STF, quando isso fosse suficiente para o restabelecimento da normalidade no Estado (art. 13).

Se esta narrativa histórica feita pela doutrina correspondesse ao que ocorreu naquele período, em que dezenas de representações foram julgadas procedentes pelo STF, então necessariamente deveria haver dezenas de decretos legislativos suspendendo a execução das leis estaduais declaradas inconstitucionais. Isso sem falar numa eventual intervenção federal, quando a medida suspensiva não se revelasse suficiente. E, no entanto, a realidade não poderia ter sido mais estranha, afinal, como antecipado na introdução: (i) nenhum decreto legislativo suspensivo foi editado (nem houve intervenção federal que decorresse de representação julgada procedente); (ii) os atos normativos estaduais declarados inconstitucionais em representação interventiva tiveram sua execução suspensa por meio de resolução editada pelo Senado Federal; (iii) mas (aparentemente) essas resoluções não foram editadas para evitar a medida interventiva.

7 CLÈVÈ, 1995, p. 70; LEAL, 2012, p. 147; RAMOS, 2010, pp. 206-209.

8 1948, pp. 230 e ss.

A leitura do disposto nos artigos 8º e 13 da Constituição de 1946 sugere que após a declaração de inconstitucionalidade de leis ou dispositivos de leis estaduais infringentes dos princípios constitucionais sensíveis, o próximo passo seria a aprovação do decreto legislativo suspendendo a sua execução. Mas esta leitura não considera uma hipótese que se fez presente, senão em todos, certamente na maioria dos casos: e se os próprios órgãos estaduais suspendessem ou revogassem os atos normativos, em cumprimento ou respeito à decisão do STF? A aprovação de um decreto legislativo nesse caso não teria propósito.

Themístocles Cavalcanti observou em seus Comentários à Constituição que “[q]uando (...) tiver a decisão proferida pelo Supremo Tribunal pronto cumprimento, a manifestação do Congresso será, segundo nos parece, desnecessária porque viria provocar o exame político de uma questão que teve o seu desfecho completo através do judiciário”⁹. Foi o que ocorreu, por exemplo, na Representação nº 94, relativa à arguição de inconstitucionalidade de dispositivos de caráter parlamentarista da Constituição do Rio Grande do Sul de 1947, quando não houve sequer tempo para apresentação de projeto de decreto legislativo no Congresso Nacional. Em obra intitulada “Os dez dias em que o Rio Grande do Sul foi Parlamentarista”, que reúne os debates, discursos, propostas e emendas ao longo daquele processo constituinte estadual, incluindo a adaptação da Constituição estadual à decisão do STF na representação nº 94, Duarte observa que “se é verdade que foram registradas discordâncias sobre a decisão da mais alta Corte da Justiça brasileira, não se ouviu uma só palavra recomendando o seu não acatamento”¹⁰. O Presidente da Assembleia Legislativa, deputado Luiz Schneider, leu para o plenário o conteúdo do telegrama que havia recebido do Procurador-Geral da República:

Exmo. Sr. Presidente da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. P. Alegre. Muito urgente.

NR 104 – Tenho a honra de comunicar V.Excia. Supremo Tribunal Federal acaba de decidir por unanimidade votos inconstitucionalidade artigo 76, 77, 78, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87 e 89, bem assim artigos Disposições Transitórias que lhes são correspondentes, Cords. Sds,

9 1948, p. 231.

10 DUARTE, 2013, p. 546.

(as.) Temitocles [sic] Brandão Cavalcanti
Procurador Geral República¹¹

A partir daí, as próprias bancadas partidárias que votaram a favor do parlamentarismo tomaram a iniciativa de apresentar emenda à Constituição, a fim de suprimir os dispositivos declarados inconstitucionais pelos STF¹².

Esta parece ter sido a prática em relação às representações interventivas: o STF encaminhava ofício às autoridades estaduais responsáveis pelo ato inconstitucional, o que poderia ser suficiente, dispensando a atuação do Congresso Nacional. Isso ficou mais claro ainda na lei 4.337, de 1964:

Art. 7º Se a decisão final for pela inconstitucionalidade, o Presidente do Supremo Tribunal Federal imediatamente a comunicará aos órgãos estaduais interessados e, publicado que seja o acórdão, levá-lo-á ao conhecimento do Congresso Nacional para os fins dos artigos 8º, parágrafo único, e 13 da Constituição Federal.

Art. 8º Caso não sejam suficientes as providências determinadas no artigo anterior e, sem prejuízo da iniciativa que possa competir ao Poder Legislativo, o Procurador-Geral da República representará ao Congresso Nacional para que seja decretada a intervenção federal nos termos do art. 8º, parágrafo único da Constituição Federal. (grifei)

E, embora o Congresso Nacional não tenha aprovado nenhum decreto legislativo com base no art. 13 da Constituição, houve, no entanto, um projeto de decreto legislativo (PDL nº 52), cuja tramitação merece ser descrita¹³. Após ser comunicada pelo presidente do STF (Ofício S-34 de 1947) a respeito da declaração de inconstitucionalidade de dispositivos da Constituição de São Paulo na Representação nº 96, a Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) do Senado aprovou o Projeto de Lei Federal n. 47,

11 DUARTE, 2013, p. 546.

12 DUARTE, 2013, p. 549.

13 A Câmara dos Deputados disponibilizou em seu *site* os autos do processo legislativo: Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=3B7E-8F0540C23F35F1A44BEF8C3734CD.proposicoesWeb1?codteor=1223143&filename=Dos-sie+-PL+1389/1949>. No *site* do Senado Federal (www.senado.gov.br) é possível visualizar a tramitação do processo, com informações sobre datas e documentos. E todas as informações relativas às proposições normativas citadas ao longo deste artigo foram obtidas nos *sites* das Casas do Congresso Nacional.

suspendendo a execução dos dispositivos, o que foi alterado na Comissão de Redação das Leis para Projeto de Resolução nº 47 e, em seguida, após questão de ordem levantada pelo Presidente do Senado, que identificou ali um “evidente equívoco”, o plenário finalmente aprovou o Projeto de Decreto Legislativo (PDL) nº 52.

Este caso é importante não apenas pela confusão inicial, relativa à espécie normativa adequada, mas sobretudo pelo seu desfecho. O PDL nº 52 foi aprovado no dia 10 de dezembro de 1948, e encaminhado para a Câmara dos Deputados no dia 13 (Ofício nº 1.524). Não foi possível identificar a razão, mas o fato é que aparentemente nada foi feito na Câmara a esse respeito durante quase dez anos, pois o primeiro ato de que se tem registro sobre o PDL nº 52 na Câmara dos Deputados é um parecer datado de 23 de maio de 1957, de autoria do Deputado Milton Campos, designado relator do projeto (nº 1389/49) na CCJ, onde o parlamentar observa que o processo estava “desacompanhado de qualquer outro documento que esclareça o assunto, impossibilitando a revisão, para a qual exige o Regimento Comum (art. 37) seja o projeto acompanhado de todos os elementos informativos, como avulsos, pareceres, emendas, debates e declarações de voto”. O relator requereu a devolução do projeto à Mesa da Câmara, para que fosse promovida sua regularização. Mas registrou antes:

Observo, aliás, que, a julgar pelo conteúdo da proposição (suspensão de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal), a competência será exclusivamente do Senado (Constituição, art. 64). Ou o caso se entende como intervenção federal prevista no art. 7º, n VII da mesma Constituição, hipótese em que teria cabimento a lei, elaborada pelo Congresso Nacional (art. 8º).

No dia 28 de junho de 1957, foram encaminhados à Câmara, por meio do Ofício nº 468, “as cópias do acordão e do parecer proferidos pelo Supremo Tribunal Federal sobre o assunto; avulsos contendo o texto do projeto e dos pareceres sobre ele emitidos e o resumo de sua tramitação no Senado”. E o projeto foi arquivado no dia seguinte.

O desfecho curioso, talvez inesperado, oculta o que há de realmente problemático neste caso – e que a eventual aprovação do decreto legislativo talvez deixasse ainda mais em evidência: o intervalo de dez anos desde a decisão do STF que, em tese, daria ensejo a uma intervenção federal! Mesmo a aprovação do projeto pelo Senado Federal, ocorrida pouco mais de um ano após o julgamento da Representação nº 96, já seria suficiente

para levantar a questão: se as autoridades estaduais já haviam cumprido a decisão do STF, a que se destinaria, afinal, o decreto legislativo? Este questionamento é importante em razão de outro fato a ser considerado: no dia 26 de abril de 1966 foi publicada a resolução do Senado Federal (RSF) nº 18 suspendendo justamente os dispositivos declarados inconstitucionais na Representação nº 96¹⁴.

A RSF nº 18 de 1966 certamente não se destinava a restabelecer a normalidade no Estado de São Paulo, em razão de dispositivos da Constituição estadual declarados inconstitucionais há quase duas décadas (e embora não disponha de informações mais específicas e concretas, aparentemente a Assembleia Legislativa de São Paulo acatou a decisão do STF: no site da ALESP consta o texto da Constituição estadual de 1947, com a informação relativa à decisão do STF ao lado de cada um dos dispositivos impugnados – a propósito, sem nenhuma referência à RSF nº 18/66). E se fosse este o objetivo, a espécie normativa adequada seria o decreto legislativo, nos termos do art. 13. Logo, haveria de ser outro o propósito da suspensão do ato normativo pelo Senado.

3. A participação do Senado na Representação Interventiva (1958-1967)

A ideia de que a Constituição de 1946 restabeleceu o controle concreto-difuso nos moldes definidos pela Constituição de 1934, aliada ao fato de que o novo texto constitucional vigorou por pouco mais de duas décadas (1946-1967), pode sugerir que o país experimentou, enfim, um modelo dinâmico e eficiente de controle de constitucionalidade, ao menos no que tange aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade pelo STF. Afinal, nesses casos, o Senado poderia suspender a eficácia da lei (ou de parte dela), de acordo com a decisão do tribunal. A partir desse momento, a lei deixaria de ser aplicada pelos juízes e tribunais inferiores, e pela administração pública.

No entanto, embora a Constituição de 1946 tenha vigorado por pouco mais de vinte anos, o Senado só começou a exercer a sua competência prevista

14 Art. 1º - É suspensa, por inconstitucionalidade, nos termos da decisão definitiva proferida, em 3 de outubro de 1947, pelo Supremo Tribunal Federal, na Representação nº 96, a execução do art. 6º, § 2º do art. 16, alínea I do art. 21, alínea d do art. 43, parágrafo único do art. 44, § 1º do art. 45, alíneas I, b e d do art. 65, art. 66, § 1º do art. 77, arts. 85 e 87 e parágrafo único do art. 146 da Constituição e inciso I do art. 3º (quanto à nomeação de Prefeitos), art. 28 e alínea f do art. 30 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias do Estado de São Paulo.

no art. 64 a partir de 1958 – ou seja, nenhuma resolução nesse sentido foi editada pelo Senado nos doze primeiros anos de vigência da Constituição. A primeira resolução editada no exercício da competência prevista no art. 64 foi a RSF nº 13, suspendendo a execução de lei declarada inconstitucional em recurso de mandado de segurança (RMS nº 4.992). Tratava-se, portanto, de lei declarada inconstitucional em sede de controle concreto-difuso. Mas já no ano seguinte, do total de cinco resoluções editadas (RSF nºs 6, 13, 22, 23 e 26), três foram relativas a declarações de inconstitucionalidade em sede de representação: RSF nº 6 (12/06/59), RSF nº 13 (28/07/59) e RSF nº 22 (22/10/59). Interessante observar que, para a edição das RSF nºs 6/59 e 13/59, o Senado foi provocado pelas partes interessadas (Presidente da Assembleia Legislativa de Minas Gerais, no primeiro caso, e Prefeituras Municipais de Presidente Venceslau e Marabá Paulista, no segundo), encaminhando os respectivos acórdãos do STF. Mas no caso da RSF nº 22 foi o próprio STF que enviou o acórdão ao Senado (Ofício nº 771-P de 2 de setembro de 1959). Desde então, tornou-se quase uma regra a atuação do Senado a partir de ofício enviado pelo próprio STF, com cópia dos acórdãos dos julgados.

Há uma série de fatos curiosos nesse procedimento – além do mais óbvio, ou seja, a contrariedade com aquilo que o texto constitucional ao menos sugeria nos arts. 13 e 64. Em primeiro lugar, o fato de que não foi uma prática voltada apenas aos atos normativos declarados inconstitucionais a partir de 1958 ou 1959, alcançando também decisões proferidas desde 1947 (por exemplo: RSF nº 01/1961 (Rp nº 102, julgada em 24 de novembro de 1948); RSF nº 29/1964 (Rp nº 97, julgada em 12 de novembro de 1947); RSF nº 31/1964 (Rp nº 111, julgada em 23/09/1948) etc.). Além disso, os intervalos entre as datas de julgamento e da edição das respectivas resoluções eram consideráveis (por exemplo: além dos casos já citados, também RSF nº 18/1964 (Rp nº 253, julgada em 01/06/56), RSF nº 4/1965 (Rp nº 242, julgada em 06/05/1957) etc.).

A responsabilidade pelos longos intervalos entre o julgamento da representação e a edição da resolução não deve ser atribuída exclusivamente ao Senado, em todos os casos. A RSF nº 1/1961, por exemplo, decorreu de ofício encaminhado pelo Presidente do STF em 13 de maio de 1958, com cópia de acórdão referente à Representação nº 102, que foi julgada em 24 de novembro de 1948, ou seja, quase uma década antes. Outro exemplo: a Representação nº 193 foi julgada em 24 de maio de 1954, mas o presidente

do STF só enviou ofício, com o respectivo acórdão, em 30 de maio de 1958, e o Senado, por seu turno, só editou a resolução no dia 26 de março de 1965 (RSF 28/1965). Nesta mesma data, o Senado também editou as resoluções n.ºs 31 e 36, relativas às representações n.ºs 250 e 296, respectivamente. A primeira foi julgada em 9 de janeiro de 1956, mas o ofício do presidente do STF foi enviado somente em 4 de junho de 1959; a segunda foi julgada em 6 de maio de 1957, e o ofício foi enviado em 7 de abril de 1959.

Muitas das resoluções que suspendiam leis declaradas inconstitucionais em sede de representação interventiva (talvez a maioria) envolviam exatamente a mesma questão: inconstitucionalidade de criação de municípios sem a observância de limites e condições estabelecidas por constituições estaduais. Embora a violação direta fosse a regras definidas pelos Estados, o STF entendia que nestes casos¹⁵ ocorria uma afronta à autonomia municipal, um dos princípios constitucionais sensíveis do texto de 1946 (art. 7, VII, “e”).

Em muitos desses casos, há um intervalo considerável entre a criação do município e a declaração de inconstitucionalidade, e entre esta e a suspensão pelo Senado, como no caso da RSF n.º 16/1965: a lei n.º 247 do Estado de Santa Catarina, que desmembrou do Município de Caçador o Distrito de Ipoméia, havia sido promulgada em 30 de dezembro de 1948, depois declarada inconstitucional em 26 de maio de 1955 (Rp 299) e, por fim, suspensa (em parte) somente dez anos depois.

Como já mencionado, o Senado editava as resoluções a partir de ofícios enviados pelo próprio STF, com cópia dos acórdãos, o que revela que o tribunal endossava a prática adotada pelo Senado. O STF não encaminhava os acórdãos ao Senado para que este desse início ao processo para aprovação de decreto legislativo, nos termos do art. 13 da Constituição. O Tribunal tinha plena ciência que, a partir de seus ofícios, o Senado editaria resoluções, nos termos do art. 64. Um caso ocorrido em 1965 comprova este ponto. Trata-se da Representação n.º 259, que tinha por objeto a Lei n.º 514, de 12 de dezembro de 1952, do Estado da Bahia, que criou o Município de Ubatã, desmembrando-o do Município de Ipiaú. A representação, proposta pelo Procurador-Geral da República por solicitação do Prefeito e da Câmara de Vereadores de Ipiaú, foi julgada procedente (vencido o relator) em 21 de dezembro de 1956, por não terem sido ouvidas as populações interessadas.

15 Nesse sentido: RSF n.º 36/1960; RSF n.º 14/1961; RSF n.º 44/1961; RSF n.º 45/1961; RSF n.º 13/1962; RSF n.º 14/1962; RSF n.º 26/1962; RSF n.º 27/1962; RSF n.º 38/1962; RSF n.º 39/1962; RSF n.º 16/1965; RSF n.º 17/1965; RSF n.º 28/1965; RSF n.º 36/1965; RSF n.º 55/1965.

A execução da lei foi suspensa pelo Senado, por meio da RSF nº 17, de 1965. Contra a decisão do STF, no entanto, foram opostos embargos pelo Município de Ubatã, como terceiro interessado, e também pelo Procurador-Geral da República, sob a alegação de que teria ocorrido, *a posteriori*, anuência do município desmembrado. Os embargos foram acolhidos e o tribunal, à unanimidade, julgou então improcedente a representação. O Senado editou a resolução nº 63, de 1965, com o seguinte teor:

Artigo único - Fica sem efeito a Resolução nº 17, de 24 de março de 1965, que suspendeu a execução da Lei nº 514, de 12 de dezembro de 1952, do Estado da Bahia, em virtude de haver o Supremo Tribunal Federal, através do Ofício nº 704-P, de 10 de maio de 1965, comunicado que, em decisão proferida em embargos de nulidade, reconsiderou pronunciamento anterior, que dera pela inconstitucionalidade daquele diploma legal. (grifei)

Não encontrei nenhuma manifestação por parte do STF, durante o período pesquisado, que explicasse esse procedimento, que contrariava não apenas a leitura mais óbvia do texto constitucional, mas também o entendimento da doutrina da época¹⁶. Até houve uma oportunidade para o STF se manifestar sobre a questão, mas o tribunal se esquivou. Trata-se do caso referente à já mencionada RSF nº 22, de 1959, uma das primeiras editadas pelo Senado. Em 14 de novembro de 1958, o STF havia julgado procedente a Representação nº 352, declarando a inconstitucionalidade da lei nº 3.780, de 29/08/57, do Estado do Ceará, que elevava à categoria de Município o antigo Distrito de General Tibúrcio, no Município de Viçosa, naquele Estado. O Prefeito, o Vice-Prefeito do Município de General Tibúrcio, o Presidente, o Secretário e Vereadores da Câmara Municipal impetraram mandado de segurança (MS nº 7.548/60) para que fosse declarada insubsistente a referida resolução. E o argumento invocado envolvia justamente a questão relativa à inadequação da espécie normativa para suspensão de lei declarada inconstitucional em sede de representação interventiva. E se este ponto foi muito bem explorado pelos impetrantes¹⁷ – que, inclusive, citaram na inicial os votos vencidos dos Senadores Atílio Viváqua e Milton Campos na aprovação da RSF nº 22/59, alegando que não seria o caso da competência prevista no art. 64,

16 CAVALCANTI, 1948, p. 230.

17 ALENCAR, 1978, pp. 281-287.

mas daquela prevista no art. 13 da Constituição¹⁸ –, o mesmo não se pode dizer quanto aos demais que participaram do processo.

O Senado, a rigor, não prestou as devidas informações sobre a questão, limitando-se a apresentar o parecer da CCJ (nº 578, de 1959) do qual resultou a RSF nº 22/1959. Este parecer não apenas não enfrentava os argumentos sustentados pelos impetrantes, como ainda cometia um equívoco ao afirmar que:

O Senado Federal já analisou matéria idêntica, na sua conformação jurídico-constitucional, ao apreciar o Projeto de Resolução n. 9, de 1958 (Pareceres n. 276 e 290, de 1958), promulgando-se a Resolução n. 18 [sic – o correto é seria 13], de 7 de julho de 1958, como se decretou a suspensão de execução do art. 2º da Lei nº 2.622, de 18 de outubro de 1955, em decorrência de julgamento definitivo do Egrégio Supremo Tribunal Federal de 5 de janeiro de 1958.

Não se tratava de “matéria idêntica”: no caso citado (RSF nº 13/58), o Senado havia suspenso a execução de dispositivo legal declarado inconstitucional em sede de controle concreto-difuso (Recurso em Mandado de Segurança nº 4.992), e não em sede de representação interventiva.

O Procurador-Geral da República, em seu parecer, entendeu, preliminarmente, que o STF não deveria conhecer do mandado de segurança por não envolver ato da Mesa do Senado, e sim do próprio Senado (plenário). Quanto ao mérito, limitou-se a escrever: “reporto-me às informações e ao parecer da Comissão de Constituição e Justiça do Senado de nº 578, de 1959”. Os ministros do STF, concordando com o argumento do Procurador-Geral da República quanto à preliminar, simplesmente “deixaram de conhecer da segurança” (decisão proferida em 09 de novembro de 1960), esquivando-se da questão central.

Este entendimento do STF a respeito da competência do Senado para suspender a execução de leis estaduais declaradas inconstitucionais em representação foi alterado radicalmente sob a égide da Constituição seguinte – e sem que a Corte explicasse seus motivos para tal mudança. A manifestação do tribunal ocorreu no seguinte contexto: no dia 3 de maio de 1967, o STF havia julgado procedente a Representação nº 658, declarando a inconstitucionalidade da Lei nº 959, de 8 de abril de 1964, do Estado de Santa Catarina,

18 ALENCAR, 1978, pp. 285-286.

que havia criado o Município de Agronômica. O Senado então editou a RSF nº 83/1967, a partir do ofício nº 17/67-P/MC enviado em 21 de agosto de 1967 pelo Presidente do STF, Min. Luiz Gallotti, suspendendo a execução da referida lei. No entanto, no dia 22 de novembro daquele mesmo ano, o Presidente do STF enviou novo ofício (Of. nº G-273/67) ao Senado afirmando que teria ocorrido um equívoco de sua parte por ter encaminhado o ofício anterior. E o equívoco decorreria justamente do fato de que, em caso de declaração de inconstitucionalidade em sede de representação interventiva, a competência para suspender a execução do ato não seria do Senado – o que fez o Senado editar nova resolução (RSF nº 48/1968) tornando sem efeito a RSF nº 83/1967. De acordo com o Ministro Gallotti:

Há que distinguir entre a inconstitucionalidade do diploma legal, declarada pelo Supremo Tribunal Federal em ações ou mandados de segurança, caso em que compete ao Senado suspender-lhe a execução (Constituição de 1946, art. 64 e Constituição de 1967, art. 45, n. IV), e a inconstitucionalidade declarada em representação, fase de um processo de intervenção federal, caso em que esta se fazia sempre por lei federal (art. 8º da Constituição de 1946), desde que o Estado não se antecipasse em cumprir o acórdão do Supremo Tribunal Federal, limitando-se o Congresso Nacional (art. 13) a suspender a execução do ato inconstitucional, se essa medida bastasse para o restabelecimento da normalidade no Estado.

Parece-me resultar claro, assim, que, no primeiro caso (inconstitucionalidade declarada em ações, mandado de segurança etc.), a competência cabe ao Senado; mas, em se tratando de inconstitucionalidade declarada em representação, fundada no art. 8, parágrafo único, da Constituição de 1946, ou no art. 11, par. 1, letra c, da atual, a competência só poderá caber ao Presidente da República e ao Congresso Nacional.

Houve equívoco, por conseguinte, da Presidência do Supremo Tribunal Federal, no envio, ao Senado, do Ofício nº 17/P/MC, de 21 de agosto de 1967.

Antes desse último ofício, o Presidente do STF também havia comunicado ao Senado (Ofício nº 21/67 - P/MC) a respeito da declaração de inconstitucionalidade da lei nº 2.942, de 2 de outubro de 1963 do Estado do Rio Grande do Norte, que criou o Município de Serrinha, desmembrado do

Município de Santo Antônio, nos termos do acórdão proferido na representação nº 642, julgada em 30 de agosto de 1967. O Senado não suspendeu a execução da lei naquele ano, talvez em razão do ofício de 22 de novembro (Of. nº G-273/67), mas o fez três anos depois, por meio da RSF nº 53/70. Alertado mais uma vez pelo Presidente do STF (Ofício nº 30/70 - P/MC) sobre o equívoco no envio de acórdãos relativos a representações interventivas, o Senado editou a RSF nº 91/70, tornando sem efeito a resolução anterior.

O que há de curioso neste episódio não é o “equívoco” cometido e reconhecido pelo Presidente do STF em 1967, mas o absoluto silêncio sobre o que seriam *quase uma centena de equívocos* cometidos pela Corte até aquele momento, o que dificulta a compreensão do sentido de uma prática adotada desde a década de 50, e consolidada ao longo dos anos – e também do porquê da mudança. De todo modo, a partir dos fatos e dados levantados e expostos, é possível especular um pouco a respeito deste quadro (indiscutivelmente confuso e ignorado pela doutrina), com o propósito de buscar uma explicação, não uma justificativa.

A atuação do Senado, que ocorreu “de fato”, mas sem embasamento jurídico, não parecia *substituir* a atuação do Congresso Nacional, o que seria um erro demasiadamente grosseiro para ser sustentado. A aprovação de decreto legislativo pelo Congresso Nacional, para os fins do artigo 13 da Constituição, embora pudesse parecer uma medida necessária a partir de uma leitura do texto constitucional, o que foi e ainda é endossado pela doutrina constitucionalista, revelou-se, na prática, uma medida dispensável, em razão do cumprimento da decisão do STF pelas autoridades estaduais. Em alguns casos, envolvendo criação de municípios, quando o cumprimento da decisão do STF esbarrava em alguma dificuldade de ordem prática, a questão foi resolvida no âmbito da representação, dispensando mais uma vez a atuação do Congresso Nacional.

Desse modo, se ainda assim o Senado editava resoluções suspendendo a execução de leis declaradas inconstitucionais em sede de representação interventiva, isso parece sugerir que ele, na prática, assumia ou pretendia assumir outro papel, que não aquele destinado ao Congresso. Uma hipótese que se pode levantar é a de que a resolução do Senado poderia ser compreendida como uma medida necessária para formalizar a situação do ato normativo declarado inconstitucional. Consideremos, por exemplo, as decisões do STF na Representação nº 94, relativa a dispositivos da Constituição do Rio Grande do Sul, e na Representação nº 96, relativa a dispositivos

da Constituição de São Paulo. Ambas foram julgadas em 1947 e tiveram o mesmo resultado: a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados. Em ambos os casos a decisão do STF foi cumprida pela Assembleia Legislativa, mas aparentemente só no Rio Grande do Sul os dispositivos declarados inconstitucionais foram formalmente revogados (por emenda constitucional). O Senado recebeu ofício da Presidência do STF em relação aos dois julgados e elaborou projeto de resolução para ambos os casos. Mas só aprovou o projeto relativo aos dispositivos de São Paulo (RSF nº 18 de 1966). O projeto de resolução nº 39, de 1961, relativo aos dispositivos (revogados) da Constituição do Rio Grande do Sul, foi rejeitado no dia 2 de junho de 1964, e encaminhado para arquivo no dia 17 do mesmo mês. Trata-se, é claro, de mera hipótese a ser investigada, e que explicaria, sem pretensão de justificar, a práxis adotada naquele período.

Quanto ao porquê da mudança de entendimento do STF, os dados levantados são insuficientes para se formular uma hipótese consistente. É válido lembrar que, de acordo com o texto constitucional seguinte (1967), a suspensão do ato estadual em caso de procedência de representação interventiva passou a ser de competência do Presidente da República, por meio de decreto (uma medida mais simples do que o processo para aprovação de decreto legislativo, envolvendo as duas Casas do Congresso Nacional), e que a representação interventiva teve a importância relativa e gradativamente reduzida a partir do advento da representação genérica de inconstitucionalidade (EC nº 16/1965). Mas seria meramente especulativa qualquer associação entre esses fatos e a mudança de entendimento do STF.

O que há talvez de mais relevante em todo este histórico é a constatação de que havia uma práxis consolidada de encaminhamento, pelo STF, de decisões em representação interventiva a fim de que fossem editadas resoluções suspendendo a execução do ato normativo estadual declarado inconstitucional. E que esse procedimento foi mantido quando foi criada a representação genérica de inconstitucionalidade em 1965, cabendo aqui recordar que essa nomenclatura “representação interventiva” e “representação (genérica) de inconstitucionalidade” foi criada em momento posterior, em sede doutrinária, pois na prática ambas as ações eram denominadas simplesmente *representação* e tinham a mesma sigla (RP) na jurisprudência do STF, diferenciando-se basicamente quanto ao objeto e ao parâmetro (mais amplos). Como consequência, deve ser revista a ideia até hoje difundida de que o STF e o Senado simplesmente aplicaram à representação *de inconstitucionalidade*

(criada em 1965) um procedimento adotado em sede de controle concreto-difuso. O mais correto seria reconhecer que, sob a égide da Constituição de 1946, o Senado suspendia a execução das leis declaradas inconstitucionais tanto em sede de controle concreto-difuso como em sede de “representação”, sendo indiferente o fato de ser esta *interventiva* ou *de inconstitucionalidade*. A atuação do Senado na representação de inconstitucionalidade não era, portanto, uma questão autônoma, surgida a partir da sua criação em 1965. Mas passou a ser quando o STF, já sob a égide da Constituição de 1967, alterou seu entendimento quanto ao órgão competente para suspender as leis estaduais declaradas inconstitucionais em representação interventiva.

4. A participação do Senado na Representação de Inconstitucionalidade (1965-1993)

A emenda constitucional nº 16, de 1965, introduziu no ordenamento jurídico o controle abstrato-concentrado de constitucionalidade, por meio da representação de inconstitucionalidade, que passou a coexistir com o sistema concreto-difuso, formando o que a doutrina convencionou chamar de um modelo misto de controle. Nos termos estabelecidos pela EC nº 16/65, caberia ao STF processar e julgar originariamente “a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República” (art. 101, I, k), que era nomeado pelo Presidente da República e demissível a qualquer tempo.

A representação de inconstitucionalidade, embora na forma se assemelhasse à representação interventiva – eis que envolvia um problema de incompatibilidade entre uma norma infraconstitucional e a Constituição, e seria ajuizada pelo Procurador-Geral da República e julgada pelo STF – apresentava também diferenças significativas, que faziam inaugurar uma nova forma de controle de constitucionalidade no País. Além das distinções mais visíveis, a respeito do objeto (atos normativos estaduais e federais) e do parâmetro (todo o texto constitucional), que poderiam sugerir tratar-se de um mero alargamento nestes dois aspectos, havia ainda outras duas diferenças: (i) a questão levada pelo Procurador-Geral da República a julgamento pelo STF não era agora prejudicial à solução de um conflito concreto, mas constituía o próprio objeto da ação, bastante em si mesmo, e (ii) o Procurador-Geral da República não atuava mais como um defensor dos interesses da União, mas como advogado da Constituição, o que, em

determinadas situações, poderia colocá-lo inclusive em posição contrária aos interesses daquela entidade federativa.

Na prática, a primeira diferença deve ser relativizada, e a segunda, praticamente ignorada. A representação interventiva assumiu um caráter de fiscalização abstrata de constitucionalidade de leis estaduais em conflito com determinadas normas da Constituição, e não havia, por parte do STF, uma reflexão sobre uma potencial intervenção federal nos casos julgados. Quanto à atuação do Procurador-Geral da República, por se tratar de um cargo sem nenhuma autonomia, de livre nomeação pelo Presidente da República, e por ele demissível *ad nutum*, em pleno regime militar, a subordinação à vontade do governo era óbvia e esperada – tal como ocorreu na prática, e o caso em que o Procurador-Geral da República se recusou a ajuizar representação contra a lei que instituiu a censura é bastante emblemático (Reclamação nº 849)¹⁹.

A representação de inconstitucionalidade foi introduzida no bojo de uma reforma do Poder Judiciário, conduzida pelo governo militar, que havia apresentado uma proposta de emenda constitucional (PEC nº 06/65) alterando diversos dispositivos sobre o tema. No que tange especificamente ao controle de constitucionalidade, a PEC nº 06/65 apresentava duas inovações, ambas de iniciativa do STF: (i) a representação de inconstitucionalidade, e (ii) a revogação da competência do Senado para suspender as leis declaradas inconstitucionais pelo STF, cabendo àquela casa legislativa apenas “fazer publicar no Diário Oficial e na Coleção de Leis, a conclusão do julgado que lhe for comunicado” (art. 21 da PEC 06), o que, na prática, implicaria conceder efeitos *erga omnes* às decisões do STF em controle concreto-difuso.

Não se pode afirmar com segurança que ocorreu propriamente um *ato falho*, mas é curioso destacar que, em seu parecer sobre a PEC nº 06 (Parecer nº 25), o relator, Senador Tarso Dutra, ao propor que deveria ser revogada também a competência prevista no art. 13, relativa à suspensão do ato estadual declarado inconstitucional em sede de representação interventiva, tenha atribuído equivocadamente essa competência ao Senado, e não ao Congresso Nacional, e tenha afirmado tratar-se de inconstitucionalidade em tese, o que sugere que, ao menos para ele, não seria absurda a ideia de

19 Nos autos da Reclamação nº 849, proposta pelo Movimento Democrático Brasileiro contra a recusa ao ajuizamento da representação, o Procurador-Geral da República não apresentou nenhum argumento em favor da lei, limitando-se a sustentar que não estava obrigado a ajuizar a ação – com o que o STF concordou, por maioria.

suspender execução de lei declarada inconstitucional em tese (apenas uma ideia que deveria ser abandonada):

A disposição de lei declarada inconstitucional perderá a eficácia imediatamente, sem que seja necessário suspender-lhe a vigência formalmente pelo Senado Federal, como tem ocorrido até aqui. Embora o projeto, em seu art. 21 altere o art. 64 da Constituição, seria indispensável que revogasse ao tempo, o art. 13 da Constituição, que trata da competência do Senado para arrear as leis consideradas inconstitucionais em tese.²⁰ (grifei)

O Congresso Nacional rejeitou o disposto no art. 21 da PEC nº 06/65, relativo à competência do Senado, e no dia 26 de novembro promulgou a EC nº 16/65. Mas, embora a EC nº 16/65 tenha criado a representação de inconstitucionalidade, foi sob a égide da Constituição de 1967 (com a EC nº 1, de 1969) que foram definidos, basicamente pelo STF, os seus contornos.

Quanto ao tema que aqui importa, o STF manteve o procedimento adotado nas decisões em representação interventiva, a saber, a comunicação ao Senado, por meio de ofício, para que este editasse resolução suspendendo a execução do ato normativo declarado inconstitucional. Em palestra proferida na Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, em 13 de dezembro de 1967, intitulada “Novos aspectos da competência constitucional do Supremo Tribunal Federal”, o Ministro Gonçalves de Oliveira afirmou que “o Supremo, em tal hipótese, julga em tese e seu pronunciamento é levado ao conhecimento do Senado para suspender a vigência da lei (Const., art. 45, nº IV)”²¹, o que confirma que esta era a interpretação do próprio STF a respeito do procedimento a ser observado.

No entanto, como visto no tópico anterior, o STF mudou seu entendimento quanto às decisões proferidas em sede de representação interventiva em 1967, mas manteve a prática em relação às decisões proferidas em sede de representação genérica, o que pode parecer estranho à primeira vista. Mas só à primeira vista. É que o próprio texto constitucional dispunha sobre o órgão competente para suspender a execução de ato normativo estadual declarado inconstitucional em sede de representação interventiva, e esta aliás foi a razão da mudança de entendimento em 1967. Assim, entre os anos de

20 ALENCAR, 1978, p. 273.

21 1967, pp. 32-33.

