

Feliciano Alcides Dias
Ivone Fernandes Morcilo Lixa
Marcelino Meleu
Organizadores

Constitucionalismo, Democracia e Direitos Fundamentais



CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Feliciano Alcides Dias
Ivone Fernandes Morcilo Lixa
Marcelino Meleu
(organizadores)



Copyright © 2020 Editora Meraki Ltda

Todos os direitos reservados.

ISBN: 978-65-88781-03-6

Acompanhamento editorial Leonam Liziero

Diagramação Mateus Souza

Capa Leonam Liziero

Editora Meraki

Conselho Editorial

Alexandre Walmott Borges (UFU)

Alessandra Silveira (UMinho)

Ari Marcelo Solon (USP)

Dawid Bunikowski (UEF)

Diva Julia Safe Coelho (PNPD-CAPES/UFU)

Felipe Magalhães Bambirra (UniALFA)

Gonçal Mayos (UB)

José Carlos Remotti (UAB)

Oswaldo Alves de Castro Filho (UFMS)

Saulo Pinto Coelho (UFG)

D541 Dias, Feliciano Alcides et al.
Constitucionalismo, Democracia e Direitos Fundamentais/
Feliciano Alcides Dias, Ivone Fernandes Morcilo Lixa, Marcelino Meleu
(Org.). Andradina: Meraki, 2020.

Bibliografia

ISBN 978-65-88781-03-6

1. Direito Constitucional 2. Democracia

1. Título

CDU – 342 CDD – 342.02

Reservados todos os direitos desta obra.

Proibida toda e qualquer reprodução desta edição por qualquer meio ou forma sem a permissão expressa do editor.

SUMÁRIO

[Autores](#) 5

[Apresentação](#) 11

[Um horizonte crítico dos direitos fundamentais em tempos de domínio neoliberal](#) 17

Ivone Fernandes Morcilo Lixa; Fernando Borba de Castro

[Oxígeno jurídico de los pueblos: un ejemplo de constitucionalismo horizontal iusmaterialista en tiempos de “plandemia”](#) 28

Antonio Salamanca Serrano

[Da releitura das concepções fundantes da democracia à democracia radical](#) 65

Leonel Severo Rocha; Aleteia Hummes Thaines

[Política constitucional e criticidade jurídica: uma introdução](#) 84

Lucas Machado Fagundes

[Estado Democrático de Direito e cultura digital](#) 114

Alejandro Knaesel Arrabal; Feliciano Alcides Dias

[A água como objeto do direito ambiental](#) 131

Nicolau Cardoso Neto

[A governança por números e o princípio da solidariedade como política constitucional para a superação da crise causada pelo COVID19](#) 147

Marcelino da Silva Meleu

[“Ecomassacres” anunciados: possíveis intersecções entre criminologia cautelar e a destruição da floresta amazônica](#) 169

Francisco Quintanilha Vêras Neto; Herson Alex Santos

[A teoria do discurso de Habermas como solução procedimental ao pluralismo na concepção dos direitos humanos](#) 184

Leonardo da Rocha de Souza

[Autodeterminação em relação à própria vida e à própria saúde: uma leitura da vontade à luz dos princípios da liberdade e da](#)

privacidade 198

Helena de Azeredo Orselli; Priscila Zeni de Sá

Decisão jurídica e comunicação científica: implicações ante o contexto de incerteza na era da tecnociência 217

Giselle Marie Krepesky

Racismo institucional e projeto civilizatório moderno: uma abordagem histórico-social a partir da experiência brasileira 234

João Paulo Allain Teixeira; Marcelo César Vital de Barros

Marias, Clarices e o fenômeno da feminização das migrações e suas relações com a naturalização do trabalho doméstico 252

Raquel Fabiana Lopes Sparemberger; Camila Belinaso

Revisiones conceptuales sobre los derechos humanos y la participación política en América Latina 277

Alejandro Rosillo Martínez; Guillermo Luévano Bustamante

Autores

ALEJANDRO KNAESEL ARRABAL

Doutor em Direito pela UNISINOS/RS. Professor do Programa de Mestrado em Direito da FURB e colaborador do Programa de Mestrado em Administração da FURB. Líder do Grupo de Pesquisa CNPq/FURB: DTIn - Direito, Tecnologia e Inovação e membro dos Grupos de Pesquisa CNPq/FURB: Estado, Sociedade e Relações Jurídicas Contemporâneas; Constitucionalismo, Cooperação e Internacionalização - CONSTINTER e Pesquisas em Cultura e Inovação Organizacional e Inter-relacionamento. <http://lattes.cnpq.br/0957562986221644> <https://orcid.org/0000-0002-0927-6957> E-mail: arrabal@furb.br

ALEJANDRO ROSILLO MARTÍNEZ

Profesor-investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí. Doctor en Derechos humanos por la Universidad Carlos III de Madrid. Correo-e: alejandro.rosillo@uaslp.mx

ALETEIA HUMMES THAINES

Pós-doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos) (2019). Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos) (2018). Atualmente é Professora Titular do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Regional e do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Taquara (FACCAT). Vinculada as linhas de pesquisa: **Instituições, Ordenamento Territorial e Políticas Públicas para o Desenvolvimento Regional, bem como, a linha Organizações, Mercados e Desenvolvimento Econômico Regional, ambas do Programa de Pós-graduação em Desenvolvimento Regional da FACCAT.** Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8476457830362221>. Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-0062-6789>. E-mail: ale.thaines@gmail.com.

ANTONIO SALAMANCA SERRANO

Profesor *Escuela de Derechos y Justicia*, Instituto Altos Estudios Nacionales, Quito, Ecuador.

CAMILA BELINASSO

Advogada e militante feminista. Bolsista na Especialização em Políticas Públicas e Justiça de Gênero pelo Conselho Latino-americano de Ciências Sociais – CLACSO. Pós-Graduada em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2017). Mestranda em Direito pelo programa de Mestrado em Direito da Unilassale-POA-RS.

FELICIANO ALCIDES DIAS

Doutor em Direito pela UNISINOS/RS. Professor do Programa de Mestrado em Direito da FURB. Líder do Grupo de Pesquisa CNPq/FURB: Estado, Sociedade e Relações Jurídicas Contemporâneas e membro dos Grupos de Pesquisa CNPq/FURB: Direitos Fundamentais, Cidadania & Justiça e DTIn - Direito, Tecnologia e Inovação, além do Grupo de Pesquisa CNPq/UNOESC: Constitucionalismo Pós-Moderno, Hermenêutica e Processo: direitos humanos e novas tecnologias. <http://lattes.cnpq.br/6367529141101048> <http://orcid.org/0000-0003-4936-9987> E-mail: feliciano@furb.br

FERNANDO BORBA DE CASTRO

Mestrando em Direito e Ciência Jurídica pela Universidade de Lisboa, com especialidade em Direito Constitucional. Pesquisador em Direito Constitucional e do Estado, Filosofia Política e Jurídica e Teoria do Direito.

FRANCISCO QUINTANILHA VÉRAS NETO

Professor Associado IV do Centro de Ciências Jurídicas - UFSC. Doutor em Direito pela UFPR em 2004 e Pós Doutor em Direito pela UFSC em 2014. R. Engenheiro Agrônomo Andrei Cristian Ferreira, s/n – Trindade, Florianópolis – SC, CCJ. Líder do Grupo Transdisciplinar em Pesquisa Jurídica para uma Sociedade Sustentável. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0352810627424925>; Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1620-6017>.

GISELLE MARIE KREPESKY

Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Mestre em Educação. Professora do Programa de Mestrado em Direito da FURB. Líder do Grupo de Pesquisas CNPq/FURB: JUSTEC (Justiça, Educação e Ciência) e membro dos Grupos de Pesquisas CNPq/FURB: Direitos Fundamentais, Cidadania e Justiça e Estado; Sociedade e Relações Jurídicas Contemporâneas. Jurídicas da FURB. Blumenau, Santa Catarina, Brasil. E-mail: gkrepsky@furb.br. Currículo Lattes: Disponível em: <https://bit.ly/3hAbu9m>. Acesso em: 15 set. 2020. Orcid Id: <http://orcid.org/0000-0003-0647-3602>.

GUILLERMO LUÉVANO BUSTAMANTE

Profesor-investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí. Doctor en Ciencias Sociales con Especialidad en Antropología Social por el Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS). Correo-e: guillermo.luevano@uaslp.mx

HELENA DE AZEREDO ORSELLI

Doutora pela Universidade do Vale do Itajaí e pela *Università degli studi di Perugia* e mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí,

professora do PPGD e graduação em Direito da Universidade Regional de Blumenau. Professora convidada da Escola da Magistratura do Estado de Santa Catarina (ESMESC) Advogada. Membro do Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais, Cidadania & Justiça, certificado junto ao CNPq pela FURB. E-mail: helena@furb.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7412639892153527> Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-5624-9185>

HERSON ALEX SANTOS

Pesquisador. Mestre em Direito e Justiça Social pela FURG em 2019. Av. Itália, s/n – km 08 – Carreiros, Rio Grande – RS, FADIR. Pesquisador do Grupo Transdisciplinar em Pesquisa Jurídica para uma Sociedade Sustentável. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1262930688791370>; Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0998-4654>.

IVONE FERNANDES MORCILO LIXA

Doutora em Direito Público (UPO/Es) com pós doutoramento em Teoria do Direito (UFSC/SC). Mestre em Teoria do Direito (UFSC/SC). Professora, extensionista e pesquisadora do Curso de Direito da Universidade Regional de Blumenau.

JOÃO PAULO ALLAIN TEIXEIRA

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE (2005) Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE (2000). Master em Teorias Críticas do Direito pela Universidad Internacional de Andalucía, Espanha (1998). Professor Adjunto da Universidade Federal de Pernambuco. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Professor do curso de graduação em Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco. Cumpriu período de pesquisa pós-doutoral no Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra (CES), Portugal (2018). Coordenador do Doutorado Interinstitucional UNICAP Recife / UNICATÓLICA, Quixadá. Coordeador da Clínica Interdisciplinar de Direitos Humanos da UNICAP. Professor pesquisador do grupo de pesquisa Moinho Jurídico CNPq - UFPE. Líder do grupo de pesquisa Recife Estudos Constitucionais REC - CNPq. Bolsista de Produtividade em Pesquisa (CNPq).

LEONARDO DA ROCHA DE SOUZA

Professor Efetivo da Universidade Regional de Blumenau/SC (FURB), atuando na graduação e no Programa de Pós-Graduação *Strico Sensu* em Direito como membro do corpo permanente. Realizou estágio pós-doutoral em Direito (UFRGS). Doutor e Mestre em Direito (UFRGS). Bacharel em Direito (UNISINOS). Editor Científico da Revista Jurídica da Furb. Vice-líder do grupo de pesquisa CNPq/FURB 'Direitos Fundamentais, Cidadania

e Justiça'. E-mail: leonardorocha@furb.br.
<http://lattes.cnpq.br/0486274110970836>. <https://orcid.org/0000-0003-1081-3155>

LEONEL SEVERO ROCHA

Pós-doutor em Sociologia do Direito pela Università degli Studi di Lecce. Doutor pela Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales de Paris (1989) Atualmente é Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado, Capes 6), da Universidade do Vale do Rio dos Sinos e do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado), da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai (URI). Membro pesquisador do CNPq. Coordena projetos de grande impacto internacional, com financiamento do CNPq, Fapergs e Capes, em colaboração com Instituições Estrangeiras e pesquisadores do Chile, Espanha, Itália, Alemanha e França. Vinculado a linha de pesquisa: Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3283434447576859>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-6971-1412>. E-mail: leonel.rocha@icloud.com.

LUCAS MACHADO FAGUNDES

Pós-doutor em Direito – Universidade Federal do Rio Grande do Sul UFRGS. Doutor e Mestre em Direito – Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Pesquisador do Núcleo de Pensamento Jurídico Crítico Latino-americano (coordenando a linha constitucionalismo crítico) – Universidade do Extremo Sul Catarinense. Professor colaborador do Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Autônoma de San Luís de Potosí – UASLP, México. Professor da Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC

MARCELINO DA SILVA MELEU

Doutor e Pós-Doutor em Direito Público pela UNISINOS-RS. Professor permanente e coordenador adjunto do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Regional de Blumenau - FURB (Blumenau/SC). Pesquisador e Líder do Grupo de Pesquisa “Direitos Fundamentais, Cidadania e Justiça” certificado junto ao CNPq pela FURB. Advogado. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9416741172999678>. Orcid: <http://orcid.org/0000-0003-2567-7248>. E-mail: mmeleu@furb.br

MARCELO CÉZAR VITAL DE BARROS

Mestrando em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Pernambuco-UFPE. Especialista em Direitos Humanos pela Universidade Católica de Pernambuco-UNICAP. Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco-UNICAP. Bolsista da Fundação de Amparo à Ciência e Tecnologia do Estado de Pernambuco-FACEPE.

NICOLAU CARDOSO NETO

Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, Mestre em Engenharia Ambiental pela Universidade de Blumenau - FURB, Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Especialista em Direito Ambiental pela Fundação Boiteux - UFSC. Professor da graduação e do Programa de Mestrado em Direito Público e Constitucionalismo da Fundação Universidade Regional de Blumenau – FURB. Integrante do Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais, Cidadania e Diferenciação, na linha Sustentabilidade Socioambiental, Ecomplexidade, Políticas Sanitárias e Ambientais. Líder do Grupo de Pesquisa Políticas Sanitárias, Agropecuárias e Ambientais, linha Políticas de Saúde para populações humanas e de animais. Lattes <http://lattes.cnpq.br/9877056120236239> . ORCID ID <https://orcid.org/0000-0002-9463-0673> . Advogado. E-mail: ncardoso@furb.br

PRISCILA ZENI DE SÁ

Doutora em Direito pela Unisinos. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professora do PPGD e da graduação em Direito da Universidade Regional de Blumenau – FURB e da graduação do Centro Universitário Católica de Santa Catarina – Unidade Joinville. Professora convidada da PUC-PR, Escola da Magistratura do Estado do Paraná (EMAP) e de Santa Catarina (ESMESC) Advogada. Pesquisadora do Grupo de Pesquisas "Constitucionalismo, Cooperação e Internacionalização - CONSTINTER" registrado no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPQ e certificado pela Furb. E-mail: priscilasa@furb.br Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0232080339688923> Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7498-6181>

RAQUEL FABIANA LOPES SPAREMBERGER

Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Mestre em Direito pela UFPR. Professora-adjunta da Universidade Federal do Rio Grande – Furg. Professora do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Rio Grande – Furg. Professora dos cursos de Graduação e do Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP/RS. Professora Convidada do Programa de Mestrado em Direito da FURB-SC.

Apresentação

A coletânea ora apresentada, compila trabalhos oriundos de pesquisas elaboradas por professores permanentes e colaboradores do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Regional de Blumenau – FURB. Tais pesquisas, partem da premissa de que é passível na doutrina jurídica publicista contemporânea que haja uma inevitável relação entre Estado, Constitucionalismo e Democracia. Essa tríade representa uma abertura para a densidade e complexidade do debate que envolve o desenvolvimento e as transformações das sociedades democráticas nos últimos séculos.

O direito público que norteia as investigações, refere-se às possibilidades de exploração investigativa da relação entre o Estado, a Constituição, a Democracia e os Direitos Fundamentais, vinculando necessariamente os fundamentos teóricos e políticos do Estado constitucional com a efetividade dos preceitos normativos na realidade social – concretização do poder normativo da constituição – com vistas a consolidação e fortalecimento da ordem democrática. Pode-se afirmar assim, que as incursões dos pesquisadores do PPGD/FURB buscam especializar o conhecimento de maneira inter-relacional entre direito público e constitucionalismo – compreendido como técnica e práticas específicas de limitação do poder com finalidade política de garantia de direitos fundamentais -, possibilitando uma reflexão crítica em dois âmbitos: um no sentido político da contribuição dos fundamentos do constitucionalismo para as instituições democráticas; e o outro no sentido jurídico do impacto da jurisdição constitucional na efetivação de direitos fundamentais.

As colaborações sugerem que as relações políticas e institucionais contemporâneas estão marcadas por níveis de tensões dos mais diversos, gerando conflitos de difícil equacionalização jurídica. Sendo assim, o objetivo desta obra é fomentar junto à pesquisadores, docentes e operadores do sistema de justiça brasileiro um debate estimulado com senso de criticidade no âmbito do Direito Público sobre os contornos do Estado Democrático e sua (não)concretização. Para tanto, deve-se considerar que o dilema do direito público e sua relação com constitucionalismo no século XXI é o enfrentamento entre o discurso doutrinário e as transformações das relações políticas e sociais no mundo contemporâneo. Nesse sentido, o diferencial das

investigações ora apresentadas é possibilitar a aproximação entre constitucionalismo, política e sociedade por meio de pesquisas especializadas que envolvam três dimensões do pensamento do direito público na sua relação com a democratização das instituições políticas: os fundamentos doutrinários, o sistema normativo jurisdicional e a efetividade das propostas constitucionais democráticas.

Logo, para os autores, o direito público deve ser contextualizado desde a realidade que pretende regular, pois, só assim, ganham sentido as pesquisas que investigam o impacto daquele sobre as instituições políticas e jurídicas democráticas; o funcionamento dos sistemas e processos constitucionais; o efeito dos instrumentos e das decisões na seara dos direitos fundamentais, e o papel que ocupam tais mecanismos em uma sociedade democrática complexa e em constante mudança.

Também se observa nos trabalhos apresentados um elo comum, porquanto, consideram o estudo do Direito e a concretização dos direitos fundamentais como “política constitucional”. Nesse sentido, Gustavo Zagrebelsky já afirmava que o Direito é um conjunto de materiais de construção, porém a construção em concreto não é obra da Constituição enquanto tal, mas de uma ‘política constitucional’ que se aplica às possíveis combinações destes materiais”¹ e, que significa estudar não apenas as técnicas jurídicas e disciplinares de interpretação e aplicação das disposições constitucionais (como “*normatividade constitucional*”, segundo a fórmula de H. Heller), mas sobretudo as políticas, de qualquer conteúdo e nível (privado, comercial, tributário, cultural, pedagógico, econômico, local, nacional, supranacional, internacional etc.), que contribuem para promover ou condicionar a atuação das Constituições e, portanto, do Direito, como desenhos da convivência civil (como “*normalidade constitucional*”, segundo H. Heller) e da vida em comunidade².

Para Carducci, a “*política constitucional*” não é outra coisa que não o conjunto de ações e atividades práticas, culturais, educativas, sociais, comunicativas, jurisprudenciais, legislativas, econômicas, políticas, que alimentam práxis de uso das regras e princípios jurídicos, em

¹ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia**, Torino, Einaudi, 1992, p. 8.

² MELO, M. P.; CARDUCCI, Michele; SPAREMBERG, R. F. L. **Políticas Constitucionais e sociedade: direitos humanos, bioética, produção do conhecimento e diversidades**. Curitiba: Editora Prismas, 2016.

geral, e constitucionais em particular, *mas sobretudo a unidade do sentido da Constituição no seu conjunto*³.

Para análise deste conjunto de ações e atividades, alguns autores escolheram (a pesquisa sempre pressupõe uma observação e, a extração de diferenciações a partir de certos pressupostos teóricos) como fio condutor, a matriz sistêmica, de vies luhmanniano. Como destaca Rocha (2013), esta matriz realmente provoca uma mudança epistemológica na teoria jurídica e por isto ainda não chegou a ter grande influência na dogmática positivista dominante. O ponto de partida são as análises de Luhmann sobre a *Teoria dos Sistemas* de Parsons. O autor adaptaria, entretanto, alguns aspectos da teoria de Parsons, somente numa primeira fase de sua atividade intelectual, já em um segundo momento, Luhmann opta por uma perspectiva *autopoietica* (Varela-Maturana), acentuando a sistematicidade do direito como auto-reprodutor de suas condições de possibilidade de ser, rompendo assim, com o funcionalismo parsoniano.

A perspectiva sistêmica autopoietica (pragmático-sistêmica)⁴ permite afirmar que por trás de todas as dimensões da semiótica, notadamente, as funções pragmáticas da linguagem nos processos de decisão jurídica, estão presentes, redefinidos no interior do sistema, a problemática do risco e do paradoxo. Nesta linha de idéias, é que se pode entender porque Luhmann, indo bem além de Kelsen (analítica) e Hart (hermenêutica), define o direito como uma estrutura de generalização congruente em três níveis: temporal (normal), social (institucionalização) e prático ou objetivo (núcleo significativo). Isto porque para Luhmann, o comportamento social em um mundo altamente complexo e contingente exige a realização de graduações que possibilitem expectativas comportamentais recíprocas e que são orientadas a partir de expectativas sobre tais expectativas. Estas reduções podem dar-se através de três dimensões: temporal, social e prática. Na dimensão temporal, essas estruturas de expectativas podem ser estabilizadas contra frustrações através da normatização; na dimensão social, essas estruturas de expectativas podem ser

³ Idem.

⁴ A diferenciação desta em contraposição as matrizes analítica e hermenêutica foi muito bem delineada no artigo intitulado “Epistemologia do Direito: revisitando as três matrizes jurídicas” de autoria do professor Leonel Severo Rocha, disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2013.52.06/39>

institucionalizadas, isto é, apoiadas sobre o consenso esperado de terceiros e na dimensão prática, essas estruturas de expectativas podem ser fixadas também através da delimitação de um 'sentido' idêntico, compondo uma inter-relação de confirmações e limitações recíprocas.

Num mundo altamente complexo e contingente, o comportamento social, para Luhmann, requer, portanto, reduções que irão possibilitar expectativas comportamentais recíprocas e que são orientadas, a partir das expectativas sobre tais expectativas. A consecução disso reside então em harmonizar as dimensões, através de reduções que irão se dar em cada uma delas, por intermédio de mecanismos próprios.

No modelo brasileiro, tal complexidade ganha outros contornos com a Constituição de 1988, pois ela inaugura um modelo de Estado Democrático de Direito destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, comprometida na ordem interna e internacional com a solução pacífica das controvérsias. Ou seja, tal ordenamento propõe o rompimento de um paradigma ainda vigente e estabelece um rol de promessas a serem perseguidas. Compreender essa nova complexidade implica a necessidade de se ressignificar fundamentos ultrapassados, que afastam os conceitos de risco e paradoxo, pois com eles, se permite um passo à frente para a compreensão da hipercomplexidade da sociedade atual.

Esta teoria da sociedade (sistêmica), trazida pelos autores quando se inserem no pensamento de Niklas Luhmann; Gunther Teubner; Marcelo Neves e Leonel Severo Rocha, percorrendo uma sociologia sistêmico-autopoiética das constituições, permite o contato na teoria jurídica entre os aspectos externos e internos, entre a práxis e a teoria, superando as concepções dogmáticas dominantes, ressaltando em um primeiro plano a prevalência da democracia e dos direitos humanos fundamentais, que pode ser revelado pela inserção de *Políticas Constitucionais*.

Assim, envolto nesse compromisso conjunto, de superação das concepções dogmáticas dominantes, é que organizamos e apresentamos ao público a obra ***Constitucionalismo, Democracia e Direitos Fundamentais***.

Blumenau/SC, primavera pandêmica de 2020.

Prof^a Dra. Ivone Fernandes Morcilo Lixa
Coordenadora do PPGD/FURB.

Prof. Dr. Marcelino da Silva Meleu
Vice-Coodenador do PPGD/FURB

Um horizonte crítico dos direitos fundamentais em tempos de domínio neoliberal

IVONE FERNANDES MORCILO LIXA
FERNANDO BORBA DE CASTRO

1 Introdução

Vive-se nas últimas décadas no mundo ocidental e particularmente no Brasil a ascensão da antidemocrática, o discurso do ódio, da segregação e violência que, pela rapidez e aceleração, tem colocado em questão os tradicionais conceitos Direitos Fundamentais que desde as origens do Estado moderno tem servido de falaciosa justificativa e legitimação da ordem liberal capitalista dominante. O desmonte e fragmentação da solidariedade social, a mercantilização e financeirização da democracia e seus tradicionais instrumentos de garantia, o deboche e menosprezo a ciência, vem exigindo uma resposta dos pensadores do Direito comprometidos com as garantias democráticas. É nesta direção que o presente trabalho, desde a reflexão crítica ao neoliberalismo político e uma perspectiva pluralista e comunitária, pretende contribuir.

2 Trinfo e crise do Estado moderno: liberdade e igualdade perante a lei em uma ordem jurídico-política proprietarista e individualista

Nesta parte inaugural resgatamos pontos centrais dos processos histórico-políticos que culminaram na consolidação e crise do Estado moderno, indissociáveis de suas respectivas conquistas e impossibilidades. O objetivo de tal incursão é relacionarmos a evolução da reivindicação por direitos – especialmente de liberdade e igualdade – ao papel desempenhado pelo Estado moderno nas sociedades políticas. A face negativa do projeto político moderno nas esferas econômica e social encontra-se inelutavelmente associadas ao surgimento de exigências por parte da crescente população empobrecida.

Remonta ao Estado moderno a germinação de demandas por

prerrogativas recorrentemente designadas pela doutrina jurídica como “direitos de primeira geração ou dimensão”, advindos do inconformismo social com um poder flagrantemente arbitrário. No século XVIII, com o despotismo esclarecido (ou Estado de Polícia) os monarcas exerciam o poder político soberano em limites territoriais específicos. A unidade do poder político foi um traço da modernidade, haja vista que no período histórico anterior (feudal) uma variedade de sujeitos disputava o comando de áreas não unificadas politicamente, o que gerava, no campo do direito, a concomitância de ordens jurídicas no interior do mesmo espaço social.

A passagem do Estado feudal ao Estado moderno forneceu aos Reis o monopólio do poder político, com a decorrente autoridade jurídica dentro dos limites territoriais em que eram soberanos. O comando monárquico constrangia a liberdade pessoal dos súditos e era também incompatível com a participação popular na tomada de decisões públicas. Exemplo paradigmático do absolutismo era a autoridade monárquica para definir a confissão religiosa dos súditos e para o exercício da atividade eclesiástica. A ingerência na esfera pessoal, que não era adstrita ao credo religioso, mas envolvia violações à vida, ao patrimônio, à segurança etc., inaugurou demandas por liberdades individuais capazes de domar a tirania dos governantes e viabilizar a representação política dos cidadãos.

Os abusos praticados pelos déspotas provocaram a ambição por direitos que mais tarde foram consagrados na Carta Magna francesa de 1789. Tais direitos correspondem às “liberdades civis”, que de alguma forma já se encontravam presentes, com maior ou menor força, na história da Europa, sob o influxo do direito romano. Por sua vez, as “liberdades políticas” brotaram com a modernidade e foram proclamadas pela Revolução Francesa e pela Revolução Americana. Decomposta em liberdade de expressão, associação e reunião, dizem respeito às relações entre governados e governantes. Com o tempo, o afastamento total dos cidadãos de qualquer decisão quanto à gestão da coisa pública que configurou as monarquias absolutistas deu lugar a uma evolução política, não sem movimentos paradoxais, no sentido de incluir cada vez mais os governados nas tarefas da vida pública (MIRANDA, 2004, p. 213-220).

Em um contexto de efervescência política, em gradual radicalização, a Revolução Francesa aboliu as instituições e formas administrativas do absolutismo monárquico para construir uma

sociedade moderna. A nova ordem política assentou-se nos direitos individuais, na soberania popular e na separação de poderes. Tal projeto inexoravelmente se associou à constituição de assembleias representativas do povo, na medida em que sem representação de cidadãos não havia que se falar em liberdade, e tampouco em Constituição, conforme prescreveu o artigo 16º da Declaração Francesa de 1789. Além de a luta para superar o *ancien régime* ter transcendido o território francês para inspirar outros países, a transição ao sistema parlamentar se tornou um marco histórico tradutor da oposição entre Estado absoluto e Estado liberal, representativo ou de direito.

Os homens, portadores de direitos naturais e imprescritíveis, nascem e permanecem livres e iguais. É o que proclamou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. O fim da sociedade foi considerado a preservação dos referidos direitos. Aos indivíduos só poderia impor-se restrições por meio de lei, expressão da vontade geral, para a formação da qual todos os cidadãos encontravam-se aptos a confluir – pessoalmente ou por seus representantes. A oportunidade de o povo participar no governo, pilar da estrutura do Estado, se associou à finalidade de manutenção dos próprios direitos naturais (DALLARI, 2011, p. 146-150).

Os direitos individuais do homem reivindicados e afirmados pela Revolução Francesa foram tratados como intrínsecos à natureza humana, e, pouco depois, inseridos logo no preâmbulo da Constituição francesa de 1793. A prevenção contra o surgimento de um novo poder arbitrário, como outrora fora o absolutismo monárquico, explicam a preocupação em conservar os direitos originários em face de eventuais desígnios dos representantes eleitos. Por esta razão, aos poucos (embora não sem resistência e mantendo a cultura jurídica legicentrista⁵) a soberania irrestrita do povo positivada

⁵ O pilar da concepção do Estado de direito no constitucionalismo francês foi o posicionamento da Declaração de Direitos de 1789 no topo da pirâmide hierárquica do sistema jurídico. O documento fixou mesmo uma disciplina vinculativa da própria vindoura Constituição de 1789. Nada obstante o Estado de direito (constitucional) tenha sido instaurado para contrapor o Estado de Polícia, os anos acabaram por conduzir a França a um Estado legal. A primazia da lei, expressão da vontade geral, serviu para submeter os cidadãos ao direito estabelecido pelo poder político. Enquanto expressão da vontade geral, as leis eram necessariamente também gerais, efetivando o princípio da igualdade perante a lei e afastando os privilégios típicos do *ancien régime*. Todavia, a limitação do poder pelo direito resultou em uma aporia: a *primazia da Constituição* foi desarmada *pela primazia da lei*. É a razão pela qual Carré de

na Constituição francesa de 1791 cedeu espaço à necessidade de se partilhar e harmonizar os poderes, através da instituição de um governo moderado tendente a coibir abusos dos governantes, o que se consolidou nas Cartas constitucionais posteriores.

Nos Estados Unidos da América, a Declaração da Independência de 1776 afirmou como verdade evidente por si só a detenção pelo homem de certos direitos inalienáveis, conferidos pelo Criador, entre eles a vida, a liberdade e a busca da felicidade. Para assegurar esses direitos, a nova nação, constituída por indivíduos considerados livres e iguais, formaria governos legitimados pelo consentimento dos governados. Desta forma, foram consagradas a representação política, a supremacia popular e o controle sobre o governo.

As transformações político-jurídicas da modernidade estão ligadas a decisivas mudanças no saber. O homem foi erigido à sujeito da razão, à sujeito do conhecimento. A partir desse ponto manifestou-se um conceito científico racionalista segundo o qual só deveria vigorar aquilo que racionalmente fizesse sentido: a razão não era só “meio” do conhecimento, mas também a sua fonte. Na perspectiva de uma filosofia jusracionalista, a *ratio* humana libertou o saber jurídico-filosófico da teologia e forneceu a lei natural ao homem. Um “direito correto” poderia ser descoberto através de um método rigoroso em que se questionava a natureza do homem para então se deduzir, por conclusão lógica, os direitos e deveres naturais do homem. Através de teorizações como o contrato social (especialmente em Jean-Jacques Rousseau e John Locke) a modernidade registrou esforços de se delimitar uma ordem jurídica válida para todos os homens (universal) e para todos os tempos (atemporal), na forma da imutável razão humana (KAUFMANN, 2015, p. 84-85).

Dentro do pensamento político liberal e da tradição do contrato social desenvolveu-se o jusnaturalismo individualista, assente na concepção do homem como sujeito moral, intelectual e economicamente livre. Nesta corrente, John Locke destacou-se na produção de um horizonte centrado na propriedade e adepto das liberdades. Segundo o autor, ao celebrar um pacto tendo em vista os

Malberg aludiu ao Estado de direito francês como um *Estado de legalidade* ou *Estado legal*. Embora tal Estado tenha sido relativamente eficiente no que diz respeito ao cumprimento do princípio da legalidade por parte da Administração, já não o foi para desvelar o sentido da supremacia da Constituição, tendo sido indiferente quanto à força normativa dos direitos e liberdades proclamados logo no princípio da Declaração de 1789 (CANOTILHO, 1999, p. 91-92).

benefícios da vida em sociedade, os indivíduos não perdem os direitos originários (do estado de natureza). Na verdade, a natureza fornece aos homens direitos naturais para que ajam livremente segundo seus desígnios racionais. Por esta razão, John Locke concebe o poder supremo de salvaguarda de tentativas e intenções de qualquer pessoa, inclusive dos legisladores, sempre que estes sejam estúpidos e cruéis a ponto de planejar e executar planos contrários às liberdades e propriedades (LOCKE, 1998, p. 518-519).

Focalizada no indivíduo – sujeito livre e dotado de conhecimento – a lógica liberal da modernidade subsidiou a pretensão de racionalizar o exercício do poder. Destarte, a doutrina jusnaturalista vertida pelo ideário contratualista fixou a primazia do indivíduo, cujos direitos naturais se encontravam fora da discricionariedade do Estado. O absolutismo monárquico, incompatível com a racionalização do exercício do poder, curvou-se a um novo Estado – de direito – insultor da limitação dos poderes dos governantes, ou, em outras palavras, da limitação do poder pelo direito.

Apesar dos seus inegáveis legados valiosos, a modernidade não é livre de críticas e aporias, especialmente na esfera do pensamento político democrático. A criação do direito pela vontade popular exteriorizada nas assembleias de representantes do povo originou uma reação de juristas letrados, que encaravam o direito como um saber não disponível ao alcance de todos por igual. A mesma filosofia política que conferiu à vontade popular o poder de fixar regras de convivência social instituiu, para a validade dessa vontade (para que fosse “racional e não arbitrária”; para que fosse “razão e não paixão”) condições que só uma minoria cumpria. Partindo de tal premissa, mais tarde, a maioria das Constituições europeias e americanas do século XIX vieram a limitar os direitos de participação política aos ricos, varões proprietários, educados, e, ainda que implicitamente, brancos (HESPANHA, 2019, p. 378).

À evolução do projeto político liberal moderno se uniu a promoção de um projeto econômico liberal que atendeu aos interesses do grupo social que alcançou o poder com a superação do despotismo monárquico. A junção do projeto econômico ao projeto político gerou significativos efeitos nos pilares do direito moderno.

Graças à influência no Parlamento, após a queda do absolutismo, a burguesia ascendeu ao poder. A nova configuração política favoreceu a criação de condições ao desenvolvimento do liberalismo econômico, orientado à economia de livre mercado capitalista. O

modelo econômico que emergiu necessitou da segurança jurídica não fornecida pelo Estado absoluto, haja vista as constantes interferências no patrimônio dos súditos e o direito discricionário do monarca de modificar e revogar as leis. Eis que despontou a construção de um sistema garantidor da certeza do direito e protetor da liberdade do direito privado burguês e da economia de mercado. Assim como as leis do mercado, as leis do Estado foram compreendidas como objetivas. Sendo iguais e vinculativas para todos, não poderiam ser manejadas por qualquer indivíduo em particular (CANOTILHO, 1999, p. 105).

Com o transcorrer do tempo, os elementos positivos do Estado liberal foram suplantados por outros negativos. Pode-se considerar que as próprias reivindicações que deram origem ao Estado liberal, estendidas ao extremo por um pensamento político e econômico exacerbadamente individualista, despertaram a necessidade de um novo olhar a respeito do papel do Estado na sociedade. A proteção da liberdade garantiu o privilégio daqueles economicamente fortes (proprietários), enquanto o Estado encontra-se inibido de proteger os menos favorecidos:

O Estado liberal, com um mínimo de interferências na vida social, trouxe, de início, alguns inegáveis benefícios: houve um progresso econômico acentuado, criando-se as condições para a revolução industrial; o indivíduo foi valorizado, despertando-se a consciência para a importância da liberdade humana; desenvolveram-se as *técnicas de poder*, surgindo e impondo-se a ideia do *poder legal* em lugar do *poder pessoal*. Mas, em sentido contrário, o Estado liberal criou as condições para sua própria superação. Em primeiro lugar, a valorização do indivíduo chegou ao *ultraindividualismo*, que ignorou a natureza associativa do homem e deu margem a um comportamento egoísta, altamente vantajoso para os mais hábeis, mais audaciosos ou menos escrupulosos. Ao lado disso, a concepção individualista da liberdade, impedindo o Estado de proteger os menos afortunados, foi a causa de uma crescente injustiça social, pois, concedendo-se a todos o *direito* de ser livre, não se assegurava a ninguém o *poder* de ser livre. Na verdade, sob pretexto de valorização do indivíduo e proteção da liberdade, o que se assegurou foi uma situação de privilégio para os que eram economicamente fortes. E, como acontece sempre que os valores econômicos são colocados acima de todos os demais, homens medíocres, sem nenhuma formação humanística e apenas preocupados com o rápido aumento de suas riquezas, passaram a ter o domínio da sociedade (DALLARI, 2011, p. 273).

Desta forma, a liberdade e a igualdade proclamadas pela Revolução Francesa e pela Revolução Americana (e a seguir positivadas constitucionalmente) como atributos inerentes à natureza humana não produziram comunidades políticas concretamente justas, sobretudo no aspecto social. A associação entre fatores políticos e econômicos refletiu um conceito meramente formal da liberdade e da igualdade no âmbito jurídico-constitucional. O desenvolvimento do Estado liberal através de uma ótica essencialmente individualista e patrimonialista revelou uma nítida contradição da afirmação solene da igualdade entre os homens com crescimento da miséria humana – mazela que, pelo menos do ponto de vista jurídico-formal, não violaria o direito.

Segundo uma perspectiva do cidadão como ser abstrato, uma simples forma dissociada das situações reais em que vive, a igualdade e a liberdade foram abordadas como traços protocolares. Não coincidiam com as efetivas hierarquias entre homens e mulheres e, tampouco, com o seu concreto poder decisório. Partindo-se da premissa de que todos eram dotados do mesmo poder social e da mesma liberdade de querer, não se via que, no plano factual, uns poderiam ditar a sua vontade, estabelecendo uma relação desigual – de domínio – sem prever formas de compensar a desigualdade e de fixar uma regulação socialmente justa. O direito era essencialmente estestado na propriedade, tratada como uma extensão da liberdade e apontada como uma prerrogativa genérica de todos (real ou potencial), embora no mundo real uns fossem proprietários e outros não (HESPANHA, 2019, p. 345).

A partir da segunda metade do século XVIII, com o advento das máquinas a vapor, transformações econômicas e demográficas afetaram a realidade das sociedades políticas. A supressão do trabalho artesanal pela produção motorizada e em larga escala intensificou o êxodo rural, sobrecarregou as cidades e acentuou a concentração de riquezas nas mãos daqueles que já detinham propriedade. Estes, não mais possuidores exclusivamente de terras, mas, a partir de então, de fábricas, passaram a produzir e vender o máximo possível, acumulando riquezas e pagando aos trabalhadores, em troca, valores irrisórios. Além de vender sua força de labor por uma contraprestação insignificante, os trabalhadores ainda eram submetidos às mais degradantes condições.

Assim sendo, a Revolução Industrial expandiu as desigualdades econômicas e sociais nas comunidades políticas compostas por

cidadãos pretensamente livres e iguais, mas na prática dominados pela devastadora força dos homens proprietários. As desprezíveis condições de trabalho e de vida germinaram lutas políticas e sociais que objetivaram tornar a igualdade entre os cidadãos um direito que pudesse verdadeiramente ser desfrutado por homens e mulheres. A partir de então a ideia de *igualdade perante a lei* – de caráter formal, que impunha o tratamento igual a indivíduos desiguais – rendeu-se à imprescindibilidade de alcançar a igualdade material, consubstanciada através do tratamento desigual a indivíduos que se encontram em situação econômica e social desigual.

As profundas privações que assolaram a população empobrecida resultaram no imperativo de se fixar mais um pilar do Estado de direito. Além de pressupor as liberdades civis e políticas e a separação de poderes, o Estado de direito assumiu como missão a promoção da justiça social. O paradigma essencialmente liberal ostentado pelo Estado moderno, inicialmente compreensível, haja vista o esforço para romper com todas as estruturas do *ancien régime* originou, paradoxalmente, uma crise fruto do próprio abstencionismo estatal na esfera particular.

A vedação à interferência na propriedade privada e a admissibilidade apenas de leis gerais e objetivas, determinantes para a impossibilidade de correção de desigualdades pelo Estado de direito, geraram reivindicações de concretização de igualdade existente apenas na lei. A expansão das privações econômicas e sociais sofridas por uma legião de vulneráveis conduziu à indispensabilidade de acrescentar uma matriz social ao Estado de direito. Daí despontou uma nova dimensão ao Estado, a partir de então responsável política e juridicamente pela criação de condições efetivas ao exercício da igualdade e da liberdade por todos.

3 Impossibilidades limites do Estado moderno

No entender de MASCARO (2020, p. 17) o Estado Moderno, tal como se apresenta atualmente, é uma forma inédita de organização política e especificamente uma manifestação capitalista. Para o autor, é no modelo político capitalista que se abre a separação entre o domínio econômico e o político, uma vez que a complexidade nas relações de poder nas esferas econômica e política implica em que não ocorra necessariamente a coincidência entre as estâncias de poder. Entretanto, salienta MASCARO, somente o apartamento de

uma instância estatal torna possível a reprodução capitalista, uma vez que esta dá causa àquela.

Desde tal perspectiva, o Estado contemporâneo é um fenômeno historicamente capitalista que encontra sua funcionalidade e estruturação ordem econômica e não política.

O Estado, assim, se revela como aparato necessário à reprodução capitalista, assegurando a troca de mercadorias e a própria exploração da força de trabalho assalariada. As instituições jurídicas que consolidam por meio do aparato estatal – o sujeito direto e a garantia do contrato e da autonomia da vontade, por exemplo – possibilitam a existência de mecanismos apartados dos próprios exploradores e explorados (MASCARO, 2020, p.18).

Assistindo-se nesta segunda década do século XXI a um “esvaziamento” no plano teórico das imagens e discursos representativos da racionalidade jurídica moderna, vai-se construindo a certeza de esgotamento das categorias da modernidade e das grandes utopias que serviram para construir o horizonte de futuro emancipador, tomando-se a crítica à modernidade e ao Estado capitalista o ponto de partida para sua própria superação.

Discutir Direitos Fundamentais, desde a revisão política e jurídica, implica em colocar em questão a tradicional cultura jurídica e política no sentido de colocar em questão as próprias fontes tradicionais do direito que tem no monismo estatal a única possibilidade de legitimação.

Assim, se abre a possibilidade para o reconhecimento do pluralismo jurídico comunitário como alternativa para repensar os Direitos Fundamentais, definido por WOLKMER (2015, p. 158) como:

O pluralismo enquanto concepção “filosófica” se opõe ao unitarismo determinista do materialismo e do idealismo modernos, pois advoga a independência e a inter-relação entre realidades e princípios diversos. Parte-se do princípio de que existem muitas fontes ou fatores causais para explicar não só os fenômenos naturais e cosmológicos, mas, igualmente, as condições de historicidade que cercam a vida humana. A compreensão filosófica do pluralismo reconhece que a vida humana é constituída por seres, objetos, valores, verdades, interesses e aspirações marcadas pela essência da diversidade, fragmentação, circunstancialidade, temporalidade, fluidez e conflituosidade.

[...]

O pluralismo, enquanto “multiplicidade dos possíveis”, provém não

só da extensão dos conteúdos ideológicos, dos horizontes sociais e econômicos, mas, sobretudo, das situações de vida e da diversidade das culturas

Desde tal horizonte, o “ponto de mirada” e posicionamento compreensivo, discutir Direitos Fundamentais exige do pensador do direito uma atitude política no sentido de negar a falácia do mito fundador do direito moderno: a certeza e segurança nascida da plena, unitária e absoluta razão estatal.

4 Conclusão

Discutir a possibilidade de superação do neoliberalismo, entendido desde a definição dada pelos que se reuniam na Sociedade Mont Pèlerin de 1947 e propuseram uma revisão ao modelo liberal que nega valores morais e representa um risco para os valores centrais da civilização e da liberdade, implica em reconhecer os limites e impossibilidades do modelo político e jurídico tradicional representado pelo Estado e Direito moderno. Os sistemáticos ataques e ameaças ao Direitos Fundamentais e à justiça social em nome da liberdade de mercado e tradicionalismo moral, nos dias de hoje, não estão apenas limitados aos chamados conservadores da direita, mas reforçados por forças antidemocráticas e, com apelos a moralidade em nome de um falso patriotismo cristão segregador, vão destruindo e fragmentando a solidariedade social.

Repensar desde a crítica implica em desnudar o falacioso discurso da igualdade e justiça social político e jurídico liberal capitalista que além de produzir exclusão também produz subjetividades que alimentam e reproduzem as contradições estruturais do modelo hegemônico. Nesta direção, a refundação do Estado, da política e do direito desde uma cultura pluralista emancipadora e renovada pode representar renovação e redirecionamento para um futuro mais generoso.

Referências

- CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- DALLARI, D. A. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- HESPANHA, A. M. **Cultura jurídica europeia: síntese de um**

- milênio.** Coimbra: Almedina, 2019. 647 p.
- KAUFMANN, A. problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, A; W, HASSEMER. **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas.** Tradução: Marcos Keel e Manuel de Oliveira. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015.
- LOCKE, J. **Dois tratados sobre o governo.** São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política.** São Paulo: Boitempo, 2020.
- MIRANDA, J. Os problemas políticos fundamentais e as formas de governo modernas. In: MIRANDA, J. (org). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Armando M. M. Guedes.** Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito.** 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

Oxígeno jurídico de los pueblos: un ejemplo de constitucionalismo horizontal iusmaterialista en tiempos de “plandemia”

ANTONIO SALAMANCA SERRANO

1 Introducción

El derecho, los derechos humanos y de la naturaleza, las constituciones, son un poder popular vivo, dinámico e histórico, mucho más que textos de normas y leyes; mucho más que prospectos de medicaciones jurídicas. El verdadero derecho es un dinamismo de empoderamiento popular; el poder constituyente propio de un constitucionalismo horizontal iusmaterialista, de otro *nomos* (MÉDICI, 2012). Se mueve en otra manera de ver, sentir y practicar las relaciones del poder. Es consciente de que a los pueblos se les cuelga del cuello ordenamientos plagados de normas de dominación, y que a ese yugo pretenden llamarle derecho. Por eso desvela la indigencia jurídica en que el fetiche jurídico de la burguesía tiene a las mayorías populares, sea en sus caretas criollas iusnaturalistas, positivistas o garantistas (SALAMANCA, 2016). *El derecho es un poder real para satisfacer el sistema de necesidades y hacer florecer el sistema de capacidades para la producción y reproducción de la vida, de los pueblos y la naturaleza, sistema que ha sido acotado autónomamente por la comunidad, como bienes (jurídicos) merecedores de la protección de la fuerza tutelar coactiva comunitaria.*

El dinamismo del derecho popular vivo en acción se encuentra históricamente en conflicto con el pseudoderecho. Desde hace quinientos años ese falso derecho ha sido el de una clase emergente, la burguesía. Y desde hace dos siglos ha conseguido la hegemonía. En lo que sigue vamos a mostrar lo que entendemos por derecho popular iusmaterialista en acción en su lucha frente al contraderecho. Nos ubicamos principalmente en lo que está sucediendo desde el mes de marzo de 2020 en Bolivia y Ecuador, a modo ilustrativo. Para ello utilizamos, como ejemplo, la guerra declarada por el contraderecho a la revolución popular insurgente del derecho a la salud en el contexto

global de la “plandemia” por la covid-19. Un derecho que no solo es derecho humano, sino también de los animales y la Naturaleza. Nuestra intención es acompañar al lector en la interpretación de la realidad con nueve preguntas, articuladas según las tres categorías siguientes: A) la disputa por *la producción del derecho*: ¿cómo se está disputando la producción popular del derecho a la salud?; B) la disputa por *la circulación del derecho*: ¿cómo se está disputando la circulación popular del derecho a la salud?; C) la disputa por *la apropiación del derecho*: ¿cómo se está disputando la apropiación popular del derecho a la salud?

- A) ¿Cómo es la guerra contra la revolución popular en la producción del derecho a la salud?
- 1) ¿Cómo es la guerra en los cuerpos y los medios de producción de salud?
 - 2) ¿Quiénes son los sujetos del contraderecho y del derecho popular a la salud y cómo lo están produciendo?
 - 3) ¿Qué se está produciendo como derecho a la salud?
- B) ¿Cómo está circulando el contraderecho y el derecho a la salud?
- 4) ¿Qué se están inoculando como derecho a la salud en los pueblos?
 - 5) ¿Cómo se propaga el contraderecho y el derecho a la salud, regional y globalmente?
 - 6) ¿Qué se busca realizar globalmente con el contraderecho y el derecho a la salud?
- C) ¿Cómo la guerra del contraderecho expropia el derecho a la salud del pueblo y la revolución popular se lo reapropia?
- 7) ¿Cómo se disputa la apropiación de los cuerpos y los medios de producción del derecho a la salud?
 - 8) ¿Cómo se disputa la apropiación nacional, regional y global de la circulación del derecho a la salud?
 - 9) ¿Cómo se disputa la apropiación de la satisfacción del derecho a la salud?

2 La producción del oxígeno de los pobres vs el “no puedo respirar”

En estos meses de pandemia o “plandemia”, como algunos sostienen (ESTULÍN, 2014; 2017) estamos asistiendo a una guerra tremenda entre el Goliat de los intereses corporativos criminales, ocultos y entrelazados en la estructura de un gran número de Estados, y el David de los pueblos que gritan: *¡quiero respirar!* Como simbolismo de ello, el 25 de mayo de 2020, George Floyd estremeció a Minneapolis, Estados Unidos y al mundo, cuando por más de 20 veces gritó *I can't breath* (no puedo respirar). La respuesta del policía, Derek Chauvin, que le asfixiaba con su rodilla en el cuello fue: *"Entonces deja de hablar, deja de gritar, se necesita muchísimo oxígeno para hablar"*. El grito de George Floyd se une al de Eric Garner, también negro, asesinado por la policía en 2014. Un aliento que se ha convertido en bandera de lucha del movimiento *Black Lives Matter*.

Pues bien, en estos cinco meses, bajo muchos puentes, en las calles, suburbios, hogares, residencias de ancianos y hospitales, se continúa clamando “no puedo respirar”. Es un grito global. La necesidad y la capacidad de oxígeno para la vida de las personas afectadas por la covid-19 pide con urgencia la salud pulmonar, de la sangre y corporal para poder seguir respirando. Esta necesidad/capacidad pulmonar, sanguínea y corporal es la fuente, la materialidad radical, del derecho a la salud. Los 800.000 registrados fallecidos, más todos aquellos que han requerido atención y han sobrevivido, son seres humanos de carne y hueso, con historias de vida personales y familiares. No son fantasmas ni zombis, más allá de que alguno se creyese inmune a las enfermedades de los pobres, pensándose ajeno a la condición humana, en la ensoñación más idealista o espiritualista del delirio de los “ricos”.

3 ¿Cómo es la guerra en los cuerpos y los medios de producción de salud?

La voluntad indolente y fanática de explotación y dominación de la población mundial, de su genocidio, es por lo que han sustituido el cuerpo de los enfermos y afectados por el coronavirus: esa es su *materia prima*, la fuente última del contraderecho que ha

desencadenado y está especulando con la “plandemia” global. Para las élites globales los cuerpos sufrientes de los pueblos no existen, son números, porcentajes estadísticos admisibles. Efectos colaterales. Son los “nadies”, los hijos de nadie, que valen menos que el virus que los mata, parafraseando a Eduardo Galeano. Sobre los *medios de producción* de su “pretendida” salud (o tal vez sea mejor llamarle “enfermedad”) cuentan con la sabiduría acumulada de la historia de la ciencia, las bibliotecas, los artículos científicos, los conocimientos de salud y médicos, las investigaciones, el instrumental médico, institutos de investigación biológica y médica, hospitales, pocas camas hospitalarias, escasos respiradores, pruebas PCR y test serológicos de dudosa falibilidad, medicamentos con escasa eficacia y serios efectos secundarios, etc.

Por el contrario, la insurgencia del derecho popular a la salud arranca de la materialidad viva; de los cuerpos de seres humanos que son abuelos, padres, madres, hijos, hermanos y amigos. Son cuerpos con la necesidad/capacidad de oxígeno; que este pueda ser transportado sin coágulos por los eritrocitos a todas las células del cuerpo, para que las mitocondrias den energía al organismo. Esta es la fuente última del dinamismo que está haciendo insurgir el derecho popular a la salud. Para ello se está apoyando en sus *medios de producción*, muchos de los cuales son también lo que utiliza el contraderecho y que hemos mencionado en el párrafo precedente. Pero el pueblo tiene más, tiene su sabiduría médica intercultural ancestral (no colonial), una sabiduría que se actualiza en estos momentos con técnicas nuevas para experimentar soluciones. Este es el caso de los pueblos Karanki, Otavalo, Shuar y otros en Ecuador. Los pueblos cuentan además con fórmulas magistrales alternativas (*vgr.* homeopática, dióxido de cloro, etc.). En el caso del dióxido de cloro, es un gas diluido en agua que se obtiene de activar clorito de sodio al 28%, con un ácido; pueda ser este ácido clorhídrico (al 4%) o cítrico (del 35% al 50%). El clorito de sodio se obtiene de la sal, fácil de obtener, muy barato y no se puede patentar. Podemos decir que el dióxido de cloro se puede convertir en un bien común de la humanidad, sal de la vida de los pueblos. Se utiliza desde hace más de 100 años como potente bactericida, virucida, y potabilizador del agua. El derecho insurgente de los pueblos dispone, también, de literatura crítica sobre la salud, considerada “científica” y también no científica, pero igualmente importante. Algunos de esos textos, a modo de ejemplo, se van a ir presentando en todo el artículo. Mencionamos

aquí de momento cuatro de ellos: J. Humble, *The Miracle Mineral Solution of the 21st Century* (2006); A. Kalcker (2013) CDS. *La salud es posible*, ID., (2016), *Salud prohibida. Incurable era ayer*; y J. Pàmies y Miquel Figueroa. *Una dulce revolución*, 2017.

4 ¿Quiénes son los sujetos del contraderecho y del derecho popular a la salud y cómo lo están produciendo?

Los sujetos, los actores, que producen la enfermedad en este caso de “plandemia” son varios: a) los que han elaborado el virus y lo han esparcido, por error o deliberadamente, como pareciera, si es que el virus no ha sido un accidente; b) parte de la comunidad científica y médica que responde con el reflejo Semmelweis; c) el complejo de los bancos-las grandes farmacéuticas, que tienen interés en convertir 7.000 millones de personas en consumidores de sus vacunas. Un caso de esa fusión es el matrimonio de Monsanto y Bayer, aprobado en 2018 (ROBIN, 2008). El gigante de los pesticidas y agroquímicos estadounidense se une con la farmacéutica alemana. Ahora un gran negocio es enfermar a los pueblos para luego “curarlos”; d) algunos ministros, presidentes, senadores, diputados y funcionarios de los países, captados por las farmacéuticas u obedientes cobardes; e) la Organización Mundial de la Salud, infiltrada por los intereses corporativos, farmacéuticos. La Fundación Bill y Melinda Gates es uno de los principales financistas de la OMS; f) los medios de comunicación, accionistas de esa gran industria y obedientes a sus dictados; g) algunos funcionarios del sistema de justicia, abogados, policías, fiscales y jueces. Todos ellos son parte de la burguesía global y sus capataces (VARGAS LLOSA, 2018; BORÓN, 2019).

Mucho se ha escrito de los intereses de la banca y la gran industria química y farmacéutica, de la OMS, y de los medios de comunicación. Sin embargo, ahora nos interesa detenernos en el papel que juega la comunidad científica y médica, así como algunos funcionarios del sistema de justicia. En el primer caso, más allá de los cínicos, con intereses estratégicos conscientes, gran parte del resto son personas que reaccionan bajo el “reflejo Semmelweis”. Esta es una categoría acuñada para indicar la reacción dogmática, indolente y criminal de la comunidad científica cuando es desafiada en sus postulados, intereses y prácticas tradicionales. El nombre se tomó de lo que le ocurrió al médico húngaro Ignaz Semmelweis en el siglo XIX. Descubrió una correlación entre las muertes de mujeres en el momento del parto

(muertes por cama de parto) y la limpieza del lugar de alumbramiento y las manos de los médicos. Ante la publicación de la reducción de muertes, una vez establecidos criterios de desinfección en la sala de parto, la reacción de la comunidad médica fue soberbia, dogmática, indolente y asesina. ¿Cómo alguien podría insinuar que la causa de la muerte era los mismos médicos, suciedad de sus propias manos? Sus “colegas” le internaron en un psiquiátrico contra su voluntad. Murió de forma extraña dos semanas después, en 1865. Luego, unos años más tarde, dos científicos, Louis Pasteur, con su investigación sobre los gérmenes, y Joseph Lister, con sus trabajos sobre la higiene de los hospitales, vendrían a dar la razón a Ignaz Semmelweis. Pero este ya había sido quemado en la hoguera medieval de la ciencia del siglo XIX. (MIKOVITS et al., 2020, Prólogo)⁶ En el segundo caso, algunos de los funcionarios del sistema judicial en cuestión son los encargados de normativizar el contraderecho en los servicios nacionales de gestión de riesgos, en forma de “protocolos”, de declaraciones de estados de “confinamiento”, de “excepción”, de obligatoriedad de tratamientos, de criminalización de la población y de las medicinas ancestrales o alternativas, etc. En Bolivia y Ecuador, así como de gran parte de América Latina, abunda este tipo de funcionario, con estadio de desarrollo moral miedo/castigo, propio de una fijación en la etapa preconventional heterónoma, siguiendo a J. Piaget, L. Kohlberg o C. Gilligan.

Por el contrario, la “plandemia” está mostrando otros verdaderos sujetos populares del derecho a la salud. En Bolivia, está ocurriendo algo parecido a lo que sucede en Ecuador. Buena parte de la población ha tomando la salud en sus manos como sujeto activo. Un ejemplo es el municipio de San José de Chiquitos, en el departamento de Santa Cruz de la Sierra (Bolivia), con su alcalde Germain Caballero. Ellos han decidido apropiarse de su salud y han comenzado a atender a la población con el dióxido de cloro. En Ecuador, muchas personas particulares, apoyadas en el boca a boca y las redes sociales, han tomado la salud en sus manos como sujetos productores del derecho. En parte, por las grandes deficiencias de los hospitales y pobre respuesta institucional para salvar vidas. Así, por

1 Las citas de la obra de la Dra. Judy Mikovits y el Dr. J. Heckenlively (2020). *Plague of corruption: Restoring faith in the promise of science* se hace de los capítulos. Solo se ha tenido acceso a una versión digital de la misma sin paginación. Por su actualidad y relevancia, seguimos en gran parte esta obra para ilustrar nuestro trabajo.

ejemplo, en Otavalo, segunda ciudad más poblada de la provincia de Imbabura, la chispa comenzó desde abajo, persona a persona. A ese pueblo insurgente se le ha unido desde el inicio algunos médicos de los humildes, no mercenarios. Un ejemplo otavaleño es la *Fundación Jambi Huasi*, de medicina intercultural, tradicional y alternativa. En la costa del país, en Guayaquil, la *Asociación Ecuatoriana de Médicos Expertos en Medicina Integrativa* (AEMEMI) ha estado empoderando al pueblo desde el inicio, en los peores momentos de la pandemia en la ciudad. A este proceso se han unido algunas fundaciones, universidades, investigadores como el biofísico alemán Dr. Andreas Kaleker, sacerdotes y obispos. Un ejemplo es la carta firmada por los obispos de diez ciudades del país, entre ellos el obispo de origen suizo de Santo Domingo de los Tsáchilas, Bertram Wick, pidiendo la renuncia del ministro de salud ecuatoriano, Juan Carlos Zevallos, y la autorización del uso de medicinas alternativas como el dióxido de cloro:

Pensamos que el Ministerio de Salud pareciera que se dedica, a perseguir a médicos y pequeños distribuidores de Dióxido de Cloro, sustancia que ha demostrado que cura la COVID-19. Muchos médicos lo saben, pero combaten este conocimiento irrefutable, negándose a realizar estudios clínicos solamente porque la FDA y la OMS, no los hacen, ni lo aprueban.

El Gobierno no favorece la salud de los enfermos, al contrario, la perjudica, impidiendo que medicinas alternativas, como el Dióxido de Cloro, no se tome en cuenta, aun cuando, los ensayos preliminares han dado resultados estupendos de un 100/100 de curación del coronavirus. (Cf. Ensayo preliminar para el tratamiento de la enfermedad COVID-19, utilizando dióxido de cloro, llevado a cabo por la Asociación Ecuatoriana de Médicos Expertos en Medicina Integrativa (AEMEMI), notariado el 6 de mayo 2020).

Señor Presidente, le pedimos a usted que, autorice la utilización del Dióxido de Cloro y solicite la renuncia a todos los funcionarios que han demostrado ser corruptos e ineficaces, así como a su responsable, esto es, al Señor Ministro, titular de la cartera de salud (Obispos, 8 julio 2020).

5 ¿Qué se está produciendo como derecho a la salud?

Los “remedios”, los *satisfactores* de salud, que se están produciendo

en estos meses son varios (satisfactores como el resultado de la producción) con mayor o menor eficacia (valor de uso para la salud). Gran parte del personal médico honesto está intentando paliar la pandemia con los medicamentos ofrecidos en la medicina alopática: hidroxiclороquina, ivermectina, dexametasona, remdesivir, etc. Su eficacia es baja y altos los riesgos de algunos de ellos. La veleta de la OMS, en su función de desinformar, lo mismo advierte un día de los riesgos de la hidroxiclороquina, que al día siguiente la recomienda. De los serios riesgos del remdesivir no dice mucho. El contraderecho pretende aguantar meses con estos tratamientos mientras llegan sus vacunas: la de la Universidad de Oxford, basada en adenovirus, la del grupo Moderna Inc, con sede en Cambridge, Massachusetts. Esta última, el gobierno de Estados Unidos la financia con más de 1.000 millones de dólares. A finales de julio de 2020, las acciones del grupo subieron 11%, hasta los 81,31 dólares, solo con el anuncio de que realizarían el ensayo en 30.000 adultos sin la enfermedad. Países como Brasil, China, Cuba, España, México, Rusia y otros, también están desarrollando sus propias vacunas.

Sin embargo, el derecho popular a la salud, además de algunos de los "remedios" de la medicina alopática, cuenta con los propios de la homeopática, medicina ancestral, así como algunos de los ofrecidos por la medicina alternativa e integrativa. En el caso que tomamos como ejemplo, nos referimos a un satisfactor alternativo: el dióxido de cloro. Como hemos visto, la materia prima de esta sustancia es una sal, el clorito de sodio que se activa con un ácido. Médicos alternativos, y cualquier persona, con una oportuna capacitación, lo están preparando. Es fácil su elaboración. El resultado es el dióxido de cloro (molécula de dos átomos de oxígeno y uno de cloro). Los médicos que administran esta fórmula magistral alternativa a su pueblo sufriente, muchos de ellos lo toman para no contagiarse del virus y para curarse cuando se contagiaron. Pues bien, si finalmente se termina verificando su eficacia y no toxicidad en los ensayos clínicos, lo que muestra muchos de los casos clínicos documentados desde Argentina a México es la eficacia para inactivar el virus de la covid-19, así como a otros muchos virus y bacterias en el cuerpo humano (ya demostrado en superficies y para potabilizar). Nos encontraríamos entonces con un agua mineral, fórmula magistral, que cura. Esto es, da oxígeno al cuerpo, restablece su saturación normal así como las demás funciones del cuerpo. Este satisfactor de salud tiene algunas características importantes: a) de sencilla preparación; b) es muy

asequible porque es muy barato (por debajo de los 6 dólares para un tratamiento de varios meses); c) accesible a toda persona en cualquier parte del mundo (Brasil, es el principal productor en América Latina); d) democratiza la salud.

Ahora bien, lo que está ocurriendo tiene también su lectura jurídica desde los ojos del derecho insurgente popular frente al contraderecho de la enfermedad. La guerra de las élites criminales está siendo enfrentada con la revolución de la sal popular. Ello implica el ejercicio del derecho de acceso al dióxido de cloro, a su producción personal, su distribución y consumo. Asimismo, supone el derecho al tratamiento con dicha sustancia mediante el seguimiento médico, también en los hospitales. Es el derecho humano a la salud como derecho subjetivo en acción. El derecho popular a la salud está empujando y brotando desde abajo. Es derecho vivo más allá de que exista o no exista norma que lo regule. Sin embargo, en este caso, el derecho subjetivo nacido desde abajo cuenta con normativa que le permite su aplicación. Se puede recurrir al positivismo jurídico de combate para su defensa.

En Bolivia, el movimiento popular por el derecho a la salud, también con la administración del dióxido de cloro, cuenta con el apoyo normativo internacional de la Declaración de Helsinki (1964). En el derecho interno, la constitución boliviana protege el derecho a la vida (art. 15) y a la salud (art. 18). La autonomía para el ejercicio de este último se reconoce en diferentes niveles. Uno de ellos es el nivel municipal con competencia en los ámbitos 1 y 2. En Ecuador, la normativa principal que apoya y refuerza —pero que no lo crea, como hemos indicado, dado que quien lo crea es el pueblo en acción— el ejercicio del derecho subjetivo a la salud es la siguiente:

1º) La *Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial* (1964) es un instrumento que establece estándares de actuación y respeto a los derechos humanos que debe orientar las actuaciones de los países. Allí se reconoce que:

Quando en la atención de un paciente las intervenciones probadas no existen u otras intervenciones conocidas han resultado ineficaces, el médico, después de pedir consejo de experto, con el consentimiento informado del paciente o de un representante legal autorizado, puede permitirse usar intervenciones no comprobadas, si, a su juicio, ello da alguna esperanza de salvar la vida, restituir la salud o aliviar el sufrimiento. Tales intervenciones deben ser investigadas posteriormente a fin de evaluar su seguridad y eficacia. En todos los casos, esa información nueva debe ser registrada y, cuando sea

oportuno, puesta a disposición del público (art.37).