1968 e 1975, o Senado Federal editou 134 resoluções suspendendo atos normativos (no todo ou em parte) declarados inconstitucionais pelo STF, sendo 81 relativas a decisões em sede de representação – e o fez a partir de ofícios enviados pelo próprio tribunal.

Foi no período de 1974 a 1977, por meio de manifestações e despachos em processos administrativos, que o STF firmou o entendimento de que os atos normativos declarados inconstitucionais em sede de representação de inconstitucionalidade não deveriam mais ser encaminhados ao Senado. Curiosamente, os processos administrativos não foram originados por consultas relativas a este ponto específico. O primeiro foi um parecer do Ministro Rodrigues Alckmin, em consulta formulada pelo Diretor-Geral da Secretaria do Supremo, relativa à execução da sentença proferida em representação interventiva (Representação nº 898, ajuizada contra a lei nº 7.214, de 13 de novembro de 1968, do Estado de Goiás, declarada inconstitucional por violação do princípio da autonomia municipal). O consulente observara que o Regimento Interno do STF²² era omissivo quanto à comunicação ao Presidente da República, para suspensão dos atos estaduais declarados inconstitucionais em representação interventiva. O anteprojeto do RISTF era mais preciso, ao dispor que:

Art. 171 – Se for impugnado ato ou lei estadual, e a decisão concluir pela inconstitucionalidade, no todo ou em parte, o Presidente do Tribunal, depois da publicação do acórdão e de esgotado o prazo para embargos declaratórios, remeterá cópia autêntica:

I – ao Presidente da República, no caso do art. 11, p. 2, da Constituição;

II – ao Presidente do Senado Federal, no caso do art. 42, VII, da Constituição.

Em resposta à consulta, o Ministro Rodrigues Alckmin, distinguindo os casos de controle concreto-difuso e abstrato-concentrado, afirmou que “no caso de representação por inconstitucionalidade, porém, o julgamento se refere à lei ou ato normativo, em tese, e a decisão que os tem como inconstitucionais encerra, em si mesma, o efeito de excluir-lhes a eficácia”²³.

22 RISTF: Art. 180 – Declarada a inconstitucionalidade, no todo ou em parte, o Presidente do Tribunal, imediatamente, a comunicará aos órgãos interessados, e, transitado em julgado o acórdão, remeterá cópia autêntica da decisão ao Presidente do Senado Federal, no caso do art. 42, VII, da Constituição.

23 ALENCAR, 1978, p. 292.

O Ministro tratou aqui das duas espécies de representação, sugerindo que em ambas a decisão do STF teria o efeito de excluir a eficácia do ato declarado inconstitucional, sem observar, contudo, que, ao menos de acordo com o texto do § 2º do art. 11 da Constituição, em caso de representação interventiva, seria o decreto do Presidente da República que iria “suspender a execução do ato impugnado, se essa medida tiver eficácia”. O Ministro apenas concluiu informando que:

Se a representação se apoia no art. 10, VI (primeira parte) ou VII da Constituição Federal, o provimento dela deverá determinar ofício ao Presidente da República, para eventual intervenção no Estado.

Nos mais casos de representação, creio que seria de dar-se ciência do julgado à autoridade competente para executar a lei ou ato normativo para que lhe suste a execução.

Se houver desobediência, então, ocorreria a intervenção federal (CF, art. 10, VI) ou crime de responsabilidade (CF, art. 82, VII).

Creio que foi acertado o entendimento de não oficial-se ao Senado Federal, nos casos de representação.

Brasília, 19 de junho de 1974 – Ministro Rodrigues Alckmin

Os pontos confusos do voto do Ministro Alckmin foram de certo modo corrigidos pelo Presidente da Comissão de Regimento do Supremo, Ministro Luiz Gallotti, que, após manifestar estar de acordo com o primeiro, acrescentou:

devendo acentuar, entretanto, que a comunicação ao Sr. Presidente da República caberá nos casos de representação como fase de um processo de intervenção nos Estados, como ocorre, aliás, no caso presente, que provocou a consulta do Sr. Diretor-Geral (fls. 1/3). Foi o que entenderam os ofícios de fls. 4/5 e 6/7, acolhidos pelo Senado Federal e subscritos, respectivamente, por mim e pelo eminente Ministro Oswaldo Trigueiro.

D.F., 5 de agosto de 1974 – Min. Luiz Gallotti

O Ministro Eloy da Rocha proferiu despacho para que se procedesse de acordo com o parecer da Comissão, mas “observando o esclarecimento do Sr. Ministro Luiz Gallotti”.

O segundo processo administrativo (nº 4.477-72) resultou de consulta formulada pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado, que havia recebido ofício do STF (Of./621-P(d) de 21/08/62) comunicando a decisão

proferida no Recurso de Mandado de Segurança n. 6.511, julgado em 21 de agosto de 1961, sem que se esclarecesse qual ou quais resoluções do Instituto do Açúcar e do Alcool haviam sido declaradas inconstitucionais. De acordo com o relator, Senador Accioly Filho, “é impraticável, assim, para o Senado, cumprir a sua atribuição de suspender a execução do ato do Instituto do Açúcar e do Alcool, quando não se precisa qual é exatamente o documento que dá corpo a este ato”²⁴. Concluiu recomendando que fosse encaminhado ofício ao STF “pedindo esclarecimentos sobre qual a resolução do Instituto do Açúcar e do Alcool declarada inconstitucional no julgamento do Recurso de Mandado de Segurança n. 6.511”²⁵.

A questão foi encaminhada à Comissão de Jurisprudência do STF, formada pelos Ministros Thompson Flores, Xavier de Albuquerque e Moreira Alves. Este, na condição de relator, entendeu que, embora a interpretação do vocábulo “lei” não devesse se restringir à lei em sentido formal, também não deveria, por outro lado, incluir quaisquer outros atos normativos, como uma resolução de autarquia federal, por exemplo. O ponto que aqui importa, relativo à eficácia da declaração de inconstitucionalidade em sede de representação, não era objeto da consulta, mas, ainda assim, foi afirmado pelo Ministro Moreira Alves, incidentalmente:

10. Em conclusão, e circunscrevendo-me apenas ao objeto da consulta (sou dos que entendem que a comunicação ao Senado só se faz em se tratando de declaração de inconstitucionalidade incidente e, não, quando decorrente da ação direta, caso em que, se relativa a intervenção federal, a suspensão do ato é da competência do Presidente da República, e, se referente à declaração de inconstitucionalidade em tese, não há que se falar em suspensão, pois, passando em julgado o acórdão desta Corte, tem ele eficácia erga omnes e não há que se suspender lei ou ato normativo nulo com relação a todos), em conclusão -- repito -- e circunscrevendo-me ao objeto da consulta, sou de parecer de que só se deverá fazer a comunicação, a que alude a parte final do art. 180 do Regimento Interno, quando se tratar de declaração de inconstitucionalidade de lei (que abrange o elenco das figuras compreendidas no art. 46 da Emenda no 1/69) ou de decreto e, não de quaisquer outros atos normativos (Parecer do Ministro Moreira Alves, de 11.11.1975, DJ 16.05.1977, p. 3123, apud. Alencar, 1978, pp. 303-304).

24 ALENCAR, 1978, p. 297.

25 ALENCAR, 1978, p. 297.

Os Ministros Thompson Flores e Xavier de Albuquerque manifestaram-se apenas sobre o objeto da consulta, no que divergiram do relator, entendendo que a competência do Senado incluiria qualquer outra espécie de ato normativo²⁶.

Em 18 de junho de 1977, o Ministro Thompson Flores, agora na condição de Presidente do Supremo Tribunal Federal (cargo que assumiu no dia 14 de fevereiro daquele ano), proferiu despacho determinando que as comunicações ao Senado Federal compreendessem “os atos normativos, como entendeu a maioria [da Comissão], de resto, em consonância com o parecer do Relator da Comissão de Constituição e Justiça daquela Casa do Congresso Nacional”. E, em seguida, destacou:

2. Esclareço no sentido de prevenir dúvidas que, quando a declaração de inconstitucionalidade defluir de ação direta (Representação, Constituição, art. 119, I, I), a solução está no desfecho constante do processo anexo, fls. 13, compreendendo, como é óbvio, os atos aqui considerados.

Esta mudança de entendimento não ocorreu de forma imediata: das 15 (quinze) resoluções suspensivas editadas pelo Senado no ano de 1977, 4 (quatro) referiam-se a atos normativos declarados inconstitucionais em sede de representação²⁷. E se é possível fixar o ano de 1978 como o marco inicial da efetividade do novo entendimento a este respeito, isso não significa que o Senado não tenha editado mais nenhuma resolução suspensiva oriunda de controle abstrato. Na verdade, foram editadas ainda mais 5 (cinco) resoluções, o que é um dado irrelevante, embora muito curioso: afinal, por que o Senado aprovou uma resolução em 1979 (RSF nº 62), outra em 1980 (RSF nº 131) e, depois de seis anos (1986), aprovou mais uma (RSF nº 86) e, ainda, o que é mais curioso, após a promulgação da Constituição de 1988 aprovou mais duas: em 1989 (RSF nº 77) e, pasmem, 1993 (RSF nº 31)? Não encontrei explicação para o fato.

26 Como afirmou o Ministro Xavier de Albuquerque (acompanhado pelo Ministro Thompson Flores), “Casos há, porém, cada dia mais numerosos, em que a própria lei transfere o poder regulamentar do Chefe do Executivo para outros órgãos da Administração - v.g., Conselho de Política Aduaneira, Conselho Monetário Nacional, o próprio Instituto do Açúcar e do Alcool etc., - estes o exercitam mediante atos normativos de diferentes denominações, que de decretos fazem as vezes. Em tais casos, entendo cabível a suspensão da execução do ato, e necessária, para esse fim, a comunicação ao Senado Federal”.

27 RSF nº 1, de 23 de março (RP nº 942, em 12/05/76) RSF nº 43, de 24 de agosto (RP nº 931, em 19/08/76), RSF nº 47, de 26 de agosto (RP nº 932, em 05/11/75) e RSF nº 55, de 06 de setembro (RP nº 925, em 10/09/75).

Mas o ponto que aqui importa é que o STF, ao mudar seu entendimento no final dos anos 70, não esclareceu – nem pretendeu fazê-lo – com que fundamento ou propósito encaminhava as decisões em sede de representação de inconstitucionalidade ao Senado. De forma semelhante ao que ocorreu em 1967, quando o tribunal mudou de entendimento quanto ao envio ao Senado das decisões proferidas em representação interventiva, o STF mais uma vez limitou-se a sugerir que o novo entendimento era lógico ou óbvio, o que dispensaria maiores explicações a respeito, mas sem procurar entender nem tentar justificar por que algo que sugeria como óbvio ou lógico não foi assim percebido durante muitos anos.

O silêncio dos ministros deixa uma lacuna na história do controle de constitucionalidade. Resta apenas a possibilidade de oferecer, na conclusão deste trabalho e dentro dos limites dos fatos e dados aqui expostos, uma explicação especulativa, sem a autoridade que só os atores envolvidos no caso poderiam conferir.

5. Conclusão

Como ficou demonstrado, a história que a doutrina conta a respeito da representação interventiva durante a vigência da Constituição de 1946 (que foi o período em que a ação adquiriu maior relevância) está parcialmente equivocada, o que decorre do descaso com a pesquisa empírica, que é relevante em geral, mas quando se pretende fazer uma narrativa histórica, torna-se imprescindível. A doutrina não conhece a participação que o Senado teve na representação interventiva durante a vigência da Constituição de 1946. Quando muito, reconhece a importância da representação interventiva para o advento da representação de inconstitucionalidade – ou nem mesmo isso²⁸.

A narrativa adotada pela doutrina basicamente reproduzia o que estava disposto na Constituição, segundo a qual a competência para suspender a execução de atos estaduais impugnados em representação interventiva seria do Congresso Nacional. No entanto, nenhum decreto legislativo suspensivo foi editado, apesar de terem sido julgadas procedentes dezenas de representações interventivas. Na prática, contrariando o que estabelecia a Constituição, mas curiosamente com o aval do STF, o Senado assumiu essa competência – ou algo próximo a isso. A competência do Congresso Nacional era a de suspender

28 BARROSO, 2012, p. 350.

a execução do ato estadual com o propósito de restabelecer a normalidade no Estado. A suspensão exercida pelo Senado não parecia ter esse objetivo em muitos casos – e nem poderia nos outros, pelo intervalo de mais de uma década entre a decisão do STF e a aprovação da resolução suspensiva. Tanto o Senado como o STF se esquivaram de justificar essa prática, quando tiveram a oportunidade de fazê-lo. Apresentei, neste trabalho, uma hipótese para atribuir algum sentido ao procedimento adotado: dar um destino formal às leis estaduais declaradas inconstitucionais em representação interventiva. A hipótese é para explicar a práxis, não para justificá-la. Tanto que o próprio STF mudou seu entendimento em 1967 (já sob a égide da Constituição da ditadura empresarial-militar) quando, coincidência ou não, a competência para suspender a execução das leis estaduais em representação interventiva passou a ser do Presidente da República.

Se considerarmos esta realidade descrita no trabalho, não faz mais sentido analisar a atuação do Senado na representação de inconstitucionalidade, criada em 1965, como uma novidade, mas uma herança do procedimento adotado em relação à representação interventiva desde 1959 – um procedimento estranho ao texto constitucional da época e carente de uma razão (oferecida pelo tribunal) para justificá-lo. Pode-se dizer que o STF fixou um entendimento de que deveriam ser encaminhadas ao Senado as decisões do STF em “representação”. Ponto. Não havia complementos (interventiva ou genérica), e o advento da representação genérica não implicou alteração na sigla (Rp) nem nova numeração processual. A rigor, de acordo com o texto constitucional, ambas eram representações “de inconstitucionalidade”.

O problema ocorre em 1967, quando o STF altera – ou corrige – seu entendimento quanto à representação interventiva, mas mantém a práxis para a representação genérica de inconstitucionalidade, sendo que a primeira era a razão de ser da segunda. É dizer: o STF só encaminhava ao Senado as decisões em representação genérica de inconstitucionalidade porque este era o procedimento que o tribunal havia estabelecido para a representação interventiva. O novo entendimento não seria aplicado aos dois casos, pois a mudança nada mais foi do que o simples reconhecimento de que a Constituição já definia um órgão específico para suspender a execução das leis estaduais em representação interventiva. Não houve, por parte do STF, uma reflexão sobre o impacto, para a representação genérica, dessa mudança quanto à representação interventiva, e o envio das decisões ao Senado foi mantido por inércia, durante quase uma década.

Não creio que seja possível estender à representação de inconstitucionalidade a hipótese que apresentei para explicar o procedimento adotado pelo STF em relação à representação interventiva – hipótese formulada apenas para tentar *dar sentido à loucura*. Ao menos não a partir do momento em que o próprio tribunal reconheceu que, no caso da representação interventiva, deveria enviar as decisões ao órgão definido pela Constituição em dispositivo específico. Uma aplicação retroativa deste entendimento implicaria reconhecer que nunca deveriam ter enviado as decisões ao Senado, ou seja, que não havia razão para esse procedimento. Consequentemente, a atuação do Senado na representação de inconstitucionalidade depois de 1967 foi uma prática sem teoria e, assim, facilmente abandonada quase uma década depois, mas sem qualquer reflexão ou explicação sobre os motivos de sua adoção num primeiro momento.

Não questiono o acerto da nova orientação do STF. Contudo, o absoluto silêncio sobre o procedimento anterior, que foi estabelecido pelo próprio tribunal, merece uma crítica. Ao não enfrentarem o passado naquele momento de mudança, os ministros do STF perderam a oportunidade de dar um sentido mais claro à própria competência do Senado. Talvez essa indefinição tenha sido irrelevante na prática. Talvez. Mas vale aqui lembrar dois fatos que podem eventualmente estar relacionados com uma incompreensão do papel do Senado no controle de constitucionalidade. O primeiro fato são as resoluções suspensivas esparsas editadas pelo Senado em controle abstrato-concentrado até 1993, como visto no tópico 4. O segundo é o fato de a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88 ter aprovado duas vezes na Comissão de Sistematização e uma vez em plenário um dispositivo (art. 109, §3º) que estabelecia, agora expressamente, que as decisões do STF em representação/ação direta de inconstitucionalidade deveriam ser encaminhadas ao Senado. Este dispositivo foi derrubado no segundo turno de votação, em 26 de agosto de 1988, tendo sido misteriosamente²⁹ substituído pelo atual art. 103, § 3º (quando já não era mais permitido introduzir mudanças no texto). São fatos de pouca relevância – o dispositivo do projeto foi derrubado com extrema facilidade, sem qualquer polêmica – mas talvez evitáveis se a história da participação do Senado em representação de inconstitucionalidade fosse ao menos um pouco mais clara.

29 LEITE, 2011.

Referências

- ALENCAR, Ana Valderez Ayres Neves de. A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais, *Revista de Informação Legislativa*, ano 15, n. 57, p. 223-306, 1978.
- BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6 Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *A Constituição Federal Comentada*. V. 1. Rio de Janeiro: José Konfino Editor.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- DUARTE, José Bacchieri (org.) *Os 10 dias em que o Rio Grande do Sul foi Parlamentarista*. Porto Alegre: Assembleia Legislativa do Estado do RS/ Graf. Ética Impressora, 2003.
- LEAL, Saul Tourinho. *Controle de Constitucionalidade Moderno*. 2 ed. Niterói: Impetus, 2012.
- LEAL, Victor Nunes. *Leis Complementares da Constituição*. *Revista de Direito Administrativo (RDA)*, v. 7, 1947 (379-394).
- LEITE, Fábio Carvalho. O papel do Advogado-Geral da União no controle abstrato de constitucionalidade: curador da lei, advogado público ou parecerista? In. *Revista Nomos (Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará)*, 2011.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MARTINS, Flavia Bahia. *Direito Constitucional*. 3 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.
- MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 41 n. 162 abr./jun. 2004 (149-168).
- _____. *A Representação Interventiva*. *Direito Público* nº 9 – Jul-Ago-Set/2005 (5-32).
- OLIVEIRA, Gonçalves de. *Novos aspectos da competência constitucional do Supremo Tribunal Federal*. In. *Revista de Informação Legislativa*. v. 4, n. 15/16, p. 27-40, jul./dez., 1967.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, Elival da Silva. Controle de Constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva: 2010.

Recebido em 14 de dezembro de 2024.

Aprovado em 13 de janeiro de 2025.

Artigo Convidado.

RESUMO: No período de 1946-1965, o STF poderia declarar a inconstitucionalidade de uma lei no julgamento de um caso concreto ou de uma representação interventiva. Após o julgamento, o tribunal deveria encaminhar a decisão ao Senado, no primeiro caso, ou ao Congresso Nacional, no segundo, para a suspensão da execução do ato normativo considerado inconstitucional. Isso é o que estabelecia a Constituição e o que afirmava e ainda afirma a doutrina constitucionalista. Contudo, a pesquisa realizada junto aos bancos de dados da Câmara, do Senado e do STF revela que a realidade foi bem distinta. O Senado assumiu, com o apoio do STF, a competência que era atribuída ao Congresso. Este procedimento, que se manteve até 1967, talvez explique por que, no período de 1965-1975, o STF encaminhou ao Senado as decisões proferidas em representação de inconstitucionalidade, que, por sua natureza, deveriam ter eficácia erga omnes.

Palavras-chave: Representação Interventiva; Controle de Constitucionalidade; Senado; Supremo Tribunal Federal; Jurisdição Constitucional.

ABSTRACT: In the period of 1946-1965, the Federal Supreme Court could challenge the constitutionality of an act both in a judgment of a case or in a judgment of interventive action. After the trial, the court should send the decision to the Senate, in the first case, or to the Congress, in the second case, so they could suspend the execution of the act considered unconstitutional. That's what the Constitution established and that's what the doctrine used to say, and it still does. However, my research in official data base from the House of Representatives, from the Senate and from the Supreme Court revealed that the reality was quite different. The Senate assumed, with the Supreme Court support, the competence established to the Congress. Maybe this procedure, that lasted until 1967, can explain why, in the period of 1965-1975, the Supreme Court sent to the Senate the decisions from judgments in action of unconstitutionality, that, according to its own nature, should have already a general effect.

Keywords: Interventional Representation; Judicial Review; Senate; Brazilian Supreme Court; Constitutional jurisdiction.

SUGESTÃO DE CITAÇÃO: LEITE, Fábio Carvalho. A desconhecida história do papel do senado na representação interventiva (e seu legado ao controle abstrato de constitucionalidade). *Revista Direito, Estado e Sociedade, Revista Direito, Estado e Sociedade*, Edição 65, jul/dez, 2024. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.2118>.

.

El Ecosistema de la Juricidad Neoliberal: Variaciones del espejo argentino

*O ecossistema da juridicidade neoliberal:
variações do espelho argentino*

Santiago Polop*

Universidad Nacional de Río Cuarto - Argentina

1. Incisión filosófica sobre el movimiento

La lectura de nuestra experiencia con el mundo no puede hacerse con las herramientas de este mismo mundo. Parece extraña la expresión en su forma inmediata, pero no es sino una paráfrasis de la filosofía hegeliana, que recorre estas reflexiones que siguen. El asunto con la lectura del mundo es que, sin distanciamiento de su modo de acontecer inmediato, quedamos sumidos en su tiranía. El mundo y sus efectos controlan, por lógica, su comprensión. ¿Entonces? ¿Retirarnos del mundo y elaborar comprensiones paralelas, como lenguajes inconmensurables? No es lo que propone Hegel, ni mucho menos su confeso alumno, Karl Marx. Tampoco lo que humildemente se propone aquí. La epistemología dialéctica, que proponemos como modo de trabajo intelectual sobre lo real, supone elaborar un mapa cognitivo sobre lo inmediato a partir de la reconstrucción de sus nexos lógicos¹, es

* Doutor em Ciências Políticas. Diretor do Departamento de Filosofia da Faculdade de Ciências Humanas da Universidad de Río Cuarto. Docente e pesquisador da Universidad Nacional de Río Cuarto (UNRC), Argentina. Responsável pelas cátedras Filosofia del Derecho, Análisis Político e Ética. ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-9207-0055>. E-mail: spolop@hum.unrc.edu.ar.

1 Hegel, en su Ciencia de la Lógica, entiende que esta vinculación analítica es absolutamente fundamental para avanzar en el conocimiento del Ser, es decir, hacia la esencia. La esencia, en su filosofía, no va a representar un substrato perenne del ser, sino que se trata de la historia y su devenir.

decir, rastreando empíricamente la conceptualización histórica que devino presente inmediato. No supone esto un recurso a lo difícil para pensar lo real (y, entre ella, a una de sus regiones, el derecho positivo), sino a lo complejo. La realidad no es simple, es compleja por la cantidad de elementos que participan específicamente en su constitución única y múltiple a la vez.

¿Qué significa esto para una reflexión crítica sobre el derecho? Pues, empezar por su inmediatez, por las prácticas en las que se revela su hacer. Claro que, dicho así, supondría una tarea a ciegas, un naufragio en un mar de leyes, normas y fallos, sin brújula ni horizontes. Pero el derecho, racionalizador de un orden instituido por poderes que lo anteceden, expresa -como cualquier otra porción de lo real- indicadores respecto de sus criterios fundantes y sus orientaciones destinadas a conservar la porción de lo real en la cual busca legitimidad. ¿Dónde están esos indicadores? ¿Cómo leerlos sin forzar la realidad a ensoñaciones caprichosas del lector?

Creo que la clave del análisis radica en la indagación sobre el tiempo en que lo real acontece. En la introducción a su *Filosofía del Derecho*, Hegel sostiene que la filosofía no es sino el propio tiempo aprehendido por el pensamiento². El propio tiempo en el que transcurre la existencia es una enormidad, y la capacidad del pensamiento para aprehenderlo es una confianza idealista excesiva en sus posibilidades. La solución está en las prácticas en las que el tiempo sustancia un devenir. El origen de las prácticas, su acontecer y su expectativa de futuro no siguen un decurso anárquico. Muy por el contrario, está sujeto a las incisiones que lo humano impone en la lógica de las prácticas, sea que nos refiramos a los orígenes de la agricultura, a las torturas medievales o a la sanción de la carta de Derechos Humanos en 1948. Que lo real sea racional no es una valoración moral de lo que acontece, sino una indicación sobre una serie de eventos que son causa de aquél efecto, y que deben indagarse en pos de conocer (aprehender) su materialización. Lo racional es real cuando llegamos a visibilizar esa complejidad, lo cual es un trabajo para advertir el movimiento subyacente que, en Hegel, se alcanza en el concepto. Conceptualizar es esa aprehensión, esa visión del movimiento de cierta y específica organicidad (esto es, una totalidad) que debe (o debió) estar operativa para que lo real acontezca en estos justos términos.

2 Hegel, G. W. F. *Principios de Filosofía del Derecho* (1819).

Karl Marx estudió en 1842 una pequeña ley, en una región de Renania, respecto al robo de leña³. Empieza allí un itinerario de investigación que lo llevará, recién 25 años después, a conceptualizar estos indicios como parte de la totalidad que nomina como capitalismo. El trabajo del derecho positivo para el proceso de la acumulación originaria y el disciplinamiento de la nueva mano de obra liberada de la esclavitud, resultará un insumo fundamental. En 1842 el capitalismo ya había instituido el orden de la juridicidad estatal necesario a sus fines, los cuales suponían la jerarquización de las vidas conforme a su valor de cambio, y la disposición de la política a ser gendarme de este orden. Los sistemas que norman lo real, que lo ordenan, y del cual el derecho positivo es una de sus regiones, opera conforme a estas directrices que racionalizan lo real. El movimiento de la temporalidad bajo las coordenadas del capitalismo marcará los ritmos humanos, hasta nuestros días⁴.

Nos corresponde, entonces, pensar nuestro tiempo en este tránsito, lo cual ya ofrece una serie de indicadores a los cuales debemos especificar incisiones epocales.

2. La incisión neoliberal del tiempo

Nuestro tiempo es conceptualizado, entre otros modos, como tiempo neoliberal. Hay lecturas que le ponen este concepto “neoliberal” a lo real desde un sentido crítico, aunque hay algunas otras que lo hicieron en reivindicación de lo que supone⁵. Es muy variado el espectro de definiciones en torno a qué significa neoliberalismo. Tanto que, en esa tensión por lo que algunas de las apropiaciones deja o limita, me permito aquí proponer una definición para guiar la reflexión: el neoliberalismo es una lógica que instituye un género específico de temporalidad como lo real, disponiendo allí una relación de enajenación particular a la identidad Sujeto-Objeto, basada en una específica economía libidinal orientada a la productividad y la individuación.

3 Marx, Karl. Los debates sobre el robo de la leña (1842). Se trata de un trabajo de indagación crítica de una ley renana, que criminaliza la pobreza y que favorece a la acumulación por desposesión, lo que Marx desarrollará de allí en adelante respecto a la tierra y al tiempo de trabajo humano.

4 El estudio de este movimiento en los siglos XIX y XX en latinoamérica lo tomo del desarrollado con mayor detalle en Polop, S. (2021).

5 Al respecto, puede indagarse en la muy buena historización de Quinn Slobodian (2021). Allí muestra cómo, en sus inicios, la reivindicación de “neoliberal” era un locus afirmativo importante para sus defensores, lo que con el tiempo fue dejando de acontecer. Mi hipótesis es que ello sucede porque hace encarnadura con lo real, razón por la cual pierde sentido afirmar como proyecto de poder aquello que postula ser la expresión misma de lo real.

El capitalismo se basa en la búsqueda de ganancias, lo que por definición no tiene techo, como sí lo tienen las fuerzas humanas. Por su propia lógica, el capitalismo empuja por extender la jornada de trabajo. El trabajo, por su parte, intenta -decía Marx- poner una jornada laboral de magnitud humana, normal⁶. Hay, entonces, un choque entre derechos: al intercambio mercantil uno, a la vida más allá del trabajo, otros. Y entre derechos iguales, “decide la fuerza”. La cuestión es ¿qué tiene más fuerza? ¿Lo humano o el mercado que lo contiene?

Marx no llegaría a vislumbrar la conversión del trabajo en cómplice de la producción. Es decir, el capitalismo, como lógica, aprendió que era mejor convencer lo humano para que empuje en la misma dirección. Gran parte del siglo XX preparó la escena del siglo XXI: el deseo de producción del individuo conforme al escenario de la producción capitalista. Es una genialidad de esta lógica: convertir al sujeto en una relación de explotación consigo mismo, en tanto objeto. Se anticipó a conceptualizar este proceso el protestantismo con la modificación de la relación del sujeto con la trascendencia: del “trabajar y orar”, al “trabajar es orar”⁷. El individuo se convierte en artífice de la compra de su salvación en la trascendencia. En la versión secular, “ser es producir”.

De acuerdo a Harmut Rosa, nuestro tiempo en el capitalismo se caracteriza por la aceleración radical⁸. En ese régimen de temporalidad lo real debe inscribirse bajo los términos de la producción e intercambio de manufacturas, deseos y emociones, que sigan el ritmo de la extracción y circulación desenfrenada.

Hoy el individuo se presenta, es presentado como un caso de negocios. Negocio es, etimológicamente, *neg-otium*, negación del ocio. No hay tiempo para otra cosa más que para los imperativos del mercado, el cual rige aquí

6 Marx, en *El Capital.*, Cap.VII presenta el caso de Mary Ann Walkley quien, en 1863, murió por exceso de trabajo. Era parte de una disciplina externa sobre el trabajo y el/la trabajadora. Hoy, en Japón, llaman “*Karoshi*” a la muerte por exceso de trabajo, al cual habría optado el individuo. Hay allí un cambio clave que expresa el neoliberalismo: “nadie” obligó a esos muertos a trabajar hasta morir, habrían sido sus propios imperativos de rendimiento.

7 Cf. Skinner, Quentin (2007). *Lenguaje, política e historia*. Universidad Nacional de Quilmes, Buenos Aires.

8 Dice Rosa que la aceleración es “...el incremento en cantidad por unidad de tiempo”, que en capitalismo de nuestro tiempo supone la expansión incesante de crecimiento, innovación y aumento de producción, consumo, opciones y conexiones para reproducirse a sí mismo cultural y estructuralmente para mantener el status quo formativo. Y esto, modifica también la manera en que los seres humanos “...están colocados en el mundo”. Rosa, H., 2019: Pp. 16-17.

la identidad misma de lo humano. El tiempo que le debemos a la lógica neoliberal debe salir de algún lado. Es un dios caprichoso y vengativo: no admite resistencia. La economía libidinal, es decir el deseo, debe permanecer siempre en el mismo ámbito: la producción y el consumo. Que es monetario pero, aquí una de sus claves, no es sólo monetario. Y es una de sus rarezas, y fortalezas. Lo nuevo, lo “neo” del liberalismo, es precisamente este trabajo en la ontología del ser: ser en el mundo, es ser productivo como una empresa, privada, y de capital. Se trata de consumir todo otro tiempo, para que nada pueda ser desplazado a otros ámbitos que no sean los de la producción en términos de eficiencia y eficacia. Es una información, una inteligencia circulante en nuestra cotidianidad que in-forma sobre la necesidad de la producción del ser productivo. Es la regulación directa e indirecta sobre la soberanía del sujeto.

Uno de los efectos necesarios de esta lógica en torno a la primacía de lo indiviso (el individuo), y su choque con lo real, es el cercamiento de su psiquis. ¿Qué significa? El convencimiento de la primacía del yo, y la introducción de los imperativos de culpa y deuda⁹ como motores libidinales, choca contra las posibilidades concretas de su satisfacción en una realidad que se cifra más en las ventajas competitivas y comparativas históricas, antes que en las fantasías austríacas de la competencia perfecta. ¿Cuáles son esas “ventajas”? Las del género y la identidad sexual, las del color de la piel, las de la riqueza. Es la historia de occidente.

El neoliberalismo introduce, no obstante, una variación extraordinaria para hacer retroceder aquello que potencialmente le dispute su realidad y, sobre todo, para hacer de los oprimidos por esos privilegios los defensores de los mismos. Como se evidencia en un análisis empírico-crítico de los resultados de las políticas neoliberales¹⁰, la satisfacción masiva del deseo de consumo y de productividad es una imposibilidad. La violencia extractiva es la norma del capitalismo, pero el humano no puede vivir bajo ese principio de realidad consciente de la insatisfacción, y saberse una batería móvil. Para invertir¹¹ esa realidad con otra percepción, el neoliberalismo introduce el

9 Tempranamente, Walter benjamin veía cómo el capitalismo asume el lugar de religión secular de nuestro tiempo. Benjamin, Walter. “Capitalismo como religión”.

10 Cf. Piketty, Thomas. Una breve historia de la igualdad.

11 Utilizo específicamente el término “invertir”, en tanto refiere a aquello que confiere a una situación o sujeto de un valor ético, vinculado a una concepción de dignidad y/o valía significativa para el deseo humano. En el caso del neoliberalismo, se trata de darle un valor de épica

deseo de servidumbre en la constitución misma del individuo, pero bajo el supuesto de que es una relación libre. Si tener un amo, una ley, es lo propio de la construcción del humano, como pensaron Freud y Lacán, la cuestión, entonces, es: ¿cuál es el amo en una lógica que pareciera no tenerlo, que está en todos lados y en ninguno? El amo, enseña el neoliberalismo, es uno mismo. Al sujeto se le traslada la obligación de ser su propio jefe, censor, y orientador de su economía libidinal. Los desvíos los corrige la normatividad, en la cual el derecho positivo y el Estado tienen un papel fundamental.

Claro que, como decía Lacán, siempre hay un sujeto de saber, que no es un sujeto, sino un lugar. Es de ese lugar de donde el sujeto se informa respecto a sí mismo. ¿Dónde está el lugar del saber para el individuo en el neoliberalismo? En el mercado. Si somos un caso de negocio, si nuestras vidas son de oferta y demanda, ¿dónde habrá de estar el lugar del saber si no es en el terreno en que se desenvuelve esa existencia?

En función de lo anterior, podemos advertir cómo el neoliberalismo principia un orden ontológico de lo real, del cual deduce sus consecuencias. De allí su simplicidad y simplificación de lo complejo del acontecer de la historia y sus violencias. Instituye una estructura objetiva con una legalidad inmanente, en la cual el individuo podría desarrollar su libertad. Estoy hablando de una fuerza que corroe la multiplicidad de lo real como si fuese un ente voraz, un depredador insaciable que canibaliza lo que entiende como cuerpo extraño, que cierra el orden de la existencia a sus variables, y que despoja de valores humanos que hayan vinculado la temporalidad individual con la de un otro bajo un régimen de obligación común.

En el imperio de su lógica, no puede sorprender por ejemplo que se avance contra derechos que instituyen una diferenciación positiva de sujetos en función de cuidado ante asimetrías de origen o históricas, como los derechos de género, raciales, de discapacidades, de identidades sexuales disidentes, etcétera. Tampoco que se supriman total o parcialmente derechos al desarrollo humano o de derechos humanos que supongan transferencias de recursos (monetarios o libidinales) del Estado hacia la equiparación o atenuación de la condición de posibilidad/imposibilidad. También el avance

heroica al individuo que enfrenta bajo sus capacidades el mercado de la vida. Del John Galt de Ayn Rand al concepto de resiliencia, todos los enfoques de optimización vinculan lo real a la moral individual.

sobre la juridicidad de los derechos de tercera o cuarta generación¹², referidos al ambiente natural y al artificial de las tecnologías y el ciberespacio, respectivamente, son parte de una intervención que el neoliberalismo considera básica, en tanto pretende eliminar toda interferencia y coerción a la libertad del individuo para decidir.

En todos los casos, el axioma de la estructura objetiva se podría enunciar del siguiente modo: deben generarse las condiciones para que el individuo decida en absoluta libertad de condicionantes externos e internos sobre su voluntad. Formulado de este modo, tiene una estructura semejante al imperativo categórico kantiano, con la inmensa salvedad de que Kant no ignoraba la dependencia del arbitrio de otros, lo que no tenía resolución definitiva, sino crítica. El axioma ignora la tensión instituyente de la subjetividad entre las necesidades, los deseos, y las dependencias estructurales de tales en la constitución de lo real. Lo ignora, pero sólo en el sentido de no admitir su condicionante. La verdad es que es con lo que antagoniza. Y el derecho positivo tiene, en relación al axioma neoliberal, una función mucho más relevante que la que Kant le asignaba a este en la separación derecho de moral, es decir, una función meramente coactiva. Para el neoliberalismo, el derecho positivo informa al sujeto la racionalidad que debe subjetivar.

3. Juricidad neoliberal

El concepto de juridicidad refiere a aquél ámbito de objetos que deben su existencia y acontecer a prácticas de institución de lo jurídico. Lo jurídico es aquello que dice el derecho, por tanto traza un orden. En su etimología occidental, sabemos que *ius* tiene una herencia atada a la evocación y pronunciamiento sobre el orden de regiones de lo real y, fundamentalmente, de los sujetos que actúan en ese¹³. Decir el derecho, evocarlo, supone siempre una apelación a autoridad (fundada en el criterio que sea) y una imposición de poder sobre el ser y el deber ser, materia que no deja de estar en disputa.

En el orden occidental-moderno de lo político, es decir, del poder, el decir del derecho quedó vinculado y restringido a la estatalidad y la tripartición

12 Al respecto, se puede consultar el sitio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o el artículo de Bustamante Donas, Javier, "Hacia la cuarta generación de Derechos Humanos: repensando la condición humana en la sociedad tecnológica"; disponible en dicho sitio: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r22470.pdf>

13 Al respecto, Laurent de Sutter (2020).

del gobierno (Ejecutivo, Legislativo, Judicial). Podríamos identificar, por tanto, los lugares dónde se dice el derecho en el ámbito del Estado moderno: leyes, decretos, constituciones, tratados internacionales, fallos judiciales, vetos, protocolos. El asunto es que estos ámbitos no son el lugar del saber jurídico que mencionaba más arriba. Es decir, hemos visto que el saber no es un sujeto, sino un lugar que informa a lo real cómo orientar su devenir.

El lugar del discurso que informa el derecho en el neoliberalismo es el mercado capitalista, antes que lo humano. Lo cual tiene consecuencias obvias respecto al devenir de la juridicidad. Vuelto a decir, en el neoliberalismo el mercado no se reduce a su faz monetaria, sino que se trata de una racionalidad que postula sustituir todas las demás en el sujeto y, por tanto, en el individuo y sus decisiones. Entre ellas las decisiones dinerarias, claro, pero de ninguna forma debe ser reducido a este criterio. Lo real se informa sobre el orden normativo conforme a los criterios de mercantilización, por lo cual no es raro que tenga su correlato en el derecho positivo. Ese correlato no es lineal ni absoluto, sino una lucha muy concreta entre lógicas y ética respecto al poder, lo humano, los valores y qué responder, en definitiva, a la pregunta: ¿cómo estamos juntos?

La juridicidad neoliberal es, entonces, toda producción normativa que, desde los ámbitos del derecho positivo, refleje los imperativos de la hegemonía de la situación de mercado como estructura objetiva de lo real. Estar juntos es estar bajo un régimen de derecho privado y de competencia. Es clave este punto, ya que la lectura de lo real bajo la hipótesis de que subyace un fondo absolutamente objetivo, indica a los sujetos que lo verdadero existe y que sólo hay que develar sus leyes para actuar en conformidad o, descubiertas ya, mantener su observancia¹⁴. Se trataría de un nuevo ropaje de los viejos idealismos y empirismos a los que ya Kant se enfrentó.

Es bajo este mantra de estar reflejando una estructura de verdad objetiva que la sugestión neoliberal afecta la totalidad de la normatividad de la vida,

14 Es interesante advertir que dicha estructura objetiva es, para los neoliberales, existente allende lo humano, lo biológico o el medio natural. Ludwig von Mises, uno de los referentes teóricos neoliberales, sostenía que: “Se parte siempre de un error grave, pero muy extendido: el de que la naturaleza concedió a cada uno ciertos derechos inalienables, por el solo hecho de haber nacido”; en Von Mises, L. *La mentalidad anticapitalista*, p. 78. Unión Editorial. Disponible en <https://jeffersonamericas.org/wp-content/uploads/2020/07/La-mentalidad-anticapitalista.pdf> Lo que quiero señalar es que, para el neoliberalismo, el mercado se constituiría en estructura objetiva por fuerza de su propia evidencia como tal, *causa sui*. Muy a su pesar, no deja de ser un planteo que hace agua en sus criterios de fundamentación últimos, hasta convertirse en una fe, una creencia, demasiado humana.

incluida, por supuesto, la del derecho positivo. Con ello, esta juricidad dispone premios y castigos al sujeto neoliberal, organiza la represión a la ética y a sujetos que la desafíen, reordena lo real para maximizar su usufructo como empresa de capital, desmonta toda arquitectura jurídica de bienestar y de derechos humanos.

La juricidad neoliberal ignora los efectos de lo actuado al desresponsabilizar al Estado del abandono de los DESC y los DDHH, para lo cual es fundamental ese trabajo ecosistémico. Como veremos en Argentina, el DNU 70/23, por ejemplo, otorga poderes extraordinarios al Poder Ejecutivo en ámbitos ni necesarios ni urgentes, arrogándose competencias legislativas y discrecionales que no se condicen con la separación de poderes ni el republicanismo. No obstante, a las presentaciones de inconstitucionalidad que se hicieron les siguió su rechazo por parte del Poder Judicial por no demostrar el “perjuicio concreto”¹⁵.

Es particularmente interesante la argumentación en torno al “perjuicio concreto”, que no podrían demostrar quienes se ven agraviados por la juricidad neoliberal. El poder judicial, el poder judicial del ecosistema neoliberal, tiene la función de fallar conforme a la racionalidad de mercado. Es decir, debe, por un lado, habilitar con sus fallos el accionar de la racionalidad al no dar lugar a reclamos en sentido contrario y allanar la ejecución (represiva, opresiva) de lo dispuesto vía Ejecutiva del Estado o de la gobernanza global neoliberal (FMI, BM, CIADI, por ejemplo). Vale aclarar que el neoliberalismo puede no controlar el ejecutivo ni el legislativo del Estado, pero el poder judicial es particularmente puesto como su *pettit object a*, el objeto del deseo.

Por otro lado, decíamos, el poder judicial promueve una agenda política autónoma al intervenir en los criterios jurisprudenciales con la racionalidad del mercado¹⁶. Producir doctrina neoliberal supone seguir el principio de justicia que subyace a tal lógica. En palabras de Walter Lippman, uno de sus grandes referencias teóricas,

15 <http://www.saij.gob.ar/juzgado-contencioso-administrativo-federal-feria-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-asociacion-civil-observatorio-derecho-ciudad-otros-en-dnu-70-23-amparo-ley-16986-fa24100013-2024-01-23/123456789-310-0014-2ots-eupmocsollaf>

16 En los EEUU esto ha sido estudiado por, entre otras, Wendy Brown en su libro *El pueblo sin atributos. La secreta revolución del neoliberalismo*. No es difícil trazar paralelismos en Latinoamérica con fallos o políticas ejecutivas similares a lo fallado por los jueces de la Suprema Corte de los EEUU. Al respecto, he sugerido paralelismos en el citado artículo “Imágenes abisales del derecho latinoamericano”.

(...) la competencia perfecta entre hombres provistos de oportunidades absolutamente iguales, de una previsión infalible, completamente adaptables, y que no tienen ningún prejuicio respecto de lo que desean hacer y del lugar en el que desean vivir, produciría la justicia perfecta¹⁷

En el ámbito de la doctrina, esta sugerencia de Lippman se traduce en la hipótesis de que el individuo es, y debe ser, el sujeto neoliberal, en tanto la realidad ya es esa estructura objetiva. Todo otro añadido o experiencia es un desvío forzado por una moral común que, al valorar por el individuo, induce su conducta y decide por este. En función de esto es que la juridicidad neoliberal en general, y el poder judicial muy en particular, debe abrir paso a la circulación de información, bajo el supuesto de que toda intervención que no sea la del mercado es un atenuante a la libertad. Ante la hipótesis de la absoluta indeterminación del individuo para decidir respecto a sus activos y pasivos, opacado por la ética social en el Estado o de cualquier otra ideología que no sea la suya, se debe avanzar en la quita de los “frenos” de una ética de valores en torno a los DESC y los derechos humanos.

4. El ecosistema canibal de la ley Bases

A pesar de los esfuerzos y logros de imponer la realidad como un hecho simple y lineal, ni bien tomamos distancia crítica (pero cercanía analítica) a cualquiera de las manifestaciones de lo real, se nos revela la complejidad inherente -constitutiva y sostén- de lo que acontece. La realidad es compleja no por difícil, sino porque para darse existencia necesita de la participación dinámica de múltiples elementos funcionando en sincronía y diacronía, intercambiando información. Sea un organismo vivo o una ley, en cualquiera de los casos su existencia depende de algo más que su pura individualidad: necesita un ecosistema.

Siguiendo las teorías de Frijof Capra y Pier Luigi Luisi (2019), entiendo que aquello que es efecto de la vida y su organización, debe ser inscripto como parte de un sistema de vida, un ecosistema¹⁸. Se incluye aquí el significado, propio de la actividad humana. Las leyes (en su sentido jurídico-legal) son parte de este arreglo de sentidos y disposiciones que en cierto tiempo se

17 Lippman, Walter, op cit, en Stiegler, Barbara (2023).

18 Capra, F. y Luisi, P. (2019).

enuncian con el objeto de coordinar flujos de información en un sistema que, a fin de cuentas, se sustenta en vida. Una ley que, por ejemplo, penaliza el robo de propiedad ajena, envía una información al resto del sistema. Claro que no obra de modo lineal sino que, en términos de complejidad, interactúa con la historia de la cultura y los procesos de asignación de sentido y significado al sujeto y al objeto del derecho, y sus correlatos punitivos. De cualquier otro modo sería muy difícil de explicar que, aunque las leyes prohíban por igual a pobres y ricos dormir debajo de los puentes, sólo los pobres violan ese mandato, como ironizaba Anatole France.

Las leyes que el ser humano escribe respecto al sistema del orden social son, siempre, una existencia compleja, lo que no significa que no sean pensadas con lógicas de simplificación y criterios de alienación de todo el resto del ecosistema humano¹⁹. Una ley inconexa a un sistema mayor es un “cuerpo extraño”, en términos de la racionalidad del derecho positivo que suele no admitir la contradicción entre una ley menor a una mayor. Instituir una modificación en un ecosistema jurídico supondría modificar los procesos, la forma, la materia y el significado de aquello que afecte. La capacidad de influir en nodos²⁰ mayores o menores a su institución, es proporcional a la capacidad de provocar la alteración de los flujos de información anteriores, introducir nuevos elementos, o extinguir los que emergen innecesarios.

El neoliberalismo genera, al interior de los ecosistemas que lo preceden, lógicas caníbales. ¿Puede hablarse de un ecosistema caníbal? ¿No sería contradictorio un sistema que se devora a sí mismo? No según Nancy Fraser (2023), quien ha propuesto el concepto de capitalismo caníbal para hacer referencia, justamente, al proceso por el cual el orden del capital consume la totalidad de los elementos a su alcance para autosustentarse: “al igual que el uróboro que come su propia cola, la sociedad capitalista ineludiblemente devora su propia sustancia. Verdadero dínamo de la autodesestabilización, precipita crisis periódicamente mientras por rutina socava las bases de nuestra existencia”²¹. Claro que la sustentabilidad, en un sistema de tales

19 De hecho, como sostienen Capra y Mattei (2015), este ha sido el decurso de la racionalidad occidental que emerge como cosmovisión triunfante en la modernidad, desplazando visiones holísticas que vinculan la existencia a variables no sólo de cuantificación, apropiación y extracción. Cf. Capra, F, Mattei, U (2015), *The ecology of law. Toward a legal system in tune with nature and community*. Beret-Koehler Publishers INC, Oakland.

20 La idea de nodo, como punto de intersección y conexión con distintos elementos, es utilizada en el sentido de los sistemas dinámicos complejos. Cf. Capra y Luisi (2019), Cap. 16.

21 Fraser, Nancy (2023), p. 19.

características, tiene límites. Cuánto tiempo tarda el uróboro en devorarse a sí mismo es una cuenta que nos excede, y no es la pregunta correcta.

La canibalización del ecosistema neoliberal puede explicarse en el ámbito jurídico con la llamada “Ley Bases”. Para ser precisos, se trata de la Ley 27.742, o Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos, según la denominación con la que fue presentada por el Poder Ejecutivo argentino al Congreso de la Nación. Se trata de una ley con formato “ómnibus”, es decir, que integra una variedad de materias para la regulación y legislación que, idealmente, supondría varias leyes en paralelo. Su alcance hacia el conjunto de la estructura normativa del sistema legal argentino es, aún, indeterminado, ya que es -como se argumenta aquí- un organismo “vivo” que canibaliza otras regiones específicas del derecho argentino en pos de la vitalidad del ecosistema del mercado capitalista.

La Ley Bases, como otras leyes, desenvuelve circuitos de intercambio internos y externos. De su lectura se revelan las continuidades obvias con el neoliberalismo clásico: retirada del Estado de toda intervención fundada en valores no mercantilizados, refuerzo de la función represiva del Estado para garantizar la circulación de mercancías y la protección a la empresa, hace de la empresa el objeto del derecho, endurece la punición al desacato al orden económico, hace más laxa la tributación a la empresa de gran capital, promueve la inserción en circuitos más amplios de intercambio por sobre los locales, infracriminaliza los recursos financieros utilizados por la empresa de capital al tiempo que sobrecriminaliza la eventual oposición del ámbito del trabajo o de afectados directa o indirectamente²².

La lógica del articulado normativo de la ley Bases establece, según se sugiere, una reorientación del ecosistema jurídico argentino que, junto con el anterior DNU 70/23, representan el núcleo de la cuarta experiencia neoliberal de este país. Dicho por sus propios ejecutores²³. En la ley Bases, el

22 Respecto a los conceptos de infracriminalización y sobrecriminalización en el capitalismo (desde la acumulación originaria hasta nuestros días), sugiero el excelente trabajo de Vegh Weis, Valeria (2024) Todo preso es político: una historia sobre la injusticia penal <https://biblioteca-repositorio.clacso.edu.ar/bitstream/CLACSO/250487/1/Todo-presoes-politico.pdf>.

23 El Presidente argentino, Javier Milei, se jactó de haber introducido, con estos dos recursos jurídicos, una reforma neoliberal: “Además, se hicieron un conjunto de reformas estructurales y entre el DNU y la Ley Bases se hizo una reforma ocho veces más grande que la que hizo Menem”. (<https://www.argentina.gob.ar/noticias/javier-milei-los-empresarios-ustedes-tienen-la-llave-para-hacer-argentina-grande-nuevamente>). “Ocho veces más grande que la de Menem”, haciendo referencia al segundo período abiertamente neoliberal de la Argentina, El primero fue la introducción violenta, a sangre y fuego, impulsada por la dictadura empresario-militar

desarrollo ecosistémico anterior va organizando la emergencia de su nodo fundamental para el capitalismo extractivista, el llamado RIGI (régimen de incentivos a grandes inversiones). En el DNU 70/23 ya se habían establecido las capacidades de intervención del Ejecutivo en la normativa jurídica que considerara necesario crear, revisar o remover según la lógica de mercado.

El DNU 70/23 legitima la desregulación de áreas claves en las que el Estado intervenía para suplir déficits o violencias del mercado. Por ejemplo, el mencionado DNU deroga a Ley N° 20.680 “Ley de Abastecimiento”, que establecía que los sectores agroexportadores debían cubrir, antes de poder exportar producción, la demanda del mercado interno. Productos claves para la alimentación, como harinas, aceites y carnes, debían satisfacer la demanda interna, de modo de poder regular el precio interno y la expectativa de consumo. Es derogada también la Ley N° 19.227 de “Mercados de Interés Nacional”, en la cual se promovía la regulación de precios a nivel estatal de producciones fundamentales para la nación, como la yerba mate. También se deroga la Ley de Tierras N° 26.737. En el Artículo 154 del DNU se justifica la decisión diciendo que “...limita el derecho de propiedad sobre la tierra rural y las inversiones en el sector”, habilitando -por tanto- la liberación de los procesos de concentración de la tierra y de extranjerización de la misma. Y esto son sólo algunos ejemplos.

Interesa destacar particularmente que, en mi hipótesis, el verdadero objeto de la Ley Bases y del DNU 70/23 es llevar a cabo un trabajo de destitución normativa. Destitución que la ley y el DNU habilitan hacia otras regiones del derecho nacional, hacia aquellos elementos que el neoliberalismo considera “cuerpos extraños” a su buen vivir. Es decir que el DNU 70/23 y la ley Bases funcionan como “leading case”, casos testigo, desde los cuales se avanza hacia la destitución de las barreras que el Estado ético logró imponer como contención a la barbarie del capitalismo sin reservas²⁴. Como el capital no

(1976-1983), que sentó las bases jurídicas del despojo de la juricidad de bienestar y la soberanía nacional. El segundo interregno, frente a la débil oposición que hizo el gobierno post-dictatorial, fueron los gobiernos de Carlos Menem (1989-1999) y el gobierno de Fernando de la Rúa (1999-2001). El tercer avance de esta lógica desde el Estado, fue el gobierno de Mauricio Macri (2015-2019). Nos encontramos, ahora, en su cuarto período en la conducción del Estado. Es decir, de los últimos casi 50 años, más de la mitad ha sido bajo el acompañamiento explícito del Poder Ejecutivo a la lógica neoliberal. No deja de ser reveladora la lactancia en el aceleracionismo neoliberal, cuyos efectos y reacciones es esperable que sean simétricos a su violencia.

24 Leading case, caso testigo, en tanto por lo que ampara en sí mismo como por la adecuación jurídica que comanda y que, por tanto, exige al poder judicial a pronunciarse. Ya pueden advertirse los efectos en provincias argentinas vinculadas al extractivismo minero: <https://www.tiempoar.com.ar/economia/contaminacion-saqueo-destruccion-san-juan-35-mineria/> Consultado por última vez el 25/11/24

puede dejar de ser “más capital”, valoraciones de lo humano bajo lógicas no mercantiles le franquean históricamente el paso con una juridicidad accesoria o en oposición, por ejemplo al no mercantilizar el agua, el aire, o al establecer la obligación del Estado para la exigibilidad de los DESC (derechos económicos, sociales y culturales). El objetivo de la juridicidad neoliberal es, precisamente, la destitución normativa de estas reservas. Es, el jurídico, uno de los nodos clave de su ecosistema.

Mientras el DNU 70/23 tiene una lógica de empoderamiento a priori limitado en el tiempo y a discrecionalidad del Poder Ejecutivo²⁵, la Ley Bases se ocupa de dar las herramientas para que el avance en el trabajo de destitución normativa sea de mayor profundidad. Genera los mecanismos para avanzar en las privatizaciones de empresas públicas (Título I, capítulo II); para intervenir toda normativa que genere distorsiones en los precios de mercado, sobrecostos en lo regulado, o escasez de bienes y servicios (Título III). La Ley es un ejercicio extraordinario de un ecosistémico business-friendly para crear un armazón jurídico que protege, fomenta y fija criterios de conveniencia para el negocio de la empresa de capital. El negocio (neg-otium), no obstante, se vuelve problemático cuando su ocurrencia está atada a la pérdida de soberanía nacional y de derechos humanos, ya que lo que se destaca (art. 193) es “la imposibilidad de intervenir, alterar o poner prioridad en el abastecimiento aún cuando estén previstas en la legislación vigente a la fecha”. Es decir, que complique el plan de negocios.

Entonces, para el ecosistema neoliberal del DNU 70/23 y la ley Bases, el elemento Estado debe funcionar como garante absoluto de las corporaciones de capital. El Estado se obliga a sí mismo a procurar todos los “remedios legales” (art. 200) que hagan falta para defender y proteger los derechos absolutos del capital. El Estado renuncia a averiguar la procedencia de los fondos (art. 199), a la posibilidad de demandar penalmente a las empresas que ingresan al RIGI (art. 215), y hasta renuncia a elegir el tribunal para resolver un eventual conflicto entre las partes (art. 221).

Nada de lo anterior es posible de efectuar en el ámbito de la juridicidad de Argentina sin el trabajo de destitución normativa de aquellos ecosistemas normativos que conforman los derechos humanos, laborales, ambientales, sociales, tributarios y penales, sean a nivel constitucional o de sus respectivos códigos de procedimiento. El ecosistema neoliberal, por oposición a

25 No obstante, debe ser recordado que las leyes derogadas así quedan hasta tanto se sancione una igual a la derogada para que cobre vigencia nuevamente el contenido.

los anteriores, privilegia ciclos cortos (financieros, laborales, electorales), desestima de sus cálculos efectos a corto plazo en sentidos no mercantilizables (violaciones a los derechos humanos, satisfacción de los DESC) y de largo plazo (contaminación y deterioro ambiental, pauperización poblacional, incremento de las desigualdades).

La vitalidad de su ecosistema requiere de la vitalidad de sus componentes claves y, por lógica, su expansión: las corporaciones empresarias y la circulación sin interferencias de sus necesidades, así como la introducción del espíritu de mercado en el sujeto. Ralentizar ese flujo por eventuales violaciones a los derechos humanos no está en el cálculo de su sobrevivencia. Al contrario, diríamos, su crecimiento requiere eliminar aquello que limita su expansión que, aquí, identificamos ese límite en la arquitectura ética ínsita en el derecho positivo argentino, vía la Constitución Nacional, los tratados internacionales con jerarquía constitucional, los códigos civil, penal, tributario, laboral, y la jurisprudencia de fallos de las distintas instancias. La expansión del ecosistema de la juricidad neoliberal, por tanto, requiere de la creación de nuevos nodos o la reconfiguración de los existentes.

El trabajo de destitución normativa neoliberal es, al mismo tiempo, extractivo y creativo. Extractivo de los mencionados “cuerpos extraños” a su racionalidad, que se encuentran en la juricidad de bienestar del derecho nacional y los tratados internacionales con jerarquía constitucional. Como el neoliberalismo de esta etapa no es (aún) tan torpe para violar explícitamente los derechos mencionados, lo que propone es no hacerse cargo de los efectos de sus postulados o crear situaciones de redistribución conceptual de la carga de la prueba: no solamente es el sujeto afectado el que debe probar que le falta un derecho, sino que además debe asegurar que no se trate de una situación de mercado en la cual ha gestionado mal sus activos individuales. Así, la falta de acceso a la vivienda o a la educación se vuelve, o un problema de déficit en la gestión individual de los recursos para asegurarse el intercambio con ese bien de mercado, o un problema debido a un factor extraño que desvirtúa la situación de competencia (por ejemplo, un sindicato, una política pública, un derecho humano).

De allí que la faz creativa de la juricidad neoliberal se vincule al reordenamiento de los criterios de participación y circulación de los sujetos del derecho, siempre en función de la situación de mercado y la competencia. La creatividad está en la aparición forzada de lo que sería la estructura objetiva de lo real en el neoliberalismo, el mercado en su lógica capitalista,

en cualquier acto humano, real o ideal. Así, en donde no había más que cuidado de la vida frente a la violencia histórica (por ejemplo, una ley de reparación histórica a la violencia de género o racial), el neoliberalismo va a crear una situación de injusticia en relación a la estructura objetiva del mercado, en tanto aquella valoración ético-histórica se vincula a una perversión ideológica, extraña a la lógica que postula.

En el derecho argentino, el DNU 70/23 y la ley Bases, avanzan en el proceso extractivo de la juridicidad de bienestar y de derechos humanos, al tiempo que crean situaciones de mercado en donde primaban valoraciones éticas sobre lo real y su orden. La reconfiguración de la legislación para que sea responsiva a la estructura objetiva del mercado neoliberal, necesariamente altera los ecosistemas anteriores, en tanto específicamente los canibaliza. El modo de la canibalización vía juridicidad supone obrar siempre “bajo derecho” que, en este caso, son estos dos recursos expuestos aunque, por supuesto, van generando nuevos elementos deducibles para su funcionalidad como ecosistema caníbal.

En un breve repaso de herramientas de esta juridicidad caníbal puede contarse, en la familia del ecosistema de la ley bases y del DNU 70/23, el veto presidencial a las leyes de jubilación (ley 27.756) y la ley de financiamiento a las universidades nacionales (ley N° 24.156); el protocolo de criminalización de la protesta social bajo la Resolución 943/23; el Decreto 846/24 que autoriza al Ejecutivo a tomar deuda sin cumplir la normativa vigente ni pasar por la aprobación del Congreso de la Nación; el Decreto 780/24, que regula el acceso a la información según aquello que el gobierno considere necesario; el Decreto 727/2024, que desmantela la CONADI²⁶; el Decreto 888/24 por el cual se elimina el Fondo Fiduciario para la Protección Ambiental de los Bosques Nativos (establecido por la Ley 27.431); el fallo de la Corte en la causa Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios”, por la que “libera” al Estado del cuidado de una cuenca y a las empresas contaminantes de resarcir a la comunidad afectada²⁷; la decisión del Ejecutivo de no acompañar las agendas ambientales ni las de rechazo a toda violencia contra la mujer en organismos políticos

26 Comisión Nacional por el Derecho a la Identidad (CONADI). Un organismo del Estado que trabajaba con organismos de DDHH en la búsqueda de identidades apropiadas durante la dictadura empresario-militar de 1976-1983.

27 <https://farn.org.ar/la-corte-tira-la-causa-mendoza-al-riachuelo-un-golpe-a-los-avances-logrados-en-el-saneamiento-de-la-cuenca/>

internacionales (ONU), bajo el precepto de no dejarse llevar por agendas que supongan indicar agencias morales o sociales que dificulten la “libre” decisión del país sobre sus actos soberanos; el Decreto 1048/24 que disuelve el llamado Fondo de Asistencia Directa a Víctimas de Trata; etcétera.

Lo que pretendo dejar expuesto es que el ecosistema jurídico iniciado por esta experiencia neoliberal en Argentina, a partir del DNU 70/23 y la Ley Bases, se expande (y lo seguirá haciendo) a todos los espacios, hechos y sujetos regulados bajo imperativos no mercantiles y/o que tengan alguna incidencia en la historicidad de los acontecimientos que la norma decide. Por ejemplo, el agravamiento de una pena por considerarse “femicidio”, o las leyes que establecen cupos de género u otros, serán objeto de inquina por el ecosistema neoliberal explicitado. Todo lo cual, por supuesto, permite encubrir, bajo el pretexto de la liberación de la individuación de la decisión en una situación de mercado y en una hipotética sociedad de derecho privado, prejuicios ordenadores de género, sexualidad y clase económica, que subyacen a las políticas conservadoras. El ecosistema neoliberal, no hay que confundirse, no instituye una realidad nueva, sino que continúa viejos privilegios, bajo nuevos presupuestos y organización.

5. Tiempos Canibales

El ecosistema de la juridicidad neoliberal funciona bajo el imperativo de la canibalización de la ética humanista y cualquier desarrollo de ésta en el ethos de nuestro tiempo. Sea en la normatividad, en su forma general, o en la normatividad del derecho positivo, en particular, su objetivo es la institución de su temporalidad (por tanto su ontología) y la destitución de toda otra. No hay alternativa, ya lo dijo Margaret Thatcher.

En términos generales, lo que podemos advertir como temporalidades instituidas son, concretamente, las clásicas del mercado capitalista, productivo y financiero, pero no sólo éste. El neoliberalismo conlleva un régimen de acumulación que, en la actualidad sigue la lógica de los nuevos cercamientos²⁸ vía privatización del espacio público y el avance de la individuación de los intercambios, sean transacciones comerciales, una negociación salarial, o un reclamo que ya no contempla las acciones colectivas.

28 Al respecto, se sugiere la lectura de David Harvey (2005) “El “nuevo” imperialismo: acumulación por desposesión”, disponible en “<http://biblioteca.clacso.org.ar/clacso/se/20130702120830/harvey.pdf>”; y Brett Christophers (2018), *The new enclosure. The Appropriation of Public Land in Neoliberal Britain*. Ed. verso, London.

Además, la temporalidad de la econometría productivista de la vida y de las otras vidas a través de los imperativos de competición, culpa y deuda, somete al sujeto a la apropiación de aquella lógica empresarial en la constitución de sí. Lo cual, necesariamente, provoca una mudanza epistémica, un paralaje, que proyecta toda otra aproximación a la relación sujeto-objeto y sus deducciones subjetivas. Es decir, la visión del sujeto desde la lógica de mercado en tanto estructura objetiva de lo real, reordena la interpretación subjetiva del individuo sobre el acontecer de sí y del mundo bajo tales parámetros.

Y como la historicidad no deja de estar operando, las temporalidades del machismo, la misoginia, el racismo y la diferencia de clase, coexisten y orientan las agencias del neoliberalismo. La negación de cualquiera de estas experiencias históricas y sus (pocas) reparaciones en el derecho, son tratadas como residuos ideológicos que deben ser suprimidos. Así, bajo la hipótesis del axioma neoliberal, se procesan revanchas conservadoras de los grupos y sectores que acumularon privilegios normativos, juridizados ya en el período liberal.

Lo anterior nos revela, según se advierte, que el Estado tiene una función indelegable en el neoliberalismo, incluso en el caso argentino bajo el gobierno de Javier Milei, que postula un capitalismo anarco-libertario como lógica de gobierno, en donde el Estado habría de desaparecer. En realidad, se advierte, el Estado es -apenas- reconvertido a su función gendarme y jurídica. Para cumplir este imperativo, el ecosistema caníbal del neoliberalismo debe destituir temporalidades, en particular las de la democratización del axioma de universalización de la igualdad²⁹. Este es el que -a la inversa del que hemos mencionado hasta aquí- destituye los regímenes de privilegio e instituye cuidados ante sus violencias. Es decir, el que promueve la justicia social, regímenes de producción alternativos (no extractivistas, ni mecanicistas, ni meramente cuantificativos), que desarrolla políticas de protección ante la violencia de género, de solidaridades y cuidado de tiempos no productivos, del medio ambiente y la visión holística del ser humano y el planeta.

La violencia del ecosistema neoliberal ante el Estado de bienestar, a pesar de que nunca supuso una ruptura con el capitalismo sino, apenas, barreras de valores éticos humanistas para la distribución un poco más equitativa de la riqueza, el cuidado y el descanso, marca su vocación de totalizar bajo

29 Alain Badiou (2007) sostiene que justicia es la declaración del principio de igualdad de los seres humanos y, desde allí, sacar las consecuencias respecto a lo real. Es decir un principio que es fin pero, antes, medio para descomponer críticamente lo que lo dificulta.

su imperio el orden de lo real. A una hipótesis de un Estado ético le opone un Estado gendarme del mercado; a la experiencia de que la vinculación en y por fuera del mercado capitalista genera políticas de cuidado ante sus déficits y excesos, le opone la inversión de la prueba: sería la intervención la que genera la inequidad para el individuo, por tanto debe suprimirse el hecho político que la instituyó.

En Argentina, la actual experiencia neoliberal a cargo del Ejecutivo del Estado, la cuarta en menos de medio siglo, revitalizó el ecosistema neoliberal (por otro lado, siempre subyacente) y facilitó la fagocitación de toda juridicidad de derechos humanos y de protección de los DESC a través del DNU 70/23 y la Ley Bases. La particularidad de esta nueva remake es la aceleración que promueve de los procesos de la temporalidad neoliberal, lo que supone la expansión intensificada de su ecosistema, cuestión que se desprende de los instrumentos jurídicos presentados. La aceleración de esta temporalidad es, necesariamente, la de los presupuestos históricos que sostienen al capitalismo, a saber, la violencia de apropiación y expropiación, la misoginia y el patriarcado, el neocolonialismo, y la explotación del tiempo humano y del medio natural. La canibalización neoliberal, en Argentina, ha tomado la vía de la institución y destitución de una juridicidad que instrumentaliza los sesgos y privilegios de género, clase y autoridad epistémica no fundamentada³⁰.

Los efectos de la juridicidad neoliberal, en tanto ecosistema caníbal, es expandir ese trabajo de institución de su temporalidad y la destitución de toda otra. Los efectos en el derecho positivo tienen por objetivo el reordenamiento de lo real, por tanto del sujeto y sus alienaciones. La expansión destructiva, necesaria a su lógica de canibalización, sólo puede generar un incremento de las desigualdades y las violencias ocurrentes en la vida individual y social, por lo que es esperable el incremento de la conflictividad y los mecanismos para su control y represión. Las derivas de esto, entiendo, apenas se empiezan a vislumbrar. Lo que sí es claro es que el desplazamiento del humano a sujeto y objeto del mercado, nunca es buena noticia para la democratización de lo real, pasada, presente y futura.

30 Son cotidianas las expresiones del actual gobierno argentino en contra de lo que categoriza despectivamente como “ideología de género”, “agenda ambiental de la izquierda”, “derechos colectivistas”, etcétera. Por oposición, instituye un discurso cuya autoridad es causa sui de su historicidad y validación, lo cual hace virtualmente imposible su discusión bajo el debido proceso científico.

Referências

- VEGH WEIS, Valeria. *Todo preso es político : una historia sobre la in-justicia penal*. Prólogo de Raúl Eugenio Zaffaroni. Roger Matthews. - 1a ed - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, 2024.
- FRASER, Nancy. *Capitalismo Canibal*. Buenos Aires: Siglo XXI editores, 2023.
- HARMUT, Rosa. *Resonancia: una sociología de la relación con el mundo*. Buenos Aires: Katz Editores, 2019.
- VON MISES, Ludwig. *La mentalidade anticapitalista*. Unión Editorial. Disponible en <https://jeffersonamericas.org/wp-content/uploads/2020/07/La-mentalidad-anticapitalista.pdf>.
- LAURENT DE SUTTER. *Despues de la ley*. Buenos Aires: La Cebra, 2020.
- BADIOU, Alain. *Justicia, filosofía y literatura*. Rosario: Homo Sapiens, 2007.
- PIKETTY, Thomas. *Una breve historia de la igualdad*. Buenos Aires: Paidós, 2022.
- SKINNER, Quentin. *Lenguaje, política e historia*. Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes, 2007.
- CAPRA, F.; MATTEI, U. *The ecology of law. Toward a legal system in tune with nature and community*. Oakland: Beret-Koehler Publishers INC, 2015.
- CAPRA, F.; LUISI, P. *The systems view of life. A unifying vision*. New York: Cambridge University Press, 2019.
- STIEGLER, Barbara. *Hay que adaptarse: tras un nuevo imperativo político*. Santiago de Chile: La cebra, 2023.
- POLOP, Santiago. *Imagens abissais do direito na América Latina*. *Revista de Direito da Universidade de Brasília*, [S. l.], v. 5, n. 3, p. 19–51, 2021. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/36122>. Acesso em: 30 nov. 2024.