2º) La Constitución de la República del Ecuador (2008), establece:

A) la obligación del Estado de: 1ª) garantizar el derecho a la salud sin discriminación, como uno de los deberes primordiales del Estado: "Son deberes primordiales del Estado garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular ... la salud..., la seguridad social" (art. 3); 2ª) Asimismo, el Estado es responsable de garantizar las prácticas de salud ancestral y alternativa mediante el reconocimiento, respeto y promoción del uso de sus conocimientos, medicinas e instrumentos; también es responsable de que "los intereses de la salud pública prevalecerán sobre los económicos y comerciales" (art. 363); 3ª) El Estado también está obligado a no comprometerse "en convenios o acuerdos de cooperación que incluyan cláusulas que menoscaben la conservación y el manejo sustentable de la biodiversidad, la salud humana y los derechos colectivos y de la naturaleza" (art. 403); 4ª) El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar, entre otros, el derecho a la salud de los ciudadanos. Pero si el Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, no lo respeta, está obligada "a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos" (art. 11.9); 5ª) Las obligaciones que tiene el Estado respecto a los derechos humanos de sus pueblos, los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se han de sujetar a lo establecido en la Constitución y se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución (art. 417). La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público (art. 424). En todo caso, "la aplicación de los instrumentos comerciales internacionales no menoscabará, directa o indirectamente, el derecho a la salud, el acceso a medicamentos, insumos, servicios, ni los avances científicos y tecnológicos" (art. 421).

B) Las obligaciones de los servidores públicos. En el caso particular de los servidores públicos, administrativos o judiciales que tengan responsabilidad en responder a la petición, de oficio o de parte, de la efectiva satisfacción del derecho humano a la salud, estos deben: 1ª) garantizar su directa e inmediata aplicación sin exigir condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley, sino aplicando la norma y la interpretación que más favorezca su efectiva satisfacción (art. 11.5). 2ª) Tampoco podrán exigir falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento (art. 11.3).

C) Sobre el contenido y ejercicio del derecho a la salud, la CRE (2008) reconoce: 1ª) el derecho al buen vivir con salud es un derecho que el Estado debe garantizar mediante políticas de acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud. La prestación de los servicios de salud se regirá, entre otros, por los principios de interculturalidad, eficacia, precaución y bioética (art. 32); 2ª) el derecho de las comunidades, pueblos y nacionalidades, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, el derecho a mantener, proteger y desarrollar los conocimientos colectivos; sus ciencias, tecnologías y saberes ancestrales;... sus medicinas y prácticas de medicina tradicional... (art. 57.12); 3ª) el derecho de libertad a una vida digna que asegure la salud, tomando decisiones libres, responsables e informadas sobre la salud (art. 66. 1.10); 4ª) por otro lado, la CRE (2008) establece que el régimen del buen vivir implica que el sistema nacional de salud debe reconocer la diversidad social y cultural, así como guiarse, entre otros, por los principios de bioética, suficiencia e interculturalidad (art. 358); 5ª) el sistema de salud debe promover la complementariedad con las medicinas ancestrales y alternativas (art. 360); 6ª) asimismo, la atención de salud como servicio público se prestará, no solo a través de las entidades estatales, privadas y autónomas, sino también a través de las entidades comunitarias y aquellas que ejerzan las medicinas ancestrales alternativas y complementarias (art. 362).

D) Si las instituciones del estado y/o los servidores públicos impiden el disfrute del derecho a la salud de los ciudadanos cabe activar, entre otras acciones, dos garantías jurisdiccionales: 1ª) la acción de protección. Esta tiene por objeto el amparo directo y eficaz

del derecho a la salud, entre otros. Se interpone cuando exista una vulneración del derecho a la salud por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; por violación de políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio del derecho a la salud; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación (art. 88); 2ª acción por Incumplimiento tendrá por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión, cuyo cumplimiento se persigue, contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible. La acción se interpondrá ante la Corte Constitucional (art. 93).

Es decir, que en Bolivia y Ecuador no solo es legítimo, sino perfectamente legal, dentro del marco normativo vigente, que una persona afectada con presunta covid-19 (o la persona que le cuide, si la primera no puede responder dado su estado de conciencia o enfermedad), pueda solicitar al médico que le administre el dióxido de cloro como una fórmula magistral, previo el consentimiento informado. Quienes pretenden negar esto y criminalizarlo con meras normas administrativas son responsables de genocidio.

6 ¿Cómo está circulando el contraderecho y el derecho a la salud? ¿qué se están inoculando como derecho a la salud en los pueblos?

Desde los gobiernos y ministerios de sanidad de casi todos los países, mientras llegan las vacunas mercantiles, se está inoculando como derecho a la salud las directrices y los protocolos de la OMS. Una organización, como hemos señalado, errática en sus manifestaciones durante toda la pandemia. Un día recomienda no hacer autopsias, luego sí; hoy dice que son necesarias las mascarillas, al día siguiente no, y al otro sí. En la mañana anuncia que ya está cerca la vacuna, y en la tarde que puede que nos tengamos que acostumbrar a vivir sin una vacuna. En el caso de Bolivia y Ecuador, como en muchos otros países de la región, la inoculación de las normativas, se presenta por los trampantojos⁷³ como el derecho a la

salud de los ciudadanos del país. Los mejores mentirosos son los hechiceros de la burguesía, aquellos cercanos a la verdad pero que los momentos decisivos omiten los detalles cruciales, o cambian la historia. Así ellos mantienen a la gente lejos de entender una gran verdad (MICOVITS et al., 2020, capítulo 5). Normativas mal elaboradas, verticales, acríticas, dogmáticas, y cínicamente cómplices de genocidio, en muchos casos. Desde los primeros meses de la “plandemia”, la mayor parte de los médicos y personal sanitario han estado, y continúan, ocupados cuidando de los enfermos, y también entregando sus vidas personales y familiares como sacrificio. Los medios de comunicación, en su casi mayoría, por ingenuidad o cinismo, jugando a los trileros con las cifras de contagios y fallecidos; amplificando promesas huecas de que llegan o no las pruebas PCR, los respiradores. En definitiva, todo un escenario de ilusión para la preparación de la inoculación masiva con las vacunas “salvadoras”. Mientras, las cifras de fallecidos se elevan a los cielos en un holocausto sacrificial de ancianos y afectados de comorbilidades. Con esa sangre ha crecido exponencialmente el valor de las acciones de laboratorios y empresas farmacéuticas en el mercado financiero internacional.

El derecho popular insurgente a la salud, por el contrario, advierte de la doble inoculación del contraderecho. En primer lugar, a) del fetiche normativo inyectado quiere encubrir las insuficientes camas en los hospitales y en las unidades de cuidados intensivos; el personal médico insuficiente, mal protegido, mal remunerado y a destiempo; la escasez de medicamentos mínimos y alto coste cuando hay; las deficiencias en las pruebas de detección del virus y la ausencia de rastreos y aislamientos (que no confinamientos) de las personas infectadas. La impotencia de ese tótem de papel encubre además el saqueo a la sanidad pública por los ladrones nacionales e internacionales. En Ecuador, en plena plandemia y con el pueblo muriendo en las calles del país, los presuntos estafadores son assembleístas, gerentes y directores de hospitales, médicos, responsables de los comités de riesgos. Sobreprecios en la compra de mascarillas, de respiradores, de test PCR, de medicamentos, repartos de hospitales, etc., ha sido el *modus operandi*. El saqueo internacional, además de su complicidad con lo anterior, consiste en arruinar a las economías, primero con los permanentes estados de

³ Es la trampa o ilusión con que se engaña a alguien haciéndole ver lo que no es.

excepción, y luego con préstamos de la reconstrucción del FMI y BM, entre otros, a cambio de dismantelar el Estado, eliminar las pocas camas hospitalarias, despido de médicos y cierre de hospitales. Pero el saqueo mayor queda por llegar, es el endeudamiento de los Estados para la compra de las vacunas.

En segundo lugar, b) el derecho insurgente advierte de otra inoculación inminente: las vacunas. Quienes alertan de las vacunas, muchos de ellos no están en contra por estarlo. No son grupos "antivacunas" *per se*, sino por los riesgos, ya probados, de introducir, bajo la coartada del derecho a la salud, virus y metales que desarrolla enfermedades en los pueblos. Siguiendo el interesante prólogo de Robert F. Kennedy, Jr. a la obra de la Dra. Judy Mikovits y Dr. Kent Heckenlively, esta alerta resulta una evidencia. La Dra. Judy Mikovits inició su investigación en la Universidad de Virginia, una vez ya graduada en Química, en 1980. Junto al pionero en retrovirología, el Dr. Frank Ruscetti, crearon un grupo de colaboración y amistad en valores al servicio de la vida de la humanidad. El Dr. Frank, en el equipo de investigación Robert Gallo, en 1977, junto con Bernie Poiesz, descubrieron el primer retrovirus humano HTLV-1 (human T-cell leukemia virus). Los retrovirus pueden infectar las células y estar latentes mucho tiempo sin ser detectados por el sistema inmunológico. Cuando se activan, debilitan el sistema inmune, y pueden producir cáncer. La doctora Judy Mikovits obtuvo su doctorado en la Universidad George Washington (1991). Sus indagaciones posibilitaron que los tratamientos HIV-AIDS abriesen el camino para terapias que convertían a la enfermedad en algo crónico pero no necesariamente mortal. En otras de sus investigaciones denunció que la presencia de la hormona del crecimiento bovino en la leche podía producir cambios "precancerosos" en las células (cáncer de mama en las mujeres). Esta batalla llevó a que la empresa Upjohn, que estaba detrás del proyecto, abandonase el producto. Una gran victoria para Judy Mikovits. Posteriormente, en 2009, ambos investigadores, J. Mikovits y F. Ruscetti, descubrieron una fuerte correlación entre un retrovirus, el síndrome de la fatiga crónica (fibromialgia), encefalomiелitis miálgica (ME/CFS) —que apareció en la década de los años ochenta—, y algunos tipos de cáncer de sangre. En la revista *Science* (octubre 2009), los dos investigadores publicaron que habían conseguido aislar el retrovirus Xenotropic Murine Leukemia Related (XMRV), descubierto poco antes, y que estaba vinculado con el síndrome de

fibromialgia (ME/CFS). (MIKOVITS et al., 2020, Prólogo). Ellos encontraron que el virus estaba presente en el 67% de los pacientes con fibromialgia y en el 3.7% del grupo de control de personas sanas. Investigadores del National Institutes for Health (NIH) y de la Food and Drug Administration (FDA), un año después, en 2010, reforzaron estos hallazgos evidenciando la presencia del virus en el 86% de los pacientes con fibromialgia y en el 6.8% del grupo de control de personas sanas. (2020, capítulo seis).

Asimismo otros estudios relacionaron la presencia de este retrovirus XMRV con el aumento en Estados Unidos de casos de autismo, leucemia, cáncer de próstata, enfermedades autoinmunes y alzheimer. Por si esto fuese poco, denunciaron que el retrovirus había contaminado a miles de personas a través de las bolsas de sangre en las transfusiones. Un virus, además, que puede ser aerolizado y dispersado por el aire. Algunos investigadores consideran que entre el 3% al 8% de la población estadounidense es portadora del XMRV. Una población de más de diez millones de personas que llevan una bomba de tiempo en sus cuerpos sin saberlo. (MIKOVITS et al., 2020, Prólogo). En enero de 2011, otros expertos, como Ben Berkhout (experto en HIV-AIDS), reforzaron esta línea de investigación con la publicación de sus hallazgos en la revista *Frontiers in Microbiology*.

Pero pareciera que la inoculación de virus con las vacunas no es reciente. Kent Heckenlively desveló que el primer brote de ME/CFS fue entre 198 médicos y enfermeras en el *Hospital Los Angeles County* en 1934–1935. Ello después de inocularse una vacuna experimental contra la polio que fue preparada en tejido de cerebro de ratones. (MIKOVITS et al., 2020, Prólogo). Una de las enfermedades zoonóticas (aquellas que se transmiten entre animales, también entre las otras especies animales a la especie humana) se encuentra la HIV-AIDS, que afecta a más de 60 millones de personas en el mundo, y han matado a unos 39 millones de seres humanos (MIKOVITS et al., 2020, capítulo nueve). Desde entonces a hoy, estos pequeños dictadores globales irresponsables y genocidas, que juegan a ser dioses, ya no solo preparan sus vacunas —bien servidas de virus—, en tejidos animales, también lo hacen ya en tejidos humanos. Algunas vacunas se elaboran en tejidos de fetos abortados, con el riesgo de contaminación de DNA (por ejemplo las células MRC5 y la WI-38). Como ha advertido la Dra. Theresa Deisher (DEISHER, 2019), la inoculación de DNA en la corriente sanguínea con la vacuna puede

dañar el DNA de la persona vacunada. Si este DNA contiene o activa virus latentes, estos podrían generar transcriptasa inversa, con modificación genética productora de cáncer. Además, las vacunas inoculan, no solo virus animales o DNA de los fetos en los que se prepara, sino metales como mercurio, aluminio, formaldehidos, polisorbato 80 (MIKOVITS, 2020, capítulo nueve).

Insurgente frente a esta inoculación de contraderecho, el derecho a la salud de los pueblos está introduciendo tratamientos ancestrales, integrativos y alternativos. Entre estos últimos, el dióxido de cloro, como hemos indicado. Lo hacen por el poder de salud que tiene no solo para una persona sino para los pueblos en general, por su eficacia rápida de oxigenación, su fácil accesibilidad y bajo coste. Se está introduciendo como una alternativa a seguir investigando en ensayos clínicos y profundizar en su mecanismo de actuación y posibles efectos secundarios. El derecho a la salud insurgente advierte a los pueblos de que se informen bien de lo que son las vacunas, sus riesgos y las enfermedades que han desencadenado. Con la información luego cada persona y pueblo tomará la decisión que juzgue oportuna en el ejercicio de su autonomía.

7 ¿Cómo se propaga el contraderecho y el derecho a la salud regional y global?

El contraderecho a la salud se propaga en Bolivia y Ecuador, así como en Brasil y gran parte de los 192 países, como discurso trampantojo, cínico y genocida en redes institucionales de intereses ocultos. En Ecuador, como hemos señalado en el apartado anterior, en general, el derecho a la salud ha quedado reducido a puras palabras. El contenido material del derecho a la salud, con frecuencia, ha quedado volatilizado en mantras como: “vamos a comprar más reactivos”, “ya están llegando cientos de miles de mascarillas”, “Estados Unidos nos donará cinco respiradores”, “ya hemos hecho una compra de medicamentos”, “estamos llegando al vértice de la curva de contagios y muertes”, “la situación de la pandemia es dinámica”, “todo está controlado”. Sin embargo, las camas en los hospitales no son suficientes y el pueblo en muchas ocasiones incluso prefiere no ir allá y morir en sus casas, con el paracetamol que le recetan. Los hospitales en Imbabura no tienen respiradores suficientes para la población. Las pruebas de diagnóstico PCR (más

allá de su problemática fiabilidad) son escasas. En Ecuador, después de 5 meses de pandemia, a la fecha (mediados de agosto de 2020), se han realizado solo 286. 499 pruebas, entre PCR y test rápidos, para una población de 17 millones y medio. Por cierto, muchas de esas pruebas en laboratorios privados y pagadas por los ciudadanos. Eso sí, abundan idas y venidas de protocolos para ponerse o quitarse las mascarillas, para encender o apagar las luces de los semáforos del desconfinamiento y reconfinamiento. Es el fetiche jurídico que pretende hacer creer al pueblo que —aunque no pueda respirar, no tenga oxígeno, se encuentre desnudo, en indignancia jurídica y muera—, tiene derecho a la salud porque cuenta con un bello texto constitucional y normativo, articulado con el ordenamiento jurídico internacional. Pero la circulación de esos discursos de copia y pega no son versos sueltos, forman parte de una red institucional que se articula desde algunas instancias y funcionarios de la OMS, los ministerios de salud de los diferentes países y sus agencias del medicamento, como la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria (ARCSA), en Ecuador.

Frente a ello, la insurgencia del oxígeno jurídico de los pobres, del derecho popular a la salud, se ha ido extendiendo de boca a boca, entre los vecinos, en los taxis, en las redes sociales, de la comunidad rural de la Sierra a la Amazonía; de país a país. En el Ecuador ha sido emblemático el caso de la articulación, en el breve periodo de tiempo de cinco meses, y sin apenas recursos, de la *Coalición Mundial para Salvar Vidas* (COMUSAV). Esta organización popular, nacida desde el grito de los cementerios, cuenta con la dirección del Coronel Guillermo Tamayo y la integran más de 3.000 médicos. Se ha extendido por más de 19 países y une a personas de toda condición, médicos, periodistas, abogados, etc., todos comprometidos por servir a la humanidad salvando vidas, apoyándose en el dióxido de cloro, entre otros tratamientos alternativos. Los médicos de la organización ofrecen gratis su asesoría y atención profesional vía telemática o en persona. Se desplazan desde Ibarra —al norte del país—, hasta el Puyo, en el sur. Sus teléfonos están dispuestos a cualquier hora para atender. La organización se ha extendido más allá del continente americano. Está presente en España y busca abrirse paso en la India, el mundo árabe y África. Otra organización se ha articulado recientemente en Argentina, España y otros países, se denomina *Médicos por la Verdad*, que además de defender y utilizar medicina alternativa, denuncia los intereses ocultos en la “plandemia”.

8 ¿Qué se busca realizar globalmente con el contraderecho y el derecho a la salud?

Llegados a este momento, cabe preguntarse: ¿qué buscan realizar globalmente el contraderecho vs el derecho popular a la salud? Pues bien, el contraderecho a la salud lo que busca conseguir posiblemente son varios objetivos. 1º) El primero, tener clientes enfermos; enfermar a la población global para luego exprimirles como consumidores de sus medicamentos. Por ejemplo, en Estados Unidos, la "industria" del cáncer mueve miles de millones de dólares anualmente. Para cualquier persona, con valores de vida humana esto cuesta trabajo admitirlo, pero realmente el contraderecho del capital consiguió su hegemonía hace doscientos años vampirizando la sangre y el aliento de los trabajadores, y no ha parado sino que se ha reforzado. Con la administración de las enfermedades inoculadas a la clase obrera ha encontrado otra fuente de plusvalía exponencial. Los campos de experimentación, concentración y exterminio que han padecido los pueblos africanos durante tantos años, ahora la burguesía los está extendiendo sincrónicamente a toda la Tierra, en el siglo XXI. 2º) Otra intención en todo esto podría sonar a película de ficción: la reducción de la población mundial. Algunos autores, que son descalificados como charlatanes de la teoría de la conspiración, tal vez tengan argumentos que merecen ser escuchados e indagados. Ya en 1994 en el Senado de los Estados Unidos se consideró el número de población mundial máximo para vivir con el estilo de vida estadounidense era no más de 2.000 millones; 3º) La tercera intención es la dominación de la mente y de la fuerza revolucionaria emancipadora de los pueblos. Las propuestas de algunos fabricantes de virus de incluir nanochips en las vacunas abren las ventanas a la individualización y especialización de la dominación. La humanidad, por un instante, en esta pandemia, está viendo de forma fugaz el rostro de Saturno, ávido por devorar a sus hijos. Asusta la magnitud en horror y criminalidad de Mammón (Capital).

El derecho popular insurgente se está levantando para impedir que continúe esta carnicería global. El derecho insurgente a la salud de los pueblos lo que busca es que todos tengamos oxígeno; que con los animales y las plantas podamos respirar; que se oxigenen nuestras mitocondrias; que no tengamos una rodilla policial, militar o mediática partiendo nuestro cuello; que la salud no sea mercancía sino

servicio, bien común; que la salud no sea un medio para la enajenación, la extorsión y la dominación, sino un aliento para que cada ser humano, animal y planta pueda satisfacer sus necesidades y hacer florecer sus capacidades. El derecho insurgente a la salud lo que busca es vida en abundancia para todos y para la Naturaleza: la justicia.

9 ¿Cómo la guerra del contraderecho expropia la salud del pueblo y la revolución popular insurgente se la reapropia? ¿cómo se disputa la apropiación de los cuerpos y los medios de producción del derecho a la salud?

Las grandes industrias farmacéuticas, una expresión de la burguesía global, con el apoyo de sus “agentes empotrados” en los gobiernos, ministerios de salud, universidades, centros de investigación y medios de comunicación, son los sujetos que están utilizando las revistas científicas médicas como *The Lancet*, *Retrovirology*, etc., para encubrir el conocimiento de que el origen de muchos virus en los seres humanos se encuentran en los laboratorios. Se encubre también la responsabilidad de los gobiernos que, en lugar de cuidar y proteger la salud de sus pueblos, se venden como mercenarios a la industria de la enfermedad. Estas revistas, cubiertas por el fetiche de la excelencia académica, como denuncia la Dra. Judy Mikovits, ocultan investigaciones relevantes, cambian y falsean los datos, omiten las verificaciones que deben realizar, etc. El retroceso al oscurantismo inquisitorial de la Edad Media no queda aquí. Utilizan los medios de comunicación para inducir e hipnotizar la opinión del pueblo con sus tertulias pseudomédicas. Cierran toda información necesaria para el desarrollo de una opinión crítica bien informada. Y, si no es suficiente, criminalizan y satanizan como brujos, chamanes, charlatanes y curanderos a quienes levantan su voz con otra información. Las redes sociales, dominadas por las compañías Facebook, Youtube, Twitter, etc., censuran y eliminan en minutos información importante de testimonios, casos clínicos y estudios científicos que afecten a sus dueños: hay que silenciar el oxígeno de los pobres.

Un ejemplo de la expropiación de los medios de producción en la censura del texto *Salud Prohibida*, así como las requisitorias de MMS y CDS en las consultas de los médicos y casas episcopales (Ecuador). Asimismo, con la soberbia del etnocentrismo occidental, se pretende

expropiar y silenciar las medicinas populares, los conocimientos de salud populares, de los pueblos originarios, de la medicina alternativa. Pretender que no exista otro conocimiento que el que ellos manejan y dominan para dejar a los pueblos “desnudos” sin sus medios de producción de salud y así llevarles a los mataderos de sus pseudotratamientos y terapias. Desean imponer el dogma de su “ciencia” referencial, libresca, en lugar de la verdadera ciencia de la experiencia, el análisis y la verificación. Ciertamente, esta segunda, más difícil de manipulación. Con sus leyes burguesas de patentes planean privatizar y apropiarse la vida de casi 8.000 millones de personas, animales y plantas del planeta.

El David del derecho popular insurgente, cimarrón rebelde, está resistiendo y liberando los cuerpos y mentes de millones de las fauces de Saturno. Sin patentar, entregada generosamente a toda la humanidad, se está compartiendo y divulgando la sabiduría y conocimientos de las plantas medicinales, de la homeopatía, de la medicina ancestral y alternativa (*ver.* dióxido de cloro), de las fórmulas magistrales como el oxígeno de los pueblos. La guerra expropiatoria no ha terminado y seguramente sea más agresiva, si cabe; pero la estirpe de los rebeldes por la salud es más en número. Ellos son pocos; muy criminales, pero pocos. La luz de la verdad, el amor a la humanidad y la libertad les desnaturaliza rápido (BENITO, 2013).

10 ¿Cómo se disputa la apropiación nacional, regional y global de la circulación del derecho a la salud?

La guerra declarada a los pueblos con esta “plandemia” se disputa también en el campo de la banca, las farmacéuticas, los medios de comunicación, los trabajadores de la salud y los funcionarios de justicia y ordenamientos jurídicos sobre la salud. Por trabajadores de la salud entendemos: comunidad científica de investigadores, médicos y enfermeros, principalmente. Por ordenamientos jurídicos sobre la salud entendemos el conjunto de las normativas nacionales, regionales y globales sobre la salud.

El secuestro de parte de los trabajadores de la salud, de la verdad de la ciencia, tiene como autores a élites de la industria farmacéutica, la banca y sus medios de comunicación. El vínculo de la industria farmacéutica y la banca viene de largo. Los banqueros Rockefeller parece que estuvieron detrás de las indemnizaciones por más de seis

millones de dólares, en 1939, a las 196 víctimas de Los Ángeles, en un primer brote de CFS entre 1934-1935. Esa investigación fue realizada por Hillary Johnson, y publicada en su libro *Osler's Web* (1996), recogida también en *Plague* de K. Heckenlively y J. Mikovits (2014).

Pues bien, el contraderecho “plandémico” del complejo industrial farmacéutico-financiero-mediático (y habría que decir también militar) ha cooptado a gran parte de los sujetos productores de la salud. A muchos de ellos les tiene bajo hipnosis social, les ha inducido a reproducir los mantras que les dice la autoridad, sea del colegio de médicos o enfermeros, sea de los centros de investigación o agencias del medicamento nacionales, sea de la FDA o de la OMS. Repiten y aplican el mantra de forma reverencial y acrítica. Parecieran no haber cursado o aprobado la materia Historia de la Medicina o Medicina Política Crítica. Esta última dudo que esté presente en los currículos de la carrera. El doctor español, Alberto Martí Bosch, recuerda que cuando se matriculó en medicina, en su curso de ese año, de unos 3.000 alumnos, solo uno, él, escogió la materia de Historia de la Medicina (por cierto, otro doctor difamado constantemente). A los médicos se les está formando sin memoria, robándole la historia de la medicina, y, en especial, la histórica política crítica de la medicina.

Está claro que algunos doctores e incluso investigadores son tan “científicos” como lo pueden ser los políticos. Comienzan siendo aprendices de mucha información, de mucha literatura. Sin embargo, como dice el Dr. Richard Smith, en el testimonio recogido por la Dra. Judy, Mikovits, la información no hace al científico. “El científico es aquel que constantemente cuestiona, genera hipótesis falsables y recoge los datos de experimentos bien diseñados”(SMITH, 2004). Por otro lado, estos científicos no dejan de ser humanos. Es ingenuo pensar que todos buscan la verdad y la vida de los pueblos. Muchos de ellos han sido captados por las élites farmacéuticas y de la dominación, y puestos su servicio contra la vida de los pueblos y la naturaleza. Convertidos en seres de las sombras, mercenarios y asesinos (MICOVITS et al., 2020, capítulo nueve).

Ahora bien, más allá de esta hipnosis médica en los trabajadores de la salud, particularmente de la medicina occidental alopática, hay un grupo de hooligans acosadores: es la comunidad “científica”, dogmático conservadora, agresiva y criminal. Buena parte de ellos están “inoculados” en los centros de investigación. Recogiendo algunos ejemplos de los citados por R. F. Kennedy en su Prólogo, el efecto Semmelweis se activó rápido con la denuncia de Rachel

Carson, en los años sesenta, de que el pesticida DDT de Monsanto era peligroso para la salud de las personas. Su libro *Silent Spring* (1962) recoge toda esta denuncia. Herbert Needleman, con su investigación sobre la disminución del desarrollo cognitivo de los niños con alto nivel de plomo en su cuerpo, publicada en *New England Journal of Medicine* (1979), también produjo el mismo reflejo. (MIKOVITS et al., 2020, Prólogo). Asimismo, ante las investigaciones de la Dra. Judy Mikovits, este grupo de las sombras en la pesquisa sobre el cáncer en EEUU, reaccionó airado por la línea de investigación abierta. La reacción se volvió, podríamos decir, "fanática" cuando la Dra. Judy Mikovits dio un paso más en sus indagaciones. No podrían admitir que saliese a la luz que, en sus juegos a pequeños dioses, retrovirus, presentes en ratones, habían pasado a los seres humanos por medio de las vacunas, generando enfermedades. No podían soportar que sus prácticas en la oscuridad quedaran expuestas ante la evidencia clara de la correlación entre mujeres con presencia del XMRV y sus hijos con autismo, especialmente después de vacunaciones. (MICOVITS et al., 2020, capítulo ocho).

La criminalización de la Dra. Judy se desencadenó. La revista *Science* la presionó para que se retractara de lo publicado en octubre de 2009. Luego, el centro de investigación donde trabajaba, Whittemore Peterson Institute de la University of Nevada, Reno, la despidió, en 2011. Ella y su familia fueron amenazadas. Algo que desgraciadamente no es nuevo, como tampoco los casos de aparentes suicidios de científicos. Es el retorno del oscurantismo de la Santa Inquisición. A Galileo se le obligó a retractarse. Robert F. Kennedy, Jr., en el prólogo a la obra *Plague of Corruption* (2020), invita a recordar la obra de H. Ibsen (1882), *An Enemy of the People*. (MIKOVITS et al., 2020, Prólogo). Para el contraderecho, como dice la Dra. Judy Mikovits (2020), el crimen es seguir los datos de la investigación y escuchar a los pacientes.

Pero en esta actual era oscura de la ciencia, tanto el revolucionario como el conservador son exiliados. Al revolucionario se le grita para silenciar sus nuevas ideas, y cuando el conservador pregunta por la evidencia en que se apoya una actuación, la respuesta a los dos es que así ha sido establecida. ¡Pare aquí con las preguntas! En lugar de revolucionarios y conservadores en el campo de la ciencia, lo que ahora tenemos son mentirosos, mercenarios y cobardes (2020, Introducción).

El contraderecho científico oscurantista en que vivimos exige obediencia ciega, como le pidieron a la Dra. Judy Mikovits: “Tú tienes la responsabilidad moral, legal y ética de hacer exactamente lo que yo te digo” (2020, capítulo segundo). Si alguien no “obedece”, se desata la descalificación como charlatanes, brujas y herejes; luego la criminalización, la demonización; ello como preparación para la hoguera en el altar de la “ciencia”.

En el caso de Estados Unidos, J. Mikovits denuncia, como la “Santa Trinidad Impía de la Ciencia”, a Harold Varmus, Francis Collins y Tony Fauci (2020, capítulo 3). Este último, A. Fauci, director del Instituto de Alergia y Enfermedades Infecciosas, fue el jefe de Kuan-Teh Jeang, editor de la revista *Retrovirology*, quien murió en extrañas circunstancias (2020, capítulo seis).

Los funcionarios de justicia y los ordenamientos jurídicos de los países es el segundo gran objetivo que disputa el contraderecho del complejo industrial-farmacéutico-financiero. La industria farmacéutica ha cooptado —y continúa—, legisladores, operadores de justicia y sistemas normativos para su expropiación del derecho a la salud, e imponer la administración de la enfermedad colectiva. En Estados Unidos, esos personajes de las tinieblas han intervenido en las leyes para conseguir que ningún caso grave contra las vacunas gane los juicios (MICOVITS et al., 2020, capítulo siete). Las demandas contra algunas industrias farmacéuticas en los años setenta y primera mitad de los ochenta (*vgr.* Lederle, Connaught Laboratories) de fabricación de vacunas llevaron a condenarlas a grandes sumas de dinero. Un caso emblemático fue el de Anita Reyes, una joven que en los años setenta fue infectada de polio con la vacuna de la polio por la industria Wyeth Laboratories (*Reyes v. Wyeth*). Para evitar este peligroso camino de responsabilizar a las farmacéuticas, como recoge la profesora de derecho Nora Freeman Engstrom (2014), en Estados Unidos, en 1986, en el marco de la ley *National Childhood Vaccine Injury Act*, se creó la “Vaccine Court” (ROHDE, 2014). Una legislación y un tribunal destinados, en la práctica, a eliminar las responsabilidades a las compañías farmacéuticas por los daños y las muertes causadas a los niños por las vacunas. Solo la corte puede autorizar la publicidad de los documentos relacionados con las farmacéuticas así como las peticiones de los padres de que les entreguen los documentos que afectan la seguridad de las vacunas. Con frecuencia se niega la audiencia a los progenitores, como en el caso de la persecución al Dr. Wakefield en 2010, por haber publicado, con otros 11 autores, un

artículo en la revista *The Lancet*, en la que mostraban que los resultados de sus investigaciones arrojaban una fuerte correlación entre la triple vacuna (sarampión, paperas y rubeola) con el desarrollo del autismo y un tipo de problemas intestinales (MICOVITS et al., 2020, capítulo 10). Además, circunscriben las afectaciones y posibles resoluciones a favor de los enfermos, a cada caso. Si en un caso los padres consiguen una resolución a su favor por lesiones o muerte desencadenadas por una vacuna, esta información se le oculta a los demás padres (2020, capítulo 7). Y si después de décadas, la mala conciencia de los gobiernos, cínicamente reconoce sus “errores” (difícilmente sus complicidades) —si es que lo hacen—, ya no es tiempo de indemnizar, basta con una disculpa a los nietos de los sepultados. Como uno de los tantos ejemplos, el gobierno británico reconoció en 2018, que había existido en los años ochenta contaminación de HIV en las bolsas de sangre utilizadas en las transfusiones (MICOVITS et al. 2020, capítulo 5). Pues bien, en el caso de la Dra. Judy Mikovits, el martillo de esa corte, convertida en burócratas indolentes, en 2018, se lanzó con furia, propia de quien desea destruir al mensajero, contra ella y contra el Dr. Frank. El funcionario en cuestión, el Special Master of the Vaccine Court, J. Moran, y el caso *Domínguez v. Secretary of Health and Human Services* (2020, capítulo 8). El poder de las farmacéuticas es grande, también llegan al legislativo con sus lobbies en la preparación normativa; de paso silencian al raro senador o congresista que se hace sensible al asunto. Pareciera de otra época, pero incluso limitan el derecho a la circulación y a la libertad de expresión de quienes alertan al pueblo sobre los riesgos para su salud que tienen las vacunas. Al Dr. Kent, en 2017, se le prohibió la entrada a Australia, como irónicamente lo dejó en evidencia anunciando su participación en un evento ficticio, donde hablaría sobre la “Ciencia Peligrosa”.

En América Latina, en el caso del dióxido de cloro, los funcionarios de las sombras, azuzados por el complejo farmacéutico-financiero son algunos de los ministros de salud, los medios de comunicación y las agencias nacionales del medicamento. Por ejemplo, en Bolivia es la Agencia Estatal de Medicamentos y Tecnologías (AGEMED); en México, la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (COFEPRIS); en Ecuador, la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria (ARCSA). Con declaraciones y resoluciones administrativas, amplificadas por los medios de comunicación, buscan cercenar el

derecho a la salud del los pueblos, cuando ni siquiera el texto del derecho lo tienen de su lado. Con la complicidad de los Ministerios de Salud, Colegios Médicos y Fiscalías detienen a médicos y clausuran sus consultas, alegando trámites administrativos de patentes (Ecuador), e incluso cierran secciones de sus clínicas (como al Dr. Aparicio, en México), y les retiran las credenciales para el ejercicio de la medicina (Perú). Actúan como auténticos genocidas. Se presentan como lobos disfrazados de corderos velando por la salud de los ciudadanos. Una pura falacia de los zorros para inocular la muerte. Lo que están reclamando los ciudadanos, médicos y personal de la salud que están utilizando el dióxido de cloro (así como otras fórmulas magistrales ancestrales, tradicionales y alternativas), es que se permita la realización del derecho humano a la salud en situaciones límites como la presente, reconocido su ejercicio, entre otros, por la Declaración de Helsinki (1964), así como por las distintas constituciones, como la boliviana y la ecuatoriana. El derecho incluye: a) el respeto a la autonomía de la decisión del paciente sobre el tipo de tratamiento, el dióxido de cloro, si lo considera, aplicado como fórmula magistral con el consentimiento del paciente. El titular del sujeto del derecho a la salud no es ni el ministro de salud, ni el hospital, ni el médico, sino el paciente; b) la no criminalización de los médicos que están ejerciendo este derecho junto con la persona enferma; c) la apertura de los hospitales a este tratamiento, si lo desean los pacientes, frente a la cerrazón e imposición de los protocolos impuestos por la OMS y sus titeres.

Ante el retorno al oscurantismo medieval inquisitorial, se levanta el derecho insurgente popular a la salud. Miles de ciudadanos, médicos, algunos legisladores, periodistas, abogados y, pocos jueces, de momento, están tomando el derecho a la salud en sus manos. En Bolivia, el empoderamiento popular de la salud como derecho al dióxido de cloro, está siendo un ejemplo. El movimiento ha comenzado conquistando persona a persona, luego los barrios, los municipios, los departamentos, el senado, la asamblea, y en estos momentos la disputa está en el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia y en la Presidencia. A la fecha, unos 42 municipios del país permiten el acceso al dióxido de cloro. Un caso emblemático es San José de Chiquitos, capital de la provincia de Chiquitos, en el Departamento de Santa Cruz. Un municipio de 44.000 habitantes, que se ha empoderado con su alcalde, el abogado Germain Caballero. En poco más de un mes, con la administración del dióxido de cloro,

ha reducido el contagio y fallecidos por coronavirus. Más de 34 personas se han recuperado (aumento de 69%), se redujo la mortalidad 78% y la ocupación hospitalaria bajó 65%. En estos días, la actividad económica está prácticamente normal. De los nueve departamentos que tiene el país, siete de ellos han permitido el uso del dióxido de cloro. Muchos en articulación con las universidades para su elaboración y evitar la adulteración y especulación (el virus del capital no duerme y acecha incluso en las alternativas insurgentes de salud). En el ámbito nacional, los senadores y congresistas han aprobado una ley, la primera en el mundo, para permitir la producción, distribución y utilización del dióxido de cloro por la población.

Este grupo insurgente de la salud boliviano se ha articulado con la COMUSAV a nivel regional. La naciente institucionalidad insurgente cuenta ya con más de 3.000 médicos de más de 19 países. Son verdaderos revolucionarios del derecho a la salud. Por citar algunos de ellos que están liderando este movimiento: el biofísico Dr. Andreas Kalcker (Suiza), Coronel Guillermo Tamayo (Ecuador), médico Dr. Pedro Chávez (México), médico Dr. Eduardo Insignares (Colombia), médico Dra. Patricia Callisperis (Bolivia), médico Dra. Rita Denegri (Perú), médico Dr. Víctor García (Ecuador), médico Dra. Patricia Vizcarra (Perú), biólogo Dr. Vicente Vizcarra (Perú), periodista Ethel Soriano (México), químico, Dr. Raúl Pineda (México), abogado Mauricio Costa du Rels (Bolivia), médico Dr. Manuel Aparicio (México), médico Dr. Pablo Carvajal (Ecuador), médico, Dr. José María Poveda (España), médico Dr. Sandro Moncada (México). En Argentina, España y otros países *Médicos por la Verdad* es otro grupo constituido en los meses de pandemia y que está reclamando el empoderamiento del derecho a la salud (más allá de que en su seno hay personas de diferentes ideologías, desde la izquierda a la derecha). A modo de ejemplo, cabe citar a la Dra. Chinda Brandolino (Argentina) y los doctores, María José Martínez Albarracín, Natalia Prego y Alejandro Sousa (España). Estos dos últimos se encuentran bajo la lupa del Colegio de Médicos de Lugo y Pontevedra para ser sancionados por "sus actividades negacionistas". Con el servicio de todos ellos, el derecho popular a la salud está circulando como la sangre oxigenada en el cuerpo de la humanidad. No es el fetiche de un prospecto burgués. El ordenamiento que ha empezado a circular por América Latina es un ordenamiento insurgente. Es el poder instituyente y constituyente en acción,

constitucionalismo horizontal iusmaterialista (MÉDICI, 2016; 2018).

A lo que estamos asistiendo es a un caso de la (re)insurgencia del internacionalismo revolucionario. La lucha por la apropiación del derecho a la salud no es reciente, y también se extiende al pueblo hermano del Norte, convertido criminalmente en cobaya de laboratorio en su misma tierra. En Estados Unidos ha habido intentos de limpiar de corrupción la ciencia, y su secuestro hoy por la industria farmacéutico-financiera. Lo mismo ha ocurrido en Europa. En 1993, el Dr. P. Gøtzsche puso en marcha el grupo *Cochrane Collaboration*, un grupo al que se unieron 30.000 investigadores de todo el mundo. En 2003 fundó el *Nordic Cochrane Center*. Sin embargo, en 2018 las farmacéuticas, lideradas por Bill Gates, expulsaron al profesor Gøtzsche y presionaron para que el gobierno danés le desterrara del Rigshospitalet, en Copenhague. Les preocupaba sus hallazgos sobre la vacuna del herpes de papiloma humano (HPV) (MIKOVITS et al., 2020, Prólogo). En el Viejo Continente, a modo de ejemplo, otras asociaciones de internacionalismo en resistencia y victoria por la salud de los pueblos son la catalana (Lleida) *Dolça Revolució*, fundada por *Josep Pàmies*, y la italiana *Coordinación Regional para la Libertad de Vacunas* (CORVELVA), fundada en 1993, con la misión de defender el derecho a la libre elección de las vacunas.

Lo que está ocurriendo con la humanidad es muy grave. No es una película de ficción, sino el desvelamiento de la criminalidad genocida global. Como dice la Dra. Judy Mikovits: “[n]ecesitamos parar el virus que está incapacitando a la población, robando al pueblo la calidad de sus vidas y, después de años de tortura, *compasivamente*⁸⁴ terminando con su existencia” (MIKOVITS et al., 2020, Introducción). Los pueblos deben alertarse frente a la criminalización que se viene de aquellas personas y colectivos que desafían los medicamentos y tratamientos impuestos por especuladores de la enfermedad; que alertan contra las vacunas y se niegan a recibirlas (BENITO, 2020). A ellos se les suele acusar de anti-vacunas, negacionistas, etc. La mayoría de ellos no está contra las vacunas *per se*, sino que toman esa postura por falta de confianza en una industria farmacéutica que ha enfermado y matado a millones inoculando virus con sus vacunas, y haciendo de la enfermedad y muerte un negocio. Si las vacunas tuviesen la seguridad que se les

⁴ La cursiva es nuestra.

debe exigir y no tuviesen efectos secundarios, la gran mayoría de la población no tendría reticencias a la vacuna. La Dra. J. Mikovits (2020) se hace eco del artículo de Ethan Siegel y Alex Berezow (2019) *Opting out of vaccines should opt you out of American Society*, publicado en la revista *Scientific American*. En el mismo se compara a aquellos que se niegan a vacunarse con los conductores borrachos. El destierro de la sociedad americana es su destino y su persecución como delincuentes.

La revolución popular por la salud puede ganar la guerra declarada por estas oscuras oligarquías. Ellos son pocos y, ciertamente, el pueblo unido jamás será vencido. La revolución del oxígeno de los pobres iniciada en América Latina está en marcha. La ciencia no puede dejar que los científicos sean sus propios reguladores, el pueblo debe tomar la investigación y la salud en sus manos (MICOVITS et al., 2020, capítulo 9). El destino de todos los héroes anónimos que luchan contra el oscurantismo tal vez pueda ser más luminoso de lo que pensamos si continuamos luchando (MICOVITS et al., 2020, capítulo 3).

11 ¿Cómo se disputa la apropiación de la satisfacción del derecho a la salud?

Pareciera que el contraderecho tiene una voluntad clara genocida de eliminación de buena parte de la población mundial. Sus acciones, por deliberada acción u omisión, indican esa finalidad. Por locura o porque quieren un mundo solo para dos mil millones de personas, los burgueses especulan con el exterminio de 5.000 millones de seres humanos, succionando nuestra sangre mientras nos extinguen.

La doctora y epidemióloga Alice Stewart publicó en *The Lancet* (1956) sus estudios indicando que las pruebas de rayos X en mujeres embarazadas eran responsables de carcinomas en sus hijos. Asimismo, la viróloga, Dra. Bernice Eddy, junto con Elizabeth Stewart, fueron las primeras en aislar el polyomavirus. Este fue el primer virus que se probó que causaba el cáncer. Advirtieron al sistema de salud estadounidense (NIH) en 1954 que las vacunas Salk contenían ese virus. No les escucharon. Ese sistema de salud infectó a 200.000 personas con polio; de ellas enfermaron unas 70.000, los niños que quedaron con parálisis fueron 200, y murieron 10. Posteriormente, en 1961, la doctora Bernice Eddy desveló que 98 millones de vacunas de la polio habían sido contaminadas con el virus de SV40, proveniente de los tejidos de los riñones de los monos, un

virus relacionado con varios tipos de cáncer. Las empresas *Merck and Parke-Davis* retiraron después sus productos pero el sistema de salud no obligó al resto ni reconoció su responsabilidad, permitiendo la infección de 98 millones de americanos entre 1961 y 1963. Las cifras indican un aumento de los cánceres en Estados Unidos desde los años cincuenta, cáncer de piel (70%), linfoma y próstata (66%), de cerebro (34%). Actualmente el 60% de los tumores en Estados Unidos contienen el virus SV-40. (MIKOVITS et al., 2020, Prólogo). Una de las enfermedades zoonóticas (aquellas que se transmiten entre animales, también de otras especies animales a la especie humana) es el HIV-AIDS, que afecta a más de 60 millones de personas en el mundo, y ha matado unos 39 millones (MIKOVITS et al., 2020, capítulo nueve).

El bacteriólogo y virólogo, Dr. John Anthony Morris, quien trabajó 36 años en la *Food and Drug Administration* (FDA) y la NIH, en los años 70 descubrió la ineficacia de la vacunación masiva por la gripe porcina, y el riesgo de que generase lesiones neurológicas. Cuarenta y nueve millones de personas fueron vacunadas. Los vacunados, aparte de que algunos desarrollaron la enfermedad, se infectaron de la gripe en más de un siete por ciento. La FDA también silenció, en 2002, al epidemiólogo Dr. Bart Classen, quien vinculó la vacuna Hib para la gripe tipo b con una auténtica epidemia de diabetes. En 1995, el doctor Gary Goldman, experto en análisis computacional, encontró una correlación entre la vacuna de la varicela y un brote de la enfermedad en los adultos, así como herpes en los niños mayores de 10 años; tres veces más que aquellos que no se vacunaron.

Según el estudio del Dr. J. B. Handley (2018), en Estados Unidos había un millón de niños con autismo en 2007. De ellos, un tercio estaba causado por disfunción mitocondrial generado por las vacunas. En el país, el gasto que genera cada niño con autismo a lo largo de su vida es aproximadamente de tres millones de dólares. Solo en esta enfermedad, ello suponía 900 millones de dólares de responsabilidad del Estado. En 2020 el número de casos con autismo en EE.UU. ha aumentado a 1,8 millones (MICOVITS et al., 2020, capítulo ocho; HECKENLIVELY, 2016). En España, al año muren 110.000 pacientes de cáncer. En 2010 uno de cada diez españoles tenía cáncer, luego la relación subió a uno de cada seis, en poco tiempo. En 2015 ya era uno de cada tres, y pronto uno de cada dos españoles desarrollará cáncer (MARTÍ, 2017).

La ciencia está siendo corrompida por la influencia del dinero de las corporaciones. La corrupción es dirigida directamente hacia nuestra pobre salud, tanto si esta es una epidemia de obesidad; enfermedades neuronales como el autismo, Alzheimer, Parkinson y esclerosis múltiple; la explosión de los tipos de cáncer; problemas mentales entre los jóvenes, incluyendo a aquellos que disparan en las escuelas. Hay quienes sostienen que esto está conduciendo a una reducción, si no a la extinción masiva de la humanidad (MIKOVITS et al., 2020, capítulo 1).

El derecho insurgente a la salud, por el contrario, quiere acabar con este genocidio. Ha comenzado oxigenando las mitocondrias de los pueblos, satisfaciendo sus necesidades biológicas, psicológicas, económicas, políticas y jurídicas. Está haciendo florecer la justicia frente al capital; los ideales del Dr. Andreas Kalcker frente a las miserias de B. Gates y de todos aquellos que presumen de decir que no entienden de política pero que compran a la política y a los políticos. Este derecho insurgente está recuperando la ciencia del oscurantismo contemporáneo donde ha sido recluida por enfermos emocionales, mercenarios y sátrapas: "La ciencia puede vadear los desacuerdos honestos entre investigadores íntegros e inteligentes, pero no puede sobrevivir a la actual plaga de corrupción" (MIKOVITS et al., 2020, Introducción). La ciencia no tiene partidos sino la verdad, sin embargo esto no es así en el mundo de la ciencia corrupta (MIKOVITS et al., 2020, capítulo seis). Como recoge la Dra. Judy Mikovits, ¿tiene la ciencia que callarse y mirar al otro lado cuando descubre información problemática que afecta a la vida de millones de personas, mientras quienes perpetran el fraude científico y crímenes contra la humanidad son premiados con millones de dólares? (MIKOVITS et al., 2020, capítulo seis). El Dr. Frank Ruscetty ha propuesto cuatro recomendaciones para reconducir la deriva de la ciencia:

- a) Eliminar todos los premios de financiamiento a los científicos cuando ello daña la cooperación.
- b) Eliminar el anonimato de los revisores para las subvenciones y publicaciones.
- c) Limitar la suma de subvenciones públicas que un investigador individual puede recibir.
- d) Establecer una edad obligatoria para la jubilación con objeto de desbloquear las oportunidades de las nuevas generaciones

de científicos (citado por MIKOVITS et al., 2020, capítulo 11).

A ellas, añadiríamos una condición previa mucho más radical, el derecho de los renegados, el derecho insurgente a la salud y la vida, el derecho al oxígeno de los pobres, de las mayorías: el empoderamiento jurídico popular. El retorno del derecho de los pueblos: el iusmaterialismo. Esto es lo que está en desarrollo.

12 Conclusión

En este trabajo hemos pretendido acompañar al lector en el dinamismo vivo de los derechos humanos y derechos de la naturaleza. Lo hemos hecho desde un paradigma propio: el *constitucionalismo horizontal iusmaterialista*. Y circunscritos al derecho a la salud, derecho humano, de los animales y la naturaleza. El contexto elegido es la “plandemia” que están sufriendo los pueblos con la covid-19. En el mes de marzo de 2020 comenzó a hacerse consciente en muchos países un “hecho mayor” que seguramente se había iniciado antes: la pandemia y plandemia del coronavirus covid-19. Este acontecimiento está significando una gran conmoción global, prácticamente simultánea en todos los países de la Tierra. Desde marzo (día 13 en el caso de Ecuador), se han sucedido mundialmente “cuarentenas”, “confinamientos” y “estados de excepción y alarma”. Hasta hoy, 26 de agosto de 2020, en estos 5 meses hay registrados aproximadamente 23 millones de personas positivas y 800.000 fallecidas. Las cifras de decesos seguramente se queden cortas. Los datos oficiales que informan los países no corresponden con el número de muertos en exceso, en la comparativa con los tres años precedentes. En el caso de Ecuador, el número de los fallecidos en exceso de la media de los tres años anteriores se aproxima a 30.000 personas. La cifra oficial de fallecidos confirmados por covid-19 y probables asciende a 9.500. Ecuador está entre los primeros de los países del mundo por número de muertos por la covid-19 por millón de habitantes.

Como hemos indicado, este *hecho mayor* lo hemos analizado desde el horizonte o paradigma jurídico iusmaterialista, de un constitucionalismo horizontal consuetudinario y popular, en su conflicto y tensión con el fetichismo normativista del derecho burgués, sea en su versión de positivismo jurídico o de garantismo “criollos”. Para quienes se acercan por primera vez a este modo de

entender el derecho que llamamos *iusmaterialismo* es bueno indicarles algunos de sus rasgos: a) el derecho es una acción (conjunto de acciones); b) para satisfacer la materialidad (que es lo mismo que la espiritualidad, energía) de la vida como última instancia; c) que desagrega la vida en sistemas integrados de necesidades y capacidades de los pueblos y la naturaleza, que dan origen al sistema integrado de bienes jurídicos para la vida; d) que es una parte de la acción moral por la vida y su reproducción fuente de su legitimación y contenido de la justicia; e) que, como acción, es parte de la acción política, de la práctica política, de una política para la vida; f) que es una acción (conjunto de acciones) con un poder(es) real(es) que se llama “fuerza”, para satisfacer y hacer florecer los bienes jurídicos que son el sistema de necesidades/capacidades; g) y que es intrínsecamente revolucionario como subversión frente a la violencia del poder del contraderecho que impide y daña la vida (SALAMANCA, 2010; 2011; 2018).

Queremos advertir al lector que el artículo no pretende hacer una apología del dióxido de cloro como el único tratamiento para la covid-19. Lo que se pretende es tomar la lucha popular por este satisfactor de salud como un ejemplo para mostrar el dinamismo iusmaterialista en acción desde unos hechos concretos; para iluminar desde la realidad qué es el constitucionalismo horizontal en acción y sus diferencias con el formalismo jurídico positivista y el garantismo latinoamericano. Este último no ha conseguido deshacerse del fetichismo burgués del primero. Quien escribe ha tomado y sigue tomando dióxido de cloro, ha evidenciado recuperaciones y mejoras sorprendentes en personas. Pienso que se puede estar abriendo una puerta prometedora para la medicina, tal vez una verdadera revolución. La investigación científica lo confirmará o no en los próximos años. Sin embargo, como digo, más allá de si finalmente se verifica o no la eficacia del dióxido de cloro como sal de la vida, lo que pretendemos es mostrar en acción el verdadero rostro de un contraderecho creado por y para la burguesía, hace doscientos años, y su desafío por el genuino derecho popular insurgente. Una guerra de élites vs revolución popular en el primer caso de “pandemia” mediática globalizada en la historia de la humanidad. Como decía M. Gandhi, “más vale ser vencido diciendo la verdad que triunfar por la mentira” en la lucha contra el oscurantismo criminal de la burguesía. La luz de los pueblos unidos disipará esta era de las sombras.

Finalmente, terminamos el texto dejando al lector un postulado y

una invitación para seguir la indagación. Así como la Dra. J. Mikovits y el Dr. F. Ruscetti (2009) consiguieron aislar el retrovirus Xenotropic Murine Leukemia Related (XMRV), creemos haber aislado el *virus del fetiche normativo del capital* (VFNC), así como también una fórmula magistral popular iusmaterialista para eliminarle: *el oxígeno jurídico de los pueblos y la Naturaleza* (OJPN).

Cuadro 1: Virus del Fetiche Normativo del Capital (VFNC)
Dinamismo histórico de la expropiación originaria, producción y circulación fetichista del contraderecho del capital

*OXÍGENO JURÍDICO DE LOS PUEBLOS: UN EJEMPLO DE CONSTITUCIONALISMO
HORIZONTAL IUSMATERIALISTA EN TIEMPOS DE “PLANDEMIA”*

Producción del <u>contraderecho</u>	Circulación del <u>contraderecho</u>	Expropiación originaria del <u>contraderecho</u>
La voluntad de quien manda (materia prima) + facultades de derecho, codificaciones escritas y glosas (su dogmática, jurisprudencia y doctrina) (medios de producción) +	La Ley (conjunto de normas del <u>contraderecho</u>) (la mercancía <u>legicéntrica</u> : disvalor antijurídico universal como <u>contraderecho</u> objetivo) +	Guerra expropiatoria por <u>desposesión</u> de las <u>necesidades/capacidades</u> de los pueblos y Naturaleza + Desposesión de los <u>medios de producción jurídica</u> populares y sus sistemas de praxis normativas +
Sacerdocio esotérico: legisladores, abogados, jueces Templos: facultades de derecho, asambleas, juzgados y tribunales. Función: <u>positivadores</u> y aplicadores de la voluntad (fuerza de trabajo)	Los <u>ordenamientos del <u>contraderecho</u></u> (conjunto de leyes y normas) (la moneda normativa de intercambio global del <u>contraderecho</u>)	Guerra expropiatoria por desposesión de la <u>fuerza de trabajo jurídica</u> de los <u>pueblos</u> (de sus espacios, tiempos y trabajo jurídico) + <u>Desposesión de los ordenamientos jurídicos populares</u>
=	=	=
La Norma (un texto de voluntad del <u>contraderecho</u>) (disvalor de uso como poder violento de enajenación, explotación y dominación: <u>contraderecho</u> subjetivo)	La validez y seguridad de los ordenamientos (realización de la violencia del <u>pluspoder</u> de dominación del <u>contraderecho</u>)	Guerra expropiatoria por desposesión de la <u>realización de derechos humanos</u> y de la Naturaleza y de la materalización de la Justicia

Fuente: elaboración propia.

Cuadro 2: Fórmula Magistral Oxígeno Jurídico de los Pueblos y la Naturaleza (OJPN)

Dinamismo de la (re)insurgencia histórica iusmaterialista de de la **reapropiación** de los derechos humanos de los pueblos y la Naturaleza

Producción de los derechos	Circulación de los derechos	Apropiación originaria de los derechos
<p>El sistema de necesidades/capacidades pueblos y Naturaleza (la vida como materialidad del derecho)</p> <p>+</p> <p>Los medios propios de producción jurídica según su tradición de prácticas consuetudinarias (escritas o no) (los medios de producción jurídica)</p> <p>+</p>	<p>Los derechos objetivos</p> <p>Las <u>praxis normativas</u> de los pueblos y la Naturaleza con poder real universal de satisfacción (valor de uso jurídico universal: empoderamiento objetivo universal)</p> <p>+</p>	<p><u>Revolución reapropiatoria de las necesidades/capacidades</u> de los pueblos y Naturaleza</p> <p>+</p> <p><u>Reapropiación de los medios de producción jurídica</u> populares y sus <u>praxis normativas</u></p> <p>+</p>
<p>Las comunidades locales (el pueblo) como sujetos horizontales de empoderamiento democrático y popular</p> <p>+</p> <p>sus lugares, tiempos y modos interculturales de acotamiento de los bienes jurídicos (el sujeto vivo y su fuerza de trabajo jurídico)</p> <p>=</p>	<p><u>Sistemas Jurídicos Populares</u> comunicación de sistemas de praxis jurídicas con poder real universal de satisfacción de necesidades y florecimiento de capacidades para la vida de pueblos y Naturaleza</p> <p>=</p>	<p><u>Revolución reapropiatoria de los sujetos vivos y de sus fuerzas de producción jurídica</u> democrática y popular</p> <p>+</p> <p><u>Reapropiación de sus espacios, tiempos y modos interculturales del trabajo jurídico</u></p> <p>+</p> <p><u>Reapropiación de los sistemas jurídicos populares</u></p>
<p>El derecho subjetivo de los pueblos y la Naturaleza</p> <p>praxis jurídica normativa con poder real subjetivo de satisfacer necesidades/ y florecer capacidades (el valor de uso jurídico subjetivo: derecho como empoderamiento subjetivo, democrático y popular)</p> <p>ZFuente: <u>elaboración propia</u></p>	<p>La realización material de la justicia</p> <p>satisfacción y florecimiento de la vida de los <u>pueblos y</u> la Naturaleza (realización del poder como fuerza de cuidado y servicio a la producción y reproducción de la vida de pueblos y Naturaleza)</p>	<p><u>Revolución reapropiatoria del poder de la fuerza en la materialización de los derechos y justicia de los pueblos y la Naturaleza</u></p>

Referências

- BENITO de BENITO, L. M. (2013). **El médico tras la verdad: O** lo que más se parece a ella. Edición Personal.
- BENITO de BENITO, L. M. (2020). **Coronavirus: Tras la vacuna.** Edición Personal.
- BORÓN, A. (2019). **El hechicero de la tribu:** Mario Vargas Llosa y el liberalismo en América Latina. Akal.
- CARSON, R. (1994). **Silent spring.** Houghton Mifflin.
- DEISHER, T. A. (2019, mayo 8). **Open Letter from Dra. Theresa Deisher to Legislators Regarding Fetal Cell DNA in Vaccines.** <https://vaccineimpact.com/2019/fetal-dna-contaminants-found-in-mercks-measles-vaccines/>
- ENGSTROM, N. F. (2014). A Dose of Reality for Specialized Courts: Lessons from the VICP. **University of Pennsylvania Law Review**, 163, 1631.

- ESTULIN, D. (2014). **Transevolution: The coming age of human deconstruction** (1st ed). Trine Day, LLC.
- ESTULIN, D. (2017). **La trastienda de Trump**. Planeta.
- HECKENLIVELY, K. (2016). **Inoculated: How science lost its soul in Autism**. WatherFront Press.
- HECKENLIVELY, K., MIKOVITS, J., & JOHNSON, H. (2014). **Plague: One scientist's intrepid search for the truth about human retroviruses and chronic fatigue syndrome (ME/CFS), autism, and other diseases**. Skyhorse Publishing.
- HUMBLE, J. V. (2006). **The miracle mineral supplement of the 21st century**. Jim Humble.
- KALCKER, A. (2013) **CDS. La salud es posible**. Voedia.
- KALCKER, A. (2016). **Salud Prohibida. Incurable era ayer**. Voedia.
- MARTÍ BOSCH, A. (2017). Quienes atacan la medicina natural son unos ignorantes. **Revista de Salud y Medicina Discovery Salud 208**, 78-86.
- MÉDICI, Alejandro. (2012). **La constitución horizontal. Teoría constitucional y giro decolonial**. Universidad Autónoma de San Luis Potosí.
- MÉDICI, Alejandro. (2016). **Otros nomos: Teoría del nuevo constitucionalismo latinoamericano**. Universidad Autónoma San Luis Potosí.
- MÉDICI, Alejandro. (2018). Crítica jurídica y teoría constitucional. Iusmaterialismo situado. **En En torno a la crítica del derecho** (pp. 215-225). Universidad Autónoma de San Luis Potosí.
- MIKOVITS, J., HECKENLIVELY, K. (2020). **Plague of corruption: Restoring faith in the promise of science**. Skyhorse Publishing.
- OBISPOS ECUADOR. (2020, julio 8). **Carta al Presidente de la República** [Comunicación personal].
- PÀMIES, J., & FIGUEROA, M. (2017). **Una dulce revolución**. Voedia.
- ROBIN, M.-M. (2008). **Le monde selon Monsanto: De la dioxine aux OGM, une multinationale qui vous veut du bien**. Stanké.
- ROHDE, W. (2014). **The Vaccine Court: The Dark Truth of America's Vaccine Injury Compensation Program**. Simon and Schuster.
- SALAMANCA, A. S. (2010). Iusmaterialismo: Teoría del derecho de los pueblos. **Ignacio Ellacuría 20 años después: actas del Congreso**

- Internacional: Sevilla, 26 a 28 de octubre de 2009,** 215–240.<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3343975>
- SALAMANCA, A. S. (2011). **Teoría Socialista del Derecho.** Editorial Jurídica del Ecuador.
- SALAMANCA, A. S. (2016). **El fetiche jurídico del capital: Hegemonía global mediante los estudios de derecho** (Primera edición). Instituto de Altos Estudios Nacionales.
- SALAMANCA, A. S. (2018). **Filosofía Jurídica Latinoamericana en el siglo XXI. La re(insurgencia) histórica del derecho de los pobres y la naturaleza: El iusmaterialismo.** En *En torno a la crítica del derecho* (pp. 131-182). UASLP.
- SIEGEL, E., & BEREZOW, A. (2019). Opting Out of Vaccines Should Opt You Out of American Society. **Scientific American**, Mar, 21. <https://blogs.scientificamerican.com/observations/optiming-out-of-vaccines-should-opt-you-out-of-american-society/>
- SMITH, R. (2004). Doctors are not scientists. **British Medical Journal**, 328 (7454).
- VARGAS LLOSA, M. (2018). **La llamada de la tribu.** Alfaguara.

*OXÍGENO JURÍDICO DE LOS PUEBLOS: UN EJEMPLO DE CONSTITUCIONALISMO
HORIZONTAL IUSMATERIALISTA EN TIEMPOS DE “PLANDEMIA”*

Da releitura das concepções fundantes da democracia à democracia radical

LEONEL SEVERO ROCHA
ALETEIA HUMMES THAINES

1 Introdução

A presente pesquisa contribui para uma releitura do direito e da política e procura auxiliar na construção de mecanismos aptos a compreender as profundas mudanças que tem sofrido a cultura político-democrática contemporânea, frente às crises dos regimes de inspiração marxista e das sociais-democracias ocidentais. No entanto, nossa concepção política de Democracia, ligada aos aspectos positivos da indeterminação histórica, contrariamente aos defensores do fim da política e da ideologia, procura ver nas angústias da contemporaneidade signos de potencialidades de conquistas de novos direitos, que auxiliem no fortalecimento dos avanços originados com a edificação dos Direitos Humanos em contraposição ao viés totalitário, o que pode sugerir a necessidade de avançar nos pressupostos da Democracia Radical. O aprofundamento teórico pauta-se na pesquisa bibliográfica, consubstanciada nas leituras de diversas obras, apoiando-se no método dedutivo.

2 O esgotamento das propostas originariamente dominantes na teoria política

Entendemos que talvez a maior dificuldade para a análise da democracia, os dias atuais, seja provocada pelo fato de que as duas teorias dominantes na teoria política, o marxismo e o funcionalismo, chegaram a um esgotamento de suas potencialidades críticas. Isto decorre epistemologicamente do paradoxal fato de que estas duas teorias antagônicas possuem perspectivas metodológicas positivistas, centradas na crença da objetividade da ideia de totalidade - axioma que permitiria a elaboração de teorias gerais, metalinguagens sintático-semânticas da política, explicativas de todos os fenômenos sociais. Assim, não é difícil perceber o pânico no qual foram jogados

marxistas e funcionalistas, frente a situações como a "queda do muro de Berlim" ou a "destruição do Império soviético", que não se encaixam na determinista ciência da história de Marx ou no modelo que tudo prevê de Parsons (1974) onde a imprevisibilidade do acontecimento histórico, verdadeiro motor da política, deixa em ruínas a ciência política objetivista. (ROCHA, 2005)

Face a este quadro dominado por posturas epistemologicamente superadas, optamos por uma terceira possibilidade teórica, mais comprometida com a "invenção política" do que com a metodologia cientificista, expressa pela ideia de "Forma de Sociedade" de Claude Lefort (LEFORT, 1971; 1979; 1986), embora nos inspiremos em outras leituras, principalmente, na "Teoria da Ação Comunicativa" de Jurgen Habermas (HABERMAS, 2012), procurando estabelecer um novo marco teórico-crítico para a análise das relações entre a política e o direito. Do mesmo modo, é evidente que pretendemos, nesta breve discussão, problematizar algumas questões escolhidas.

A nossa atitude epistêmica, voltada a uma dialética entre "Forma de Sociedade" e "Teoria da Ação Comunicativa", justifica-se, entre outros, pelos seguintes motivos:

- a) tratam-se de pensamentos dirigidos à crítica da sociedade, notadamente a partir da reivindicação da liberdade de manifestação práxis-discursiva da opinião pública;
- b) ambas partem do pressuposto de um "a priori" sócio-cultural do conhecimento e da ação social. Habermas (2012), defendendo uma hermenêutica crítica na qual a capacidade de compreensão provém da inserção do intérprete na cultura, e Lefort (LEFORT, 1971; 1979; 1986), desde a sua conhecida influência da fenomenologia de Merleau-Ponty (1955), postulando o necessário envelopamento da obra (política ou literária) pela "*chair*" dos processos visíveis-invisíveis que instituem a história;
- c) insistem na "redescoberta" dos potenciais questionadores da democracia;
- d) em suma, pretendem recuperar as potencialidades críticas da filosofia (da política e do direito, a nosso ver).

Uma das dificuldades da ontologia habermasiana é provocada pela sua tese da imanência da linguagem, pelo pressuposto universalista da

pragmática discursivo-comunicacional. Para nós, desde o ponto de vista fenomenológico-político de Lefort (1971; 1979; 1986), que caracteriza a modernidade pelo nascimento de uma forma de sociedade atravessada pela tensão entre a democracia e o totalitarismo, pode-se melhor compreender a origem e os fundamentos desta linguistização do mundo. Ou seja, a perspectiva de Lefort (1971; 1979; 1986) permitiria uma maior compreensão da dinâmica social na ação comunicativa, pois acreditamos que esta concepção Lefortiana permitiria uma maior materialidade da dialética quase-transcendental de Habermas, evitando o reducionismo neokantiano proposto pela semiótica transcendental de Apel (1994; 1997; 2000). Pois, como se sabe, na atualidade, a Teoria da Ação Comunicativa aproxima-se muito mais das teses de Karl-Otto Apel do que da dialética negativa de Adorno (1973), restrita a denúncia da ideologia. Foi também graças a este aprofundamento da questão da linguagem que a teoria de Habermas tendo de enfrentar o problema do direito, atraiu a nossa atenção enquanto juristas. Outros autores, como Jean-Marc-Ferry tem comparado, na filosofia francesa, Habermas com Castoriadis (FERRY, 1987) a respeito da fundamentação da criação histórica das instituições sociais. No entanto, acreditamos que a tese de Lefort abre mais espaços para a rediscussão do direito e da democracia.

Como se percebe, nessa linha de raciocínio, nossa proposta hermenêutica parte da tentativa um pouco ousada da conciliação da ideia da democracia como princípio gerador da Forma de Sociedade democrática, conforme propõe Lefort (1986), com a dialética emancipatória da práxis discursiva da ação comunicativa de Habermas. Nesta ótica, pretendemos radicalizar, desde Lefort, a pregação de Habermas de um retorno a discussão filosófica, a partir da ênfase na fundamentação democrática da modernidade, desde o humanismo renascentista até as revoluções baseadas nos direitos humanos: a importância para o reavivamento do debate entre a filosofia política e a filosofia do direito, a procura de uma renovação da "racionalidade" e da justificação do "Império da Justiça" (DWORKIN, 1999) é então inegável.

3 A democracia como forma política e o potencial simbólico dos direitos humanos

Gramsci (1968) e o funcionalismo liberal americano, com

finalidades políticas distintas, salientaram, com muita propriedade, a importância da cultura para a socialização política. Por conseguinte, é necessário que se esclareça um pouco melhor nossa concepção de "Cultura Política": uma nova Cultura Política, distinta das matrizes teórico-ideológicas dominantes, seria o lugar de reflexão e criação de mecanismos capazes de inventar uma nova visão de mundo, fornecendo-nos canais de compreensão (hermenêutico-crítica) da realidade político-social, mais propensos a explicá-la e a transformá-la. Há de se recordar que para Gramsci, a política e o Estado não podiam ser tematizados ou pensados abstratamente, como esferas isoladas, como propõem as ciências sociais particulares, uma vez que, a sociedade política seria composta pelo conjunto de mecanismos através dos quais a classe dominante detém o monopólio legal da repressão e da violência (GRAMSCI, 1968).

Sendo a sociedade política uma extensão da sociedade civil, a constituição de uma nova Cultura Política implica na necessidade de se repensar a política e a democracia. Assim, é insuficiente se efetuar esta reflexão a partir de bases exclusivamente teóricas ou ideológicas, pois a problemática hermenêutica da Cultura Política materializa um conjunto de representações, de práticas, de sistemas ideológicos, que são evidentemente heterogêneos no nível teórico, mas que constituem, reunidos, os elementos de uma concepção e de uma certa estratégia de poder dominante na sociedade. (ROSANVALLON, 1976).

Uma nova Cultura Política nos permitiria pensar o espaço público, enquanto *tópos* de invenção política (LEFORT, 1986), e, simultaneamente, como uma matriz discursivo pragmática disposta a aprofundar a proposta da Teoria da Ação Comunicativa. (HABERMAS, 2012). Pois, neste último sentido, a Cultura Política se situaria entre a crítica da razão sintático-semântica da modernidade e a crítica irracionalista da pós-modernidade a procura de uma racionalidade pragmático-quasi-transcendental. Ou seja, colocaria a democracia como princípio gerador transcendente e pragmático da práxis político-discursiva da instituição imaginária de nossas sociedades.

Os signos da renovação desta discussão irrompem de reivindicações que combatem por mudanças profundas na sociedade, oriundas, principalmente, de novas formas de lutas específicas dos trabalhadores, de minorias raciais, lutas pela reforma agrária e urbana, movimentos de mulheres, de menores abandonados,

maior participação nas decisões políticas, contestações ecológicas, etc. Deste modo, é preciso criar uma nova dimensão cultural capaz de englobar todas essas formas diferentes de manifestações da sociedade, que não são contempladas claramente pelas teorias políticas existentes. O objetivo desta mudança é a realização da democracia, concretamente, a obtenção de uma cidadania plena, que além de política, possa também ser econômica e social, contemplando amplo direito à informação e ao acesso às novas tecnologias. (ROCHA, 2016).

Todavia, esta cidadania plena deve atentar para a crítica que Rorty (2005) faz ao lembrar do cosmopolitismo-Unesco, assim designado por Lévi-Strauss, que quando da fundação da Unesco na década de 1940, silenciou sobre o stalinismo e, que ainda “[...] se mantém prudente e respeitosamente silencioso sobre o fundamentalismo religioso e sobre a autocracia manchada de sangue que ainda governa muitos países”. (RORTY, 2005, p. 131). Tal problemática pode ser revista, desde a nossa proposta teórico-metodológica, complementarmente, por um lado, na silagem da hermenêutica alemã de Habermas, defensora da materialização de uma opinião pública que possa manifestar-se num discurso sem amarras num diálogo e livre contestação argumentativa, capaz de engendrar uma dialética entre a dominação tecnológica da razão instrumental com respeito a fins e o interesse emancipatório; e, por outro lado, na terminologia da filosofia política francesa de Lefort (como também Castoriadis, Lyotard, entre outros) por meio da construção de uma autonomia existencial fundada na lógica da enunciação de direitos.

O caminho para a realização destes objetivos é, no entanto, bastante árduo. No nosso caso, enquanto interessados nos aspectos macropolíticos, uma das possibilidades passa pela tentativa hermenêutica (pragmática) de se compreender, seja no plano teórico, seja político, a razão das dificuldades da institucionalização da democracia no Brasil e na América Latina, e as relações desta incapacidade, como o nosso menosprezo pela Lei. Importa investigar, por exemplo, porque os problemas de efetividade da lei, tão importantes neste lado do mundo, não provocam uma maior atenção da crítica. Assim sendo, pode-se perceber uma das razões de sua perplexidade perante o desrespeito efetuado pela direita à lei e as Constituições (quando a tese marxista dominante é a da lei como superestrutura do econômico ou simplesmente como reflexo das classes dominantes). Quais seriam finalmente as reais relações entre a

lei, o poder e a democracia?

Uma tal análise para surtir efeitos inovadores deve romper com todos os preconceitos dogmáticos, a fim de que possamos elucidar os distintos sentidos da discussão da democracia. Este tipo de abordagem deve também ser histórico e contextual, sem deixar, ao mesmo tempo, de acompanhar o curso universal dos avanços e recuos das ideias democráticas, pois a democracia é ao mesmo tempo pragmática e transcendente (na linguagem de Habermas, quasi-transcendental). Desta maneira, como não existe crítica com conceitos políticos a priori, a crítica nos exige o abandono das ideologias que nos fornecem a sensação segura de estarmos sempre, e em qualquer situação, com a "verdade". No fundo, os "críticos" dito detentores da verdade política são as primeiras vítimas da ideologia antidemocrática que querem denunciar (LEFORT, 1986). Nesta ótica, podemos adiantar que não existe democracia com "verdade" (sintático-semântica). A democracia é o lugar da indeterminação e da invenção, somente o totalitarismo fornece a tranquilidade dos lugares pré-estabelecidos.

Um dos pré-requisitos para se repensar a Política depende do entendimento de que toda definição, toda tentativa de fixar a sua essência, impede o livre movimento do pensamento, impossibilitando uma exploração mais crítica (LEFORT, 1986). Neste sentido, a nível metodológico, deve-se romper com a tradição analítica do paradigma sociológico liberal ou da historiografia marxista, preocupados em perscrutar o acontecimento desde categorias determinadas. Uma ideia mais rica, conforme já comentamos brevemente, seria a de "Forma de Sociedade"; na qual, em lugar de se pensar, como faz a tradição jurídico-liberal, na democracia como somente um regime regulado por leis, baseadas em um poder soberano legitimado, pensa-se na democracia moderna, como Forma de Sociedade, traçando-se um debate sem fim sobre a legitimidade da discussão, sobre o legítimo e o ilegítimo. (LEFORT, 1986).

Mas, concretamente, repensar a política nos moldes de Lefort significa inserir-se numa compreensão hemenêutica onde a sociedade como um todo, adquire a sua identidade engendrando "a sua forma" peculiar, desde acontecimentos simbólico-revolucionários ímpares.

Toda esta transformação de paradigma político nos dirige a uma reavaliação das relações entre o socialismo, o liberalismo e a democracia. Neste sentido, vamos desde logo adiantar que, infelizmente, nem o liberalismo nem o socialismo marxista, são

sinônimos de democracia.

A grande dificuldade clássica da democracia, como todos sabem, é sua necessidade de conciliar a liberdade com a igualdade. Em grandes linhas, pelo menos tradicionalmente, a liberdade sempre foi o princípio fundante do liberalismo, e a igualdade do socialismo. Contudo, numa dimensão histórica, a análise das teorias políticas adquire uma certa complexidade.

A própria teoria liberal foi elaborada em circunstância e condições sociais diferentes. Deste modo, não se pode falar do liberalismo como doutrina única e uniforme, porque mesmo baseada na defesa da liberdade e dos direitos individuais, ele se modifica em função do contexto histórico. O liberalismo se formou a partir de diferentes fontes: do protestantismo religioso, da materialização do mercado capitalista, do racionalismo iluminista, etc., determinando em cada país originário uma combinação específica destas influências, engendrando, por exemplo, um liberalismo predominantemente econômico na Inglaterra e político na França.

Sem aprofundar demasiadamente a questão das origens do liberalismo, que escapa no momento aos nossos objetivos, pode-se dizer que, na atualidade, a nível internacional, a discussão do pensamento liberal recuperou toda a sua importância com a constatação de que o pensamento marxista, dominante na esquerda e centrado na defesa intransigente da igualdade, mas indiferente aos direitos individuais e a liberdade, vistos como pura ideologia, tinha provocado regimes totalitários. Nesta ótica, vejam-se as causas da "Perestroika", na antiga União Soviética, na Polônia, na antiga Alemanha Oriental, etc... provocadas pela negação feita pelo marxismo aos direitos humanos mais elementares.

Marx (1991), na chamada "Questão Judaica", denunciou o conteúdo ideológico dos direitos humanos, afirmando que o direito à opinião, à liberdade, à segurança, à propriedade, entre outros, eram direitos exercidos somente pela classe dominante burguesa, único grupo social beneficiado por eles. Neste sentido, por aparentarem um caráter universal, do ponto de vista discursivo, apenas favoreciam uma minoria na prática. Por esse motivo, Marx (1991) conceituou-os como uma ideologia de ocultação da dominação capitalista, sendo natural então, que os países que foram denominados de socialismo real (União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, China, Cuba, etc...), enquanto marxistas, sejam obrigados, coerentemente com a sua teoria, a ignorar os direitos humanos.

Contudo, como Lefort (1971; 1979; 1986) e outros pensadores têm procurado ressaltar, que embora exista de fato um conteúdo ideológico nos direitos humanos, estes não se esgotam na dominação. Isto por dois motivos: o primeiro, é a constatação que acabamos de fazer de que um regime político que desrespeita os direitos humanos é inevitavelmente (essencialmente) totalitário; o segundo motivo, é a constatação de que justamente a ausência do respeito aos direitos humanos tem sido uma bandeira de crítica contra o autoritarismo e o totalitarismo.

Os direitos humanos possuem um potencial simbólico de reivindicações que ultrapassa o instituído. Esses direitos possuem uma ambiguidade significativa que lhes atribuem, simultaneamente, um sentido negativo, ideológico, e um positivo, reivindicador. Ora, nesta perspectiva, eles são políticos enquanto canais simbólicos para a produção de novos sentidos. Para Lefort, a partir do momento em que os direitos humanos são postos como última referência, o direito estabelecido está voltado ao questionamento. (LEFORT, 1986).

De outra parte, embora não seja nosso interesse aprofundar no momento, sabe-se muito bem que a problemática da ideologia, desde as contribuições de Weber sobre os processos de racionalização do capitalismo contemporâneo até as críticas radicais de Marcuse, está superada pelo contexto do Estado interventor, caracterizado por uma dominação baseada na razão instrumental. Em outras palavras, a ideologia conforme a conotação imposta pelas associações significativas imanadas pela teoria liberal do Estado do século XIX, vista como a síntese da realização do espírito absoluto para Hegel e criticada pela dialética materialista, não tem mais razão de ser numa "civilização cientificista". (ROCHA, 2005; HABERMAS, 2012). Pois, nesta última assertiva a ideologia adquire uma conotação positiva, ao negar o plural do mundo, não através da ocultação inversão (ALTHUSSER, 1985), mas impondo uma dominação tecnológica (cientificista) controlada pelos especialistas no poder das linguagens artificiais e pelos detentores dos meios de difusão da comunicação cibernética.

Nesta linha de ideias, precisa-se abandonar os arcaísmos do liberalismo e do marxismo (socialismo) para se ver discursos como práxis instituintes de nossas identificações. Os direitos humanos, bem como o próprio direito, desta maneira, embora se caracterizem pela lei positiva, extrapolam-na, devido ao sentido simbólico que lhes foi impregnado pela nova configuração política, oriunda das revoluções

democráticas ocorridas na Europa e nos Estados Unidos. Este tipo de sociedade política tem como característica, para Lefort (1986) a divisão social, manifestada pela sua fragmentação, anteriormente unificada, na Europa, na figura do Rei, numa arquitetura na qual a lei, o saber e o poder se exteriorizam simbolicamente em relação ao Estado. Ou melhor, constituem uma nova forma política, articulada a partir da legitimidade da discussão constante dos fundamentos do poder, provocando a necessidade da participação social para a legitimação do seu exercício: cada sociedade teria um princípio gerador fundante que co-constituiria a sua forma política, não o regime político, que forneceria a sua especificidade própria.

O poder, a partir do momento em que não é mais visto como imbricado à pessoa do rei ou a outros pressupostos transcendentais, difunde-se pelo social, obrigando os governantes a justificarem as suas decisões, sob pena de tornarem-se ilegítimos. Isto porque o topo do poder torna-se vazio, passando a pertencer a todos e a ninguém, extrapolando o Estado. Porém, não quer dizer que o Estado não continua como o polo fundamental das decisões, mas implica num deslocamento da noção de soberania, que de monopólio de um, passa ao social. (ROCHA, 2016).

A democracia gera assim, uma indeterminação do social, pelo fato de romper com os pressupostos de legitimidade do "*ancien régime*". Não existe mais a legitimidade em si, transcendente e indiscutível, justa e imaculada. A legitimidade passa a ser um direito a ser conquistado todos os dias, transforma-se num discurso no qual a justificação depende da práxis argumentativa racional. (HABERMAS, 2012).

A democracia produz uma nova forma social onde as identificações dos indivíduos, suas concepções de justiça e injustiça, mal ou bem, verdade e falsidade, se baseiam no princípio da legitimação do conflito, e, conseqüentemente, da invenção de suas próprias regras.

A democracia é uma forma política eminentemente histórica, devido ao questionamento que implica a necessidade do consenso social para a sua legitimidade. A democracia constitui-se (enquanto Forma Política) (LEFORT, 1986) num centro de articulações e auto instituição da sociedade, onde a política não é vista como uma instância autônoma, mas como a "*mise en forme*" de sentido e encenação do social. A própria identidade da sociedade é então uma questão política. A política é que possibilita a delimitação do espaço

de auto-instituição do social. (CASTORIADIS, 1992; 2002).

Esta matriz pode ser auxiliada por um estudo comparativo do pensamento político de Hannah Arendt e de Merleau-Ponty, pois eles se aproximam e se afastam significativamente na sua maneira de ver a política. Para Arendt (1989), existe uma ruptura entre o político e o social, característica do totalitarismo, que a conduz a uma crítica do conceito de história que lhe impede, no entanto, de perceber uma gênese da política. (ARENDR, 1972). De sua parte, Merleau-Ponty (1964), percebendo a imbricação da política no social, postulou a ideia de uma "*chair*", um tecido, da história que permitiria entender ao mesmo tempo a irreversibilidade e a reversibilidade, a continuidade e descontinuidade dos fenômenos. (MERLEAU-PONTY, 1964). A partir desta matriz é que Lefort, privilegiando como Arendt o totalitarismo como um fenômeno político singular, chegaria como Merleau-Ponty a conceber a democracia como uma forma de sociedade simultaneamente dotada de reversibilidade e alteridade. Esta forma de sociedade é, portanto, democrática porque engendra simbolicamente a possibilidade sem limites da manifestação do direito de falar e ser escutado. Isto é, o direito e o dever de um, somente é legítimo, enquanto correlato e condicional ao de todos os outros. A democracia é uma abertura complementar do ser ao outro e do outro ao ser.

Tal assertiva, que politiza o direito, ultrapassa não só o sentido conservador do liberalismo que reduz os direitos humanos ao seu caráter de direito natural, vistos como questão puramente ética, como também as críticas marxistas que reduzem o ideário democrático a pura ideologia. Para o marxismo a democracia não possui força política, sendo no máximo uma relação de forças. Na verdade, a democracia é uma forma política articulada a partir do princípio da enunciação de direitos, onde o princípio maior é o direito de enunciá-los.

Um aspecto fascinante da questão democrática é que o mesmo acontecimento que permite esta forma política, a cisão do social, do poder, do saber e da Lei, pode gerar também o totalitarismo. Pois, o totalitarismo nada mais é que o desejo de reunificação e de identidade da sociedade a uma fala singular, única, negando a legitimidade de qualquer divisão e participação social plural. O totalitarismo é um regime que procura forçar a sociedade, a fundar todas as suas identificações a partir de sua verdade, de sua ideologia, tornando-se o seu princípio instituinte.

Um dos primeiros a perceber as relações entre a democracia e o totalitarismo foi Tocqueville (2019), que analisando na "*De la Démocratie en Amérique*", o sufrágio universal, uma das condições para a existência da democracia nos Estados Unidos, percebeu que este poderia também paradoxalmente produzir, um novo tipo de despotismo: a ditadura do número. Pois, para ele, a maioria não tomaria necessariamente sempre as melhores decisões; do mesmo modo, haveria sempre minorias não representadas.

Neste sentido, a igualdade de condições, para Tocqueville (2019) é indispensável para a democracia, mas, seria também um perigo para a liberdade. Assim, a democracia poderia gerar dois tipos de problemas distintos e opostos: a tirania da maioria e o individualismo. Este último seria provocado pela dissolução dos antigos laços de solidariedade que uniam os indivíduos no "*ancien régime*". No entanto, Tocqueville (2019) percebeu igualmente que a democracia engendrava também, num mesmo movimento, as respostas a esses problemas: a descentralização administrativa; o equilíbrio dos poderes, com a plena autonomia do judiciário; a organização federal; a liberalidade federal; a liberdade de imprensa; a liberdade de associação, etc..., ou seja, desde sua manifestação simbólica inicial, a democracia já provocou o questionamento.

Nesta linha de ideias, que procura analisar a democracia enquanto forma política, o que estamos querendo ressaltar é que toda a negação do respeito aos direitos e garantias individuais não pode em nenhum caso ser impunemente abandonada, sem com isto deixar-se de compreender o cerne do problema. Neste sentido, o paradigma marxista que considera a democracia e os direitos humanos como mera ideologia é profundamente totalitário. Pois mesmo que a liberdade, os direitos individuais e a lei que os assegura tenham também um sentido de classe, como bem o salientou Marx (1991), a enunciação dos direitos mesmo insuficiente por si só para solucionarem os problemas sociais, possui um sentido positivo fundamental para a democracia. Por outro lado, como também não existe democracia e liberdade sem pelo menos serem contemplados igualmente direitos sociais e econômicos (sem a possibilidade de ampla manifestação das falas), o neoliberalismo conservador do tipo do "Novos-Filósofos" franceses, que tenta solucionar a questão através de uma aceitação acrítica das regras do mercado capitalista, também não é democrático.

Assim sendo, não se pode aceitar nem o princípio marxista-

totalitário da negação da liberdade, nem o princípio liberal puramente defensor da liberdade de iniciativa individual, quando se pretende defender a realização da democracia. Pois, se é suficiente a negação dos direitos humanos para se caracterizar uma forma de sociedade como totalitária, materializada pela negação de qualquer divisão social, apenas a defesa dos direitos humanos num regime liberal, e da divisão, não basta para caracterizar uma forma de sociedade como democrática, já que embora esta seja potencialmente mais livre - infinitamente, se comparada com a totalitária - persiste nesta sociedade a dominação.

Desta maneira, face às profundas deficiências do pensamento liberal e do pensamento marxista perante a questão democrática, qual a possibilidade analítica que nos resta para melhor compreendê-la? Como escapar do impasse colocado pela constatação de que existe na democracia liberal uma relação de dominação escamoteada pela ideologia, simultaneamente com a constatação de que a democracia socialista pode levar ao totalitarismo?

Por isso, pode-se perceber por que salientamos a importância da construção de uma nova cultura política, a fim de que se possa superar esta problemática. Tal abordagem deve ser então encarada como uma questão política, vendo a política como uma forma de sociedade, que enquanto auto-instituída historicamente, necessita de um novo paradigma cultural - ação comunicativa emancipatória - para a sua plena valorização democrática.

4 A problemática político-jurídica latino-americana e a abertura semântica proporcionada pela democracia radical

Estas colocações nos ajudam a melhor entender a problemática político-jurídica na América Latina, pois, desde a nossa postura crítica da política e da democracia, pode-se abrir novas vias interpretativas para a abordagem desta questão, geralmente encoberta por simplificações teoricistas ou adesões a propostas políticas acríticas.

Nossa proposta é no sentido de enfrentar a temática da teoria-práxis do direito, das relações entre os enunciados sintático-semânticos do direito (KELSEN, 1962) com os enunciados pragmáticos (EHRlich, 1986), a partir de uma terceira via interpretativa: o "Direito como Instituição", procurando, a grosso modo, conciliar as contribuições da Filosofia do Direito com as da Sociologia Jurídica.

Esta tentativa, aparentemente uma dialética elementar entre o ser e o dever-ser do direito (e a política), não é porém de fácil realização, pois nos exige uma revolução epistemológica que permita a comunicação entre o eixo sincrônico e o eixo diacrônico da linguística (SAUSSURE, 1977), inter-relacionando a língua e a fala: o sistema jurídico e a história. Para tanto, é preciso ter-se uma concepção semiológica (revista politicamente pela matriz Habermas-Lefort) fundada numa matriz discursiva centrada na enunciação, enquanto reflexão crítico-hermenêutica dos enunciados das normas jurídicas. Isto é, trata-se de uma crítica à técnica jurídico-dogmática, voltada muito mais a um controle democrático de sua produção e de seus mecanismos procedimentais e decisórios, do que uma pura negação "irracionalista" ou ideológica das regras do jogo.

Neste contexto, as contribuições do "conceito de direito" de Hart (1961), abordando o discurso jurídico conjuntamente desde um ponto de vista interno e externo, a partir de suas críticas a Austin, abriram um importante espaço para a compreensão da "open texture" da instituição jurídica. É preciso ressaltar que esta perspectiva não rompe completamente com a teoria normativa de Kelsen (1962), típica do aspecto obrigacional do direito, apenas deslocando a problemática da racionalidade jurídico neokantiana revista pelos processos de elucidação do neopositivismo, para uma racionalidade contextual, segundo as teorias da linguagem ordinária de Hare e Wittgenstein. (ROCHA, 2016).

A teoria sistêmica de Niklas Luhmann, com forte acento autopoético, tem pretendido responder a questão da racionalidade pragmática do direito (LUHMANN, 1990), desde a proposta da elaboração de uma teoria geral da ação jurídica, partindo de releituras de Weber e Parsons, privilegiando os procedimentos para a produção das decisões, e não o seu conteúdo. Porém, tem sofrido fortes contestações através das teses hermenêuticas, às quais nos filiamos, como já assinalamos, anteriormente, seja a nível jurídico por intermédio de Karl Larenz, seja a nível político-epistemológico por Habermas (com quem travou famosa polêmica). (ROCHA, 2005).

Na realidade, desde uma visão crítica, pode-se afirmar que o direito possui um núcleo normativo e um núcleo de informações práticas (MACCORMICK; WEINBERGER, 1986), que lhe fornece a sua singularidade político-institucional (CASTORIADIS, 1975), independentemente das estreitas visões dos marxistas ou dos juristas dogmático-legalistas. Assim, torna-se decisivo abordar se o

entendimento de autores como Ronald Dworkin (1999), para quem toda a interpretação legal reflete uma teoria latente sobre o caráter geral da lei. Pois perante as duas principais teorias da exegese jurídica (principalmente no direito anglo-saxão) da atualidade: de um lado, a que considera que a lei é aquilo que as convenções determinam numa certa comunidade; e de outro lado, a que assume a prática jurídica como um instrumento para a sociedade atingir os seus objetivos, Dworkin sustenta que o objetivo fundamental do direito é responder à necessidade de que uma comunidade política atue de forma coerente e de acordo com seus princípios estabelecidos. (DWORKIN, 1999).

Em resumo, segundo o nosso entendimento, o direito é constituído por uma pragmática formal que articula pressupostos dogmáticos-tecnológicos em relação a expectativas de direitos e questões político-morais. A crise das sociedades de capitalismo avançado ocorre, para Habermas, quando os aspectos sistêmicos, por exemplo, no nosso caso a técnica dogmática, ao invés de interagir com o trabalho e a dinâmica do "mundo da vida", a práxis conflitiva das pretensões do cotidiano, transforma-se numa ideologia de dominação que impede a democratização das falas plurais e indeterminadas. Para nós, o mundo da vida é uma espécie de autopoética da invenção social que permite a criação da instituição histórica.

Esta crise se agiganta na América Latina, gerando uma enorme crise de legitimação, mais do que legitimidade, quando a dimensão sistêmica do direito tem disfunções procedimentais e sociais. Ou seja, a crise sistêmica implica numa crise de governabilidade, e entre outras conseqüências, na decretação da "irracionalidade" da opinião pública, na incapacidade dos especialistas em operacionalizar a razão estratégica, e, principalmente, para os nossos interesses neste texto, na decretação da falência do direito e da democracia. Por isto, impõe-se paradoxalmente na América "sem lei" uma revisão das dificuldades para a efetivação da razão jurídico-instrumental, antes de se proceder a sua crítica - embora ela seja necessária em outro nível discursivo.

Desta maneira, esta terceira via parte dos seguintes pressupostos:

Existe uma especificidade simbólica do direito. Isto implica que o direito não se restringe à Lei, nem se reduz a um reflexo do poder;

A questão das relações entre a teoria e prática jurídica e a teoria e prática política, só pode ser resolvida pela rediscussão

da democracia;

A democracia é assim simultaneamente uma questão teórica e prática, implicando numa profunda revisão conceitual e numa ação política;

A compreensão da democracia depende da compreensão do totalitarismo e da problemática dos direitos humanos;

A grande questão é portanto a construção de uma nova cultura política apta a tematizar, compreender e recolocar toda essa imensa gama de problemas.

Para Fraser (2001), a nova tarefa intelectual e prática é desenvolver uma teoria do reconhecimento que, ao mesmo tempo em que identifique e defenda a política cultural da diferença, também possa ser combinada com a política social da igualdade, todavia, para além deste tipo de reconhecimento, urge repensar uma democracia que abarque as relações de poder, porquanto, como alertara, Laclau e Mouffe (1989, p. 14) “[...] se aceitamos que as relações de poder são constitutivas do social, então a questão principal da política democrática não é como eliminar o poder, mas como constituir formas de poder compatíveis com os valores democráticos”. Ou seja, os autores destacam que a sociedade democrática moderna é constituída por um modelo em que o poder, a lei e o conhecimento encontram-se expostos a uma indeterminação radical.

Isso implica em um projeto de democracia radical, que reconhece que qualquer democracia de massa deva conter um sistema de representação competitiva, porém buscando a “[...] realização mais completa dos valores democráticos do que a que se pode atingir pela representação competitiva”. (FUNG; COHEN, 2007, p. 222). Esse projeto de democracia radical, portanto, “[...] carrega a promessa da possibilidade de ser uma forma singular de democracia, em que a esfera pública informal e o sistema formal de representação competitiva são transformados por suas conexões com os arranjos participativo-deliberativos de resolução de problemas”. (FUNG; COHEN, 2007, p. 224)

5 Conclusão

Uma nova cultura política, articulada a partir da ideia de forma de sociedade nos permitiria ver que o direito não se esgota na dominação, sendo um dos fatores fundamentais para a democracia. Daí a importância de um reestudo mais sofisticado da teoria jurídica,

desde uma revisão de seus clássicos, como Kelsen, Bobbio, Alf Ross, Dworkin, etc. (ROCHA, 2016), a fim de que se possa romper definitivamente com as visões ingênuas do direito, que o colocam seja como reflexo, seja como autônomo face a política, sem que os ditos críticos discutam, ao menos, os diferentes sentidos que possuem as normas jurídicas ou se elas constituem, por exemplo, um sistema aberto ou fechado, em relação a problemática político-social do "mundo da vida".

É claro que se pretende avançar na construção de uma nova teoria jurídica (interdisciplinar) capaz de ajudar a compreender a complexidade originada pelo surgimento de novos e emergentes problemas comerciais, ecológicos, sociais e culturais que ultrapassam em muito a teoria jurídica tradicional. Mas, como criar novos mecanismos sem se passar pela rediscussão da teoria jurídica contemporânea, a procura das razões de suas virtudes e limites?

Do mesmo modo, esperamos ter deixado claro que a política é um espaço simbólico de manifestação pública dos conflitos, portanto indeterminável: no grande erro da teoria jurídica liberal foi ter pretendido reduzir a política ao Estado - ignorando a pluralidade do direito. Neste sentido, a rediscussão do direito (e da teoria do direito), e a reproblemática do sentido político dos direitos humanos se impõem como ponto de partida fundamental. Pois, não é sem razão que a discussão atual da racionalidade pragmática-formal da Filosofia passa pela Filosofia do Direito. É evidente que neste sentido trata-se de uma revisão técnica jurídica na direção de uma participação efetiva da sociedade na sua produção e interpretação, em busca de uma autonomia e de uma pluralidade político-ideológica, baseada na lógica da enunciação permanente de novos direitos.

Por esse motivo, entendemos que uma linha de pesquisa prioritária a ser seguida, notadamente pelos juristas, na reelaboração de uma nova cultura política, seria a reavaliação crítica da teoria jurídica e de suas relações com a política, passando a examinar a política como invenção e direito com espaço decisório de conflitos, em busca de uma emancipação democrática das relações submetidas à dominação tecnológica e ao totalitarismo dos discursos monológicos.

Tal emancipação, não desconsidera que uma das grandes conquistas da democracia representativa moderna foi trazer a ideia de que as pessoas devem ter igual importância nos processos coletivos de tomada de decisão levadas a cabo pelas instituições políticas do Estado moderno. Todavia, o século XXI vem nos mostrando que,

mesmo com essas condições em vigor, as desigualdades sociais e econômicas moldam as oportunidades de influência política nos sistemas de representação competitiva, demonstrando a necessidade de superar esse modelo, talvez, pela via da democracia radical, que visa expandir sua esfera de aplicabilidade a novas relações sociais, não se limitando, assim, à forma de governo adotada pelo Estado, mas aberta a multiplicação dos espaços políticos da sociedade.

Referências

- ADORNO, Theodor W.. **Philosophische terminologie**. Frankfurt: Zur Einleitung, Shurkamp Verlag, am Main, 1973.
- ALTHUSSER, Louis. **Ideologia e Aparelhos Ideológicos de Estado**. Trad. Maria Laura Viveiros de Castro. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985.
- APEL, Karl-Otto. **El camino del pensamiento de Charles S. Peirce**. Madrid: Visor, 1997.
- APEL, Karl-Otto. **Ethique de la discusión**. Paris: CERF, 1994.
- APEL, Karl-Otto. **Transformação da filosofia I: filosofia analítica, semiótica, hermenêutica**. São Paulo: Loyola, 2000.
- APEL, Karl-Otto. **Transformação da Filosofia II: o a priori da comunidade de comunicação**. São Paulo: Loyola, 2000.
- ARENDT, Hannah . **Le système totalitaire**. Paris: Seuil, 1972.
- ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- CASTORIADIS, Cornelius. **L'institution imaginaire de la société**. Paris: Éditions du Seuil, 1975.
- CASTORIADIS, Cornelius. **As encruzilhadas do labirinto III: o mundo fragmentado**. São Paulo: Paz e Terra, 1992.
- CASTORIADIS, Cornelius. **As encruzilhadas do labirinto II: os domínios do homem**. 2 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- EHRlich, Eugen. **Fundamentos de Sociologia do Direito**. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1986.
- FERRY, Jean-Marc. **Habermas: L'Éthique de la communication**. Paris: Presses Universitaires de France (PUF), 1987.
- FRASER, N. Da redistribuição ao reconhecimento?: dilemas da justiça na era pós-socialista. In: SOUZA, J. **Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática**. Brasília, DF: UNB,

- 2001.
- FUNG, Archon; COHEN, Joshua. Democracia radical. Tradução de Taís Blauth. In: **Política & Sociedade**, n. 11, p. 221-237. Disponível em: < <https://periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/view/1293/1210>> Acesso em 24.08.2020
- GRAMSCI, A. **Maquiavel, a política e o Estado moderno**. Tradução de Luiz Mário Gazzaneo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968.
- HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo: racionalidade da ação e racionalização social**. Tradução: Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2012. V. 1.
- HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo: sobre a crítica da razão funcionalista**. Tradução: Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2012. V. 2.
- HART, Herbert. **The concept of law**. Oxford: Oxford University Press, 1961.
- KELSEN, Hans. **Théorie pure du droit**. Paris: Dalloz, 1962.
- LACLAU, E.; MOUFFE, C. **Hegemony and socialist strategy: towards a radical democratic politics**. London: Verso, 1989.
- LEFORT, Claude. **Elements d'une critique de la bureaucratie**. Genève: Droz, 1971.
- LEFORT, Claude. **A invenção democrática**. São Paulo: Brasileense, 1979.
- LEFORT, Claude. **Essais sur le politique: XIX^e-XX^e siècles**. Paris: Seuil, 1986.
- LUHMANN, Niklas. **Sistemi sociale: fundamenti di una teoria generali**. Bolonha: Il Mulino, 1990.
- MACCORMICK, Neil; WEINBERGER, Ota. **An Institutional theory of law: new approaches to legal positivismo**. New York: Springer Netherlands, 1986.
- MARX, Karl. **A questão judaica**. 2 ed., São Paulo: Moraes, 1991.
- MERLEAU-PONTY, Maurice. **Les aventures de la dialectique**. 8 ed. Paris: Gallimard, 1964.
- PARSONS, Talcott. **O sistema das sociedades modernas**. Tradução: Dante Moreira Leite. São Paulo: Pioneira, 1974.
- ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. 2 ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005.
- ROCHA, Leonel Severo. **La problemática de discurso jurídico: (des) legitimando el poder soberano del Estado contemporáneo**. Curitiba: Editora Prisma, 2016.

- RORTY, Richard. **Pragmatismo e política**. Tradução: Pulo Ghiraldelli Jr. São Paulo: Martins, 2005.
- ROSANVALLON, Pierre. **L'âge de l'autogestion**: ou, la politique de commandement. Paris: Seuil, 1976.
- SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de linguística geral**. São Paulo: Editora Cultrix, 1977.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. **De la démocratie enm Amérique**. Paris: Independently published, 2019.

Política constitucional e criticidade jurídica: uma introdução

LUCAS MACHADO FAGUNDES

1 Introdução

Desde o aparecimento do Estado constitucional moderno a doutrina jurídica do Direito Constitucional passa a refletir sobre as convergências e divergências da relação entre Estado, instituições constitucionais e democracia. Alguns estudos dão atenção para um tipo de práxis constitucional, observando os efeitos da normatividade na realidade social e enfatizado como se dá a busca pela “eficiência” jurídica do constitucionalismo.

Porém, é imperioso destacar que a tríade (Estado, Constitucionalismo e Democracia) representa uma abertura para a densidade e complexidade do debate sócio-político que envolve as transformações das sociedades nas últimas décadas, incorporando-se ao debate as inerentes contradições entre o discurso e a prática jurídica.

Tendo isso em vista, a temática central desta exposição é a Teoria Constitucional Crítica, que evidencia outros vieses de fundamentação, problematizando as relações entre Política e Direito e abrindo condições de possibilidade para uma reflexão crítica dos discursos do constitucionalismo moderno no tocante aos seus fundamentos reduzidos ao formalismo normativo ou mesmo idealismo jurídico.

Isso se dá a partir da necessidade de ferramentas teóricas que possibilitem uma leitura avançada sobre o problema do isolamento jurídico das doutrinas constitucionais clássicas e sua arquitetura erigida para concretizar o afastamento das relações políticas democráticas substanciais em relação ao campo normativo-jurídico-formal. A questão inquietante nas posturas tradicionais são as constantes ingerências antidemocráticas, oligárquicas, financeiras, enfim, fetichizadas nos termos da realização constitucional; ou seja, operações no sentido de promover reformas significativas no campo dos direitos ou então mutações dos enunciados e garantias constitucionais em benefício de alguns setores privados e

privilegiados da sociedade.

Dessa maneira, a ideia de uma Política Constitucional crítica parte da hipótese do caráter de recuperação da politização democrática das esferas constitucionais como um importante passo para afirmação de uma constituição que dê respostas efetivas aos amplos setores populares. Em termos, um pressuposto forte que emerge das contradições entre Constitucionalismo democrático e economia política excludente.

Por esta razão, este texto é uma revisão teórico conceitual das principais categorias constitucionais críticas sobre a Política Constitucional. Dessa forma, objetiva-se, potencializar os elementos chave para a compreensão avançada sobre o papel e mesmo sentido do Constitucionalismo na realidade do Século XXI, em que se observa um forte avanço das oligarquias financeiras especulativas sobre os direitos de amplos setores sociais que vivem da sua própria força de trabalho.

O termo Política Constitucional refere-se às possibilidades de exploração investigativa crítica da tríplice relação Estado-Constitucionalismo-Democracia, vinculando necessariamente os fundamentos teóricos com a efetividade prática, no sentido de contribuir para o avanço dos sistemas constitucionais no século XXI.

Portanto, o constitucionalismo deve ser contextualizado desde a realidade sócio histórica que pretende organizar, sem, no entanto, esquecer-se que o movimento constitucional moderno corresponde a totalidade da forma política capitalista desde as suas origens, ocupando ao longo dos séculos diferentes sentidos e papéis. Isto posto, ganha significado às pesquisas sobre o impacto das instituições constitucionais, o funcionamento dos sistemas constitucionais, o efeito dos instrumentos e das decisões na seara constitucional, o papel que ocupam os mecanismos constitucionais em uma sociedade democrática complexa em constante mudança e a comparação entre institutos para eficácia constitucional, ou seja, interessa a práxis constitucional.

2 Constitucionalismo crítico: contribuições teóricas ao tema

O marco teórico de referência é o constitucionalismo crítico, compreendido como a democratização da esfera constitucional, a partir da recuperação da sua relação com as esferas políticas (no caso da América Latina, sociopolíticas) e com a restituição de categorias

políticas da realidade histórica concreta, entre as quais se destacam a vontade de soberania do povo reinterpretada a partir das contingências socioeconômicas e da colonialidade do poder, fatores estes que bloqueiam a realização concreta e satisfatória da normatividade constitucional (evidentemente que do ponto de vista socioeconômico dos setores populares).

Tal teoria de base possibilita uma interpretação crítica que progressivamente analisa a separação entre o constitucionalismo (como teoria normativa) e a democracia substancial, identificando que ambos correspondem a uma realidade histórica marcada pela sobreposição dos procedimentos de legalização sobre as lutas legítimas pela transformação das mazelas sociais. Logo, a recuperação do debate político no constitucionalismo corresponde à busca do seu possível potencial liberador, analisando as categorias e os elementos que possam direcionar uma leitura crítica do fenômeno, contextualizado desde uma realidade concreta.

O pensamento constitucional crítico considera que as estruturas hegemônicas do pensamento jurídico em geral absolutizou o constitucionalismo, desconectando da realidade sociopolítica, tornando-o um sistema de validação como norma universal (elaborada desde uma realidade específica) servindo de parâmetro para análises em outras realidades, só que desconsiderando as matizes destas (BERCOVICI, 2004a, p. 5-24). Levando isto em conta, ao ser universalizado o conceito de constituição pelas doutrinas constitucionais, as mesmas promoveram junto o seu caráter a-histórico e encobriram outras historicidades que não seguem os arquétipos da narrativa do constitucionalismo moderno.

Frente a isto, a demanda pós-segunda guerra norte-europeia, fez emergir um sentido de constituição baseado na alta carga normativa do fenômeno, seja no âmbito da ideia de supremacia da constituição ou então na lógica do protagonismo do Tribunal Constitucional, ambas sedimentadas na perspectiva da hierarquização da carta constitucional.

Desde esta abertura, torna-se importante explorar abaixo as teses de crítica constitucional que auxiliam em uma reflexão para a transformação da realidade normativa constitucional, conduzindo a politização da esfera constitucional em favor dos setores populares.

3 A criticidade potencializadora da constituição simbólica

O jurista brasileiro Marcelo Neves aposta sua crítica constitucional na problematização desde a realidade periférica, no tema da Constitucionalização Simbólica (NEVES, 2011). A abordagem de tal teoria é contemplada pela entendimento sócio-político dos textos constitucionais em relação inversa com a sua concretização normativo-jurídica, ou seja, Marcelo Neves aborda uma forte contradição entre o que chama de hipertrofia simbólica e a insuficiente concretização da constituição (NEVES, 2011); assim, a ideia da constitucionalização simbólica perpassa a “supercomplexidade social” em convivência com a falta de autonomia jurídica, o que pode aqui ser assumido desde as próprias teorias de base, como um bloqueio.

Em apertada síntese, a abordagem de Neves aposta na reflexão crítica desde a contradição entre direito e a realidade (direito numa função hipertróficamente simbólica e a realidade numa ineficácia normativa-jurídica não concretizada).

Por isso, a Constituição Simbólica trata-se:

Falamos de constitucionalização simbólica quando o problema do funcionamento hipertroficamente político-ideológico da atividade e do texto constitucionais atinge as vigas mestras do sistema jurídico constitucional. Isso ocorre quando as instituições constitucionais básicas – os direitos fundamentais (civis, políticos e sociais), a “separação” de poderes e a eleição democrática – não encontram ressonância generalizada na práxis dos órgãos estatais, nem na conduta e expectativas da população. Mas é sobretudo no que diz respeito ao princípio da igualdade perante a lei, que implica a generalização do código ‘lícito/ilícito’, ou seja, a inclusão de toda a população no sistema jurídico, que se caracterizará de forma mais clara a constitucionalização simbólica. Pode-se afirmar que, ao contrário da generalização do Direito que decorreria do princípio da igualdade, proclamado simbólico-ideologicamente na Constituição, a “realidade constitucional” é então particularista, inclusive no que concerne à prática dos órgãos estatais. Ao texto constitucional simbolicamente incluyente contrapõe-se a “realidade constitucional” excludente (NEVES, 1996, p. 327).

Essa Constituição Simbólica tem como requisito a chamada concretização desconstitucionalizante⁹, que em termos de tarefa

⁹ A desconstitucionalização significa, pois, a desjuridicização pela fragilidade do código jurídico na sua incapacidade de generalização congruente e a falta de autonomia/identidade consistente de uma esfera de juridicidade. [...] Quando ocorre, porém, concretização desconstitucionalizante, não há uma relação consistente entre

política serve para: “[...] a permanência das estruturas reais de poder, em desacordo com o modelo textual de Constituição, cuja a efetivação relevante importaria profundas transformações sociais.” (NEVES, 1996, p. 324) . Claro que esta tarefa política é possibilitada por uma constituição nominalista¹⁰.

Essa desconstitucionalização fática, é uma das manifestações de politização desconstitucionalizantes antidemocrática (pensando em democracia como ruptura da injustiça social produzida pela forma estatal oriunda da economia política); bem como se expressa por “bloqueios” à normatividade-jurídica constitucional concretizadas por meio das intromissões políticas dos variados setores de pressão, especialmente os econômicos financeiros. (NEVES, 1996, p. 326)

Portanto, para Marcelo Neves a ideia de Desconstitucionalização significa essa discrepância entre o dado normativamente e a descarada operacionalidade institucional em desfavor da própria realização normativa-jurídica da constituição. Posto dessa maneira, Neves destaca a necessidade de oposição ao constitucionalismo nominalista por um constitucionalismo normativo¹¹ como: “[...] modelo das ‘Constituições normativas’, definidas como aquelas que regulam relevantemente as relações reais de poder.” (NEVES, 1996, p. 322); apostando, então, na práxis constitucional para a mobilização sócio política desde o Constitucionalismo Simbólico:

[...] o contexto da constitucionalização simbólica proporciona o surgimento de movimentos e organizações sociais envolvidos criticamente na realização dos valores proclamados solenemente no texto constitucional e, portanto, integrados na luta política pela ampliação da cidadania. Assim sendo, é possível a construção de uma esfera pública pluralista que, embora restrita, tenha capacidade de articular-se com êxito mediante os procedimentos democráticos previstos no texto constitucional. (NEVES, 1996, p. 328)

texto e atividades concretizantes. O texto constitucional é uma referência distante dos agentes estatais e cidadãos, cuja práxis desenvolve-se frequentemente à margem do modelo textual de Constituição. (NEVES, 1996, p. 323)

¹⁰ “Una constitución podrá ser jurídicamente válida, pero si la dinámica, del proceso político no se adapta a sus normas, la constitución carece de realidad existencial. En este caso, cabe calificar a dicha constitución de nominal.” (LOEWENSTEIN, 1976, p. 218)

¹¹ “[...] práxis constitucional não-vinculada à atividade de interpretação/aplicação normativa. A maneira como se desenvolvem concretamente as relações básicas de poder, como atuam os órgãos estatais supremos, como se relacionam os cidadãos com o Estado e entre si podem implicar transformações constitucionais relevantes.” (NEVES, 1996, p. 322)

Por essa razão, desde a ideia do constitucionalismo simbólico e em especial da potencialidade de outra práxis constitucional, é possível romper criticamente com a ilusão das clássicas doutrinas constitucionais que descansam politicamente no momento pós-constituente, olvidando-se que a normatividade constitucional ensejada no processo constituinte precisa da realização política-normativa. Trata-se aqui de uma postura não severamente anti-institucional, mas como crítica do próprio padrão institucional quando este por meio do simbolismo constitucional pratica o que Neves chamou de bloqueio constitucional que privilegia os setores da economia política financeira em detrimento da realização democrático-igualitária desde a materialidade das necessidades dos sujeitos populares.

Dessa forma, o próximo tópico dá sequência nessa revisão sobre os termos da política crítica do constitucionalismo, avançando desde elementos que possam ampliar os cânones interpretativos e mesmo limitativos do entendimento do que significa uma ordem constitucional democrática como normatividade jurídico-política democratizante e não meramente democratizada legalmente pelo formalismo de um texto constitucional. Nas palavras de Karl Loewenstein (1976, p. 214), se deve perceber que a constituição escrita pode na contemporaneidade ser um “cômodo disfarce” para instalar a concentração do poder, privando a Constituição de “institucionalizar a distribuição do exercício do poder político.”

4 Política constitucional, Constituição e política: elementos de criticidade

Para Gilberto Bercovici (2004a) dois problemas aparecem no campo da teoria constitucional, um relacionado ao fato da jurisdição constitucional tornar-se a última razão da garantia da normatividade, formando o constitucionalismo jurisprudencial e, o segundo problema é o protagonismo do Tribunal Constitucional como seu senhor da Constituição, invertendo assim a perspectiva de guarda da constituição pela de “assenhoramento” da mesma; isso pode ser refletido na faceta do ativismo judicial como máxima manifestação da política constitucional nacional que tem em sua última expressão o “Estado de coisas inconstitucionais” (CAMPOS, 2016).

Sobre este segundo problema em especial e ao mesmo tempo relacionado ao primeiro, encontra-se na ingerência do Tribunal

Constitucional o assunto do Poder Constituinte (BERCOVICI, 2004a), isso é realizado com naturalidade no constitucionalismo nacional pelo fato da doutrina afastar paulatinamente questões do poder constituinte para margens da fronteira política do constitucionalismo, afinal o poder constituinte é visto pelas doutrinas constitucionais como um tema extrajurídico, desprovido de categorias jurídicas próprias¹². De tal modo, constitui-se uma fronteira da política com a constituição sobre as quais é erguido um muro para bloquear a passagem e o desenvolvimento de categorias “alheias” à compreensão normativa da própria constituição.

Na seara do pensamento crítico de Gilberto Bercovici, as duas afirmações acima podem ser resumidas da seguinte forma: o Estado constitucional operaria na potencialização da supremacia da constituição pelo Tribunal Constitucional somado ao poder constituinte não ser considerado como uma categoria eminentemente constitucional, senão reduzida ao exercício indireto como exemplo do caso brasileiro¹³ como uma ideia operativa (BERCOVICI, 2004b).

Do mesmo modo, ao sequestrar a constituição ao seu domínio, o Tribunal Constitucional frente a doutrina majoritária do Direito e do Direito Constitucional em específico não precisa dar-se ao trabalho de pedir resgate, pois a Carta Magna após sua larga vigência nessas condições e sem efetividade de mecanismo de abertura ao campo político, bloqueada pelo muro ideológico que a afasta da política, já pode ser atestada com “síndrome de Estocolmo”.

Frente a este cenário, a teoria do constitucionalismo crítico é fundamentada na materialidade do constitucionalismo, pois isso possibilita a politização do conceito de constituição, não se limitando apenas ao teor normativo e ampliando os cânones de fundamentação e interpretação. Aqui vale referir que o problema das teorias constitucionais como Garantismo constitucional, Dirigismo constitucional e Neoconstitucionalismo seguem de certa forma apostando em uma constituição “despolitizada” e com alta carga normativa, ou ainda na melhor das hipóteses como estratégia de contenção de danos advindos da intromissão econômico-político capitalista.

¹² Na melhor das hipóteses as categorias jurídicas do Direito Natural.

¹³ Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. **BRASIL**. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988

Logo, vale recordar o pensamento de Antonio Carlos Wolkmer quando diz que:

[...] a Constituição não deve ser uma matriz geradora de processos políticos, mas, ao contrário, uma resultante de correlações de forças em um dado momento histórico do desenvolvimento da sociedade. Enquanto pacto político, Constituição expressa um poder ideológico que se legitima pela natureza do compromisso e da conciliação. (WOLKMER, 1989, p. 13)

Por conseguinte, a ideia da materialidade constitucional não deve ser confundida com os quesitos materiais de um texto constitucional (organização do Estado, dos poderes e um rol de direitos e garantias fundamentais), mas sim como processo que permite reconectar a constituição com a realidade social e política (BERCOVICI, 2004a), assim o movimento do constitucionalismo vai da teoria da constituição como compreensão estritamente normativa para a teoria do constitucionalismo como pensamento constitucional reorientado e reposicionado na reflexão de temas políticos relevantes para uma sociedade democrática. (BERCOVICI, 2004a)

A questão central é a que segue: o constitucionalismo crítico disputa outro sentido da constituição, pois o cânone normativo e mesmo o idealista encerra temas essenciais da realidade concreta em um rol de enunciados e princípios fundamentais operados através da interpretação unilateral de um Tribunal Constitucional. Ao canonizar esse sentido da constituição acaba hegemonizando um conceito unívoco, e a constituição deixa de ser uma matriz articuladora de poderes para transformar-se em delimitadora de temas sensíveis para evolução das instituições e dos interesses de grupos sociais vulneráveis.

Isso implica dizer que existem campos e categorias políticas que permitem a derrubada do muro ideológico da doutrina constitucional, entre as quais a ideia de democracia, reduzida ao procedimentalismo periódico eletivo e de legitimação formal legislativa. A importância de recuperar o sentido de categorias como a democracia política para o constitucionalismo implica na instrumentalidade para a derrubada mencionada, esse movimento pode ser construído desde a ideia de que a “[...] legitimidade da Constituição está vinculada ao povo e o povo é uma realidade concreta”. (BERCOVICI, 2004a, p. 23)

Assim sendo, ao recuperar o sentido mais amplo de democracia em contraposição ao sentido de princípio democrático constitucional meramente enunciativo, o jurista da Universidade de São Paulo

menciona especificamente a força política real que fundamenta a normatividade constitucional, manifestada no poder constituinte:

O poder constituinte refere-se ao povo real, não ao idealismo jusnaturalista ou à norma fundamental pressuposta, pois diz respeito à força e autoridade do povo para estabelecer a Constituição com pretensão normativa, para mantê-la e revogá-la. O poder constituinte não se limita a estabelecer a Constituição, mas tem existência permanente, pois dele deriva a própria força normativa da Constituição. (BERCOVICI, 2004a, p. 22)

Nessa linha, o autor desloca a sede originária da vontade do povo para além de um enunciado de princípios fundamentais que estruturam o Estado, pois vai à exterioridade da totalidade normativa do texto constitucional para consolidar a vontade do povo como vontade de vida, como capacidade política ativa que é provocada desde uma realidade histórica concreta. Nos termos da filosofia política crítica, anteriormente mencionada, desloca também a vontade de poder como dominação para a vontade de vida como critério-fonte do poder constituinte.

Isto deve ser explicitado no sentido de que a fundamentação do Direito não é somente uma estrutura naturalista idealizada por pensadores iluministas, esta ideia deve ser subsumida junto à perspectiva de que gênese do Direito material como conteúdo normativo de uma Constituição e de um Estado constitucional democrático é a capacidade intersubjetiva dos sujeitos históricos em dada realidade concreta, quando estes se dão conta de que a situação em que vivem (negação das capacidades de produzir, reproduzir e desenvolver a vida) não é mais suportável em um sistema econômico político excludente e, portanto, consideram legítima a construção a partir de um consenso crítico intersubjetivo de contestação e denúncia do sistema vigente.

Tal estrutura pode ser lida por meio da capacidade instituinte em operar por ações políticas estratégicas que consolidam a partir do referido consenso uma institucionalidade na esfera material como poder constituinte de transformação do sistema de direito.

Portanto, os iusnaturalismos eurocêntricos em realidades históricas como a latino-americana fazem parte do discurso de colonialidade do poder, do saber e do se¹⁴, ao passo que as condições

concretas de vida (sociais e econômicas) fazem com que o sujeito possa despertar a consciência crítica para a condição de não ser um direito a condição de viver explorado na miséria; essa consciência crítica é um critério-fonte contra o sistema vigente injusto (jurídico e administrativo do Estado) e mesmo um elemento político considerável.

Na mesma linha de reflexão e de certa forma delimitando os efeitos desse raciocínio constitucional, Gilberto Bercovici (2204a) levanta algumas problemáticas em torno do contexto concreto sobre o qual pensar o tema, entre as quais: *a) a globalização diminuiu os espaços políticos*: ausência cada vez maior do elemento democrático como justificador da legitimidade; *b) o constitucionalismo foi reduzido à instrumentalização processual*; *c) o constitucionalismo foi reduzido ao “positivismo jurisprudencial”*. Logo, a hipótese que apresenta este autor é a seguinte: “A Teoria da Constituição deve ser entendida na lógica das situações concretas históricas de cada país, integrando em um sistema unitário a realidade histórico-política e a realidade jurídica”. (BERCOVICI, 2004a, p. 22)

Emerge assim duas propostas que são apresentadas no âmbito do Constitucionalismo Crítico: *1) recuperar a capacidade constituinte* ou o poder constituinte com referência ao povo real, não ao idealismo jusnaturalista dirá o autor (BERCOVICI, 2004a, p. 22); e *2) reorientar o pensamento constitucional para a reflexão sobre conteúdos políticos*, logo o autor explica:

Não se pode, portanto, entender a Constituição fora da realidade política, com categorias exclusivamente jurídicas. A Constituição não é exclusivamente normativa, mas também política; as questões constitucionais são também questões políticas. A política deve ser levada em consideração para a própria manutenção dos fundamentos constitucionais. Na feliz expressão de Dieter Grimm, a Constituição é resultante e determinante da política. (BERCOVICI, 2004a, p. 24)

Se o sistema vigente oferece uma realidade injusta e legítima um sistema jurídico que impede amplos setores de produzir e reproduzir a vida em concreto, o sistema constitucional principiológico se transforma em um discurso retórico e inócuo, não se pode falar em qualquer grau de democracia substância sem uma incessante busca por igualdade material de acesso e fruição dos bens necessários ao

¹⁴ Sobre o tema: MALDONADO-TORRES, Nelson. Sobre la colonialidad del ser: contribuciones al desarrollo de un concepto. In: (CASTRO-GÓMEZ, GROSFOGUEL, 2007)

critério-fonte da vida.

Tendo isto em conta, cabe referir que o bloqueio doutrinário na recuperação do poder constituinte, ao desconsiderá-lo como categoria jurídica, se dá pelo fato de que a ideia de juridicidade é eminentemente formal e por conta disso esvaziada de conteúdos ontológicos, talvez por isso fundamentada em discursos metafísicos e; correlato a isso o fato de que na exterioridade do fenômeno jurídico as categorias que operam uma ordem histórica concreta estruturada são na maioria das vezes catalogadas como antecedentes ou fundamentações jusnaturalistas e não como capacidades jurídicas concretas de elaborar conscientemente consensos e instituições políticas que fundam um poder constituinte transformador do status quo dominante.

Em razão disso, a busca do constitucionalismo crítico visa à natureza extrajurídica do poder constituinte na opinião de Gilberto Bercovici (2013, p. 308), com a devida vênua ao jurista e no sentido de ampliar as suas categorias críticas, compreende-se que o poder constituinte possui uma natureza jurídica, só que fundamentada com categorias externas a totalidade constitucional constituída. Ora, existe um conteúdo concreto e material (instituinte) na insurgência político-crítica das intersubjetividades rebeladas contra o sistema injusto, no nível da ação política estratégica dos movimentos sociais deve ser considerada a luta pelo direito de não ser mais explorados e inviabilizados (invisibilizados) no acesso aos meios de vida (aqui já um conteúdo jurídico concreto, não iusnaturalista metafísico).

Tal conteúdo jurídico é um poder instituinte que se consolida como materialidade normativa concreta. Nesse sentido, o jurista mexicano Jesús Antonio De la Torre Rangel recorda que não se trata da negação do fato de que o direito também seja lei, pois este também esta atravessado por outros conteúdos conectados diretamente com a vida dos povos. Trata-se da luta política daqueles que em condição de negatividade frente ao sistema estatal organizam e instituem outros direitos, nas palavras do próprio autor:

[...] el Estado no es la única fuente de producción de lo jurídico. Los usos y costumbres, los principios generales del Derecho, la realidad misma, naturaleza e historia, del ser humano y de las cosas, produce juridicidad. **El Derecho nace del pueblo**; de las relaciones interhumanas, de las luchas y reivindicaciones de diversos colectivos [...]. (DE LA TORRE, 1986, p. 40)

Na sequência o consenso crítico destes sujeitos concretos (vivos)

assume uma institucionalidade para tomada de decisões, quiçá aqui se visualiza outro tipo de materialidade (constituente) como espaço de construção da nova ordem, esta última será convertida em uma materialidade (constituída) que atuará como norteadora dos conteúdos concretos e das formalidades dos poderes.

Esta ideia busca dar concretude aos conteúdos políticos do poder constituinte como fenômeno jurídico-político e não extrajurídico, pois a ideia de Constituição assume uma postura horizontal¹⁵, de articulação dos diferentes âmbitos de juridicidade: um âmbito de juridicidade na totalidade do sistema vigente e um nível de juridicidade insurgente (MACHADO, 2015) na exterioridade do sistema, o movimento entre ambos é a tensão política operada pelo poder instituinte-constituente (político-jurídico na materialidade instituinte / jurídico-político na materialidade constituinte).

Entretanto, deve ser considerado um problema também levantado por Gilberto Bercovici no tocante ao fato de que na realidade periférica o poder constituinte enfrenta a atuação de poderes relacionados às circunstâncias históricas, assim esbarra na realidade concreta nacional que atua numa soberania bloqueada:

¹⁵ “[...] acerca de la “constitución horizontal”, como núcleo de un campo sociojurídico circular. La constitución aquí sigue siendo “fundamental” y en un cierto sentido no exterior ni espacializado, “suprema”, porque fundamenta la validez jurídica y opera como regla de reconocimiento constitucional, en ese sentido se puede hablar de un principio de supremacía constitucional pero como núcleo de sentido abierto y que en tanto tal, está presente como contenido y procedimientos en el resto de la normatividad jurídica. Entre el enunciado normativo particular y el enunciado normativo constitucional habría una relación de analogía proporcional en tanto el primero concreta en circunstancias de caso lo que está ya en alguna medida, en parte, en general, previsto en el segundo como norma en potencia, que se concretiza al determinarse con las circunstancias fácticas y normativas del caso. [...] En ese sentido, la metáfora de la constitución horizontal es más adecuada para la complejidad de sociedades plurales y que se quieren democráticas. Para eso la constitución tiene que ser un código popular, un proceso abierto a una comunidad de intérpretes ampliada a la pluralidad sociocultural de personas y grupos que la actúan cotidianamente. En síntesis, como hemos sostenido en “La constitución horizontal”, y hemos intentado argumentar mejor aquí, la constitución en vez de ser una norma jerárquica en el vértice de una pirámide de derivación lógica normativa está en el centro de un orden circular propio de sociedades complejas y plurales, como las de nuestra región, habitada por distintas comunidades nómicas propias del pluralismo jurídico de los grupos microsociales, siendo un núcleo de sentido en el que convergen distintas normatividades y que al mismo tiempo habita las situaciones.” (MEDICI, 2016) Ou ainda, especificamente sobre o tema da Constituição Horizontal, ver: MEDICI (2012).

A questão na periferia está ligada aos limites históricos e estruturais que o poder constituinte encontra para se manifestar plenamente como formação da vontade soberana do povo. O problema central, ignorado pela maior parte de nossos doutrinadores, é o fato de que a soberania brasileira, como soberania de um Estado periférico, é uma soberania bloqueada, ou seja, enfrenta severas restrições externas e internas que a impedem de se manifestar em toda sua plenitude. (BERCOVICI, 2013, p. 316)

Justamente nesse ponto é que a teoria constitucionalista crítica possibilita a abertura para a interpretação da realidade concreta, pois, ao buscar recuperar a originalidade das ideias constitucionalistas latino-americanas, visualiza a compreensão imediata dos efeitos das categorias constitucionais tradicionais na realidade periférica.

Bercovici¹⁶ destaca a necessidade de repensar o poder constituinte nacional a partir da questão da originalidade, para escapar do mimetismo constitucional, para isto o autor destaca que a questão da crise de originalidade do poder constituinte deve estar inserida em um contexto de soberania periférica e de constantes interrupções da construção da nação, ou seja, abandonando a ideia de fundamentação eurocêntrica e apostando na criatividade e na criação de uma teoria constitucional para além do discurso jurídico de dominação.

Logo, interpretando e compreendendo essa realidade, numa leitura contextualizada dos fenômenos, possibilita-se entender e elaborar estratégias para desarmar os bloqueios à soberania dos Estados latino-americanos.

Diante do exposto, desde as obras de Gilberto Bercovici, algumas posturas doutrinárias devem ser revistas e reposicionadas na teoria do constitucionalismo crítico. Inicialmente, deve-se demarcar uma postura concreta em relação ao Estado: “O inimigo não é o Estado, mas o Estado a serviço dos privilegiados” (GRAU *apud* BERCOVICI, 2013, p. 320), a partir disso considerar a Constituição integrada à realidade sócio-histórica-política e ir recuperando fundamentações e teorias do constitucionalismo que reflitam a

¹⁶ “[...] é necessária uma nova forma de abordagem da questão do poder constituinte do povo, a partir das contribuições originais de Nelson Saldanha e Paulo Bonavides, vinculando a crise constituinte aos bloqueios da soberania periférica e à interrupção da construção da nação. Pensar a especificidade da manifestação do poder constituinte do povo no Brasil, distinguindo-a das suas congêneres europeias, pode ser um primeiro passo para que, seguindo a constatação de Friedrich Müller (1997, pp. 90-1), o discurso do poder constituinte do povo no Brasil deixe de ser um mero discurso de legitimação da dominação”. (BERCOVICI, 2013, p. 319)

problemática histórica de encobrimento do poder constituinte como tema empurrado para fora da totalidade constitucional, nos termos que o autor expressa: “[...] essa negação do poder constituinte pelo constitucionalismo mostra que a história do Estado Moderno é a história de um Estado Legislativo que progressivamente expropria o legislador”. (PORTINARO *apud* BERCOVICI, 2013, p. 27)

Ademais, reorientar o pensamento constitucional para a reflexão sobre conteúdos políticos, “Não se pode, portanto, entender a Constituição fora da realidade política, com categorias exclusivamente jurídicas” (BERCOVICI, 2013, p. 24). Como mencionado acima, a apropriação da constituição pelo seu guardião deve ser desmantelada primeiro pela recuperação do real papel do Tribunal Constitucional e posteriormente pela ampliação da política constitucional para além do ativismo judicial.