Recebido em 09 de dezembro de 2024.

Aprovado em 10 de janeiro de 2025.

RESUMO: El presente trabajo se propone indagar en torno al ecosistema de la juridicidad neoliberal. Para ello, se presentan las características centrales de la temporalidad del neoliberalismo y sus efectos en la normatividad de lo real. Uno de esos efectos se traduce en el ámbito específico del derecho positivo, el cual debe ser reactivo aquello que le informa el criterio de racionalidad. Veremos cómo, en este punto, se desenvuelve una tensión irreconciliable con la juridicidad de bienestar y de los derechos humanos, en tanto la expansión del ecosistema neoliberal supone la canibalización de las anteriores. Como parte de un trabajo de formación de una imagen dialéctica al respecto, se estudia en detalle el caso de Argentina a partir de dos instrumentos jurídicos claves introducidos por el actual gobierno: el DNU 70/23 y la Ley Bases.

Palavras-chave: temporalidad, neoliberalismo, juridicidad, ecosistema.

ABSTRACT: This paper aims to investigate the ecosystem of neoliberal juridicity. To this end, it outlines the central characteristics of neoliberal temporality and its effects on the normativity of reality. One of these effects manifests in the specific realm of positive law, which must react to the criteria of rationality that inform it. We will observe how, at this point, an irreconcilable tension unfolds with the juridicity of welfare and human rights, as the expansion of the neoliberal ecosystem entails their cannibalization. As part of constructing a dialectical image of this phenomenon, the study delves into the case of Argentina, focusing on two key legal instruments introduced by the current government: Decree 70/23 and the Bases Law.

Key-Words: temporality, neoliberalism, juridicity, ecosystem.

SUGESTÃO DE CITAÇÃO: POLOP, Santiago. El ecosistema de la juridicidad neoliberal: variaciones del espejo argentino. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Edição 65, 2024. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.2117>.

Absenteeism in citizen participatory budgeting: challenges for local development management

Absenteísmo no orçamento participativo cidadão: desafios para a gestão do desenvolvimento local

Paulo Rossi Banda Sulca*

Universidad de César Vallejo - Perú

1. Introduction

The democratic transition in Peru in 2000 marked the beginning of a major reform of the State based on decentralization, with the aim of transferring political, administrative, and budgetary functions to local and regional governments. This reform, based on the Framework Law on Decentralization (No. 27783), had as one of its essential principles the democratic and participatory nature, an aspect that was ratified with the constitutional reform of decentralization approved by the Congress of the Republic in March 2002. According to this regulation, local governments were assigned the responsibility of promoting, supporting and regulating management instruments and budgets, thus guaranteeing citizen participation in the preparation of public agendas. However, despite legislative efforts, absenteeism in citizen participation has become a significant challenge for the management of local development.

* Doutorando em Direito pela Universidad César Vallejo. Advogado no Ministerio Público- Fiscalía de la Nación del Perú. Mestre em Ciencia Política y Gobierno, mención en Gestión Pública Y Políticas Públicas, graduado em Direito pela Universidad Privada Inca Garcilaso de la Vega e em História pela Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga. Seus campos de estudo são: Sociedade Rural, participação cidadã, descentralização e justiça intercultural. ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-2447-2872>. E-mail: pbanda@pucp.pe.

The district of Anco Huallo represents an emblematic case in the study of citizen participation in the management of local development. Despite the State's efforts to implement participatory mechanisms at the regional and local levels, the process of citizen participation in Anco Huallo has faced numerous limitations. These difficulties have revealed a persistent tension between representative democracy and participatory democracy, especially when local policies are designed and implemented without the full inclusion of citizens or with fragmented participation.

This research adopts a qualitative methodology with an exploratory and interpretative design to understand the perceptions, actions, and differences of the citizens of the district of Anco Huallo. Using techniques such as semi-structured interviews, directed observation and review of written documents, we sought to capture the reality lived in this context. Leaders of social organizations, former building authorities and municipal officials, selected for their participation and continuous dialogue, were interviewed.

Citizen participation is an essential component for the legitimization of public decisions and the strengthening of local democracy¹. In other words, it is citizen participation as a process of democratization of society, where citizenship is increasingly exercised, and the countryside is urbanized through the localization of politics². In this context, citizen participation in municipal management processes, especially through Participatory Budgeting, not only seeks individual and collective intervention in decision-making, but also the legitimization of such decisions³. However, absenteeism in citizen participation poses significant challenges for the management of local development, limiting the ability of communities to influence policies that directly affect them.

Citizen participation has gained increasing attention in the social and political sciences in Peru, especially in recent years. Initially, interest in this topic focused on researching and theorizing about civil society, spaces and mechanisms for participation, and the inclusion of sectors traditionally excluded from the public space and the national political agenda⁴. Today, there has been a significant shift in perspective, where "subaltern actors"

1 CEPAL, 2009. p.26.

2 HUBER, 2003. p.17.

3 SIMATOVIC, 2011.

4 ESPINOSA, 2009.

have come to occupy a central place in discussions and actions aimed at the public agenda, both at the national and local levels. This renewed approach promotes social policies that seek the “inclusion” of the most disadvantaged sectors, actors who, in the past, despite their efforts to organize and participate, were frequently repressed, limited, or excluded by local and national elites. Citizen participation, therefore, is understood as a fundamental process to democratize society, by allowing all sectors, especially the most vulnerable, to have a voice and influence in the decisions that affect their daily lives.

Citizen participation implies more than a simple act of intervention in public affairs; It is a concept that needs to be clearly defined, evaluated in its scope, and stripped of any superficial ideological content. In theory, citizen participation is the political and legal capacity of citizens to intervene, either individually or through their legitimate representatives, in the various processes of municipal management. This participation is especially relevant in those aspects that affect the material, social, political, economic, and cultural living conditions of the population⁵.

Add that the failure of the developmentalist model promoted by the Velasco government in the 60s and 70s, and the subsequent triumph of neoliberalism, led to a crisis of the institutions of representative democracy⁶. This situation caused a social and political fragmentation that forced the State, in the 90s, to refocus its attention on citizen participation. As a result, politics has become “localized,” giving local governments unprecedented power and resources, and creating complex spaces for direct citizen intervention in decision-making.

In Latin America, there is a recent trend to expand citizen participation mechanisms beyond traditional institutions of direct democracy, such as referendums and citizens’ initiatives, which in many cases have been underutilized. This trend seeks to integrate citizens not only at critical moments or in strategic political decisions, but also in the continuous management of public policies. Today’s citizen participation is increasingly linked to consultation and decision-making mechanisms in the definition of these policies, which contributes to recovering the notion of transparency in government acts⁷. In this context, it is expected that institutions report on the decisions

5 SEGURA, 2016.

6 HUBER, 2003.

7 GROMPONE, 2006.

they make and that, in addition to the mechanisms of control and balance between the powers of the State, there is a process of monitoring by society.

Complements this vision by pointing out that one of the most evident flaws in Latin America is the absence of a culture of accountability, which not only favors corruption, but also generates a disconnect between citizens and their representatives, making the former not feel truly represented⁸. This lack of accountability reinforces the importance of citizen participation as a means of ensuring transparency and accountability in public management.

In Peru, the decentralization initiated in 2002 aimed to transfer political, administrative, and budgetary powers to regional and local governments, in order to improve efficiency, legitimacy, transparency, participation and accountability in public management. This process seeks to get municipal authorities to act to articulate and involve citizens in local development, establishing mechanisms and spaces for their participation in decision-making.

Despite its limitations and inconsistencies, decentralization has been a key factor for institutional change in many municipalities in the highlands. These municipalities, together with various associations and organizations, have played an innovative role in promoting more sustainable and equitable territorial development. The concerted development plans developed by local authorities reflect this collective effort to identify medium- and long-term resources and opportunities. However, many municipalities still face significant challenges in the efficient and democratic management of their territories. They often lack effective development plans and continue with traditional practices, such as mayorism, short-term visions, authoritarianism, lack of transparency and corruption, which generates complaints from citizens⁹.

It is essential to understand how citizen participation has evolved over time. The first significant experiences in Peru emerged in the 1980s, when the parties of the United Left, by assuming governmental responsibilities in the municipalities, introduced a new dynamic: direct collaboration with local organizations. This characteristic approach allowed for greater involvement of organizations in public management and decision-making¹⁰.

During the 1990s, many municipalities began to adopt roundtables, participation councils, and development committees as alternatives to growing

8 BRUNO, 2006.

9 REVESZ, 2006.

10 SIMATOVIC, 2011.

authoritarianism and clientelism. These mechanisms opened municipal management to popular participation and became planning methodologies, promoting a closer relationship with citizen rights and adapting normative and interpretative frameworks of Western democracies.

It highlights that citizen participation is crucial to legitimize public decisions by including various social interests. In addition, it facilitates the development of community skills, the building of capacities for teamwork, and increases coherence and creativity in the resolution of local problems¹¹. These aspects are essential for the sustainability and legitimacy of development initiatives.

Citizen participation in Peru has undergone a notable expansion by both the State and civil society. The country has a relatively broad legal framework for citizen participation, and almost all levels of government have established spaces for consultation and consensus on public policies between the State and civil society. Carrión also points out that in Peru one cannot talk about citizen participation without considering decentralization¹²

The return to democracy in the last decade has allowed the incorporation of citizen participation in local management through concerted planning processes and the Participatory Budget. New laws and constitutional reforms, including the Law on the Basis of Decentralization, have been enacted, which have facilitated progress in the political, fiscal and institutional aspects. These mechanisms seek to integrate citizen participation in decision-making, facing resistance and turning it into a state policy. Thus, both decentralization and citizen participation have been consolidated as key elements in the local and national public agenda¹³.

In Peru, citizen participation has historically emerged from organized civil society, while decentralization has been driven primarily by the State. This top-down approach has generated new spaces within the field of decentralization that, at times, have not adequately integrated the previous spaces for participation. In addition, rules imposed by the State may limit the inclusion of important sectors of civil society¹⁴.

11 LLONA, 2001.

12 CARRIÓN, 2004.

13 LLONA, 2001.

14 LÓPEZ, 1998.

The implementation of the Participatory Budget in Peru has aimed to integrate civil society, both organized and unorganized, in decision-making on state investment. According to Law No. 28056, the Participatory Budget allows the programming and prioritization of projects within the fiscal period.

This approach has led regional and local governments to organize the distribution of the Municipal Compensation Fund (FONCOMUN)¹⁵, initially generating great expectations of participation and collecting demands from social organizations and communities. Points out that Participatory Budgeting became a crucial mechanism for civil society to choose projects in accordance with their local development plans, although sometimes without considering how these projects would materialize¹⁶. This process allowed citizens and social organizations to meet with municipal technicians and discuss needs, breaking the monopoly of decisions previously in the hands of the political system. However, when it came to distributing FONCOMUN resources, problems arose: the demands of the communities were not always adequately met, as the resources were “*pulverized*”, with each community receiving only a small part, insufficient to meet its needs.

The Participatory Budget has revealed important limitations that, in many cases, have led to “disenchantment and disappointment” in municipalities such as those of Ayacucho. Although this mechanism sought to involve citizens in the execution and prioritization of works, the available economic resources were often insufficient to meet all demands, generating a sense of frustration¹⁷. In addition, in many localities, Participatory Budgeting has become a simple document rather than a real opportunity to drive change¹⁸.

Currently, there is a notable absenteeism in citizen participation, not only in the Participatory Budget process, but in local management in general. Despite having a broad legal framework on citizen participation, the reality shows that this participation is limited and increasingly distant.

It is crucial to explore the reasons behind the lack of commitment of citizens, municipal institutions, and organisations to complete the participatory

15 The Municipal Compensation Fund (FONCOMUN) is a fund established by the Peruvian Political Constitution, with the aim of promoting investment in the different municipalities of the country, with a redistributive criterion in favor of the most remote and depressed areas, prioritizing the allocation to rural and urban-marginal localities of the country.

16 LLONA, 2017.

17 SHACK; PORRAS, 2023.

18 RICCI, 2014.

process. Although there was initially agreement on the importance of participation, it seems that local authorities, in their attempt to comply with the regulations, only carry out superficial actions such as organizing meetings twice a year with agreements that are not fulfilled. Despite the increase in resources and the management of more projects, citizen and civil society participation has not grown in the same proportion¹⁹.

Citizen participation should not be considered a linear and homogeneous policy, but rather as the result of the struggles and confluences between various actors and political projects²⁰. In rural peasant communities, participation takes place through communal assemblies, where common problems are addressed, activities are scheduled and new leaders are elected. In these assemblies, convened by the president of the community, mainly men usually participate, with little female representation. The peasant community stands out as the most representative and legitimate organization in these rural spaces. Any external institution that wishes to implement a project or carry out an activity in these areas must coordinate with local leaders, who, in turn, involve the community members in the decision-making process.

Alejandro Diez, in his analysis of the formation of communities and the crisis of representativeness during the 1990s in the Peruvian coast and highlands, observes that “we have become accustomed to a representative democratic system for the election of national and local leaders”²¹. This approach is key to understanding whether the new forms of citizen participation promoted by the State have improved inclusion or, on the contrary, have generated polarization and weakness in the process.

Peasant communities, with a “democratic tradition” older than the current electoral system, have their own mechanisms for the renewal of leaders and organizational strengthening. However, the integration of these traditional methods with the new mechanisms of participation established by the State presents significant challenges. Despite the broad regulatory framework of the State and standardized processes for citizen participation, local creativity, styles, and particularities are often underestimated. State-imposed participation tends to be homogeneous and one-dimensional, ignoring the diverse and sometimes conflicting realities of rural spaces²².

19 CEPLAN, 2023.

20 PANFICHI, 2006.

21 DIEZ, 2022.

22 FERNÁNDEZ, L. J.; FERNÁNDEZ, M., SOLOAGA, 2019.

Despite the importance of citizen participation in Participatory Budgeting, this reality is often not adequately considered by those who design and implement state policies. Since 2004, the Participatory Budget has been implemented in most local and regional governments in Peru, introducing a uniformizing vision for decision-making through decentralization. This mechanism sought to include organized civil society in the management of the budget assigned by the Ministry of Economy and Finance, known as FONCOMUN, allowing the prioritization of the needs and demands of citizens.

2. Participatory budgeting: loss of public confidence

The first experience of the Participatory Budget in the district of Anco Huallo allowed the creation of the Local Coordination Council²³ and the Citizen Vigilance Committee²⁴, in charge of monitoring and controlling the established priorities. However, as Hermes Cabrera Laura points out, these agencies faced serious difficulties due to the lack of adequate training and the absence of regulations to guide their functions. As a result, one of the members mentioned that the Council and the Committee “came to nothing”.

In 2006, Participatory Budgeting began with numerous gaps and limitations. The execution of the works proposed by the community, such as the construction of irrigation canals in agricultural areas, did not materialize. In the middle of the year, government programs emerged that required counterpart or co-financing for the improvement of neighborhood roads, which led the mayor to redirect the budget towards these social programs instead of the works prioritized by the community. This decision and the non-compliance of the projects generated a feeling of deception among the population, which perceived the situation as a lack of commitment to local needs.

The limitations in the fulfillment of the agreements and the continuous demands in the workshops generated discontent. Despite this, the process continued, although the commitment of the municipal authorities to citizen

23 The Law on the Bases of Decentralization defined the CCRs and the CCLs as the fundamental spaces for citizen participation for consultation, coordination and agreement on medium-term development plans and annual investment budgets.

24 The Citizen Oversight Committee, in accordance with the Framework Law on Participatory Budgeting, is constituted at the end of the prioritization process, whose members are representatives of Organized Civil Society, whose function is to monitor and monitor the progress of the priorities established in the Participatory Budgets.

participation was initially scarce. The Participatory Budget was seen more as a technical space than as a tool to improve the relationship between local government and citizens.

Towards the end of the administration in 2006, municipal authorities began to recognize the value of Participatory Budgeting and to become more actively involved. This change in attitude was evident when the district of Anco Huallo became a provincial reference, and some councilors and technicians were invited to share their experience in Chile and Bolivia. Decentralization is a process of institutional construction that requires a deep knowledge of the reality of the State, political organizations, the dynamics of regional societies and the role of citizen participation. Identifying the associated risks should not be interpreted as resistance to change, but as an opportunity to strengthen its implementation²⁵.

The reform of the State during the democratic transition and the introduction of the Participatory Budget from 2002 onwards generated great expectations in some sectors of Peruvian society. However, in rural areas, the proposal for the new reform was met with skepticism, due to previous experiences of failed reforms, such as the interrupted decentralization process that left rural communities frustrated²⁶.

Despite the doubts, the new laws and provisions were formalized, guiding local governments to plan, agree, manage, and prioritize the needs of their citizens. In the District Municipality of Anco Huallo, the implementation of the Participatory Budget revealed significant challenges. Municipal authorities, many of whom were new to their positions, did not receive adequate training on decentralization, citizen participation, and the Participatory Budget itself. This contrasts with the initial enthusiasm promoted by the National Decentralization Council²⁷.

In a context where social organizations such as the Mother's and Glass of Milk Clubs were still marked by clientelistic practices, the distrust was palpable. As one resident reflected, "when President Fujimori's term ended, we believed that there would no longer be support for the poor, but then we were told that there would be more support for our communities, which gave us some peace of mind". This disenchantment and lack of confidence

25 GROMPONE, 2006.

26 KOEHLIN, 2017.

27 BANDA, 2018.

in the new system reflect the difficulty of overcoming the legacy of previous political practices and the need for a more effective and transparent implementation of the Participatory Budget.

When the Participatory Budget was implemented in 2004 in the District Municipality of Anco Huallo, the communal authorities and grassroots social organizations, accustomed to the clientelistic logic of the Fujimori government, were skeptical. In the past, the government had carried out works in the communities through the FONCODES²⁸ Executing Nuclei, without mediation or real community participation. Now, with the new approach of the Participatory Budget, the municipality was expected to allocate funds to communities and social organizations, promoting participation, consultation, and planning. This transition generated discontent and confusion among residents. This testimony from Pablo Gómez states: “When the municipality began to plan the priorities of the people through the Participatory Budget, people thought that we would hand out cash for them to distribute among themselves. We had to explain that the funds were for specific works”.

Although the first Participatory Budgeting workshops were well received due to incentives such as food and small gifts, organizers faced difficulties in achieving meaningful participation. There was no clear distinction between potential participants and attendees, and when prioritizing projects, multiple conflicting demands emerged. Each representative requested works for his or her community or organization, while the limited amount of the FONCOMUN was not enough to meet all the needs, a former member of the management mentions:

Although the instructions for the Participatory Budget indicated that the elaboration should be with the participation of community leaders and representatives, many community members attended the workshops. We couldn't tell them that it was only for authorities. When it came to prioritizing, almost everyone wanted to give their opinion on the construction of an evangelical church or the communal house. The lack of consensus took away our time to collectivize the demands.

28 The Fund for Cooperation for Social Development (Foncodes) is a national program of the Ministry of Development and Social Inclusion (Midis) that generates sustainable economic opportunities for rural households in extreme poverty, and facilitates the articulation between private actors of the demand and supply of goods and services required to strengthen their enterprises, reducing the exclusion processes that prevent these families from being able to articulate themselves in the markets.

From the perspective of the officials and organizers, the massive participation in the Participatory Budgeting workshops generated unforeseen costs in food and materials, which were not contemplated in the initial planning. Due to these financial difficulties, the Technical Team decided to restrict the call for future workshops, limiting participation to a few community authorities. A former municipal official says:

When many community members participated, we had not foreseen expenses for food. The municipality could not assume these unforeseen events, since the financing for the Participatory Budget had to be covered with money from the Foncomun.

Likewise, the municipal authorities found that the Participatory Budget became a source of discomfort due to the constant complaints and claims of citizens. This environment was not well received by the officials and was handled inadequately:

The Participatory Budget generated a lot of spending on transportation of participants, food and, sometimes, lodging. For this reason, in the following district workshops, only the authorities were summoned. They preferred that only they attended, since they felt uncomfortable with questions about the execution of works such as the construction of the communal house or the road. The pressure from the community members for answers and the number of demands was not well received by the authorities

As a result, the authorities began to see the space of the Participatory Budget more as a technical instance and less as a deliberative space for good governance and citizen participation. The original intention of the Participatory Budget was to strengthen the relationship between local government and citizens, promoting a democratic approach based on shared commitments and responsibilities. However, this view was eroded by a lack of preparation and widespread discontent.

The first management of the Participatory Budget, under the leadership of Mayor Virgilio Aquise and completed in December 2006, faced numerous challenges. Despite the difficulties, a certain political openness towards local management was observed. A member of the Technical Team of the Participatory Budget during the meeting, pointed out that in the last

year of management the relationship with peasant communities and social organizations was improved, which gave greater legitimacy to the process. However, he also expressed his concern about the continuity of the commitments made by the new incoming authorities, since each administration has its own priorities:

At the end of the municipal administration in 2007, the new Mayor brings with him a different team and a different vision of the development of the district.

In rural areas, municipal authorities are usually elected with low percentages of votes due to the number of candidate lists. This generates a lack of effective representation and makes it difficult to guarantee good governance, since the administrations are affected by disputes between political adversaries. In this context, electoral promises, and the fulfillment of offers tend to carry more weight than established state policies, since the new mayor will prioritize satisfying his constituents or aligning himself with the policies of the national government.

In the District Municipality of Anco Huallo, the new administration that took office in 2007 decided to prioritize works not contemplated in the Participatory Budget of fiscal year 2006 and did not continue with the projects of the previous administration. The mayor justified this decision by pointing out that, during his campaign, he had promised the construction of a large “Municipal Coliseum” to promote sports and youth in the district:

It is difficult to be Mayor because of expectations and criticism. Fulfilling electoral promises is complicated, especially when the law requires specific profiles for the works and there are urgent needs. However, people want to see concrete results, and the Colosseum is a significant work that is benefiting young people.

During his term, the mayor fulfilled his promise to start the construction of a Municipal Coliseum. However, the execution of this project lasted approximately three years. Despite this background, the management of the Municipal Coliseum became a symbol of the mayor’s priorities. What is questionable is that, during the implementation of the Participatory Budget, resources from the FONCOMUN were diverted to finance projects not included in the list of priorities established by the participatory budgets.

This resulted in the postponement of works previously prioritized by citizens, such as electrification projects in marginalized neighborhoods and the construction of the dam.

At an open town hall meeting held on June 9, 2007, attendees expressed their dissatisfaction with the management, mentioning:

A report on the Participatory Budget and respect for previously prioritized projects. They also expressed concerns about the Coliseum and proposed giving priority to other works that would be more beneficial to the population, such as the implementation of fish farms.

The lack of commitment on the part of the new management to comply with the agreements of the Participatory Budget showed a lack of willingness to develop the participatory process. This neglect and non-compliance with established priorities generated growing discontent and mistrust among citizens, negatively affecting participation in future participatory budgets and reflecting a growing gap between the expectations of the population and the reality of local public management.

3. Absenteeism from Citizen participation in the framework of the Participatory Budget

The projects prioritized through the Participatory Budget became an extensive list of ideas without real execution, which left the population with frustrated expectations. For the Participatory Budget to have legitimacy and for the agreements signed to be effective, it is essential that citizen initiatives are carried out and that the commitments of the authorities are fulfilled. The new building management that began in 2007 faced the challenge of developing the Participatory Budget for 2008. To do this, they hired two external facilitators with experience in the field to train newly arrived municipal officials and community authorities. The facilitators guided the participants in an informative assembly on the importance of the Participatory Budget, the Concerted Development Plan, decentralization, and project prioritization mechanisms. Topics such as the Institutional Opening Budget, transparency and oversight were also addressed, as well as the relevance of the Municipal Ordinance that legitimized the development of the Participatory Budget and the need for its dissemination through the local media.

Within the framework of the Participatory Budget, the first informative assembly of 2007 in the District of Anco Huallo was not attended by an experienced public official or a representative of the Decentralization Council. Instead, an external facilitator was in charge of interpreting and explaining the guidelines of the National Decentralization Council to an audience that was largely unaware of the issue. The assembly, instead of clarifying doubts, may have generated confusion due to the complexity of the rules and laws related to the development of the Participatory Budget at the local level.

The first zonal workshop of the 2007 Participatory Budget was held on June 10 in the town of Totorabamba, an agricultural community located north of the district capital. According to the minutes of the workshop, only four representatives of the six annexes that belong to that community and two directors of educational institutions attended. Despite the low attendance, the workshop was held with those present, who did not exceed eight participants, as indicated by the signatures of the attendees who approved the prioritized projects in the zonal table.

During the workshop, the consultant of the district municipality of Anco Huallo stressed that the Participatory Budget should have the active participation of the population and that the budget (FONCOMUN) should be distributed according to the strategic axes established in the Local Concerted Development Plan. However, one of the attendees expressed his dissatisfaction with the failure to fulfill the commitments assumed:

The projects selected in the 2006 Participatory Budget had not been implemented this year. In addition, the Committee requested that priority be given to projects that would benefit children, and the participants demanded that the commitments to prioritize the projects mentioned be fulfilled.

This episode illustrates the lack of commitment and absenteeism in citizen participation, underscoring the need for greater transparency and compliance with commitments within the framework of the Participatory Budget to maintain the trust of the population.

The discomfort and dissatisfaction generated by the non-compliance with the prioritized projects are evident. Faced with this situation, the Municipal Manager, a member of the Technical Team of the Participatory Budget, tried to mitigate the situation, resorting to a common tactic, blaming the previous management:

the previous administration did not present on December 27 (2006) the PIA (Institutional Opening Budget) signed by the previous Mayor and the technical team.

However, this strategy seems more like an attempt to avoid responsibilities than a real solution, since the former Mayor, in a public hearing of accountability held a day earlier, declared:

until December 30, 2006, documents were signed for the delivery of the position, announcing the works executed.

This statement highlights the uncertainties of a process that, instead of seeking corrective measures to strengthen relations between the local government and citizens, generates mistrust. In this context, citizens will see their credibility with the authorities reduced, and, as a consequence, the Participatory Budget will lose legitimacy in the future.

One participant pointed out that the participants in the zonal workshop did not attend because of their agreement with the Participatory Budget or because of positive expectations regarding this process. In reality, his attendance was due to the intention of complaining to the municipal authorities for the failure to execute the prioritized works and for the cut in the budget from FONCOMUN. This discontent was not an isolated case, but a constant in the rest of the zonal tables, which forced the municipal authorities and the technical team to justify the lack of execution of the projects of the Participatory Budget of previous years.

An example of this situation was evidenced in the zonal workshop of the Village of Chuparo, where, as soon as the event began, which was attended by only eleven participants, it was explained that:

the projects defined in the 2007 Participatory Budget have not been prioritized because the previous management did not present the Institutional Opening Budget (PIA) with the prioritized projects. The new management, which took office on January 3, 2007, improved the PIA, considering co-financing with projects in the various population centers.

While the first workshops usually lasted up to six hours, dedicated to guiding and explaining project prioritization strategies and the importance

of citizen participation, the successive workshops in the remaining zonal tables lasted less than two hours. This indicated that there was no longer space or time to attend to the demands of citizens. The sessions became monotonous and technical, gradually turning citizens into passive listeners of a process whose initial purpose was to empower citizen participation.

The facilitator expressed his disagreement with the low attendance of the population for the prioritization of projects. According to the minutes of the Participatory Budget of 2007, four projects were prioritized per population center, adding up to a total of 28 at the district level. These projects, aimed at improving productive infrastructure, basic sanitation, education, health, and capacity building, represented an extensive list of citizens' dreams and aspirations, the realization of which was uncertain. The paradox was that only in the central workshop was the budget available for the prioritization of projects made known.

After reading the list of prioritized projects for execution in 2008 and clarifying the available budget, the 36 participants at the workshop proceeded, as dictated by the norm and directive, to the formation of the Citizen Oversight Committee. In theory, this committee should oversee and monitor the progress of the prioritized projects, in addition to informing the public. It was made up of nine members, all men, who represented the different communities of the district of Anco Huallo, with the strategy that each one would supervise and follow up on the agreements established in their respective areas.

However, one of the members of the 2007 Citizen Oversight Committee says that the committee was, in practice, just a name on paper. They did not meet even once after their formation, and neither were a regulation drawn up that established the functions to be fulfilled. In addition, since the proposed works were not executed, there was no need to carry out the follow-up. Except for the construction of three sports slabs in three annexes of the 28 prioritized projects, the Committee went unnoticed and without any action.

On the other hand, grassroots social organizations did not follow up on the agreements either, waiting for the goodwill of the authorities. This inaction reflects a clientelistic vision, as Grompone (2006) points out, where clientelism and cooptation are a latent threat. It is not uncommon to find that 90% of the works executed in the province of Chincheros carry a plaque with the name of the political authority that carried them out, and their inaugurations become a feast and a rejoicing for the authority before the beneficiaries.

Despite the accumulated experience, the Technical Team convened the first informative assembly on June 6, 2008, which was affected by the non-attendance of the authorities and officials responsible for legitimizing the process. This lack of commitment weakened the continuity of the Participatory Budget, aggravated by political conflicts between some councilors and the mayor, who clashed over non-compliance in the execution of priority works in their respective communities. Since the councilors acted as intermediaries between the neighbors and the municipal administration, the frequent absence of the mayor of the city exacerbated the disenchantment and lack of coordination.

As a result, the 2008 Participatory Budget did not materialize. No clear commitments or priorities were set, and the municipal authority continued to execute projects at its discretion. In this context, the 2008 Participatory Budget was reduced to a mere informative assembly, as stated in the year's minute book. This reflects a lack of continuity in the process and underlines the growing citizen disenchantment, which translates into greater absenteeism in future editions of the Participatory Budget.

In 2008, in the district of Anco Huallo, two key institutions were created: the Roundtable for the Fight Against Poverty and the Defense Front. These organizations were born with the aim of strengthening citizen participation, and at first, they had significant support from the population, which saw in them an opportunity to assume a leading role in local decision-making.

This internal conflict was quickly taken advantage of by the municipal authority, which chose to coordinate directly with the mayors of the Populated Centers, who had recently risen politically. The municipal authority, trusting these mayors more than the leaders of grassroots social organizations, fostered a relationship of dependency through the economic incentive law implemented in 2008. This incentive, intended for the Populated Centers, was managed and conditioned by the district mayor, granting certain privileges to the mayors of the Populated Centers, who became unconditional allies, forced to sign documents in favor of the municipal management.

Regarding the development of the Participatory Budget in the district, the process showed a clear tendency to disinterest on the part of the municipal authorities. According to the schedule of the Ministry of Economy and Finance, the process was to be carried out between May and July, but this varied over the years. In 2007, the prioritization workshops were held on schedule; however, in 2008, although the process began in June, the

workshops in the Populated Centers were not completed. For 2009, the Participatory Budget was attempted to be resumed, but the prioritization workshops began only in October, thus failing to meet the deadlines established by the MEF. This delay shows that the Participatory Budget was not a priority for municipal management, limiting itself to complying with the process formally and after the deadline.

In 2009, the Participatory Budget in the district of Anco Huallo was carried out in a merely formal way, complying with the regulations but without a real commitment to citizen participation. According to a member of the Technical Team, the FONCOMUN funds were mainly used as a counterpart for the construction of the premises of the “Micaela Bastidas” University in the Collpapampa annex, which to date has not been functional. In addition, works such as the “Amador Venegas” Municipal Coliseum and the remodeling of the “Alan García” Plaza Mayor continued, which minimized the need to involve citizens in the participatory process.

The name “Alan García” given to the square under remodeling did not respond to a recognition for government works, but to a strategy to ensure state financing, which did not materialize, leaving the work unfinished. Despite the call for the 2009 Participatory Budget, local authorities, such as the former mayor of the Village of Totorabamba, mention that participation was limited since many attended more to thank for non-prioritized works than for a real interest in the process.

According to those interviewed, although there was a slight increase in participation in some zonal roundtables compared to previous years, the invitation was made late and without due publicity. This fact, added to the fact that the invitation was made in October, a critical month for agricultural activities, led to many community members not attending or seeing the invitation as informal. In some areas, the low attendance was so notable that the workshops were held in the mayor’s office, which shows the lack of interest and disorganization in the process.

The Participatory Budget process in Anco Huallo was losing credibility over the years due to the failure to comply with the established agreements, which generated distrust among citizens. During the 2009 central workshop, several participants expressed frustration at the lack of implementation of previously prioritized projects, as shown by one of the interventions, who suggested meeting previous years’ budgets first before considering new projects.

Despite the fact that 38 projects were prioritized in 2009, many of them had already been considered in the 2007 Participatory Budget and were still not executed. The district mayor, instead of prioritizing citizen participation, focused his efforts on completing works such as the “Amador Venegas” Municipal Coliseum and the remodeling of the “Alan García” Plaza de Armas, using them as platforms for his political campaign in the 2010 elections.

The mayor organized his first accountability of 2009 at the new Municipal Coliseum, seeking to highlight the fulfillment of his campaign promises and win electoral support. However, his focus on elections and the updating of the district concerted development plan, with the help of supporters, showed that the participatory process was relegated to the background, further reducing its legitimacy and effectiveness.

In 2011, Américo Chávez Elguera assumed the mayor’s office, having won popular support through his radio station and social activities, which allowed him to be elected with the backing of a regional political movement. However, once in office, he distanced himself from those who initially supported him, including the political party that brought him to the mayor’s office, and began to collaborate with former mayors, generating the perception of a “co-government” between the two. This relationship, along with the lack of experience in his team and the hiring of family and friends in the municipality, caused discontent among citizens.

During the first months of his administration, he focused on projects financed by the Regional Government, such as the construction of the Modelo de Uripa market and the paving of streets. Although these works were important for political visibility, they were not aligned with the priorities established in previous Participatory Budgeting processes, reflecting a disconnect between municipal management and citizen demands.

The 2011 Participatory Budget was limited to a single central workshop with only 26 participants, without conducting the zonal workshops that were critical for citizen participation, especially in rural communities. This approach reflects the lack of promotion and support for citizen participation in the process, which contributed to absenteeism and loss of confidence in municipal management.

During the Participatory Budget process, the municipal management of Anco Huallo prioritized 21 projects, mainly infrastructure. However, the little participation of the main authorities, such as the mayor and the councilors, revealed a general lack of interest in deepening this system of

local management. In 2012, this lack of interest resulted in growing questioning by the population, which criticized the administrative inefficiency, the lack of transparency and the execution of works that did not respond to the true community priorities.

The municipality, aware of the criticism, passed an ordinance to improve the Participatory Budgeting process, introducing the “Results-Based Budgeting” approach and hiring external facilitators to guide the process. This new approach generated greater expectations among citizens, especially in rural areas, due to the opportunity to promote competitive projects with the support of different ministries. Despite these improvements, the process still faced challenges, reflecting the complex relationship between municipal authorities and the community.

The low citizen participation in the Cercado de Uripa, despite being one of the largest and most organized communities, stands out as a critical problem. The lack of commitment of local authorities and poor communication with the population have contributed to this situation. The citizens of Uripa are aware of management irregularities through local media and public opinion, while in the rural area, the authority tries to maintain a positive image by promoting government programs, although these benefits are not always reflected in transparent management.

In contrast, the urban community faces an environment of distrust and corruption, evidenced by anonymous pamphlets denouncing problems in the municipal administration. A neighbor, upon discovering nepotism and corruption in the execution of works, requested the vacancy of the Deputy Mayor, who was dismissed for embezzlement. Despite these efforts, the lack of action on the part of social organizations such as the Defense Front, due to their proximity to authority, limits the impact of these demands.

These problems of corruption and lack of transparency have hindered progress towards effective citizen participation and the consolidation of grassroots social organizations. The absence of oversight by civil society and the lack of leadership committed to democratization aggravate the situation. These issues will be addressed in greater depth in the following sections.

4. Challenges in management for local development

During the investigation upon entering the second floor of the “Municipal Palace” of Anco Huallo, the first impression is to find a computer turned off with the sign “Citizen Module”. This module, which was supposed to provide information on transparency, municipal management and citizen participation, was not operational. Despite the fact that the module promised access to information on transparency, allowed questions to be asked of the mayor, and addressed project management, an official confirms that it has not worked for a while and that citizens were not showing interest in its use, indicating that it did not serve its purpose. This digital communication initiative was part of the USAID - Peru, Communes project, promoted during the second APRA government under the slogan “Peru advances” and was implemented in 2007. However, it was discontinued due to high maintenance costs.

In addition, the municipal portal created in that same administration is not updated. Although Uripa has had access to the internet for the last 10 years, the commune has not effectively used this tool to make its actions transparent. In the last 8 years, the municipality has received more than 90 million Nuevos Soles (23 million US dollars) from various funds, according to the Ministry of Economy and Finance. The Transparency Law and the Organic Law of Municipalities require that public hearings be held at least twice a year to be accountable to citizens. However, in the District Municipality of Anco Huallo, accountability is carried out informally and is seen as a minor procedure. During an accountability in June 2013, documents were distributed with figures and financial concepts that are difficult for citizens to interpret. In addition, the speaker of this surrender was not the mayor, the councilors, or the municipal manager, but an external advisor, which contravenes the MEF regulations.

An obvious sign of the poor state of the municipality is the little knowledge on the part of the authorities about the execution of works, the projects underway and the steps taken. In addition, from civil society, there is a notable lack of motivation to participate in public accountability hearings. This is because citizens do not feel listened to or considered by the municipal management. Table 1 clearly illustrates this absence of citizen participation in accountability processes.

TABLE 1 – Participants in public hearing of the District Municipality of Anco Huallo

Public Hearing	Date of Completion	Participants
Public Hearing 2007	June 09, 2007	30
Public Hearing 2008	December 20, 2008	50
Public Hearing 2009	August 22, 2009	10
Public Hearing 2009	September 05, 2010	38
Public Hearing 2010	January 30, 2010	15
Public Hearing 2011	Not carried out	-
Public Hearing 2012	June 13, 2013	10
Total participants		11

Source: Prepared by the author based on the minutes of the public hearing of Accountability.

The first rendering of accounts took place on June 9, 2007, in the Plaza de Armas of the municipality. This hearing was attended by 30 attendees, including interested citizens and leaders, according to the corresponding minutes. During the session, the representative of the Defense Front requested a justification for the delay in holding the public hearing and the non-execution of works provided for in the Participatory Budget of the previous year. The mayor's response was that the first call, scheduled for June 2, could not be carried out due to problems of plane availability.

Since the beginning of the administration in 2007, there has been a notable absence of citizen participation in public accountability hearings. One resident expressed the generalized disinterest with the following observation: "Why go, if what we decide in the Participatory Budgets is not taken into account? What are we going to hear from the mayor?"

In 2007, despite the complaints of leaders and neighbors, only one public hearing was held. In the following year, the hearing was held near the end of the year and with little citizen attendance. The report of December 20, 2008, details that, due to the low attendance, the hearing was moved to the town hall of the municipality. It was suggested that the reports be broadcast by radio or copies sent to the villagers, as participation was minimal.

Public hearings should be spaces where authorities are held accountable for their actions and publicly justify their actions, while citizens have the

right to receive clear and transparent information. However, in the district municipality of Anco Huallo, these hearings often lack legitimacy. The population perceives that the authorities communicate only what is convenient for them and that the information provided is difficult to verify due to the lack of tools and knowledge to interpret the data. This leads many people to consider these hearings as a waste of time, with no tangible benefits.

Citizens prefer to attend communal assemblies convened by the community president rather than public accountability hearings organized by the mayor of the municipality. This phenomenon is reflected in the following excerpt from the accountability minutes: “At the beginning of the public hearing, the President of the Uripa Defense Front, and the President of the community, convened a communal assembly for the same day and time, despite the fact that a public hearing had been scheduled. This led to the population being provoked to attend the assembly first. The Mayor, when taking the floor, clarified that the call to the hearing had been made in advance. The Governor proposed to put to a vote whether the hearing or the assembly should be held first, and the result was in favor of the communal assembly.”

Why does the population prefer to attend a communal assembly instead of a public hearing of accountability? Although local government is one of the most important institutions in rural areas, and accountability should be a priority, in Anco Huallo this perception is different. Based on the investigation, information was requested on the attendance records, and it was discovered that in the communal assembly of August 22, 2009, convened on the same day as the public hearing, 290 community members signed. The agendas discussed at this assembly included crucial issues such as communal lands, sale of communal forestation and water management. In contrast, at the public hearing on the same date organized by the municipality, only 38 people attended.

In communal assemblies, men and women interact directly with their authorities, debating agendas and respecting the opinions of all participants. Decisions about communal resources, such as water and land, are made transparently and in a context of solidarity and reciprocity. In addition, the assemblies are held in Quechua, the predominant language in rural areas, which facilitates participation.

On the other hand, public accountability hearings present significant barriers. Citizens must register in advance and wait their turn to speak, while authorities dominate the time with technical reports in Spanish. This

creates a separation between established norms and local practices, making audiences perceived as less relevant and useful to the community.

The low citizen participation in public accountability hearings, despite rescheduling and early calls, is a clear sign of the disconnect between municipal authorities and the needs of the population.

In 2011, the new municipal management chose not to hold the public accountability hearing, prioritizing instead the execution of large-scale works. The accountability for fiscal year 2012 was only carried out in June 2013.

The lack of citizen participation is not limited only to accountability processes but is also manifested in the supervision and control of the projects executed in the district of Anco Huallo. This lack of supervision may have contributed to the poor execution of several works. For example, the project “Expansion of the Sewerage System and Health Education in the district of Anco Huallo”, which received more than 3 million nuevos soles, collapsed in a few years. Similarly, the street paving project, with a budget of 7 million nuevos soles, shows cracks and damage before its completion.

5. Conclusions

The research reveals that the mechanisms of citizen participation promoted by the State and decentralization in the district municipality of Anco Huallo failed to consolidate themselves as effective tools of municipal management. Instead of generating an innovative participatory process, there was a growing disenchantment and disappointment among social actors, who did not see their expectations reflected in the practice of Participatory Budgeting. The local authorities used this space in a clientelistic manner, limiting it to a simple collection of demands without a real impact on the institutionality of the local government, which contributed to the distancing between the authorities and the citizens.

In addition, citizen participation was affected by the creation of new institutions such as the Population Centers, which were managed directly by the mayors, excluding social organizations and local leaders from the decentralization process. The lack of interest and participation in accountability reflect a perception of distrust towards the authorities and a lack of tools to interpret the information presented. Despite the efforts made, the research shows that the process of decentralization and citizen participation in Anco Huallo has had difficulties adapting to local realities and meeting its objectives, underscoring the need for a more inclusive and contextualized approach.

References

- BANDA, P. *Ausentismo de la participación ciudadana en la gestión del desarrollo local en la municipalidad distrital de Anco Huallo*. Tesis para optar el grado de Magíster en Ciencia Política y Gobierno con mención en Políticas Públicas y Gestión Pública. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2018. Available at: https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/11978/BANDA_SULCA_PAULO_ROSSI_AUSENTISMO_PARTICIPACION.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Accessed on: 13 Jan. 2024.
- CARRIÓN, A. *Participación ciudadana y descentralización en el Perú*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2004. Available at: <https://repositories.lib.utexas.edu/server/api/core/bitstreams/f69a2372-3c04-4cb3-ab29-c754c59ab617/content>. Accessed on: 13 Jan. 2024.
- CEPAL. *Participación ciudadana en la gestión pública*. CEPAL, [s. l.], 2009. Available at: <https://comunidades.cepal.org/ilpes/es/grupos/discusion/participacion-ciudadana-en-la-gestion-publica>. Accessed on: 13 Jan. 2024.
- CEPLAN. *Participación ciudadana en políticas nacionales: situación actual y propuestas para su fortalecimiento*. Lima: Centro Nacional de Planeamiento Estratégico, 2023. Available at: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/4267205/CEPLAN%20-%20Participaci%C3%B3n%20Ciudadana%20en%20Pol%C3%ADticas%20Nacionales.pdf>. Accessed on: 13 Jan. 2024.
- DIEZ, A. Comunidad campesina y estado en el Perú: relación estructural de protección, promoción y olvido. *Debate Agrario: análisis y alternativas*, Lima, n. 50, 2022. Available at: <https://cepes.org.pe/wp-content/uploads/2024/04/DebateAgrario50-1-120-145-Comunidad-campesina-y-Estado-en-el-Peru-relacion-estructural-de-proteccion.pdf>. Accessed on: 13 Jan. 2024.
- Espinosa, M. La participación ciudadana como una relación socio-estatal acotada por la concepción de democracia y ciudadanía. *Andamios*, Ciudad de México, 5(10), 71-109, 2009. Available at: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-00632009000100004&lng=es&tlng=es. Accessed on: 13 Jan. 2024.
- FERNÁNDEZ L., J.; FERNÁNDEZ, M. I.; SOLOAGA, I. *Enfoque territorial y análisis dinámico de la ruralidad: alcances y límites para el diseño de*

- políticas de desarrollo rural innovadoras en América Latina y el Caribe. Ciudad de México: Naciones Unidas, 2019. Available at: <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/8a34171e-fe47-468f-afff-3404b329ad1f/content>. Accessed on: 13 Jan. 2024.
- GROMPONE, R. El Presupuesto Participativo en una sociedad heterogénea. Capítulo VI. In: GROMPONE, R. *El heterogéneo universo de los presupuestos participativos provinciales y distritales*. Estudio N° 1. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, Mayo 2006, pp. 49-56. Available at: https://propuestaciudadana.org.pe/sites/default/files/sala_lectura/archivos/_40__El_PP_en_una_sociedad_heterog_nea.IEP.pdf. Accessed on: 13 Jan. 2024.
- HUBER, L. (coord.). Centralismo y descentralización en Ayacucho. Lima: IEP: 2003. Available at: <https://repositorio.iep.org.pe/items/bce8f3ced883-496f-8c45-3a2fad165ca5>. Accessed on: 13 Jan. 2024.
- KOECHLIN, J. *Democracia y participación: análisis de los presupuestos participativos en el Perú. Los casos del distrito de San Miguel – Lima y la región Cusco: 2010 – 2015*. Tesis para optar el Título Profesional de Licenciado en Sociología. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2017. Available at: <https://cybertesis.unmsm.edu.pe/backend/api/core/bitstreams/586cda83-bc67-46d1-97e0-933de2be56c0/content>. Accessed on: 13 Jan. 2024.
- LLONA, M. Gestión local participativa: del barrio a la ciudad. Lima: Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo (DESCO), 2001.
- LLONA, M. Las formas de representación de la sociedad civil en los espacios de participación ciudadana: el caso del presupuesto participativo en Villa el Salvador. 2017. Tesis para optar el grado de Magister en Ciencia Política y Gobierno con mención en Políticas Públicas y Gestión Pública. Pontificia Universidad Católica del Peru, Lima, 2017.
- LÓPEZ, S. *Ciudadanos Reales e Imaginarios: Concepciones y desarrollo y mapas de la Ciudadanía en el Perú*. Lima: IDS, 1998.
- PANFICHI, A. (ed.). *La participación ciudadana en el Perú*. [S. l.]: Fondo Editorial, 2006.
- REVESZ, B. Gobernanza, proceso participativo y desarrollo territorial. In: *Congreso Internacional Gobernabilidad y Gobernanza de los Territorios en América Latina – Cochabamba*. 19-21 septiembre 2006. Available at: https://www.flacsoandes.edu.ec/sites/default/files/agora/files/1245339828.cipca_0.pdf. Accessed on: 13 Jan. 2024.

- RICCI, J. L. *Presupuesto Participativo 11 años después: ¿Cambio de rumbo o más de lo mismo?* Cuadernos Descentralistas N° 30. Lima: IEP, 2014. Available at: <https://www.propuestaciudadana.org.pe/sites/default/files/publicaciones/archivos/Cuaderno%20Descentralista%2030.pdf>. Accessed on: 13 Jan. 2024.
- SEGURA, L. C. Participación ciudadana. *El Peruano*, Peru, 31/05/2016. Available at: <https://plataforma.ipnoticias.com/Landing?cac=mJomXIX6DEfZu6hgulDFA%3D%3D&i=8rjVc38Q1fmQN9n3eazhjw%3D%3D&c=VeCjMfNTz1RpzY0R5AuhBk2N%2FbOEwdTqP-Be1LD3pRCyZ1koZkMgmE8RDTuZSVptU>. Accessed on: 13 Jan. 2024.
- SHACK, N.; PORRAS, H. *Principales desafíos del Presupuesto Participativo en el Perú a los 20 años de la Ley N° 28056. Documento de Política en Control Gubernamental*. Contraloría General de la República. Lima: La Contraloría general de la República del Perú, 2023. Available at: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/4187909/Principales%20desaf%3%ADos%20del%20presupuesto%20participativo%20en%20el%20Per%3%BA%20a%20los%2020%20a%3%B1os%20de%20la%20Ley%20N%C2%B0%2028056.pdf.pdf>. Accessed on: 13 Jan. 2024.
- SIMATOVIC, M. I. R. *Participación ciudadana y gobiernos descentralizados*. Cuadernos Descentralistas N° 28. Lima: IEP, 2011. Available at: <https://www.propuestaciudadana.org.pe/sites/default/files/publicaciones/archivos/CD28.pdf>. Accessed on: 13 Jan. 2024.

Recebido em 10 de outubro de 2024.

Aprovado em 13 de novembro de 2024.

ABSTRACT: This study aims to analyze absenteeism in citizen participation in the district of Anco Huallo (Chincheros – Peru), identifying its causes and evaluating its impact on local development management. Using interviews with key actors such as mayors and former authorities, as well as the review of official documents. The results reveal that State-driven participation mechanisms and decentralization were not consolidated as effective management tools. Instead of promoting a participatory process, they generated distrust and disappointment among social actors, who perceived the Participatory Budget as a mere clientelistic exercise with no real impact. In addition, the creation of Population Centers managed by mayors excluded social organizations and local leaders, intensifying mistrust and reducing citizen participation. The research highlights the need for a more inclusive and locally tailored approach to improve the decentralization process.

Keywords: Absenteeism; citizen participation; decentralization; distrust.

RESUMO: Este estudo busca analisar o absentismo na participação cidadã no distrito de Anco Huallo (Chincheros – Peru), identificando suas causas e avaliando seu impacto na gestão do desenvolvimento local. Utilizando entrevistas com atores-chave como prefeitos e ex-autoridades, além da análise de documentos oficiais. Os resultados revelam que os mecanismos de participação impulsionados pelo Estado e a descentralização não se consolidaram como ferramentas eficazes de gestão. Em vez de promover um processo participativo, eles geraram desconfiança e decepção entre os atores sociais, que perceberam o Orçamento Participativo como um mero exercício clientelista sem impacto real. Além disso, a criação de Centros Populacionais geridos pelos prefeitos excluiu organizações sociais e líderes locais, intensificando a desconfiança e reduzindo a participação cidadã. A pesquisa destaca a necessidade de uma abordagem mais inclusiva e adaptada localmente para melhorar o processo de descentralização.

Palavras-chave: Absenteísmo; participação cidadã; descentralização; desconfiança.

SUGESTÃO DE CITAÇÃO: SULCA, Paulo Rossi Banda. Absenteeism in citizen participatory budgeting: challenges for local development management. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Edição 65, jul/dez, 2024. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.2102>.

Sentencia Petro Urrego vs Colombia: una reflexión necesaria acerca de la competencia de la Procuraduría General de la Nación de sancionar servidores públicos de elección popular

Sentença Petro Urrego x Colômbia: uma reflexão necessária sobre a competência da Procuradoria-Geral da República de sancionar servidores públicos eleitos pelo voto popular

Liliana Sánchez Jiménez*
Universidade de Medellín, Colombia.

David Mendieta**
Universidade de Medellín, Colombia.

1. Introdução

La Procuraduría General de la Nación (en adelante PGN), ha atravesado un proceso de transformación significativo desde su creación, adaptándose a los cambios políticos, sociales y normativos que el país ha experimentado a lo largo de su historia. Inicialmente fue concebida como un órgano adscrito al poder ejecutivo; se limitaba a desempeñar un rol consultivo y de representación del Estado. Sin embargo, con la entrada en vigor de la Constitución

* Abogada, Especialista en Derecho Administrativo y Derecho Penal, Magister en Derecho Penal, Doctoranda, Universidad de Medellín, Colombia. Correo electrónico: libesaji@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-8544-7867>

** Universidad de Medellín. Abogado, Especialista en Derecho Constitucional y Magister en Derecho de la Universidad de Antioquia. Diploma de Estudios Avanzados (DEA) y Doctor en Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de tiempo completo de la Universidad de Medellín, miembro del Grupo de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín. Medellín – Colombia. Correo electrónico: davidmendieta@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6944-6815>.

de 1991, este organismo adquirió un estatus independiente y se consolidó como uno de los pilares fundamentales en el control disciplinario de los servidores públicos, con facultades que van desde la imposición de sanciones hasta la destitución de funcionarios elegidos popularmente.

Uno de los aspectos fundamentales en la evolución del derecho disciplinario en Colombia es el control de convencionalidad. Este concepto, introducido a raíz de los compromisos internacionales de Colombia, en especial aquellos derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, obliga a los jueces y autoridades internas a verificar la compatibilidad entre las normas internas y los tratados internacionales sobre derechos humanos. El caso de Gustavo Petro, exalcalde de Bogotá, constituye un punto de inflexión clave en la relación entre el derecho interno y las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, pues la intervención de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), influyó de manera decisiva en la resolución de su destitución e inhabilidad y catapultó al hoy Presidente de Colombia, como figura del orden nacional.

A partir del estudio del caso Petro y de las reformas normativas recientes, se plantean los intentos de Colombia para integrar plenamente el control de convencionalidad en su sistema jurídico, con la intención de proteger de manera efectiva los derechos políticos de los servidores públicos de elección popular. Se examina la Ley 2094 de 2021, que introduce cambios sustanciales en el régimen disciplinario y el rol de la Procuraduría, pero que para muchos no cumplió los estándares convencionales y generó un choque entre la PGN, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional.

En este contexto, este estudio tiene como objetivo analizar de manera detallada la normativa vigente y las decisiones judiciales relacionadas con el control de convencionalidad, utilizando un enfoque cualitativo y descriptivo. La investigación incluirá la recopilación y análisis de normativas nacionales e internacionales, así como el estudio de casos emblemáticos como el de Gustavo Petro. Asimismo, se identificarán las problemáticas más relevantes en la aplicación del derecho disciplinario en Colombia y se propondrán soluciones que busquen equilibrar los compromisos internacionales, con las competencias de la PGN, garantizando un marco jurídico que proteja tanto los derechos de los servidores públicos como el interés de la administración y los ciudadanos.

2. De los antecedentes de la Procuraduría General de la Nación.

La historia de la PGN se divide en dos períodos fundamentales: antes y después de la Constitución de 1991. Antes de esta fecha, la PGN formaba parte del poder ejecutivo, con un rol principalmente consultivo y de representación legal del Estado. Con la Constitución de 1991, la PGN se transformó en un órgano de control autónomo e independiente, marcando un cambio significativo en su estructura y función dentro del Estado colombiano.

Desde la independencia de Colombia en 1810 y la Ley Fundamental de Angostura de 1819 se estableció la figura del Procurador General como parte del Ministerio Público. La Constitución de 1830 fue la primera en consagrar esta institución, la cual, aunque integrada al poder ejecutivo, tenía la responsabilidad de defender el cumplimiento de las leyes y el orden público.

A lo largo del siglo XIX, fueron expedidas la Ley Fundamental de la Nueva Granada de 1831 y las constituciones neogranadinas de 1832, 1843 y 1853. El Ministerio Público no fue institucionalizado en las Constituciones de 1832 y 1843, pero resurgió en la Carta Política de 1853 (Bellón, 2015, p. 12). Esta constitución reintrodujo la figura del Procurador General de la Nación, aunque no como una institución independiente; hacía parte del Consejo de Gobierno.

La Ley Orgánica del Ministerio Público de 1855 consolidó el rol del Ministerio Público, estableciendo al Procurador General de la Nación como su jefe máximo. Además, formaban parte de esta institución los Fiscales de los Tribunales de Distrito, los Agentes Fiscales y los Personeros o Procuradores Parroquiales (Perdomo, 1986).

La Constitución de 1991 representó un punto de inflexión significativo en la historia jurídica de Colombia, enmarcada en un contexto caracterizado por la crisis de derechos humanos y una creciente desconfianza en el poder legislativo. Esta nueva Carta Magna no solo redefinió el Estado Social de Derecho, sino que también fortaleció a la PGN, dotándola de una mayor capacidad para intervenir en materia disciplinaria. Desde su promulgación, la PGN ha jugado un papel esencial en la vigilancia y control de la conducta de los servidores públicos, imponiendo sanciones que van desde la destitución hasta multas y amonestaciones.

La Constitución Política se consolidó como la norma suprema del sistema jurídico colombiano, no desde una posición restrictiva, sino un lugar privilegiado que irradia su influencia sobre todo el ordenamiento jurídico.

Este estatus se fundamenta en el carácter autónomo de las disposiciones constitucionales, que adquieren vigencia por sí mismas, sin la necesidad de esperar una reglamentación legislativa (principio de no reserva de ley). En este sentido, «el término “social”, ahora agregado a la clásica fórmula del Estado de Derecho, no debe ser entendido como una simple muletilla retórica que proporciona un elegante toque de filantropía ... [al ESTADO SOCIAL DE DERECHO]» (Angarita, 1992, p.7).

Las funciones de la PGN se han consolidado en tres áreas principales: preventiva, de intervención y disciplinaria. En la función preventiva, se busca evitar infracciones al ordenamiento jurídico mediante controles anticipados. En la función de intervención, la PGN actúa ante autoridades administrativas y judiciales para garantizar el respeto de los derechos de las personas. La función disciplinaria es quizás la más destacada, dado que la PGN tiene la potestad de investigar y sancionar a servidores públicos, incluyendo la destitución e inhabilitación para ejercer funciones públicas.

La evolución de la PGN refleja la adaptación del Estado colombiano a las necesidades cambiantes del país, especialmente en términos de control y sanción de la conducta de los servidores públicos. Las reformas introducidas desde 1991 han permitido a la PGN fortalecer su capacidad de acción, consolidándose como un pilar esencial en la defensa de la legalidad y la probidad en el servicio público.

3. El paradigma de la convencionalidad

3.1. Antecedentes del bloque de constitucionalidad

Para comprender el bloque de constitucionalidad, es fundamental partir de una premisa básica: su función como enlace entre el derecho interno y el derecho internacional. En el contexto de un ordenamiento jurídico la Constitución ocupa el último eslabón de una estructura escalonada, siendo la norma de mayor jerarquía en el sistema. La norma de normas compone de dos elementos fundamentales: la Constitución Política que es la ley fundamental del Estado, y la constitución transnacional. Esta última engloba la costumbre internacional, la jurisprudencia internacional y los tratados internacionales sobre los derechos humanos. La constitución transnacional constituye el eje central del bloque de constitucionalidad.

El bloque de constitucionalidad se integra a la Constitución Política de manera horizontal, conformando un sistema normativo en el que ambos elementos poseen el mismo rango jerárquico. En otras palabras, la Constitución y el bloque de constitucionalidad ostentan un rango equivalente, ya que este último hace referencia a normas de rango constitucional que, aunque no estén expresamente incorporadas en el texto de la Carta Fundamental, comparten su naturaleza y supremacía, pero en un sentido material (Mendieta, 2018).

En síntesis, se reitera, la Constitución se compone tanto del texto constitucional propiamente dicho como del bloque de constitucionalidad, que establece un puente esencial entre el derecho nacional e internacional. Entre los organismos jurisdiccionales, la Corte Internacional de Justicia (CIJ), se destaca como órgano judicial de las Naciones Unidas, creado en 1945 para para resolver disputas entre Estados miembros de la ONU.

Por su parte, la Corte Penal Internacional (CPI), es el primer tribunal penal internacional permanente, a diferencia de los otros tribunales ad hoc o temporales que la precedieron, como el Tribunal de Ruanda y Yugoslavia. La CPI tiene una característica adicional: respeta la regla del juez natural, ya que es un tribunal ex ante, no ex post o elegido posteriormente a la ocurrencia de los hechos, como ocurrió con el Tribunal de Nuremberg. Además, su fuente es el tratado internacional, concretamente el Estatuto de Roma.

El Sistema Regional de los Derechos Humanos (SRDDH) incluye entre otros, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En el caso de Colombia, la vinculación del SIDH se asocia específicamente a dos hitos fundamentales: la adopción del Pacto de Bogotá en 1968 y, posteriormente, la suscripción del Pacto de San José de Costa Rica en 1969 – Convención Americana de Derechos Humanos- Este último será el instrumento internacional de referencia para el análisis comparativo con el derecho interno colombiano.

Por otro lado, es importante mencionar la Carta de Banjul, también conocida como la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, adoptada en 1981 y en vigor desde 1986. Esta carta ha jugado un papel fundamental en la promoción y protección de los derechos humanos en el continente africano, reflejando principios universales de los derechos humanos, pero también incorporando elementos específicos de las tradiciones y contextos africanos, como la importancia de los derechos colectivos y el respeto por las comunidades y pueblos. La Carta ha establecido un marco

normativo que ha servido como base para la creación de instituciones como la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, que supervisa la implementación de sus disposiciones y ofrece un foro para la resolución de disputas en materia de derechos humanos en África. Además, la Carta ha sido instrumental en la evolución del derecho internacional de los derechos humanos.

Para ilustrar el alcance del control que ejerce la Corte Constitucional sobre el bloque de constitucionalidad, se destacan varias sentencias relevantes. Por un lado, la sentencia C-028 de 2006 reiteró que la normativa constitucional no se limita exclusivamente a los artículos que conforman formalmente la Constitución Política, sino que abarca un conjunto de principios, reglas y normas que, al igual que los artículos de la Constitución Política, tienen la más alta jerarquía del ordenamiento jurídico interno. En este sentido; se enfatizó que el bloque de constitucionalidad debe interpretarse de manera sistemática, sin otorgar a los tratados internacionales adquieran un rango superior al de la Constitución. Por tanto, la conformidad de una norma interna con un tratado internacional debe evaluarse a la luz de los principios y valores constitucionales.

En contraste, la sentencia C-458 de 2015 estableció que el bloque de constitucionalidad constituye un parámetro obligatorio para la interpretación y aplicación de todo el ordenamiento jurídico. La Corte reafirmó el principio de supremacía constitucional y la necesidad de una interpretación sistemática que integre la Constitución y los tratados internacionales; lo anterior, fue reiterado en la sentencia C-659 de 2016.

Esta tesis está alineada con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en particular con el caso *Tibi vs. Ecuador*. En dicho caso, la Corte IDH estableció la obligación de los Estados de garantizar la plena efectividad de los derechos humanos y el deber de los jueces nacionales de aplicar los estándares convencionales y jurisprudenciales de la Corte, en el marco de un control de convencionalidad efectivo; en esa oportunidad, la Corte concluyó que el Estado, violó, entre otros derechos, el de ser juzgado en un plazo razonable, conforme lo establece el artículo 8.1 de la CADH.

El caso *Almonacid Arrellanos vs. Chile* complementa esta jurisprudencia, al subrayar la obligación de los Estados Parte de adecuar su ordenamiento jurídico interno a las disposiciones de la Convención Americana. La Corte IDH destacó que los jueces nacionales tienen el deber de aplicar directamente las normas convencionales, asegurando así la plena efectividad de los

derechos reconocidos en la Convención. En este caso, el Estado fue considerado responsable de vulnerar los derechos consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la CADH al mantener en vigencia el Decreto Ley No. 2191¹ después de ratificar la Convención.

La Corte IDH, en la sentencia citada, enfatizó que los poderes judiciales nacionales tienen la obligación de verificar la compatibilidad de las normas internas con la CADH, a fin de asegurar la plena efectividad de los derechos humanos reconocidos en este tratado y evitar responsabilidad internacional del Estado.

Finalmente, la sentencia C-146 de 2021 representó un cambio jurisprudencial en relación con el control de convencionalidad. La Corte rechazó la tesis de la supraconstitucionalidad de los tratados internacionales, argumentando que esta posición es incompatible con el ordenamiento jurídico colombiano. En consecuencia, estableció que la aplicación de la jurisprudencia interamericana debe realizarse de manera contextualizada, teniendo en cuenta las particularidades del ordenamiento interno. Además, concluyó que es compatible con la CADH que los Estados impongan limitaciones a los derechos políticos, siempre y cuando se respeten las garantías del debido proceso.

La sentencia C-030 de 2023, que será analizada en detalle más adelante, destacó el principio de armonización en el control de constitucionalidad. La Corte indicó que la comparación entre una ley y un tratado internacional debe servir para construir interpretaciones que concilien ambas normas y protejan los derechos fundamentales, rechazando una visión jerárquica rígida entre las normas del bloque de constitucionalidad.

3.2. Caso Petro Urrego vs Colombia

Gustavo Francisco Petro Urrego, ciudadano colombiano, perteneciente a una ideología de izquierda y exmilitante del grupo M-19, se reintegró a la vida civil tras la desmovilización y participó activamente en la política. En 2011 fue elegido alcalde de Bogotá para el periodo 2012-2015.

Durante su mandato, la Procuraduría General de la Nación (PGN) lo sancionó debido a su gestión de la crisis de recolección de basuras en diciembre

1 Ley de amnistía, adoptada en 1978 en Chile; el objetivo era impedir que se investigasen hechos para mantener la paz social.

de 2012. Petro expidió el Decreto 570, el cual autorizaba el uso de volquetas y otras medidas transitorias. Sin embargo, la ciudad enfrentó una grave acumulación de residuos, lo que llevó a la apertura de un proceso disciplinario.

El 9 de diciembre de 2013, la PGN, mediante su Sala Disciplinaria, sancionó a Petro con destitución e inhabilidad por 15 años para ocupar cargos públicos, al considerarlo responsable de faltas gravísimas. Esta decisión fue ratificada el 13 de enero de 2014, lo que motivó la intervención de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la cual otorgó medidas cautelares el 18 de marzo de 2014 para suspender la destitución, al considerar que sus derechos políticos se veían afectados.

El presidente de la República ejecutó la sanción el 19 de marzo de 2014, lo que derivó en una serie de acciones de tutela para proteger los derechos de Petro y sus electores. Si bien el Consejo Superior de la Judicatura revocó inicialmente la medida de suspensión, el Tribunal Superior de Bogotá, el 21 de abril de 2014, ordenó acatar las medidas cautelares de la CIDH y restituir a Petro en su cargo.

El mandato de Gustavo Petro como alcalde de Bogotá se completó gracias a las medidas cautelares emitidas por la CIDH, que garantizaron la protección de sus derechos políticos y le permitieron continuar en su cargo hasta el final de su periodo. La intervención de la CIDH subrayó la relevancia del sistema interamericano en la protección de derechos humanos y en la salvaguarda del ejercicio democrático en los Estados miembros.

Este caso representó la primera ocasión en que se exigió a Colombia adaptar su marco jurídico a los estándares internacionales de manera explícita. Anteriormente, en el caso de las Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis), se había ordenado al Estado "...utilizar los medios necesarios para continuar eficazmente las investigaciones y sancionar a todos los responsables de los hechos". (Mendieta, 2022).

La Ley 2094 de 2021, introdujo reformas para ajustar el sistema disciplinario colombiano a los estándares internacionales, incluyendo la separación entre las funciones de instrucción y juzgamiento, y garantizando un mayor respeto por los derechos políticos de los servidores públicos. Este ajuste refuerza el papel de la PGN al ejercer su función disciplinaria y contextualiza los desafíos en el marco del control de convencionalidad. Además, enfatiza la importancia de las reformas introducidas por la Ley 2094 de 2021 para asegurar que las sanciones sean acordes con los estándares internacionales de derechos humanos.

3.3. Del control de convencionalidad difuso y la excepción de inconvencionalidad

En la aplicación de estándares jurisprudenciales como normas convencionales, en casos inter-partes, es importante distinguir entre el control concentrado y el control difuso de convencionalidad; el primero se aplica en el ámbito internacional y está reservado a la Corte IDH como intérprete de la CADH y otros instrumentos del sistema americano; el segundo, es ejercido por los jueces nacionales, quienes verifican la compatibilidad de las normas internas con los tratados internacionales.

En un primer nivel, este control debe ser aplicado por los jueces; sin embargo, se extiende a todos los órganos del Estado, que deben observar los estándares internacionales de convencionalidad. Al respecto, en el Caso Gelman VS. Uruguay la Corte IDH indicó:

«239. La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana². La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” (supra párr. 193), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial.” Se resalta.

Actualmente, no se puede ignorar el Derecho Internacional, especialmente en lo que respecta a la protección de los derechos humanos. Por ello, los operadores jurídicos están obligados a fundamentar sus decisiones priorizando los distintos instrumentos de protección de derechos humanos

2 Asamblea General de la OEA, Resolución AG/RES. 1 (XXVIII-E/01) de 11 de septiembre de 2001

que conforman el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En este contexto, deber aplicar a la excepción de inconvencionalidad como mecanismo de control difuso de convencionalidad. (Castellanos, 2015, p.19)

Cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, todos sus órganos, incluidos los jueces, deben adherirse a dicho tratado. Esto implica que deben garantizar que las disposiciones de la Convención no se vean afectadas negativamente por la aplicación de normas internas que contradigan su propósito y objetivos. Así, jueces y otros órganos responsables de la administración de justicia en todos los niveles tienen la obligación de realizar un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana. Esta tarea debe realizarse dentro del marco de sus competencias y procedimientos procesales específicos, y deben considerar no solo el tratado, sino también la interpretación de la Corte Interamericana, que es la última instancia interpretativa de la Convención Americana (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gelman vs Uruguay, 2006).