Com estas tarefas propostas pelo autor, pode-se ir avançando em uma agenda na potencialização da libertação, afirmada desde o marco teórico do constitucionalismo crítico, em especial a partir do poder constituinte como abertura para estas potencialidades, afinal:

O direito tem dificuldades em entender a produção jurídica como proveniente de um poder “de fato”, extraordinário e livre na determinação de sua própria vontade. O poder constituinte contradiz as pretensões do ordenamento jurídico de estabilidade, continuidade e mudança dentro das regras previstas. (BERCOVICI, 2013, p. 308)

Por essa razão, a teoria crítica de Gilberto Bercovici conclui que “[...] Não há poder constituinte onde o povo é alienado do poder” (BERCOVICI, 2013, p. 310), a categoria do poder do povo ganha sentido para o constitucionalismo crítico, pois é na fronteira do constitucionalismo como ideia normativa que a criticidade é acirrada desde a exterioridade do fenômeno constitucional (como totalidade).

Estas ferramentas de reflexão teórica podem ser complementadas e mesmo ampliadas por outras propostas convergentes, tais como a ideia de constitucionalismo crítico de Carlos de Cabo Martín (Madrid), a perspectiva de Gerardo Pisarello (Barcelona) e o viés de Alejandro Medici (La Plata).

5 O capitalismo rentista versus o constitucionalismo democrático: o “platonismo constitucional”

Na perspectiva de Carlos de Cabo Martín, o constitucionalismo atual opera a partir do “Platonismo Constitucional”, ou seja, um

práxis constitucional observada e trabalhada a partir das sombras legislativas positivas e das jurisprudências que são extraídas destas sombras (MARTÍN, 2014).

Junto a isto, o cenário problemático é construído por reformas constitucionais que desmontam a estrutura constitucional constituída por um poder constituinte amparado na soberania popular. O autor menciona que o processo de reforma é destituente-constituente (MARTÍN, 2014), com fundamento na atuação à portas fechadas dos parlamentos alheios às opiniões públicas, o trabalho é realizado por meio de mecanismos de reformas internas do corpo normativo constitucional, sustentado na doutrina majoritária de viés formal e postura formalista além de ser amparado em discursos de materialidade da supremacia da constituição frente à vontade soberana popular. (MARTÍN, 2014)

Diante disso, considerando o cenário do desmanche do Estado Social constitucional espanhol, o autor propõe “Outro constitucionalismo possível”, no sentido de construir críticas concretas em cinco momentos: *a) repolitização ou mesmo politização do Direito constitucional*, considerando os conflitos reais de poder; *b) recuperação e reconstituição das categorias constitucionais*, em especial considera o problema da alienação constitucional no sentido de uma crítica vinculada a base material (socioeconômica) e outra via na ampliação do cânone democrático apreendido na ideia de princípio fundamental constitucional e operacionalizado como discurso formal e procedimental; *c) fragmentação do conflito*, o que equivale:

Por consiguiente, potencialmente, esta forma de dominación es mucho más extensivamente conflictiva que la tradicional "dominación de clase". Con una singularidad: la multiplicidad, la fragmentación del conflicto, percible actualmente y que comienza a traducirse en fragmentación política. La Dialéctica histórica cobra otras peculiaridades: frente a la bipolaridad la multipolaridad, frente al macroconflicto, los microconflictos sectoriales y locales. En otros términos, el "Sujeto histórico", de unitario y homogéneo (la "clase trabajadora") deviene plural y heterogéneo. (MARTÍN, 2012, p. 07)

E prossegue,

En estas circunstancias la función a desempeñar por un Constitucionalismo Crítico es contribuir a reconstruir esa fragmentación, no tanto para reconvertirla en unitaria sino para (respetando y reconociendo las diferentes identidades) facilitar procesos de convergencia entre las distintas dinámicas y

problemáticas sociales. Para ello cabe utilizar diferentes técnicas constitucionales (como la de conexión constitucional en relación con aspectos como la indivisibilidad de los Derechos) pero puede también potenciarse a través de categorías que, al desempeñar una centralidad constitucional, impliquen también esa convergencia. (MARTÍN, 2012, p. 07)

Ainda, *d) um constitucionalismo inclusivo*, em que não existam espaços extrasistema, mas mecanismos que possam gerar uma abertura constitucional que reconheça e garanta um entendimento entre ordenamentos jurídico, algo muito próximo da ideia de pluralismo jurídico; e, por fim, expandir as hipóteses para além do Estado Constitucional, atingindo também um modo de pensar a reelaboração do modo de produção. (MARTÍN, 2012, p. 07)

Em apertada síntese, De Cabo Martín, busca um Constitucionalismo crítico considerando a pluralidade sociopolítica e jurídica, incorporando mecanismos de abertura político constitucional que congreguem fontes coletivas e assim, diminuindo a função deformadora (entenda-se formalista normativa exclusiva) das Constituições. (MARTÍN, 2012, p. 07)

6 Os caminhos da ruptura: a dialética “constituente” e “destituinte”

Já para Gerardo Pisarello, a questão do constitucionalismo crítico se dá na recuperação da capacidade democrática do constitucionalismo (ruptura democrática), resgatando o poder constituinte como instrumento de transformação. Para esta tarefa o autor argentino propõe a leitura do constitucionalismo moderno como um *largo termidor*, em referência ao mês na revolução francesa em que ocorreu um golpe de Estado no constitucionalismo democrático.

Isto posto, a questão histórica é desenhada da seguinte forma: as lutas políticas são conformadas no campo constitucional desde duas vertentes contrapostas, de um lado o poder oligárquico identificado com o poder econômico versus o poder democrático, identificado com a vontade popular; o primeiro é convertido em constitucionalismo oligárquico e o outro em constitucionalismo democrático. (PISARELLO, 2011)

Logo, pode-se sintetizar da seguinte forma:

¿Qué significado tienen, en efecto, expresiones como soberanía

popular o “un

hombre, un voto”, cuando sólo veintiún estados tienen un PIB más alto que algunas de las seis primeras grandes empresas transnacionales? ¿Qué gobierno de las mayorías puede aspirar al nombre de tal cuando decisiones básicas de la vida cotidiana dependen de minorías sin legitimidad representativa alguna, como los grandes organismos financieros, ciertas instancias supuestamente “técnicas”, como los bancos centrales o las agencias de calificación de deudas?

¿Qué valor exacto adquiere el derecho formal a votar cuando se vive en condiciones de precariedad laboral o existencial, el acceso a los medios de comunicación es limitado o inexistente, y los principales partidos políticos están fuertemente subordinados a oligarquías financieras libres de todo control? (PISARELLO, 2011, p. 14)

A hipótese que move a obra do autor é que a democracia, no sentido de procedimento de legitimação, encobriu e reduziu historicamente uma perspectiva mais ampla dessa categoria política, dando guarida para regimes antidemocráticos. (PISARELLO, 2011). Ora, o sentido da democracia para além do procedimento legitimador deve ser disputado dentro da esfera política pública para potencialização de libertação, isto porque a democracia além de ter sido reduzida ao campo político do jogo eleitoral, no modelo atual não tem força suficiente para enfrentar os poderes econômicos (antidemocráticos e privados).

A ideia da redução da democracia é operada por dois veículos específicos no sistema atual, o partido político e a opinião pública e ambos acabam com suas problemáticas criando espaços e grupos hegemônicos:

En muchos países, la defeción en el ejercicio del voto viene acompañada de sistemas electorales escasamente proporcionales, uninominales o mayoritarios, de barreras electoras arbitrarias o de falta de organismos independientes capaces de controlar al fraude. Estas técnicas de regulación operan como un filtro clave a la hora de establecer. Qué grupos sociales y políticos pueden estar o no en las instituciones. [...] Cuando esta exclusión no se consigue a través de las leyes electorales, a menudo se fragua en un momento previo. En la propia articulación de los partidos políticos y en la formación de la opinión pública. [...] La idea de que la democracia supone la libre circulación de ideas y opiniones también se ve amenazada por el escandaloso proceso de fusiones y concentraciones de grandes medios de comunicación. (PISARELLO, 2011, p. 13)

Frente a este cenário o autor propõe a crítica ao constitucionalismo em especial no tocante ao fato da doutrina liberal do constitucionalismo ter aprisionado a democracia como um princípio positivo (PISARELLO, 2011), no mesmo sentido citado anteriormente na ideia da constituição refém do Tribunal Constitucional.

Por conta disso, Pisarello conclui que o *largo termidor* pode ser superado por um movimento emancipatório democrático do poder popular, uma luta política pela democratização do poder institucionalizado, disputando o espaço atualmente hegemonizado pelo constitucionalismo oligárquico do poder econômico, isso se dá por levantes dos setores trabalhadores (ocupados ou desempregados) e estudantis que: “[...] denuncian la oligarquización de la vida política y económica. Afirman que no quieren ser ‘mercancía en manos de político y banqueros’. Y exigen, en un grito que atraviesa el continente: ¡Democracia real ya! (PISARELLO, 2011, p. 11)

Dessa forma, Pisarello abre um campo conceitual para ampliar e problematizar o sentido constitucional da democracia e, por isso acaba entrando na discussão do poder constituinte, ou no caso da obra processos constituintes em que especifica o debate iniciado no *largo termidor*. O texto verifica que duas manifestações do poder constituinte são perversas, ambas de caráter liberal-oligárquico (PISARELLO, 2011); a primeira é verificada no tocante ao constitucionalismo liberal-oligárquico que se apropria do poder constituinte e o encobre nos marcos regulatórios constitucionais, esse movimento diminui as potencialidades democráticas da constituição, anula a potencialidade libertadora do poder constituinte e abre espaços, possibilita atuação e ampliação dos poderes constituídos, que operam em um sentido destituente nos termos mencionados acima por De Cabo Martín.

Por outro lado, é importante frisar que a constituição em alguns cenários econômicos perdeu sua potencialidade de garantia, logo esvaziando o conteúdo democrático e garantista das constituições outros poderes extraconstitucionais passam a constituir outra ordem em âmbito global; Pisarello (PISARELLO, 2011) destaca isso como a manifestação de uma nova *lex mercatória*, que constituiria um constitucionalismo global, transnacional de viés econômico.

É nesse cenário concreto que opera a crítica constitucional deste autor, em um sentido estratégico que busca uma ruptura democrática que pode ser explicada da seguinte maneira: primeiro uma abertura

através de uma reforma para a ruptura, modificando procedimentos internos; na sequência uma reforma total (ainda dentro dos procedimentos) e por fim um processo constituinte soberano com intuito de elaboração de uma nova constituição. (PISARELLO, 2014)

A ideia central é destituir o poder desconstituente de direitos e garantias sociais, desbloquear a democracia e desconectá-la da doutrina liberal constitucional para a partir de então começar a elaboração de novos arquétipos constitucionais que possam ampliar a tutela de questões de interesse comum.

Com estas ideias, é possível identificar que para Pisarello o poder constituinte é um recurso extremo para contextos de aparelhamento democrático que possibilitam agressões econômicas, políticas e culturais (PISARELLO, 2014). No mesmo sentido acima referido, o autor menciona a insuportabilidade por grupos subalternos (PISARELLO, 2014) da situação de injustiça, logo o critério material da democratização dos processos constituinte de Pisarello também considera uma fundamentação instituinte desde capacidades intersubjetivas criadas a partir de um consenso crítico.

Portanto, as condições descritas nas obras de referência ao pensamento constitucionalista crítico, direcionam de forma unívoca no sentido da recuperação dos conteúdos políticos e em especial a soberania e a democracia em espaços no qual ganha destaque o poder constituinte. Assim, temas como povo, direito insurgente, movimentos populares, dominação, supremacia constitucional, libertação, entre outros assumem uma relevância estratégica conforme foi visto nos últimos processos constituintes latino-americanos.

Logo, de maneira específica os dois marcos interpretativos acima (filosófico e teórico), revelam instrumentos e categorias que efetivam uma leitura reflexiva do fenômeno do constitucionalismo na região através de categorias pontuais que reconectam o constitucionalismo ao campo político.

O problema a partir de agora é que os dois marcos teóricos devem operar em uma realidade concreta, bem como, o constitucionalismo é moderno, e a modernidade tem duas caras, logo sempre que atravessa o Atlântico as experiências modernas assumem a cara da colonialidade do poder, do saber e do ser; não é diferente com o constitucionalismo.

Um exemplo concreto pode ser visto desde a afirmação central na obra de Bercovici:

Mas, para a surpresa dos liberais, ao realizarem suas revoluções, um

novo ator político entrou em cena: o poder constituinte do povo, incontrolável e ameaçador. [...] A política necessita de paz e estabilidade, ou seja, a revolução permanente não é possível, segundo Roman Schnur. O sucesso da revolução é a sua conclusão [...] com redução da da legitimidade à legalidade. [...] A forma institucional disto foi o constitucionalismo. O constitucionalismo nasceu contra o poder constituinte buscando limitá-lo. (BERCOVICI, 2013, p. 45)

Acontece que por esta região as experiências constitucionais sequer podem ser descritas como tão exitosas quanto as matrizes modernas, basta recordar as dificuldades narradas por Aguilera Rivera relembando a Simon Bolívar e sua *Quimera constitucional*:

Em 1829 Simón Bolívar, presa del desconuelo, se lamentaba: “hemos ensayado todos los sistemas, y ninguno resultó eficaz. México cayó; Guatemala esta destruida; hay nuevas revoluciones en Chile. En Buenos Aires mataron al Presidente. Bolivia ha tenido tres presidentes en cinco días y dos de ellos fuero asesinados”. Hispanoamérica era un caos de pasiones, dificultades y desórdenes: ahí no se respetaban ni los derechos ni los deberes. La desilusión debe ser puesta en contexto: apenas cinco años antes, Bolívar y otros en Europa consideraban que la América española era la esperanza de un mundo nuevo. Sim embargo, al final de su vida Bolívar estaba convencido de que esa creencia había sido una quimera: deseos que engañaron a todos [...]. (AGUILERA RIVERA, 2000, s/p.)

Portanto, se o constitucionalismo na América do Norte e na Europa foi um instrumento para terminar com as revoluções, já na América Latina serviu para intentar evitá-las, guardando uma similitude nos dois lados do Atlântico, institucionalizar a vontade de poder, encobrir a vontade de vida das maiorias e instrumentalizar/encobrir a democracia.

Entretanto, o constitucionalismo guarda algumas características transatlânticas, entre as quais a capacidade de emancipação; acontece que para explorar esta capacidade não pode o constitucionalismo ser desconectado dos fenômenos sócio-histórico-político. Eis, então a tarefa da próxima etapa, aplicar os marcos teóricos explicitados às experiências constitucionais regionais, como maneira de ter uma leitura do constitucionalismo latino-americano desde um viés crítico.

7 Outro nomos: uma teoria crítica constitucional horizontal

Desde a zona meridional da América do Sul, Alejandro Medici, constitucionalista crítico argentino, traz contribuições refletindo

diretamente da filosofia política da libertação de Enrique Dussel, usando as categorias desta para interpretar o fenômeno do “novo constitucionalismo latino-americano”.

Medici inicialmente, desde suas contribuições reflexivas em teoria da constituição, disciplina que ministra no mestrado em Direitos Humanos da Universidad Autónoma de San Luís de Potosí, México; oferece duas obras (MEDICI, 2012b) conectadas por um marco teórico: a filosofia política da libertação e seu método analético.

Nesse sentido, a temática que ocupou este autor nos últimos anos foi o constitucionalismo equatoriano e boliviano, em especial pelas novidades em torno da ecologia política, cosmovisões e das lutas dos movimentos sociais. O que chama atenção e atravessa toda as duas obras do autor, é a questão de um pensamento político-jurídico com base na realidade sócio histórico regional.

Em razão disso, Medici demonstra que a teoria constitucional clássica foi sacudida nas suas bases fundamentadoras pelas novidades do constitucionalismo dos andes latino-americano; isto porque a ideia *ellacuriana* de historicização dos conceitos desde uma realidade concreta pode ser contrastada com a universalidade do idealismo historicista da modernidade, revelando que as teorias constitucionais regionais costumam recepcionar de forma acrítica os conceitos e modelos da epistemologia Euro-USA-Centrica. (WALSH, 2012, p. 125)

Ainda, cabe na narrativa acrescentar a metodologia de desideologização dos conceitos históricos, pois aqui novamente as contribuições de Ignacio de Ellacuría¹⁷ prestam-se ao enfrentamento do mimetismo conceitual das teorias constitucionais *standard*.

Apresentadas assim as estruturas básicas da metodologia do pensamento constitucional de Medici, cabe destacar que a articulação teórico fundamental das suas obras em Teoria Crítica Constitucional são sustentadas nos elementos que segue: a) *pensamento crítico situado*, categoria da Filosofia da Libertação *dusseliana* que pretende diagnosticar a originalidade das diversas filosofias desde a realidade concreta da cotidianidade *nuestramericana* (MARTÍ, 1973), revelam elementos novos ao pensamento filosófico, rompendo o fio narrativo

¹⁷ ELLACURÍA, Ignacio. **Filosofía de la realidad histórica**. San Salvador, El Salvador: UCA editores, 1990. Ou ainda do próprio Alejandro Medici: MEDICI, Alejandro. Poderes y derechos en el constitucionalismo latinoamericano: el método de historicización de conceptos ellacuriano y la crítica del constitucionalismo regional. In: ROSILLO MARTÍNEZ; PÉREZ MARTÍNEZ (2015).

da filosofia como filosofia moderna e universal desde a Europa; *b) Giro decolonial*, contribuição sócio histórica que funda as suas raízes na crítica à estrutura de dominação da relação modernidade-subalternidade, ou seja, pensamentos outros que verificam a persistência da modernidade como colonialidade no Estado e na sociedade, expandido também as suas perspectivas para o âmbito econômico-político como padrão global de dominação, na subjetividade da colonialidade do ser como subalterno, na epistemologia e cultura com a colonialidade do saber; *c) práxis de libertação*, tramas sociais em que os sujeito concretos, corporais, vivos e necessitados compartilham experiências desde a intersubjetividade crítica, momento em que interpelam a realidade excludente de negação das suas condições de possibilidade de vida; *d) iusmaterialismo ou humanismo concreto*, em que as condições jurídicas devem ser materializadas desde as relações em uma sociabilidade justa, ao invés do idealismo jurídico abstrato que sustentam a narrativa jurídica oficial do Estado.

Amparando-se nestas perspectivas a teoria crítica constitucional de Alejandro Medici busca também na filosofia da libertação *dusseliana* um fundamento material: produção e reprodução da vida dos sujeitos vivos, em que o objetivo central é o restabelecimento do protagonismo popular na prática constitucional, momento em que aparece o resgate de um viés puramente argentino da perspectiva constitucional de Arturo Sampay¹⁸.

E, da mesma forma que os demais autores anteriores, Medici identifica uma forte contradição entre poder fetichizado e poder obediencial¹⁹:

Aparecen entonces como los referentes privilegiados que permiten no caer en una teoría constitucional celebratoria, estática, conservadora o acrítica, es decir, no caer en el fetichismo jurídico constitucional. Lo contrario a ese fetichismo es una construcción teórica consciente de que, incluso el mejor diseño constitucional portador de una sincera pretensión de justicia, no lo puede todo, que

¹⁸ Jurista argentino conhecido pela sua atuação na elaboração da Constituição da Argentina de 1949, que inaugurou o Estado social naquele país.

¹⁹ O que manda é o representante que deve cumprir uma função da potestas. É eleito para exercer delegadamente o poder da comunidade; deve fazê-lo em função das exigências, reivindicações, necessidades da comunidade. Quando desde Chiapas nos é ensinado que “os que mandam devem mandar obedecendo”, indica-se com extrema precisão esta função de serviço de funcionário (que cumpre uma “função”) político, que exerce como delegado o poder obediencial. (DUSSEL, 2007b, p. 39)

no puede prever todas las necesidades, [...] Una teoría constitucional que entiende que en una sociedad democrática orientada a la convivencia y por tanto al poder vivir y al vivir bien la constitución es una herramienta: un código popular, un proceso abierto y disponible al poder constituyente y a la reconstituyencia popular. (MEDICI, 2016, p. 91)

Como é possível ver na perspectiva desse autor, a politização da esfera constitucional também é uma demanda, bem como a normatividade jurídica não pode estar atrelada unicamente ao conceito constitucional de ordem normativa entregue aos poderes institucionalizados.

A teoria *mediciana* amplia os horizontes do constitucionalismo quando na contradição antes referida aponta a possibilidade de uma democracia material, em que as condições formais do constitucionalismo estejam atreladas ao princípio da reprodução da vida e não ao uso político da constituição fetichizada.

A proposta é que se tenha uma concepção teórica de uma constituição horizontal (MEDICI, 2012b), em contraposição ao formalismo do escalonamento kelseniano. A constituição horizontal atua como eixo articulador de saberes e histórias, um núcleo de sentido aberto às pluralidades sociais com princípios como plurinacionalidade, pluriculturalidade, demodiversidade e pluralismo jurídico; atuando em contraposição aos monismos de plantão das teorias constitucionais tradicionais com sua unidade, uniformidade e reducionismos vários.

Dentro desse panorama, a teoria constitucional horizontal, como *Outro Nomos* possível do constitucionalismo moderno, é evidenciada como um constitucionalismo produto de uma radicalização da democracia, pois os movimentos constituintes do novo constitucionalismo latino-americano, são frutos de reivindicações dos movimentos sociais de povos originários e com demandas históricas relacionadas com a colonialidade e com conflitos ecológico-político.

Ademais, este mesmo novo constitucionalismo latino-americano, representa a insurgência histórica de sujeitos subalternos, que apostaram na reforma constitucional como um momento de transição. Isso tudo é possível verificar na inclusão de novos direitos fundamentais e a natureza emergindo como sujeito de direito.

A constituição horizontal é de uma ideia principiológica que privilegia a vida humana:

La constitución en tanto derecho sobre el derecho, es el producto de la concretización jurídica histórica de la voluntad de convivencia consensual y factible, de la comunidad política ahora como “grupo juramentado”, en ella encontramos subsumidos analógicamente, de acuerdo a las funciones normativas, organizativas y simbólicas del derecho, los principios de la ética y de la política de liberación. La determinación formalizada del poder de la comunidad política (potestas) como Constitución. La forma de la potestas. Sintéticamente: vida en forma, y forma nacida de la vida. (MEDICI, 2016, p. 231)

Por fim, a constituição horizontal como teoria constitucional crítica latino-americana, acaba por demonstrar que o problema central do constitucionalismo regional é a forma dos poderes, ou seja, a sua atuação hegemonzada e elitizada é fruto da constituição da estrutura social e política que reflete na Constituição normativa formalmente e na sua prática jurisprudencial.

Isso tudo é importante pois a teoria constitucional horizontal, como o próprio título da obra de Alejandro Medici menciona, trata-se de *Outro Nomos*, uma perspectiva diferenciadas em sua materialidade fundante, nos princípios normativos inovadores e na condição de possibilidade de uma perspectiva de democratização da esfera constitucional a partir do entendimento que esta é antes política do que jurídica e, portanto, necessita de uma radicalização democrática em favor dos povos da América Latina.

8 Conclusão

Diante do que foi exposto no texto, é possível perceber as diferentes maneiras em que a constituição (no sentido formal) e o constitucionalismo no seu reducionismo normativo expõe as suas contradições. Evidente que tais contradições não se dão com a realidade em geral, mas sim com o tipo de sociabilidade capitalista excludente, na qual as ingerências políticas populares são bloqueadas pelos instrumentos legislativos; ao mesmo tempo em que agentes privados em serviço do sistema financeiro especulativo alcançam maiores espaços na determinação da agenda constitucional de um país e operam redução drásticas de direitos sociais.

O cenário das reformas constitucionais como processos destituíntes nos termos mencionados acima por De Cabo Martín e Pisarello, ou então, a hipertrofia simbólica de Marcelo Neves, são categorias fortes para a compreensão dos problemas constitucionais

na realidade normativa das sociedades atuais.

Nesse significado crítico, a aposta dos autores vai na linha da recuperação de um sentido político democratizante da constituição, entenda-se a crítica em relação as teorias clássicas constitucionais (normativa, idealista, garantista, dirigente, neoconstitucionalista e outras) que afastam os aspectos de uma democracia substancial tão logo se tenha as determinações jurídicas no texto supremo.

Por essa razão, os autores desde diferentes fundamentos, apontam para uma ruptura entre constituição formal e práxis constitucional democrática. Afinal, o uso das reformas constitucionais tem sido um instrumento político-jurídico eficaz para a realização dos propósitos econômicos do sistema financeiro capitalista, mesmo que isso represente a descaracterização dos princípios constituintes do constitucionalismo democrático das últimas décadas. Ainda, cabe referir que estas práticas constitucionais reduzem a soberania popular à condição de expectadora da realização jurídica dos seus direitos pelos poderes instituídos (seja legislativo, executivo ou judiciário).

Finalmente, é em vista dessa realidade constitucional que opera uma crítica constitucional ofensiva à operacionalização normativo-jurídico dogmática, entendendo que os bloqueios à materialidade constitucional, representam obstáculos de reconexão da constituição com a realidade social e quem sabe a recuperação de seu caráter democrático transformador, nos termos referenciados no texto por Gilberto Bercovici.

Assim sendo, Medici trouxe desde a realidade latino-americana uma outra prática política constitucional que reabriu a disputa na Teoria Constitucional para processos democráticos substanciais. Isso se deu a partir das insurgências sóciopolíticas dos movimentos populares que lograram inserir as suas perspectivas plurais na hegemonia uniformizada e monista do Direito Constitucional moderno.

Contudo, cabe considerar que a Teoria Crítica do constitucionalismo não é um campo de estudos disciplinar fechado, bem como não se alimenta das disputas doutrinárias, ao contrário disso busca desde as realidades sóciohistóricas concretas entender o papel democrático e democratizador do constitucionalismo nas sociedade, para a partir da confirmação ou não da realização deste papel, formular hipóteses de uma Política Constitucional crítica.

O constitucionalismo crítico não especula com a eficácia normativa das Constituições formais, tampouco se reduz somente a

explorar a materialidade dos termos constitucionais jurídicos. Sendo assim, uma Política Constitucional Crítica, se compromete em refletir desde as contradições reais apresentada na realidade viva de sujeitos concretos, que visualizam hodiernamente a paulatina redução dos seus direitos ao mesmo tempo que observam o vertiginoso crescimento da exploração e da concentração da riqueza.

Portanto, a crítica aqui é entendida como a possibilidade de evidenciar as mazelas políticas mascaradas pela juridicidade constitucional monista. E, a partir daí destacar que a politização democrática da constituição deve estar diretamente relacionada com a democratização das relações sociais.

Referências

- AGUILERA RIVERA, José Antonio. **En pos de la quimera:** Reflexiones sobre el experimento constitucional atlântico. México: FCE, 2000.
- BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição:** para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2013a.
- BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Brasileira de 1988, as 'Constituições Transformadoras' e o 'Novo Constitucionalismo Latino-Americano'. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, v. 26, p. 285-305, 2013b.
- BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. **Lua Nova:** Revista de cultura e política, São Paulo, n. 61, p. 5-24, 2004a.
- BERCOVICI, Gilberto. Teoria do Estado e Teoria da Constituição na Periferia do Capitalismo: Breves Indagações Críticas. In: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Orgs.). **Diálogos constitucionais:** Brasil/Portugal. Rio de Janeiro: Renovar, 2004b. p. 263-290.
- BORON, Atilio. **A coruja de Minerva:** mercado contra democracia no capitalismo contemporâneo. Petrópolis: Vozes, 2001.
- BRASIL.** Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.
- DE LA TORRE RANGEL, Jesus Antonio. Los Pobres y el uso del derecho. Em: RECH, Daniel; PRESSBURGER, Miguel; ROCHA, Osvaldo Alencar. **Direito insurgente:** o direito dos oprimidos. Rio de Janeiro: AJUP/Fase, out. 1990.
- DE LA TORRE, Jesús Antonio R. **El derecho que nace del**

- pueblo.** México: Centro de investigaciones Regionales de Aguascalientes, 1986,
- DUSSEL, E. **Política de la liberación:** história mundial y crítica. Madrid: Trotta, 2007a.
- DUSSEL, E. **20 Teses de política.** 1º Edição. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – CLACSO; São Paulo: Expressão Popular, 2007b.
- DUSSEL, E. **Filosofía de la liberación.** México: FCE, 2011.
- DUSSEL, E. **Política de la liberación:** arquitectónica. Madrid: Trotta, 2009.
- ELLACURÍA, Ignacio. **Filosofía de la realidad histórica.** San Salvador, El Salvador: UCA editores, 1990.
- LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución.** Colección Demos. Traducción Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1976.
- LUDWIG, Celso Luiz. A transformação jurídica na ótica da filosofia da libertação: a legitimidade dos novos direitos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.** Curitiba, n. 41, 2004, p. 43.
- MACHADO, Lucas. Juridicidades insurgentes: elementos para o pluralismo jurídico de libertação latino-americano. 2015. 790 f. **Tese** (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Santa Catarina, Brasil. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/157392/336538.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>
- MALDONADO-TORRES, Nelson. Sobre la colonialidad del ser: contribuciones al desarrollo de un concepto. In: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSGOUEL, Ramón. **El giro decolonial:** reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos y Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2007.
- MARTÍ, José. **Nuestra América.** Barcelona: Ariel, 1973.
- MARTIN, Carlos de Cabo. **Pensamiento crítico, constitucionalismo crítico.** Madrid: Trotta, 2014.
- MARTÍN, Carlos de Cabo. **Propuesta para um constitucionalismo crítico.** 2012. Discurso de investidura como doutor honoris causa Universidade de Alicante. Disponível em:

- <https://web.ua.es/es/protocolo/documentos/eventos/honoris/d-e-cabo-marti-carlos-2012/discurso-carlos-de-cabo-martin-en-su-investidura-como-dhc-por-la-ua.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2020.
- MEDICI, Alejandro. Los poderes innominados del constitucionalismo latinoamericano: la necesidad de un nuevo marco de comprensión y comparación crítico situado: La necesidad de un nuevo marco de comprensión y comparación crítico situado. **Redhes**: Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales, San Luis Potosí, v. , n. 8, p. 55-73, dez. 2012a. Semestral. Disponível em: <http://www.derecho.uaslp.mx/Documents/Revista%20REDHE S/N%C3%BAmero%208/Redhes8-03.pdf>.
- MEDICI, Alejandro. **Otro nomos**. Teoría del Nuevo Constitucionalismo latino-americano. San Luis Potosí: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat, 2016.
- MEDICI, Alejandro. **La constitución horizontal**. Teoría constitucional y giro decolonial. San Luis Potosí: Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí. Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat, 2012b.
- MEDICI, Alejandro. Poderes y derechos en el constitucionalismo latinoamericano: el método de historicización de conceptos ellacuriano y la crítica del constitucionalismo regional. In: ROSILLO MARTÍNEZ, Alejandro; PÉREZ MARTÍNEZ, Ramón Manuel. **Historicizar la justicia**: estudios sobre el pensamiento de Ignacio de Ellacuría. México: UASLP, 2015.
- NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3ª. Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.
- NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. **Revista de informação legislativa**, v. 33, n. 132, p. 321-330, out./dez. 1996.
- PISARELLO, Gerardo. **Procesos constituyentes**: Caminos para la ruptura democrática. Madrid: Trotta, 2014.
- PISARELLO, Gerardo. **Un largo termidor**: La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático. Madrid: Trotta, 2011.
- QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder e classificação social. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (Org.). **Epistemologias do Sul**. São Paulo: Cortez, 2010.
- WALSH, Catherine. **Interculturalidad crítica y (de)colonialidad**: ensayos desde AbyaYala. Quito: Ediciones Abya Yala, 2012.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Constitucionalismo e Direitos Sociais no Brasil**. São Paulo: Ed. Acadêmica, 1989.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico**. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Estado Democrático de Direito e cultura digital^{20*}

ALEJANDRO KNAESEL ARRABAL

FELICIANO ALCIDES DIAS

1 Introdução

A condição humana compreende a conjunção da realidade material, caracterizada pelos fenômenos naturais, com a realidade cultural, constituída por práticas, hábitos e produções simbólicas a partir dos quais atribui-se à vida sentido, significado e valor. A ordem jurídica, assim como o Estado Democrático de Direito e as tecnologias são produtos culturais e, ao mesmo tempo, fatores de produção cultural. Na pluralidade de práticas e ambientes comunicantes, valores se interpolam produzindo múltiplos planos culturais que modulam a realidade social, transformando organizações e instituições.

Considerando tais aspectos, este artigo trata das implicações decorrentes da Cultura Digital para o Estado Democrático de Direito. Com o incremento das Tecnologias de Informação e Comunicação, o papel do Estado e sua relação com os cidadãos aponta para mudanças estruturais. A Cultura Digital integra concepções libertárias orientadas a legitimidade da autodeterminação e do caráter fundamental do acesso à rede global de computadores, reconhecendo à mediação tecnológica atributos capazes de atuar como instância inclusiva, democrática e promotora de garantias individuais e coletivas. Neste quadro, as Tecnologias de Informação e Comunicação assumem incisivo protagonismo, não apenas no plano da eficiência instrumental, mas também no campo das deliberações judiciais e políticas públicas.

Estruturado em dois momentos, o artigo inicialmente retrata a emergência da categoria Estado de Direito no ventre da civilização

* Este trabalho é produto de revisão do artigo publicado na Revista Jurídica do Curso de Direito da FURB, “Estado liberal, social e democrático de direito: observações frente à complexidade contemporânea” (2016), com especial atenção aos efeitos relacionados ao desenvolvimento da Cultura Digital.

ocidental e destaca seus desdobramentos Liberal, Social e Democrático. A segunda parte trata das principais características da Cultura Digital e suas implicações para o Estado Democrático de Direito.

2 Estado Democrático de Direito: superação dos modelos do Estado Liberal e Social

O termo Estado somente passou a ter essa designação nos séculos XVI e XVII, mas nem sempre era usado no sentido de sociedade política. Na Grécia, a expressão *polis* reportava-se à cidade e os romanos o denominavam de *civitas* ou *res publica*. Nas Idades Média e Moderna utilizavam-se os vocábulos principado, reino, república para designar o Estado. Para os povos de cultura germânica era comum os termos *reich* e *staat*. (BASTOS, 2004, p. 49-50). Observa-se, deste modo, que a palavra “Estado” não encontra um conceito geral aplicável para todos os tempos. Trata-se de uma categoria cuja trajetória é atravessada por concepções retórico-ideológicas diversas. (SCHMITT, 1992, p. 52)

Em sua concepção Moderna primitiva, o Estado funda-se na “doutrina de um poder inabalável e inexpugnável, teorizado e concretizado na qualidade superlativa de autoridade central, unitária, monopolizadora de coerção”. (BONAVIDES, 2003, p. 21). A concepção de *Estado de Direito* confunde-se com a própria formação do Estado moderno europeu, cuja expressão é assim contextualizada:

‘Estado de Direito’ (*Rechtsstaat*) foi utilizada pela primeira vez por Robert Von Mohl, nos anos 30 do século XIX, no tratado *Die Die Polizei-wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*. Nessa obra, a liberdade do sujeito já é concebida como um objetivo central da ação estatal. Mas o *Rechtsstaat* se afirma, na realidade, na Alemanha, no decorrer da restauração sucessiva às revoltas de 1848. E assume a forma de um compromisso entre a doutrina liberal, sustentada pela burguesia iluminada, e a ideologia autoritária das forças conservadoras, principalmente a monarquia, a aristocracia agrária e a alta burocracia militar. (COSTA; ZOLO, 2006, p. 11)

No horizonte traçado por Ferrajoli, o Estado de Direito remonta a história do pensamento político com múltiplas facetas e ascendências que culminam na abstração e diversidade de sua definição:

A ideia que remonta a Platão e Aristóteles, do ‘governo das leis’ contraposto ao ‘governo dos homens’, a doutrina medieval da

fundação jurídica da soberania, o pensamento político liberal sobre os limites da atividade do Estado e sobre o Estado mínimo, a doutrina jusnaturalista do respeito às liberdades fundamentais por parte do direito positivo, o constitucionalismo inglês e norte-americano, a tese da separação dos poderes, a teoria jurídica do Estado elaborada pela ciência juspublicista alemã do século passado e pelo normativismo kelseniano. Segundo uma distinção sugerida por Norberto Bobbio, isto pode querer dizer duas coisas: governo *sub lege* ou submetido às leis, ou governo *per leges* ou mediante leis gerais e abstratas. (FERRAJOLI, 2002, p. 687)

Nessa visão, há dois sentidos para interpretar o poder *sub lege*, de um lado, este poderá ser analisado de forma débil, lato ou formal, ou seja, o poder é delegado pela lei e exercido nos seus limites dentro dos procedimentos e formas por ela conferidos, correspondente ao uso alemão de *Rechtsstaat*. Em outra perspectiva, atribui-se um sentido forte, estrito ou substancial, quando além da lei limitar o exercício do poder dentro das formas estabelecidas, condiciona também seus conteúdos, nos termos usados em inglês de *ruleoflaw* e ao italiano de *stato di diritto*. No primeiro significado, estariam todos os ordenamentos, mesmo os autoritários, ou até totalitários, “os quais, em todo caso, *lex facit regem* e o poder tem uma fonte e uma forma legal”. No segundo, são somente os Estados constitucionais, especialmente aqueles Estados de Constituição rígida. (FERRAJOLI, 2002, p. 687)

Por essas razões que a conversão do Estado absoluto em Estado constitucional é a premissa capital do Estado Moderno. O ordenamento social e político de um governo é conferido pelas leis, e não as personalidades (BONAVIDES, 2003, p. 29). Assim, a máxima de valor supremo encontrada no texto das Constituições e das demais codificações é a legalidade.

Nos desdobramentos do Estado absolutista ao Estado Liberal contemporâneo, há aspectos fundamentais que os diferenciam. Historicamente, o Estado Liberal de inspiração iluminista se divide em Estado legal e Estado de Direito, este último se reparte em três modelos, conhecidos como Estado Liberal de Direito, Estado Social de Direito e o Estado Democrático de Direito. (ENGELMANN, 2005, p. 229)

O ordenamento jurídico no Estado Liberal revela-se um limitador do poder estatal pelo Direito e, ao mesmo tempo, promove um conjunto de direitos e garantias individuais, como expressão do projeto liberal assumido pelo próprio Estado. Além disso, o Estado

Liberal estabeleceu a separação entre os poderes, de forma a garantir a liberdade através do equilíbrio político e pela negação de um poder onipresente.

No escorço histórico, a origem do Estado de Direito restringia a um conceito meramente liberal, tratando a doutrina como Estado Liberal de Direito, com características que ainda abarcam o estágio civilizatório na atualidade, nos seguintes termos:

- (a) *submissão ao império da lei*, que era a nota primária de seu conceito, sendo a *lei* considerada como ato emanado formalmente do Poder Legislativo, composto de representantes do povo, mas do povo-cidadão;
- (b) *divisão de poderes*, que separe de forma independente e harmônica os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, como técnica que assegure a produção das leis ao primeiro e a independência e imparcialidade do último em face dos demais e das pressões dos poderosos particulares;
- (c) enunciado e garantia dos direitos individuais. (SILVA, 2012, p. 112-113).

Os rumos da sociedade passaram a ser determinados pela predominância do Poder Legislativo sobre os demais poderes, em razão da organização do poder político de forma tripartite pelo Estado Liberal, constituindo-se um *locus* institucional legitimado do poder estatal, que além de subordinar o Estado à lei (princípio da legalidade) representa um meio de positivação das garantias individuais expressas através do processo legislativo racional.

O Estado de Direito acendeu, progressivamente, ao reconhecimento de várias gerações de direitos, até admitir as faces sucessivas do Estado constitucional, Estado social ou Estado do bem-estar - *Welfare State*. (COSTA; ZOLO, 2006, p. 76)

No Estado constitucional, o poder político foi institucionalizado juridicamente pelas Constituições escritas, com base num sistema das ideias e das regras jurídicas positivas.

Em vez da tradição, o contrato social; em vez da soberania do príncipe, a soberania nacional e a lei como expressão da vontade geral; em vez do exercício do poder por um só ou seus delegados, o exercício por muitos, eleitos pela coletividade; em vez da razão do Estado, o Estado como executor de normas jurídicas; em vez de súditos, cidadãos, e atribuição a todos os homens, apenas por serem homens, de direitos consagrados nas leis. E instrumentos técnico-jurídicos principais tornam-se, doravante, a Constituição, o princípio da legalidade, as declarações de direitos, a separação dos poderes, a

representação política. (MIRANDA, 2003, p. 44-45)

A transformação do paradigma do Estado absoluto em Estado de Direito ocorreu simultaneamente com a variação do súdito em cidadão. Para a categoria sujeitos de direitos, estes passam a ser considerados como constitucionais na presença do Estado, e não mais de naturais. O contrato social deixa de ser visto como uma simples teoria filosófica-política, vez que se configura em pacto constitucional com uma totalidade de normas positivas vinculando o Estado e o cidadão, ambos “sujeitos de soberania reciprocamente limitada”. (FERRAJOLI, 2002, p. 690)

Com base no rótulo de Estados Constitucionais, determinados modelos são agrupados em Estado Constitucional Liberal (Estado Liberal de Direito), Estado Constitucional Social (Estado Social de Direito) e o Estado Democrático de Direito, resguardadas as diferenças. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 53)

Bonavides (2001, p. 20) preleciona que “ao Estado Liberal sucedeu o Estado social; ao Estado social há de suceder, porém, o Estado democrático-participativo que recolhe das duas formas antecedentes de ordenamento o lastro positivo da liberdade e igualdade”. Disto se infere que o Estado Liberal é interdependente do Estado Democrático em dois aspectos: primeiro, na trajetória do liberalismo à democracia, em que são necessárias certas liberdades para o uso correto do poder democrático e, em segundo, na direção contrária da democracia ao liberalismo, em que o poder democrático é essencial como forma de garantia das liberdades fundamentais. (BOBBIO, 2002, p. 32-33)

Com o surgimento do Estado Democrático de Direito há uma tendência de rompimento do Estado Liberal e do Estado Social. O primeiro modelo superado era caracterizado pela prevalência da lei, de natureza legalista-normativista de produção do Direito, para sujeitar-se a uma relação de adequação e subordinação a um nível elevado de Direito fundado na Constituição. (ZAGREBELSKY, 1999, p. 153)

O Estado Social usualmente chamado de Estado do Bem-Estar, *Welfare State*, ou Estado-Providência, designa uma instituição política criada nas sociedades capitalistas avançadas, como:

[...] resultado de um compromisso, ou de certo pacto teorizado no plano econômico por Keynes, entre o Estado, o capital e o trabalho, nos termos do qual os capitalistas renunciam a parte da sua autonomia e dos seus lucros (no curto prazo, não no médio prazo), e

os trabalhadores a parte das suas reivindicações (as que respeitam à subversão da sociedade capitalista e à sua substituição pela sociedade socialista). Esta dupla renúncia é gerida pelo Estado. O Estado transforma o excedente libertado, ou seja, os recursos financeiros que lhe advêm da tributação do capital privado e dos rendimentos salariais, em capital social. (SANTOS, 1990, p. 194)

O Estado Social representa a expressão política da sociedade industrial e a configuração da sobrevivência democrática na tensão entre o Estado e a precedente forma de sociedade caracterizada pelo liberalismo. No entanto, a moldura jurídica do Estado Social implantada nas sociedades em desenvolvimento está sujeita a contestações, diante da dificuldade de afirmação dos grupos e classes em amoldar-se de forma eficaz com os interesses sociais antagônicos e das crises que inevitavelmente fazem surgir conflitos em face da insurgência dos interesses ordinários decorrentes da Constituição.

Considerando que existe um *déficit* social que acarreta a tensão entre o Estado Social e o Estado de Direito, entre o texto constitucional e a prática constitucional da realidade, entre o conteúdo material e sua forma jurídica, observa-se que as promessas da modernidade ainda não foram realizadas. “Disso nasce não raro a desintegração da Constituição, com o sacrifício das normas a uma dinâmica de relações políticas instáveis e cambiantes”. (BONAVIDES, 2012, p. 492)

O Estado de Direito passa a receber novos contornos a partir da emergência do Estado Social, quando os direitos sociais²¹ são o ponto principal deste modelo e a justiça da administração assume um papel crescente. Em razão da predominância da questão social, esse novo modelo surge no direito constitucional a partir da elaboração da Constituição Mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar de 1919, irradiando-se destas Constituições para todas as demais cartas constitucionais proclamadas a partir da década de 30. (SARMENTO, 1999, p. 57)

Sob a perspectiva econômica e social, o Estado passou a ocupar uma relevante função de projeção e realização social das necessidades dos cidadãos, mas não de forma exclusiva com a liberdade como no

²¹ A Constituição Federal brasileira prescreve em seu art. 6º, uma série de direitos sociais que precisam ser regulamentados por leis infraconstitucionais, mas que na sua essência devem ser garantidos pelo Estado, como por exemplo: direito à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, a moradia, ao lazer, a segurança, a previdência social, proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

modelo do Estado Liberal. (ENGELMANN, 2005, p. 231)

De forma diversa da passividade do modelo político liberal, em que a atuação do legislador era privilegiada, o Estado Social visando compensar as diferenças advindas do processo de produção industrial e pós-industrial, adota sob a prevalência do Poder Executivo em relação aos demais poderes, uma postura de promoção de políticas públicas coletivas para satisfação das classes menos favorecidas. Nessa conformação política interventiva de promoção social, historicamente, o Estado social constitui:

[...] a intenção de adaptação do Estado tradicional (pelo que entendemos neste caso o Estado Liberal burguês) às condições sociais da civilização industrial e pós-industrial com seus novos e complexos problemas, porém também com suas grandes possibilidades técnicas, econômicas e organizativas para enfrentá-los. Não podemos ver as medidas de tal adaptação como algo totalmente novo, mas sim como uma alteração qualitativa de tendências surgidas no século XIX e começos do século XX para regular, naquele momento, aspectos parciais da sociedade, regulação que sofre em nosso tempo um processo de generalização, integração e sistematização. (GARCÍA-PELAYO, 1996, p. 18)

A intervenção do Estado voltada à promoção do bem-estar social, na tentativa de investir na construção de uma sociedade justa e solidária, confrontada com o aumento exacerbado das prestações públicas e a burocracia, acarretaram crises estruturais decorrente do aumento da carga tributária ou a redução dos custos através da diminuição da ação estatal (crise fiscal-financeira), o embate entre a democratização do acesso público da política e a burocratização para o atendimento e respostas ao aumento das demandas sociais (crise ideológica) e o enfraquecimento maior do conteúdo tradicional desse modelo do Estado de Bem Estar Social, calcado na solidariedade (crise filosófica) (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 42-49).

Com o desenvolvimento da globalização, tanto o Estado como suas instituições políticas, administrativas, sociais, econômicas e jurídicas passam por mudanças e transformações. Deve-se ter claro que, em pleno século XXI, o não cumprimento das promessas do Estado Democrático de Direito se traduz na própria incompetência do Estado Constitucional e incapacidade do constitucionalismo moderno na satisfação destes novos desafios. “A própria concepção de Constituição dirigente e compromissária acaba sendo questionada, dada as dificuldades enfrentadas no âmbito de um Estado

enfraquecido”. (ENGELMANN, 2005, p. 226)

Distintamente do modelo de Estado Social, que privilegia o Poder Executivo, dado ao seu caráter intervencionista, no Estado Democrático de Direito, o judiciário sobreleva-se frente a inércia do Executivo e a falta de atuação do Legislativo. (STRECK, 2011, p. 63). Neste contexto destaca Vianna (1999, p. 20) que:

[...] a primazia do executivo em face do legislativo seria constitutiva da operação do Estado social, ao tempo em que fez do direito um dos seus principais fatores de comunicação, pondo sob ameaça a repartição democrática entre os Poderes. O Estado social, ao selecionar o tipo de política pública que vai constar da sua agenda, como também ao dar publicidade às suas decisões, vinculando as expectativas e os comportamentos dos grupos sociais beneficiados, traduz, continuamente, em normas jurídicas as suas decisões políticas. A linguagem e os procedimentos do direito, por que são dominantes nessa forma do Estado, mobilizam o Poder Judiciário para o exercício de um novo papel, única instância institucional especializada em interpretar normas e arbitrar sobre sua legalidade e aplicação, especialmente nos casos sujeitos à controvérsia.

Nas transformações do Estado de Direito observam-se que as garantias asseguradas na promoção do bem comum e sua função social, atualmente, não conseguem prover as demandas da sociedade, cujas reivindicações anseiam pela implementação dos direitos em prol da igualdade.

Na contemporaneidade, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagra o modelo estatal Democrático de Direito²², com a incorporação de princípios, garantias e um conjunto de normas destinadas a torná-las concretas. Ademais, considerando a sua superioridade hierárquica em relação às demais normas do ordenamento jurídico estatal, a Constituição é um documento político em que estão inseridos os princípios básicos e regras da convivência de um povo.

Por estas razões, é fundamental analisar as normas constitucionais com outros ramos do Direito, e o intérprete deve ter como ponto de

²² A ideia de Estado Democrático de Direito consagrada na Constituição brasileira em seu artigo 1º, proclama e fundamenta o Estado, sendo que o termo democrático destina-se a qualificar o Estado, e serve para irradiar “os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado e, pois, também sobre a ordem jurídica. O Direito, então imantado por esses valores, se enriquece do sentir popular e terá que ajustar ao interesse coletivo”. (SILVA, 2012, p. 119).

partida os princípios constitucionais que são definidos como “conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins”. (BARROSO, 2001, p. 141).

3 Cultura digital e suas implicações para o Estado Democrático de Direito

O desenvolvimento das Tecnologias de Informação e Comunicação é marcado pelo sincretismo entre linguagens, códigos e instruções computacionais e a emergência de ideais libertários que profetizaram, especialmente na segunda metade do século XX, o surgimento de uma nova era, uma sociedade solidária e livre de restrições impostas pela concentração de poder. Castells (1999, p. 411) observa que este fenômeno tem origem aproximadamente “no fim dos anos sessenta e meados da década de setenta na coincidência histórica de três processos independentes: revolução da tecnologia da informação; crise econômica do capitalismo e do estatismo e a consequente reestruturação de ambos”.

Lopes (2007, p. 28) observa que “a utopia cibernética de Wiener e outros, tal como Breton insiste em várias de suas obras, foi a responsável pelo fato de hoje falarmos em comunicação vinculada aos artefatos eletrônicos”. A estrutura dos códigos informáticos orienta tudo que dela provém, tornando-se condição de possibilidade para a conformação de práticas nos mais diversos contextos da realidade social. Não há como compreender a sociedade sem compreender as estruturas algorítmicas que constituem as redes computacionais que mediam as relações contemporâneas, bem como os pressupostos a partir dos quais elas são produzidas.

Na esteira de Pryan Nayar, Martinho (2014, p. 50) afirma que “as tecnologias são criadas dentro de contextos culturais específicos, mas, uma vez elaboradas, interferem igualmente nesse contexto”. Emergem, deste modo, valores e hábitos que caracterizam o que se pode chamar de Cultura Digital.

Semelhante ao que a moeda representou para as atividades mercantis, facilitando a troca de bens e posteriormente viabilizando o mercado financeiro, o plano computacional binário representa uma instância de fungibilidade a partir da qual combinações de zeros e uns compõem imagens, sons e outras expressões que assumem específicas formas, circulando globalmente em escala e velocidade cada vez maiores. Disto resulta que a celeridade, o imediatismo, a ubiquidade,

o acesso e o compartilhamento de informações tornam-se valores do cotidiano.

Entusiastas das tecnologias digitais militam a possibilidade de criar, por meio das TICs, extensões do ser humano, concebidas a partir de linguagens e instruções aptas a moldar o comportamento das máquinas em rede (e, reflexamente, do próprio homem). Neste sentido Lanier (2010, p. 7) afirma que “essas extensões se tornam as estruturas por meio das quais os indivíduos se conectam ao mundo e a outras pessoas. Essas estruturas, por sua vez, podem mudar a forma como estes sujeitos vêem a si mesmos e ao mundo”. Assim podem-se também inferir mudanças significativas na maneira como os sujeitos estabelecem sua interação com o Estado.

A Cultura Digital sincretiza paradoxalmente o senso de pertencimento coletivo (a rede), com a percepção individual de domínio sobre o “ambiente”, cuja experiência é circunscrita ao controle de interfaces digitais, pré-figurações e recursos customizados. A disjunção entre o Público e o Privado, uma das marcas profundas do modelo regulatório do Estado Liberal primitivo, dilui-se nesta realidade de interação mediada por Tecnologias.

Se, do feudalismo para a modernidade, o súdito deu lugar ao cidadão, na era da *Hipermodernidade*, o cidadão, transmuta-se em ávido consumidor (LIPOVETSKY, 2004). Neste sentido, a sociedade de mercado enaltece o consumo como mecanismo de produção de bem-estar, o que tende a impactar no senso de obrigação e dever. A experiência do indivíduo conectado é notoriamente orientada sob a perspectiva “cliente/servidor”, ou seja, cada internauta acredita assumir prioritariamente a qualidade de legítimo demandante, frente a uma infraestrutura global pressupostamente servil.

Tal aspecto incorpora-se ao ideário específico de cidadania que se traduz em um sentido de empoderamento social frente as demandas contemporâneas, fortalecendo a reivindicação de direitos frente ao Estado, visto predominantemente como prestador de serviços, assim como a própria rede²³. Esta concepção foi incorporada ao Marco Civil

²³ Sob a estrutura da Rede Global de Computadores emergem outras redes que, segundo Castells (1999, p. 499) “sa o estruturas abertas capazes de expandir de forma ilimitada, integrando novos nós desde que consigam comunicar-se dentro da rede, ou seja, desde que compartilhem os mesmos códigos de comunicação (por exemplo, valores ou objetivos de desempenho). Uma estrutura social com base em redes e um sistema aberto altamente dinâmico suscetível de inovação sem ameaças ao seu equilíbrio”.

da Internet (BRASIL, Lei nº 12.965/14) que estabelece como essencial para o exercício da cidadania o acesso a Rede Mundial de Computadores (art. 7º), ao lado de reconhecer como diretriz de atuação do Estado brasileiro no desenvolvimento da internet, entre outras, a “prestação de serviços públicos de atendimento ao cidadão de forma integrada, eficiente, simplificada e por múltiplos canais de acesso, inclusive remotos” (art. 24, X). Este marco regulatório, materialização normativa evidente da Cultura Digital, reconhece a liberdade de expressão como *fundamento*, (art. 2º) e como *princípio* (art. 3º).

A Constituição Federal não favorece a censura nem a remoção de material cibernético, sugerindo predileção por mecanismos de contrastação de ideias, com referência expressa ao direito de retificação, de resposta e de responsabilização civil por eventuais exageros. O Marco Civil da Internet sinaliza no mesmo sentido, em seu art. 2º, com reiteração nos arts. 3º e 4º, proclamando que ‘*a disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão*’. (TENORIO, 2020, p. 154)

Nas últimas décadas a informatização das Estruturas de Estado foi sistematicamente assumindo relevo. A título de exemplo, no âmbito da atuação jurisdicional, destaca-se a Lei nº 9.800/99 que permitiu às partes a utilização de sistema de transmissão de dados para a prática de atos processuais; bem como as Leis nº 11.280/06; 11.341/06; 11.382/06; 11.419/06 que promoveram alterações no então Código de Processo Civil de 1973, dirigidas a adequações diversas do processo para o emprego de recursos telemáticos, até a promulgação do CPC de 2015. (ARRABAL; KREPSKY, 2020, p. 95). Frise-se que “a Emenda Constitucional nº 45/2004 representa a abertura do Poder Judiciário à tecnologia, consagrada no corpo da Constituição Federal a premência de que a atuação desse poder passe a se valer do que há de mais moderno” (LEITE, 2020, p. 111). O legislativo, por sua vez, procurou intensificar sua relação com a sociedade oferecendo condições de acompanhamento on-line das pautas e debates parlamentares. No campo da Administração Pública, inúmeros são os empregos da Rede Mundial de Computadores, seja no campo das licitações de bens e serviços com o pregão eletrônico (BRASIL, Decreto nº 5.450/2005), seja em relação a transparência das atividades administrativas com a Lei de Acesso à Informação (BRASIL, Lei nº 12.527/2011). Plataformas tecnológicas mais recentes, baseadas em dados obtidos em rede e algoritmos de

Inteligência Artificial, são articuladas de modo a contribuir com a implementação de análises preditivas voltadas a instrumentalizar políticas públicas.

Em que pese estes aspectos, a estrutura Estatal contemporânea encontra dificuldades ao lidar com as atuais demandas. Múltiplas tensões emergentes colocam sob suspeita as funções e o papel do Estado, do modo como foram racional e estritamente estruturados. Integram este os avanços tecnológicos e a mediação operada pela informática em escala global, assim como a ruptura das tradicionais fontes do direito, ocasionadas pelo “aparecimento de um direito ‘de textura aberta’ com o deslocamento dessas fontes para os poderes privados econômicos, com uma participação maior dos atores privados, e a tomada em consideração de ‘valores’ oriundos dos sistemas econômico ou técnico-científico” (ARNAUD, 1999, p. 24).

Sob esse ponto de vista, as questões fundamentais são muitas diante da complexidade crescente entre a regulação pelo Direito do Estado com outras formas de regulação jurídica, entendida como “regulação social que passa pelo canal do direito” (ARNAUD, 1999, p. 25), em que pese a tentativa do Estado em manter o controle do processo como forma de dizer o direito que, por muito tempo, foi considerado atributo exclusivo da soberania estatal. Para Mello (1999, p. 7-8):

Estado e Soberania foram noções que caminharam irmanadas desde o século XVI até o final do século XX, uma não existia sem a outra. [...] A noção de soberania foi sempre vista como uma <<qualidade>> do poder. Assim, Estado soberano era aquele que não dependia de outro Estado. Em uma outra linguagem, poder-se-ia dizer uma mesma coisa, é o Estado independente politicamente. [...] No século XX a soberania passa a ser vista como um feixe de competências que o Estado possui e que lhe é outorgado pela ordem jurídica internacional.

No entanto, em decorrência do aparecimento das questões fáticas que tratam das relações jurídicas no complexo contexto socioeconômico atual, muitas vezes, escapam a regulação do Estado, passando às outras instâncias que exerçam qualquer forma de autoridade.

Neste sentido, as Tecnologias de Informação e Comunicação assumem significativo protagonismo. Postman (1993, p. 20) observa que “as novas tecnologias alteram a estrutura de nossos interesses: as coisas sobre as quais pensamos. Alteram o caráter de nossos

símbolos: as coisas com que pensamos. E alteram a natureza da comunidade: a arena na qual os pensamentos se desenvolvem”. Portanto, as tecnologias atuam como instâncias regulatórias e constitutivas no ventre da Cultura Digital.

A substituição de um “direito estatal” por outras instâncias de regulação e tomada de decisão implica em uma radical mudança no sentido de redução do poder do Estado no seu papel monopolístico de produtor do Direito e, conseqüentemente, a própria noção de soberania que passa a ser fragmentada e considerada como um mero critério formal na caracterização do Estado, mediante à “perda da autoridade exclusiva dos Estados em reconhecer a soberania; (ã) transferência de autoridade metapolítica para agentes ou instituições não-estatais; (ao) fim do monopólio do Estado sobre a coerção legítima; e à desterritorialização das reivindicações de autoridade por parte dos Estados”. (THOMSON, 1995, p. 214)

4 Conclusão

Não há dúvida que a rede global de computadores compreende uma plataforma de incremento para as mais diversas atividades promovidas pela sociedade civil e pelo Estado. O acesso à inúmeros serviços públicos pressupõem a gestão eficiente da informação e esta, por sua vez, plataformas telemáticas adequadas.

Mas, a Cultura Digital não se limita ao reconhecimento dos meios a partir dos quais materializam-se ganhos de produtividade. Trata-se de uma realidade que desafia os pressupostos que ordenam a estrutura Estatal.

Observar os fatores que orientam o desenvolvimento do Estado e as tecnologias até o presente, é fundamental para a compreensão das implicações promovidas pela Cultura Digital.

Os conceitos de cidadania, soberania e territorialidade são confrontados com novos meios para tomadas de decisão. Embora se tenha como certo que escolhas adequadas pressupõem informação, não há como obtê-la sem que haja qualquer influência dos meios e instrumentos empregados para tanto. Significa dizer que as tecnologias são instâncias ativas que induzem, em maior ou menor grau, as características dos resultados a que elas se prestam a oferecer.

Portanto, as implicações da Cultura Digital para o Estado Democrático de Direito vão além da instrumentalização voltada a conferir maior eficiência, transparência e participação social junto às

instâncias de governo. Sua presença assume incisivo protagonismo sobre os pressupostos que sustentam a ordem jurídica e as estruturas estatais.

Referências

- ARNAUD, A. Da regulação pelo direito na era da globalização. In: MELLO, C. de A. (Coord.). **Anuário Direito e Globalização**, 1: a soberania. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- ARRABAL, A. K.; DIAS, F. A. Estado liberal, social e democrático de direito: observações frente à complexidade contemporânea. **Revista Jurídica da FURB**, v. 20, n.º. 43, p. 19-36, set./dez. 2016. Disponível em: <https://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/6417/3518>. Acesso em: 10 set. 2020.
- ARRABAL, A. K.; KREPSKY, G. M. Ensinar e aprender o direito na cultura digital. In: BIANCHESSI, C. **Cultura digital: novas relações pedagógicas para aprender e ensinar**. Curitiba: Bagai, 2020, v. 2. Disponível em: <https://editorabagai.com.br/wp-content/uploads/2020/08/Editora-BAGAI-Cultura-Digital-novas-relacoes-pedagogicas-para-Aprender-e-Ensinar-Vol.-II.pdf>. Acesso em: 10 set. 2020.
- BARROSO, L. R. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BASTOS, C. R. **Curso de teoria do estado e ciência política**. 6. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2004.
- BOBBIO, N. **O futuro da democracia**. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.
- BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BONAVIDES, P. **Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade**. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BONAVIDES, P. **Teoria do estado**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BRASIL. Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005. **Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5450.htm. Acesso em: 10 set. 2020.

- BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. **Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12527.htm. Acesso em: 10 set. 2020.
- BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. **Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 10 set. 2020.
- CASTELLS, M. **A era da informação: economia, sociedade e cultura.** São Paulo: Paz e Terra, v. 1, 1999.
- COSTA, P.; ZOLO, D. (Orgs.). **O estado de direito: história, teoria, crítica.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- ENGELMANN, W. A crise constitucional: a linguagem e os direitos humanos como condição de possibilidade para preservar o papel da Constituição no mundo globalizado. In: MORAIS, J. L. B. (Org.). **O estado e suas crises.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- FERRAJOLI, L. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GARCÍA-PELAYO, M. **Las transformaciones del estado contemporáneo.** Madrid: Alianza, 1996.
- LANIER, J. **You are not a gadget: a manifesto.** New York: Alfred A. Knoff, 2010.
- LEITE, R. Tecnologia e corte: panorama brasileiro I. In: FERRARI, I. (Coord.). **Justiça digital.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- LIPOVETSKY, G. **Os tempos hipermodernos.** São Paulo: Barcarolla, 2004.
- LOPES, L. C. **Crenças e tecnologias: ensaios de comunicação, cibercultura e argumentação.** Porto Alegre: Sulina; São Carlos: EdUFSCar, 2007.

- MARTINHO, L. M. S. **Teoria das mídias digitais: linguagens, ambientes e redes**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.
- MELLO, C. de A. A soberania através da história. In: MELLO, C. de A. (Coord.). **Anuário direito e globalização: a soberania**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v. 1.
- MIRANDA, J. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- MORAIS, J. L. B. de; SPENGLER, F. M. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. 3. ed. ver. e atual. com o projeto de lei do novo CPC brasileiro (PL 166/2010), Resolução 125/2010 do CNJ. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- POSTMAN, N. **Technopoly: the surrender of culture to technology**. New York: Vintage Books, 1993.
- SANTOS, B. de S. **Estado e sociedade em Portugal (1974-1988)**. 3. ed. Porto: Afrontamento, 1990.
- SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- SARMENTO, D. Constituição e globalização: a crise dos paradigmas do direito constitucional. In: MELLO, C. de A. (Coord.). **Anuário direito e globalização: a soberania**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v. 1.
- SCHMITT, C. **Teoria de la constitución**. Madrid: Alianza, 1992.
- SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- STRECK, L. L. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.
- TENORIO, C. M. Anonimato legal na internet. In: LUCON, P. H. dos S.; WOLKART, E. N.; LAUX, F. de M.; RAVAGNANI, G. dos S. (Coords.). **Direito, processo e tecnologia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- THOMSON, J. E. **State sovereignty in international relations: bridging the gap between theory and empirical research**. In: *International studies quarterly*. 39, 1995.
- VIANNA, L. W., *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- ZAGREBELSKY, G. **El derechoúctil. Ley, derechos, justicia**. Traducción de Marina Gascón. 3. ed. Madrid: Trotta, 1999.

A água como objeto do direito ambiental

NICOLAU CARDOSO NETO

1 Introdução

A água é um tema muito atual, a tempo está em pauta e pelo visto não sairá tão cedo dos principais espaços de discussão. O que diferencia os estudos do passado e os atuais é a capacidade de acesso a informações geradas por tecnologias que a cada dia identificam novos fatores a serem analisados e considerados. Em muitos casos, estes podem ser apontados como sendo prejudiciais ao recurso hídrico, como: lançamento de resíduos industriais e de esgotamento sanitário; erosão de margens, encostas, áreas agricultadas, terrenos urbanos; alterações climáticas que interferem no ciclo das chuvas; urbanização; instalação de hidrelétricas; dentre outros.

Estes fatores são históricos e ainda continuam a gerar problemas, mas, na atualidade, ainda é possível identificar outros, como: a presença de diferentes contaminantes oriundos do processo de controle de pragas e fertilização do solo, que ao utilizarem herbicidas e fungicidas acabam contaminando os mananciais, prejudicando os diferentes usuários de água; ou mesma a identificação de princípios ativos de fármacos excretados pelas pessoas que provocam prejuízos ao meio ambiente e a saúde das pessoas.