En este contexto, surge la siguiente pregunta: ¿un funcionario elegido popularmente puede ser removido de su cargo? La Corte Interamericana, en el caso López Mendoza Vs Venezuela, reafirmó que tal destitución solo es válida si proviene de un juez competente en un proceso penal, de conformidad con lo previsto en el artículo 23-2 de la CADH³. En esta decisión, la Corte declaró la responsabilidad del Estado por la vulneración del derecho a la protección judicial, consagrado en el artículo 25.1, en relación con la obligación de respetar y garantizar los derechos fundamentales, las garantías judiciales y el derecho a ser elegido, establecidos en los artículos 1.1, 8.1, 23.1b y 23.2 de la CADH en perjuicio de López Mendoza⁴.

El control de convencionalidad, en sus modalidades concentrada y difusa, constituye un pilar fundamental para la protección de los derechos humanos dentro del marco de los derechos internacionales, como la CADH. La aplicación efectiva del control de convencionalidad y la excepción de inconvencionalidad asegura que los derechos humanos no se vean comprometidos por normas internas que contravengan los estándares internacionales.

3 Artículo 23. Derechos Políticos: [...] 2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal. Negrillas fuera del texto.

4 Información obtenida en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_233_esp.pdf

Las decisiones de la Corte IDH, como en los casos *Gelman vs. Uruguay* y *López Mendoza vs. Venezuela*, destacan la importancia de que los órganos del Estado actúen conforme a los principios establecidos por la Convención y refuerzan la obligación de respetar y garantizar los derechos fundamentales, consolidando así el compromiso con la protección de los derechos humanos a nivel nacional e internacional.

4. El efecto del Fallo Convencional em el Sistema Jurídico Interno

El control de convencionalidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) guarda una similitud con el control de constitucionalidad que realizan los tribunales constitucionales de los Estados. Así como estos tribunales verifican la conformidad de los actos impugnados con la Constitución, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) evalúa si las acciones de los Estados parte son coherentes con las normas, principios y valores del Corpus Iuris Interamericano. Este proceso asegura que los principios interamericanos sean respetados por los Estados, consolidando el “control de convencionalidad” en un ámbito internacional, que luego es adoptado por los Estados parte. (Velandia S., 2018, p, 70)

El impacto de los fallos convencionales, como el emitido en el caso *Petro Urrego Vs. Colombia*, sobre el ordenamiento jurídico interno es significativo. Dado que Colombia es parte del sistema interamericano de derechos humanos y ha aceptado la competencia de la Corte Interamericana, las sentencias de este tribunal adquieren una jerarquía constitucional dentro del país. Esto implica que los fallos de la Corte IDH no solo tienen un valor persuasivo, sino que se convierten en una fuente directa del derecho interno.

En consecuencia, los jueces y otras autoridades en Colombia están obligados a alinear sus decisiones con los estándares establecidos por la Corte. Este efecto irradiador asegura que las normas y principios internacionales de derechos humanos se integren de manera efectiva en el sistema jurídico nacional, promoviendo así una mayor protección y respeto de los derechos fundamentales.

4.1. Redefinição da linguagem ou comunicação

Como se indicó en el apartado 2.2 del presente artículo, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, el 15 de noviembre

de 2017, al decidir sobre la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por el ciudadano Gustavo Francisco Petro Urrego contra la Nación -Procuraduría General de la Nación-, concluyó que los actos administrativos sancionatorios proferidos por la Sala Disciplinaria de la PGN el 1° de diciembre de 2014 y 13 de enero de 2014, estaban viciados de nulidad. Esto se debió, por un lado, a la falta de competencia del ente que impuso la sanción y a la violación de la garantía mínima del derecho al debido proceso; y, por otro lado, a la infracción del principio de tipicidad de la falta disciplinaria, que guarda relación estricta con el principio de legalidad de la sanción.

El órgano de cierre de la jurisdicción contencioso-administrativa, siguiendo las recomendaciones de la Comisión Interamericana, marcó un hito en la historia de Colombia al declarar, por primera vez, la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales se sancionó al ciudadano Petro Urrego. Además, ordenó a la PGN que, como medida de restablecimiento del derecho, pagara los salarios y prestaciones que el accionante dejó de percibir durante el tiempo que estuvo efectivamente separado del servicio. También exhortó al Gobierno Nacional, al Congreso de la República y a la Procuraduría General de la Nación, para que, en un plazo razonable de dos años evaluaran y adoptaran las medidas necesarias para armonizar el derecho interno con el derecho convencional, con el fin de garantizar los preceptos del artículo 23 de la CADH.

En el contexto de la exhortación, la sentencia Petro Urrego vs Colombia subrayó la necesidad de realizar ajustes normativos, con la finalidad de armonizar el ordenamiento interno con el convencional. Posteriormente, fue expedida la Ley 2094 de 2021, que introdujo modificaciones significativas al CGD, tanto en el aspecto sustancial como procedimental. Estas reformas fueron consolidadas dentro del proyecto de ley presentado por Margarita Cabello Blanco, Procuradora General de la Nación (2020-2024), quien luego de su posesión, y con el fin de cumplir las órdenes de la Corte IDH, consideró la necesidad de realizar los ajustes a la normativa vigente. Siendo el más destacado el de entregarle funciones jurisdiccionales a la PGN, así:

4.2. Reconocimiento y atribución de funciones jurisdiccionales

El artículo 1° de la Ley 2094 de 2021, que modificó el artículo 1° de la Ley 1952 de 2019, atribuyó funciones jurisdiccionales a la PGN para cumplir

los cometidos descritos en el artículo 277.6 de la Constitución Política. Consecuentemente, se estableció que las decisiones sancionatorias que pusieren fin a la actuación disciplinaria, proferidas por la PGN en ejercicio de las funciones jurisdiccionales, serían susceptibles de revisión por la jurisdicción de lo contencioso-administrativo en los términos establecidos en la ley.

Por otra parte, dispuso que, respecto de las decisiones proferidas en contra de servidores públicos de elección popular, la ejecución de la sanción quedaría supeditada a lo que decidiera la autoridad judicial.

No obstante, varios ciudadanos presentaron sendas demandas de inconstitucionalidad contra del inciso segundo del artículo 1º de la Ley 2094 de 2021, que reformó el Código General Disciplinario (en adelante CGD), alegando que la atribución de funciones jurisdiccionales a la PGN vulneraba varios preceptos constitucionales e internacionales.

Entre las principales objeciones se encontraban: la norma desconocía el artículo 93 de la Constitución y el artículo 23.2 de la CADH al no cumplir con el estándar internacional de protección de los derechos políticos; también vulneraba los artículos 29 y 8 de la CADH al otorgarle a la PGN el rol juez, permitiéndole imponer sanciones de naturaleza penal; además, no garantizaba la independencia y autonomía necesarias para la imposición de las sanciones; y transgredía el artículo 116 superior al no cumplir con el requisito de excepcionalidad en la atribución de funciones jurisdiccionales.

Inicialmente, la Corte Constitucional publicó los comunicados de prensa 01 y 04 del 16 de febrero de 2023, en donde consideró pertinente resolver el siguiente problema jurídico: ¿es constitucional que las sanciones de destitución, suspensión e inhabilidad se impongan a servidores públicos de elección popular por la Procuraduría General de la Nación PGN, en ejercicio de función jurisdiccional?

Para su resolución, la Corte determinó que era necesario evaluar si la norma demandada desconoció los artículos 29, 40.1, 93, 116, 118, 277-5 y 277-6 de la Constitución y los artículos 8 y 23.2 de la CADH.

Luego de analizar el contexto de la norma demandada y su impacto en el régimen disciplinario, basado en un nuevo modelo de investigación y juzgamiento de servidores públicos de elección popular, la Corte tuvo en cuenta tanto la jurisprudencia precedente sobre atribución de funciones jurisdiccionales a autoridades administrativas como el ejercicio de funciones sancionatorias de la PGN respecto a servidores de elección popular, en armonía con la jurisprudencia de la Corte IDH y el régimen constitucional

interno, conforme a los criterios establecidos de antaño por la jurisprudencia de la Corte Constitución.

La Corte estableció como regla jurisprudencial que la imposición de sanciones de destitución, suspensión e inhabilidad a servidores públicos de elección requiere la intervención de un juez. En este sentido, declaró la inexecutable de las expresiones “jurisdiccionales” y “jurisdiccional” de los artículos 1, 54, 73 y 74 de la Ley 2094 de 2021 (que modificaron los artículos 2, 238A, 265 de la Ley 1952 de 2019), al verificar la vulneración del artículo 116 de la Constitución. La Corte argumentó que la atribución de dichas funciones no cumplía con los requisitos constitucionales: primero, no se estableció de manera excepcional, sino general; segundo, debió haber sido contenida en una norma con fuerza material de ley; tercero, debía existir un ámbito material claramente delimitado sobre el cual se ejercieran dichas funciones; y cuarto, no se pueden asignar funciones jurisdiccionales a autoridades administrativas para la investigación y juzgamiento de delitos.

Por otra parte, la Corte precisó que las funciones disciplinarias que ejerce la PGN son de naturaleza administrativa y no jurisdiccional y, en este sentido, declaró la executable condicionada de los artículos 13, 16 y 17 de la Ley 2094 de 2021, en el entendido de que las funciones disciplinarias que ejerce la PGN son de naturaleza administrativa y no jurisdiccional.

Después de casi seis meses de haber sido publicada la parte resolutive de la sentencia C-030 de 2023 a través de los comunicados de prensa 01 y 04; el 10 de agosto de 2023 se publicó el texto completo de la sentencia, constituyéndose en la primera decisión, a través de la cual realizó el estudio de constitucionalidad de una norma tramitada ante el Legislativo en acatamiento de las órdenes dadas por la Corte IDH en decisión proferida en contra del Estado colombiano, concretamente el caso Petro Vs Colombia.

En la sentencia C-030 del 16 de febrero de 2023, la Corte Constitucional: declaró la inexecutable de las expresiones «jurisdiccionales» y «jurisdiccional» contenidas en los artículos 1º, 54, 73 y 74 de la Ley 2094 de 2021; declaró la executable condicionada de: (i) el artículo 1º de la Ley 2094 de 2021 (que modificó el art. 2º de la Ley 1952 de 2019), bajo el entendido de que la determinación de las sanciones de destitución, suspensión e inhabilidad a servidores públicos de elección popular, corresponderá al juez contencioso administrativo; (ii) los artículos 13, 16 y 17 de la Ley 2094 de 2021, en el entendido de que las funciones disciplinarias que ejerce la PGN son de naturaleza administrativa y no jurisdiccional; (iii) el artículo

54 de la Ley 2094 de 2021, en el sentido de que el recurso extraordinario de revisión operará solamente cuando se impongan sanciones de destitución, suspensión e inhabilidad a servidores públicos de elección popular, por ministerio de la ley, de manera automática e inmediata; y, finalmente, exhortó al Congreso de la República para adoptare un estatuto de los servidores públicos de elección popular, incluido un régimen disciplinario especial, que materialice los más altos estándares nacionales e internacionales en materia de protección y garantía de los derechos políticos y electorales.

4.3. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1º de la Ley 2094 de 2021

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en la Sentencia C-030 de 2023, abordó la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1º de la Ley 2094 de 2021, estableciendo un precedente significativo en la evolución del derecho disciplinario en Colombia, al armonizarlo con los estándares internacionales. En esta sentencia, la Corte declaró inexecutable las disposiciones que atribuían funciones jurisdiccionales de la PGN, consolidando así un control judicial más robusto que garantiza una mayor protección de los derechos fundamentales de los servidores públicos elegidos popularmente.

La decisión enfatizó que el recurso extraordinario de revisión, consagrado en el Código General Disciplinario, debe ser interpretado y aplicado como el medio jurisdiccional adecuado para materializar la reserva judicial en la imposición de sanciones de destitución, suspensión e inhabilidad, que puedan restringir los derechos políticos a los servidores públicos de elección popular

Por consiguiente, las decisiones sancionatorias de la PGN no pueden ser ejecutadas antes de que medie el control jurisdiccional del órgano de cierre de la jurisdicción contencioso- administrativo, a través de la Sala Especial del Consejo de Estado.

La Corte advirtió que el recurso extraordinario de revisión podía operar como un control judicial automático e integral de las decisiones de la PGN, similar al grado jurisdiccional de consulta, presente en algunas especialidades del derecho. No obstante, señaló que por unidad normativa⁵ dicho control

5 Al respecto destacó que la unidad normativa de las normas que regulan el mecanismo de revisión fue solicitada en la intervención de la Academia Colombia de Derecho Sancionatorio; advirtiendo la necesidad de integral la unidad normativa de los artículos 1º (integro), 13, 16, 17,

debía ser analizado y modulado, para no contradecir la jurisprudencia constitucional, particularmente la sentencia C-091 de 2022. En esta sentencia, se precisó que el control automático de las decisiones sancionatorias fiscales de la Contraloría General de la República resulta desproporcionado frente a los derechos de defensa del sancionado, al restringir sus garantías procesales, una postura que ya había adoptado la Sala Plena del Consejo de Estado en junio de 2021.

La Corte Constitucional, en la sentencia C-030 de 2023, aclaró que, independientemente de su denominación, dicho recurso debe entenderse como un instrumento de control y un mecanismo de revisión de la decisión sancionatoria de la PGN por parte del juez contencioso-administrativo; así mismo, destacó que las causales que permiten interponer este recuso son más amplias que las contempladas en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Finalmente, la Corte concluyó que, a partir una interpretación sistemática, armónica y ponderada de los mandatos superiores contenidos en los artículos 29, 92, 93, 44.1, 277.6 de la Constitución, así como en los artículos 8 y 23.2 de la CADH, las decisiones sancionatorias de destitución, suspensión e inhabilidad de la PGN, en contra de servidores de elección popular, no pueden quedar ejecutoriadas ni ser ejecutables antes de que un juez una determinación final mediante sentencia. Por ello, la Corte declaró inexecutable la expresión “ejecutoriadas”, contenida en el artículo 54 de la Ley 2094 de 2021.

4.4. Posición del Consejo de Estado

4.4.1. Sanciones de Destitución e Inhabilidad General

La jurisprudencia del Consejo de Estado, en consonancia con la sentencia C-030 de 2023, ha establecido que la imposición de sanciones que restringen los derechos políticos de los servidores públicos elegidos popularmente debe ser realizada por un juez.

El órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo -como se verá reflejado en el siguiente cuadro-, con fundamento en la

54, 73 y 74 de la Ley 2094 de 2021. Lo anterior, con la finalidad de: (i) evitar que un eventual fallo de inexecutable resulte inocuo y (ii) garantizar la coherencia del ordenamiento jurídico, el debido proceso y los principios pro actione y de economía procesal.

sentencia C-030, al resolver las demandas interpuestas por varios servidores públicos o sus apoderados mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, declaró la nulidad de varios administrativos a través de los cuales la PGN impuso sanciones de destitución, suspensión e inhabilidad a servidores públicos de elección popular, en vigencia de la Ley 734 de 2002. Lo anterior, en aplicación de la excepción de inconventionalidad del artículo 44.1 de la Ley 734 de 2002, argumentando que dichas sanciones no se ajustaron a la normativa que regula la restricción de los derechos políticos y las garantías judiciales, expresamente protegidas por la CADH (art. 23.2).

En este contexto, el Consejo de Estado ha enfatizado la obligación de realizar un control de convencionalidad, interpretando las normas internas a la luz de los estándares internacionales. En línea con este deber, las subsecciones A y B de la Sección Segunda de esa corporación han aplicado la excepción de inconventionalidad del artículo 44.1 de la Ley 734 de 2002 en aquellos procesos que restringen los derechos políticos de los servidores públicos elegidos popularmente. Como resultado, se ha declarado la nulidad de varios actos administrativos proferidos por la PGN, entre los cuales se destacan los siguientes:

Fecha	Demandante (s) ⁶	Cargo (s)	Sanción
15/11/2017	G.F.P.U. ⁷	Alcalde mayor de Bogotá	Destitución e inhabilidad general de 15 años

6 Los autores consideran conveniente que los datos de las partes sean suprimidos por las iniciales de los nombres y apellidos, con el propósito de proteger los derechos contemplados en el artículo 15 de la Constitución Política de Colombia.

7 Radicado: 11001032500020140036000 (1131-2014). Consejero Ponente, César Palomino Cortés, del 15 de noviembre de 2017. La decisión del Consejo de Estado, fue proferida antes de la expedición del fallo por la Corte IDH; sin embargo, tuvo en cuenta el alcance fijado por esta en el caso Leopoldo López Vs Venezuela, el 1 de septiembre de 2011, con ocasión de la inhabilidad impuesta a Leopoldo López Mendoza para el ejercicio de la función pública, por una autoridad administrativa, así como también se restringió su participación en las elecciones regionales de 2008. En dicha oportunidad, precisó: “107. El artículo 23.2 de la Convención determina cuáles son las causales que permiten restringir los derechos reconocidos en el artículo 23.1, así como, en su caso, los requisitos que deben cumplirse para que proceda tal restricción. En el presente caso, que se refiere a una restricción impuesta por vía de sanción, debería tratarse de una ‘condena, por juez competente, en proceso penal’. Ninguno de esos requisitos se ha cumplido, pues el órgano que impuso dichas sanciones no era un ‘juez competente’ [fue la Contraloría General de la República de Venezuela], no hubo ‘condena’ y las sanciones no se aplicaron como resultado de un ‘proceso penal’, en el que tendrían que haberse respetado las garantías judiciales consagradas en el artículo 8 de la Convención Americana [Garantías judiciales].” En decisión del 13 de febrero de 2018, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo negó la solicitud de aclaración de la sentencia del 15 de noviembre de 2017, propuesta por la PGN.

Fecha	Demandante (s) ⁶	Cargo (s)	Sanción
29/06/2023	E.C.M.M. ⁸	Senador de la República 2010-2014	Destitución e inhabilidad general por 10 años
27/07/2023	J.C.A.C. ⁹	Gobernador Valle del Cauca	Destitución e inhabilidad de 10 años
11/10/2023	C.H.A. ¹⁰	Alcalde de Miraflores, Boyacá 2007-2011	Destitución e inhabilidad general por el término de 10 años y 3 meses.
30/11/2023	J.O.C. ¹¹	Alcalde Dagua, Valle	Destitución e inhabilidad general de 10 años
30/11/2023	J.L.A.L. ¹²	Alcalde Magangué (2004-2007)	Destitución e inhabilidad general de 18 años.
12.12.2023	R.E.P.M. ¹³	Concejal de Turbaco, Bolívar (2012-2015)	Destitución e inhabilidad general de 15 años.
12.12.2023	V.I.R.L. ¹⁴	Gobernador de Caquetá	Destitución e inhabilidad general de 11 años
08/02/2024	Y.S.S. ¹⁵	Alcalde Oporapa, Huila	Destitución e inhabilidad general de 13 años
08/02/2024	O.F.C.O. ¹⁶	Alcalde de Colón, Génova	Suspensión de cuatro (4) meses, convertida en salarios devengados al momento de los hechos (\$12.835.348)

8 Radicado: 11001-03-25-000-2013-00561-00 (1093-2013). Consejero Ponente: Juan Enrique Bedoya Escobar, 29 de junio de 2023

9 Radicado 76001-23-33-000-00351-01 (5471-2019)

10 Radicado: 15001-23-33-000-2014-00564-01. Consejero Ponente, César Palomino Cortés, 11 de octubre de 2023

11 Radicado: 76001233300020140089100. Consejero ponente: César Palomino Cortés, 30 de noviembre de 2023

12 Radicado: 11001 03 25 000 2011 00142 00 (0487-2011). Consejero ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas, 30 de noviembre de 2023

13 Radicado: 13001-23-33-000-2015-00784-01 (0844-2022). Consejero ponente: Juan Enrique Bedoya Escobar, 12 de diciembre de 2023. Además de la nulidad y la eliminación de los antecedentes disciplinarios de las bases de datos; ordenó a la PGN a pagar los honorarios dejados de percibir como consecuencia de la destitución y los demás emolumentos a que hubiere lugar.

14 Radicado: 18001-23-33-000-2016-00231-01 (1286-2019). Consejero ponente: César Palomino Cortés, 12 de diciembre de 2023.

15 Radicado: 41001 23 33 000 2018 00153 01 (3240-2020). Consejero ponente: Jorge Iván Duque Gutiérrez, 8 de febrero de 2024.

16 Radicado 52001233300020180046100 (4256-2021). Consejero ponente: Jorge Iván Duque Gutiérrez, 8 de febrero de 2024.

Fecha	Demandante (s) ⁶	Cargo (s)	Sanción
08/02/2024	S.J.G. ¹⁷	Concejal de Bogotá	Destitución e inhabilidad general de 10 años
08/02/2024	J.A.R.C. ¹⁸	Alcalde Juan de Acosta, Atlántico	Destitución e inhabilidad general por el término de 10 años
22/02/2024	R.H.S. ¹⁹	Alcalde de Bucaramanga (2016-2019)	Suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad por ocho (8) meses, convertida al monto del salario devengado para la época de los hechos (\$124.103.040)
04/04/2024	M.S.R.M. ²⁰	Representante a la Cámara (2014-2018)	Destitución e inhabilidad general por el término de 10 años
04/04/2024	J.J.O.G.	Concejal de San Juan de Betulia, Sucre (2012-2015)	Destitución e inhabilidad general por el término 10 años
23/05/2024	J.F.G.C. ²¹	Gobernador de la Guajira (2012-2015)	Destitución e inhabilidad general por el término 12 años
26/06/2024	R.B.C.F. ²²	Concejal de Soledad, Atlántico	Destitución e inhabilidad general por el término 10 años

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha desarrollado una interpretación evolutiva de la Ley 734 de 2002, en particular, de los artículos 44, numerales 1, 2, 3; y 45, numerales 1 y 2, adecuándola a los estándares internacionales de derechos humanos. En particular, el caso *Petro Urrego vs Colombia*, ha sentado un precedente al declarar inconstitucional la atribución a la PGN de imponer sanciones que restringen los derechos políticos de servidores públicos electos, con el argumento de que tal facultad es propia de la función jurisdiccional.

17 Radicado: 25000234200020180030401 (2222-2020). Consejero ponente: Jorge Iván Duque Gutiérrez, 8 de febrero de 2024. Destaca consideraciones párrafo 128 de la Corte IDH en el Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*.

18 Radicado: 11001 03 25 000 2012 00156 00 (0673-2012). Consejero ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas.

19 Radicado: 680012333000020210034001 (6334-2022). Consejero Ponente: Jorge Iván Duque Gutiérrez, 22 de febrero de 2024.

20 Radicado 11001-03-25-000-2022-00216-00 (0371-2022). Consejero Ponente: Jorge Iván Duque Gutiérrez, 4 de abril de 2024.

21 Radicado. Consejero Ponente: Jorge Iván Duque Gutiérrez, 23 de mayo de 2024.

22 Radicado: 08001233300020200039202 (3315-2023). Consejero Ponente: Jorge Portocarrero Banguera.

La Procuraduría General de la Nación presentó una acción de tutela en contra de once decisiones del Consejo de Estado, que decretaron la nulidad de las decisiones adoptadas por la PGN en el marco de la Ley 734 de 2002, argumentando una vulneración a su derecho al debido proceso.

Los principales argumentos de la Procuraduría fueron:

- Violación al control de convencionalidad: Afirmó que el Consejo de Estado excedió sus competencias al realizar un control de convencionalidad que contradecía los mandatos constitucionales.
- Desconocimiento de su competencia: Señaló que el Consejo de Estado desconoció la jurisprudencia constitucional que reconoce sus competencias disciplinarias en sede administrativa y los efectos de la Sentencia C-030 de 2023.
- Defecto sustantivo en la decisión: Indicó que el Consejo de Estado no resolvió de fondo los cargos de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por el disciplinado.

4.5. Decisiones de la Corte Constitucional encaminadas a solucionar el conflicto

La Corte Constitucional, en las sentencias SU-381 de 2024²³ y SU 383 de 2024²⁴ del 11 de septiembre de 2024, respaldó la posición de la Procuraduría General de la Nación y dejó sin efecto las decisiones del Consejo de Estado que declararon la nulidad de las sanciones impuestas al entonces senador de la República Eduardo Carlos Merlano Morales²⁵ y del exgobernador del Valle del Cauca Juan Carlos Abadía Campo²⁶, la Corte reconoció que, al momento en que se impusieron las sanciones que restringieron los derechos políticos de los servidores públicos electos, la atribución de la PGN no había sido declarada inconvencional, encontrando respaldo en la normativa vigente y la jurisprudencia de la época.

La Corte Constitucional, a través de estas sentencias de unificación, fijó lineamientos claros para la resolución de los recursos de nulidad y

23 Comunicado de prensa, 11 de septiembre de 2024. Expediente T-10.010.054 M.P. Diana Fajardo Rivera

24 Comunicado de prensa, 11 de septiembre de 2024. Expediente: D:15631. M.P. Juan Carlos Cortés González.

25 11001-03-25-000-2013-00561-00 (1093-2013).

26 76001-23-33-000-2017-00351-01 (5471-2019).

restablecimiento del derecho interpuestos contra decisiones proferidas por la PGN en el marco de la Ley 734 de 2002.

Los puntos resueltos por la alta corporación en las sentencias de unificación son:

- Revocatoria de sentencias anteriores: La Corte anuló las decisiones previas del Consejo de Estado que habían limitado las competencias de la Procuraduría.
- Protección del derecho al debido proceso de la Procuraduría: La Corte reconoció que el Consejo de Estado había vulnerado el derecho al debido proceso de la Procuraduría al desconocer sus competencias.
- Restauración de las competencias de la Procuraduría: La Corte reafirmó que la Procuraduría tenía la competencia para imponer sanciones de destitución e inhabilidad a servidores públicos de elección popular para la fecha en que se emitieron los actos administrativos cuestionados.
- Orden de resolver de fondo la demanda: La Corte ordenó al Consejo de Estado que resolviera de fondo la demanda presentada por la Procuraduría, teniendo en cuenta sus competencias.
- Exhorto a las autoridades judiciales: La Corte instó a las autoridades judiciales a garantizar el acceso a la justicia de manera oportuna en los procesos disciplinarios que involucren a servidores públicos de elección popular.
- Cumplimiento de la Sentencia C-030 de 2023: La Corte reiteró la importancia de cumplir con lo establecido en la Sentencia C-030 de 2023, que limita el recurso extraordinario de revisión y garantiza la protección de los derechos políticos.
- Exhorto al Congreso: La Corte exhortó al Congreso a adoptar un estatuto especial para los servidores públicos de elección popular, que garantice la protección de sus derechos políticos.

Estas sentencias reafirman las competencias de la PGN con anterioridad a las órdenes emitidas por la CIDH en el caso *Petro Urrego vs Colombia*; sus competencias disciplinarias y establece un precedente importante para la resolución de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho en procesos adelantados en contra de servidores públicos de elección popular, en vigencia de la Ley 734 de 2002.

4.5. Sanciones de suspensión

En relación con las sanciones de suspensión, en la Sección Segunda del Consejo de Estado ha evidenciado una notable divergencia de criterios. Por un lado, ha sostenido que cuando la suspensión no se ejecuta por culminación del período constitucional, se produce una conversión a salarios, situación que conlleva, del mismo modo, a la restricción de derechos políticos del servidor público, incluso cuando la sanción no se ha ejecutado efectivamente; por otro lado, ha argumentado que, en los casos en que el servidor no se encontraba en el ejercicio del cargo, la sanción se convierte en multa; en ambas posturas el fundamento de la regla jurisprudencial fijada es el inciso 2° del artículo 46 del Código Disciplinario Único (CDU),

A modo de ilustración, se sintetizan las dos posturas contrarias:

Postura 1 ²⁷	Postura 2 ²⁸
La sanción de suspensión impuesta a los demandantes, al ser finalmente convertida en multa –en aplicación del inciso 2 del artículo 46 de la Ley 734 de 2002, no contraría el orden convencional porque, las multas no restringen o limitan el derecho político pasivo de ser elegido para ocupar una investidura o dignidad pública; sin embargo, declaró la nulidad de los actos demandados por atipicidad de la conducta y condenó a la PGN a pagarles las sumas candeladas por virtud de la resolución 078 del 4 de septiembre de 2013, que dio cumplimiento al fallo disciplinario.	La sanción de suspensión del cargo, convertida en el pago de salarios devengados al momento de los hechos –en aplicación del artículo 46 de la Ley 734 de 2002, es contraria a la normativa que regula el ejercicio de los derechos políticos y las garantías judiciales consagrados en la Convención Americana y, por consiguiente, como el marco normativo que sirvió de fundamento para sancionar fue el mismo que la Corte IDH reprobó en el precedente convencional, es palmaria la ilegalidad del acto administrativo.

En lo que concierne a la primera posición, es importante señalar que el Consejo de Estado incurre en una imprecisión al afirmar que la sanción de suspensión se convierte en multa cuando no puede ejecutarse. La normativa en cuestión –el inciso 2° del artículo 46–, establece que la conversión se realiza

27 Con ponencia del doctor Juan Enrique Bedoya Escobar: radicados 11001-03-25-000-2013-01491-00 (3790-2013), del 11 de octubre de 2023; 11001-03-25-000-2012-00499-00 (1981-2012), del 2 de noviembre de 2023. Con ponencia de César Palomino Cortés: radicado 41001 23 33 000 2013 00457-02 (0854-2020), del 21 de febrero de 2024.

28 Con ponencia del doctor Jorge Iván Duque Gutiérrez: radicado 52001233300020180046100 (4256-2021), del 8 de febrero de 2024.

a «salarios». Cabe destacar que las sanciones de «multa» y «suspensión» tienen naturalezas distintas; la imposibilidad de ejecutar una sanción no implica su transformación en otra. En este sentido, la suspensión impuesta a un servidor público no se convierte en una multa simplemente porque no pueda ser ejecutada.

4.6. Sanción de Inhabilidad Sobreviniente -art. 38.2 de la Ley 734 de 2002-

El caso de C.G.V.²⁹, giró en torno a la aplicación de la sanción de inhabilidad sobreviniente, prevista en el artículo 38.2 de la Ley 734 de 2002, a una alcaldesa y posteriormente gobernadora que acumuló múltiples sanciones disciplinarias. Esta sanción implicaba la imposibilidad de ejercer cargos públicos por un periodo determinado.

El Tribunal Administrativo de Huila declaró la nulidad de las sanciones impuestas a C.G.V., incluyendo la inhabilidad sobreviniente, argumentando que la Procuraduría General de la Nación (PGN) no tenía la facultad legal para imponer dicha sanción y que esta vulneraba sus derechos políticos.

La decisión fue confirmada parcialmente por el Consejo de Estado, anulando únicamente la imposición de la inhabilidad sobreviniente, al considerar que esta sanción restringía indebidamente el derecho político de C.G.V. y era incompatible con la CADH., con fundamento en las siguientes consideraciones:

- Protección de los derechos políticos: El Consejo de Estado enfatizó la importancia de proteger los derechos políticos de los servidores públicos, especialmente cuando se trata de cargos para los cuales han sido elegidos democráticamente.
- Interpretación restrictiva de las sanciones: Las sanciones disciplinarias deben interpretarse de manera restrictiva, evitando restricciones excesivas a los derechos fundamentales.
- Compatibilidad con la CADH: La imposición de la inhabilidad sobreviniente en el caso concreto se consideró incompatible con lo dispuesto

29 Radicado: 41001-23-33-000-2014-00340-02 (2194-2019). Consejero Ponente: Juan Enrique Bedoya Escobar, 11 de agosto de 2023. El problema que resolvió la Corte, entre otros, fue el siguiente: ¿La imposición a la accionante de la inhabilidad sobreviniente descrita en el inciso 2 del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, por haber acumulado en los últimos 5 años 3 sanciones culposas, es ilegal, porque la norma se refiere es a faltas dolosas?

en el artículo 23.2 de la CADH, que garantiza el derecho a elegir y ser elegido.

En conclusión, el caso de C.G.V. sienta un precedente importante en cuanto a la aplicación de la sanción de inhabilidad sobreviniente. El Consejo de Estado ha delimitado los alcances de esta sanción, estableciendo que su imposición debe ser excepcional y estar debidamente justificada, siempre teniendo en cuenta la protección de los derechos fundamentales de los servidores públicos.

4.7. Suspensión provisional de la sanción de destitución e inhabilidad a E.B.F. impuesta por la PGN a E.B.F (Gobernador de Córdoba 2016-2019)

La Subsección B de la Sección Segundo del Consejo de Estado suspendió provisionalmente la sanción de destitución e inhabilidad de diez (10) años impuesta a E.B.F., en su condición de gobernador de Córdoba (2016-2019). La alta corporación consideró que esta sanción, impuesta por la PGN, vulneraba las garantías judiciales y el principio de jurisdiccionalidad consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En su providencia, señaló que las decisiones que imponen sanciones de destitución a servidores elegidos popularmente deben ser emitidas por un juez competente y no por una autoridad administrativa. Para fundamentar su decisión, el tribunal realizó un análisis de convencionalidad entre la normativa interna y la Convención Americana, concluyendo que la imposición de esta sanción por parte de la Procuraduría es contraria los estándares internacionales.

Asimismo, consideró que existían motivos suficientes para suspender provisionalmente los efectos de los fallos disciplinarios impugnados, dado que la restricción de los derechos políticos del actor fue impuesta por una autoridad administrativa carente de competencia para ello, en contravención de los estándares internacionales.

El máximo órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa se basó en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, en casos como López Mendoza vs Venezuela y Petro Urrego vs Colombia, ha establecido que las sanciones de destitución e inhabilidad impuestas a funcionarios electos por autoridades administrativas son contrarias a la Convención.

5. Conclusiones

La sentencia *Petro Urrego vs Colombia* ha generado tensión en el sistema jurídico colombiano, pues existe una contradicción entre un compromiso contenido en un tratado internacional (artículo 23 de la Declaración Interamericana de Derechos Humanos) y una norma de la Constitución Política de 1991 (Artículo 277), especialmente cuando se trata de destituir e inhabilitar a servidores públicos de elección popular. Si bien la Procuraduría General de la Nación (PGN) ha intentado avanzar en la defensa de la legalidad y el orden público, la implementación del control de convencionalidad sigue representando un desafío, pues requiere la reinterpretación y ajuste de las normas internas de acuerdo con los tratados internacionales de derechos humanos.

La citada sentencia de la CIDH ha puesto de manifiesto la necesidad urgente de ajustar el marco normativo colombiano para alinearlo con las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La CIDH, al decidir este caso, advirtió la obligación de los Estados de garantizar que las sanciones disciplinarias no vulneren los derechos políticos de los funcionarios electos. Este pronunciamiento ha sentado un precedente importante para el futuro del derecho disciplinario en Colombia.

Las reformas introducidas por la Ley 2094 de 2021, representan un paso hacia la armonización entre el derecho interno y el internacional. No obstante, la Corte Constitucional ha señalado que estas sanciones requieren el control jurisdiccional de un juez, garantizando así una protección más robusta de los derechos fundamentales y con la intención de acercar más el modelo jurídico colombiano a estándares convencionales.