A evolução da tecnologia que contribui para a produção de novos processos industriais também colabora para a geração de novos problemas, mas ao mesmo tempo estas novas tecnologias possibilitam a identificação de novos malefícios gerados por esta evolução. Seria a síntese e a antítese, uma vez que a evolução gera novos problemas que a própria nova geração de tecnologias identifica e possibilita a análise destes novos conflitos. Uma hipótese para a geração destes malefícios é a possível falta de percepção sistêmica do problema, pois os impactos ambientais estão sendo analisados sem que se procure compreender os motivos que realmente os provocaram, ou as consequências que as novas tecnologias podem proporcionar.

O Sistema Jurídico Brasileiro enfrenta este mesmo problema já que o objeto do direito, gravado nas normas é um reflexo da

demanda social trabalhado pelo sistema político. Mas a transformação da demanda em norma demora, pois o projeto deve tramitar nas esferas políticas, o que expõe uma fragilidade do sistema atual, pois as normas, dentre elas as ambientais, não conseguem acompanhar a evolução das transformações, sejam elas: sociais, culturais, de processos de produção, tecnologias, dentre outros.

Em meio a estas dificuldades da atualidade, é possível identificar que a sustentabilidade é um dos temas que enfrentam esta barreira, pois esta pode ser considerada um novo conceito e apesar dos esforços políticos e sociais para sua inclusão nas normas, o processo é lento e enfrenta grandes barreiras, como o choque de interesse com os sistemas econômicos e sociais que ainda não compreendem, ou não querem aplicar a tal sustentabilidade.

Diante desta constatação, este estudo irá analisar a água como objeto do direito, a fim de demonstrar a necessidade desta ciência ampliar seu foco de atuação, de forma a levar em consideração fatores externos ao positivismo jurídico.

Para tanto será analisado o tema água na Constituição Federal de 1988 e como recurso natural a fim de demonstrar que além da Ciência Jurídica existem muitos argumentos e fatos que devem ser considerados pelo direito, em especial sobre o tema água.

2 A água na Constituição Federal Brasileira de 1988

O termo água aparece poucas vezes na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988). Ele é encontrado no artigo 20, momento em que é definido como bem da União, mas também no artigo 26 como bens dos estados. Já no artigo 22, IV prevê que é competência privativa da União legislar sobre água. Destas três primeiras aparições percebe-se que a preocupação do constituinte foi determinar a competência de gestão e legislativa sobre o tema água.

Em dois outros momentos, na CF/88, é possível identificar o termo água. O primeiro no artigo 43, quando trata da administração pública, em especial das regiões. O inciso sexto trata sobre o aproveitamento econômico e social dos rios e das massas de água represadas, o que foge ao foco desta pesquisa. A última aparição do termo água acontece junto ao capítulo da seguridade social na seção da saúde. Onde o termo água está atrelado à competência do sistema único de saúde em fiscalizar e inspecionar a água para o consumo humano.

A expressão água pouco aparece na CF/88, mas é possível perceber outros termos que podem ser associados à água, tais como: recursos hídricos, recursos naturais e saneamento básico. Como a água pode ser objeto de discussão, por meio destas outras categorias, será estendida a leitura na CF/88 para ver como estas outros aparecem e se podem ser associados à água como objeto desta pesquisa.

Assim, o termo recursos hídricos aparece como bem da união no artigo 20, com a conotação de geração de energia elétrica ou exploração de recursos minerais. Portanto, sobra apenas uma aparição, junto ao artigo 21, inciso XIX que expõe a competência da União para instituir o sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos.

Outro termo que pode ser associado é recursos naturais, que conforme Braga (2005, p.4) “é qualquer insumo de que os organismos, as populações e os ecossistemas necessitam para sua manutenção”.

Na CF/88 o termo recursos naturais aparece dentre os seguintes artigos: competência legislativa concorrente (art. 24, VI); como requisito de proteção das fronteiras (art. 91, § 1º, III); por meio da utilização racional dos recursos naturais como garantia da função social da propriedade (art. 186); e, quanto a utilização dos recursos frente a necessidade de preservação do meio ambiente (art. 225, § 4º).

Por último, o termo saneamento básico, que aparece em quatro momentos da CF/88. Aparece como competência da União em instituir diretrizes para o saneamento básico (art. 21, XX), ou como competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para a promoção de programas de melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (art. 23, IX). Por último, o termo aparece junto ao capítulo da seguridade social como competência do sistema de saúde em participar da formulação da política e da execução das ações.

Somente nos artigos 186 e 225 foi possível identificar uma conotação mais difusa, no primeiro caso procurando garantir a função social da propriedade que procura garantir o direito de moradia e utilização do espaço de forma econômica, mas também a limitação do uso da propriedade quando este possa comprometer o bem estar da coletividade e mesma a necessidade de proteção dos recursos naturais. No § 4º do 225, o termo recursos naturais, possui um significado de preservação do equilíbrio ecológico, mas não afasta

a possibilidade de utilização do recurso pelo sistema de produção ou interesse do particular.

Após analisar a termo água, e algumas variações, na Constituição Federal de 1988, este estudo passará a analisar o meio ambiente como objeto do direito, a intenção é constatar como a água estará albergada pela Ciência Jurídica.

3 O meio ambiente como objeto do direito

Atualmente é impossível dissociar a vida em sociedade da utilização dos recursos naturais, tudo que é utilizado tem origem a partir destes, ou seja, o homem se alimenta, mora, veste, locomove, cultiva, cria, vive de forma dependente. Esta lógica sempre fez parte do dia a dia das pessoas, mas somente na atualidade é que a compreensão das funções do meio ambiente, por meio de uma visão sistêmica, que utiliza a noção de ecossistema da biologia, é que a humanidade percebeu sua dependência a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, e conseqüentemente, surge a necessidade de se proteger esta relação, o que ocorre com a evolução do ramo do Direito Ambiental (CARDOSO NETO, 2018, p.123).

Assim sendo, é possível afirmar que o Direito Ambiental pode ser definido como sendo aquele que procura regular a “apropriação econômica dos bens ambientais”. Para Antunes (2012, p.11), esta apropriação econômica deve levar em consideração “a sustentabilidade dos recursos, o desenvolvimento econômico e social”, de forma a garantir aos interessados a devida participação na construção das diretrizes a serem adotadas, bem como dos padrões adequados de Saúde e renda.

Já Michel Prieur (2004, p.6) apresenta uma visão mais antropocêntrica ao afirmar que “o ambiente que vivemos é realmente um sinônimo de meio ambiente como uma sensação arquitetônica e urbana”²⁴, pois desta afirmação é possível perceber a tentativa de incluir o ambiente construído como pertencente ao ramo do Direito Ambiental. Prieur assegura que o meio ambiente é um conceito familiar aos engenheiros e urbanistas da mesma forma que o é para os geógrafos e biólogos. Este meio ambiente compreende tudo que constitui o território do homem que abrange tanto o ambiente físico

²⁴ “*Le cadre de vie est en réalité un synonyme de l’environnement dans son sens architectural et urbanistique*”. (Tradução livre do autor).

quanto o social.

Prieur (2004, p.6) considera que o meio ambiente “é uma expressão de interações e relações entre os seres vivos (incluindo os humanos), uns com os outros e com o ambiente”²⁵. O autor considera que a legislação ambiental é um Direito de interação que possui a tendência de adentrar nos diferentes setores do direito de forma a introduzir a ideia de meio ambiente ou mesmo demonstrar que a proteção deste deve ser integrada a outras políticas comunitárias.

Prieur (2004, p.8) chega à concepção de que a finalidade do Direito Ambiental é a busca por um direito a um ambiente saudável. Afirma que o Direito Ambiental não pode estar em uma perspectiva puramente positivista do estudo das regras jurídicas existentes em matéria de meio ambiente, mas deve ser o Direito relativo ao meio ambiente.

É preciso ter clareza que o meio ambiente não é o objeto da Ciência do Direito, mas sim, o seu equilíbrio. E manter o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um dos mais complexos e instigantes desafios definidos pela CF/88, que atribuiu a responsabilidade de forma conjunta ao Estado e à sociedade civil, consoante o disposto no art. 225.

A proposta constitucional para uma digna e sadia qualidade de vida levou em consideração que o homem e o meio ambiente fazem parte de um mesmo contexto ecológico. Portanto, a efetividade das normas ambientais implica a efetividade de direitos humanos fundamentais (PADILHA, 2010, p.228).

A extensão e a complexidade de tais desafios postos ao Direito Constitucional, em especial no capítulo sobre o meio ambiente, exigem e expõem a necessidade de uma postura de diálogo e interação com todas as demais ciências que percorrem o caminho da temática ambiental, uma vez que a busca da efetividade das normas ambientais é de suma importância para a própria manutenção da vida e da saúde, em todas as suas formas. Uma vez que, vida e saúde enquanto ‘direitos’ não se efetivam sem o equilíbrio do meio ambiente (CARDOSO NETO, 2018, p.123/124).

O Direito Ambiental foi revigorado pela nova roupagem constitucional dada ao tema do meio ambiente pela Constituição Federal de 1988. Cabe ao Direito Ambiental atuar sobre toda e

²⁵ “*Est l’expression des interations et des relations des êtres vivants (dont l’homme), entre eux et avec leur milieu*”. (Tradução livre do autor).

qualquer área jurídica que envolva tal temática, impondo a reformulação de conceitos, institutos e princípios, exigindo a adaptação e reestruturação do modelo socioeconômico atual com o necessário equilíbrio do meio ambiente, tendo em vista a sadia qualidade de vida (PADILHA, 2010, p.233).

Portanto, cabe ao Direito Ambiental, enquanto face do jurídico no contexto ambiental, não se isolar em um compartimento estanque, mas respeitar e considerar o conhecimento produzido em áreas científicas diversas, principalmente a das Ciências Naturais, como a Biologia, a Ecologia, a Geografia, com as quais não possui tradição de intercâmbio. Além das novas áreas como o Urbanismo, a Engenharia Ambiental, a Saúde Pública, além de acentuar a comunicação com a Economia, a Sociologia, a Antropologia, a História e a Filosofia (PADILHA, 2010, p.235).

4 O recurso natural água

Sendo a água um tema que transita em diferentes ramos da Ciência Jurídica e comum em diferentes áreas de conhecimento e pesquisa, primeiro se faz necessário compreender o que é o recurso natural água e qual é a realidade brasileira quanto ao recurso hídrico, que está diretamente relacionado a diferentes tipos de usos, seja na produção industrial, agronegócio, consumo humano, lazer, proteção de espaços naturais, dessedentação animal, dentre outros (CARDOSO NETO, 2018, p.316).

Para tanto, de início, será contextualizada a água como recurso natural, utilizando alguns autores da Biologia, Engenharias Sanitária, Civil, Hidrologia. A intenção é procurar demonstrar a percepção sobre o tema água, segundo diferentes áreas do conhecimento, e a partir desta análise, procurar comprovar a necessidade de uma atuação multidisciplinar sobre o assunto, levando em consideração uma visão sistêmica (CARDOSO NETO, 2018, p.316).

A primeira percepção a ser analisada é a da Biologia, Odum (2004, p. 11) afirma que “os organismos vivos e o seu ambiente inerte (abiótico) estão inseparavelmente ligados e interligados entre si”, esta afirmação procura evidenciar a noção de sistema ecológico ou ecossistema, onde a totalidade dos organismos de uma área determinada (comunidade) interagem com o ambiente físico e formam um corrente de energia que conduzem a uma estrutura

trófica, a uma diversidade biótica e a ciclos de matéria, ou seja, “a troca de materiais entre as partes vivas e não vivas” “que são claramente definidos dentro do sistema”.

Segundo Odum, o ecossistema, para a ecologia, “é uma unidade funcional básica”, pois inclui organismos e o ambiente abiótico, onde cada um influencia as propriedades do outro, “sendo ambos necessários para a conservação da vida atual existente na Terra”. (ODUM, 2004, p. 12)

Já para Braga, o ecossistema “é um sistema estável, equilibrado e autossuficiente, apresentando em toda a sua extensão características topográficas, climáticas, pedológicas, botânicas, zoológicas, hidrológicas e geoquímicas praticamente invariáveis”, sendo composto basicamente por “elementos abióticos, ou seja, matéria inorgânica ou sem vida (como água, ar, solo) e elementos bióticos, os seres vivos”. (BRAGA, 2005, p.10)

Esta ideia de análise do ecossistema com a aplicação de técnicas de sistemas deve levar em consideração que a humanidade faz parte destes ciclos “biogeoquímicos complexos” e, portanto, possuem capacidade de modificar estes ciclos. Esta percepção deve ser levada em consideração para os diferentes assuntos humanos e é conceito básico da ecologia moderna. Assim, se “a compreensão dos sistemas ecológicos e da responsabilidade moral entre os homens” puder ser levado em consideração com a capacidade de produzir alterações, a humanidade passará do conceito atual de “exploração ilimitada dos recursos” para “inventiva ilimitada na perpetuação de uma abundância cíclica de recursos” (ODUM, 2004, p. 54).

Esta percepção é necessária, levando-se em conta que todos os organismos necessitam de água para sobreviver e a disponibilidade é um dos fatores mais importantes a moldar os ecossistemas. Para tanto é necessário compreender que o recurso natural água é encontrada no meio ambiente, principalmente no estado líquido constituindo um recurso natural renovável por meio do ciclo hidrológico²⁶. Esta

²⁶ “Ciclo hidrológico ou ciclo das águas. Tem origem na evaporação. As águas das chuvas, ao caírem na superfície do solo, tomam os seguintes destinos: uma parte pode infiltrar-se, outra corre superficialmente, e outra evapora-se, retornando à atmosfera para constituir um novo ciclo”. (GUERRA & GUERRA, 2003, p.141). “Ciclo da água. A água atravessa um ciclo biogeoquímico, à medida que atravessa a biosfera. A energia do Sol impulsiona esse ciclo, fazendo com que a água da superfície da Terra penetre na atmosfera; ela realiza esse processo através da evaporação dos corpos de água e da umidade do solo, e através da transpiração, na qual a umidade das plantas passa para o ar. O ar quente carrega a umidade até que se

renovação constante possibilita que a água agregue substâncias essenciais à vida, com uma qualidade mínima suficiente para satisfazer e suprir as necessidades de um determinado conjunto de seres vivos.

Esta demanda por disponibilidade de água também deve considerar a qualidade do recurso, pois se forem identificadas substâncias em excesso, estas podem produzir efeitos deletérios aos organismos que compõem as cadeias alimentares acabando com a homeostase do meio. Portanto, é fundamental que os recursos hídricos apresentem condições físicas e químicas adequadas para a utilização pelos organismos que compõe diferentes ciclos biogeoquímicos²⁷. Sendo assim, é necessário considerar que o recurso hídrico possui duas formas de ser caracterizado, quanto a quantidade e a qualidade do recurso.

Portanto, faz-se necessário levar em consideração a distribuição desta quantidade de água na Terra, onde somente 2,5% do volume total são de água doce e o restante (97,5%) formam os oceanos e mares. Sendo que 68,9%, destes 2,5% de água doce, “formam as calotas polares, geleiras e neves eternas que cobrem os cumes das montanhas mais altas da Terra”, outros 29,9% são de águas doces subterrâneas, considera-se ainda, que cerca de 0,9% estão disponíveis como “umidade dos solos (inclusive aqueles gelados – *permafrost*) e as águas dos pântanos” e apenas 0,3% do total de água doce estão disponíveis nos rios e lagos. (REBOUÇAS, 2006, p.7)

Deve-se levar em consideração que as “características de qualidade das águas derivam dos ambientes naturais e antrópicos onde se originam, circulam, percolam ou ficam estocadas”. Estes são fatores

esfrie, fazendo com que a umidade se transforme em gotículas de água que retornam à terra como precipitação. A água pode cair de volta sobre os corpos de água, penetrar no solo, onde é reabsorvida pelas plantas, ou percolar para as águas subterrâneas. Se o solo não pode absorver a água, ela escorrega superficialmente para as correntes e rios e, finalmente alcança o oceano. O ciclo da água atua como um sistema de filtragem, purificando e removendo os sais existentes na água, produzindo os 3% de toda a água doce disponível para o consumo dos organismos”. (DASHEFSKY, 2001, p. 60).

²⁷ “Ciclos biogeoquímicos. Referem-se ao ciclo das substâncias químicas essenciais para a vida (nutrientes) entre as partes abiótica (sem vida) e biótica (com vida) da biosfera. As substâncias químicas são tomadas do solo, da água e doar pelos organismos e usadas como fontes de energia. Uma vez no interior do organismo, elas são transformadas em substâncias biologicamente ativas. Essas substâncias químicas retornam à Terra quando os organismos morrem e se decompõem. Alguns dos elementos envolvidos nos ciclos biogeoquímicos são o carbono, o nitrogênio, o enxofre e o fósforo. (DASHEFSKY, 2001, p. 62).

importantes, pois é possível perceber que muitos dos problemas de qualidade e quantidade da água “são originados pelo crescimento desordenado das demandas e, sobretudo, pelos processos de degradação da sua qualidade, atingindo níveis nunca imaginados, a partir da década de 1950”. (REBOUÇAS, 2006, p.24)

Outro fator que deve ser avaliado é a distribuição do recurso pelo ciclo hidrológico, que ocorre de forma heterogênea, quanto aos fatores espaço e tempo. No espaço, a distribuição heterogênea pode ser observada pela existência dos desertos que possuem baixa umidade e no caso das florestas tropicais que possuem alta umidade.

Já a variabilidade temporal das precipitações leva em consideração as condições climáticas que podem variar em decorrência do movimento de frentes frias, ou em razão das fases do ciclo hidrológico. Como exemplos, é possível citar casos de alteração da quantidade de vapor pela presença de reservatórios, ou mesmo pela modificação da cobertura vegetal, até pela aparição de alterações provocadas pela existência de gases de efeito estufa, e, também, os grandes processos industriais geradores de poluição e urbanização intensa. Alterações estas que podem provocar mudanças no regime de precipitações, afetando, portanto, a disponibilidade de água.

Assim sendo, é possível concluir que intervenções humanas podem provocar importantes alterações no ciclo hidrológico. A alteração do uso do solo é fator de importância fundamental na ocorrência natural da água e o desmatamento e a urbanização são exemplos destas intervenções que podem modificar o ciclo hidrológico ao diminuírem a evapotranspiração, realizada pela vegetação, aumentando a quantidade de umidade no solo, o que diminui a capacidade de infiltração que também pode ser alterada pela impermeabilização do solo por meio das construções e da pavimentação das ruas, aumentando o escoamento superficial durante eventos chuvosos o que amplia a frequência de ocorrência de cheias e inundações nos meios urbanos. (TUCCI, 2006, p.399)

Mas estes não são os únicos argumentos a serem analisados, pois outros aspectos sobre água no meio urbano devem ser levados em consideração, não apenas o abastecimento para a população, como popularmente se destaca na sociedade e na mídia. Um critério importante é o “aumento e a densificação populacional que o mundo vem sofrendo nos últimos tempos”. (TUCCI, 2006, p.399)

O crescimento populacional e a densificação proporcionam fatores negativos para o meio ambiente, como por exemplo, a geração

de poluição doméstica e industrial, que favorecem o surgimento de “condições ambientais inadequadas” o que proporcionam o surgimento de “doenças de veiculação hídrica, poluição do ar e sonora, aumento de temperatura, contaminação da água subterrânea, entre outros”. Estes malefícios demonstram que o “desenvolvimento urbano sem qualquer planejamento ambiental resulta em prejuízos significativos para a sociedade”. (TUCCI, 2006, p.399)

Ou seja, qualquer atividade humana que altere a homeostase do ambiente, conseqüentemente irá alterar os fatores básicos que determinam o balanço hídrico que possuem um equilíbrio a partir de um espaço geográfico definido como bacia hidrográfica²⁸.

Logo, a gestão do recurso hídrico deverá ser realizada por bacia hidrográfica e não apenas por municípios, como tradicionalmente ocorre no Brasil. Deve-se destacar o fato que os espaços geopolíticos municipais e estaduais não levam em consideração as bacias, tanto que a maioria dos divisores dos espaços entre cidades são justamente os rios, o que dificulta a gestão do recurso hídrico, que deve ser feito por bacia hidrográfica.

Na mesma lógica, o uso da terra nos espaços rurais, também deveriam ser considerados como potenciais produtores de alterações ao ciclo hidrológico. Um exemplo é a remoção da cobertura vegetal para a realização de agricultura, que na maioria dos casos não leva em consideração a necessidade de realizar controle da erosão, que geralmente provocam alterações nos recursos hídricos por lançamento, por meio da erosão, de material lixiviado do solo. Este escoamento superficial carrega “solos que promovem o assoreamento dos rios, lagos e represas”. (SALATI; LEMOS; SALATI, 2006, p.43)

Há que se destacar ainda, o caso do uso do solo nas áreas rurais, ainda provocarem o escoamento superficial, dificultando a penetração da água no solo, e, conseqüentemente, dificultando a recarga dos lençóis subterrâneos, aquíferos, ou qualquer outra forma de retenção

²⁸ “Conjunto de terras drenadas por um rio principal e seus afluentes. Nas pressões longitudinais se verifica a concentração das águas das chuvas, isto é, do lençol de escoamento superficial, dando o lençol concentrado – os rios. A noção de bacia hidrográfica obriga naturalmente a existência de cabeceiras ou nascentes, divisores d’água principais, afluentes, subafluentes etc. em todas as bacias hidrográficas deve existir uma hierarquização na rede, e a água se escoar normalmente dos pontos mais altos para os mais baixos. É comum o emprego da expressão *bacia hidrográfica* como sinônimo de *vale*”. GUERRA, Antônio Teixeira & GUERRA Antônio José Teixeira. Novo dicionário geológico geomorfológico. 3 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003, p.77.

ou absorção de água pelo solo, prejudicando o ciclo das águas em sua fase de retenção e manutenção de olhos de água e nascentes, prejudicando o volume de água nos corpos de água.

Nas áreas urbanas brasileiras, por sua vez, é possível afirmar que os problemas de abastecimento decorrem em razão de uma série de situações como: “crescimento exagerado das demandas localizadas e da degradação da qualidade das águas, em níveis nunca imaginados”. Estas circunstâncias decorrem “da expansão desordenada dos processos de urbanização e industrialização, verificada a partir da década de 1950”. (REBOUÇAS, 2006, p.28)

Importante destacar que a falta de planejamento do uso e ocupação do solo, em regra geral, agravam os efeitos de fenômenos como as secas e as enchentes, que acabam trazendo uma série de consequências para as populações e suas atividades econômicas. Estas situações se destacam no meio urbano a partir da ocupação desordenada de encostas, morros e áreas próximas aos rios.

Tradicionalmente estas ocupações eram realizadas por pessoas de baixa renda, mas na atualidade percebe-se a ocupação e a tentativa de legalização do uso destes espaços urbanos por pessoas com boa renda econômica. Em diferentes regiões do país, é possível identificar estas ocupações, de baixa, média e alta renda, com a falta da prestação de serviços municipais, tais como: coleta de resíduos sólidos, tratamento de esgotamento sanitário, água potável e coleta de água pluvial, que acabam sendo dispensadas, sem o tratamento adequado, diretamente no corpo hídrico.

Outro fator a ser destacado é a falta de percepção da sociedade para com a questão que envolve os recursos hídricos, tanto a prestação dos serviços de saneamento básico, quanto o descontrole da degradação ambiental. A população como um todo, não consegue compreender o ciclo hidrológico e a necessidade de proteção deste sistema, o que reflete em uma cultura da prestação do serviço público com uma qualidade mínima sem nenhum comprometimento da sociedade quanto ao impacto ambiental gerado pelo volume consumido e pelo descarte da água tratada ou não.

A falta de qualidade da água pode proporcionar ao cidadão problemas de toda ordem como mau cheiro, má aparência para o consumo e doenças, estas associadas à forma de propagação que podem ser unidas a vetores desenvolvidos na água, com base na água ou em contato com ela, na falta de higiene e tendo a água como suporte, ou também a presença de componentes químicos poluentes.

A água pode servir de suporte para a veiculação de doenças quando “os organismos patogênicos são carreados passivamente na água que é consumida por uma pessoa (ou animal), causando infecção”. Exemplos são a cólera e a febre tifoide. Quando associadas à higiene as doenças podem ser “infecções causadas por falta de água e que podem ser controladas com disponibilidade de água e melhoria de hábitos de higiene”. Como exemplos é possível citar doenças de pele como sarna; diarreias, como a desintéria bacilar. (HESPANHOL, 2006, p. 274)

Quanto às doenças provocadas pelo contato com a água, cita-se as “infecções transmitidas por um animal invertebrado aquático que vive na água ou que passa uma parte de seu ciclo de vida em moluscos aquáticos ou outros animais aquáticos, podendo causar infecção pelo contato com a pele”. Já aquelas associadas a vetores desenvolvidos na água, as doenças são “infecções transmitidas por organismos patogênicos, através de insetos desenvolvidos na água ou que picam nas proximidades da água” como os casos de malária, a febre amarela e a dengue. (HESPANHOL, 2006, p. 274)

A água pode ser veículo de doenças e, também, de componentes químicos, por ser considerada como solvente universal. Esta capacidade de diluir componentes químicos e carrear, faz com que o recurso hídrico demande de uma atenção especial quanto a relação com a saúde das pessoas. Para tanto, é necessário que seja determinado pelo poder público parâmetros de controle legal da qualidade de água para o consumo humano. Esta necessidade determina que também sejam controlados todos os processos que podem de alguma forma alterar a qualidade natural do recurso hídrico.

Hespanhol (2006) chama a atenção para que o “conceito de saneamento básico deve ser ampliado para o conceito mais amplo de saneamento ambiental”. De forma que o saneamento deve “desvincular-se de sua conotação atual de mero executor de obras públicas e se constituir em ação integrada direcionada à preservação da qualidade ambiental”. (HESPANHOL, 2006, p. 288)

Conclui Hespanhol (2006, p. 321) que “o conceito tradicional de saneamento básico deve evoluir para o conceito de saneamento ambiental associando-se à política de recursos hídricos”, que deve ter como objetivo principal a articulação das ações das entidades públicas de prestação dos serviços de saneamento com os planos e programas dos comitês de bacias hidrográficas.

Identificados os conflitos e problemas proporcionados a partir do mau uso do recurso natural água, ou mesmo pelo desconhecimento do seu ciclo hidrológico, por não haver uma visão sistêmica sobre o recurso natural, o gestor público deve apoiar-se na base institucional como suporte necessária para o gerenciamento dos recursos hídricos, de forma que as prioridades nacionais do setor devem ser: a “proteção de mananciais e tratamento de esgotos; preservação e aumento da disponibilidade de água nas áreas críticas; adequado controle das enchentes urbanas conservação do solo rural”. (TUCCI; HESPANHOL; CORDEIRO NETTO, 2000, p.42)

5 Conclusão

Este estudo teve como finalidade analisar o tema água como objeto do direito, mas procurando demonstra a necessidade de olhar além da Ciência Jurídica. No item recurso natural água foi possível constatar que a água é um tema transversal a diferentes áreas do conhecimento, transpassa os conceitos da ecologia, hidrologia, biologia, geomorfologia, climatologia, saúde, dentre outros.

Para que o homem possa trabalhar a água de forma sustentável é necessário que estes conhecimentos sejam utilizados pela Ciência Jurídica ao aplicar as normas, mas fugindo a uma perspectiva puramente positivista. Há a necessidade do aplicador do direito, ao analisar a legislação ambiental, procurar compreender o tema de forma transversal considerando as informações apontados por outras áreas do conhecimento, como a biologia, as engenharias, a hidrologia, a saúde pública, e outras com afinidade ao tema.

Não há que se falar de água sem compreender o ciclo biogeoquímico, pois o homem integra o meio ambiente e faz parte a este sistema. Depende da água para a manutenção de sua vida de forma direta e indireta, ao consumi-la em estado bruto ou indiretamente por meio de alimentos que utilizam o recurso hídrico para o seu cultivo e desenvolvimento, ou mesmo nos processos produtivos que a empregam na produção como solvente universal ou apenas para o resfriamento de processos de produção.

Ainda é possível fazer a associação a outras áreas do conhecimento, como a meteorologia, como a área do conhecimento que estuda os fenômenos climáticos; a geologia, parte da ciência que estuda a terra em todos os seus aspectos; ou mesmo a geomorfologia que é a ciência que estuda as formas de relevo. Em especial, estas três

áreas do conhecimento estão associadas e são suporte para a aplicação da Política Nacional de Defesa Civil que deveria subsidiar o Direito Ambiental, no que se refere aos processos de urbanização e de utilização dos solos rurais que afetam diretamente a qualidade da água.

Este é um dos exemplos que demonstram uma comunicação sistêmica entre diferentes áreas do conhecimento e o direito que possuem relação com a água. Também é possível outras associações relacionadas à água e aos diferentes casos que foram citados no item Recurso Natural Água, questões como saneamento básico, urbanização, produção agrícola ou pecuária, processos industriais, água potável dentre outros, possibilitam a comprovação de que a Ciência Jurídica não pode atuar de forma dissociada as demais áreas do conhecimento, sob o risco de não atingir a sustentabilidade da água.

A percepção apresentada por Prieur (2004, p.8), quanto à finalidade do Direito Ambiental vem de encontro com o que este estudo procura comprovar, pois o autor afirma que o Direito Ambiental não pode estar em uma perspectiva puramente positivista do estudo das regras jurídicas existentes em matéria de meio ambiente, mas deve ser o Direito relativo ao meio ambiente.

Padilha (2010, p.235) destaca o fato de que a Ciência Jurídica não deve se isolar em um compartimento estanque, mas deve respeitar e considerar o conhecimento produzido por outras áreas do conhecimento, tais como: as Ciências Naturais, como a Biologia, a Ecologia, a Geografia, com as quais não possui tradição de intercâmbio. Além das novas áreas como o Urbanismo, a Engenharia Ambiental, a Saúde Pública, cabe também acentuar a comunicação com a Economia, a Sociologia, a Antropologia, a História e a Filosofia.

Portanto, para que o recurso natural água seja perfeitamente tutelada pelo direito Ambiental, é necessário que a Ciência Jurídica não trate esta apenas como objeto do direito, mas sim como tema transversal de diferentes áreas do conhecimento, pois sem esta visão sistêmica não será possível proteger a qualidade e a quantidade da água para as presentes e futuras gerações.

Referências

ANTUNES, P. de B. **Direito Ambiental**. 14 ed. São Paulo: Atlas,

- 2012.
- BRAGA, B. *et al.* **Introdução à Engenharia Ambiental**. O desafio do desenvolvimento sustentável. 2 ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2005.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasileira**, Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em 10 de set. de 2020.
- CARDOSO NETO, Nicolau. **Água com qualidade para o Consumo Humano: Normas e sobreposição de competências entre o direito Ambiental e o Direito de Saúde**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- DASHEFSKY, H. S. **Dicionário de ciência Ambiental**. 2 ed. – tradução Eloisa Elena Torres – São Paulo: Gaia, 2001. Título original: Environmental literacy.
- GUERRA, A. T. & GUERRA A. J. T. **Novo dicionário geológico geomorfológico**. 3 ed. Rio de Janeiro: Bertrad Brasil, 2003.
- HESPANHOL, I. **Água e saneamento básico**. in *Águas doces no Brasil; capital ecológico, uso e conservação*. 3 ed, São Paulo: Escrituras Editora, 2006.
- ODUM, E. P. **Fundamentos da ecologia**. 7 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.
- PADILHA, N. S. **Fundamentos Constitucionais do direito ambiental brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- PRIEUR, M. **Droit de l'environnement**. 5 ed. Paris: Dalloz, 2004.
- REBOUÇAS, A. da C. **Água doce no mundo e no Brasil**. in *Águas doces no Brasil; capital ecológico, uso e conservação*. 3 ed. São Paulo: Escrituras Editora, 2006.
- SALATI, E.; LEMOS, H. M. de; SALATI, E. **Água e o desenvolvimento sustentável**. in *Águas doces no Brasil; capital ecológico, uso e conservação*. 3 ed, São Paulo: Escrituras Editora, 2006.
- TUCCI, C. E. M. **Água no meio urbano**. in *Águas doces no Brasil; capital ecológico, uso e conservação*. 3 ed. São Paulo: Escrituras Editora, 2006.
- TUCCI, C. E. M.; HESPANHOL, Ivanildo; CORDEIRO NETTO, Oscar de Moraes. **Cenários da gestão da água no Brasil: uma contribuição para a “Visão Mundial da Água”**, Revista Brasileira de Recursos Hídricos, Volume 5, n 3 Jul/set, 2000.

A governança por números e o princípio da solidariedade como política constitucional para a superação da crise causada pelo COVID19

MARCELINO DA SILVA MELEU

“Como a globalização é uma fonte de interdependência em face de riscos capitais (tecnológicos, ambientais, políticos, sanitários) dos quais nenhum país pode dizer-se a salvo, a organização da solidariedade diante desses riscos adquire uma importância vital em escala planetária” (SUPIOT, 2014, p. 260).

1 Introdução

A pandemia mundial provocada pelo Coronavírus está ressignificando relações, ao menos momentaneamente. A exemplo disso, verificamos que nações e entidades do mundo todo se unem em um objetivo comum, sobrevivência da espécie humana. Até uma impensada trégua no conflito entre Israel e Palestina foi possível, contudo, ainda se observa uma dupla fragmentação da sociedade, especialmente no que tange aos sistemas de saúde e economia, aliada a uma realidade cultural diversificada, que expõe a supremacia dos países do “Norte” sobre os países do “Sul”.

Para romper a essa lógica dominadora, bem como promover o uso correto dos direitos humanos em uma sociedade mundial complexa, se mostra imperiosa a tematização, em todas as áreas do conhecimento, de pautas que promovam alternativas aptas a contribuir para a superação da crise humanitária causada pelo Coronavírus. Para tanto, há de se analisar a influência de governança pautada pelos números e suas consequências no agravamento da pandemia mundial que, paradoxalmente, pode colapsar as relações tanto humanitárias, quanto econômicas.

Em um ambiente dominado por um mercado total que caracteriza a globalização da pós-modernidade, a paralisação social provocada pela pandemia mundial decretada, alimenta discursos pela liberação

da normalidade da atividade econômica, volta dos trabalhadores a seus postos, ao mesmo tempo que, minimizam os efeitos da contaminação pelo COVID19 e a insuficiência da estrutura do sistema de saúde. A globalização como etapa de um processo plurissecular de mundialização deveria (face suas origens, como destaca Alain Supiot) revelar um universo físico humanamente suportável para tornar o nosso planeta um lugar habitável, todavia, ao contrário, aquele movimento ligado a pós-modernidade se caracteriza por promover zonas de indiferenciação, o que justifica analisar a temática Direitos Humanos Fundamentais, a partir de uma concepção de transmodernidade, que para Warat, pressupõe zonas de esperança.

Assim, a presente pesquisa objetiva apresentar uma proposta voltada à referida zona de esperança, que pressuponha o uso correto dos direitos do homem, a partir de uma perspectiva jurídica de diferenciação e alteridade, por intermédio de uma revisitação ao princípio da solidariedade, com vistas a concretizar uma composição desse Direito Humano Fundamental, que respeite interesses do Sul e do Norte, do Ocidente e Oriente, em um cenário globalizado, concebendo o direito e o direito fundamental da solidariedade em particular como instrumento prescritivo que se transforma em instrumento descritivo da realidade, daí a importância em estabelecer seus pressupostos.

O trabalho se organiza em duas partes, sendo uma voltada à análise da fragmentação da sociedade mundial evidenciada pela crise econômica-sanitária causada pelo COVID19 e identificação do uso correto dos direitos do homem e de políticas constitucionais, e outra, envolvendo o estudo da governança por números e da solidariedade como um princípio jurídico para a superação daquela crise.

Para o desenvolvimento do trabalho, se utilizou do método sistêmico preconizado por Niklas Luhmann, que não é indutivo nem dedutivo, uma vez que pretende descrever os sistemas sociais (aberto e fechado) e sua relação com o ambiente, portanto, uma observação da complexidade social²⁹. Como procedimento, a investigação buscará o aprofundamento teórico do estudo, por meio de pesquisa bibliográfica.

2 A fragmentação da sociedade mundial evidenciada pela crise

²⁹ Sobre o método sistêmico consultar MEZZAROBBA e MONTEIRO (2009, p. 76-84).

econômica-sanitária causada pelo COVID19: do uso correto dos direitos do homem às políticas constitucionais

Em recente trabalho, analisando os efeitos sociais causados pelo COVID19, Boaventura de Sousa Santos (2020, n/p) ressalta que “[...] a ideia de crise permanente é um oxímoro, já que, no sentido etimológico, a crise é, por natureza, excepcional e passageira, e constitui a oportunidade para ser superada e dar origem a um melhor estado de coisas”, todavia, o sociólogo português adverte que em termos de crise, vivenciamos a normalidade da exceção em que prepondera, principalmente no campo econômico, uma crise permanente que se torna a causa que justifica tudo.

Deste modo, “[...] a crise financeira permanente é utilizada para explicar os cortes nas políticas sociais (saúde, educação, previdência social) ou a degradação dos salários” (SANTOS, 2020, n/p), daí porque, a constatação do professor português, de que o objetivo dessa crise permanente não é ser resolvida ou superada. Mas qual a lógica disso? Santos indica duas causas: a primeira, consiste em uma legitimação da concentração de riqueza e, a segunda reside no boicote de medidas eficazes para impedir uma catástrofe ecológica.

Centrando a atenção na primeira causa que objetiva deixar irresoluta a crise financeira permanente na sociedade e, desta forma, manter a legitimação da concentração de renda, se observa, acompanhando Gunther Teubner (2016), a insistência de algumas correntes em promover uma constituição econômica autônoma diante da política contrária de constitucionalização de uma sociedade típica do Estado Social. Além disso, procura incorrer “[...] no equívoco de se querer atingir uma integração da sociedade buscando institucionalizar, em todos os âmbitos da sociedade, mecanismos de mercado e a lógica da concorrência” (TEUBNER, 2016, p. 73-74).

Tal perspectiva, deixa em aberto regras para a efetivação dos direitos fundamentais, bem como, de regras para a limitação das dinâmicas econômicas expansivas. Porquanto, apesar de atentar para a limitação do poder econômico nos cartéis e monopólios, oculta efeitos dramáticos da expansão econômica no âmbito social, posto que, “[...] não apresenta uma resposta para o verdadeiro problema dos direitos fundamentais de uma constituição econômica, nem sequer o tematiza, a saber: ameaça à integridade individual e institucional por parte da racionalidade econômica” (TEUBNER, 2016, p. 75).

Com a crise econômica-sanitária mundial provocada pelo

COVID19, se acirra a fragmentação da sociedade, especialmente vinculada às tensões envolvendo uma governança por números; prescrições de direitos humanos fundamentais e contradições das diferentes culturas do mundo. Evidenciase assim, no que tange, especificamente à crise ora suscitada, uma “dupla fragmentação da sociedade”³⁰, a fragmentação dos sistemas funcionais economia e saúde e a fragmentação das culturas regionais, que acaba originando conflitos.

Antes da eclosão da pandemia, Gunther Teubner já apontava a necessidade de uma “reforma fundamental de uma ordem constitucional que já existe” e “do desenvolvimento, na sociedade mundial, de formas próprias de *governance* política”, a qual “é definida como o resultado de intervenções sociais, políticas e administrativas, nas quais atores públicos e privados solucionam problemas sociais” (2016, p. 36-37). Assim, acompanhando a necessidade de ressignificação, no plano constitucional, do papel dos atores sociais, descrita por Teubner, optamos, para fins de enfrentamento dos conflitos originados pela dupla fragmentação da sociedade já referida, apontar a necessidade de fomentar políticas constitucionais, para fins de efetivar direitos humanos fundamentais.

Para tanto, importa destacar o uso correto dos direitos humanos, porquanto, para uns, os Direitos Humanos fornecem ao mundo globalizado um arsenal que confere as tábuas da lei universal de que ele precisa. Todavia, como destaca Supiot (2007, p. 232), parcela da sociedade mundial destaca que o referido arsenal só atende aos direitos do *homem branco*, ou dito de outra maneira, somente visam a legitimação da dominação do Ocidente sobre o resto do mundo.

Lembrando Tocqueville (2004), importa destacar que não há sociedade próspera, ou que subsista sem crenças semelhantes. E, “é no terreno das crenças que se coloca a questão dos direitos humanos” (SUPIOT, 2007, p. 232), no sentido de compartilhamento de um mundo ordenado por leis que o homem (ateu e não ateu) pode conhecer e observar. Tal compartilhamento, além de levar em consideração apenas as premissas colocadas pela sociedade Ocidental, em determinado momento se vinculou a um fundamentalismo. Para uma reflexão sobre os valores comuns da humanidade, deve-se evitar todo e qualquer fundamentalismo³¹, em razão de seu distanciamento à

³⁰ Gunther Teubner trata de conflitos causados pela dupla fragmentação da sociedade mundial, quando retrata, entre outras, anteriormente citadas em sua obra, as colisões interculturais. (TEUBNER, 2016, p. 289).

diferenciação verificada em todas as suas concepções. Neste sentido, convém destacar que a interpretação fundamentalista dos direitos do Homem, como alerta Supiot (2007, p. 241-255), pode assumir três faces distintas (messianismo; comunitarismo e cientificismo), que vão impactar nas relações Norte/Sul.

Desta forma, a interpretação fundamentalista dos direitos do Homem coloca os países “aquém EUA” diante de uma encruzilhada onde escolhem transformar-se, renunciando ao que são ou permanecer como são, renunciando a qualquer transformação (SUPIOT, 2007, p. 255). Daí vem a justificativa de inúmeros movimentos sociais pregando o retorno à uma mítica pureza identitária, mesmo com todos os efeitos contrários que isso causaria.

É preciso conceber, acompanhando Supiot (2007), os direitos do Homem em *corpus* dogmático, em recurso comum da humanidade, para permitir engendrar uma outra visão, que não uma atroz, da questão de valores num mundo *globalizado*, além de abrir vias de uma hermenêutica dos direitos do Homem possível a todas as civilizações, sem que se precise regredir com seus valores, cedendo a uma interpretação fundamentalista. Visto como um recurso comum da humanidade, os direitos do Homem seriam abertos a contribuição das mais diversas civilizações.

Essa qualificação de recurso comum levaria em conta o modelo difundido do Estado e o reconhecimento dos direitos do Homem no âmbito internacional. Acolhidos por uma significativa maioria de Estado, os direitos do Homem não seriam mais entregues a interpretação única dos países ocidentais e isso romperia com os preceitos do Ocidente, de unir seu mercado entre os grupos que lhe convém, excluindo os demais. Para que consista em um recurso comum, é necessário que os direitos do Homem se tornem passíveis da apropriação de todos, pois é essa apropriação que possibilitará que se mantenha o respeito à natureza de cada civilização. (SUPIOT, 2007, p. 230-232)

Para concretizar a esperança de uma composição de Direitos Humanos, que revele a inclusão das perspectivas do Sul e Norte, do

³¹ Para Supiot (2007, p. 241-244), o fundamentalismo é uma doutrina datada do final do século XIX nos meios tradicionalistas americanos que se caracteriza pela interpretação literal das Escrituras e se opõe a um liberalismo teológico (oriundo de Deus e da crença divina). Tal doutrina se equipara hoje ao fundamentalismo islâmico que leva ao pé da letra o Alcorão (livro sagrado do Islã) e a Suna (caminho trilhado pelo profeta).

Ocidente e Oriente, em um cenário globalizado, importa conceber os direitos fundamentais e o direito constitucional em particular, em instrumento prescritivo que se transforma em instrumento descritivo da realidade, porquanto, nessa se encontra a essência de um novo olhar para a efetivação dos Direitos Humanos, dado que, “de nada servirão as definições jurídicas, que podem ser aplicadas a todos os papéis assinados pelo povo [...] proclamando-as ‘constituições’, seja qual for seu conteúdo, sem penetrarmos na sua essência” (LASSALLE, 2012, p. 13).

Para enfrentar uma interpretação jurídica, que busque a essência dos Direitos Humanos e o papel da solidariedade, enquanto direito fundamental de terceira dimensão^{32,33}, com vistas à proteção de grupos humanos (povo, nação), se insere aqui a proposta do estudo do Direito e a concretização dos direitos fundamentais como “política constitucional”.

Gustavo Zagrebelsky (1992, p. 8) afirma que o Direito é um conjunto de materiais de construção, porém a construção em concreto não é obra da Constituição enquanto tal, mas de uma ‘política constitucional’ que se aplica às possíveis combinações destes materiais e, que significa estudar não apenas as técnicas jurídicas e disciplinares de interpretação e aplicação das disposições constitucionais (como “*normatividade constitucional*”, segundo a fórmula de H. Heller), mas sobretudo as políticas, de qualquer conteúdo e nível (privado, comercial, tributário, cultural, pedagógico, econômico, local, nacional, supranacional, internacional etc.), que contribuem para promover ou condicionar a atuação das Constituições e, portanto, do Direito, como desenhos da convivência civil (como “*normalidade constitucional*”, segundo H. Heller) e da vida em comunidade (MELO; CARDUCCI; SPAREMBERG, 2016).

Para Carducci (2013), a “*política constitucional*” não é outra coisa que não o conjunto de ações e atividades práticas, culturais, educativas, sociais, comunicativas, jurisprudenciais, legislativas, econômicas,

³² Acompanhando a uma concepção mais moderna e os críticos à terminologia “geração”, por não vinculá-lo a um processo acumulativo, de substituição gradativa de uma geração pela outra.

³³ A Constituição Federal Brasileira, “foi a primeira a utilizar as expressões Direitos e Garantias Fundamentais como abrangendo as diversas espécies de direitos”. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 296). Pérez Luño, ressalta que, o termo direitos humanos acabou tendo contornos mais amplos e imprecisos que a noção de direitos fundamentais. (PÉREZ LUÑO, 1995).

políticas, que alimentam práxis de uso das regras e princípios jurídicos, em geral, e constitucionais em particular, *mas sobretudo a unidade do sentido da Constituição no seu conjunto*, uma vez que, a “*política*” é um conjunto de práticas sociais, de indivíduos, movimentos, associações, através das quais é criada uma ordem de convivência, em razão de compartilhamentos gerais fundados sobre informações autonomamente adquiridas e convergentes nas finalidades, que também pode conter ameaças de eficácia excludente de direitos fundamentais, advindas não somente da política, mas “de todos os subsistemas autônomos que dispunham de uma dinâmica expansiva própria” (TEUBNER, 2016, p. 254).

Tal política, para a pretensão do presente trabalho, deve revelar “uma teoria dos direitos fundamentais sociologicamente fundada, que compreende os direitos fundamentais como instituição” (TEUBNER, 2016, p. 297), bem como, um distanciamento da tradição metodológica ainda hoje dominante nos sistemas romano-germânicos, que partindo de uma base hegeliana, confere ao Estado centralidade no discurso constitucional. Ou seja, acompanhando Paulo Otero (2007), tal proposta assume o compromisso de fazer uma leitura personalista do fenômeno constitucional, onde as instituições encontram na pessoa humana viva e concreta, o fundamento do Poder Político e da Constituição³⁴. Neste ambiente, a Constituição é fruto de uma longa investigação em torno da articulação entre a história da filosofia político-constitucional e a evolução da tutela jurídico-constitucional da pessoa humana.

Como destaca Canotilho (2003, p. 1.370), só um modelo político de Estado de Direitos Humanos, alicerçando a edificação de uma democracia humana, permite no presente, uma garantia jurídico-constitucional eficaz dos direitos fundamentais inerentes ao ser humano, tendo em vista que, o dilema da modernidade é a proposta de elaboração de uma racionalidade de um mundo, que se sabe que não se pode observar completamente devido a sua diferenciação³⁵.

³⁴ Para Canotilho, um traço característico do chamado constitucionalismo global reside na “tendencial elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos”. (CANOTILHO, 2003, p. 1370).

³⁵ De acordo com Martuccelli, a sociologia possui três matrizes principais: a diferenciação social, a racionalização e a condição moderna. A partir dessas matrizes, elabora-se o contraponto da modernidade desde a chamada crítica pós-moderna. É dentro desse vasto campo analítico que se pode introduzir a obra de Niklas Luhmann nas ciências sociais. Para Martuccelli, Luhmann se insere no caminho aberto por

Aliás, contrariando o modelo social proposto por Rousseau, Tocqueville (2004) não despreza a diferenciação, assumindo que em vez de destruir o espaço entre as pessoas, completa-o com instituições públicas que reúnem as pessoas em suas diferentes capacidades, que tanto as separam como as vinculam³⁶.

Portanto, uma racionalidade de mundo que leve em conta sua diferenciação, pressupõe uma análise policontextual das relações e dos sujeitos envolvidos³⁷, para fins de uma possível solução para efetivação dos Direitos Humanos no cenário internacional, tendente à afastar os meios de opressão e afastamento, gerando no indivíduo um sentimento de pertencimento e não de exclusão, já que, no campo do direito privado, por exemplo, “os direitos fundamentais não podem ser limitados à proteção das esferas individuais de atuação, mas necessitam de uma ampliação para a garantia da pluralidade dos discursos” (TEUBNER, 2005, p. 291).

Tal reflexão visa contrapor à ideia de que os direitos humanos se transformaram em um ‘mito concretizado’ nas sociedades pós-modernas, porquanto, como alerta Costas Douzinas (2009, p. 384), naquelas, muitos ainda “sofrem violações em maior ou menor grau nas mãos dos poderes que proclamaram seu triunfo”. Observar tal paradoxo, pelas lentes do direito pressupõe tematizações a partir de propostas teóricas de observações orientadas na diferenciação (CLAM, 2006, p. 117).

Émile Durkheim, denominado de diferenciação social. Na mesma linha, destacam-se Talcott Parsons e Pierre Bourdieu. Porém, entende-se que, além dos aspectos da relação entre diferenciação e integração de Durkheim, existem claros pontos de contato com as ideias de racionalização de Weber, Foucault e Habermas. A modernidade se relaciona, nessa ótica, com uma reflexão que jamais consegue conciliar dois projetos simultâneos: de um lado, a vontade de produzir modelos estáveis da realidade social, e, de outro, a consciência de que a situação social sempre é indeterminada, e o mundo, irrepresentável. (MARTUCCELLI, 1999).

³⁶ Autores vinculados a tradição republicana, como Michael Sandel, afirmam que as instituições públicas de que falava Tocqueville, incluem assembleias públicas, as escolas, as religiões e as ocupações capazes de proteger a virtude (aqui entendida como um bem comum). (SANDEL, 1996, p. 320-321). Entre o rol de virtudes daqueles pensadores, Roberto Gargarella inclui: “a igualdade, a simplicidade, a honestidade, [...] o amor à justiça, [...], a solidariedade e, em geral, o compromisso com o destino dos demais”. (GARGARELLA, 2008, p. 187).

³⁷ Com participação conjunta – face o reconhecimento da diferenciação - de entidades privadas, governos e tribunais, porquanto, “a separação de funções entre governo responsável por políticas públicas e tribunais julgadores de litígios entre entidades públicas e privadas pode obrigar a novas precisões dogmáticas sobre as *‘political questions’*”. (CANOTILHO, 2008, p. 268).

Na diferenciação, ou alteridade na proposta teórica de Luis Alberto Warat (uma vez que, de fato, se fizer um sobrevoos sobre a obra de Warat, constatar-se-á que ela é atravessada por uma discussão profunda e sofisticada dos direitos humanos, pelos afetos, pelos amores e solidariedade entre as pessoas), “os direitos humanos devem deixar de serem vistos desde uma perspectiva exclusivamente normativista” (WARAT, 2010, p. 112), com vistas a um pensamento a partir de “outros lugares menos carregados de certezas, menos propensos a veicular ideias convencionais, como se fossem convencionadas desde sempre, e por tanto verdades e não mais convenções” (WARAT, 2010, p. 113). Ou seja, pensar os Direitos Humanos, enquanto expressões de um clamor do ser humano diante de uma existência sistêmica, que se encontra comprometida com outros interesses que não os atinentes aqueles direitos, respeitando o outro em sua plenitude).

Para que seja possível abrir a interpretação dos direitos do Homem à contribuição de todas as civilizações, Supiot (2007, p. 240-241) aponta que seria necessária a criação de mecanismos institucionais próprios, com vistas a favorecer uma negociação básica entre os sistemas dogmáticos, dado que estes não dialogam, somente negociam, além de dotar de força jurídica todos os acordos que daí resultarem. A globalização somente será viável, se estruturada de forma a compreender a unificação da diversidade dos povos, de forma a alimentar suas diferenças e não as padronizar.

A dimensão social da globalização será apenas uma fachada, se mecanismos institucionais não forem criados para permitir que os países do Sul pleiteiem sua própria forma de conceber os direitos do Homem, em oposição a interpretação dos países do Norte. Quando um país do Norte institui um sistema que prejudicará de qualquer forma algum país do Sul, é necessário que este último possa recorrer a garantias internacionais, para poder defender seus direitos e obter a reparação necessária. Deve-se permitir que as minorias lesadas possam socorrer-se do Direito como arma contra aqueles que o utilizam para exploração e ludibriação dos mais fracos. Para isso, é preciso dar um lugar a hermenêutica dos direitos do Homem no cenário internacional de trocas, permitindo assim, que sob o crivo de uma organização internacional competente, houvesse uma representação equilibrada de diferentes culturas, em causa, num provável litígio. (SUPIOT, 2007, p. 240-241).

Esta razão Ocidental levou Luis Alberto Warat, nos anos 90,

prever uma sociedade indiferente, uma vez que, em sua observação, “la razón moderna creó las condiciones de producción del otro. La virtualidad pós-moderna creará (todo lleva a suponer) las condiciones de la supresión del otro” (1997, p. 12). Desta forma, para Warat, a pós-modernidade se caracteriza por promover zonas de indiferenciação. Contrapondo tal concepção, a transmodernidade se revestiria de zonas de esperança.

As políticas de enfrentamento da pandemia causada pelo COVID19, por parte dos estados nacionais, em regra, acirram zonas de indiferenciação, de supressão do outro, que deixa de ser considerado individualmente em sua essência, para integrar estatísticas envoltas em uma governança por números, de viés utilitarista³⁸, que não apresenta caminhos sólidos para a superação da crise pandêmica. Nesse contexto, a solidez pode residir no instituto da solidariedade, uma vez que, “[...] a globalização é uma fonte de interdependência em face de riscos capitais (tecnológicos, ambientais, políticos, sanitários) dos quais nenhum país pode dizer-se a salvo, a organização da solidariedade diante desses riscos adquire uma importância vital em escala planetária” (SUPIOT, 2007, p. 260).

3 Da governança por números à solidariedade como um princípio jurídico para a superação da crise provocada pelo COVID19

A governança global ocupa uma posição de destaque em favor da gestão estatal: governança, a sociedade civil, a subsidiariedade, flexibilidade, capital humano, entre outros, são características da governança pelos números. Atualmente, o poder não está mais ligado ao governo soberano, mas à governança eficaz, fator preocupante pois da mesma forma que a globalização visa o fator lucro, este modelo de governança pelos números trabalha com uma lógica de mercado, ou seja, o poder faz parte deste “processo de globalização”

³⁸ Na perspectiva criada por Jeremy Bentham no séc. XVIII e após, tematizada por James Mill e seu filho, John Stuart Mill. “No plano político, a lógica do bom governo reside na sua finalidade: propiciar a maior felicidade possível aos seus cidadãos. Em cada ação dos governantes é possível apreender-se a *utilidade* de seus resultados, avaliados pelo grau de satisfação obtida no seio da sociedade. Economistas, em certos sentidos, parecem utilitaristas, mas eles não pretendem julgar as necessidades das pessoas na vida social, nem mesmo saber se eles querem a felicidade”. (BARRETO, 2006. p. 838).

(SUPIOT, 2007, p. 184).

Hordienamente, a sociedade acirrou a exploração da divisão do trabalho e, em consequência, sua governança baseada em números - que não tem outro propósito senão o do lucro - e atribuiu de forma, em regra exclusiva ao mercado, a função de reduzir a pobreza, fazer a inclusão dos excluídos, distribuir renda, entre outros. Esse modelo de governança por números conduzido pela lógica de mercado, volta-se a perspectivas do utilitarismo, que “procura mostrar-se como uma ciência de moralidade baseada da quantificação” (SANDEL, 2016, p. 55).

Para Valadão (1943, p. 53-54), esta lógica não enfrenta, de modo satisfatório a questão social, originada da crise na organização econômico-social de meados do século XIX, e que incentivou pensadores católicos no estudo, com vistas a soluções baseadas na caridade cristã e não somente nas leis humanas. A doutrina originária deste estudo resultou na expressão justiça social (FERRAZ JUNIOR, 2005, p. 221)³⁹. Também “desenvolvida pela sociologia e pela teoria política no fim do século XIX, a solidariedade ali tematizada, oferecia uma base satisfatória aos que pretendiam remediar os excessos do individualismo sem ressuscitar as comunidades paroquiais, religiosas ou corporativas da era pré-industrial” (SUPIOT, 2014, p. 141).

Assim, é na perspectiva de cidadania e justiça social que a solidariedade é aqui abordada, todavia, acompanhando a concepção de Supiot (2014, p.141), onde a solidariedade se distingue tanto da caridade, quanto do seguro, ou seja, tanto dos ideais de caridade cristão, quanto daquela originada das obrigações baseadas no direito romano, especialmente para indicar pluralidade de credores (solidariedade ativa) ou de devedores (solidariedade passiva).

Assentada no Direito Social e assim vinculada ao direito das obrigações, bem como, baseada na preservação dos princípios da igualdade e da liberdade individual, a noção se desenvolveu a ponto de, em certos países, se tornar o único princípio geral ao qual a seguridade social é imputada. Este modelo colocou a solidariedade sob a égide do Estado, com o objetivo de “instituir no centro de uma coletividade humana um pote comum, no qual cada um deve depositar de acordo com suas capacidades e, depois, esvaziar, de acordo com suas necessidades” (SUPIOT, 2014, p. 142).

³⁹ Para Haroldo Valladão (1943, p. 4), o princípio cristão do amor ao próximo implica na necessidade de ajuda ao semelhante, de modo a fazer surgir uma nova justiça, a justiça social.

Ocorre que “não é mais suficiente instituir os sistemas nacionais de seguridade social, é preciso, além disso, ligá-los aos outros círculos de solidariedade que a prática traça além e aquém do quadro nacional” (SUPIOT, 2014. p. 147), isto porque, a solidariedade não pode ser definida como divisor do mundo, onde de um lado estão os que dão e de outro os que recebem, pelo contrário, todos devem contribuir, e da mesma forma poderão se beneficiar desta contribuição conforme suas necessidades. Expressão de igual dignidade entre os homens, a solidariedade atua como um freio a extensão da lógica mercantil (entre outras consequências advindas da globalização), porquanto, a organização da solidariedade é uma questão de futuro que se coloca em qualquer sociedade, que poderá conter “os efeitos de desestruturação social ligados à mundialização (SUPIOT, 2007 p. 265).

Aliás, como ressalta Farias (1998), desde o final do século XIX a solidariedade passa a não mais se confundir com caridade ou com filantropia. Essa diferenciação, face as raízes sociológicas da solidariedade são postas com maior rigor por Emile Durkheim (2008), que elabora o conceito de solidariedade social, procurando mostrar como se constitui e se torna responsável pela coesão entre os membros dos grupos, e de que maneira varia segundo o modelo de organização social, de acordo com a divisão do trabalho. Para Durkheim, há duas consciências, sendo uma comum com todo o nosso grupo e outra individual, que nos representa no que temos de pessoal e distinto.

Desta forma, Durkheim (2007), aponta para uma consciência coletiva existente na sociedade independente da consciência individual, mas integrada por um conjunto desta, um sistema de ideias, sentimentos e de hábitos que exprimem em nós o grupo ou os grupos diferentes de que fazemos parte. Quanto mais extensa é a consciência coletiva, mais coesão se observa na sociedade, uma vez que, na medida em que o indivíduo participa da vida social, supera-se a si mesmo⁴⁰.

⁴⁰ O autor adverte, porém que “[...] a consciência moral da sociedade não é encontrada por inteiro em todos os indivíduos e com suficiente vitalidade para impedir qualquer ato que a ofendesse, fosse este uma falta puramente moral ou propriamente um crime. [...]. Uma uniformidade tão universal e tão absoluta é radicalmente impossível [...] mesmo entre os povos inferiores, em que a originalidade individual está muito pouco desenvolvida, esta não é, todavia nula. Assim então, uma vez que não pode existir sociedade em que os indivíduos não divirjam mais ou menos

O sociólogo francês ainda destaca, que é nas sociedades onde se desenvolve uma divisão do trabalho, que a consciência comum passa a ocupar uma reduzida parcela da consciência total, permitindo o desenvolvimento da sociedade. (DURKHEIM, 2008) Dito de outra forma, estabelece um aparente paradoxo, qual seja, quanto mais o meio social se amplia, menos o desenvolvimento das divergências privadas é contido, mantendo assim, uma coesão, uma vez que, a diferenciação social não a diminui, o que revela uma solidariedade ainda mais forte, que assim, se funda na interdependência e na individualização dos membros que compõem a sociedade, como ocorre analogicamente com a atração que aproxima um casal que se completam e formam um todo através de sua união.

É por compreender que quando o “sociólogo empreende a exploração uma ordem qualquer de fatos sociais, ele deve esforçar-se em considerá-los por um lado em que estes se apresentem isolados de suas manifestações individuais” (DURKHEIM, 2007, p. 37), que o autor estuda a solidariedade social, suas formas diversas e sua evolução através do sistema das regras jurídicas que as reproduz. Assevera que “o laço de solidariedade que une a causa ao efeito tem um caráter de reciprocidade que não foi suficientemente reconhecido” (DURKHEIM, 2007, p. 74). Em que pese, no seu entender, o efeito não poder existir sem sua causa, mas esta, por sua vez, tem necessidade de seu efeito.

Mas, neste cenário, como enfrentar os efeitos negativos ligados à globalização?

A globalização neste caso, não é um fenômeno radicalmente novo, mas pode ser considerada como a última etapa de um processo plurissecular de mundialização⁴¹ cujas origens pode-se remontar ao renascimento e a conquista do novo mundo, como descreveu Alain Supiot (2007, p. 231), posto que, a missão da “mundialização [...] é fazer universo físico humanamente suportável para tornar o nosso planeta um lugar habitável”. Em outras palavras, mundializar é dominar as diferentes dimensões do processo de globalização.

do tipo coletivo, é inevitável também que, entre estas divergências existam algumas que apresentam caráter criminoso”. (DURKHEIM, 2007, p. 60).

⁴¹ Em outro sentido, Paulet, a partir das lições de Jacques Alda, considera a mundialização como sendo a “abolição do espaço mundial, sob o domínio do capitalismo, com o desmantelamento das fronteiras físicas”, de outro lado, a globalização conduz uma realidade onde a diversidade é crescente e mascarada por técnicas uniformes. (PAULET, 2009, p. 33).

A globalização moderna fomentou e acirrou a governança baseada em números - que não tem outro propósito senão o do lucro - e atribuiu ao mercado, a função de reduzir a pobreza, fazer a inclusão dos excluídos, distribuir renda, entre outros. Esse modelo conduzido pela lógica de mercado mostra-se insustentável. Os resultados decorrentes desta lógica ampliaram a desigualdade social, a exploração desordenada das reservas naturais, bem como, através de suas políticas não inclusivas a globalização gerou instabilidade socioeconômica e política nos países periféricos.

Na atual pandemia causada pelo COVID19, também se observa uma lógica perversa, países economicamente mais vulneráveis enfrentam a concorrência desleal dos mais ricos para compra e importação de respiradores, além de não conseguir produzir internamente os equipamentos na escala necessária para enfrentar a crise sanitária. O sistema de saúde e a distribuição de medicamentos e testes nos países periféricos também não se equipara aos mais ricos. Ou seja, como alerta Duarte (2020), em um momento em que deveria haver maior cooperação, o que se vê é a maior competição.

Neste cenário, aponta Alain Supiot (2007, p. 260), que o princípio da solidariedade é

de grande atualidade, já que, como a globalização é uma fonte de interdependência em face de riscos capitais (tecnológicos, ambientais, políticos, sanitários) dos quais nenhum país pode dizer-se a salvo, a organização da solidariedade diante desses riscos adquire uma importância vital em escala planetária.

Inegável assim, que a complexidade social não trabalhada por Durkheim, aumenta exponencialmente com o advento do que se denominou globalização, o que leva a um reexame da concepção de solidariedade, para fins de destacar a sua contribuição para a superação e controle dos efeitos negativos sociais ligados a mundialização. Esta forma de controle pode ocorrer através do reconhecimento, da afirmação, bem como da proteção dos Direitos Humanos, visto que, a sociedade mundial é atingida pela abertura das fronteiras e liberalização de trocas mundiais, ocasião em que a solidariedade deixa de ser considerada apenas um meio de proteção dos homens contra os riscos e sua própria existência, mas também traz a garantia de que eles possam exercer determinadas liberdades (SUPIOT, 2007, p. 265).

Além de ser utilizada como base para a existência de regras que se voltem contra a mercantilização e objetificação do homem, a

solidariedade neste caso, luta contra a desconstrução dos Direitos Humanos frente a sociedade globalizada. Tal revisitação do conceito de solidariedade, propõe aferir responsabilidades que podem auxiliar para superar a utopia de um mundo governado por cálculo, auxiliando uma pacífica convivência social mundializada. Nesse sentido, Supiot destaca que

A utopia de um mundo inteiro governado por cálculo econômico, por um lado, e a devolução de quaisquer paixões de identidade, por outro lado, são apenas duas faces da mesma moeda. Solidariedade foi um meio, entre outros para representar o que mantém as pessoas juntas. Mas posta em perspectiva comparativa, ajuda a compreender outras representações possíveis do laço social. O conceito moderno de solidariedade, forjada para uma tipologia de formas de sociabilidade, ganhou alguma independência diante da cultura legal que ela nasceu. Com algumas precauções, poderia, assim, participar de um vocabulário comum para pensar sobre a globalização.⁴²

Portanto, é de inarredável importância revisitar a noção de solidariedade, dual, porquanto, ativa e passiva, como propõe Alain Supiot (SUPIOT, 2007, p. 234-236), porque, mesmo a globalização sendo uma fonte de interdependência entre Estados face a riscos maiores, esse princípio não é visto na Declaração Universal de 1948 como meio de importância vital da organização dos Estados, porque assume a forma de direitos individuais, ao passo que, na Declaração Africana, por exemplo, se vê esse princípio ligado a um dever do indivíduo. A solidariedade então manifesta-se na Declaração Universal, como um crédito do indivíduo sobre a sociedade e como uma dívida do indivíduo para a sociedade na Declaração Africana. Ambos, crédito e débito, estão intimamente ligados, mas, enquanto a solidariedade tradicional se enuncia no âmbito das relações pessoais, o preço da solidariedade moderna é pago à órgãos anônimos, sejam

⁴² Tradução livre de nossa parte, do original: “ L'utopie d'un globe tout entier régi par le calcul économique, d'une part, et le retour de toute les passions identitaires, d'autre part, ne sont que les deux pinces d'une même tenaille. [...] La solidarité n'a été qu'une manière parmi d'autres de représenter ce qui fait tenir les hommes ensemble. Mais une fois mise en perspective comparative, elle aide à comprendre d'autres représentations possibles du lien social. Le concept moderne de solidarité, forgé pour dresser une typologie des formes de la sociabilité, a acquis une certaine indépendance vis-à-vis de la culture juridique qui l'a vu naître. Moyennant certaines précautions d'emploi, il pourrait donc participer d'un vocabulaire commun pour penser la mondialisation”. (SUPIOT, 2015, p. 7-34).

estes caracterizados pelo Estado ou por regimes de Segurança Social. O direito social veio a se apropriar do conceito de solidariedade, concebendo-o inicialmente no direito civil como meio de pensar uma obrigação coletiva que não fosse fundada em consentimento individual, e após, a partir de uma relação entre credores e devedores, para posteriormente caracterizá-la como uma relação institucional. A solidariedade institucional quando expandida aos Estados é dotada de forças e fraquezas. Sua força se dá na libertação dos indivíduos de seus vínculos pessoais e sua fraqueza se dá na exaltação da individualidade que faz desaparecer toda relação direta e pessoal que fortalece a solidariedade.

Romper com uma noção de sociedade mundializada dotada de indivíduos autossuficientes sem vínculos de solidariedade, e rumar em direção à capacidade de se retirar do princípio da solidariedade formas de evoluir na interpretação dos direitos do Homem, reformulando assim, a interpretação de solidariedade, permitirá a contribuição de todos os países por ela afetados, além de revelar um olhar voltado ao uso correto dos direitos do homem.

Assim, para a efetivação dos Direitos Humanos, é necessário pensar formas de revisitação do princípio da solidariedade, concretizando os elementos dos Direitos da Alteridade⁴³ e, assim, materializando o uso correto dos direitos do Homem. Pode tal proposta parecer utópica, mas recordando Douzinas (2009, p. 384) “o fim dos direitos humanos chega quando eles perdem o seu fim utópico”.

4 Conclusão

Em conclusão parcial é possível constatar que, se de um lado, os Direitos Humanos fornecem ao mundo globalizado um arsenal que confere as tábuas da lei universal de que ele precisa, de outro, tal arsenal só atende aos direitos de parcela da sociedade mundial, de modo a legitimar a dominação do Ocidente sobre o resto do mundo.

⁴³ Para Warat os pressupostos dos Direitos da Alteridade compreendem: “a) direito a não estar só; b) direito ao amor; c) direito à autonomia, encontro com a própria sensibilidade; d) direito à autoestima; e) direito a não ser manipulado; f) direito a não ser discriminado, excluído; g) direito a ser escutado; h) direito a não ficar submisso; i) direito a transitar à margem dos lugares comuns, os estereótipos e os modelos; j) direito a fugir do sedentarismo como ideologia e retomar a pulsão de errância; l) direito à própria velocidade; à lentidão”. (WARAT, 2010, p. 117).

Para os dominadores, a percepção dos direitos humanos revela um ‘mito concretizado’ e assim, não se discute sua efetivação. Ocorre que, em que pese o entendimento daqueles, se verifica, em pleno século XXI, violações em maior ou menor grau, uma vez que, com a globalização moderna a sociedade acirrou a exploração da divisão do trabalho e, em consequência, uma gestão de governança baseada em números, exclusivamente para atender ao mercado.

Tal modelo mostra-se insustentável do ponto de vista dos Direitos Humanos, porquanto, os resultados decorrentes desta lógica ampliaram a disparidade entre a classe alta e a classe baixa, além da exploração desordenada das reservas naturais, bem como, através de suas políticas não inclusivas, a globalização gerou instabilidade socioeconômica e política nos países periféricos.

Essa instabilidade cresceu exponencialmente com o advento do COVID19 e seus reflexos nos sistemas econômico e de saúde todas as nações. Nesse sentido, a crise foi democrática, não distinguiu nenhum país, todavia, as superpotências econômicas, em um egoísmo marcado pela governança por números, depois de adquirirem quase todos os estoques de testes e respiradores, travam uma luta vaidosa entre si para a obtenção da primeira vacina contra o vírus, chegando a desprezarem etapas importantes dos métodos científicos, o simbolismo da supremacia parece importar mais.

Enquanto tentam criar as suas próprias vacinas, “os países mais ricos do mundo, que têm apenas 13% da população global, já compraram mais da metade (51%) das doses das vacinas contra a covid-19 em desenvolvimento, e as grandes empresas farmacêuticas que estão na corrida para lançar o produto já fazem as contas de quanto vão lucrar. Enquanto isso, dezenas de países e centenas de milhões de pessoas, especialmente as mais pobres, poderão ficar sem a vacina até pelo menos 2022”⁴⁴.

Tal cenário força uma reflexão sobre os valores partilhados pela sociedade mundial, que evite todo e qualquer fundamentalismo, seja baseado em um messianismo, um comunitarismo ou cientificismo. Uma interpretação dos direitos do Homem, que o conceba em *corpus* dogmático, um recurso comum da humanidade, para permitir engendrar uma outra visão, que possibilite uma hermenêutica dos direitos do Homem possível a todas as civilizações, sem a necessidade

⁴⁴ Como alerta a Oxfam Brasil. Disponível em: <https://www.oxfam.org.br/noticias/paises-ricos-ja-compraram-mais-da-metade-do-suprimento-futuro-da-vacina-contracovid-19/> Acesso em 18.09.2020

de regredir com seus valores ao ceder a uma interpretação fundamentalista.

Todavia, para que seja possível abrir a interpretação dos direitos do Homem à contribuição de todas as civilizações, seria necessária a criação de mecanismos institucionais próprios para favorecer a negociação básica entre os sistemas dogmáticos, de modo a respaldar um universo físico humanamente suportável para tornar o nosso planeta, ou seja, um lugar habitável, repudiando assim, um modelo que promova zonas de indiferenciação, como faz a pós-modernidade, e fortalecendo uma proposta que promova zonas de esperança, como a noção de transmodernidade trazida por Warat.

Como um dos mecanismos possíveis, aponta-se, acompanhando Supiot, a revisitação ao princípio da solidariedade, com vistas a concretizar uma composição de Direitos Humanos, que revele a inclusão das perspectivas do Sul e Norte, do Ocidente e Oriente, de crédito como forma de direitos individuais (como expresso na Declaração Universal de 1948) e de débito, posto que, imponha ao indivíduo o dever de preservar e fortalecer a solidariedade social e nacional (como dispõe a Declaração Africana).

Tal proposta pressupõe uma discussão profunda e sofisticada dos Direitos Humanos, pelos afetos, pelos amores e solidariedade entre as pessoas, desde uma perspectiva não exclusivamente normativista, como apontou Warat ao elencar as premissas de um Direito de Alteridade.

Uma discussão que considere o cenário globalizado, concebendo o direito e o direito constitucional em particular como instrumento prescritivo que se transforma em instrumento descritivo da realidade. Só um modelo político de Estado de Direitos Humanos, alicerçando a edificação de uma democracia humana, permite no presente uma garantia jurídico-constitucional eficaz dos direitos fundamentais inerentes ao ser humano.

Ou seja, estabelecendo políticas constitucionais, ou dito de outra forma, estabelecendo um conjunto de ações e atividades práticas, culturais, educativas, sociais, comunicativas, jurisprudenciais, legislativas, econômicas, políticas. Aqui se propõe, como uma das políticas constitucionais possíveis de serem implementadas, a elevação da solidariedade dual (que outorgue direitos, mas imponha deveres) como pressuposto de uma teoria dos direitos fundamentais sociologicamente fundada, que compreenda os direitos fundamentais como instituição e assuma o propósito de fazer uma leitura

personalista do fenômeno constitucional, onde as instituições encontrem na pessoa humana viva e concreta, o fundamento do Poder Político e da Constituição.

Só um modelo político de Estado de Direitos Humanos, alicerçando a edificação de uma democracia humana, permite no presente uma garantia jurídico-constitucional eficaz dos direitos fundamentais inerentes ao ser humano, uma vez que, o dilema da modernidade é a proposta de elaboração de uma racionalidade de um mundo, que se sabe que não se pode observar completamente devido a sua diferenciação.

Neste ambiente, considerando a Constituição como fruto de uma longa investigação em torno da articulação entre a história da filosofia político-constitucional e a evolução da tutela jurídico-constitucional da pessoa humana, uma revisitação ao princípio da solidariedade, nos moldes aqui propostos, por meio de uma análise policontextual das relações e dos sujeitos envolvidos, tendente a afastar os meios de opressão e exclusão, gerando no indivíduo um sentimento de pertencimento e não de exclusão, pode contribuir para a efetivação dos Direitos Humanos.

Referências

- BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.
- CANOTILHO, J.J.G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina: Lisboa, 2003.
- CANOTILHO, J.J.G. **Estudo sobre Direitos Fundamentais**. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- CARDUCCI, Michele. Euristica dei “flussi giuridici” e comparazione costituzionale, in **Annuario di diritto comparato e di studi legislativi**, 2013, 337-368.
- CLAM, Jean. **Questões fundamentais de uma teoria da sociedade**: Trad. Nélio Schneider. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.
- CORTINA, Adela. **Cidadãos do mundo**: para uma teoria da cidadania. Trad. Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Edições Loyola, 2005.
- DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Trad. Luzia Araújo. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009.
- DUARTE, Fernando. Coronavírus: as tensões diplomáticas que a

- pandemia provocou ao redor do mundo. In: **bbc world service**. São Paulo, 12 abr. 2020. disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-52239168>>. acesso em: 22 ago 2020.
- DURKHEIM, Emile. **A divisão do Trabalho Social**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- DURKHEIM, Emile. **As Regras do Método Sociológico**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FARIAS, José Fernando de Castro. **A Origem do Direito de Solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Notas sobre contribuições sociais e solidariedade no contexto do Estado Democrático de Direito. In: GRECO, M. A.; GODOI, M. S. (Coord.). **Solidariedade Social e Tributação**. São Paulo: Dialética, 2005.
- GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.
- LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?**. Leme: EDIJUR, 2012.
- MARTUCELLI, Danilo. **Sociologies de la Modernité**. Paris: Gallimard, 1999.
- MELO, M. P.; CARDUCCI, Michele; SPAREMBERG, R. F. L. **Políticas Constitucionais e sociedade: direitos humanos, bioética, produção do conhecimento e diversidades**. Curitiba: Editora Prismas, 2016.
- MEZZARROBA, Orídes; MONTEIRO, Cláudia Sevilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- OTERO, Paulo. **Instituições Políticas e Constitucionais**. Vol. I. Almedina: Lisboa, 2007.
- PAULET, Jean, P. **A mundialização**. Tradução de Celina Portocarrero. Rio de Janeiro. Editora: FGV. 2009.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Los Derechos Fundamentales**. 6 ed. Madrid: Tecnos, 1995.
- SANDEL, M. **Democracy's Discontent**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1996.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **A cruel pedagogia do vírus**. Coimbra: Almedina, 2020. *E-Book* (não paginado). Disponível em: <<https://cpalsocial.org/documentos/927.pdf>>. Acesso em: 24.05.2020

- SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- SUPIOT, Alain. **Homo jurídicus**: ensaio sobre a função antropológica do Direito. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.
- SUPIOT, Alain. **La Solidarité**. Paris: ODILE JACOB, 2015.
- SUPIOT, Alain. **O Espírito da Filadélfia**: a justiça social diante do mercado total. Trad. Tânia do Valle Tschiedel. Porto Alegre: Sulina, 2014.
- TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontextualidade**. Piracicaba: Editora Unimep, 2005.
- TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016.
- TOCQUEVILLE, Alexis. **A Democracia na América**. Vol I e II. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- VALLADÃO, Haroldo. **Direito, Solidariedade, Justiça**. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1943.
- WARAT, Luis Alberto. **A Rua Grita Dionísio**: direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia. Trad. Vívian Alves de Assis [Et Al]. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.
- WARAT, Luis Alberto. **Semiotica Ecológica Y Derecho**. Buenos Aires/Florianópolis: ALMED, 1997.
- WARAT, Luis Alberto. Do Paradigma Normativista Ao Paradigma Da Razão Sensível. In: MELEU, Marcelino; GAGLIETTI, Mauro; COSTA, T.N.G. **Temas emergentes no direito**. Passo Fundo: IMED, 2009.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia**, Torino, Einaudi, 1992.

“Ecomassacres” anunciados: possíveis intersecções entre criminologia cautelar e a destruição da floresta amazônica

FRANCISCO QUINTANILHA VÉRAS NETO
HERSON ALEX SANTOS

1 Introdução

A criminologia cautelar busca expandir seu campo para abarcar o Estado como causador de massacres por intermédio do poder punitivo. Neste nível, ela permite vislumbrar quais são as forças que atuam no poder punitivo para pensar a prevenção de massacres anunciados.

Quem anuncia estes massacres são os mortos. Isso porque a cautela dessa criminologia é em “ouvir o discurso” destes para se evitar mais mortes. O “discurso” hermeneuticamente inequívoco: “nós estamos mortos”, permite observar a capacidade mortífera que o Estado tem e nisso compreender o anunciar de novos massacres caso estas “palavras” não sejam devidamente “ouvidas”.

Com a destruição do meio ambiente, há massacres tanto da flora quanto da fauna. Por isso, “ouvir” estas vozes que revelam massacres e que também “falam”: “nós estamos mortos” e anunciam novos massacres, parece coerente para se pensar tais intersecções.

O objetivo das aproximações e distanciamentos expostas a seguir é pensar em estratégias que funcionam na criminologia cautelar, como a proposição de cautela, para enfrentamento destes ecomassacres que vêm ocorrendo e se intensificando nos últimos anos na floresta amazônica, pois o Estado pode não agir diretamente nestes massacres como ocorre com o poder punitivo, mas a ingerência de suas ações e omissões se relaciona indiretamente com a ação massacradora de outros agentes. Pensar sobre essas condutas com o intuito de se evitar novos massacres é a premissa da visão cautelar.

2 O papel da palavra dos mortos na criminologia cautelar e os massacres anunciados

Em criminologia existe uma contabilidade cadavérica dos massacres que revela “[...] que os Estados cometeram mais homicídios dolosos – com dolo direto de primeiro e segundo grau e com dolo eventual – que todos os demais homicidas do planeta (ZAFFARONI, 2012, p. 371)”. Essa conta mostra uma necessidade latente: controlar as agências que proporcionam a mortalidade causada nos Estados. Por isso se fala em criminologia cautelar, pois cautela é a palavra exata, no sentido de “prestar atenção, perceber”. Este modo de se fazer criminologia, a criminologia cautelar, trata de uma militância, pois deve enfrentar a avalanche de produção midiática envolvida na constante fabricação de inimigos. Tais inimigos, geralmente desumanizados, são passíveis de serem sistematicamente eliminados, aumentando a cifra cadavérica (ARENDETT, 2020).

Nesta fabricação discursiva residem aspectos como o controle social informal ou difuso, que operam na escola, na família, na religião, a mídia, a moral e o controle social formal: o direito penal, processo penal, execução penal, polícia, ministério público, sistema penitenciário, ciências criminais. Por este motivo, tal criminologia deve ser militante e vigilante “[...] para evitar a armadilha que nos lança o discurso que diz: *bem, estes “eles” não, mas estes “eles” sim, são realmente maus*” (ZAFFARONI, 2012, p. 467). Por isso a “cautela” em questão é de se prestar atenção, para evitar cadáveres.

Falar em criminologia cautelar pressupõe duas condutas: um apelo aos direitos concretos e a denúncia de direitos abstratos que funcionam, geralmente, como artifícios de retórica para relativização daqueles. O exemplo emblemático disso pode ser evidenciado no abstrato “direito à segurança”. Essa abstração advém da nomenclatura usada por diversos governos para nomear a pasta do poder executivo que gerencia as agências policiais. E assim “a criminologia midiática se apropria dessa denominação e constrói uma *realidade de segurança* bastante difusa, mas dela deduz imediatamente – e os juristas engolem – um *direito à segurança* (ZAFFARONI, 2012, p. 463)”. No Brasil, este direito a segurança está explicitado no preâmbulo constitucional (BRASIL, 1988), mas isso não significa que ele seja menos abstrato, como se verá a seguir.

Atualmente o objeto de disseminação em massa mais conhecida é a televisão, seguida de perto pela internet e, mais especificamente, as mídias sociais que contam com uma vasta gama de recursos para transmitir e retransmitir mensagens, “por isso, quando falamos de *discursos*, não o fazemos no sentido da linguagem pura falada ou

escrita, mas da *mensagem* imposta por meio de imagens (ZAFFARONI, 2012, p. 305)”.

Os discursos midiáticos tendem a construir uma falsa percepção de escolha entre direitos concretos e essa abstração do direito à segurança ao ponderar negativamente a liberdade individual em contrapartida ao aumento da segurança, em uma máxima abstração que, além de ser aceita passivamente, também é divulgada irrefletidamente como emergência (ALCÂNTARA, 2019, ZAFFARONI, 2012, p. 463).

No Brasil recente, este processo pode ser observado no Projeto de Lei 4.850/2016 (atualmente como PL 3.855/2019), amplamente conhecido como as “10 medidas contra a corrupção”, que conta com objetivos como a limitação parcial e a tramitação processual mais complexa para o acesso ao *habeas corpus*, proposta presente na parte das medidas intitulada, paradoxalmente, como “Eficiência dos recursos no processo penal (MPF, 2016)”. Ainda mais paradoxal é que esta proposta, apesar de ser um “Projeto de Lei de Iniciativa Popular”, advém do Ministério Público Federal, uma agência que, dentre suas atribuições e deveres, deveria se preocupar em defender “[...] os interesses sociais e individuais indisponíveis” (BRASIL, 1988), dos quais nenhuma pessoa pode abrir mão, tal qual o direito ao *habeas corpus*.

Como dito, a necessidade de cautela advém dos resultados que geralmente acompanham tais medidas em do “direito a segurança”. Pois seus resultados vão desde a perseguição de estereótipos pelas agências de Estado, culminando em seleções criminalizantes; até o encarceramento em massa de determinada parcela social, (INFOPEN, 2014; 2016) e massacres dessa mesma parcela (DAMASCENO, 2017) que, no Brasil, vincula-se genealogicamente ao passado escravista em conjunto à abissal concentração de renda de um pequeno grupo frente à pobreza e miséria da maioria (SANTOS, 2019, p. 22).

Por este motivo, uma criminologia que deixar de fora os cadáveres não consegue vislumbrar a potencialidade massacradora e, de modo mais dramático, a dinâmica massacradora (ZAFFARONI, 2012, p. 465). E essa ignorância constitui um elemento característico, pois “a carência de informações científicas também é funcional às cúpulas das agências do poder punitivo, porque lhes permite manipular à vontade o investimento orçamentário (ZAFFARONI, 2012, p. 474)”, bem como a opinião pública por conta do capital político que o

“enfrentamento” da criminalidade tende a gerar (WERMUTH & CALLEGARI, 2013). Isso salta aos olhos ao se pensar o poder punitivo não como simples conjunto de políticas estatais contra a criminalidade, mas no mesmo sentido que Michel Foucault o observou: como conjunto de mecanismos que se estendem por toda a sociedade sob a forma de vigilância, implicando no exercício de um poder politicamente muito mais significativo (FOUCAULT, 2009, p. 309; ZAFFARONI, 2012, p. 214).

Portanto, falar em uma criminologia cautelosa é falar do campo de análise que compreende a política, a cultura e que contempla também no seu objeto de estudo os resultados mais alarmantes do sistema punitivo, que são os cadáveres e sua facticidade cadavérica. E mais do que isso, que leva em conta a sistematicidade mortífera, ainda que informal e pouco evidente, culminando no seu resultado final enquanto forma de conhecimento e saber apto à modalidade preventiva.

3 Massacres da flora e da fauna brasileira

O país vem assistindo, desde 2014, uma crescente no desflorestamento da Amazônia brasileira, fato este que se intensificou vertiginosamente desde 2018, tendo em 2019 um total de 9.762km² de área desflorestada, a maior área desde 2008 (INPE, 2019). Em janeiro de 2020, o processo de degradação atingiu a marca de 108% a mais do que o mesmo período do ano anterior (PRODES, 2020), o que mostra uma tendência ainda crescente.

De todo este desflorestamento feito em 2019 na Amazônia, 99% foi ilegal (MAPBIOMAS, 2020), e suas dinâmicas aparecem atreladas “[...] à expansão do agronegócio e à flexibilização da legislação que resulta no Novo Código Florestal [...]” (O’DWYER, 2019, p. 417). Este desflorestamento ilegal se dá, dentre muitas vertentes, por meio das queimadas para o avanço extenso das monoculturas, como a soja e o milho, do plantio de pasto para criações bovinas, do extrativismo predatório, do garimpo ilegal, da grilagem, etc. (FEARNSIDE; FERRANTE, 2020; 2018; NOBRE, 2019; FEARNSIDE, 2019; MATEUS *et al.*, 2019).

Esses fatores mostram pelo menos duas circunstâncias: o aumento progressivo do desflorestamento significa o anunciar de novos massacres da fauna e da flora, vidas de animais e plantas que possuem seu valor intrínseco enquanto valor ecossistêmico e da ética ambiental

assegurada por lei, incluindo a dimensão prática da ecologização dos direitos pela proteção dos animais de uma racionalidade ecocêntrica (MORATO LEITE e GABBIATTI SILVEIRA, 2018, p. 118-122); mostram também que o desflorestamento, além de se ligar diretamente ao avanço do agronegócio, produz uma discursividade de defesa do suposto “mal necessário” para o superávit econômico do país, tendo em vista sua posição no comércio mundial como histórico fornecedor de insumos.

Neste quesito, o aspecto axiológico da economia se aproxima do que se viu como “direito à segurança”, servindo igualmente de subterfúgio para “justificar” moralmente as ações privadas de degradação ambiental e ecomassacres, mas também para a fomentação de dispositivos (FOUCAULT, 2009, p. 138; 2005, p. 285-286) enquanto mecanismos de sujeição, controle e produção de morte por parte do Estado ou pela sua omissão, permitindo que grupos privados o façam de forma impune, muitas vezes com a conivência midiática, que não relata esses assassinatos de líderes comunitários, sindicalistas. O Brasil figura como líder nesse *ranking* de violação dos direitos humanos, entendidos como pactos pela dignidade da pessoa humana a partir de uma perspectiva crítica, integradora e contextualizada, como propõe José Herrera Flores (BRAUDE CANTERJI, 2008, p. 69). Essa visão emancipatória deve ser ampliada para uma proposição capaz de romper com o antropocentrismo através de uma interface dos direitos humanos com as questões ambientais planetárias da biosfera, sem as quais os direitos humanos, mesmo que dentro de uma visão especista, são inviáveis sem o ambiente equilibrado, para estas e para as próximas gerações (SALES CAVEDON-CAPEDEVILLE, 2018, p. 188, CAPRA e MATTEI, 2018, p. 239).

Assim, o ecocídio poderia ser tipificado como crime contra o planeta e mesmo contra a segurança climática quando se fala da destruição da floresta amazônica como já se pactuaram após o holocausto os crimes de genocídio, contra a humanidade, os crimes de guerra, os crimes de agressão capitulados pelos Tribunais Penais Internacionais (DA SILVA PESSOA, 2010, p. 82-83).

Neste escopo, os direitos são necessários para garantir o bem estar coletivo e o individual, dependendo de renda tributária para satisfazê-los, estendendo-se também para os direitos humanos ecologizados para a defesa do ambiente como local do qual a espécie humana depende para subsistir, garantindo condições de equilíbrio. Para isto,

deve-se atentar para a construção sintética dos direitos humanos e não pela austeridade neoliberal voltada para a acumulação de uma minoria não disposta a ser tributada para garantir maior isonomia nos campos das relações entre seres humanos e destes com as demais espécies do mundo zoológico e botânico e do seu suporte inorgânico (HOLMES & R. SUNSTEIN, 2019, p. 34-5).

O apego a este conceito espectral da economia enquanto necessidade sempre crescente, em que a estabilidade é tida como estagnação, relativiza direitos concretos, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a sua proteção (BRASIL, 1988). A discursividade em torno desta questão vem no sentido oposto, enquanto dispositivo, que afirma os direitos ambientais como abstratos e contrários à suposta concretude dessa necessidade insustentável de se buscar o superávit a todo custo, mesmo com toda a crítica já evidenciada em outras áreas da ciência contra a própria forma determinista desta economia, que ainda se baseia em mitos, como os de que os investidores são racionais e independentes, que os mercados são livres e justos, estáveis e que refletem o valor e o risco, a matemática financeira tem sua origem em jogos de azar e a vida real não segue padrões organizados das cartas ou dos dados (ORREL, 2012, p. 80-82) em relação a sua própria base científica defasada em relação à própria ciência contemporânea que dispõe de novos instrumentos de pesquisa, diagnóstico e prognóstico em campos com a matemática, a física da complexidade, a biologia dos sistemas, etc.

Este apelo desenvolvimentista é observado na fala do Ministro do Meio Ambiente, Ricardo Salles, em reunião ministerial com o Presidente da República. Em sua curta fala o ministro diz que

Tudo que a gente faz, é pau no Judiciário no dia seguinte. Então, pra isso precisa ter um esforço nosso aqui, enquanto estamos nesse momento de tranquilidade no aspecto de cobertura de imprensa, porque só fala de Covid e ir passando a boiada e mudando todo o regramento e simplificando normas (PRAZERES; FERREIRA, 2020).

A fala do ministro não é deslocada de suas ações, que complicam a fiscalização e conseqüentemente favorecem as atividades ilegais, tanto à frente do Ministério, quanto à época em que era Secretário Estadual do Governo de São Paulo (SASSINE; HERDY, 2019; DIAS; LOTFI, 2019). Isso demonstra mais do que características pessoais do ministro: é indicativo da tendência estatal, proporcionada pelo *lobby* ultraliberal, para lidar com o meio ambiente no melhor

estilo “doutrina do choque”, aproveitando de momentos de grande comoção para implementar agendas ultraliberais (KLEIN, 2008). Trata-se de uma espécie de uma necropolítica ambiental, ou necrocapitalismo, cuja consequência marcante é a “[...] debilitação da democracia liberal [...]” (DORNELLES, 2020, p. 91). Esta estratégia e forma de exercício do poder estatal estão baseadas na produção de mortos, ou seja, em promover ecomassacres como base de sustentação de seu próprio exercício de poder. Isto se opera em condições práticas que exercem direta ou indiretamente, discursivamente ou de modo não-discursivo, “o direito de matar”, presente na lógica necropolítica. Disso deriva a questão “deixar viver ou expor a morte” (MBEMBE, 2016, p. 123), que é respondida com base no utilitarismo ultraliberal.

É neste sentido que “o *agronegócio*, por tal desejo político, apresenta-se como quase caminho único assegurador daqueles fins mais que nobres: *a riqueza do Brasil*” (NEVES, 2019). Também faz parte dessa construção o âmbito estético, que coopta a grande mídia ao formular a propaganda necessária para vender esta premissa ultraliberal do necrocapitalismo como algo positivo diante de uma suposta antinomia entre preservação ambiental e superávit econômico. Isso pode ser visto, a título de exemplo na campanha “agro é tech, agro é pop, o agro é tudo” (SANTOS; SILVA; MACIEL, 2019).

A conduta omissiva do Estado pode ser vista na fala do Ministro do Meio Ambiente, onde ele afirma categoricamente a necessidade de se aproveitar do momento propício para se modificar normas que facilitem a ação ultraliberal geradora de ecomassacres. Essa fala gravada em vídeo oficial desmascara qualquer suposição de imparcialidade do poder executivo em relação à hecatombe ecológica em curso, pois a omissão visa a operacionalização de ecosmassacres operando sobre a floresta e sobre territórios de povos tradicionais, ribeirinhos, indígenas, quilombolas, caiçaras, seringueiros, castanheiros, pescadores artesanais, etc. A ideia em curso é a do *in dubio pro internitionem* (em caso de dúvida, a destruição total) dos vulneráveis e hipossuficientes e a natureza como objeto mercantil em oposição a qualquer possibilidade de considerá-la como sujeito de direitos.

4 Os “ecomassacres” também são anunciados

Diante do aqui pensado, não é difícil compreender a fala do Ministro do Meio Ambiente como anúncio de mais ecomassacres. Por isso a hipótese deste trabalho é a possibilidade de se “ouvir as palavras” desses mortos, que afirmam a inegável sentença “nós estamos mortos”. Parecem óbvias estas afirmações, mas elas devem ser ditas, pois são simplesmente ignoradas em prol dos discursos desenvolvimentistas ultraliberais.

Observar que parte destes discursos vêm do governo e geram dispositivos práticos que favorecem a ação ecomassacrante é compreender que se está diante de uma necropolítica que transcende o social e vitimiza também o meio ambiente. É evidente esta dinâmica dos ecomassacres, pois o Estado, suas ações, omissões e até declarações de políticos e governantes garantem algo como “dolo eventual”, diante de tais ecomassacres.

Nesse cenário, a consideração de aspectos históricos necropolíticos anteriores ao neoliberalismo também devem ser inserida para a compreensão da constituição de nossos modelos, para contextualizar a concepção da soberania vertical, marcada pela violência dentro de estruturas capitalistas mercantis do escravismo colonial, que operaram com a delimitação de fronteiras, implicando na escolha de quem é descartável e de quem não é (MBEMBE, 2018, p. 40-2).

Esse processo necrocapitalista pode incluir os ecocídios como ecossmassacres se trouxermos à tona a questão da natureza como sujeito de direitos dentro do ecologismo jurídico, rompendo com formas de antropocentrismo radical desde a influência da *deep ecology* (ecologia profunda européia) até a hibridização desta com a cultura da mãe terra (*Pacha Mama*) expressa na constituição equatoriana de 2008 e tácita na da Bolívia de 2009. Esses processos constitucionais foram também constituídos sob a influência do ideal apoiado na cosmogonia dos povos originários, expresso no modo de vida baseado no convívio harmonioso do *Sumak Kawsay* de forma (ZAFFARONI, 2017, p. 87-9).

Para isso, deve-se saber onde agir diante do confronto entre abstrações e direitos concretos, diante da produção discursiva e não-discursiva que se relativizam o direito ao meio ambiente equilibrado e das normas para sua proteção. Diante da criminologia cautelar, estes locais são

[...] (i) o da exploração das condições sociais para criar midiaticamente um mundo paranoico, (ii) o da confrontação

permanente com a realidade dos danos e riscos sociais e (iii) o da individualização dos meios adequados para neutralização destes últimos. (ZAFFARONI, 2012, p. 468).

Percebe-se a necessidade de uma ética voltada ao meio ambiente equilibrado e de sua proteção para enfrentar os dispositivos que terminam por relativizá-lo. Para isso, deve-se atentar para duas frentes: uma que coloca em xeque o ultraliberalismo promotor da necropolítica ambiental e, por sua vez, dos ecomassacres, ao afirmar a vida daqueles seres que não têm voz, mas “falam” de uma forma ou de outra: “nós queremos viver”; e outra frente que é a revelação dos ecomassacres por meio da contagem cadavérica daqueles que “falam”, mesmo mortos, o discurso incontroverso: “nós estamos mortos”. Estas duas frentes, tanto a que afirma a vida quanto aquela que contabiliza e ouve as “palavras” dos mortos, não são passíveis de serem transformadas em abstrações. As pessoas precisam saber o custo em número de vidas da busca por superávits econômicos e estarem atentas para os anúncios de novos massacres que se escondem por trás de falas de políticos, ministros, campanhas publicitárias, e até mesmo da própria ciência. Precisa-se de cautela ao ouvir essas palavras, sob pena de ser conivente com massacres anunciados.

5 Conclusão

O presente artigo procurou definir a questão de uma criminologia cautelar em face ao risco da continuidade dos ecomassacres.

Os processos de genocídio já foram tipificados como crimes contra a humanidade. Porém agora, a partir da perspectiva da viragem ecocêntrica, pode-se buscar subsídios para um novo paradigma ecocivilizacional, capaz de auferir a questão da justiça para uma dimensão planetária, rompendo com a atitude do capitalismo e seu antropocentrismo radical.

Assim, a ambientalização/ecologização dos direitos humanos, guiando o status da natureza como sujeito de direito, de forma a coibir ecocídios, se ajusta nessa nova narrativa em construção.

Para isso são necessários sujeitos coletivos ecológicos, uma sociedade ecologizada e um Estado ecológico capaz de garantir os direitos humanos em suas várias dimensões, incorporando-os ao catálogo dos direitos planetários.

Essa introdução visou fornecer novos marcos heurísticos,

apontando para uma práxis capaz de rever a nossa realidade necropolítica e de ecocídios, com seus ecomassacres em curso em escala planetária, que operam ao lado das forças necropolíticas que autorizam processo de morte alimentados pelo Estado ou por forças subterrâneas que são convenientemente imunes ao seu controle, mantendo as forças do *status quo* satisfeitas e seguras em seu festim crescentista ilimitado.

Essas necessidades de reflexão fogem dos estereótipos do direito penal neoliberal defensor do estado mínimo. Estado este que potencializa apenas a esfera repressiva e excludente dos marginalizados, para assegurar os privilégios dos direitos de propriedade dos biliardários globais, que detêm a maior parte da riqueza planetária. Estas premissas economicistas podem e devem ser superadas através de novos caminhos capazes de apontar mecanismos cautelares, inclusive na reflexão do âmbito crítico de uma criminologia cautelar ecológica. Para pensar modos de ação que não visem neutralizar apenas os “descartáveis” e que possam nos dirigir para além das forças entrópicas que colocam a nossa civilização à beira da irreversibilidade do colapso ambiental, com extinções em massa. E também com o risco de nossa extinção ou decadência brutal dentro da barbárie social, com mutações da necropolítica advindas do neocolonialismo neoliberal e com os ecosmassacres e o ecocídio, que acabam por nos conduzir à vingança de Gaia pelo colapso climático e as megaxtinções em curso. Também com a degradação ambiental se manifestando de forma reativa aos eventos como a megapandemia de covid-19 em curso, agravada pelas suas origens ambientais no tráfico de animais e no convulsão ampliado, provocado pelas extremas desigualdades, agravadas pelas políticas de austeridade neoliberal ocasionadoras de uma crise ambiental planetária sem precedentes no antropoceno/capitalistoceno.

As intersecções entre criminologia cautelar e os ecomassacres, proporcionados pelos desmandos estatais e ultraliberais, fazem-se potentes para gerar novas expressões capazes de se conectarem ao prisma economicista com suas esferas necropolíticas estatais em ampliação pelas doutrinas do choque que transformam o Estado em uma esfera de punição e ampliação das desigualdades pelos que estão no topo dos processos de dominação social.

Referências

- ALCÂNTARA, Filipe de S. A criminologia midiática como um arauto da guerra às drogas. **Revista Transgressões: ciências criminais em debate**, v. 7, n.º. 02, 2019. Acessado em 26/26/2020, disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/transgressoes/article/view/18740>
- ARENDT, Kathiana P. **Violência, punitivismo e criminalização da pobreza : as raízes do estado penal à brasileira**. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Serviços Sociais da PUCRS. Porto Alegre: PUCRS, 2020.
- DA SILVA PESSOA, Juliane. O Tribunal Penal Internacional e a tutela dos direitos humanos, *in*: **Direitos Humanos em uma época de insegurança**. Porto Alegre: Tomo Editorial, 2010.
- BOLDT, Raphael. Entre cidadãos e inimigos: o discurso criminalizante da mídia e a expansão do direito penal como instrumentos de consolidação da subcidadania. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 04, n.º. 04, 2008. Acessado em 26/05/2020, disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/88>
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988.
- BRASIL, Ministério da Justiça. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: dezembro de 2014– INFOPEN. Brasília:Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN, 2014.
- BRASIL, Ministério da Justiça. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: dezembro de 2014– INFOPEN. Brasília:Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN, 2016.
- BRASIL. **Projeto de Lei nº. 3855/2019 (nº anterior 4850/2016)**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2020. Acessado em 26/05/2020, disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2080604>
- BRAUDE CANTERJI, Rafael. **Política criminal e direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- CAPRA, F. MATTEI, U. **A revolução ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade**. Tradução de Jeferson L. Camargo. São Paulo, Cultrix, 2018.
- CASARA, RUBENS R. R. **Estado pós-democrático: Neobscurantismo e gestão de indesejáveis**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

- DAMASCENO, Renan. Massacres em presídios já deixaram mais de 250 mortos no Norte e Nordeste desde 2017. **Portal Estado de Minas**, 2020. Acessado em 26/05/2020; disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2019/07/30/interna_nacional,1073310/massacres-em-presidios-deixaram-mais-de-250-mortos-no-norte-desde-2017.shtml
- DIAS, T; LOTFI, R. **O ministro do arremedo**: como Ricardo Sales adulterou um mapa ambiental para beneficiar mineradores. Site The Intercept Brasil, 2019. Acessado em 26/05/2020, disponível em: <https://theintercept.com/2019/02/03/ricardo-salles-mineradoras/>
- DORNELLES, João R. Necrocapitalismo e neofascismo em tempos de peste, *in*: **Pandemias e pandemônio no Brasil**. São Paulo: TirantloBlanch, 2020. Acessado em 26/04/2020, disponível em: <http://www.unicap.br/catedradomhelder/wp-content/uploads/2020/05/Pandemias-e-pandemo%CC%82nio-no-Brasil.pdf>
- FEARNSIDE. Philip M. FERRANTE, L. Amazon sugarcane: a thread to the forest. **Science** n°. 359, 2018. Acessado em 26/05/2020, disponível em: <https://science.sciencemag.org/content/359/6383/1476>
- FEARNSIDE. Philip M. FERRANTE, L. The Amazon: biofuel plans will drive deforestation. **Nature**, n°. 577, 2020. Acessado em 26/05/2020, disponível em: <https://www.nature.com/articles/d41586-020-00005-8>
- FEARNSIDE. Philip M. O cultivo de soja como ameaça para o meio ambiente na Amazônia brasileira, *in*: **Amazônia além dos 500 anos**. Belém: Museu Paraense Emílio Goeldi, 2019. Acessado em 26/05/2020, disponível em: http://philip.inpa.gov.br/publ_livres/2019/Destruicao-v1/Cap-4-Soja-prova.pdf
- FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso do Collège de France (1975-1976). Tradução de Maria E. Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Tradução de Roberto Machado. 27ª reimpressão. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2009.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: o nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 20ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.
- INPE. **A estimativa da taxa de desflorestamento por corte raso**

- para a **Amazônia Legal em 2019 é de 9.762 km²**. Brasília: Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovação e Comunicações, 2019. Acessado em 26/05/2020, disponível em: http://www.inpe.br/noticias/noticia.php?Cod_Noticia=5294
- KLEIN, Naomi. **A doutrina do choque: a ascensão do capitalismo do desastre**. Tradução de Vânia Cury. Rio de Janeiro: Fronteira: 2008.
- MAPBIOMAS. **O Projeto de Mapeamento Anual da Cobertura e Uso do Solo do Brasil**. Sistema de Estimativas de Emissões de Gases de Efeito Estufa do Observatório do Clima, 2020. Acessado em 26/05/2020, disponível em: <https://plataforma.mapbiomas.org/map>
- MATEUS, J. S.; PANTE, M.; SOUZA, M. P.; FILHO, T. A. S. Avanço da pecuária de corte, o desmatamento na Amazônia Ocidental e o desenvolvimento. **BrazilianJournalofDevelopment**, v. 05, nº. 10, 2019. Acessado em 26/05/2020, disponível em: <http://www.brazilianjournals.com/index.php/BRJD/article/view/3579>
- MBEMBE, Achille. Necropolítica. *Artes & Ensaios*. 2016, nº 32, p. 122-151. Acessado em 16/05/2020; disponível em: <https://revistas.ufjr.br/index.php/ae/article/view/8993/7169>
- MBEMBE, Achille. **Necropolítica. Biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte**. Tradução Renata Santini. São Paulo: 2018.
- MORATO LEITE & GABBIATTI SILVEIRA, 2018, pp. 118-122, *in: A Ecologização do Direito Ambiental Vigente. Rupturas necessárias*. Rio de Janeiro: Lumen Iures, 2018.
- MPF, Ministério Público Federal. **10 medidas contra a corrupção**. Brasília: 5ª Câmara de Coordenação e Revisão: 2016. Acessado em 25/05/2020, disponível em: <http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas>
- NEVES, Delma P. Questões agrárias: configuração de disputas de modelos de agricultura, *in: Pensamento crítico latino-americano*. São Paulo: Annablume, 2019. Acessado em 26/05/2020, disponível em: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/otros/20200217045231/Pensamento-critico-latino-americano.pdf#page=412>
- NOBRE, C. A. To save Brazil's rainforest, boost its science. **Nature**

- nº.574. 2019. Acessado em 26/05/2020, disponível em: <https://www.nature.com/articles/d41586-019-03169-0>
- O'DWYER, Eliane C. Terras tradicionais ocupadas, agronegócio e estratégias de redefinição fundiária na Amazônia brasileira, *in*: **Pensamento crítico latino-americano**. São Paulo: Annablume, 2019. Acessado em 26/05/2020, disponível em: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/otros/20200217045231/Pe nsamento-critico-latino-americano.pdf#page=412>
- ORREL, David. *Economitos. Os dez maiores equívocos da economia*. Tradução Adriane Ceschin Rieche. Rio de Janeiro: Best Business, 2012.
- PRAZERES, L. FERREIRA, P. **Órgão do MPF recomenda investigação contra Salles por crimes de responsabilidade e de improbidade**. Site O Globo, 2020. Acessado em 26/05/2020, disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/orgao-do-mpf-recomenda-investigacao-contrasalles-por-crimes-de-responsabilidade-de-improbidade-1-24448319>
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**. Por que a liberdade depende dos impostos. São Paulo: Martins Fontes, 2019.
- PRODES. **Monitoramento do Desmatamento da Floresta Amazônica Brasileira**. Brasília: INPE, 2020. Acessado em 26/05/2020, disponível em: <http://terrabrasilis.dpi.inpe.br/app/map/deforestation?hl=pt-br>
- SALES CAVEDON-CAPEDEVILLE, 2018, p. 188, *in*: **A Ecologização do Direito Ambiental Vigente**. Rupturas necessárias. Rio de Janeiro: Lumen Iures, 2018.
- SANTOS, Herson A. **Vulnerabilidade: uma genealogia dos corpos dóceis policializados e criminalizados no contexto brasileiro**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Justiça Social da Universidade Federal de Rio Grande – FURG: Rio Grande – RS, 2009.
- SANTOS, A. D. G.; SILVA, D. V.; MACIEL, K. N. A campanha publicitária “Agro é tech, agro é pop, agro é tudo”, da Rede Globo de Televisão, como difusora da propaganda sobre o agronegócio no Brasil. **Revista Eletrônica Internacional de Economia Política da Informação, da Comunicação e da Cultura**, v. 21, nº. 1, 2019. Acessado em 26/05/2020, disponível em: <https://seer.ufs.br/index.php/eptic/article/view/10910>

- SASSINE, V; HERDY, T. **Como Ricardo Salles tem desmontado a agenda verde em favor do agronegócio**. Site O Globo, 2019. Acessado em 26/05/2020, disponível em: <https://epoca.globo.com/como-ricardo-salles-tem-desmontado-agenda-verde-em-favor-do-agronegocio-23652038>
- ZAFFARONI, R. Eugenio. **Em busca das penas perdidas: A perda da legitimidade do sistema penal**. Tradução: Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5ª ed, 2001.
- ZAFFARONI, R. Eugenio. **A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ZAFFARONI, R. Eugenio. **Pachamama e o ser humano**. Tradução Javier Ignácio Vernal. Florianópolis: Editora da UFSC, 2017.
- WERMUTH, M., & CALLEGARI, A. Políticas (simbólicas) de endurecimento do combate ao crime, discursos punitivos midiáticos e direitos humanos. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, 1(2), 99-130, 2013. Acessado em 26/05/2020, disponível em: <https://revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/454>

A teoria do discurso de Habermas como solução procedimental ao pluralismo na concepção dos direitos humanos⁴⁵

LEONARDO DA ROCHA DE SOUZA

1 Introdução

As interações cotidianas das pessoas no mundo da vida contêm uma fundamentação moral rudimentar, que serve para convencer seus interlocutores a agir de determinada forma. Para que as pessoas recebam os proferimentos umas das outras como obrigação, deve haver normas morais ou práticas habituais que tornem tais proferimentos obrigatórios, ou seja, que tornem as declarações morais aptas para “coordenar os atos de diversos atores”. Assim, as normas morais servem como razões para o convencimento mútuo em dois níveis: (1) permitem que os atores sociais se tornem comprometidos com elas de tal forma que suas ações se desenvolvem de acordo com suas prescrições (ou seja, as normas morais orientam como as pessoas devem se comportar); (2) permitem que os atores sociais saibam como agir em caso de conflito, formando um arsenal de “fundamentações igualmente acessível a todos” (HABERMAS, 2002, p. 11-12).

A força de convencimento das regras morais atinge, assim, os próprios motivos pelos quais as pessoas agem. Por isso, servem como base para solução de conflitos, já que permitem o acordo mútuo de forma mais simples que outras formas de coordenação da ação, “como o uso direto da violência ou a influência sobre a ameaça de sanções ou a promessa de recompensas” (HABERMAS, 2002, p. 12).

No entanto, como é possível que algumas normas morais sejam aceitas pelas pessoas, de forma a orientar suas ações e práticas habituais? E, o que levaria essas mesmas normas a se tornarem

⁴⁵ Versão modificada de “SOUZA, Leonardo da Rocha de. A teoria do discurso de Habermas como solução procedimental ao pluralismo na concepção dos direitos humanos. In: LEISTER, Margareth Anne; MORAIS, Fausto Santos de; SILVA, Juvêncio Borges. (Org.). *Direitos fundamentais e democracia I*. 1ed. Florianópolis: Conpedi, 2014, v. 1, p. 145-164”.

fundamento dos direitos humanos? Uma tentativa de resposta, proposta por Habermas, provém de sua teoria do discurso, eminentemente procedimental, cujo resultado seria um conteúdo satisfatório para os atingidos pelas normas. Essa proposta cresce em importância quando se vislumbra a ampla diversidade de pontos de vista existentes em sociedades multiculturais.

Frente ao pluralismo, buscaremos, entender a solução apresentada por Jürgen Habermas em sua teoria do discurso. Para isso, Habermas demonstra que a desvalorização da fundamentação transcendental para a validade da moral deixou um vazio que pode gerar a arbitrariedade do poder (1). Esse vazio deve ser preenchido pela teoria do discurso, por meio de um procedimento que permita a aceitabilidade geral da norma (2).

2 A desvalorização da fundamentação transcendental para a validade da moral

O problema das regras morais está na sua formação, nos elementos que tornam válidos o *dever ser* nelas impregnado. As manifestações morais, por exemplo, admitem reações relacionadas aos sentimentos quando são infringidas. Assim, uma infração a uma regra moral pode trazer indignação aos observadores, humilhação às vítimas e vergonha aos infratores. Da mesma forma, se as regras morais são seguidas, sentimentos positivos podem ser expressos, tais como admiração, lealdade e gratidão. Para que as reações às normas morais sejam valoradas (justificando-se os *sentimentos* correspondentes) é preciso haver fundamentos racionais, que tornem as normas morais plausíveis e exigíveis de forma objetiva (HABERMAS, 2002, p. 12-13).

Habermas traz quatro teorias, dentro da filosofia moral, utilizadas para “recolher reconstrutivamente mais ou menos elementos do conteúdo cognitivo das nossas intuições morais cotidianas” (HABERMAS, 2002, p. 14-15):

a) o *não-cognitívismo severo* defende que o conteúdo cognitivo da moral é ilusão, pois os posicionamentos morais estão fundamentados em sentimentos ou opiniões subjetivas, ou seja, cada um age de acordo com suas preferências;

b) o *não-cognitívismo atenuado* entende que os sujeitos que agem moralmente não o fazem somente de acordo com suas preferências, mas em virtude de uma autoconsciência moral, orientada por normas

vigentes (“como no caso do contratualismo de cunho hobbesiano”);

c) o *cognitivismo atenuado* também defende a autoconsciência dos sujeitos que agem moralmente, de forma a permitir uma reflexão sobre orientações de valor que permitam identificar a melhor forma de levar a vida, enfatizando o que é *valioso e autêntico*, e não mais as preferências; essa teoria, contudo, permite a utilização de concepções próprias e individuais do *bem*, o que resultaria em julgamentos parciais e dependentes do contexto;

d) o *cognitivismo severo*, ao buscar a validade dos deveres morais, procura normas que sejam reconhecidas pelos sujeitos, não contestadas e imparciais, baseadas em motivos sensatos. Para isso, as normas morais não podem estar atreladas a “motivos relativos aos atores”.

A validade e a obrigatoriedade das regras morais perderam sua fundamentação transcendental, que obrigava a todos a partir de uma visão de mundo religiosa. Isso ocorreu com o desenvolvimento de sociedades cada vez mais complexas que se desenvolvem cada vez de forma mais diversa, formando cosmovisões pluralistas, como visto no tópico anterior deste artigo, que não admitem fundamentarem-se a partir de um único ponto de vista. No entanto, o papel de fundamentação moral que era exercido pelo “divino transcendente” continua sendo necessário. Para isso, é preciso levar-se em conta o mundo intersubjetivamente partilhado, visto como um todo. A dificuldade, diante da desvalorização religiosa, está em como “fundamentar a força obrigatória específica das normas e dos valores em geral” e como dar autoridade a um *dever ser*, justificando racionalmente a “consciência moral cotidiana” (HABERMAS, 2002, p. 16).

Inicialmente, deve-se perceber que existem normas e valores já aceitos, independente de a sociedade ser secularizada ou religiosa.

Os mandamentos morais, quando baseados na religião, são obedecidos em virtude da autoridade de uma divindade, e merecem ser obedecidos porque essa divindade é onisciente, justa e bondosa. Assim, não é o arbítrio de um todo-poderoso que torna seus mandamentos dignos de aceitação, mas sua justiça e bondade, além de sua sabedoria e da salvação que ele proporciona. Em outras palavras, “o modo como devemos nos comportar nos relacionamentos interpessoais resulta de um modelo de conduta exemplar”. O relacionamento interpessoal no contexto religioso permite a solidariedade de membros de uma mesma comunidade de

fiéis, dando acesso a uma “sensibilidade para com as diferenças que distinguem um indivíduo do outro” (HABERMAS, 2002, p. 17-19).

O pluralismo ideológico das sociedades modernas fez com que perdesse espaço o fundamento religioso da moral, que servia de “fundamento *público* de validação de uma moral partilhada por todos”. A filosofia moral passa a depender, assim, de um “nível de fundamentação pós-metafísico”, que se afaste do ponto de vista divino e “do recurso à ordem da criação e à história da salvação” (HABERMAS, 2002, p. 19-20).

A razoabilidade e a veracidade dos mandamentos divinos estavam ancorados nas razões epistêmicas das doutrinas religiosas. Assim, as autoridades que aplicavam essas doutrinas tinham um fundamento que lhes era externo e que lhes conferia legitimidade. Mas o caráter objetivo da fundamentação transcendental foi perdendo espaço na medida em que os sujeitos que eram destinatários das normas e decisões daquelas autoridades passaram a ser mais atuantes e julgadores. Os fundamentos precisavam ser, então, “subjetivamente razoáveis”, relacionados “à vontade e à razão” de seus destinatários. Esse é o ponto de vista do empirismo clássico, que “concebe a razão prática como a capacidade de determinar o arbítrio de acordo com as máximas da inteligência” (HABERMAS, 2002, p. 22).

Passa-se, assim, da razão epistêmica das doutrinas religiosas à razão instrumental do empirismo.⁴⁶² Para a razão instrumental a razoabilidade de um ato está na possibilidade de ele alcançar o resultado esperado. Percebe-se, assim, que a razoabilidade do ato depende de cada ator, pois as preferências e metas mudam de pessoa para pessoa (HABERMAS, 2002, p. 22). Assim, enquanto a fundamentação da moral estava relacionada a preceitos transcendentais a razão servia para fundamentar as convicções (razão epistêmica); no empirismo clássico, a razão precisava fundamentar as ações (razão instrumental ou teleológica).

² Habermas defende a existência de três tipos de razão e em cada uma a linguagem pode ser utilizada de três diferentes formas: (a) no uso epistêmico, a linguagem é utilizada, essencialmente, para a representação do saber; (b) no uso teleológico, a aplicação principal da linguagem ocorre na apresentação dos êxitos pretendidos com determinada ação; (c) no uso comunicativo, a linguagem visa o entendimento mútuo. (HABERMAS, 2004, p. 110.) No entanto, em sua obra clássica *Teoría de la Acción Comunicativa*, versión castellana de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus Ediciones, 1987 (tomo I, passim, em especial p. 122-146) Habermas trata de quatro tipos de ação: a teleológica, a regulada por normas, a dramática e a comunicativa.

O problema está na dependência que a razão instrumental tem dos objetivos de cada pessoa. Esse problema fica mais demonstrado quando se está diante de um conflito entre as preferências dos atores envolvidos. Por isso surgem propostas como as do *não-cognitvismo atenuado*, que espera que a autoconsciência dos atores seja orientada pelo princípio da racionalidade dos fins. E novamente volta-se a uma racionalidade epistêmica, afastada do arbítrio da racionalidade instrumental (que se volta às preferências dos atores). Parte-se, assim, “do mundo do ator, de acesso subjetivamente privilegiado, para um mundo intersubjetivamente compartilhado” (HABERMAS, 2002, p. 36-37).

Nessa busca pela racionalidade dos fins, Aristóteles defendia que “toda ação e todo propósito, visam a algum bem”. E o conhecimento dessa finalidade permite melhor alcançá-la (como o arqueiro atinge melhor o alvo se o conhece). Esse bem, na visão aristotélica, é a ciência política, pois é ela que orienta as demais ciências e “legisla sobre o que devemos fazer e sobre aquilo de que devemos abster-nos”. Dessa forma, como a finalidade da ciência política inclui a finalidade das outras ciências, “então esta finalidade deve ser o bem comum” (ARISTÓTELES, 1992, p. 17-18).

Com o objetivo de descrever o que seria o bem comum, Aristóteles identifica uma forma de *vida agradável*, que está relacionada aos prazeres. Mas alerta que “a vida dedicada a ganhar dinheiro é vivida sob compulsão, e obviamente ela não é o bem que estamos procurando” (ARISTÓTELES, 1992, p. 20). Por isso, é preciso haver uma orientação para o agir que não esteja submetido à busca do prazer de cada um. A solução aristotélica seria “agir de acordo com a reta razão”, que exige do agente algumas condições: agir conscientemente, deliberadamente (deve “deliberar em função dos próprios atos”) e agir de acordo com uma “disposição moral firme e imutável”. A reta razão exige que as ações sejam orientadas pelo meio termo, que seria “aquilo que é equidistante em relação a cada um dos extremos, e que é único e o mesmo em relação a todos os homens” (ARISTÓTELES, 1992, p. 36, 39, 41).

Essa visão de Aristóteles permite que nos afastemos do arbítrio da vontade própria do agente (e de suas preferências) mas pode gerar o arbítrio de um bem comum (ou de um meio termo) que não leva em conta as idiosincrasias de cada membro da sociedade. Numa sociedade plural como a atual é difícil chegar-se a algo que seja único em relação a todos os homens.

Habermas alerta que cada cultura tem seu saber prático. Talvez influenciado por Wittgenstein, diz que

À luz de seus jogos de linguagem impregnados de elementos de avaliação, os atores desenvolvem não apenas representações de si próprios e da vida que gostariam de levar em geral; eles também descobrem em cada situação traços de atração e de rejeição, os quais não podem entender sem “ver” como *devem* reagir a eles. (HABERMAS, 2002, p. 37)

Esses jogos de linguagem e traços de atração e de rejeição são percebidos em um mundo vivido no qual se permite desenvolver “um saber utilitário intersubjetivamente compartilhado”, amplamente difundido e socialmente aceito (HABERMAS, 2002, p. 38.).

As “tradições e formas de vida intersubjetivamente compartilhadas” formam um ponto de referência para os atores sociais desenvolverem suas histórias de vida. Esse pano de fundo influencia as pessoas na tomada de decisões e na formação de seus valores éticos, de modo que as preferências de cada um vão perdendo força, dando lugar a um *ethos* comum. Em outras palavras, o *nós* muda concepções e cria valores que afetam diretamente o *eu* (HABERMAS, 2002, p. 39.).

O problema é que “obrigações morais são mais importantes para uma pessoa do que para outra, têm maior significado num contexto do que noutro”. Tais obrigações morais estão vinculadas ao conceito de *bom* (ou de bem viver), que correm o risco de terem ampla variação de pessoa para pessoa. Essa gama de variações pode ser prejudicial quando há conflito de interesses (colisão entre deveres ou entre direitos) e se mostra ainda mais visível em sociedades pluralistas (HABERMAS, 2002, p. 39-40.).

Isso porque o *ethos* comum (acima mencionado) cria uma série de identidades e de afinidades entre aqueles que compartilham as mesmas histórias de vida. As sociedades atuais, no entanto, são complexas, marcadas pelo multiculturalismo, o que implica em tradições e pontos de vista diversos convivendo em uma mesma sociedade. Conseqüentemente, existem várias comunidades sociais, dentro das quais existe um mundo compartilhado e semelhantes concepções de bem; mas no mundo da vida essas comunidades coexistem e cada vez mais suas diferenças aparecem.

Diante da dificuldade de se alcançar uma mesma concepção de bem, Habermas entende que “os enfoques neo-aristotélicos não podem cumprir com o conteúdo universalista de uma moral da

atenção indistinta e da responsabilidade solidária por cada indivíduo”. Isso porque cada caso apresenta um ponto de vista moral relacionado ao bem e “não existe quem possa determinar simplesmente, a partir da perspectiva do observador, o que uma pessoa qualquer deve considerar como bom” (HABERMAS, 2002, p. 40, 42.).

Para evitar os perigos das concepções parciais do *bem*, Habermas propõe um modelo imparcial para buscar o que é bom para todos, baseado no *reino dos fins* kantiano. Os imperativos formulados por Kant, em suas palavras, “são apenas fórmulas para exprimir a relação entre leis objetivas do querer em geral e a imperfeição subjetiva deste ou daquele ser racional, da vontade humana, por exemplo” (KANT, 1995, p. 49). Ou seja, o imperativo é uma fórmula (ou princípio) a partir do qual se orienta o agir de forma objetiva afastando-se a subjetividade das preferências humanas.

Kant diz que há apenas um imperativo categórico: “Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal”. Mas deste único imperativo derivam outros “imperativos do dever” (KANT, 1995, p. 59.), dentre os quais se inclui “o terceiro princípio prático da vontade como condição suprema da concordância desta vontade com a razão prática universal, quer dizer a ideia *da vontade de todo o ser racional concebida como vontade legisladora universal*” (KANT, 1995, p. 72). Essa formulação do imperativo categórico, justamente por trazer a ideia de legislação universal, não está fundamentada em nenhum interesse, o que o torna incondicional (KANT, 1995, p. 74).

O conceito segundo o qual todo o ser racional deve considerar-se como legislador universal por todas as máximas da sua vontade para, deste ponto de vista, se julgar a si mesmo e às suas ações, leva a um outro conceito muito fecundo que anda aderente e que é o de *um Reino dos Fins*.

Seres racionais estão pois todos submetidos a esta lei que manda que cada um deles *jamais* se trate a si mesmo ou aos outros *simplesmente como meios*, mas sempre *simultaneamente como fins em si*. Daqui resulta porém uma ligação sistemática de seres racionais por meio de leis objectivas comuns... (KANT, 1995, p. 75-76).

Hegel criticou a teoria kantiana por considerá-la formal e abstrata. Em suas palavras, “o Bem apenas possui o caráter de essência abstrata universal do dever” (§ 133), mas “a ação exige para si um conteúdo particular e um fim definido, e como a abstração nada de semelhante comporta, surge a questão: o que é o dever?”, ao que se

segue sua resposta: agir de acordo com o direito e buscar o bem-estar individual e de todos (§ 134). Essas determinações, porém, estão condicionadas e limitadas à consciência de si e a uma universalidade abstrata, que resultam em uma “identidade sem conteúdo”. Dessa forma, a crítica de Hegel à proposta kantiana pode ser assim resumida: “a afirmação do ponto de vista simplesmente moral que não se transforma em conceito de moralidade objetiva reduz aquele progresso a um vão formalismo e a ciência moral a uma retórica sobre o dever pelo dever”. O risco da construção kantiana, continua Hegel, é que sua dependência da subjetividade pode permitir que se fundamente comportamentos injustos ou imorais (§ 135) (HEGEL, 1997, p. 118-120).

A mais rigorosa fórmula kantiana, a da capacidade de uma ação ser representada como máxima universal, introduz decerto a representação mais concreta de uma situação de fato, mas não tem para si nenhum princípio novo, outro que não seja aquela ausência de contradição e a identidade formal (HEGEL, 1997, p. 120).

Por isso, Hegel entende que deve haver um conteúdo prévio, estabelecido antecipadamente como princípio rigoroso. Por exemplo, se “se afirmar e supuser que a propriedade e a vida humana devem ser respeitadas, então será uma contradição efetuar um assassinio ou um roubo” (HEGEL, 1997, p. 120), ou seja, somente a definição de um conteúdo prévio poderia evitar o arbítrio das definições morais.

Habermas aponta as quatro principais objeções de Hegel à ética kantiana: o formalismo, o universalismo abstrato, a impotência do mero dever e o terrorismo da pura convicção. Após traçar as diferenças entre a ética kantiana e a ética do discurso, Habermas analisa as objeções de Hegel e, ao final, defende-se: “Na medida em que [a ética do discurso] privilegia um procedimento para a formação da vontade, abre caminho aos indivíduos em causa, que têm de encontrar, por si próprios, respostas para as questões práticas da moral, questões que se apresentam com toda a sua objectividade histórica.” (HABERMAS, 1999, p. 13-14, 15-23, 23-29, 31.)

O problema apontado por Habermas em relação à prévia definição de conteúdos (pretendida por Hegel), está na impossibilidade de se apontar alguém como um ser que tenha “acesso privilegiado às verdades morais”. A filosofia não pode subtrair de ninguém sua responsabilidade prática sobre os assuntos que estão sendo deliberados (HABERMAS, 1999, p. 31).

Por isso, no livro *A inclusão do outro*, Habermas destaca as

vantagens do *reino dos fins* kantiana, no que se refere ao fato de os membros da sociedade contemplarem a si e aos outros como um meio e como um fim em si mesmo: “enquanto legislador, ninguém é súdito da vontade de um estranho; mas ao mesmo tempo cada membro está submetido às leis que a si mesmo outorga, assim como todos os outros”. Com isso, as figuras do direito privado e do direito público se unem em uma só: “o papel do cidadão que participa da legislação e o do indivíduo privado, submetido às leis”. Trata-se de considerar a pessoa, assim, “simultaneamente, como autora dos mandamentos éticos aos quais está submetida enquanto destinatário” (HABERMAS, 2002, p. 43-44).

3 A teoria do discurso de Habermas e o procedimento para a aceitabilidade geral da norma

A partir da tradição kantiana, e combatendo a tradição aristotélica, Habermas apresenta a necessidade de se colocar em prática uma democracia deliberativa que leve à aceitabilidade geral da norma. Segundo ele, “uma lei é válida no sentido moral quando pode ser aceita por todos, a partir da perspectiva de cada um”. A norma que é objeto de discussão deve ser “generalizável segundo o ponto de vista de todos os participantes” (HABERMAS, 2002, p. 44).

Por mais que os interesses e a autoconsciência de cada um estejam presentes na deliberação, eles servem para enriquecer o debate e vislumbrar outros pontos de vista. Nas palavras de Habermas, “esses motivos relativos aos atores não contam mais como motivos e orientações de valor de pessoas individuais, mas como contribuições epistêmicas para um discurso de exame das normas, realizado com o intuito do mútuo entendimento”. A vontade dos atores ainda pode coagir sua manifestação na deliberação. Mas, se isso ocorre, na esteira dos ensinamentos kantianos pode-se dizer que a vontade não é autônoma e, portanto, não é livre. Para que a vontade seja autônoma (e haja a possibilidade da autolegislação) deve estar interpenetrada com a razão (HABERMAS, 2002, p. 44-45).

Assim, pode-se chegar a um discurso racional que tem por objetivo o entendimento mútuo e que tem como pressuposto a participação de todos os envolvidos. Para resolver o choque entre as variedades de mundos, Kant exige que cada um seja capaz de se colocar “suficientemente na situação de qualquer outro”. É preciso mudar a autocompreensão e a compreensão do mundo, construindo-

se “a aceitabilidade de uma norma elevada a práxis comum”. O imperativo categórico de Kant dá lugar à teoria do discurso de Habermas, traduzido no “princípio discursivo 'D', segundo o qual só podem requerer validação normas que possam contar com a concordância de todos os envolvidos como participantes de um discurso prático”. Essa foi a forma encontrada por Habermas para se conseguir uma “responsabilidade solidária por toda e qualquer pessoa após a perda de valor do fundamento religioso de sua validação”, solução por ele denominada de pós-metafísica (HABERMAS, 2002, p. 46-47).