Referências

- ACOSTA ALVARADO, P. A. *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel: El caso interamericano*. Medellín: Universidad Externado de Colombia, 2015.
- BELLÓN MORALES, L. E. *Naturaleza jurídico-política de la Procuraduría General de la Nación. Dissertação (Mestrado em Direito)* - Universidad Católica de Colombia, 2015.
- CASTELLANOS, L. A. *El control difuso de convencionalidad: La excepción de inconvencionalidad del sistema regional interamericano de protección de derechos humanos desde la perspectiva del sistema jurídico colombiano*. Medellín: Derecho y Justicia, 2015.
- COLOMBIA. *Constitución de 1930*. Bogotá, 1930.
- COLOMBIA. *Decreto 570*. Bogotá, 2012. Disponível em: <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=50876>
- COLOMBIA. *Decreto 797 de 2014*. Bogotá, 2014. Disponível em: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=57207>
- COLOMBIA. *Decreto Ley 1950 de 1973*. Bogotá. Disponível em: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1525>
- COLOMBIA. *Decreto Ley 262*. Bogotá, 2000. Disponível em: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=40618>
- COLOMBIA. *Lei 4 de 1913*. Bogotá. Disponível em: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=8426>
- COLOMBIA. *Ley 13 de 1984*. Bogotá. Disponível em: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=14630#:~:text=Tiene%20por%20objeto%20asegurar%20a,que%20les%20corresponden%20como%20tales>.
- COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-225/95*. MP: Alejandro Martínez, 18 de mayo de 1995.
- COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-028/06*. MP: Humberto Antonio Sierra Porto, 26 de enero de 2006.
- COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-541/10*. MP: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 30 de junio de 2010.
- COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-941/10*. MP: Jorge Iván Palacio Palacio, 24 de noviembre de 2010.
- COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-269/14*. MP: Luis Ernesto Vargas Silva, 2 de mayo de 2014.
- COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-458/15*. MP:

- Gloria Stella Ortiz Delgado, 22 de junio de 2015.
COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-659/16*. MP:
Aquiles Arrieta Gómez, 28 de noviembre de 2016.
COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-086/19*. MP:
Luis Guillermo Guerrero Pérez, 27 de febrero de 2019.
COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-111/19*. MP:
Carlos Bernal Pulido, 13 de marzo de 2019.
COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-146/21*. MP:
Cristina Pardo Schlesinger, 20 de mayo de 2021.
COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-091/22*. MP:
Cristina Pardo Schlesinger, 10 de marzo de 2022.
COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-030/23*. MP:
José Fernando Reyes Cuartas y Juan Carlos Cortés González, 16 de
febrero de 2023.
COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia SU-381 de 2024*.
MP: Diana Fajardo Rivera, 11 de septiembre de 2024.
COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia SU-383 de 2024*.
MP: Juan Carlos Cortés González, 11 de septiembre de 2024.
COLOMBIA. Consejo de Estado de Colombia. *Sentencia 1100103*
25000201400360. MP:
COLOMBIA. Consejo de Estado de Colombia. *Sentencia 1100103*
2500020130056100. MP: César Palomino Cortés, 15 de noviembre de
2017.
COLOMBIA. Consejo de Estado de Colombia. *Sentencia 41001-23-33-000-*
2014-00340-02. MP: Juan Enrique Bedoya Escobar, 29 de junio de 2023.
COLOMBIA. Consejo de Estado de Colombia. *Sentencia 11001-03-25-000-*
2013-01491-00. MP: Juan Enrique Bedoya Escobar, 11 de agosto de 2023.
COLOMBIA. Consejo de Estado de Colombia. *Sentencia 11001-03-25-000-*
2012-00499-00. MP: Juan Enrique Bedoya Escobar, 11 de octubre de
2023.
COLOMBIA. Consejo de Estado de Colombia. *Sentencia 76001233300*
020140089100. MP: César Palomino Cortés, 30 de noviembre de 2023.
COLOMBIA. Consejo de Estado de Colombia. *Sentencia 11001032*
500020110014200. MP: Rafael Francisco Suárez Vargas, 30 de noviem-
bre de 2023.
COLOMBIA. Consejo de Estado de Colombia. *Sentencia 1300123330002*
0150078401. MP: Juan Enrique Bedoya Escobar, 12 de diciembre de 2023.

- COLOMBIA. Consejo de Estado de Colombia. *Sentencia 41001 233300020180015301*. MP: Iván Duque Gutiérrez, 8 de febrero de 2024.
- COLOMBIA. Consejo de Estado de Colombia. *Sentencia 52001233300020180046100*. MP: Iván Duque Gutiérrez, 8 de febrero de 2024.
- COLOMBIA. *Ley 25 de 1974*. Bogotá. Disponible em: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=75391>
- COLOMBIA. *Ley 200 de 1995*. Bogotá. Disponible em: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=318>
- COLOMBIA. *Ley 734 de 2002*. Bogotá. Disponible em: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=4589>
- COLOMBIA. *Ley 796 de 2003*. Bogotá. Disponible em: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=7144>
- COLOMBIA. *Ley 1564 de 2012*. Bogotá. Disponible em: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=48425>
- COLOMBIA. *Ley 1851 de 2021*. Bogotá. Disponible em: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=175150>
- COLOMBIA. *Ley 1952 de 2019*. Bogotá. Disponible em: <https://www1.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=90324>
- COLOMBIA. *Ley 2094 de 2021*. Bogotá. Disponible em: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=165113>
- COLOMBIA. *Ley Fundamental de Angostura*. Bogotá, 1819. Disponible em: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=13688>
- COLOMBIA. *Ley Fundamental de la Nueva Granada*. Bogotá, 1831. Disponible em: <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=13693>
- COLOMBIA. *Pacto de Bogotá*. Bogotá, 1968. Disponible em: <https://www.oas.org/csh/portuguese/novosdocsolcpacf.asp>
- COLOMBIA. *Pacto de San José de Costa Rica – Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Bogotá, 1969. Disponible em: https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf
- COLOMBIA. Reglamento Interno de la Corte Constitucional - Acuerdo 02. Bogotá, 2015. Disponible em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/REGLAMENTO%20CORTE%20CONSTITUCIONAL-reformado%20por%20el%20Acuerdo%2001%20de%202020.pdf>

- MENDIETA, David. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Petro Urrego: La orden más difícil de cumplir para Colombia. *Revista Jurídica*, 3 (70), 463-507, 2022.
- PERDOMO, C. C. *La Procuraduría en Colombia: Procuraduría General y fiscalías: Historia constitucional y legal, 1819-1986*. Medellín: Secretaría de Información y Prensa de la Presidencia de la República de Colombia, 1986.
- POMBO, M. A.; GUERRA, J. J. *La Gran Colombia: Reglamento provisorio para el establecimiento del Poder Judicial y Ley fundamental de la República de Colombia*. Medellín: Colección General, 1951.
- VALENCIA VILLA, H. *Cartas de batalla: Una crítica del constitucionalismo colombiano*. Medellín: Panamericana Editorial Ltda, 2020.
- VELANDIA, A.; AVENDANO, A.; RODRÍGUEZ, D.; RAMÍREZ, D.; SÁNCHEZ, J. S.; MORALES, J. A.; ARIZA, M. Y; REYES, S. H. *El Estado colombiano frente al Sistema Interamericano de Derechos Humanos: El derecho humano a la vida*. Medellín: Derecho y Justicia, 2018.
- WEBER, H. *La izquierda explicada a mis hijas*. Medellín: Fondo de Cultura Económica, 2001.

Recebido em 11 de outubro de 2024.

Aprovado em 22 de outubro de 2024.

RESUMO: El presente artículo analiza a los efectos de la sentencia Petro Urrego vs Colombia en el ordenamiento jurídico colombiano. En especial se ocupa de los intentos del país andino de adaptar las competencias de la Procuraduría General de la Nación a las órdenes dadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y contenidas en la citada sentencia y como su implementación ha llevado a choques entre diferentes autoridades tales como la Procuraduría General de la Nación, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional. Con el uso de una metodología analítico-descriptiva se pudo concluir que el Estado colombiano debe ir adaptando su normativa conforme a estándares convencionales para garantizar una mayor protección de los derechos políticos de los servidores públicos de elección popular.

Palavras-chave: Control de Convencionalidad; Corte Interamericana de Derechos Humanos; Funciones Jurisdiccionales; Bloque de Constitucionalidad.

ABSTRACT: This article analyzes the effects of the Petro Urrego vs. Colombia ruling on the Colombian legal system. It deals especially with the Andean country's attempts to adapt the powers of the Attorney General's Office to the orders given by the Inter-American Court of Human Rights and contained in the aforementioned ruling and how its implementation has led to clashes between different authorities such as the Attorney General's Office, the Council of State and the Constitutional Court. Using an analytical-descriptive methodology, it was possible to conclude that the Colombian State must adapt its regulations in accordance with conventional standards to guarantee greater protection of the political rights of elected public servants.

Keywords: Conventionality Control; Inter-American Court of Human Rights; Jurisdictional Functions; Constitutionality Block.

SUGESTÃO DE CITAÇÃO: JIMÉNEZ, Liliana; MENDIETA, David. Sentencia Petro Urrego vs Colombia: una reflexión necesaria acerca de la competencia de la Procuraduría General de la Nación para de sancionar servidores públicos de elección popular. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Edição 65, 2024. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.2103>.

Notícias e informações

Resumos das dissertações e teses defendidas no 2º semestre de 2024 no âmbito do Programa de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Teoria do Estado e Direito Constitucional do Departamento de Direito da PUC-Rio.

Aluna: Nayana Guimaraes Souza de O. P. Bueno (Tese)

Título do Trabalho: A Memória no Tribunal da Justiça: o direito ao esquecimento no Brasil.

Data da defesa: 09/08/2024

Banca: Fabio Carvalho Leite (orientador); Adrian Sgarbi; Andre de Abreu Costa; Noel Struchiner; Rodrigo Gaspar de Mello.

Resumo: O direito ao esquecimento vem sendo invocado nas mais distintas situações em que se pode pensar no interesse de alguém de que uma informação pública seja esquecida, ou, ao menos, não torne a circular. Incluem-se no escopo da pesquisa os casos em que o direito ao esquecimento: é invocado por ex-condenados ou ex-investigados criminalmente, a fim de coibir a rememoração ou a permanência na web de lembranças sobre crimes que cometeram ou pelos quais foram investigados; é alegado por vítimas ou parentes de vítimas de crimes, a fim de coibir a rememoração ou permanência de lembranças sobre os crimes que os abalaram no passado; é ventilado por indivíduos para que sejam excluídas informações constantes na internet que, embora não tenham natureza criminal ou investigativa, são desabonadoras da conduta individual; é afirmado pelos anistiados políticos beneficiados pela Lei de Anistia (Lei nº 6.683/79), relativamente a fatos ocorridos no contexto da ditadura militar. Busca-se responder: tem um indivíduo o direito subjetivo de obstar outra pessoa de pôr novamente em circulação, ou manter disponibilizadas na internet, informações que lhe digam respeito e que circularam de forma lícita, anteriormente? em que situações o fluxo de informação, na internet e fora dela, pode ser contido pelo Direito, para garantir o respeito aos direitos da personalidade, sem, com isso, afetar de maneira inaceitável a construção da memória individual e coletiva, e a liberdade de expressão e informação? Objetiva-se estudar se o direito ao esquecimento existe enquanto tal, com um âmbito de proteção distinto do de outros direitos da personalidade; e quais os critérios podem ser adotados para resolver as situações práticas em que esse direito é invocado e entra em rota de colisão com a liberdade de expressão. Concluiu-se que o direito ao esquecimento não existe, enquanto tal, como um direito autônomo, podendo os casos descritos como tais ser resolvidos à luz dos tradicionais direitos

de personalidade. Em específico, o direito ao esquecimento não existe com fundamento na Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018). Com relação às demandas de desindexação dirigidas aos motores de busca na web, concluiu-se pela necessidade de observar a regulação existente nos artigos 19 e 21 do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014). No que diz respeito às pretensões formuladas por anistiados políticos, ex-condenados, investigados e vítimas de crimes ocorridos no passado, defendeu-se que as pretensões de esquecimento se fundam, na verdade, no direito à identidade. Esse direito não assegura, todavia, a pretensão de que sejam retiradas de circulação notícias sobre crimes ocorridos no passado, uma vez que isso afeta de maneira inaceitável a memória, individual e pública, e a história. Em se tratando de demandas nas quais se pleiteia o esquecimento de fatos vexaminosos, que não configuram crime ou infração, deve-se analisar quais os direitos da personalidade estão envolvidos, se os fatos noticiados/retratados são ou não de interesse público e se envolvem, ou não, figuras públicas, a fim de realizar, se for o caso, a ponderação entre liberdade de expressão e os direitos colidentes.

Palavras-chave: direito ao esquecimento; desindexação; direitos de personalidade; liberdade de expressão; anistia.

Aluno: Roniclay Alves de Moraes (Tese)

Título do Trabalho: Meio Ambiente como um Direito Humano Autônomo: consequências da Opinião Consultiva n. 23/2017 (Corte IDH) para o Brasil dentro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos

Data da defesa: 16/08/2024

Banca: Danielle de Andrade Moreira (orientadora Angela Issa Haonat; Carolina de Campos Melo; Liziane Paixão; Valerio de Oliveira Mazzuoli.

Resumo: Este trabalho, em virtude de problemas ambientais críticos, como desastres relacionados à mineração, ao aumento do desmatamento, à destruição de terras indígenas, considerando ainda desafios postos diante das mudanças climáticas, explora a intersecção entre direitos humanos e meio ambiente. O presente estudo analisa como a Comissão Interamericana de

Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) abordam questões de violações do direito a um meio ambiente sadio, especialmente após a Opinião Consultiva 23/2017 (OC-23/2017). O problema da pesquisa é: quais são as consequências da OC-23/2017, da Corte IDH, para o Brasil, dentro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos? A hipótese sugere que, após a OC-23/2017, o Brasil poderá ser responsabilizado diretamente pela Corte por ações ou omissões na proteção do meio ambiente, sem precisar de vinculação com outros direitos humanos. O objetivo geral é analisar as consequências dessa opinião para o Brasil dentro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH). Os objetivos específicos incluem descrever a relação entre direitos humanos e meio ambiente, analisar a jurisprudência dos sistemas regionais de direitos humanos, examinar a justiciabilidade do meio ambiente no SIDH, e demonstrar a possibilidade de responsabilização do Brasil após a OC-23/2017. A pesquisa utiliza o método hipotético-dedutivo para investigar a relação entre direitos humanos e meio ambiente, com foco na jurisprudência da Corte IDH. O estudo concentra-se na análise da OC-23/2017, da referida Corte, avaliando sua regulamentação do artigo 11 do Protocolo de São Salvador, e suas possíveis alterações no processo de peticionamento sobre questões ambientais perante à Comissão e à Corte IDH. A pesquisa é do tipo teórica e quali-quantitativa, utilizando vasto material bibliográfico. Os procedimentos metodológicos incluem levantamento bibliográfico, análise de tratados internacionais, estudo da jurisprudência das cortes regionais de direitos humanos, e análise crítica da OC-23/2017 e de sua vinculação à Convenção Americana de Direitos Humanos. O marco teórico principal é fundamentado no conceito de direitos humanos, de Antônio Augusto Cançado Trindade, e, no campo ambiental, pelas lições de Antônio Herman Benjamin. A relevância desta pesquisa decorre da importância crescente do meio ambiente na agenda internacional, e do potencial de impacto dos litígios climáticos globais. O resultado indica a confirmação da sua hipótese

Palavras-chave: Direitos humanos; meio ambiente; justiciabilidade; controle de convencionalidade; Opinião Consultiva 23/2017.

Aluno: Marco Anthony Steveson Villas Boas (Tese)

Título do Trabalho: Gestão compartilhada e integrada de Áreas Protegidas na Amazônia Continental

Data da defesa: 19/08/2024

Banca: Gisele Guimaraes Cittadino (orientadora); Danielle de Andrade Moreira; Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch; Thula Rafaela de Oliveira Pires; Valerio de Oliveira Mazzuoli.

Resumo: A partir da tendência global de reconhecer a importância dos povos indígenas para a conservação ambiental e o enfrentamento das mudanças climáticas, esta tese investiga qual seria o sistema mais adequado de proteção ambiental que promova os direitos de autodeterminação indígena e reconheça o valor ecológico dos seus conhecimentos, práticas de manejo e das suas terras tradicionais na Amazônia Continental. A partir disso, foi avaliado o sistema de proteção ambiental mais adequado para o reconhecimento do valor ecológico das terras e práticas tradicionais dos povos indígenas, bem como a possibilidade de construção dialógica de um sistema de gestão compartilhada de Áreas Protegidas que promova a proteção dos direitos indígenas e do meio ambiente na Amazônia Continental. Nesse contexto, atendendo aos objetivos específicos, a pesquisa revolveu ampla e substancial doutrina em diversas áreas do conhecimento, além de atas e documentos sobre a instituição e funcionamento do Mosaico Gurupi, evidenciando uma transdisciplinaridade entrecortada pelo diálogo com Ailton Krenak. A construção da doutrina internacional sobre os Direitos Humanos, com especial ênfase nos direitos dos povos indígenas e no desenvolvimento sustentável, culminada nas cimeiras do Rio-92, Rio+20, Agenda 21, reconheceu que os povos indígenas possuem conhecimentos e práticas tradicionais benéficas ao meio ambiente, tendo direito ao desenvolvimento compatível com seus modos de vida distintos da civilização ocidental, o qual deve ser deliberado comunitariamente, e pode ser conceituado como etnodesenvolvimento. As Constituições Amazônicas incorporaram os direitos indígenas em subsistemas atrelados ao subsistema ambiental, a exemplo da Constituição do Brasil de 1988. Esse processo desencadeou ciclos de reformas que culminaram nas modernas Constituições biocêntricas do Bloco Andino, com destaque para

as Constituições do Equador e da Bolívia, que reconhecem os direitos indígenas na centralidade da proteção da Pachamama, avançando na proteção pluralista e multicultural do segundo ciclo de reformas para inaugurar a nova fase sustentada na proposta de Estado plurinacional. A evolução da interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos consolidou no plano regional a opção pela proteção do ambiente a partir dos direitos coletivos dos povos indígenas, inicialmente por via reflexa, a partir da proteção jurídica da dimensão territorial da autodeterminação indígena e do direito de consulta prévia e informada, nos termos do art. 11 da Convenção, para mais adiante reconhecer seus direitos substanciais ao meio ambiente saudável, nos termos do art. 26, conferindo justiciabilidade direta e autônoma aos Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais dos povos indígenas. Essa evolução é perceptível na Opinião Consultiva nº 23, de 2017, e no julgamento dos casos *Lakha Honhat v. Argentina* (Corte IDH, 2020) e *Comunidade Garífuna de San Juan e seus membros vs. Honduras* (Corte IDH, 2023). O reconhecimento internacional e a constitucionalização da proteção do ambiente e dos direitos indígenas evidenciam que suas práticas, conhecimentos tradicionais, técnicas de manejo e o baixo índice de entropia de suas terras os credenciam para serem porta-vozes dos “povos da floresta” e participarem de projetos de conservação ambiental, como os Mosaicos de Áreas Protegidas do Sistema Nacional de Unidades de Conservação, no Brasil (Lei nº 9.985, de 2000), de vital importância na preocupante transição do Holoceno para o Antropoceno. Esses projetos exigem uma construção dialógica e inclusiva, superando as restrições de direitos fundamentais impostas por sobreposições, como vem ocorrendo em toda a Amazônia Continental. Apesar disso, nota-se que os direitos ambientais e dos povos indígenas são de difícil concreção, devido a formalismos legais, políticas públicas conflitantes e até mesmo desmonte de políticas socioambientais, exigindo soluções alternativas dialogadas para suprir esses déficits. Essas soluções estão sendo construídas dialogicamente pelos povos indígenas, populações tradicionais, instituições públicas e privadas, dentre outros atores, para integrar terras indígenas e outras áreas protegidas em biorregiões denominadas Mosaicos Etnoambientais, tendo como exemplo o paradigmático caso do “Mosaico Gurupi”, que integra a Reserva Biológica do Gurupi às Terras Indígenas Alto Rio Guamá do povo Tembé (PA), Alto Turiaçu dos povos Ka’apor e Awá (MA), Caru dos povos Guajajara e Awá (MA), Awá do povo Awá (MA), Rio Pindaré do povo Guajajara

(MA) e Arariboia do povo Guajajara, nas quais também habitam grupos Awá em isolamento voluntário, com significativa ocorrência nas Terras Indígenas Caru, Alto Turiaçu e Awá. Situado na confluência dos estados do Pará e Maranhão, na região conhecida como “Arco do Fogo”, ainda não foi formalmente reconhecido pelo Ministério do Meio Ambiente do Brasil, tendo em vista que não preenche os requisitos exigidos pelo artigo 26 da Lei nº 9.985, de 2000, do Sistema Nacional de Unidades de Conservação. Entretanto, tem apresentado resultados satisfatórios em relação à conservação ambiental e à promoção dos direitos fundamentais dos povos indígenas por meio de um sistema de governança com efetiva participação das lideranças indígenas no conselho consultivo. Ademais, outras soluções construídas com amplos diálogos, como a Rede de Mosaicos de Áreas Protegidas do Brasil e ferramentas tecnológicas como o MapBiomas, apresentam-se como oportunidades para o desenvolvimento de “megálogos” continentais no âmbito da Organização do Tratado de Cooperação Amazônica, potencializando a expansão da ideia de governança etnoambiental, e até mesmo desse modelo de gestão compartilhada de áreas protegidas para toda a Amazônia Continental. Ao final, restou confirmada a hipótese de que a construção dialógica de sistemas de gestão compartilhada de Áreas Protegidas, com ampla participação governamental, institucional e comunitária, principalmente dos “povos da floresta”, incluindo a participação de lideranças indígenas na governança dessas biorregiões, a exemplo dos Mosaicos Etnoambientais brasileiros, contribui para a superação das dificuldades de diálogo interconstitucional e harmonização jurídica, bem como da deficitária proteção do ambiente, da baixa efetividade dos direitos fundamentais dos povos indígenas e das populações tradicionais nos estados amazônicos, e até mesmo para resolver conflitos etnoambientais decorrentes das sobreposições de Terras Indígenas por outras Áreas Protegidas na Amazônia Continental.

Palavras-chave: Povos Indígenas; Desenvolvimento Sustentável; Áreas Protegidas; Mosaicos de Áreas Protegidas.

Aluno: Ramon Silva Costa (Tese)

Título do Trabalho: A proteção dos dados pessoais sensíveis sobre vida sexual a partir do Direito Antidiscriminatório

Data da defesa: 27/08/2024

Banca: Caitlin Sampaio Mulholland (orientadora); Bianca Kremer Nogueira Corrêa; Carlos Affonso Pereira de Souza; Eder Fernandes Monica; Ilié Antonio Pele; Wallace de Almeida Corbo.

Resumo: A tese tem como tema central a proteção antidiscriminatória dos dados pessoais sensíveis sobre vida sexual a partir dos marcadores de orientação sexual e identidade de gênero, tendo como demarcador populacional os impactos para garantia de direitos fundamentais de pessoas lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis, intersexuais e outras identidades de gênero e sexualidades dissidentes (LGBTI+). A pesquisa parte do questionamento sobre a eficiência da normatividade dos dados sensíveis trazida pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei 13.709/2018) no que tange à garantia do princípio constitucional da igualdade como antidiscriminação no contexto de tratamento massivo de dados pessoais. O trabalho aborda uma metodologia que compreende técnicas de revisão bibliográfica alinhada à análise documental e de casos, envolvendo fontes de pesquisa como legislações, regulamentos, jurisprudências, pesquisas, casos expostos na mídia e literatura acadêmica relacionada ao tema. A tese utiliza a lente analítica do Direito Antidiscriminatório para levantar as possibilidades de tutelas e medidas antidiscriminatórias que podem ser aplicadas para a efetivação do direito fundamental à proteção de dados pessoais para grupos vulnerabilizados em termos de identidade de gênero e orientação sexual. Nesse sentido, é exposto um cenário de vulnerabilidades específicas para pessoas LGBTI+ diante do acelerado avanço tecnológico para o armazenamento, processamento e controle de dados pessoais, que utiliza ferramentas como sistemas de IA e algoritmos cada vez mais potentes para processos de perfilização e categorização de pessoas. Essa conjuntura impulsiona contextos discriminatórios já estruturalmente sedimentados em uma sociedade historicamente operada pela vigilância e opressão contra identidades não normativas. Nesse contexto, o desenvolvimento de leis e regulações baseadas em uma leitura

neutra-lizada do Direito são insuficientes para a antidiscriminação dos grupos mais afetados e vulnerabilizados socialmente, sendo importante a mobilização de arcabouços normativos e regulatórios que expandam a proteção da dignidade e personalidade humana. Dessa forma, o Direito Antidiscriminatório torna-se um ponto de partida essencial para a garantia do princípio da não discriminação em tratamentos de dados pessoais, devendo ser a lente analítica para processos de adequação e interpretação legislativa e judicial em situações envolvendo dados pessoais sensíveis sobre vida sexual. Somado a isso, a tese propõe conclusões relacionadas aos limites do Direito para a garantia efetiva da não discriminação, ressaltando o papel da resistência e organização coletiva de grupos vulnerabilizados e da antidiscriminação como princípio que deve ser materializado em tutelas, medidas, estratégias e políticas, seja em âmbito público ou privado.

Palavras-chave: Proteção de Dados Pessoais; Privacidade; Direito Antidiscriminatório; Orientação Sexual; Identidade de Gênero; Grupos Vulnerabilizados.

Aluno: Marcos Aragão Couto de Oliveira (Tese)

Título do Trabalho: A plataformização do trabalho como uma expansão da colonialidade: uma análise decolonial da precarização pela uberização no Brasil

Data da defesa: 03/09/2024

Banca: Marcia Nina Bernardes (orientadora); Rodrigo de Lacerda Carelli; Bianca Kremer Nogueira Corrêa; Ilié Antonio Pele; Rafael do Nascimento Grohmann; Thula Rafaela de Oliveira Pires.

Resumo: Essa tese tem como objetivo discutir o tema da plataformização do trabalho por meio de uma abordagem decolonial e a partir da experiência do Brasil. Mobilizo teorias que questionam a experiência colonial como marco fundante do capitalismo, cujos efeitos se perpetuam através do tempo e se reproduzem em nem tão novas formas de exploração do trabalho. Plataformas digitais de trabalho ocupam um espaço cada vez maior no mercado afetando especialmente trabalhadoras e trabalhadores mais vulnerabilizados, frequentemente racializados. Essas formas de contratação realizadas por empresas

visam se esquivar das regulações protetivas do trabalho e de segurança de modo a injetar na sociedade a justificativa de serem empresas “meramente de tecnologia”, porém, em verdade, expandindo ainda mais uma situação social de precarização já existente. Analiso a literatura sobre plataformização, precarização e proteção de dados de modo a ressaltar a importância da tutela do direito, especialmente do trabalho. Optei por utilizar a atuação da empresa brasileira iFood como estudo de caso, argumentando como suas ações ilustram o avanço da plataformização em nosso país. Concluo afirmando que o Brasil funciona como grande laboratório da plataformização do trabalho, e que este processo se apropria das heranças racistas para se estabelecer no mercado, ameaçando a existência do direito do trabalho e buscando o retorno de condições de exploração coloniais do trabalho.

Palavras-chave: Plataformização; Uberização; Decolonialidade; Direito do Trabalho; Direitos Digitais.

Aluno: Job Eloisio Vieira Gomes (Tese)

Título do Trabalho: Racismo Posicional: Os critérios racistas para a ocupação de espaços no futebol

Data da defesa: 09/09/2024

Banca: Ilié Antonio Pele (orientador); Andreu Wilson Pereira Leandro; Bethânia de Albuquerque Assy; Manoel Messias Peixinho; Ricardo Georges Affonso Miguel.

Resumo: Uma das pretensões deste estudo é suscitar uma maior reflexão a respeito do que são exatamente as causas e os efeitos do racismo no futebol, que nos levam necessariamente aos conceitos mais atuais a respeito do assunto. O racismo sistêmico, ou estrutural, a rigor, sugerem que as estruturas sociais estariam prontas para reproduzir, sistematicamente, as concepções racistas que funcionam na nossa sociedade. O racismo institucional, espécie de apêndice do racismo estrutural existe naquelas situações em que se constata uma escassa presença de pessoas da raça negra em posições de comando, seja no setor público ou privado, e isto, mais que uma questão relacionada ao mérito, expõe uma ponta do racismo que não tem muito como dissimular,

disfarçar, escamotear, porque simplesmente está ali e existe a olhos nus. O racismo posicional, suposto neorracismo, por sua vez, conforme defendido neste trabalho, suscita o debate e representa uma maneira de enxergar e dar nome a uma espécie de discriminação que ocorre particularmente nos esportes e que, embora seja uma antiga realidade, não se encontra muita doutrina nacional a respeito. Trata-se, portanto, de uma descrição de uma perspectiva do racismo que procura demonstrar como certos grupos raciais estão sujeitos a uma sub-representação em determinadas posições de prestígio social e, ao mesmo tempo, super-representados em outras posições consideradas de baixo prestígio. A hipótese que colocamos de que a concepção racista oriunda do campo de jogo pode encontrar reflexos na composição dos espaços de comando do jogo, apesar deste debate ser mais comum na doutrina, exige uma análise mais profunda para entender as verdadeiras razões pelas quais as pessoas negras, em geral, a partir desta concepção, não figuram na parte da governança esportiva mundo afora, supondo que se trate de uma consequência concreta do racismo que permeia, das mais surpreendentes formas, o futebol e alguns outros esportes.

Palavras-chave: racismo; futebol; justiça; autonomia; direito; espaço; posições.

Aluno: Julia Iunes Monteiro (Tese)

Título do Trabalho: Regulação do uso de algoritmos pela Administração Pública: parâmetros para a prestação de contas e controle social.

Data da defesa: 10/09/2024

Banca: Caitlin Sampaio Mulholland (orientadora); Carlos Affonso Pereira de Souza; Ilié Antonio Pele; Miriam Wimmer; Ana de Oliveira Frazão.

Resumo: A inteligência artificial (IA) está sendo cada vez mais aplicada pelos Estados no intuito de otimizar a eficiência da Administração Pública, reduzir custos e estimular uma tomada de decisão baseada em dados. Algoritmos já são aplicados na identificação de suspeitos de crimes, para orientar estratégias de policiamento, e em decisões relativas à imigração e à concessão de benefícios sociais. Este fenômeno, chamado de “Governo Algorítmico”, apresenta novos desafios para a prestação de contas e o controle

social sobre o governo. De um lado, existe a expectativa de que o uso de Big Data e algoritmos irá aprimorar a capacidade do Estado em elaborar políticas “baseadas em evidências”. Por outro lado, existe uma preocupação acerca de uma potencial “ditadura” dos algoritmos, uma vez que a recorrente opacidade e falta de explicabilidade desses sistemas têm impedido os cidadãos de compreenderem, contestarem e fiscalizarem decisões públicas que afetam suas vidas. Diante deste cenário, este trabalho possui três objetivos principais: i) investigar as motivações, riscos e finalidades da aplicação de algoritmos pela Administração Pública; ii) defender um direito de controle social democrático sobre o governo algorítmico e iii) sistematizar os mecanismos jurídico-institucionais a serem estabelecidos pela regulação da IA para que este direito seja garantido. Os caminhos para o controle social democrático sobre algoritmos ainda são pouco explorados, tanto pelas iniciativas regulatórias existentes quanto pela literatura jurídica. A tese visa, portanto, contribuir para o avanço de uma agenda de pesquisa nesta direção, posicionando a sociedade civil como um ator indispensável para uma governança da IA que seja democrática, responsável, e que construa valor público para a sociedade como um todo.

Palavras-chave: Governo Algorítmico; Regulação de Inteligência Artificial; Administração Pública; Prestação de Contas; Controle Social; Interesse Público.

Aluno: *Dorival Fagundes Cotrim Junior*

Título do Trabalho: O acidente é da natureza íntima do trabalho? Uma discussão sobre os maus encontros acidentários e as crenças da inevitabilidade do acidente e da culpabilização do trabalhador

Data da defesa: 23/09/2024

Banca: Francisco de Guimaraens (orientador); Jose Maria Gomez; Mariana Trotta Dallalana Quintans; Mauricio de Albuquerque Rocha; Murilo da Silva Alves.

Resumo: A tese objetiva compreender em que medida as crenças da inevitabilidade do acidente de trabalho e da responsabilidade do próprio trabalhador (culpabilização) estão presentes em trabalhadores informais do comércio de

um mercado municipal de Guanambi – BA. Para isso, apresenta definições de acidentes de trabalho e argumenta a favor da concepção do acidente como uma relação social, isto é, como um mau encontro, uma afecção triste, causadora de tristeza no corpo do trabalhador, a partir da teoria dos afetos de Spinoza. Ato contínuo, descreve todos os maus encontros acidentários ocorridos ao longo da coleta de dados da pesquisa realizada entre os anos de 2018 a 2020, divididos em cinco aplicações de formulário. O passo seguinte é a análise da percepção de risco dos trabalhadores feirantes, seguida da análise da percepção de evitabilidade do acidente. A partir deste material empírico, dividido nos três capítulos, foi possível constatar a hipótese do trabalho, qual seja, o fato de que o ato de se acidentar ainda é visto como se fosse da natureza íntima do trabalho, daí decorrendo as crenças da inevitabilidade do mau encontro acidentário e da culpabilização do próprio trabalhador. Diante dessas constatações, aponta-se a urgência de se criar um núcleo permanente de educação jurídica e sanitária, a funcionar como um espaço democrático, pedagógico e formador de consciência para a classe trabalhadora dos informais feirantes quanto aos direitos públicos do trabalho e da saúde; bem como evidencia a urgência da instalação de uma unidade de saúde do trabalhador específica para atender os trabalhadores do mercado e/ou ampliar o horário de funcionamento das unidades básicas de saúde do município.

Palavras-chave: Direito à saúde; Saúde do trabalhador; Acidente de trabalho; Teoria Sociológica de Dwyer; Teoria dos afetos de Spinoza; Percepção de Risco; Evitabilidade do acidente; Culpabilização do trabalhador; Educação Permanente em Direito; Educação Permanente em Saúde.

Aluno: Ericka Gavinho D. Icarahy (Tese)

Título do Trabalho: O controle da Administração Pública no Brasil: Entre as suas anomalias e as perspectivas para um controle dialógico.

Data da defesa: 27/09/2024

Banca: Fabio Carvalho Leite (orientador); Cláudio Pereira de Souza Neto; Manoel Messias Peixinho; Vania Siciliano Aieta; Adriano Pilatti.

Resumo: Esta tese cuida do controle da Administração Pública no Brasil, abordando as suas funções, diante dos controles pelo Poder Legislativo, pelo

Poder Judiciário, pelo Ministério Público, pelo Tribunal de Contas e pelos sistemas internos de cada Poder, demonstrando a sua enorme importância para a garantia da democracia e do Estado de Direito, em especial, em sociedades patrimonialistas e clientelistas como a brasileira. Assim como são relevantes as suas funções, criticar-se-á as suas disfunções que já são muitas, o que levou a uma hipertrofia do controle no Brasil, tratando-se, neste sentido, do que a doutrina administrativista especializada nomeia de “apagão das canetas”, da “fuga do bom servidor” e do “Direito Administrativo do Medo”. Diante deste estado da arte, algumas reações legislativas e jurisprudenciais foram identificadas com a intenção de mitigar ou mesmo corrigir essas disfunções que criam um ambiente de ineficiência na Administração Pública, impedindo ou evitando a inovação e o experimentalismo na gestão pública, o que iria contra o que se espera de gestores públicos num contexto de sociedades cada vez mais plurais, diversas e complexas. Ao final, partindo-se do pressuposto de uma Administração Pública para o século XXI, que é aquela que atua de acordo com os anseios e as necessidades das sociedades contemporâneas, analisar-se-á, de forma crítica, experiências recentes de consensualismos no Tribunal de Contas da União, nos Acordos de Leniência e nos Acordo de Não Persecução Civil da Lei de Improbidade Administrativa, verificando a hipótese desta tese que é: as reações legislativas e jurisprudenciais às anomalias do controle da Administração Pública, com reposicionamentos, ainda que incipientes, dos órgãos de controle, como a nova secretaria, recentemente, criada no TCU (SecexConsenso/TCU), estão propiciando um controle mais dialógico com gestores públicos. De forma mais objetiva, buscar-se-á, ao final, estabelecer parametrizações para esse controle dialógico, que proteja gestores públicos, contribua com a eficiência administrativa e a segurança jurídica, mas não descaracterize o controle, cujas funções são, por demais relevantes, para o Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Direito Administrativo; Controle da Administração Pública; Direito Administrativo Sancionador; Consensualismo; Controle Dialógico.

Aluno: Jose Ribamar Mendes Junior (Tese)

Título do Trabalho: Garantia do acesso à justiça ao povo indígena Akwẽ Xerente do Tocantins

Data da defesa: 30/09/2024

Banca: Gisele Guimaraes Cittadino (orientadora); Marcia Nina Bernardes; Tarsis Barreto Oliveira; Thula Rafaela de Oliveira Pires; Valerio de Oliveira Mazzuoli.

Resumo: A presente tese analisa a relação entre os direitos constitucionais dos povos indígenas brasileiros e a efetivação desses direitos em juízo, enfocando a garantia do acesso à justiça e o reconhecimento da diversidade cultural. Situada na contemporaneidade, a pesquisa destaca a necessidade de um sistema de justiça mais justo e inclusivo para todos os cidadãos, assegurando que os direitos dos povos indígenas sejam efetivamente protegidos e respeitados, especialmente nas ações de guarda de infância e juventude na Comarca de Miracema do Tocantins, envolvendo crianças e adolescentes indígenas do povo Akwẽ-Xerente. O principal objetivo é verificar se os magistrados consideram as especificidades étnicas e culturais dos Akwẽ-Xerente em suas decisões judiciais. Utilizando uma abordagem metodológica que combina revisão teórica e análise de casos concretos, a tese examina a relação entre o reconhecimento dos direitos culturais e territoriais dos povos indígenas e a garantia de acesso à justiça. O estudo revisa a visão dos povos indígenas sobre os direitos conferidos pela Constituição, a tutela jurídico-normativa desses direitos no Brasil, os valores culturais, a organização sociopolítica e as ordenações jurídicas dos Akwẽ-Xerente, bem como as manifestações dos atores processuais nas ações de guarda de infância e juventude. Os resultados da pesquisa indicam que, embora a Constituição Federal de 1988 tenha representado um avanço significativo no reconhecimento dos direitos dos povos indígenas, a efetivação desses direitos enfrenta obstáculos, particularmente devido à prevalência de uma visão preconceituosa e discriminatória no sistema de justiça. Indicam também que, o Ministério Público atua, principalmente, na defesa dos direitos dos povos indígenas, como guardião da legalidade e dos direitos humanos, a equipe multidisciplinar contribui para uma compreensão mais ampla e

profunda das questões culturais e sociais envolvidas, auxiliando o juiz na tomada de decisões e a Funai fornece suporte técnico e jurídico, embora sua atuação se revele inconsistente. A análise das decisões judiciais da Vara de Família, Sucessões, Infância e Juventude de Miracema/TO evidencia que os magistrados, muitas vezes, levam em consideração os relatórios da equipe multidisciplinar, respeitando as tradições culturais dos Akwê-Xerente, contudo, privilegiam o ordenamento jurídico oficial em detrimento das ordenações deste povo. Esses resultados demonstram a necessidade de adoção de diversas medidas para superar os obstáculos ao acesso à justiça dos Akwê-Xerente, entre elas, destaca-se a necessidade de formação continuada dos magistrados e demais operadores do direito sobre a cultura e os direitos dos povos indígenas, a inclusão de elementos pluralistas no sistema de justiça, a participação de tradutores na equipe multidisciplinar e o fortalecimento da atuação da Funai. Além disso, recomenda a criação de mecanismos de consulta prévia aos povos indígenas em processos judiciais que os envolvam e a implementação de políticas públicas que promovam a inclusão social e o respeito à diversidade cultural. Em suma, a pesquisa contribui para uma compreensão mais profunda da importância do reconhecimento das especificidades etnoculturais e o respeito às culturas indígenas para garantia de um efetivo acesso à justiça a esses povos e reforça a necessidade de um sistema de justiça que seja verdadeiramente justo e inclusivo.

Palavras-chave: Decisões judiciais plurais; Direitos dos povos indígenas; Diversidade cultural; Guarda de infância e juventude; Ordem jurídica justa.

Aluno: Audra Pires Silveira Thomaz (Tese)

Título do Trabalho: O avesso dos direitos humanos: impacto da pandemia de Covid-19 no feminicídio do Rio de Janeiro- uma análise dos direitos da mulher do início do patriarcado à atualidade.

Data da defesa: 31/10/2024

Banca: Joao Ricardo Wanderley Dornelles (orientador); Beatris dos Santos Gonçalves; Sergio Francisco Carlos Graziano Sobrinho; Victoria-Amália de Barros Carvalho Gozdawa de Sulocki; Jose Maria Gomez; Virgínia Totti Guimarães.

Resumo: Esta pesquisa aborda o sistema do patriarcado como fator possível de incidência no aumento das desigualdades entre as mulheres e no número de feminicídios no Estado do Rio de Janeiro durante a pandemia de Covid-19. O objetivo é perceber as motivações e os impactos ocasionados às mulheres cariocas vítimas de violência, sobretudo quanto à mais drástica de todas as suas formas, que é o feminicídio, durante o período pandêmico, como maior violador de direitos humanos. Os principais referenciais teóricos adotados são de Gerda Lerner, Heleieth Saffioti, Silvia Federici, Diana Russel e Carole Pate-man. Assim, primeiro, investiga-se o poder do patriarcado sobre o corpo da mulher, os direitos limitados e violados em cada período da história brasileira, bem como os avanços ocasionados pelos movimentos de luta feminista. Na sequência, analisa-se o feminicídio no tocante à legislação brasileira, bem como o tratamento das vítimas pelas DEAMs durante a Covid-19. Posteriormente, observam-se os dois casos emblemáticos sobre condenações no Brasil em âmbito internacional, o Maria da Penha e o Márcia Barbosa. Ao final, conclui-se por meio da análise de um panorama sobre os direitos humanos e o impacto da Covid-19 no feminicídio carioca, pelo viés do controle de convencionalidade de normas, sobretudo da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), além da análise dos processos de feminicídio no Rio de Janeiro a partir de 2015 e das políticas públicas como instrumentos de prevenção e combate, o avesso dos direitos humanos.

Palavras-chave: Patriarcado; Direito da Mulher; Feminicídio; Covid-19; Direitos Humanos.

Aluno: Mariana Imbelloni Braga Albuquerque (Tese)

Título do Trabalho: (I) mobilidade urbana e branquitude: um olhar sobre a formação espacial do Rio de Janeiro a partir dos deslocamentos para o trabalho doméstico.

Data da defesa: 12/12/2024.

Banca: Marcia Nina Bernardes (orientadora); Adriana Vidal de Oliveira; Thula Rafaela de Oliveira Pires; Rosangela Marina Luft; Natália Sales de Oliveira.

Resumo: O crescimento exponencial das cidades na segunda metade do século XX tem evidenciado a relação entre ordem urbana e acesso a direitos, distribuídos desigualmente tanto em um sentido espacial quanto pelas possibilidades e obrigatoriedades de deslocamento pela malha urbana. As análises sobre segregações sócio econômicas e raciais nas cidades têm como enfoque, via de regra, os cerceamentos à livre locomoção da população periférica, barreiras que se materializam tanto no precário sistema de transportes quanto nas interdições mais diretas como o perfilhamento racial em abordagens policiais, o valor impeditivo das tarifas de transporte, etc. Não obstante a importância da análise de tais barreiras como fronteiras urbanas, o estudo que aqui proponho tem como enfoque justamente a obrigatoriedade de cruzar tais fronteiras para o acesso a direitos, em especial o acesso a postos de trabalho. Essa obrigatoriedade de deslocamento incide na formação da espacialidade da cidade de maneira que parte (pequena) da população pode não se mover - tendo o acesso a direitos garantido em uma área de proximidade - justamente pela obrigação imposta a outra parte da população de se mover para o trabalho. Obrigação que materializa as hierarquias da cidade e forma continuamente a espacialidade desigual. O presente trabalho analisa, assim, a construção do direito à cidade a partir do binômio mobilidade/imobilidade. Para tanto, tem como objeto de pesquisa a centralidade do trabalho doméstico na produção da espacialidade da região metropolitana do Rio de Janeiro. A hipótese de fundo aqui trabalhada é que a construção urbana da obrigação de mobilidade/possibilidade de imobilidade constrói a branquitude enquanto categoria espacial, funcionando na distribuição desigual da precariedade pela cidade e no acesso de direitos na/cidade.

Palavras-chave: branquitude, mobilidade urbana, trabalho doméstico, direito à cidade

Aluno: Juliana Fagundes Dos Santos (Dissertação)

Título do Trabalho: As Cartas de Entrega Voluntária de Bebês para Adoção: Direitos Reprodutivos, Discriminação Social e o Papel das Instituições.

Data da defesa: 16/12/2024

Banca: Gisele Guimaraes Cittadino (orientadora); Marcia Nina Bernardes; Guilherme Calmon Nogueira da Gama.

Resumo: A pesquisa aborda o procedimento de entrega voluntária de crianças para adoção, com especial foco sobre as cartas deixadas por quem opta por sua realização. Tais cartas cumprem uma dupla função: além de um registro da filiação biológica, que poderá ser acessado no futuro, contribuindo para a garantia do direito à origem, elas ajudam a romper o ciclo de discriminação e desumanização frequentemente enfrentado pelas pessoas que entregam suas crianças. O objetivo do estudo é examinar como os marcadores sociais de raça, gênero e classe influenciam a decisão de entrega, bem como o impacto dos julgamentos morais associados a essa escolha. Ademais, investiga-se como a atuação das instituições pode provocar constrangimento e violar os direitos reprodutivos das pessoas envolvidas. São discutidos ainda conceitos como o mito do amor materno, o imperativo da maternidade, a maternagem, o instinto materno e a real voluntariedade do ato de entrega de crianças. Foram analisados aproximadamente 140 processos judiciais tramitados em Varas da capital do estado do Rio de Janeiro, entre janeiro de 2022 e março de 2024. Em termos de relevância acadêmica, observou-se que ainda há uma escassez de publicações dentro da área do Direito sobre o tema, lacuna que se busca preencher e incentivar futuras investigações. Como resultado, o trabalho apresenta um panorama sobre a entrega voluntária no Brasil, analisando a legislação e os procedimentos a ela relacionados. Por fim, sugere-se ao CNJ recomendações acerca de uma revisão quanto à denominação do instituto, ao momento de redação das cartas e a novas práticas para os operadores do Direito.

Palavras-chave: Entrega Voluntária; Adoção; Direitos Reprodutivos; Maternidade; Teoria da Reprodução Social.

Aluno: Eduardo Brandao Nunes (Tese)

Título do Trabalho: *Theoretical foundations for citing foreign precedents as persuasive authority in legal decisions*

Data da defesa: 13/12/2024

Banca: Noel Struchiner (orientador); Florian Fabian Hoffmann; Adrian Sgarbi; Claudia Rosane Roesler; Fábio Perin Shecaira.

Resumo: Esta tese investiga as justificativas teóricas para citar precedentes estrangeiros como autoridade persuasiva, especialmente no contexto da globalização jurídica. Abordando o debate em curso sobre essa prática, a tese desenvolve um framework detalhado para entender suas complexidades e propõe uma metodologia para um engajamento responsável. A questão central de pesquisa examina como tais citações podem ser justificadas e avaliadas, considerando críticas à legitimidade democrática, rigor metodológico e compatibilidade cultural. A tese tem como hipótese que esses desafios podem ser mitigados por meio da ênfase na transparência ao articular a justificativa do precedente citado, sua relevância para o sistema jurídico do tribunal citante e seu propósito específico dentro do argumento jurídico. Argumenta-se que, embora os precedentes estrangeiros não tenham autoridade vinculante, seu valor persuasivo decorre de sua função como autoridade teórica, oferecendo razões para acreditar na consistência de seus julgados, em vez de razões diretas para cumprir suas decisões. Essa abordagem teórica esclarece como os precedentes estrangeiros podem influenciar a tomada de decisões judiciais, mesmo sem a vinculação formal. Uma contribuição importante é o desenvolvimento de um “padrão de adequação” para avaliar tais citações, exigindo uma articulação explícita da justificativa do precedente estrangeiro, sua relevância e seu propósito pretendido. Esse framework visa garantir transparência, mitigar riscos e aumentar o poder persuasivo das citações de precedentes estrangeiros. Por fim, como exemplo de análise, esse framework é aplicado ao Recurso Extraordinário (RE) 888815 do Supremo Tribunal Federal (STF), relativo à educação domiciliar. Este estudo de caso, que contém várias citações de precedentes estrangeiros, fornece um exemplo concreto para avaliar a adequação e a persuasividade dessas citações na prática. Ao analisar o engajamento do STF com a jurisprudência estrangeira

no RE 888815, a tese oferece insights sobre os benefícios potenciais e os desafios persistentes de incorporar precedentes estrangeiros nas decisões domésticas. Essa análise contribui para um entendimento mais aprofundado da citação de precedentes estrangeiros, fornecendo um framework teoricamente fundamentado para seu uso justificável em um mundo jurídico cada vez mais interconectado.

Palavras-chave: Precedentes; Precedentes Estrangeiros; Autoridade Persuasiva; Autoridade Teórica.

Aluno: João Henrique Lima Bandeira de Souza (Dissertação)

Título do Trabalho: Fronteiras Entre a Liberdade de Expressão e o Discurso de Ódio: Uma Análise Pelo Prisma do Racismo Religioso.

Data da defesa: 20/12/2024

Banca: Thula Rafaela de Oliveira Pires (orientadora); Thiago de Azevedo Pinheiro Hoshino; Thiago Alves Braz.

Resumo: Foram diversas as tentativas, desde a formulação da Lei Afonso Arinos até a legislação mais recentemente aprovada em 2023, com base na disputa que colocou a intolerância do ordenamento jurídico brasileiro ao racismo no texto constitucional, de se avançar no combate ao racismo em seus formatos diversos. Em todas as fases, no entanto, como historicamente sucede, verifica-se o ardil e a altíssima capacidade de adaptação de um sistema infalível na manutenção do status quo por meio da discriminação racial e do complexo fluxo de consequências palpáveis que isso representa na vida das pessoas. Com o advento da atualização da Lei n.º 7.716/1989 pela Lei n.º 14.532/2023 – com novo marco regulatório mais amplo e contextualizado com os debates atuais da agenda antirracista – importa pensar de que maneira a lei e a criminalização, mesmo com as limitações dispostas pela criminologia e pela teoria crítica da raça, podem, se é que podem, influenciar positivamente rumo à superação do racismo, em especial aquele operado pela via do discurso de ódio. Entender o direito como ferramenta de emancipação, em especial em contendas contra o próprio direito, se mostra como um caminho de firmes possibilidades por uma sociedade

mais justa e igualitária. Mais especialmente, importa refletir de que forma o direito fundamental à liberdade de expressão, antes de servir como freio às intenções do legislador, pode estimular a ruptura coletiva com o ódio e o convívio pacífico entre as diferenças.

Palavras-chave: Liberdade de expressão; discurso de ódio; racismo; racismo religioso.

Aluno: Helvia Tulia Sandes Pedreira (Tese)

Título do Trabalho: O Percurso do Melhor Interesse nas Adoções à Brasileira e Intuitu Personae em Decisões do STJ

Data da defesa: 20/12/2024

Banca: Noel Struchiner (orientador); Carlos Nelson de Paula Konder; Fabio Carvalho Leite; Cíntia Muniz de Souza Konder; Jessica Hind Ribeiro Costa.

Resumo: A presente tese, intitulada “De Princípio à Regra: o percurso do Melhor Interesse nas Adoções à Brasileira e Intuitu Personae em Decisões do STJ”, examina como o Superior Tribunal de Justiça (STJ) interpreta e aplica o princípio do melhor interesse da criança em situações de adoções irregulares no Brasil, com ênfase nas práticas de adoção à brasileira e adoção intuitu personae, buscando compreender se e como esse princípio, originalmente marcado pela vagueza, é submetido a um processo de «regrificação», resultando na criação de critérios mais objetivos e previsíveis. A pesquisa fundamenta-se em uma análise empírica e qualitativa de acórdãos proferidos pelo STJ entre 2019 e 2024, com o propósito de identificar os parâmetros estabelecidos pelo Tribunal e avaliar sua contribuição para a segurança jurídica e a adequação das decisões às complexidades socioculturais que cercam essas modalidades de adoção. Os resultados evidenciam que, ao priorizar o contexto específico de cada caso e a proteção integral da criança, o STJ frequentemente flexibiliza as normas prescritas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e pelo Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNAA), adaptando suas decisões às peculiaridades de situações concretas. Contudo, essa flexibilização revela um dilema persistente entre a necessidade de respeitar as normas formais e a busca por soluções que atendam

às demandas reais dos envolvidos, em especial as crianças. O trabalho defende que esse movimento interpretativo não elimina a indeterminação do princípio do melhor interesse, mas demonstra um esforço por parte do STJ de torná-lo mais operacional, ainda que a ausência de critérios universais possa comprometer a uniformidade e previsibilidade das decisões. Inspirando-se nas diretrizes internacionais, como o Comentário Geral nº 14 da ONU e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, propõe-se uma abordagem normativa que contemple a modulação dos efeitos jurídicos da adoção em contextos irregulares, permitindo, quando necessário, a preservação de vínculos jurídicos com a família biológica, ao mesmo tempo em que se assegura a proteção integral da criança. A conclusão destaca a relevância de critérios mais consistentes e alinhados com normativas internacionais, contribuindo para a construção de um sistema jurídico que equilibre os direitos da criança, os interesses dos adotantes e as especificidades das relações familiares em contextos de vulnerabilidade, promovendo uma interpretação mais abrangente e coerente do princípio do melhor interesse.

Palavras-chave: Adoções à brasileira e intuitu personae. Direitos da criança e do adolescente. Princípio do melhor interesse. Regrificação. Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento.

Aluno: Marcelo Eliseu Rostirolla (Tese)

Título do Trabalho: Medidas cautelares diversas da prisão como estratégia eficaz e humanizada no âmbito do sistema penal

Data da defesa: 20/12/2024

Banca: Francisco de Guimaraens (orientador); Alexandre Pinto Mendes; Victoria-Amália de Barros Carvalho Gozdawa de Sulocki; Thula Rafaela de Oliveira Pires; Tarsis Barreto Oliveira.

Resumo: O presente estudo propõe uma análise prospectiva acerca de possível violação dos direitos humanos no contexto do sistema prisional do Estado do Tocantins, concentrando-se na investigação de eventual inclinação para a aplicação da prisão preventiva em detrimento de outras medidas cautelares diversas da segregação no Judiciário ainda que cabíveis. Ademais, busca-se avaliar se há uma tendência significativa de condenação em processos que

envolvem réus sob prisão preventiva, comparativamente aos processos em que os réus permaneceram em liberdade até o julgamento. É cediço que parte da população carcerária do Tocantins é representada por presos cautelares e que esses presos geram custo para o estado. Assim, este estudo se dividiu em dois eixos investigativos: 1) No primeiro eixo, são abordados os aspectos históricos, conceituais e normativos da prisão cautelar. Analisa-se os tipos de medidas cautelares diversas da prisão e o instituto da liberdade provisória no curso do processo penal brasileiro. Ainda serão abordados os instrumentos e experiências dessa natureza utilizados em outros países; 2) No segundo eixo, a pesquisa se debruça na análise empírica no estado do Tocantins, verificando em que circunstâncias estão sendo decretadas as prisões cautelares, dado o seu caráter excepcional, a individualização da aplicação de medidas cautelares que se mostram eficazes a cada investigado, a quantidade anual de presos dessa natureza nos últimos cinco anos e quais os índices de condenação em processos em que houve prisão cautelar. Analisa-se também o déficit de vagas no estado, o custo mensal por preso ou internado e se os detentos provisórios impactam na superlotação carcerária, bem como a possibilidade de alternativas eficazes que podem ser adotadas em um trabalho conjunto entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo.

Palavras-chave: Prisão Cautelar; Medidas Cautelares; Gestão Prisional; Superlotação Carcerária; Direitos Fundamentais.

Normas de Publicação

1. Pré-condições

1.1. Os trabalhos submetidos devem ser inéditos e originais, não estando sendo avaliados por outras revistas. Não são considerados originais, pela Revista Direito, Estado e Sociedade (“Revista”), artigos que tenham sido anteriormente publicados em outra língua. A ocorrência de plágio, incluindo autoplágio total ou parcial sem a devida citação, implica em exclusão imediata do sistema de avaliação. A prática de plágio caracteriza crime previsto na legislação penal brasileira e a Revista se reserva o direito de tomar quaisquer medidas necessárias no caso de sua constatação. Mais informações sobre a política da instituição com relação a práticas de plágio e direito do autor estão disponíveis em: <http://vrac.puc-rio.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=726&rsid=23>.

1.2. Apenas serão aceitos artigos produzidos por pesquisadores que tenham o título de doutor ou que estejam cursando o doutorado.

1.3. Não serão aceitos para avaliação, simultaneamente, mais de um artigo com um mesmo autor. Caso venha a ser submetido um novo artigo que tenha um autor/coautor que já possua um artigo em avaliação pela Revista, este novo artigo será rejeitado preliminarmente pelo Comitê Editorial.

1.4. Caso a pesquisa desenvolvida no artigo tenha ocorrido com financiamento de agências ou instituições de fomento, é fundamental que o autor informe em uma nota de rodapé no início do texto.

1.5. São aceitos trabalhos em português, inglês, espanhol, italiano e francês.

2. Encaminhamento:

Os trabalhos a serem submetidos ao Comitê Editorial deverão ser, preferencialmente, enviados pelo site <http://www.jur.puc-rio.br/revistades/>;

2.1. Processo de Submissão On-line

Para submeter o artigo, os autores devem realizar o cadastro (login/senha) no site da revista (<http://www.jur.puc-rio.br/revistades/>), preenchendo corretamente o perfil e selecionando a opção “Autor”. Após a realização do cadastro, o autor deve clicar em “Página do Usuário” e iniciar o processo de submissão através do link “Nova Submissão”, no qual realizará os cinco passos básicos:

a. Início: Iniciar o processo de submissão, confirmando se está de acordo com as condições estabelecidas pela revista (marcando as caixas de seleção das condições e da declaração de direito autoral) e selecionar a seção artigos;

b. Transferência de manuscritos: realizar a transferência do arquivo para o sistema;

c. Inclusão de metadados: indicar o nome, sobrenome, e-mail, instituição, id do ORCID e resumo da biografia do autor e de cada coautor (se aplicável). Na biografia, solicita-se a inclusão do link para o currículo lattes. Indicar o título e resumo do artigo. Indicar também as referências utilizadas ao longo do artigo, no formato especificado no item 3.3 abaixo. Além disso, requeremos que sejam indicados, no campo “Comentários para o Editor”, o nome de quatro pesquisadores como sugestão de pareceristas que o(s) autor(es) considerem referências acadêmicas para avaliar o artigo submetido. As sugestões devem ser de pesquisadores doutores, que não pertençam à mesma instituição do(s) autores, não sejam do estado do Rio de Janeiro, e não possuam quaisquer vínculos, acadêmicos ou pessoais, com o(s) autores (por exemplo, de orientação, coautoria, amizade etc.). A sugestão deve incluir o nome do pesquisador, o link para o currículo lattes e, quando possível, o e-mail de contato. Destes quatro nomes, apenas um será eventualmente utilizado pela Revista, como forma de preservar a avaliação duplo cega. A indicação tem o intuito de oferecer celeridade ao processo de avaliação e é obrigatória, sob pena de recusa do artigo na análise inicial do artigo pelo Comitê Editorial. É fundamental que os metadados sejam preenchidos corretamente;

d. Transferência de documentos suplementares: realizar a transferência de arquivos com informações suplementares, que funcionam como um apêndice ou anexo ao texto principal, tais como instrumentos de pesquisa, conjuntos de dados e tabelas, que seguem os padrões de ética de avaliação, fontes de informação normalmente não disponíveis para leitores, ou figuras e/ou tabelas que não podem ser integradas ao texto em si; e

e. Confirmação: Concluir a submissão.

3. Preparação dos originais

3.1. Apresentação

O texto deve ter entre 5.000 (cinco mil) e 8.000 (oito mil) palavras, não incluídos na contagem os elementos pré-textuais (título, resumo e abstract) e pós-textuais (referências bibliográficas e anexos e/ou apêndices), mas incluídas notas de rodapé. Sua preparação deve obedecer aos seguintes parâmetros: arquivo em formato .doc, fonte Times New Roman, tamanho 12, texto justificado, espaçamento entre linhas de 1,5, papel tamanho A4, margens esquerda e superior 3,0 cm, direita e inferior 2,0 cm. Imagens inseridas no texto devem estar em resolução mínima de 300dpi.

3.2. Estrutura do trabalho

Para elaboração do artigo, os autores devem obedecer à seguinte sequência:

(OBS.: Para textos em português, TÍTULO, RESUMO, e PALAVRAS-CHAVE devem vir com tradução em inglês e antes do corpo do texto. Para artigos em outras línguas, os elementos correspondentes devem vir na língua do texto e com subsequente tradução em português e inglês.)

- a. Título: deve estar em caixa alta e em negrito, justificado no alto da primeira página, com espaçamento simples entre linhas;
- b. Resumo: o texto deve ter entre 100 e 200 palavras, indicando os objetivos, referencial teórico, resultados obtidos e conclusão do artigo. Deve ser precedido da palavra “RESUMO”, em caixa alta, duas linhas abaixo do título, alinhado à esquerda e com espaçamento simples;
- c. Palavras-chave: no mínimo três e no máximo sete, separadas por ponto e vírgula, precedidas do termo “PALAVRAS-CHAVE”, em caixa alta, alinhada à esquerda, com espaçamento simples e duas linhas abaixo do resumo. Para maior facilidade de localização do trabalho em consultas bibliográficas, o Comitê Editorial sugere que as palavras-chave correspondam a conceitos mais gerais da área do trabalho;
- d. Corpo do Artigo: Na página seguinte, deve-se inserir novamente o título em negrito, justificado e sem caixa alta. O corpo do texto inicia-se na sexta linha abaixo do título, com espaçamento de 1,5 entre linhas;
- e. Subtítulos: o corpo do artigo deve ser dividido

em itens correspondentes a cada parte do trabalho. Esses itens devem ser referenciados a critério do autor, sendo obrigatórios os itens “Introdução”, no início do artigo, e “Conclusão”, ao final do artigo. Os subtítulos devem estar numerados, justificados e em negrito. Deve ser dado um espaço depois do texto que os precede e um espaço na linha imediatamente acima do texto que os segue;

f. Citações: citações, quando não excedem o número de três linhas, deverão ser feitas no corpo do texto, com o uso de aspas, sem itálico ou negrito. Quando tiverem mais de três linhas, deverão ser destacadas do corpo do texto, com recuo de 2 cm somente na margem esquerda, na mesma fonte (Times New Roman), tamanho 10, espaçamento de 1,0 entre linhas, sem o uso de itálico ou aspas.

g. Referências ao longo do texto: as referências feitas ao longo do texto devem estar em nota de rodapé. Devem indicar somente o sobrenome do autor em letras maiúsculas, seguido de vírgula; o ano da publicação, seguido de vírgula; e, quando for o caso, a(s) página(s) onde se encontra(m) a referência. Não serão aceitos artigos com referências bibliográficas inseridas no corpo do texto.

Exemplos:

¹ FRASER, 1996, pp. 128-129.

² DWORKIN, 2002.

Se o nome do autor estiver citado no período em que está se inserindo a referência, deve-se indicar, em rodapé, apenas o ano e a(s) página(s), se for o caso. Não devem ser utilizadas, nas citações, as expressões op. cit, ibid, ibidem, id, e idem. Deve-se fornecer sempre a referência completa como no exemplo acima.

Artigos que não sigam o formato de referências indicado nos parágrafos acima serão rejeitados preliminarmente.

h. Referências ao final do texto: as referências utilizadas ao longo do artigo devem ser listadas abaixo do subtítulo “Referências”, que deve estar duas linhas abaixo do fim do texto, em negrito, alinhado à esquerda e sem numeração. As referências devem ser mencionadas em ordem alfabética e cronológica, indicando-se as obras de autores citados no corpo do texto, consultadas ou recomendadas. Devem ser separadas por espaço simples. As referências bibliográficas no final do texto deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/2018.

A referência bibliográfica básica deverá conter: sobrenome do autor em letras maiúsculas; vírgula; nome do autor em letras minúsculas; ponto; título da obra em itálico; ponto; número da edição; ponto; local; dois pontos; editora; vírgula; ano da publicação; ponto; Link ou número do DOI; e ponto. Note o uso de espaços entre cada elemento. O DOI (Digital Object Identifier) DEVE ser incluído sempre que disponível nas referências bibliográficas indicadas no texto, assim como no processo de submissão (no passo "Inclusão de Metadados", descrito na alínea "c" do Item 2.1 acima). O DOI deve ser indicado quer na forma de um link ou contendo apenas o número de referência. Autores devem utilizar a página "http://search.crossref.org" para verificar a existência de DOIs para as referências citadas em seus trabalhos.

Ao citar uma publicação em jornal, capítulo em obra coletiva ou revista, deve o nome do jornal, obra coletiva ou revista vir em itálico, logo após o nome do título da obra, que não deve ser italicizado. Deve-se inserir a expressão "In:" apenas antes do título de obras coletivas (não se deve utilizá-la no caso de periódicos).

Exemplos:

Obra completa:

DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

Parte de obra coletiva (organizada, editada):

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly. (Org.). Os princípios da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, pp. 167-190.

Artigo de periódico:

SGARBI, Adrian. Textos normativos e alguns problemas de adscrição de sentido. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 26, pp. 6-31, jan./jun. 2005.

CITTADINO, Gisele; DUTRA, Deo Campos. *Direito Internacional Privado: o diálogo como instrumento de efetivação dos Direitos Humanos*. Sequência: estudos jurídicos e políticos. Vol. 33, n. 64, 2012 <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2012v33n64p259>.

STRUCHINER, Noel; FRIAS, Lincoln. *The Cogni-*

tive Psychology of the Potentiality Argument. *The American Journal of Bioethics*. Vo. 13, Issue 1, 2013. 10.1080/15265161.2012.747021.

4. Política e Diretrizes de Avaliação

4.1. Os artigos submetidos à Revista *Direito, Estado e Sociedade* são inicialmente avaliados pelo Comitê Editorial nos seguintes quesitos: (i) Originalidade e relevância temática; (ii) Pertinência temática às linhas de pesquisa do Programa de Pós-Graduação da PUC-Rio; (iii) Adequação às normas de formatação e às diretrizes expostas nesta política; (iv) Titulação dos autores; (v) Ausência de elementos no texto e no arquivo que permitam a identificação da autoria; e (vi) adequação do conteúdo aos padrões de qualidade do periódico.

Caso algum desses critérios não seja observado, o artigo será rejeitado preliminarmente pelo Comitê Editorial. Um artigo que tenha sido rejeitado preliminarmente pelo Comitê Editorial poderá ser submetido novamente para avaliação, desde que realizadas as modificações necessárias.

4.2. Após avaliação do Comitê Editorial, os artigos são submetidos à avaliação por, no mínimo, dois pareceristas ad hoc (avaliadores externos), com base nos quais o Comitê Editorial decidirá por aceitar, rejeitar ou solicitar alterações ao texto submetido. O tempo médio para conclusão de uma avaliação é de dois a seis meses. Essa média, contudo, pode sofrer modificações em virtude de alterações na intensidade do fluxo de recebimento de artigos pela revista.

As avaliações serão feitas mediante preenchimento do formulário no sistema. Em geral, os critérios de avaliação abordam os seguintes temas: (i) Pertinência do título e resumo/abstract; (ii) Clareza na tese central do artigo; (iii) Clareza e pertinência na argumentação; (iv) Pertinência e adequação metodológica; (v) Pertinência e adequação do embasamento teórico; (vi) Relevância temática do artigo; (vii) Incorreções de ortografia, pontuação e gramática.

5. Revisão do Manuscrito para Publicação

5.1. Os artigos aceitos para publicação poderão sofrer revisões pelo Comitê Editorial com o objetivo

de facilitar sua clareza e compreensão, sem que haja qualquer alteração no seu conteúdo.

5.2. Logo que prontas, as provas gráficas em formato eletrônico serão enviadas, por e-mail, para o autor responsável pelo envio do artigo.

5.3. Os autores deverão revisar a prova gráfica e devolvê-la, também por e-mail, indicando eventuais correções a serem feitas em, no máximo, 72 horas após o seu recebimento. No caso de ausência de retorno do autor dentro deste prazo, o Comitê Editorial considerará a versão encaminhada como definitiva.

6. Considerações Gerais

6.1. A submissão, processamento e publicação dos trabalhos é gratuita e não acarreta quaisquer custos para os autores.

6.2. O conteúdo dos artigos submetidos para o processo de avaliação da Revista é de inteira responsabilidade do autor, se furtando a revista de quaisquer responsabilidades.

6.3. Os trabalhos recebidos durante o ano e aprovados pelo Comitê Editorial e pela avaliação por

pares não serão, necessariamente, publicados nos números da Revista do mesmo ano, podendo ser publicados em números ulteriores.

6.4. Podem ser aceitos, mas não serão imediatamente publicados, artigos de autores que tenham trabalho publicado em número imediatamente anterior da revista. Nesse caso, o Comitê Editorial entrará em contato com o autor e indagará a respeito do interesse em publicar o artigo na edição subsequente.

6.5. Todos os artigos publicados serão divulgados na homepage da Revista Direito, Estado e Sociedade, no seguinte endereço: <https://revistades.jur.puc-rio.br/>

6.6. Caso ocorra divulgação posterior de algum artigo publicado na Direito, Estado e Sociedade em outra publicação, esta deverá referenciar a publicação original na Direito, Estado e Sociedade. Em caso de eventuais dúvidas, os autores devem entrar em contato com o Comitê Editorial através do seguinte e-mail: revistadireito@puc-rio.br.