A ética discursiva habermasiana busca justificar os mandamentos morais de duas formas de argumentação: de um lado, é preciso haver o proferimento de discursos de auto-entendimento; de outro lado, esses discursos precisam ter fundamentação normativa. São discursos que devem levar em conta a justiça e a solidariedade, por meio da “superação da perspectiva egocêntrica” e da busca do entendimento por meio do convencimento recíproco (HABERMAS, 2002, p. 48).⁴⁷³

A abertura para o argumento do outro exige que não haja algo que seja verdadeiro ou falso de saída. Isso porque, utilizando-se o conceito de verdade como correspondência entre proferimentos e realidade (HABERMAS, 2002, p. 49), pressupor que um fato social tem determinada explicação impede a abertura para outros pontos de vista e não cria no ator social o exercício da argumentação.

Essa mudança de paradigma exige dos participantes da deliberação três espécies de compreensões (HABERMAS, 2002, p. 50-52):

a) *compreensão de fundamentação*: mesmo que não deva haver algo pressuposto, a fundamentação precisa partir de um contexto, alguma circunstância deve ser entendida de antemão. No entanto, essa circunstância não deve ser trazida como imutável, pois estará sujeita às regras do discurso infra apontadas. Para haver a compreensão da fundamentação deve ocorrer a prática da justificação pública, por meio da externalização de razões que validem a informação trazida. Isso exige um processo argumentativo qualificado, que tem o ônus de elucidar o motivo pelos quais as razões iniciais devem ser consideradas válidas. Espera-se, assim, discursos racionais que

³ Habermas admite que, sem o pano de fundo religioso, perde-se o motivo mais forte para o seguimento de mandamentos morais, que é a expectativa da salvação. Com isso, a moral, que é fracamente motivada, precisa ser complementada por um Direito coercitivo e positivo (HABERMAS, 2002, p. 48-49 e nota de rodapé 50 da p. 49).

“garanta[m] espaço a todas as contribuições relevantes” e que viabilizem a tomada de decisões apenas pela “compulsão não coerciva do melhor argumento”.

b) *compreensão da verdade*: na prática, os participantes acabam por tentar fundamentar suas opiniões oferecendo a correspondência entre elas e a realidade, procurando, com isso, justificar sua validade. No entanto, o fato de algo estar bem fundamentado não significa que ele é verdadeiro. A diferença reside no seguinte: enquanto a *verdade* diz respeito à “justificação em qualquer contexto”, a *aceitabilidade racional* está relacionada à justificação em determinado contexto.

c) *compreensão de mundo*: o mundo social é formado pelas intenções, opiniões, práticas e linguagem de seus integrantes. Somente o integrante desse mundo social tem acesso a ele, o que o torna diferente do mundo objetivo, ao qual tem acesso um observador externo.

Assim, a deliberação exige um processo argumentativo qualificado (compreensão de fundamentação), que leve à aceitabilidade racional dos proferimentos (compreensão de verdade) e que valorize a realidade da cada participante (compreensão de mundo). Isso serve de base para implementação de uma ética discursiva que permita a “reconstrução racional dos conteúdos de uma tradição moral abalada em sua base validativa religiosa” (HABERMAS, 2002, p. 53). Para isso, Habermas valoriza a aplicação de um discurso ideal que teria as seguintes características (HABERMAS, 2002, p. 53-55):

a) *acordo mútuo*: os “envolvidos pretendem solucionar seus conflitos sem violência ou acertos ocasionais, mas sim através de um acordo mútuo”. Para isso, pressupõe-se uma “autocompreensão ética comum a todos”, o que não afasta a realidade de haver “concepções divergentes sobre o que seja o bem”. Cada um dos envolvidos “partilha uma forma de vida qualquer... estruturada por meio de um acordo mútuo lingüístico”, já que as condutas comunicativas e as formas de vida estão de tal forma entrelaçadas que levam as pessoas a formarem “relações recíprocas de reconhecimento”.

b) *não exclusão*: nenhum sujeito capaz de se expressar e de agir pode ser excluído da deliberação, o que pressupõe que o participante esteja em condições de dar contribuições relevantes. O problema é que “os envolvidos só podem recorrer às coisas que têm em comum e das quais dispõem naquele momento”, o que torna o conteúdo da participação dependente, em grande parte, das condições dos envolvidos.

A partir dessas características do discurso ideal, a fundamentação moral exige que se alcancem os seguintes passos (HABERMAS, 2002, p. 56-59):

a) *concordância dos envolvidos no discurso*: “só podem aspirar por validade as normas que puderem merecer a concordância de todos os envolvidos em discursos práticos”;

b) *concordância dos atingidos pela norma*: as consequências das normas devem poder ser aceitas por todos os atingidos, mediante uma aceitação geral e não coativa;

c) *processos argumentativos*: os processos argumentativos devem ser o ponto de partida para a concordância. A argumentação deve ser institucionalizada ou deve ser objeto de uma práxis informal, que permita um “pré-entendimento etnocêntrico não partilhado por outras culturas”. A qualidade do processo argumentativo exige que “ninguém que possa dar uma contribuição relevante [seja] excluído da participação”. Como consequência “só poderão ter espaço as razões que levem em conta, de forma equânime, os interesses e as orientações de valor de cada um”. Os processos argumentativos devem, ainda, orientar-se segundo o acordo mútuo, o que implica na aceitação 'não coativa' em comum acordo. A qualidade do processo argumentativo também exige que todos tenham “a mesma chance de dar contribuições” e que os participantes pensem aquilo que estão dizendo. Acrescente-se a isso a necessidade de que a comunicação ocorra sem coações internas e externas por meio do “convencimento das melhores razões”.

Em resumo, somente através “de uma regra argumentativa” pode-se buscar a validação e aplicação dos fundamentos morais. Com isso, as regras morais não podem resultar de “uma imposição transcendental”, devendo provir de uma ação orientada ao entendimento mútuo (HABERMAS, 2002, p. 59-60).

4 Conclusão

O pluralismo permite diversas visões de mundo, o que dificulta a eleição de uma concepção como a mais correta, ou seja, impede a imposição de um conteúdo universal para as normas (morais e jurídicas) e para os direitos humanos. Por isso, é necessário que, ao menos, o procedimento para a criação dessas normas seja universal, o que propõe Habermas em sua teoria do discurso.

A aplicação da teoria do discurso de Jürgen Habermas permite, até

mesmo, uma revisão das tradições culturais, de forma que resultem num mundo da vida interpretado por orientações racionais de ação. Para isso:

a) A tradição cultural deve disponibilizar aos agentes meios para que alcancem pretensões de validade diferenciadas e possam diferenciar as atitudes básicas próprias do mundo objetivo, mundo social (em conformidade com as normas) e mundo subjetivo;

b) A tradição cultural tem que ser passível de revisão crítica, permitindo a elaboração sistemática dos nexos de sentido e o estudo metódico de interpretações alternativas;

c) A tradição cultural deve permitir formas especializadas de argumentação, surgindo “sistemas culturais especializados” como “ciências, moral e direito, arte e literatura, nos quais se formam tradições sustentadas argumentativamente, que fluem por uma crítica permanente e ainda asseguradas pela profissionalização que geram”.

d) A tradição cultural tem, por fim, “que interpretar o mundo da vida de modo que a ação orientada ao êxito” fique livre dos imperativos que impedem a renovação comunicativa constante e a “ação orientada ao entendimento”. Isso possibilita a “institucionalização social da ação ‘racional orientada a fins’ para fins generalizados, como, por exemplo, a formação de subsistemas especializados na ação econômica racional e na administração racional, regidos, respectivamente, pelos meios dinheiro e poder” (HABERMAS, 1987, p. 105-106).

O problema da elaboração de leis e da concepção de direitos humanos e fundamentais não pode, assim, estar desconectado do estudo da sociedade e da cultura⁴⁸⁴ já que o objeto da norma será a regulação de um fato, e isso alterará o comportamento do indivíduo e, por conseguinte, da sociedade e da cultura em que está inserido.

Referências

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. Trad. do grego, introdução e notas de Mário da Gama Kury. 2ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Tradução George Sperber e Paulo Astor Soethe. São

⁴ HABERMAS (1987, tomo I, p. 21) prega a conexão desses conteúdos aos fundamentos das ciências sociais.

- Paulo: Edições Loyola, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. **Comentários à Ética do Discurso**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.
- HABERMAS, Jürgen. **Teoria de la Accion Comunicativa**, tomo I, Racionalidad de la acción y racionalización social, tomo II, Crítica de la razón funcionalista, versión castellana de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus Ediciones, 1987.
- HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação**: ensaios filosóficos. Tradução Milton Camargo Mota. Rio de Janeiro: Edições Loyola, 2004.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da Filosofia do Direito**. Tradução Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1995.
- SOUZA, Leonardo da Rocha de. A teoria do discurso de Habermas como solução procedimental ao pluralismo na concepção dos direitos humanos. In: LEISTER, Margareth Anne; MORAIS, Fausto Santos de; SILVA, Juvêncio Borges. (Org.). **Direitos fundamentais e democracia I**. Florianópolis: Conpedi, 2014, p. 145-164.

Autodeterminação em relação à própria vida e à própria saúde: uma leitura da vontade à luz dos princípios da liberdade e da privacidade

HELENA DE AZEREDO ORSELLI
PRISCILA ZENI DE SÁ

1 Introdução

A relação médico-paciente⁴⁹ alterou-se substancialmente nos últimos séculos. Vários autores, como Gracia (2010) e Ribeiro (2005), apontam que, no curso do século XX, essa relação deixou de ser paternalista, fundada na autoridade do médico, para privilegiar a autonomia do paciente. Entretanto há ainda dúvidas quanto ao cumprimento da vontade desse quando parece essa não ser a melhor escolha na visão de outras pessoas como membros da equipe médica e familiares.

O respeito à autonomia do paciente é conquista histórica importante, entretanto, não significa que os profissionais de saúde tenham renunciado, ou devam renunciar, à promoção do bem dos pacientes, que segue sendo dever do exercício profissional. (ZOBOLI, 2016, p 152). Significa apenas que a decisão final, após os devidos esclarecimentos, compete ao paciente.

Da mesma forma, o ordenamento jurídico brasileiro evoluiu significativamente nas últimas décadas, colocando o indivíduo (e não mais o patrimônio) como origem e fim da proteção legal, dando importância e relevância à vontade do sujeito, que deve ser “ativo na preservação de seus direitos e no exercício dos mesmos”. (LOTUFO, 2008, p. 81).

⁴⁹ Neste artigo, emprega-se o termo paciente para designar a pessoa que busca tratamento de saúde em razão de ser usual como forma de designar a pessoa em atendimento médico, adquirindo um significado próprio. Não se desconhece que atualmente alguns autores defendem uma mudança de abordagem, pois não consideram o termo ‘paciente’ o mais adequado, já que designa aquele que recebe passivamente o tratamento. Haja vista que o ‘paciente’ não apenas recebe, mas decide, assume e atua durante o tratamento de saúde, muitos sistemas legislativos o têm substituído por usuário, e, em italiano e português de Portugal, *utente*. Veja a respeito Nunes e Melo (2010).

Outrossim, ainda que se reconheça a autonomia do paciente em decidir as questões relacionadas a sua vida e a sua saúde, é necessário verificar a efetividade dessa autonomia.

Este estudo tem como problema principal: Diante da evolução da relação médico-paciente, onde se privilegia a autonomia deste, a manifestação da sua vontade é efetivamente autônoma, livre e informada? Como hipótese, buscou-se confirmar que a autodeterminação é efetiva desde que percebida como um direito do paciente que concretiza os princípios constitucionais da liberdade e da privacidade, tendo ele recebido as informações necessárias acerca de sua condição de saúde e do tratamento por parte da equipe médica.

Assim, objetiva analisar os requisitos para que o efetivo exercício da autodeterminação, quanto à própria vida e à própria saúde, seja verdadeiramente autônoma.

Nesta pesquisa, foram utilizadas as técnicas de coleta de dados com base em pesquisa bibliográfica com base no referente estabelecido. Durante a coleta de dados e a redação deste relato, empregou-se o método de pesquisa indutivo.

2 A autodeterminação como concretização dos princípios da liberdade e privacidade: uma escolha da forma como se quer viver

A autonomia decorre do direito fundamental à liberdade previsto no artigo 5º, *caput*, da Constituição brasileira. No sentido clássico, o direito à liberdade significa, consoante Bobbio (1997, p. 51), a possibilidade de agir dentro dos limites da lei, isto é, consiste na liberdade negativa de não sofrer obstáculos ao agir conforme a legislação. É assim que geralmente vem definido o direito geral à liberdade a fazer ou a deixar de fazer tudo aquilo que a lei não proíbe. Todavia aponta também um segundo sentido de liberdade, a liberdade positiva, que consiste na prerrogativa que a pessoa tem de se orientar por si, autonomamente, ou seja, decidir sem intromissões de terceiros (BOBBIO, 1997, p. 51). Portanto pode-se dizer que a autonomia importa a pessoa agir de acordo com seus interesses e seus desejos, desde que não cause danos a outrem.

Sarlet (2018, p. 96) aponta as principais funções desempenhadas pelas constituições modernas, vinculando o reconhecimento e a garantia dos direitos fundamentais como garantidores da liberdade e da autonomia individual.

Por sua vez, Dworkin (2009, p. 319) identifica na autonomia a garantia do direito de construir sua vida de acordo com seus interesses críticos, ou seja, o direito à autodeterminação não se identifica com os melhores interesses, aquilo que faz bem à pessoa, mas com aqueles interesses que a pessoa tem naquele momento.

Gherardi (2002, p. 14) esclarece que os melhores interesses consistem em saber o que é bom para o bem-estar do paciente: “Cuando se apela a ‘los mejores intereses’, mas allá de una evaluación por demás objetiva y técnica, la decisión que se tome estará siempre impregnada por la consideración subjetiva que conlleva el significado del ‘bien’ para cada uno.”

A ideia do que seria o ‘melhor interesse’ depende de uma avaliação subjetiva, que leva em conta valores, que diferem de pessoa para pessoa, de modo que se deve perguntar não qual o melhor interesse, mas qual é o interesse, o desejo da pessoa naquele momento.

Dáí importa destacar a privacidade, não apenas como um direito genérico à vida privada, mas também como um bem fundamental e autônomo, vinculando-a também como uma das condições de possibilidade da dignidade da pessoa humana (SARLET, 2018, p. 456). O autor vincula o direito à privacidade como um direito de autodeterminação do indivíduo em todas as esferas da sua vida privada, mas especialmente importa a este estudo a dimensão material apontada por ele, que abrange “os aspectos da vida pessoal que, de acordo com as pautas sociais vigentes, costuma ser tido como reservado e indisponível ao legítimo interesse do Estado e de terceiros, especialmente tudo que tiver de ficar oculto para assegurar ao indivíduo uma vida com um mínimo de qualidade”. (SARLET, 2018, p. 459).

Dworkin (2011, p. 614) destaca que vida boa é aquela que traz satisfação para a pessoa durante sua vida. Não no sentido de que realizar uma pintura ou criar uma música que seja reconhecida, mas no sentido de fazer algo de sua vida, algo de que se orgulhe (DWORKIN, 2011, p. 613). As realizações podem ser as mais simples que sejam: cuidar dos filhos ou do jardim.

Essa é uma definição importante para o direito de a pessoa se autodeterminar. Viver uma vida boa significa ser feliz com a vida que se vive, não significa, necessariamente, tomar decisões sempre pensando que essas sejam benéficas para sua saúde. Decidir sobre a própria vida e a própria saúde significa, então, autodeterminar-se de acordo com o que traz satisfação à pessoa, com base em sua

personalidade, suas concepções individuais, suas vontades e suas crenças religiosas, todos eles garantidos pelos direitos fundamentais. Como se percebe os significados de autodeterminação e de autonomia coincidem com a definição de liberdade positiva apresentada por Bobbio. É nesse sentido que a autodeterminação será analisada neste trabalho: como a prerrogativa que a pessoa tem de poder tomar decisões acerca de sua vida e de sua saúde de acordo com o que é importante para si.

Não se desconsidera que, para alguns indivíduos, o que lhes traz prazer e satisfação, em sua própria avaliação, pode fazer mal a sua saúde, portanto ser contrário ao que se consideraria benéfico, mas, desde que a pessoa reúna as condições para decidir, que se estudarão a seguir, e esteja ciente dos riscos a que, por vontade própria, submete-se, a decisão é dela, e ela deve assumir as responsabilidades que decorrem de sua decisão.

3 A capacidade para tomar decisões acerca da própria vida e da própria saúde

Engelhardt Junior (2013, p. 428) afirma que os indivíduos competentes têm o direito de realizar, até onde for possível, sua visão de vida boa. Dessa afirmação destaca-se o primeiro requisito a ser analisado acerca da autodeterminação: qual seja a capacidade ou a competência para decidir. Para poder considerar a decisão da pessoa acerca de sua vida e de sua saúde, como sua opção pessoal, é necessário verificar se ela reúne as condições mentais para decidir.

Perlingieri (2002, p.158) retrata o direito a saúde e sua complexa relação com o Direito. Aponta que o direito à saúde não se resume, na perspectiva civil-constitucional, à assistência sanitária, mas também abrange as relações intersubjetivas e seus comportamentos, especialmente tutelados a partir da dignidade. Da mesma forma, não considera apenas a saúde física, mas também a integridade psíquica do indivíduo como reflexo do direito à saúde, trazendo, por fim, a experiência italiana sobre o regime das incapacidades (PERLINGIERI, 2002, p. 159-165).

Para o ordenamento jurídico brasileiro, a capacidade plena é consequência da maioridade civil e do pleno discernimento (artigo 5º do Código Civil brasileiro), ou seja, em regra os maiores de 18 anos são capazes para decidir autonomamente.

Não se pode ignorar que a definição de quem é competente e o

processo de sua verificação são influenciados por concepções culturais que se modificam de tempos em tempos e de região geográfica para outra. Exemplificando, no Brasil, no início do século XX, o Código Civil brasileiro estabelecia a incompetência dos “loucos de todo gênero”, expressão considerada inadequada inclusive por Bevilacqua (1975, p. 184), autor do Código Civil de 1916.

Na redação original do atual Código Civil, de 2002, eram considerados absolutamente incapazes para a prática dos atos da vida civil, aqueles que “por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento” (artigo 3º) e relativamente incapazes “os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido” e “os excepcionais, sem o discernimento mental completo”. Tais expressões se demonstravam imprecisas quanto à definição de quem efetivamente não é considerado capaz para os atos civis. Em 2015, fruto da reivindicação das pessoas portadoras de deficiências por reconhecimento de suas potencialidades, os dispositivos legais acima-mencionados foram alterados pela Lei n. 13.146/2015⁵⁰, excluindo-se as expressões imprecisas citadas e reconhecendo-se que a pessoa, embora com limitações mentais, possa ter autonomia para gerir a própria vida, sob certas condições.

Contudo, decidir se uma pessoa goza ou não de capacidade para tomada de uma decisão autônoma é uma questão complexa, que refoge à área jurídica, competindo sua apreciação a um médico.

A médica Vidal (1999, p. 3), em seu artigo sobre competência para decidir na prática clínica, indica o conceito usual de competência como possuir “[...] *habilidades psicológicas necesarias par poder llevar adelante el ‘proceso de toma de decisión’*”, afirmando ser esse um tema muito complexo.

Quando se fala em habilidade para agir, deve-se ter em mente a capacidade de atuar ou decidir abrange uma série de situações diferentes que se apresentam à pessoa. Uma pessoa pode não ter capacidade para vender de um bem que lhe pertence, porque, segundo o ordenamento jurídico, não tem o discernimento necessário para a prática desse ato, mas poderia ser considerada competente para decidir o tipo de tratamento que aceita receber.

A competência para decidir, nesse caso, advém da capacidade de

⁵⁰ Lei conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, que entre outras alterações, modificou os dispositivos legais que tratam da capacidade civil, evitando as expressões consideradas inadequadas acima apontadas.

entender “o significado e as consequências das ações contempladas, de maneira a ser imputável e responsável por aquelas ações.” (ENGELHARDT JUNIOR, 2013, p. 371-372).

Para a Medicina, segundo Vidal (1999, p. 4), presume-se a competência da pessoa até que se prove o contrário.

A fim de que a pessoa seja considerada competente para decidir, devem ser excluídas as condições que podem confundir ou afetar a vontade do paciente como o efeito de alguns medicamentos, uso excessivo de drogas ou de álcool, depressão e dores e sofrimentos insuportáveis (NUNES, 2016, p.101).

Kottow (2007, p. 75-76) destaca que considerar competente mentalmente aquele capaz que de agir de forma razoável, ou melhor, conforme o senso comum, é uma atitude paternalista.

A afirmação de que a decisão deve coincidir com a decisão que seria tomada pela maioria das pessoas limita a possibilidade de decisão por aqueles que têm concepções de vida, crenças religiosas e ideais diferentes dos da maioria da população, fazendo com que essa parcela menor da sociedade nunca possa decidir com base em suas convicções.

Como aponta Kottow (2007, p. 76), é comum se supor que a pessoa que tem ideias ou age com tendências suicidas seja considerada mentalmente incompetente ou deprimido, e sua vontade seja desconsiderada. Por conseguinte, se a pessoa não deseja mais viver, ou deseja interromper um tratamento médico por considerar sua vida ou o tratamento indigno ou insuportável, a tendência da maioria das pessoas, inclusive médicos, é duvidar da saúde mental daquela. A decisão da pessoa seria considerada razoável se ela decidisse com base no que lhe trouxer mais benefícios em se tratando de saúde (KOTTOW, 2007, p. 78).

Poderia o médico considerar que não é razoável o paciente recusar um tratamento, que, na visão do médico, melhoraria sua condição? Poderia o médico desconsiderar a decisão do paciente e aplicar o tratamento mesmo contra sua vontade, alegando não ser uma decisão racional? Como dito acima, é necessário reconhecer que a pessoa pode ter motivos, em sua visão particular do que é vida boa, para não querer receber aquele tratamento. O reconhecimento da diversidade cultural permite que cada um tenha sua própria concepção do que é bom para si, que não precisa coincidir com o que as demais pessoas consideram vida boa. As pessoas devem aceitar o direito de cada um de levar sua vida da forma como bem entenderem.

Ora, como se destacou acima, se compete à pessoa decidir como realizar sua vida conforme sua concepção de vida boa, por que razão não se pode aceitar que ela considera ser esse momento de por fim à própria vida? Por que razão não se pode aceitar que ela decida não com base na manutenção de sua vida ou melhoria de sua condição patológica, mas com base no que ela julga ser o melhor para ela? E que o melhor para ela não é necessariamente continuar a viver naquelas condições?

O critério da capacidade em matéria de decisão sobre a saúde, apontado acima, que tem como base o que outros consideram uma decisão coerente falha, porque não respeita as concepções individuais, as crenças religiosas e os ideais de vida boa da própria pessoa, ou seja, seu poder de decisão. Assim pode-se dizer que a decisão tomada pela pessoa numa situação concreta da vida apenas deve ser desconsiderada, se se provar que a pessoa não tem capacidade para decidir.

Vidal (1999, p. 5 e ss) analisou alguns testes propostos para a verificação da competência para decidir e concluiu que não há um teste universalizável, que valha para todos os tempos e locais, pois essa verificação envolve conceitos como o de pessoa e de competência que são construções culturais e sociais, de modo que os métodos de avaliação dessa devem atentar a esse fato (VIDAL, 1999, p. 10). As concepções acerca dos termos pessoa e competência são fundados em valores culturais, que são diferentes em diferentes momentos históricos ou locais distintos e permeiam a verificação de quem é competente e quem não o é para prática de determinado ato.

Finaliza a autora (VIDAL, 1999, p. 13):

Definir rigurosamente quién es competente y quien no, ubica a una sociedad medicalizada ante la posibilidad de que diferentes formas de "poder" limiten la libertad de los individuos, para este caso a decidir sobre su propia salud. Pero dejar librados estos límites a cada momento o situación coyuntural en países dominados, pone en riesgo la seguridad de los individuos.

Vidal destaca a dificuldade de se lidar com essa definição. Recorda que se deve atentar aos diferentes tipos de poder, muitas vezes velados, que se pode exercer sobre uma pessoa, principalmente em países com baixos níveis de desenvolvimento econômico, social e educacional. Pode-se mencionar as influências da mídia, dos interesses das indústrias farmacêuticas e das classes sociais dominantes sobre o poder de decisão, o que reforça a importância de

a pessoa ser competente para perceber essas influências e se proteger delas.

Kottow (2007, p. 80) aponta elementos objetivos que o médico deveria analisar para verificar a competência da pessoa: que a pessoa deve ser capaz de compreender as informações que lhe são fornecidas; deve ter conhecimento de que se encontra em um processo de decisão; deve estar ciente de quais são as alternativas que se apresentam e as consequências de cada uma dessas, e que a decisão seja coerente com a história de vida da pessoa.

Segundo Dworkin (2009, p. 319), não é necessário que a escolha da pessoa seja coerente com sua biografia, posto que, muitas vezes, as decisões refletem dúvidas e não são racionais.

A concepção de autonomia centrada na integridade não pressupõe que as pessoas competentes tenham valores coerentes, ou que sempre façam as melhores escolhas, ou que sempre levem vidas estruturadas e reflexivas. Reconhece que as pessoas frequentemente fazem escolhas que refletem fraqueza, indecisão, capricho ou simples irracionalidade [...].

Logo, o autor (DWORKIN, 2009, p. 315) propõe que se respeite a autonomia da pessoa adulta e competente mesmo que sua opção seja incoerente com o estilo de vida que a pessoa levou até então.

A forma de pensar ou de conceber a própria vida pode se alterar com o passar do tempo, por conseguinte o fato de a decisão da pessoa não ser coerente com sua biografia não significa obrigatoriamente que ela se encontra incapaz para decidir, significa apenas que seus ideais de vida, suas crenças e suas concepções individuais se modificaram.

Percebe-se que, durante a assistência à saúde que presta, o médico deve observar o processo de compreensão pela pessoa, para tanto é necessária a escuta atenta pelo médico em relação à pessoa que está atendendo, observar como reage durante o atendimento, avaliar seu nível de compreensão das informações que lhe são transmitidas, observar se a pessoa tem dúvidas e esclarecê-las, apresentar-lhe opções de tratamento, inclusive expondo as consequências do não tratamento, e conhecer um pouco a pessoa, saber de sua vida não apenas pregressa, mas também atual, para que possa, desse modo, verificar a competência da pessoa para decidir acerca de sua vida e de sua saúde.

4 A liberdade para decidir – a questão dos vícios de

consentimento

Como pressuposto para o direito fundamental da liberdade, deve-se preservar a vontade livre e consciente.

Para se considerar a pessoa efetivamente livre para decidir, importa também que ela esteja livre de erro, dolo ou coação, considerados vícios do consentimento e, por isso, maculadores da liberdade. Por essa razão a atenção às orientações médicas e a compreensão dos documentos médicos são aspectos fundamentais no atendimento, que devem refletir nas escolhas do paciente.

Erro é a “falsa representação da realidade” e o dolo, a indução maliciosa ao erro (LÔBO, 2016, p. 290-292). Em ambos a pessoa acredita estar decidindo de forma correta, quando, em verdade, está assumindo algum risco ou prejuízo que lhe cause mal. Percebe-se que a vontade é viciada, na medida em que as informações não foram total e esclarecidamente prestadas.

Por sua vez, considera-se que a coação a ameaça de lesão contra a própria pessoa ou contra seus familiares, que leva a pessoa à prática de ato que não realizaria se não estivesse sob ameaça (LÔBO, 2016, p. 295). Nesse caso se a pessoa decide para se livrar do dano ou da ameaça de dano que está sofrendo, ela age sob coação, o que restringe sua liberdade para decidir de acordo com seus interesses e concepções.

Além desse conceito tradicional de coação, Engelhardt Junior (2013, p. 374) aponta que a decisão da pessoa igualmente não é livre quando houver fraude, ou ameaça de cancelamento de um contrato, ou lhe sonegarem informações relevantes para o processo de tomada de decisão.

O médico que, para obter a concordância e a adesão do paciente ao tratamento, ao descrever a doença, aponta mais riscos do que os que verdadeiramente decorrem da doença (ENGELHARDT JUNIOR, 2013, p. 377), ou, ao contrário, minimiza ou oculta riscos e efeitos colaterais do tratamento para conseguir sua adesão a ele, exerce uma pressão anormal na pessoa, assustando-a, sonegando-lhe as verdadeiras informações, de forma que há limitação na liberdade de decidir do paciente.

Constitui infração ética ao dever o médico exagerar a gravidade do diagnóstico ou do prognóstico, além de descrever como complexa a terapêutica, consoante o disposto no artigo 35 do Código de Ética Médica, Resolução n. 1.931/2009 do Conselho Federal de Medicina,

posto que gera na pessoa uma pressão que a leva a agir como o médico pretende e não como ela realmente agiria.

No mesmo sentido, Vidal (1999, p. 1-2) esclarece que o médico não deve passar informações tendenciosas, nem deve aproveitar-se do fato de possuir maior conhecimento sobre o assunto do que o paciente, a fim de obter a concordância desse ao tratamento.

A coação retira a liberdade da pessoa (NUNES, 2016, p. 101). A pessoa coagida não faz ou decide de acordo com sua vontade ou suas convicções, mas seguindo as instruções do coator, para que cesse a violência ou a ameaça de violência que ela ou seu familiar esteja sofrendo. Caracteriza-se a coação quando se verifica que, caso não houvesse essa pressão exercida sobre a pessoa, ela agiria ou decidiria de maneira completamente diferente.

O erro e o dolo podem ser considerados nas hipóteses em que o médico ocultou informações ao paciente, ou ainda quando minimizou ou maximizou riscos de um ou outro tratamento, gerando uma manifestação viciada do paciente,

Assim o direito de se autodeterminar, de decidir por si só como agir nas questões que envolvem a própria vida e a própria saúde, exige que a pessoa esteja livre de pressões externas, podendo agir seguindo sua própria vontade, seus próprios interesses e suas convicções pessoais, privilegiando a liberdade e a privacidade como direitos fundamentais, tal como exposto acima.

5 Livre de compromissos anteriores ou de necessidades

Uma nova perspectiva da liberdade consiste na liberdade do paciente em relação a ~~de~~ compromissos anteriores ou necessidades, que podem, também, comprometer sua autonomia e autodeterminação ao optar ou negar algum tratamento médico.

Engelhardt Junior (2013, p. 373) expõe que somente tem liberdade para decidir a pessoa que não tem obrigações anteriores a cumprir e menciona que o dever dos pais de sustentar dos filhos enquanto menores de idade e a necessidade de cumprimento da pena imposta por infração legal podem impedir a pessoa de decidir livremente, já que devem cumprir suas obrigações.

É difícil compreender a perda do direito de recusar tratamento pelo preso, fundamentada na necessidade de cumprir com sua condenação, como escreve o autor (ENGELHARDT JUNIOR, 2013, p. 373). Difícil é também aceitar uma proibição à recusa de

tratamento pelos pacientes terminais que possuem filhos menores, devido a sua responsabilidade pelo sustento desses até que atinjam idade em que possam sustentar-se por si.

Ainda assim, este critério, apontado por Engelhardt Junior (2013, p. 373) para que a liberdade de decidir seja efetiva, é relevante— (ENGELHARDT JUNIOR, 2013, p. 373). Pense-se nas pessoas que se submetem à venda de órgãos ou de partes do corpo ou à contratos de cessão temporária de útero para quitar dívidas anteriormente contraídas, ou para ter condições para comprar alimento para sua família que passa fome, enfim, por necessidades econômicas variadas.

A comercialização de órgãos, tecidos ou partes do corpo humano é proibida no Brasil, como estabelece o parágrafo 4º do artigo 199 da Constituição brasileira, bem como o artigo 15 da Lei n. 9.343/1997, entretanto há notícias em jornais e *sites* na internet denunciando anúncios para a compra ou venda de órgãos, especialmente rins, no Brasil. O jornal Gazeta do Povo (ANIBAL, 2014) publicou uma matéria em que aponta que o desespero em relação financeira leva as pessoas a considerarem a venda ilegal de seus rins e mostra como funciona o esquema. Essas situações demonstram que a necessidade de pagar dívidas e a falta de condições financeiras podem afetar a autonomia, fazendo com que a pessoa decida sobre situações contrárias à lei e que colocam em risco sua saúde, para se liberar do problema financeiro.

Não há vedação expressa no ordenamento jurídico brasileiro para a cessão temporária e onerosa do útero para gestar filho alheio, quando a mulher que pretende ser mãe não pode gestar em seu útero, mas esta prática é considerada ilegal no país, com fundamento na proibição de comercialização do próprio corpo prevista na Constituição e na Resolução n. 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina, que estabelece que a cessão temporária de útero deve ser sem fins lucrativos ou comerciais. Apesar da vedação, mulheres anunciam a cessão onerosa do útero em *sites* na internet no Brasil, como noticiou a matéria do jornal Folha de São Paulo (LEITE, 2018).

As pessoas, que se disponibilizam a vender ilicitamente seus órgãos ou a ceder onerosa e temporariamente seu útero para gestar filho alheio, estão fazendo-o, pois precisam de dinheiro, caso contrário não o fariam, como demonstra a reportagem da Gazeta do Povo, segundo a qual uma das interessadas desistiu do procedimento depois de reatar o casamento com o ex-marido (ANÍBAL, 2014).

Não raro se percebe que se submetem a essas práticas pessoas necessitadas, geralmente pertencentes a classe social e econômica desfavorecida e que veem na venda do órgão ou na cessão onerosa de útero a única forma de obter uma soma de dinheiro que lhe traga um pouco de alívio ou tranquilidade, ainda que passageiro.

A vulnerabilidade dessas pessoas é evidente nessas situações, e elas apenas se envolvem em procedimentos médicos, tendo em vista que necessitam dos meios financeiros para melhorar sua vida e de sua família. A questão é saber se a pessoa nessa situação pode ser considerada livre para decidir.

É possível que a pessoa, que tenha obrigações assumidas anteriormente para cumprir, não esteja sob coação, nem mesmo sob pressão de outrem para cumpri-las, de sorte que é livre no sentido literal da palavra. Contudo, pode sentir-se compelida a encontrar uma forma de se liberar da obrigação, logo é “livre”, no sentido de que não é constrangida a fazer algo contra sua vontade, porém age não porque realmente deseja agir daquela maneira, mas porque necessita do dinheiro. Se a pessoa não agiria dessa forma, caso não houvesse a necessidade, pode-se dizer que a necessidade por que passam lhes retira a autonomia para decidir.

Verifica-se que, para se dizer que a pessoa tem autonomia para decidir, não basta que ela tenha competência, que não esteja sob coação e que não se encontre numa condição de vulnerabilidade social e econômica, é necessário verificar também se ela não o faz para se livrar de obrigações anteriores.

Estudar-se-á, a seguir, a importância de que a pessoa receba todas as informações possíveis para que a autodeterminação seja efetiva em relação à saúde e à vida da pessoa.

6 A importância das informações prestadas pelo médico

A pessoa deve estar bem informada sobre o tratamento, os riscos, os benefícios e as alternativas de tratamento, a fim de que possa efetivamente se autodeterminar quanto a sua vida e a sua saúde (ENGELHARDT JUNIOR, 2013, p. 378).

POHIER (1999, p. 105) igualmente defende que o efetivo exercício do direito à autodeterminação sobre a aceitação ou a recusa de um tratamento somente ocorre se a pessoa foi informada de sua condição de saúde, quais são a doença, o diagnóstico e o prognóstico.

O processo de decisão sobre a própria saúde e a própria vida geralmente ocorrerá numa relação médico-paciente, e o agente principal desse processo não é o médico mas sim o paciente, entretanto isso não significa que o médico não participe desse processo. A decisão cabe ao paciente, porque é sobre sua vida ou sua saúde que se deve decidir e, como visto, ninguém melhor do que a própria pessoa para dizer o que é melhor para si.

Todavia o papel do médico é fundamental, em razão de seus conhecimentos específicos. Cabe-lhe orientar, aconselhar, transmitir todas as informações necessárias para que a decisão seja baseada no conhecimento de todos os dados disponíveis acerca da condição do paciente: o diagnóstico, as formas de tratamento, o que se espera com o tratamento, quais os efeitos colaterais ou riscos, quais as consequências do não tratamento, etc.

O direito ao recebimento de todas as informações necessárias para que se possa decidir é amparado no artigo 5º, inciso XIV, da Constituição brasileira, portanto um direito fundamental de todas as pessoas, garantido também no artigo 34 do Código de Ética Médica, Resolução n. 1.931/2009 do Conselho Federal de Medicina.

O direito do paciente ao recebimento das informações por parte da equipe médica nas situações que envolvem sua vida e sua saúde advém do fato de que, muitas vezes, ele não detém previamente os conhecimentos necessários para que possa decidir, competindo aos profissionais de saúde que o acompanham informá-lo, para que possa decidir com propriedade.

Engelhardt Junior (2013, p. 354) afirma que “o paciente é um estanho, um indivíduo que pisa em território desconhecido, que não sabe direito o que esperar ou como controlar o ambiente.” Por conseguinte é de extrema importância a forma como os médicos revelam as informações aos pacientes (ENGELHARDT JUNIOR, 2013, p. 378), entretanto o médico deve atentar para o fato de que sua concepção sobre a doença e a morte pode influenciar a forma como o paciente se relacionará com essas (POHIER, 1999, p. 33).

Segundo Gracia (2010, p. 312), para

[...] gerir meu corpo, e, portanto, minha vida e minha morte de acordo com meus valores e crenças, é lógico que deva ser informado pelo médico do que se vai fazer em meu corpo e que tenha o poder e a liberdade de consenti-lo ou recusá-lo. O direito ao consentimento informado é o símbolo da passagem do absolutismo médico clássico à teoria liberal do exercício da profissão.

O médico deve comunicar ao paciente não apenas sua condição de saúde, qual a doença ou o que lhe causa mal-estar (diagnóstico) e o tratamento sugerido, mas deve esclarecer, se for o caso, as alternativas de tratamento, inclusive a possibilidade de não se tratar. Deve indicar o que ocorrerá no caso de a pessoa aceitar o tratamento indicado ou um tratamento alternativo e o que ocorrerá, se recusar o tratamento (prognóstico). Deve ainda cientificá-la dos benefícios do tratamento indicado bem como dos tratamentos alternativos, mas as informações mais relevantes que o médico deve transmitir são sobre os riscos tanto do tratamento quanto os decorrentes do não tratamento.⁵¹⁵

A consciência acerca dos riscos e dos efeitos colaterais são determinantes para a escolha do tratamento por parte do paciente, posto que um risco não desejado, ainda que as chances de ocorrência sejam mínimas, pode fazer com que a pessoa recuse aquele tratamento. A pessoa tem o direito de saber todos os riscos que decorrem do tratamento e do não tratamento. Mesmo que suas incidências sejam raras, ou que o médico considere amplamente divulgado quais são riscos do tratamento, é seu dever mencioná-los ao paciente para evitar futuras demandas judiciais.

Algumas pessoas preferem conviver com os problemas de sua saúde a conviver com os efeitos colaterais indesejados do tratamento, e essa é uma decisão que lhes compete, mas que apenas podem tomar, se forem devidamente informadas pelos profissionais que as assistem.

Não se diminui a importância do papel do médico com a primazia da autodeterminação do paciente, uma vez que seu papel é essencial naquilo que consiste em sua competência exclusiva: avaliar as condições do paciente, interpretar os exames, indicar os tratamentos que podem ser assumidos e acompanhar do paciente durante esse processo.

Para que se alcance verdadeiramente a efetiva autodeterminação do paciente em decidir acerca de sua vida e de sua saúde, a relação médico-paciente não pode se limitar a uma consulta. A relação médico-paciente é uma aliança desses agentes e consiste num relacionamento que se estabelece, em que o médico conhece a pessoa que está atendendo, seus valores, suas crenças, e um pouco de sua

⁵ Os direitos dos pacientes às informações acerca de sua situação de saúde estão descritos no artigo 3º, parágrafo único, inciso II, da Portaria n. 1.820/2009 do Ministério da Saúde.

família. Neste relacionamento, estabelece-se a confiança do paciente no médico.

O reconhecimento da autodeterminação concede à pessoa o poder de decidir acerca das condições de sua vida e de sua saúde. Essa prerrogativa lhe compete, verificados os elementos acima apontados como sua capacidade, o fato de não estar sob nenhum vício do consentimento, nem em situações que o levariam agir contrariamente a seus interesses, estar bem informado acerca de seu estado de saúde e dos tratamentos, bem como seus riscos e benefícios.

O reconhecimento da autodeterminação concede à pessoa o poder de decidir acerca das condições de sua vida e de sua saúde. Essa prerrogativa lhe compete, verificados os elementos acima apontados, mas, para que o processo de decisão efetivamente ocorra, é necessário que seja realizado de forma consciente e ponderando todos os elementos aqui apontados.

7 Conclusão

A autodeterminação prioriza a vontade do paciente na escolha (ou não) de tratamentos e procedimentos médicos que afetem a sua vida e sua saúde. A vontade do paciente deve ser analisada na perspectiva civil-constitucional, na medida em que deve levar em conta os seus direitos fundamentais da liberdade e da privacidade, protegidos pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Partindo do problema de pesquisa, foi possível confirmar a hipótese inicialmente ventilada, considerando algumas variáveis: Para que a autodeterminação seja efetiva, é necessário que a relação médico-paciente seja suficientemente transparente e informada, a fim de que, no exercício da liberdade que lhe cabe, do paciente, ao decidir (ou não) por um tratamento ou procedimento, faça-o de forma consciente e sem vícios da manifestação da vontade.

Para tanto é importante que o médico considere as situações pessoais do indivíduo para aferir a sua capacidade, bem como que leve em conta as situações precedentes que podem ensejar algum vício nessa manifestação.

O paciente deve poder decidir de acordo com seus interesses, seus ideais de vida boa e com base em suas crenças religiosas e convicções pessoais, e sua decisão não deve ser avaliada nem questionada com base na concepção de terceiros, seja médico, sejam seus familiares, do

que é o melhor para ele, posto que diz respeito a sua dignidade, como direito de se autodeterminar.

O direito fundamental e constitucional à liberdade, garante que o paciente tenha a oportunidade de aceitar ou recusar algum procedimento ou tratamento a partir dos esclarecimentos efetuados pelo profissional da saúde, que por sua vez, deve respeitar a privacidade do indivíduo, levando em conta a sua vontade individual.

As situações cotidianas privadas são permeadas diretamente pelas garantias constitucionais, que devem influenciar comportamentos nas esferas privadas e individuais.

Referências

- ANÍBAL, F. Classificados on-line anunciam venda de rins. **Gazeta do Povo**. 14.jun.2014. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/classificados-on-line-anunciam-venda-de-rins-9lcq537mb3wnqmyl481vh3a6m>>. Acesso em: 19 mar. 2019.
- BOBBIO, N. **Igualdade e Liberdade**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.
- BEVILAQUA, C. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. Edição histórica. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1975. v. 1.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm>. Acesso em: 13 ago 2020.
- BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-3071-1-janeiro-1916-397989-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 13 ago 2020.
- BRASIL. **Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962**. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4121-27-agosto-1962-353846-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 13 ago 2020.
- BRASIL. **Lei n. 9.343, de 4 de fevereiro de 1997**. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/cCivil_03/LEIS/L9434.htm>.

Acesso em: 20 ago 2020.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 20 ago 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.146, de 5 de agosto de 2015.** Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm>. Acesso em: 13 ago 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria n. 1.820, de 13 de agosto de 2009.** Dispõe sobre os direitos e deveres dos usuários da saúde. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/prt1820_13_08_2009.html>. Acesso em: 13 ago 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n. 1.931,** de 17 de setembro de 2009. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2009/1931>>. Acesso em: 27 nov 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n. 2.168,** de 21 de setembro de 2017. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>>. Acesso em: 27 nov 2019.

DWORKIN, R. **Domínio da vida:** Aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

DWORKIN, R. O que é uma vida boa?. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 7, n. 2, p. 607-616, dez. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322011000200010&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 18 ago. 2019.

ENGELHARDT JUNIOR, H. T. **Fundamentos da bioética.** Tradução José A. Ceschin. 5 ed. São Paulo: Loyola, 2013.

GHERARDI, C. R. La muerte intervenida. De la muerte cerebral a la abstención o retiro del soporte vital. **Medicina**, Buenos Aires, v. 62, 2002. Disponível em: <<https://redbioetica.com.ar/wp-content/uploads/2018/04/Muerte-intervenida.pdf>>. Acesso em: 06 mar. 2019.

GRACIA, D. **Pensar a bioética:** metas e desafios. Tradução Carlos Alberto Bárbaro. São Paulo: Loyola, 2010.

- KOTTOW, M. **Participación informada en clínica e investigación biomédica**: las múltiples facetas de la decisión y el consentimiento informados. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2007. 162 p. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000161853>. Acesso em 2 mar. 2019.
- LEITE, L. Fora da lei, mulheres se oferecem para ser barriga de aluguel na internet. **Folha de São Paulo**. 30 abr 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/04/fora-da-lei-mulheres-se-oferecem-para-ser-barriga-de-aluguel-na-internet.shtml>. Acesso em: 19 mar. 2019.
- LÔBO, P. **Direito civil**: Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547215453/cfi/3!/4/4@0.00:61.0>. Acesso em: 14 set 2020. Acesso restrito.
- LOTUFO, R. **Teoria geral do direito civil**. São Paulo: Atlas, 2008.
- POHIER, J. **A morte oportuna**: O direito de cada um decidir o fim da sua vida. Tradução Gemeniano Cascais Franco. Lisboa: Notícias, 1999.
- NUNES, R.; MELO, H. Parecer n. P/18/APB/10 – Carta dos direitos do utente dos serviços de saúde. Porto, 2010. Disponível em: <http://www.apbioetica.org/fotos/gca/1334242321carta.pdf>. Acesso em: 26 abr 2018.
- NUNES, R. **Diretivas antecipadas de vontade**. Brasília. Porto: CFM: Faculdade de Medicina da Universidade do Porto, 2016. Disponível em: <http://www.flip3d.com.br/web/pub/cfm/index6/?numero=16&edicao=3678>. Acesso em: 22 jan 2019.
- PERLINGIERI, P. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- RIBEIRO, D. C. Autonomia: viver a própria vida e morrer a própria morte. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 22, n. 8, p. 1749-1754, ago. 2006. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2006000800024&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 21 jan 2019.
- RIBEIRO, D. Um novo testamento: testamentos vitais e diretivas antecipadas. In: PEREIRA, R. da C. (org.). **Família e dignidade**

- humana**. 2005. Belo Horizonte, MG Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 273-283.
- SARLET, I. W. **Curso de direito constitucional**. Editora Saraiva, 2018. *E-book*. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788553610105>>. Acesso em 16 mar. 2020. Acesso restrito.
- VIDAL, S. Competencia para la toma de decisiones en la práctica clínica. **Jurisprudencia Argentina**. Bs As, n. 6166, ano 1999, p. 58-68. Disponível em: <https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=ZGVmYXVsdGRvbWFpbXxiaW9ldGJjYXByZXVjfGd4OjI0MzBINjZTBkZmM3NzU>. Acesso em: 19 jan 2019.
- ZOBOLI, E. Tomada de decisão em Bioética Clínica. *In*: SIQUEIRA, J. E. de; ZOBOLI, E.; SANCHES, M.; PESSINI, L. (org). **Bioética Clínica**: memórias do XI Congresso Brasileiro de Bioética, III Congresso Brasileiro de Bioética Clínica e III Conferência Internacional sobre o Ensino da Ética. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2016. p.149-174.

Decisão jurídica e comunicação científica: implicações ante o contexto de incerteza na era da tecnociência

GISELLE MARIE KREPESKY

1 Introdução

Os avanços progressivos da tecnologia permitem a melhoria da qualidade de vida e salvagam o ambiente para as gerações futuras, mas também têm potencial para causar efeitos destrutivos da vida. Eis o paradoxo das sociedades pós-modernas e complexas. Ou seja, o risco é condição da existência da sociedade. No cenário atual, as questões que envolvem a tecnociência alcançam um protagonismo urgente. Basta observar as exigências feitas à Ciência em meio à pandemia causada pela COVID-19.

Nesse contexto, a relação entre os sistemas do Direito e da Ciência se estreita. De um lado a Ciência possui a função de construir e comunicar conhecimento com base na sua própria estrutura que é voltada preponderantemente para a cognição e a aprendizagem, respeitando seu código: verdade/não verdade sobre as coisas. De outro, o Direito é encarregado de estabilizar as expectativas sociais a partir da aplicação do que é positivado pelo Sistema da Política (legislativo) e para o qual também são delegadas responsabilidades de permissão e impedimento de ações tecnocientíficas⁵² produzidas pelo Sistema da Ciência. Assim, pode-se observar que o sistema do Direito pode interferir no sistema da Ciência, já que aquele apresenta uma função normativa e reguladora. No entanto, a Ciência, também pode interferir no sistema do Direito, porquanto ele precisa observar comunicações científicas para decidir sobre questões jurídicas.

Sendo os sistemas autopoiéticos, ou seja, fechados do ponto de

⁵² De acordo Hottois, o termo tecnociência surge durante a década de 70. E durante os anos 80 e 90 pode ser associado a várias conotações diferentes. Para o filósofo, inspirado em concepção bioética do termo, não há um conceito específico de tecnociência. “No decurso das últimas décadas, pois, a partir do caráter instrumental da ciência, pode-se associá-la ao que é produzido e imaginado por coletivos humanos e socialmente construído. Devendo ser ressaltados os graus de dependência das ciências e das técnicas ao contexto social, político e cultural” (HOTTOIS, 2001 p. 602–603).

vista das suas operações que ocorrem com base nos seus códigos e programas, mas abertos cognitivamente porque observam os demais sistemas sociais como forma de evoluir e aprimorar suas estruturas, há restrições e operações específicas para que haja essa interação entre Ciência, Direito e Política. Essas interações precisam ser mais bem estudadas pois, em cenários de incerteza científica, para os quais nem sempre a Ciência tem respostas e muitas vezes oferta meras probabilidades, o Direito não pode se eximir de decidir quando lhe são postas demandas judiciais.

A capacidade de decisão do Direito precisa inserir-se nestes múltiplos contextos (policontextualidade)⁵³ e deve, sobretudo, ser observado sob a égide Constitucional. A Constituição (promessa de futuro), enquanto acoplamento entre o Sistema do Direito e da Política, torna-se o fio condutor para as decisões que envolvem avanços tecnológicos no cenário de incerteza científica. Todavia, as decisões sobre demandas que envolvem contextos de incerteza para o futuro e que podem causar danos globais e transgeracionais, precisam lidar com a relativização da segurança jurídica. Esta relativização, por sua vez, pode, paradoxalmente, sujeitar o ambiente a maior risco advindo de tais avanços. Ademais, essa hipercomplexidade já não permite a observação social pautada no grau de hierarquia da pré-modernidade. Isso gera tensões entre as diversas racionalidades com as quais cada diferença sistêmico-social pretende ser universal (NEVES, 2013). Conforme assevera Pardo (2015, p. 36, tradução nossa):

A ciência, a filosofia, a sociologia, que antes operavam também com certezas as estão abandonando, deixando ao Direito e aos poderes públicos ante a sua irrenunciável função de decidir. O problema é que elas podem se permitir a incertezas, o Direito não.

Por outro lado, a observação pautada na rigidez da segurança jurídica pode levar a decisões que impeçam o progresso pretendido pela mesma Constituição. Assim, tanto o pretendido avanço tecnológico disposto nos artigos 218 e 219b da Constituição Federal brasileira de 1988 (CF), quanto o artigo 225 precisam ser observados pelo Direito a partir das relações que se colocam entre Direito, Ciência e as interferências do Público e do Privado. Sobretudo, a partir da nova concepção, ou concepção pós-moderna de Estado.

⁵³ Termo cunhado por Teubner na obra *Direito, Sistema e Policontextualidade* (TEUBNER, 2005).

Conforme destaca Marques (2018, p. 2075), a ciência e a tecnologia ganham destaque na Constituição de 1988. Isso porque a ciência é “ao mesmo tempo um direito de liberdade de expressão e criação científica (art. 5º, IX), logo de primeira geração, e direito social afirmativo à ciência (art. 6º c/c art. 23, V, e art. 218)”.

Aliás, é no contexto ambiental⁵⁴ que os avanços científicos parecem projetar a maior potencialidade de impacto danoso. Não por outro motivo que o texto do artigo 225 da CF, além de demonstrar o *status* de fundamentalidade do direito ao ambiente equilibrado e o dever de sua preservação com o controle e observância do Poder Público e de todos, impõe o cuidado com as gerações vindouras. Isso faz surgir no âmbito Constitucional o dever de garantir recursos ambientais tanto para a presente quanto para a futura geração, o que denota a necessidade de observação do futuro pelo Direito a partir de seu programa fundamental levando-se em consideração seu alcance transindividual.

Por isso, qualquer debate sobre a regulação de investigações ou tecnologias que suscitem controvérsias morais ou afetem a bens com reconhecida tutela constitucional, ainda que seja implícita, deveria se apurar e objetivar o conhecimento sobre as reais expectativas de êxito daquelas. Não é admissível uma cessão ou entrega incondicional da proteção que a ordem constitucional dispensa ante as meras promessas da ciência ou, como costuma ser habitual na prática, de influentes setores da tecnociência. (PARDO, 2009, p. 33, tradução nossa).

Para Brum e Morais (2016), é preciso ponderar também qual a legitimidade que o Poder Judiciário detém ao decidir questões que são, sobretudo políticas [e científicas], mesmo quando em situações de flagrante ou implícita violação de preceitos constitucionais e de forma subsidiária. Ainda que, do ponto de vista sistêmico, haja um acoplamento entre Política e Direito para a persecução destes mesmos direitos.

Nestas situações o Direito necessita de um acoplamento com a Ciência para fazer uma leitura do mundo complexo que é fornecida por meio dos laudos, pareceres, relatórios e comunicações que emergem do sistema da Ciência entre outras formas que podem operacionalizar a tomada de decisão jurídica. Assim, tem-se questionado na literatura até que ponto uma decisão jurídica é

⁵⁴ Nesta perspectiva leva-se em consideração as relações entre ambiente e saúde.

efetivamente tomada pelo Sistema do Direito ou é tomada pelo Sistema da Ciência. Esta análise é o objetivo deste ensaio que serve de base teórica para a observação de decisões judiciais e o uso da jurimetria para o desenvolvimento da própria Ciência Jurídica.

2 Direito e ciência: o risco das decisões

Em um contexto de complexidade social (hipercomplexidade), no qual o Sistema da Ciência passa a gerar mais probabilidades do que certezas, o Sistema do Direito precisa decidir sobre demandas para as quais nem sempre estará apto. Então, surge a necessidade de observação destes dois sistemas e suas possibilidades de interação a fim de evitar danos transgeracionais que possam ocorrer em função das atividades tecnocientíficas. A preocupação com as gerações vindouras, ou transgeracionais “[...] é solidária do surto de desenvolvimento da ciência moderna colocada sob o signo da acumulação progressiva de descobertas e de invenções destinadas a melhorar gradualmente a condição humana” (HOTTOIS, 2001, p. 389).

Por esta razão, o Sistema do Direito precisa aprimorar os processos de decisão jurídica que estejam correlacionados aos riscos e as incertezas. Até porque, as consequências que podem ser geradas com a criação e uso das novas tecnologias, além de certa imprevisibilidade, podem apresentar um alcance global de seus efeitos a partir do momento em que não apresentam limites territoriais. Assim, o poder decisório do Direito se complexifica. Primeiro porque ele não possui conhecimento sobre comunicações específicas da Ciência, já que sua atuação sistêmica é pautada em decisões/comunicações/operações sob o código “conforme ou não conforme” o Direito. Segundo porque decidir sem tal conhecimento pode gerar riscos por não se saber as consequências que podem vir a surgir. Entretanto, paradoxalmente, não decidir sobre ações tecnocientíficas também pode ser um risco.

O crescente protagonismo da Ciência pode ser evidenciado em algumas circunstâncias que se impõem na sociedade: a Ciência produz, ela mesma, incertezas e muito do que pode determinar o futuro das gerações advém dos centros de investigação científica (organização do Sistema da Ciência por natureza); quanto mais o futuro depende do desenvolvimento da Ciência, tanto mais se estará exposto às suas incertezas que decorrem da complexidade do próprio

avanço científico (paradoxo). O próprio conhecimento científico, diferentemente do que no passado, aceita a condição de falibilidade e de probabilidades ao invés de certezas. Como a Ciência já não produz mais necessariamente certezas, a autoridade que emana dela e a qual sempre recorrem outros Sistemas, tal qual o Direito, já não se sustenta mais de forma isolada, levando a necessários acoplamentos entre sistemas para a tomada de decisões.

Como destaca Pardo (2009), os debates políticos e jurídicos, em evidência nas grandes temáticas mais complexas, estão presentes em demandas coincidentes com o próprio objeto de discussão da Ciência como mudanças climáticas, células-tronco, inteligência artificial, medicamentos, saúde, pandemias, entre outras pautas, o que denota uma interdependência entre as decisões jurídicas e as decisões científicas.

Luhmann (1976) inclui assim, a necessidade de se pensar no “tempo”, cujo conceito é a interpretação da realidade que se situe exatamente na diferença entre passado e futuro. Para Bora (2012), sendo o tempo social e interpretação da realidade com respeito à diferença entre passado e futuro, há, pois, que se mediar esta relação, para lidar com os graus de abertura (futurização e desfuturização de um futuro presente).

Aliás, para Luhmann (1998a), a dimensão temporal é um problema crucial da modernidade. Nesta, o presente é referido a um futuro que só pode se dar de forma provável ou improvável impelindo o observador à observação nos parâmetros da probabilidade de ocorrência de algo no futuro. Na modernidade, cria-se o cálculo da probabilidade para se poder decidir em meio a uma realidade que é, em verdade, uma ficção. Assim, o presente pode calcular o futuro, acreditando-se que se decidiu corretamente com base nesse cálculo, mas o futuro sempre pode ocorrer de forma diversa do calculado. Logo, a relação entre passado e futuro no campo decisório pode ser entendida da seguinte forma:

[...] a decisão jurídica é uma seleção contingencial que visa a (re)construir o futuro (variável) com base no passado (invariável – fato), procurando-se apreender o nó cego que é o presente (que só pode ser entendido pela distinção passado/futuro). Desse modo, uma decisão jurídica é dada em determinado tempo. Mais, produzirá tempo. Que tempo? Futuro, se produz diferença; passado quando sublima a repetição (SCHWARTZ, 2004, p. 147).

Como então pode o Direito dar respostas mais adequadas ao

tempo da sociedade, numa sociedade do risco e da urgência, em um momento de efemeridade normativa sem que a tradição e a memória se esvaíam levando a uma insegurança jurídica que põe em risco a própria função do Direito? Afinal, para o Direito, a urgência sempre foi um estado de exceção uma vez que a produção dele sempre ocorreu para durar, para dar conta de atender às expectativas sociais da forma mais perene possível.

Isso está diretamente relacionado com a absorção da novidade pelo Direito. E essa capacidade de suportar o diferente, novo e imprevisível repercute de forma diferente para o campo das expectativas cognitivas e normativas. Se as expectativas cognitivas são desapontadas, que é o que ocorre preponderantemente no sistema da Ciência, é possível se adaptar à realidade assumindo esse desapontamento.⁵⁵ Luhmann (1983) explica que, em havendo um desapontamento de ordem normativa, esse dano não pode ser simplesmente assimilado como uma frustração, não há abandono da expectativa, por exemplo, se alguém a transgrida. O Direito espera que o comportamento em determinada situação seja x, se o comportamento for y, simplesmente não se convive com o comportamento y, porque previamente já adentrou na estrutura do sistema que o comportamento esperado socialmente é x. E esse dano levará a uma atribuição para o ator do comportamento. Dessa forma, as expectativas cognitivas “[...] são caracterizadas por uma nem sempre consciente disposição de assimilação em termos de aprendizado, e as expectativas normativas [...] caracterizam-se pela determinação em não assimilar os desapontamentos” (LUHMANN, 1983, p.56).

E aí reside boa parte de como o Direito e a Ciência se estruturam de formas diferentes e, portanto, lidam diferentemente com o tempo e as novidades ou surpresas que surgem no entorno enquanto mudança de estrutura. A expectativa cognitiva está diretamente relacionada com a questão da verdade e assim, apenas no campo da Ciência é que se pode institucionalizá-la de forma hipotética e confrontando-a com o futuro que está em aberto. Se só existisse a relação do tipo cognitiva e assimiladora com o futuro, então a sociedade teria que se adaptar a todo o futuro de possibilidades possíveis e isso se tornaria insuportável. É por isso que se faz necessária a relação normativa com o futuro, pois mesmo que o

⁵⁵ Embora não seja possível separar em absoluto expectativas cognitivas e normativas.

futuro esteja em aberto, incerto e não determinado, será possível classificar um comportamento novo como sendo divergente ou não, e, pois, fornecendo a segurança necessária para a sociedade (LUHMANN, 1983).

Isso não quer dizer, contudo, que o sistema restará para sempre fechado e alheio aos acontecimentos exteriores, isso seria o seu fim. Porque ele só existe porque funciona em clausura operacional e em abertura cognitiva. Em suma, ele é fechado porque é aberto e aberto porque é fechado. Também não quer dizer que o Direito tenha que se manter inerte não observando os demais sistemas (seu entorno) evitando assim o aumento da complexidade. Afinal, não decidir também gera risco. O que Luhmann quer dizer, e isso sim tem que ser incorporado pelo Direito, é que nunca se escapará nem do risco, nem da complexificação. Então, essa ponderação começa a delinear a forma como a sociedade deve lidar com as intervenções inovadoras advindas da Ciência e de como o Direito pode observá-las, seja de qual área específica do saber se esteja a tratar.

Ocorre que, na sociedade de risco, faz-se necessária a aceitação desta condição de falibilidade das decisões, assumindo a condição de incerteza e incompletude como primeiro passo para uma decisão adequada à complexidade exigida. Até porque, se por um lado o risco é elemento inerente ao sistema social global provocador de irritações aos sistemas parciais, são estas provocações que permitem a mudança nos sistemas visando à estabilização das expectativas. Afinal, Giddens (2002, p. 34) alerta que “o risco é a dinâmica mobilizadora de uma sociedade propensa à mudança, que deseja determinar seu próprio futuro”.

O Direito regula a sociedade e assim institui o tempo social dela. Todavia, se o sistema social se torna cada vez mais contingente e complexo, e se o tempo dos demais sistemas relativizou-se, isso leva a uma necessária e forçosa alteração do Direito enquanto instituidor deste tempo. Por mais que ele tenha paulatinamente entrado em um movimento no qual a urgência dita o seu tempo de ação, inclusive com produção normativa acelerada, já não é mais possível instituir o tempo social tal qual no século passado, ou, na década passada. O que se percebe, é uma aceleração e modernização do Direito ainda descompassada com as demandas sociais.

As mudanças que a era digital trouxe impõem alterações nos modos de organização social e necessárias ressignificações de questões fundamentais como a democracia, a tecnologia, a

privacidade e a liberdade. Tecnologias como a internet, por exemplo, são consideradas um não-lugar, aberta, pública, interativa e global, além de contemplar baixo custo de operacionalização se comparada a outras. Ela altera as formas de tempo e espaço. Dessa forma o jurista se vê em meio a um terremoto que afeta as estruturas do Direito com o qual vinha acostumado (LORENZETTI, 2010). E isso afeta sobremaneira a forma de decisão, tendo o Direito que aprender a decidir em meio a esse novo contexto *policontexto* temporal e espacial.

Todavia, é preciso considerar que se, por um lado, o código com o qual opera o sistema jurídico é “conforme ou não conforme o direito”, para a Ciência o código é “verdade ou não verdade”. Surgem duas implicações: a) quando o sistema do Direito precisa decidir sobre questões que não estão presentes na sua estrutura, mas que dependem da comunicação científica, há que se decodificar tal comunicação de modo que se possa operar juridicamente com o que dela emana; b) tal decodificação necessita de critérios mínimos limítrofes a fim de garantir que a decisão jurídica não seja uma decisão indireta da ciência outorgando-lhe a capacidade de conduzir decisões que devem ficar ao encargo do sistema do Direito.

3 Absorção da comunicação científica pelo direito em contextos incertos

O que se vislumbra numa observação intersistêmica entre Ciência e Direito é que, por mais que o Direito aprimore os mecanismos de observação do sistema da Ciência, essas concepções jurídicas sobre o que comunica a Ciência nunca levarão à realidade da Ciência, mas apenas a uma imagem dela criada em seu interior. Isso tem especial repercussão quando o Direito precisa interpretar a prova científica ou os pareceres técnicos por meio dos quais deverá decidir sobre alguma afetação em contexto de incerteza científica.

O Direito até pode abrir-se cognitivamente para o meio e para os demais subsistemas sociais na tentativa de estabelecer uma observação acerca deles, mas ele precisa encontrar no seu interior um fundamento respaldado na sua própria estrutura. Nesse caso, o Direito precisa do parecer técnico especializado (perícia, pareceres técnicos, laudos)⁵⁶ emitido por uma organização ou pessoa

⁵⁶ Neste rol inserem-se as audiências públicas enquanto observação externa feita pelo Sistema do Direito. Nesse tocante, “estende-se agora um vasto espaço ocupado por

especializada, uma vez que ele não pode dizer o que é, por exemplo, um prejuízo decorrente de um produto químico em uma plantação, nem tampouco pode avaliar quais são os riscos advindos do cultivo do grão geneticamente modificado ou sobre os tipos de sementes existentes; se determinado medicamento pode ou não trazer malefícios ou benefícios à saúde das pessoas; se um determinado tipo de solo exposto à ação de chuvas além da normalidade poderá vir a ceder, ou qualquer outra comunicação técnica advinda da Ciência. Isso cabe tão somente aos grupos científicos especializados envolvidos que possuem os códigos para comunicar sobre a verdade ou não sobre os riscos advindos da atividade científica sob análise e se é possível vislumbrar a possibilidade de um dano futuro.

De acordo com King e Thornhill (2003), a clausura operacional equivale a afirmar que para cada sistema o outro é uma ‘caixa preta’, uma vez que os outros critérios de seleção não podem ser observados diretamente mas, apenas, por meio de reconstruções internas que faz a respeito do outro sistema (o observado).

Embora haja a clausura operacional, isso não impede que o Direito se coloque em abertura cognitiva para compreender o que este evento significa para o sistema da Ciência e para o meio envolvente, de modo que possa melhor orientar a sua decisão. Isso não quer dizer que o Direito estabeleça o que é risco ambiental com os códigos da Ciência, ou da Ecologia, pois ao fim e ao cabo, ele decidirá com os seus próprios códigos e programas⁵⁷ com base numa representação interna de aproximação com o evento científico. Até porque, se o Direito decidisse sem se basear no seu código (direito/não direito) cometeria uma corrupção sistêmica (LUHMANN, 1996, 1998). O fato dele colocar-se em abertura cognitiva com os sistemas envolvidos também não significa que haja um ativismo judicial assemelhado a uma arbitrariedade, já que ele vai

formas de tensão, a exigir do saber jurídico uma espécie de função legitimadora não mais, propriamente, fundando em reconhecimento validador no sentido tradicional de controle de constitucionalidade e da legalidade. É exemplo, em decisões paradigmáticas da suprema corte brasileira, a sentida necessidade de abrir-se para audiências públicas com especialistas (caso da célula-tronco), em que parece haver uma abdicação do paradoxo da liberdade (*liberdade de ser livre*) em nome de paradoxos da ciência (*limites empíricos do sentido da expressão vital em seres humanos*)” (FERRAZ JÚNIOR, 2020, p. 198).

⁵⁷ “O sistema se orienta por regras de decisão (programas) que são os que servem para especificar os pontos de vista da seleção” (LUHMANN, 2005, p. 379, tradução nossa).

decidir com base nos programas internamente válidos.

Para Pardo e Palacios (2013), há que se ter cuidado para não delegar às instâncias científicas o poder de decisão jurídica. Sabe-se que as organizações científicas e todo o seu arcabouço econômico aliado às possibilidades de autorregularão propiciam interferências sistêmicas tanto no Direito quanto na Política (legislativo). Até porque, muito do que se produz no campo da regulação e da normatividade vinculadas às novas tecnologias incorpora conceitos advindos do que é comunicado pelos técnicos científicos, dando margem ao Direito apenas a sua interpretação ao decidir. Nesse sentido:

[...] o papel de *peritus peritorum* reservado ao juiz no processo: um tal papel significa que, não obstante a variedade das verdades científicas, é ao juiz que sempre e de todo modo cabe transformar as verdades sempre falsificáveis da ciência em verdades definitivas e imutáveis para o direito (PANNARALE, 2006, p. 15).

Diferentemente da Ciência, que ao deparar-se com a ausência de evidências concretas continuaria a pesquisar até achar provas conclusivas, o Direito deve decidir independentemente da falta dessas provas (CARVALHO, 2013). Então, para que haja uma decisão jurídica nesta seara, o Direito precisa observar as comunicações oriundas do sistema da Ciência e estar mais sujeito a irritações que advenham dela. Ou seja, embora autopoietico, e, portanto, operacionalmente fechado em seu código ele precisa se colocar em abertura cognitiva para tais comunicações, sem as quais terá dificuldades para decidir. Por isso:

Nunca as decisões jurídicas dependeram tanto das perícias como os novos direitos. E essa dependência, paradoxalmente, significa autonomia. A decisão jurídica está obrigada a manter-se jurídica apesar da dependência em relação às informações produzidas pela perícia (ROCHA; SIMIONI, 2012, p.196).

Decidir é escolher uma entre várias opções possíveis no sistema. E a grande dificuldade em se decidir no cenário de incerteza é exatamente a falta de conhecimento. Porém, ante ao princípio do *non liquet* faz-se necessário dispor ao menos um mínimo de conhecimento sobre as possibilidades ainda que sumário. Ou seja, é preciso de dados e referências mínimas que permitam ao menos diferenciar uma opção de outra (PARDO, 2009). Isso quer dizer que a forma como o Direito vai assimilar esta comunicação depende de um acoplamento

estrutural entre Direito e Ciência. Ademais, mediante uma seleção prévia, o sistema só irá operar ou reagir a esses estímulos se ele conseguir processar esses elementos ou informações na sua estrutura já existente. Afinal, para Teubner (1989, p. 174):

Interferência não significa que a informação seja carregada entre os sistemas através de uma relação directa *input-output*. A informação é sempre gerada *ab novo* em cada subsistema social, só que, no contexto da interferência com a particularidade de ser gerada simultaneamente e na base do mesmo evento comunicativo no seio dos sistemas em causa.

É, sobretudo no ato de julgar, que a questão da retroatividade e a força do passado são colocadas em xeque. De acordo com a proposta de Ost (1999), uma vez que os textos normativos [programas] precisam ser atualizados, a decisão judicial torna-se um potencial retroativo, já que precisa decidir no presente com o direito do passado reordenando-o e, além disso, com a missão de construir o futuro. Portanto, ficam em oposição de um lado a segurança jurídica que possibilita a estabilização do passado aliada ao princípio da legalidade, e, de outro, a necessidade de inovação que incita a reorganização do passado tido como certo. Isso leva aos tempos diferenciados da lei e de sua aplicação, já que, a primeira é voltada para o futuro pretendendo atingir o maior número de fatos que ainda estão por acontecer, mas sua aplicação, somente ocorrerá quando tal fato já tenha ocorrido, por sua vez, voltada para o passado. Isso indica que o julgamento é sempre declarativo, porquanto voltado para o passado. Então, se para a lei a retroatividade é considerada uma anomalia, para o julgamento ela é essencial. Para Ost (1999, p. 191), “o legislador prepara o futuro, cabe-lhe reescrever o passado; o juiz, pelo contrário, diz o direito para o passado (desligando assim aquilo que havia sido desajeitada ou injustamente ligado)”. E essa contribuição tem sérias consequências quando da interpretação do juiz na hora da aplicação da lei. Por vezes, ele a atualiza, noutras, definitivamente cria regras, agora e para este tempo. Um dilema que pende, ora para a capacidade inovadora e criativa do Direito, ora para a arbitrariedade veementemente condenada.

De fato, para Luhmann (1985), em cada decisão o julgador fica atado a decisões de casos futuros, mas ele só pode criar um direito na medida em que detecte casos novos como casos que sejam diferentes. Nesse sentido, uma contribuição da sociologia do direito, poderia vir do reconhecimento destes novos casos por meio de uma percepção

da sua dependência de mudanças sociais que justificariam fundamentar o ineditismo (FARNETTI, 1961 apud LUHMANN, 1985).

Todavia, concorda-se em parte com a posição de Luhmann, visto que, se cada decisão produz diferença, é possível reconhecer que mesmo nos casos repetitivos e decididos costumeiramente com base na jurisprudência já consolidada, nos precedentes e nas súmulas vinculantes, as mudanças sociais permitem que, nalgum momento, até mesmo esses casos observados como iguais, possam contemplar uma diferença ainda não observada, a qual poderia sim, receber a colaboração de outros sistemas como o da Sociologia, da Ciência, entre outros, provocando-os a reconhecê-los como diferentes.

Essas questões de tempos diferentes se asseveram quando se passa para a análise do princípio da legalidade e da segurança jurídica necessários no Estado Democrático de Direito, diante dos quais a possibilidade de prescrição torna-se uma reescrita do passado. Ela age, pois, como se quanto mais distante o fato ocorrido do seu julgamento, maior a cristalização do passado limitando a sua reordenação. Mas é quando o juiz declara a invalidade de uma lei que a questão da retroatividade ganha maior destaque. Nesse caso ele exerce um papel de “legislador negativo”, pois a regra desaparece do ordenamento jurídico tanto para o futuro como também para o passado (OST, 1999).

Neste enredo um tanto paradoxal e complexo das relações temporais instituídas pelo julgador, sobressaem várias situações concretas nas quais são colocadas em questão atuações voltadas para o passado e o futuro, de modo que é necessária uma verdadeira conciliação entre a memória e o questionamento (ligar o futuro). Todavia, é mais estranha a retroação de lei causada pelo julgador que, por motivação individual, recusa-se a aceitar a mudança do direito ocorrida pela mudança de jurisprudência. É, pois, dura a missão delegada a juízes, legisladores e administração de equilibrar os tempos do Direito, permitindo a manutenção do passado com a necessária abertura do presente para o futuro (OST, 1999).

Para Luhmann (2005), o sistema pode sim aprender a aprender, provando critérios novos e até alterá-los. Pode inclusive aumentar a dimensão objetiva dos sentidos, mesmo diante da utilização de conceitos temporais, como no caso de prazos prescricionais. Mas apenas com essa dimensão mais objetivada, não é suficiente para decidir. Assim, o sistema jurídico pode se permitir adiar algumas

decisões e operar durante algum tempo na incerteza da decisão. Como o horizonte futuro é sempre incerto pode produzir ele mesmo incerteza até o momento de decidir algo, que, em determinado momento, pode ser absolutamente incerto. E esta forma de atuar na incerteza é muito similar ao âmbito de atuação cognitivo do sistema da Ciência. Há, pois, uma incerteza autoproduzida, uma vez que o que se está a duvidar não é do mundo em si, mas tão somente a atribuição de valores dos próprios códigos que eventualmente podem mostrar-se imprecisos. Assim, o sistema do Direito permite manter-se momentaneamente nesta incerteza porque, diante de sua função e da indisponibilidade de não decidir, ele resolverá a dúvida em algum momento futuro. Trata-se então, de uma indecisão provisória.

4 Conclusão

Para a teoria sistêmica Luhmanniana, o ato de decidir é contingente, na medida que existem várias alternativas entre tantas disponíveis e sempre se pode escolher uma diferente. Tratando-se de questões de cunho tecnocientífico em especial nas quais há certo grau de incerteza a respeito do que comunica a Ciência, o Sistema do Direito precisa absorver o risco da escolha, uma vez que nem sempre há subsídios cognoscitivos suficientes para exercer sua função decisória. Afinal, ele apenas pode decidir com seu código conforme/não conforme o Direito em contraposição ao código da Ciência que é verdade/não verdade sobre as coisas. Não é o Direito que irá estabelecer a verdade sobre as informações tecnocientíficas, mas tão somente, decodificá-las para exercer sua função.

Assim, cada vez mais as comunicações científicas ganham protagonismo dantes impensáveis. Elas precisam ser observadas pelo Direito e inserem-se no contexto judicial primordialmente por meio dos pareceres técnicos e perícias de outras áreas do saber que se tornam fundamentais para a adequada seleção dos fundamentos da decisão. O ato de decidir se complexifica quanto maior for a incerteza a respeito das tecnologias envolvidas no tema discutido. Para estes, verifica-se que há uma abertura do Direito ao que prediz a Ciência.

Tais observações, todavia, devem ser feitas com base em critérios claros, objetivos e que demonstrem a efetiva sensibilização do Direito para o que o Sistema da Ciência chancela como verdade, até porque, a verdade científica sempre pode vir a ser refutada. Por isso, a proximidade temporal entre o fato e as comunicações científicas deve

ser a maior possível, com intuito de se assegurar o adequado sopesamento entre a credibilidade do que comunica a Ciência e a validade da comunicação do Direito. Logo, tais critérios podem e devem ser aplicados sempre que se tratar de situações complexas e incertas.

Assim, as garantias constitucionais de desenvolvimento científico e proteção inter e transgeracional, tão evidentes na era da tecnociência, concretizam-se por meio do Sistema da Política, mas têm sua guarida quando as questões mais incertas e complexas são levadas ao Poder Judiciário. É ele (centro duro do Sistema do Direito) que decidirá sobre o futuro. Logo, apesar da aparente dependência que o Direito tem da comunicação científica para decidir, é através da decodificação do que prediz a Ciência e do estabelecimento de critérios objetivos para a decisão que é possível conciliar a importante evolução científica com a necessária segurança jurídica.

Neste dilema de poderes, cada sistema tem suas funções delimitadas, mas apenas as suas coevoluções propiciarão a proteção adequada para presentes e futuras gerações.

Referências

- BORA, Alfons. Capacidade de lidar com o futuro e responsabilidade por inovações – para o trato social com a temporalidade complexa. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). **Judicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 127-145.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_ompilado.htm. Acesso em: 15 set. 2020.
- BRUM, Guilherme Valle; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Políticas Públicas e Jurisdição Constitucional**: Entre direitos, deveres e desejos. Porto Alegre: Do Advogado, 2016.
- CARVALHO, Délton Winter de. **Dano ambiental futuro a responsabilização civil pelo risco ambiental**. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2013.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Autovinculação exógena: como subsistemas sociais externalizam seus paradoxos de

- fundamentação. In: TEUBNER, Gunther (Org. et. al). **Jurisprudência Sociológica**. Perspectivas Teóricas e Aplicações Dogmáticas. São Paulo: Somos Educação, 2020.
- GIDDENS, Antony. **Mundo em descontrolo**: o que a globalização está fazendo de nós. 2.ed. Rio de Janeiro: Record, 2002.
- HOTTOIS, Gilbert. Gerações Vindouras. In: HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean-Noël. **Nova enciclopédia da bioética**: medicina, ambiente, biotecnologia. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p. 389–391.
- HOTTOIS, Gilbert. Tecnociência. In: HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean-Noël. **Nova enciclopédia da bioética**: medicina, ambiente, biotecnologia. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p. 602–603.
- KING, Michael; THORNHILL, Chris. **Niklas Luhmann's Theory of Politics and Law**. New York: Palgrave Macmillan, 2003.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial**: Fundamentos de direito. 2.ed. São Paulo: RT, 2010.
- LUHMANN, Niklas. The Future Cannot Begin: Temporal Structures in Modern Society, **Social Research**, n. 43, v.1, 1976.
- LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.
- LUHMANN, Niklas. **La Ciencia de La Sociedad**. Trad. Silvia Pape, Brunhile Erder e Luis Felipe Segura, sob coordenação de Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana; Barcelona: Anthropos, 1996.
- LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociales**: Lineamentos para uma teoria general. México: Anthropos, 1998.
- LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidad**: de la unidad a la diferencia. Madrid: Editorial Trotta, 1998a.
- LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Trad. Javier Tores Nafarrate, México: Iberoamericana, 2005.
- MARQUES, Claudia Lima. Da Ciência, Tecnologia e Inovação. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; et. al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2ª.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- OST, François. **O Tempo do Direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.
- PARDO, José Esteve. **El desconcierto del Leviatán**: Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia. Barcelona, Madrid,

- Buenos Aires: Marcial Pons, 2009.
- PARDO, José Esteves; PALACIOS, Javier Tejada. **Ciencia y Derecho**: La nueva división de poderes. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2013.
- PARDO, José Esteve. Decidir y Regular em la incertidumbre. Respuestas y estrategias del derecho público. In: GARDELLA, M. Mercè Darnaculleta; PARDO, José Esteve; DÖHMANN, Indra Spiecker Gen. (Eds.) **Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización**. Madrid: Marcial Pons. 2015.
- PANNARALE, Luigi A Ciência do Direito, conhecimento científico e decisões jurídicas: Um confronto impossível. Belo Horizonte: **Veredas do Direito**. v.3. n.5. p. 9-29. Jan.- Jun. de 2006.
- ROCHA, Leonel Severo; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Perícias técnicas, decisões jurídicas e gestão em sistemas setoriais no contexto dos novos direitos. In: ROCHA, Leonel Severo; DUARTE, Francisco Carlos (Coord.). **Direito Ambiental e Autopoiese**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 193-216.
- SCHWARTZ, Germano. **O tratamento jurídico do risco no direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- TEUBNER, Gunther. **Direito, Sistema e Policontextualidade**. Piracicaba: Editora Unimep, 2005.

Racismo institucional e projeto civilizatório moderno: uma abordagem histórico-social a partir da experiência brasileira

JOÃO PAULO ALLAIN TEIXEIRA
MARCELO CÉZAR VITAL DE BARROS

1 Introdução

Pelo vínculo com as formas de exercício de poder contemporâneo em contraste com as relações raciais e seus paradoxos, o debate racial reveste-se de relevância para a formatação das sociedades contemporâneas. Daí a oportunidade do esforço sobre a compreensão da contribuição das teorias e debates raciais no Brasil nesse contexto. O presente artigo tem por objetivo analisar os fundamentos do racismo institucional no Brasil através de um paradigma das discussões e medidas tomadas em relação à questão racial e as ideologias raciais dominantes no país, sobretudo quando se expressam em termos de um modelo de modernidade civilizatória. Nesse sentido, justifica-se o estudo sobre as teorias raciais no Brasil e seus desdobramentos institucionais, para a compreensão das bases e fundamentos da sociedade nacional contemporânea. O método utilizado para a pesquisa abrange o método indutivo a partir de pesquisa bibliográfica. O estudo demonstra como as políticas geradas pelo Estado e as dificuldades enfrentadas em relação à incorporação da população afrodescendente na sociedade brasileira são decorrentes de ideologias racistas.

Partimos da premissa segundo a qual é possível estabelecer uma crítica consistente ao padrão racional tradicionalmente consagrado, ainda preso às velhas discriminações e processos de exclusão geralmente tidos como naturais. Na proposta do trabalho, pretendemos caracterizar as raízes da discriminação racial encontrada na estrutura da sociedade brasileira apontando seus efeitos na contemporaneidade. O estudo demonstrará como as políticas geradas pelo Estado em relação à população negra são decorrentes de ideologias racistas e como esta circunstância influencia as questões contemporâneas no que se refere à realização de valores democráticos

no Brasil.

2 A questão racial como dimensão do projeto civilizatório brasileiro

No Brasil do Século XIX, o fluxo migratório cresceu exponencialmente pois com os rumores da abolição, deflagrado após a lei Rio Branco de 1871, intelectuais e políticos se colocaram diante do problema sobre o que fazer com o negro ex-escravizado, e como integrar essas pessoas na sociedade brasileira.

Essa questão foi alvo de debates nos jornais, livros, no Senado e na Câmara dos Deputados, obrigando as lideranças a se colocarem contra ou a favor da abolição e da imigração. Desenvolvia-se, ao mesmo tempo, o desejo pelo fim da escravidão para haver um aprimoramento de técnicas mais modernas de trabalho e o medo de que a enorme população negra, uma vez liberta tomasse a nação, eliminando os brancos, a exemplo do Haiti (CHALHOUB, 1988).

Sidney Chalhoub (1988) aponta que o medo que uma insurreição ocorresse era sólido como uma rocha, sendo realimentado de vez em quando por notícias de haitianos passeando pelas ruas da corte, por revoltas urbanas em outros lugares (malês), ou por boatos de uma conspiração internacional para subverter as sociedades escravistas.

Se a imagem do negro pacato serviu em dado momento para a manutenção da ordem, agora era necessário demonstrar o quanto ele era nocivo e prejudicial ao país e ao seu desenvolvimento, além de relembrar aos escravizados o seu lugar de marginalizado social, dando vulto às teorias racistas (CHALHOUB, 1988).

As teorias racistas propriamente ditas, desenvolvidas através de bases pseudocientíficas, irão entrar em circulação no início do século XIX, através de Georges Cuvier, que introduz o termo “raça” na literatura especializada e inaugura a ideia de heranças físicas permanentes entre os vários grupos humanos (SCHWARCZ, 1993).

Muitas vezes as elites, como uma maneira de isentar-se do sofrimento causado a outros povos, divulgaram que os mesmos eram naturalmente servis e incapazes, e que não os estavam maltratando, mas sim os civilizando (SANTOS, 1981, p.24).

No Brasil, esse tipo de pensamento visou gerar a ideia de que não havia maus tratos aos negros e o estado lastimável de escravidão na qual se encontravam era devido, única e exclusivamente, à sua própria incapacidade, assim, se o Brasil desejasse atingir o progresso das

nações europeias, deveria contar com a ajuda de uma raça mais capaz que a negra, que chegaria através da imigração do continente europeu (SCHWARCZ, 1993).

Os Jornais do Século XIX, em sua maioria, gozavam de extremos elogios aos positivistas, darwinistas e aos teóricos do racismo europeu, então, lidas e relidas essas notícias, em vez de informar a população, disseminavam teorias racistas, na qual o negro só era retratado nos jornais como assassino, feiticeiro, pouco civilizado, comprovando os estudos “científicos” de que o negro era incapaz de viver em sociedade evoluída, como percebemos nesse trecho do Correio Paulistano (1872) “[...] O negro só sabia ser sensual, idiota, sem a menor ideia de religião, de outra vida moral e nem sequer de justiça humana”.

As teses racistas europeias começaram a tomar as falas dos parlamentares e intelectuais brasileiros, que passavam a encarar o negro como símbolo de atraso do país e a considerar a imigração europeia como única saída honrosa (SEYFERTH, 2002, p.131).

Sylvio Romero (1851-1914), jurista, juiz, promotor, deputado, crítico literário e professor da Faculdade de Direito do Recife, discorre sobre o assunto:

[...] A minha tese, pois, é que a vitória na luta pela vida, entre nós, pertencerá no porvir ao branco; mas que este, para essa mesma vitória, atentas as agruras do clima, tem necessidade de aproveitar-se do que útil as duas outras raças lhe podem fornecer, máxime a preta, com que tem cruzado. Pela seleção natural, todavia, depois de prestado o auxílio de que necessita, o tipo branco irá tomando a preponderância até mostrar-se puro e belo como no velho mundo. Será quando já estiver de todo aclimatado no continente. Dois fatos contribuirão largamente para tal resultado: - de um lado a extinção do tráfico africano e o desaparecimento constante dos índios, e de outro a emigração européia. (Apud AZEVEDO, 1987: 71)

O antropólogo e médico carioca João Baptista de Lacerda foi um dos principais expoentes da “Teoria do Embranquecimento” entre os brasileiros, tendo participado, em 1911, juntamente com Roquete Pinto, do Congresso Universal das Raças, em Paris, na qual foram ambos enviados pelo governo de Hermes da Fonseca para promover o país na Europa, com o objetivo de atrair imigrantes e investimentos estrangeiros (SOUZA e SANTOS, 2012, p.746).

Esse congresso foi indicado a partir da segunda conferência de Haia, realizada em 1907, e fazia parte de um esforço internacional em

prol da pacificação das nações no mundo, pois com o fim da “era dos impérios”, as grandes nações temiam que as populações nativas de suas ex-colônias se voltassem cada vez mais contra o domínio imperialista. No próprio convite do evento a organização diz que o congresso “dará especial tratamento ao problema do contato de europeus com outros tipos desenvolvidos de civilização” (SOUZA e SANTOS, 2012, p.747).

O evento reuniu intelectuais do mundo todo para debater o tema do racismo e da relação das raças com o progresso das civilizações. Baptista levou ao evento o artigo “*Sur les métis au Brésil*” (Sobre os mestiços do Brasil, em português), em que defendia o fator da miscigenação como algo positivo, no caso brasileiro, por conta da sobreposição dos traços da raça branca sobre as outras, a negra e a indígena (SOUZA e SANTOS, 2012, p.754).

Em um trecho do referido artigo, Baptista afirma, aonde se percebe nitidamente nesse trecho o teor do anseio pelo branqueamento do povo brasileiro:

[...] A população mista do Brasil deverá ter, pois, no intervalo de um século, um aspecto bem diferente do atual. As correntes de imigração europeia, aumentando a cada dia mais o elemento branco desta população, acabarão, depois de certo tempo, por sufocar os elementos nos quais poderia persistir ainda alguns traços do negro (LACERDA, 1911).

Baptista apoia sua tese em três requisitos fundamentais: Primeiro, pela “seleção sexual” que os mestiços procurariam, a fim de terem descendentes com aspecto de “branco puro”. Em segundo lugar, a entrada em demasia de imigrantes europeus que contribuiriam através da miscigenação e povoamento de alguns espaços para o processo de eliminação da população negra no Brasil, e, finalizando sua tese relata a situação de abandono que os negros foram deixados no pós-abolição, tudo isso resultaria na eliminação da população afro brasileira no intervalo de um século e tornaria o Brasil como ele diz “um dos principais centros de civilização do mundo” (SOUZA e SANTOS, 2012, p.754).

Alguns intelectuais brasileiros achavam longo o prazo estipulado por Baptista para a concretização do branqueamento da nação, além de defenderem que a apresentação de dados estatísticos que demonstravam que a maioria da população brasileira era negra ou mestiça foi uma atitude antipatriótica e que “rebaixava perante os

estrangeiros os créditos do país” (SOUZA e SANTOS, 2012, p.755).

Roquete Pinto, que também participara do congresso demonstrou que entre 1870 até 1910 a população branca brasileira cresceu aceleradamente enquanto a população negra e mestiça cada vez mais diminuía isso ajudou a Baptista a elaborar suas teses, aonde em 2012 a população branca, caso realmente tivesse ocorrido o processo da maneira que se esperava estaria por volta de 80% do contingente populacional nacional, seguido de 17% de população indígena e 3% de população mestiça, não contando, finalmente, com a presença da população negra (SOUZA e SANTOS, 2012, p.756).

Thales de Azevedo em sua obra intitulada Democracia Racial (1975, p.26) narra um pouco desse período revelando que com a supressão do tráfico, a proporção de pretos na população baixou gradualmente nos censos dos séculos XIX e XX, contrariando as estatísticas do período colonial onde figuravam como ampla vantagem numérica.

Para justificar a imigração seria preciso provar que o progresso no país era fundamental, e para ter progresso no país era preciso mão de obra qualificada, a população brasileira composta em maioria por negros e mestiços era atrasada, não havendo mão de obra qualificada.

A chegada de imigrantes europeus como motor de uma ascensão tecnológica e econômica foi muito defendida pelo médico francês, professor da escola politécnica e do museu do rio do janeiro Louis Couty, que residiu no Brasil, além de estudar a sociedade brasileira no final do século XIX. Couty em sua obra *L'Esclavage Au Brésil* (1881), defendia que as dificuldades enfrentadas pela sociedade no período eram consequência da colonização por escravos e que a resolução dos problemas seria uma colonização com o homem livre (SANTOS, 1981, p.54).

Couty integrava corrente de pensadores ligados ao abolicionismo que tinham o desejo de transformar o Brasil a partir da implantação da mão de obra estrangeira. Para Couty, que se dizia abolicionista, a recuperação dos EUA á época teria sido devida ao processo industrial que havia no norte do país e a incorporação dos colonos europeus que, por sua atividade, não deixaram a agricultura sucumbir. Couty entendia que atração de mão de obra europeia em substituição à mão de obra escrava era o futuro do Brasil.

Para Stahl:

As reflexões de Louis Couty sobre o trabalho do imigrante tiveram como exemplo prático o que estava sendo feito na província de São

Paulo. Embora Couty idealizasse também outros meios de atrair o imigrante, a experiência realizada pelos fazendeiros de São Paulo o agradava muito. Constantemente recorreu às ações que os fazendeiros paulistas estavam praticando para exemplificar que de fato, como ele pensava, “se o Brasil quer progredir só tem uma solução, a utilização da mão de obra livre fornecida pela Europa”. Não haveria outra solução e todos reconheciam que “somente a Europa pode fornecer ao Brasil esta mão de obra que falta (STAHL, 2016 p. 207)

Baseando-se nisso, entre 1850 até 1930, o governo brasileiro estimulou a entrada de estoque humanos europeus, recebendo cerca de três milhões de pessoas, cuja função era “civilizar” o Brasil, modernizando o mesmo e clareando a população através da miscigenação em combinação com a alta mortalidade negra nas periferias, que foram deixados à própria sorte (SEYFERTH, 2012, p.131).

Oliveira Vianna, importante intelectual brasileiro, falecido no início dos anos cinquenta, colaborou muito para que essa concepção “civilizatória” do europeu e do embranquecimento da população fosse predominante no imaginário brasileiro dos anos 30, como aponta Thales de Azevedo em sua obra, ele diz:

[...] O negro puro, portanto, não foi nunca, pelo menos dentro do campo histórico que conhecemos um criador de civilizações, (...) para que os negros possam exercer um papel civilizador qualquer, faz-se preciso que eles se caldeiem com outras raças, especialmente com as raças arianas ou semitas. Isto é: Percam sua pureza. (1932, p. 206)

O embranquecimento e a ocupação de imigrantes europeus nos postos de trabalho assalariado e territórios seriam as marcas importantes da formação do povo brasileiro, que até então não era visto como uma nação, pois com ela iria se apagar a influência africana que tanto estacionava o país no correr da história (SEYFERTH, 2012, p.131).

O próprio português, por apresentar certo grau de mestiçagem, devido à presença árabe no seu território, era visto como colono inferior e pré-disposto a conviver harmoniosamente com negros e mestiços (AZEVEDO, 1975, p.13).

Essa característica da colonização portuguesa também foi muito importante para difundir as teorias raciais vigentes na época, pois muitos intelectuais tentaram amenizar o tratamento do senhor português perante o escravizado africano, com o objetivo de reforçar

a ideia de que o negro teria no Brasil possibilidade de integração, pois era preciso demonstrar como o negro brasileiro é feliz para depois apresentar o ônus de sua presença no solo nacional (AZEVEDO, 1975, p.13).

A imagem da ausência de preconceito racial no Brasil, como defende Thales de Azevedo, permitia também a continuidade da escravidão ainda por algum tempo, até que correntes massivas de imigrantes começassem a se dirigir ao Brasil (1975, p.13).

O próprio movimento abolicionista funcionou em alguns momentos como defensor dos interesses dos brancos, pois com o fim da escravidão e modernização dos meios de trabalho, seria necessário garantir uma leva de despossuídos que estivessem disponíveis para realizar qualquer tipo de trabalho. Nabuco defende que o estado determine o Status de cada indivíduo, não se preocupando com uma maior integração (SANTOS, 1981, p.52-53).

A preocupação com o branqueamento dos negros tanto pela imitação dos senhores como pela miscigenação se fazia presente, e o mestiço, ao contrário do negro, poderia alcançar posições mais elevadas (SOUZA e SANTOS, 2012, p.754).

Bernd relata que Euclides da Cunha vê no homem rural, sertanejo, tipo de mestiço que se originou longe do litoral, portanto longe da possibilidade de mistura com o negro, o símbolo do tipo brasileiro, porém repudia os chamados “mestiços neurastênicos do litoral” já que eram predominantemente resultado da mistura entre negros e brancos, sendo considerada por muitos intelectuais da época uma ameaça ao futuro do país, verdadeiros “degenerados” (1994,28-29).

Na análise da mestiçagem brasileira dentro do debate racial brasileiro, destaca-se a figura de Gilberto Freyre, pois o mesmo coloca o negro em foco, rompendo com o silêncio que recobria a questão racial, ele “denuncia” o racismo de outrora, porém inventa um novo racismo, apoiado em uma antropologia cultural, criando assim a cultura da mestiçagem (SCHWARCZ, 1993).

A cultura da mestiçagem pode ser valorizada na medida em que se opõe ao que é legitimamente negro, ou seja, o que torna possível a aceitação desta cultura é o fato de ela redefinir o lugar de subalternidade social do negro, pois o mesmo continua inferior ao branco; por manter a dominação do branco sobre o negro por meio do paternalismo e atribuir ao negro aspecto de primitivo (SCHWARCZ, 1993).

Gilberto Freyre ao recriar a história do negro no Brasil da forma

como faz, com o olhar da casa grande em direção à senzala, do dominador em direção ao dominado, contribui não só para a criação de uma nova identidade para os negros, brancos e mestiços, como também para a configuração de toda uma identidade nacional baseada em uma falsa democracia, pois se a ótica branca é a matriz utilizada, não poderá o negro deixar de ser exótico, a cultura do mestiço é a cultura da negação do negro (SCHWARCZ, 1993).

É importante frisar, como revela Thales de Azevedo (1975, p.30), que a maioria do enorme contingente de mestiços brasileiros origina-se desde o período colonial das chamadas “uniões livres”, uniões matrimoniais legítimas entre pessoas de tipo racial acentuadamente diferente são, em verdade, muito infrequentes o que demonstra a marca do ideal de hipersexualização dos corpos negros na sociedade brasileira, historicamente marcado por violência sexual dos senhores de engenho com as africanas escravizadas, e que mantêm-se ao longo do desenvolvimento do Brasil ligado a concubinação e a menor distância entre pretos e brancos nas camadas inferiores. Portanto o simples fato de ser um povo mestiço não revela a chamada por intelectuais como Gilberto Freyre “democracia racial”, pois a mesma inicia-se num processo de colonização e exploração dos povos indígenas e africanos (AZEVEDO, 1975, p.30).

Interessante atentar que enquanto do ponto de vista branco a mestiçagem no geral se ligou a concubinação e exploração, a mesma foi apropriada pela comunidade negra, em geral por homens, como uma maneira de se integrar com mais facilidade nas classes mais abastadas no decorrer desse processo “civilizatório” do Brasil, colaborando assim com seu processo de ascensão social, sendo muito comum predominar a união de homem mais escuro com mulher mais clara, o que concorre para realizar o ideal de “branquear” a população, estimulado pela elite e tão vantajoso do ponto de vista social (AZEVEDO, 1975, p.30).

Sobre isso Thales de Azevedo defende que essa ideia iniciada com as “teorias do embranquecimento” se mantém até hoje, ele diz:

[...] O casamento inter racial é um dos meios de acesso e de integração dos indivíduos não brancos nas classes e nas camadas superiores da sociedade. Uma vez que os indivíduos de cores mais claras têm maiores possibilidades de se tornar socialmente brancos, o casamento de escuro com claro dá prestígio ao primeiro e oferece a possibilidade de filhos de tipo e cor mais próximo do padrão branco, ainda que seja do chamado “branco socialmente.” (1975, p. 62)

A presença de um grande contingente imigratório no país contribuiu para evitar um maior “enegrecimento” do país, porém as teorias raciais da época não teriam possibilidade de se incorporar com profundidade na sociedade brasileira se não houvesse uma adesão por parte dos próprios negros que graças a uma série de ideologias vigentes, como a de que eram inferiores, motivando assim, repulsa por parte dos brancos, perdessem o interesse em seus próprios pares e passarem a desejar a miscigenação (SANTOS, 1981, p.68-69).

Thales de Azevedo (1975) defende que, com o fim da escravidão não houve sensibilidade para integrar essa enorme massa populacional no mercado de trabalho “livre”, aonde foi dada preferência aos colonos europeus, que segundo o pensamento vigente tinham mais inteligência e responsabilidade para acompanhar esse tipo de trabalho, além de não terem o estigma da passada servidão, nem a marca indistigável da cor. Isso vai ter enorme consequência no desenvolvimento do país, aonde regiões com mais colonos europeus, no caso Sul e Sudeste, desenvolveram-se mais que as outras, tendo disparidades até hoje em relação à infraestrutura básica.

A diferença de tratamento do governo brasileiro para com os imigrantes europeus, que em sua maioria receberam apoio com a criação de escolas para seus filhos, além da doação de terras para cultivo próprio fica evidente através de Lima Barreto, importante escritor brasileiro, que ilustra esse contexto na sua obra *Triste Fim de Policarpo Quaresma* num trecho em que a sobrinha do major pergunta a Felizardo, um roceiro negro, porque não planta nada, se a terra é boa e farta. Ele explica que não têm sementes, não têm arado, e conclui “(...) Isso é bom pra italiano ou ‘alemão’, que o governo dá tudo (...) governo não gosta de nós” (SANTOS, 1981, p.72-73).

Essa preocupação pelo “melhoramento” do povo brasileiro já era muito antiga, porém até aquele momento não tinha conseguido influenciar a classe dominante, pois segundo Célia Marinho de Azevedo, em sua obra *Onda Negra, Medo Branco* (1987), antes da independência do Brasil já havia obras que defendiam a homogeneização do povo brasileiro a fim de formar uma verdadeira nação, como o livro do pensador português Antônio Velloso de Oliveira chamado “*Memórias Sobre o Melhoramento da Província de São Paulo, Aplicável em Grande Parte a Todas as Outras Províncias do Brasil*”, que foi oferecido a D.João VI.

Segundo Carlos Vainer (1990, p.18), o estado brasileiro e suas classes dominantes propiciaram o desenvolvimento de uma política

racial fundamentada no ideal de uma harmonia/democracia existente entre as raças e no branqueamento da população, daí formularem leis que facilitavam a imigração europeia e proibia a “entrada de indivíduos da cor preta”, a eugenia afirma-se como negócio de estado: construção da nacionalidade, aperfeiçoamento da população.

Fica claro, portanto que ao analisar a produção discursiva da elite intelectual brasileira no final do século XIX ao meado do século XX, o desenvolvimento de um modelo racista universalista, que se caracteriza pela busca de assimilação dos membros dos grupos étnicos raciais diferentes na “raça” e na cultura do segmento dominante da sociedade, aonde há a negação absoluta da diferença, ou seja, uma avaliação negativa de qualquer diferença, sugerindo assim, a miscigenação e a assimilação cultural como limite ideal para homogeneidade.

Teria, na concepção dos teóricos raciais, a mestiçagem biológica e cultural entre outras consequências à destruição da identidade racial e étnica dos grupos dominados, um etnocídio, sendo assim, etapa crucial para o processo de branqueamento, que na visão da elite da época, seria o responsável pelo desenvolvimento da nação.

3 Racismo e exclusão social na experiência brasileira

No Brasil, até pouco tempo, é habitual encontrarmos nos discursos oficiais dos governantes, indicativos de que somos uma “democracia racial”, nos quais resta estabelecido que não temos em nossa convivência, nenhum problema envolvendo relações raciais e defendendo que o racismo enquanto política governamental e institucional, é coisa dos EUA, África do Sul entre outros países famosos pelo “Apartheid”. Assim, não há nenhuma contribuição por parte do Brasil a preservação de práticas segregacionistas e racistas nos espaços públicos nacionais (SANTOS, 1981, p.14-16).

Apesar do consenso entre os cientistas que do ponto de vista biológico não existem raças, antes havendo a possibilidade de uma pessoa branca estar mais próxima biologicamente de uma pessoa preta ou indígena do que de outra pessoa branca, do ponto de vista social podemos notar, inclusive com a onda de intolerância que assolou a Europa quando começaram a receber de maneira mais intensa refugiados da África e Ásia após as invasões norte americanas aos países mulçumanos, assim como a volta mais enérgica de grupos declaradamente racistas nos estados unidos, como a Ku Klux Klan,

que o fenômeno do racismo continua na agenda política e social do nosso tempo (SANTOS, 1981, p.11; BERND, 1994, p.11).

A questão racial, segundo Joel Rufino dos Santos, esbarra muitas vezes na ignorância em relação ao que seria um povo ou uma nacionalidade. Podemos dizer que Ciganos e Judeus são povos e não raças, pois são formados por indivíduos de diversos tons de pele (ou até mesmo, do ponto de vista cultural, dizer que são uma etnia, já que significa a reunião de indivíduos que partilham a mesma cultura). No caso dos judeus, por exemplo, podemos citar a comunidade judaica na África, como a da Etiópia, que muito diverge do estereótipo conhecido. (SANTOS, 1981, p.11; BERND, 1994, p.11).

Importante perceber que o racismo antes de se concretizar em uma ação, seja ela governamental (objeto da pesquisa ora desenvolvida) ou não, é uma teoria, sendo por muito tempo estimulada em salas de aula e livros. Os caminhos para o enfrentamento desta circunstância envolvem a necessidade de desmontar desde as bases, esses argumentos e teses (SANTOS, 1981, p.9).

Segundo o dicionário Aurélio (2010), podemos entender o racismo como “sistema que afirma a superioridade de um grupo racial sobre os outros, preconizando, particularmente, a separação destes dentro de um país (segregação racial) ou mesmo visando o extermínio de uma minoria (racismo antissemita dos nazistas)”.

Joel Rufino dos Santos (1981, p.11) defende que o racismo também se caracteriza por constituir um conjunto de ideias que atinge o ser humano tanto na esfera coletiva como na esfera individual, em pequeno ou longo alcance. Então, uma pessoa não gostar de judeus, pois são “muito apegados ao dinheiro” ou não gostar de árabes, pois são “terroristas”, assim como a sociedade brasileira recusar aos seus índios a posse da terra, embora eles já morassem aqui antes dos colonizadores chegarem, podem exemplificar como a ideologia racista pode diversamente se manifestar.

Enquanto o negro americano é vítima do preconceito de origem, por exemplo, o negro brasileiro é envolvido pelo preconceito de marca. O preconceito de origem é aquele que o indivíduo sofre por ter em sua ascendência alguém de cor negra. No segundo tipo, que se aplica no Brasil, o que vale são seus traços, sua marca. Se o indivíduo não tem traços negróides, apesar de sua ascendência negra, é branco, e como tal é tratado (AZEVEDO, 1975, p.27-29).

O triunfo de uma ideologia discriminatória depende do quanto os

formadores de opinião, os detentores de poder, enfim, as pessoas com capacidade de influenciar a sociedade constroem os consensos sociais, através de palavras, crenças religiosas, de grandes ou pequenos canais que vão se formando de maneira estrutural a cultura da desigualdade (SANTOS, 1981, p.19-20).

Muitos governos autoritários utilizaram-se em larga escala do racismo, além de estimulá-lo. Segundo Joel Rufino dos Santos narra em sua obra “O que é Racismo”, Hitler, governante da Alemanha nazista, recomendou aos seus atletas que vencessem as olimpíadas de 1936 para provar a “superioridade” da raça ariana perante as demais. Como consequência, o estímulo à ideia de que existe um grupo humano superior aos demais, leva as pessoas de grupos racialmente oprimidos a se odiarem e a praticarem violência contra eles mesmos. O racismo tem essa peculiaridade, acaba se incorporando nas suas vítimas, tornando-as, também, racistas, muitos chegam a achar que as pessoas que falam no problema são subversivas, tendo assim, a teoria se demonstrado uma ótima forma de controle social (SANTOS, 1981, p.45).

Importante atentar que a segregação, (que significa separar, distinguir, estabelecer diferenças), uma das principais maneiras de manifestação do racismo, não se manifesta apenas de maneira legalizada como foi na África do Sul, no regime de *Apartheid*, mas também pode ser encontrado de maneira extralegal, como houve na Bolívia, aonde os Cholos, mestiços de índios e brancos, bem como alguns grupos indígenas eram impedidos de morar ou permanecer em determinados locais pelos brancos descendentes de espanhóis, por pura pressão, sem nada oficial (SANTOS, 1981, p.14).

Em momentos de competição, como o futebol, é frequente a manifestação de preconceitos, já que, em nosso país, a elite sempre espera que as minorias cumpram com os papéis que lhe passaram, no caso dos negros em particular, de ser artista ou jogador de futebol, além do fato de que nesses momentos, essas chamadas minorias estariam competindo espaços com a elite dominante, aonde o racismo perde a característica paternalista e sem discussão inicial e passa a ser aberto e conflitivo, a exemplo do ocorrido com o goleiro aranha, dentre outros jogadores de destaque como Neymar e Roberto Carlos (SANTOS, 1981, p.40-41).

Essa estrutura discriminatória sempre foi difícil de detectar no Brasil, que se caracteriza por ter um racismo velado e negado, causando espanto nas pessoas que são pegas cometendo esse crime.

A maioria apresenta uma justificativa para alegar sua inocência “tenho parentes e amigos negros”, expressões muito utilizadas (SANTOS, 1981, p.41).

A tentativa da elite e do governo de fugir do debate racial fica evidente, na opinião de Joel Rufino dos Santos, quando em 1972, o IBGE retira do censo a pergunta referente à qual seria a cor da pele dos entrevistados. Importante destacar que esse período foi marcado por uma crescente onda de denúncias e discussões acerca do racismo lideradas pelo movimento negro e pode ser entendida como uma maneira de tirar a legitimidade do argumento numérico das lideranças negras, que afirmavam ser maioria no país (SANTOS, 1981.p.43-44).

Uma observação relevante que podemos tirar disso, segundo (BERND, 1994, p.21-23) é que o racismo pode representar a um tipo de negação profunda da diferença, porém pode gerar como consequência uma afirmação absoluta da diferença, manifestando-se através de movimentos reivindicatórios onde negros, por exemplo, reivindicam a aceitação da sua estética e cultura.

A pesquisa realizada pela Datafolha em 1995 e publicada pela Revista Galileu em 05/10/2015, apresenta uma reflexão que poderá nos ajudar a entender melhor como se dá a contradição inerente ao racismo brasileiro, pois segundo ela 90% da população reconhecem que há racismo no Brasil, mas 96% dizem que não são racistas, assim podemos nos questionar: existe racismo sem racista?

A própria história oficial brasileira até pouco tempo também era escrita de maneira a esconder esses conflitos, dando preferência aos bandeirantes e a “gloriosa epopeia das bandeiras” que dizimou um milhão de índios em 50 anos, assim como na ditadura, no período Médici (1969-1974), nenhum jornal podia publicar nada sobre índios, esquadrão da morte, movimento negro e guerrilha, já que uma poderosíssima estratégia de negação do outro é justamente o silêncio (SANTOS, 1981, p.46; BERND, 1994, p.24).

A tentativa de colocar o Brasil real em evidência em relação ao Brasil vendido pelas elites foi uma preocupação dos indianistas, que colocaram o índio em seus romances e poemas, assim como mais tarde, os sertanistas colocaram a figura do homem rural, mas infelizmente, nada disso foi forte o suficiente para ameaçar a tese vendida pela classe dominante e a tendência a embranquecer do brasileiro, como aponta Joel Rufino dos Santos (1981, p.51).

A história e a história das ideias como aponta (SANTOS, 1981, p.1), demonstram que houve lutas e contraposições a teorias racistas,

mas a força do racismo está, justamente, em se apropriar dos argumentos usados pelos antirracistas para contestá-los, transformando-os em novas teorias racistas, além da incorporação por parte dos discriminados da ideologia que ele apregoa. Por isso, verifica-se que mesmo no Século XXI, ainda estamos longe de resolver o problema do racismo.

Os avanços registrados nos últimos tempos pela antropologia, etnologia, biologia e demais ciências não foram capazes de eliminar totalmente as diferentes manifestações racistas e, mesmo o Brasil tendo uma legislação protetora dos direitos humanos e não admitindo o crime de racismo, sendo considerado inafiançável, não representa por si só a resolução do problema (BERND, 1994, p.14).

Desse modo, o debate acerca do racismo torna-se fundamental já que o conceito de democracia racial é algo frequentemente invocado como tentativa de provar a ausência de preconceito e de tensão social no Brasil, sendo um dos maiores orgulhos nacionais e o mais forte ideal moral no Brasil, porém frequentes eventos discriminatórios fazem supor que nada disso é real (SANTOS, 1981).

Enquanto discurso, o mito da democracia racial elege alguns negros de destaque em alguma área para reforçar a sua lógica perversa. Sendo assim, é muito comum ouvirmos no Brasil que aqui não existem racismo e desigualdade racial, pois caso contrário alguns negros (as) nunca teriam ascendido socialmente (SCHWARCZ, 1993).

Para Florestan Fernandes citado por Schwarcz (2006, p. 172):

[...] Confundimos tolerância racial com democracia racial. Para que esta última exista não é suficiente que haja alguma harmonia nas relações raciais de pessoas pertencentes a estoques raciais diferentes ou que pertencem a "raças" distintas. Democracia significa, fundamentalmente, igualdade racial, econômica e política.

Os pobres brasileiros de hoje são despossuídos históricos, pois são descendentes de pessoas que nunca tiveram nada, nem sequer tinham a posse de seu corpo, isso passa a ser relevante na medida em que, por muito tempo, arrisco dizer que até hoje, grande parte da população acreditava que o problema do preconceito aqui no Brasil era apenas social e não racial, porém, como defende Joel Rufino dos Santos, "(...) no Brasil, maltratar os pobres é maltratar pessoas de cor e ponto final".

O receio de uma possível excitação das vítimas e de negar uma ideia tão bem sucedida, resultam numa profunda recusa das elites de

tomarem conhecimento da problemática e limita as chances de resolver o problema na sociedade e nas suas instituições (SANTOS, 1981, p.48).

4 O racismo institucional no Brasil

A ideia de racismo institucional deriva da modelagem assumida pelas instituições de Estado enquanto reprodutoras de ideologias raciais. Sob o véu das teses que defendem uma democracia racial no Brasil, escondem-se práticas perversas, cujos reflexos segmentam a sociedade em espaços de privilégio e espaços de exclusão.

Segundo o relatório “No país do Racismo Institucional: dez anos de ações do GT Racismo no MPPE” (MORAES, 2013), a forma institucional do racismo implica práticas discriminatórias sistemáticas fomentadas pelo estado ou com seu apoio indireto e pode manifestar-se sob o isolamento dos negros em determinados bairros, escolas e empregos.

O termo Racismo Institucional visou ampliar o debate acerca do racismo para além da questão limitada ao indivíduo, pois força as instituições a se repensarem diante de sua seletividade racial em relação a indivíduos e grupos, seletividade que opera de forma estrutural na contemporaneidade, demarcando espaços e privilégios e tirando a possibilidade da população negra de exercer sua dignidade de maneira plena dentro das instituições (MORAES, 2013, p. 11-12).

O termo irá surgir com o movimento negro norte americano nos anos 60 e será definido na década de 90, como uma resposta ao assassinato do jovem negro Stephen Lawrence por uma gangue branca. Foi identificado pelo relatório que não apenas os policiais que lidaram com o caso operaram de maneira discriminatória, mas a própria instituição policial acionou dispositivos diversos de leniência resultando, no primeiro momento, com a absolvição de todos os criminosos (MORAES, 2013, p.11-12).

Os valores, os ideais, os padrões vigentes no País e no mundo são reconhecidamente brancos, e os que podem embranquecem, pelo menos em termos sociais, sendo a cor no Brasil mais uma marca do que uma raça e quanto mais escuro se é menos se vale e mais se sofre. A grande questão é as instituições estimularem o debate na sociedade e dentro delas, pois a falta de debate e franqueza em relação à temática racial no Brasil (SANTOS, 1981, p.68) impede que as vítimas de racismo sejam efetivamente percebidas como sujeitos de direitos.

Para além da falta de oportunidades e da exclusão social orientada pelo racismo no Brasil, os negros são vítimas preferenciais da violência policial. Da mesma forma, a população carcerária brasileira é composta majoritariamente por negros. Há assim uma postura institucionalizada cujos efeitos repousam não apenas na exclusão da população negra dos benefícios gerados pela sociedade brasileira. Há também um conjunto de práticas voltadas à eliminação do negro do cenário social brasileiro. Seja através da prisão, seja através dos atos de violência policial que resultam em morte.

5 Conclusão

No decorrer deste trabalho constatamos como é necessária a instituição de um paradigma de análise do direito diferente das vertentes, esse paradigma é encontrado primeiramente na inserção de um olhar multidisciplinar que demonstrou como a ciência jurídica, por si só, não se basta, necessitando muitas vezes de outras disciplinas para se entender algum fenômeno jurídico.

Por isso o olhar sociológico e histórico foi utilizado para que fosse possível entender a conjuntura ideológica e temporal que as discussões raciais foram elaboradas e onde o cidadão afro brasileiro se adequava em cada período.

Inicialmente foi importante entender os conceitos de racismo e racismo institucional, para conseguir diferenciar e localizar cada um em sua área de atuação, pois tendo em mente como o racismo se manifesta de maneira institucional é possível adentrar as legislações migratórias.

Não há como negar que na construção da nossa sociedade, instituições e na forma como negros e brancos são vistos e tratados no Brasil, a raça têm uma operacionalidade na cultura e na vida social, pois, se ela não tivesse esse peso, as características físicas não seriam usadas por nós para identificar quem é negro e quem é branco no Brasil, e mais, não seriam usadas para discriminar e negar direitos e oportunidades aos negros em nosso país.

O que foi percebido é que após o negro se libertado da escravidão, o mesmo não foi introduzido enquanto cidadão, bem como impedido de entrar no Brasil, caso fosse estrangeiro, enquanto a imigração europeia foi estimulada e vista positivamente pelas lideranças políticas e intelectuais, que viam nos colonos europeus a única possibilidade de levar o Brasil rumo à modernidade. Como resultado destas marcas

coloniais, o cenário de segregação e exclusão que permanece no país.

Referências

- AZEVEDO, Ana Célia Maria Marinho de. **Onda Negra, Medo Branco-O Negro no Imaginário das Elites Século XIX**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- AZEVEDO, Thales de. **Democracia racial: ideologia e realidade**. Petrópolis: Vozes, 1975.
- BERND, Zilá. **Racismo e Anti-Racismo**. São Paulo: Editora Moderna, 1994.
- CHALHOUB, Sidney. Medo Branco de Almas Negras: Escravos, Libertos e Republicanos na Cidade do Rio. **Revista Brasileira de História-Universidade Estadual de Campinas**, São Paulo, v.8, nº16, mar-ago, 1988.
- HOLANDA, Aurélio Buarque. Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa – Com Chave de Acesso Para Versão Eletrônica. 5ª Edição, São Paulo, Positivo Editora, 2010.
- MORAES, Fabiana. **No País do Racismo Institucional-Dez Anos de Ações do GT Racismo no MPPE**. Recife, Publicações Ministério Público de Pernambuco, 2013.
- OLIVEIRA VIANNA. **Raça e Assimilação**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1932.
- SANTOS, Joel Rufino dos. **O que é Racismo**. 3. Ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1981.
- SCHWARCZ, Lília Moritz. **O Espetáculo das Raças**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.
- SCHWARCZ, Lília Moritz. A Questão Racial Brasileira Vista por Três Professores. **Revista USP**, São Paulo, n. 68, p.168-179, dezembro/fevereiro 2005-2006. Disponível em: <<https://doi.org/10.11606/issn.2316-9036.v0i68p168-179>>. Acesso em: 6 fev.2019.
- SEYFERTH, Giralda. Colonização, Imigração e a Questão Racial no Brasil. **Revista USP**, São Paulo, n.53, p. 117-149, março/maio, 2002. Disponível em: <<https://doi.org/10.11606/issn.2316-9036.v0i53p117-149>>. Acesso em: 6 fev.2019.
- SOUZA; Vanderlei Sebastião de; SANTOS, Ricardo Ventura. O Congresso Universal de Raças, Londres, 1911: contextos, temas e debates. **Boletim do Museu Paraense Emílio Goeldi-Fundação Oswaldo Cruz**, Rio de Janeiro. vol. 7, n. 3, p. 745-760,

set-dez, 2012. Disponível em: <[HTTP://
http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1981-
81222012000300008&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1981-81222012000300008&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt)>. Acesso em: 6
fev.2019.

STAHL, Moisés. **Louis Couty e o Império do Brasil: O Problema da Mão de Obra e a Constituição do Povo no Final do Século XIX (1871-1891)**. São Bernardo do Campo: UFABC, 2016.

Marias, Clarices e o fenômeno da feminização das migrações e suas relações com a naturalização do trabalho doméstico

RAQUEL FABIANA LOPES SPAREMBERGER
CAMILA BELINASO

1 Introdução

Este texto trata do fenômeno da feminização das migrações e suas relações com a naturalização do trabalho doméstico. Tal temática possibilita, diante dos contextos atuais, verificar as fragilidades do indivíduo diante de conflitos sociais, da diáspora⁵⁸, da intolerância e do ódio que deixaram de ser satisfatoriamente solucionados pelas instituições político-estatais e foram transferidos para um sujeito relegado à própria sorte, o qual sozinho precisa fazer suas escolhas e definir seu destino. Essa responsabilidade, jogada sobre um sujeito cuja identidade foi abalada pela fragmentação de um mundo globalizado e descentrado, agrava-se pelo fato de as instituições sociais tradicionalmente terem sido seu ponto de segurança, mas que diante da liquidez da vida não mais conseguem responder a tais realidades. Desde os primórdios, percebe-se que questões

⁵⁸ Para Hall (2003, p.31) “O conceito de diáspora se apóia sobre uma concepção binária de diferença: por um lado está fundado em uma idéia que depende da construção de um Outro, e de uma oposição rígida entre o dentro e o fora. Por outro lado, sabendo que o significado é crucial à cultura, temos a noção moderna pós-saussuriana que insiste que o significado não pode ser fixado definitivamente, pois está sempre em movimento. Hall afirma que A distinção de nossa cultura é manifestamente o resultado do maior entrelaçamento e fusão, na fornalha da sociedade colonial, de diferentes elementos culturais africanos, asiáticos e europeus”. Para Cancian (2018, p.) “Diáspora significa o espalhamento dos povos, que saem de sua terra de origem para concretizar a vida em outros países ou em outros continentes. Seja de forma forçosa ou por opção própria, os povos que abandonam sua casa jamais se desapegam das origens, e mantêm através da tradição a cultura na qual nasceram. Isso se dá pela manutenção da língua, da religião, modo de pensar e agir. Mas essa cultura original, no contexto diaspórico, está em constante transformação, de maneira que novos costumes acabam sendo assimilados e interferem não apenas na identidade pessoal como na identidade coletiva, que por sua vez reflete a identidade cultural de determinado grupo”.

econômicas, raciais, sociais, culturais e sexuais são categorias extremamente marcantes num mundo caracterizado pelas diferenças. Nesse sentido, o legado histórico de dominação intrínseco ao paradigma da sociabilidade da modernidade ocidental foi constituído e influenciado por um passado de excesso de tradições que determinavam a mulher como um corpo para servir e ser dominada, um processo histórico de privações, submissão, subalternização⁵⁹ e silenciamento.(SPIVAK, 2010).

Nesse sentido, o texto aborda aspectos da feminização das migrações, desde a análise de situações e suas inter-relações com o trabalho doméstico e sua naturalização, com ênfase nas mulheres migrantes. Demonstra quais são os contextos históricos, sociais e políticos que estão inseridas as mulheres quando em situação de migrante. Na sequência o texto enfatiza a longa, profunda e contínua história de resistência por parte das mulheres ao patriarcado, na qual se destaca o momento em que os direitos das mulheres foram reconhecidos como direitos humanos.

Num segundo momento analisa por intermédio de estudos feministas sobre migrações no mundo contemporâneo, os padrões de migração ante a feminização crescente, tendo como principal objetivo compreender a relação entre o papel social da mulher e os fatores que estruturam tais padrões atualmente. Com tal abordagem, objetiva-se, averiguar se o reconhecimento das mulheres como seres de pleno direito na legislação internacional colaborou para observância das interseccionalidades relativas às mulheres, suas categorias de articulação e também suas experiências enquanto migrantes latino-americanas.

Por fim, verifica-se qual posição elas ocupam no mercado de trabalho nos países a que se destinam e, se esta posição tem alguma relação com a naturalização do trabalho doméstico pelo patriarcado. Para desenvolvimento de tal trabalho, adota-se o método de abordagem hipotético-dedutivo, a técnica de pesquisa utilizada é a bibliográfica.

⁵⁹ Segundo Gayatri Chakravorty Spivak (2010), o sujeito subalterno é aquele pertencente às camadas mais baixas da sociedade constituídas pelos modos específicos de exclusão dos mercados, da representação política e legal, e da possibilidade de se tornarem membros plenos no estrato social dominante. Segundo a autora a ideia de subalterno é mais arduamente imposta ao gênero feminino, posto que a “mulher como subalterna, não pode falar e quando tenta fazê-lo não encontra os meios para se fazer ouvir”.

2 Migrações e o fenômeno da feminização e os direitos humanos das mulheres

Os conceitos de direitos humanos, migrações⁶⁰ e o fenômeno da feminização hoje são partes de uma retórica prevalecente. As relações entre as diferentes regiões do globo estão agora mais estreitamente ligadas do que jamais estiveram, as mulheres, como homens, crianças, idosos tem migrado, se deslocado em várias regiões do globo.

Vive-se num mundo de privação, destituição, discriminação e opressão extraordinária. Existem problemas novos convivendo com antigos. Diante da realidade que nos cerca, tudo fica em segundo plano na situação conjuntural, mas uma situação permanece institucional, estrutural e social - a questão da igualdade, da discriminação, da intolerância, da pobreza, de todas as formas de desigualdades praticadas contra os grupos vulneráveis e também contra as mulheres. (SPAREMBERGER, 2018).

Segundo Schwarz citado por Sparemberger (2018), o crescente fluxo de imigrantes lançou uma série de desafios para os países, imigração ilegal, à forma de integração dos imigrantes às sociedades nacionais e à provisão de direitos e garantias individuais e sociais. Por outro lado, os imigrantes enfrentam o desafio de integrar-se a uma sociedade que muitas vezes reage com suspeita e hostilidade diante da sua chegada.

Em relação às mulheres migrantes a realidade é a mesma das brasileiras e reflete um pouco a situação das mesmas em todo o mundo.

Salários menores nos mesmos cargos, preconceito, dificuldade em chegar aos postos de chefia e o acúmulo do trabalho reprodutivo e não remunerado. Vencer essas barreiras que impedem o empoderamento das mulheres ao redor do mundo e garantir a igualdade de gênero é uma meta das Nações Unidas para 2030 dentro dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. O desafio é ainda maior para as mais de 117 milhões de mulheres migrantes ao redor do globo – 320 mil no Brasil – que buscam no trabalho o meio de

⁶⁰ Todavia, independente da terminologia utilizada, migração, imigração ou emigração, a problemática é a mesma. Sabe-se que a migração é o ato de se mover de uma região para outra. É a mudança periodicamente, ou passagem de uma região para outra, de um país para outro. (falando-se de um povo ou de grande multidão de gente). Imigração, entrar (num país estrangeiro) para nele viver. Emigração, mudança voluntária de país.

alcançar uma vida digna para além das fronteiras. Acabar com a desigualdade de gênero, segundo dados do Fundo Monetário Internacional, tornaria a economia dos países mais rentável. Em algumas regiões do mundo, as perdas em PIB per capita que podem ser atribuídas à desigualdade de gênero no mercado de trabalho podem chegar a 27%. O FMI aponta que as mulheres representam cerca de 50% da população em idade ativa, mas apenas 40% da força de trabalho global, embora a participação feminina tenha crescido nas últimas duas décadas.

No Brasil, a presença das mulheres no mercado de trabalho tem se expandido e os anos de estudo são mais elevados que o dos homens. A Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) 2014, realizada pelo IBGE, mostra que as mulheres estudam em média oito anos, frente 7,5 anos dos homens. Mesmo assim, a desigualdade ainda precisa ser superada. De acordo com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), homens ainda ganham mais do que as mulheres: em 2014, homens tinham o salário médio de R\$ 1.831, enquanto as mulheres ganhavam R\$1.288. As mulheres negras têm a menor remuneração, com valor médio salarial de R\$ 946, e os homens brancos a maior, com média de R\$ 2.393. (BRANDINO; DELFIM, 2018, p.1)

Por não serem cidadãos nacionais, os (as) imigrantes gozam de menos direitos do que a população nativa, sendo frequentemente explorados (as) e discriminados(as), inclusive na esfera trabalhista: exclusões ou preferências segundo o tipo de emprego que podem ou não podem ocupar, desigualdades salariais, proibição do exercício de atividades sindicais, etc. Quanto aos irregulares, frequentemente são detidos e deportados em condições que violam as normas mais elementares. Em relação a realidade da mulher migrante, imigrante a realidade é ainda mais preocupante, é possível destacar que:

Elas enfrentam as mesmas dificuldades que mulheres em situação de vulnerabilidade no Brasil, mas agravam sua situação a barreira linguística, o preconceito e a xenofobia, ausência de referências e a ambientação ao novo país. A dificuldade de acesso a políticas públicas universais por causa dessas situações também torna o dia-a-dia mais difícil. Não por acaso, os poucos estudos que temos mostram que essas mulheres que chegam ao país em situação de vulnerabilidade – sem documentos, sem carteira de trabalho, sem falar português – se alocam em serviços de baixa remuneração e condições precárias de trabalho – as oficinas de costura e o emprego doméstico não formal são exemplos disso.(BRANDINO; DELFINO, 2018, p. 2).

Para Schwarz citado por Sparemberger (2018), o fenômeno da imigração passou a ocupar, a partir dos últimos anos do século XX e início do século XXI, um lugar central nos debates políticos nas sociedades capitalistas centrais, desvelando-se uma convergência cada vez mais intensa entre as políticas de imigração e de nacionalidade e as políticas econômicas, equação cada vez mais impactada pelo inexorável processo de globalização. Para enfatizar a questão da migração e da feminização, sabe-se que desde muito as mulheres disputam o espaço público e a participação nos núcleos de debates que influenciam a condução das democracias, de modo que a representação das mulheres é reivindicada pelo movimento feminista, cuja a história demonstra que o reconhecimento de determinados direitos é intrínseco à conquista desses espaços por mulheres. No entanto, a permissão de transitar nos meios de construção das democracias se expressa a partir da divisão sexual do trabalho e por todo conjunto do que é viver a partir de valores e classificações determinadas pelo sexo; pela divisão genérica dos espaços sociais: criação-procriação, público-privado, pessoal-político; pela existência de formas, relações, estruturas e instituições hierárquicas de poder e domínio autoritário, fundadas na exploração de alguns grupos por outros, que delimitam suas capacidades de decidir; “também se expressam pela definição da mulher enquanto ser social em torno de uma sexualidade expropriada, procriadora ou erótica, um corpo que serve aos outros”. (LAGARDE, 2005, pp. 130-132)

Assim, a dificuldade enfrentada pelas mulheres quando pretendem se libertar do espaço privado revela que todas estão à disposição dos outros e sob o domínio dos homens e de suas instituições patriarcais e classistas. Logo, paralelamente à opressão que todas as mulheres estão submetidas por sua condição genérica, existem diferenças entre elas devido à sua situação histórica e particular de vida, formando-se níveis de intensidade e alcance dessas opressões, que são o objeto de uma análise interseccional das experiências por e pelas mulheres. Presente, o sistema patriarcal se desenvolve e se adequa a partir do surgimento de determinados feitos e atua a fim de perpetuar o controle da sexualidade da mulher, elemento nuclear da opressão, (SAFFIOTI, 2015) de modo que “toda a relação social de dominação existente entre uma relação sexual se constitui na divisão entre o masculino-ativo e o feminino-passivo, configurando os desejos de ambos”. (BOURDIEU, 2016, p.38).

Para a antropóloga feminista Marcela Lagarde (2005, p.167), “a

vida da mulher está organizada em torno de uma sexualidade culturalmente destinada para o outro, seja como cidadã ou como fiel, seja como filha, esposa, mãe ou prostituta”. Assevera a autora que o poder atravessa o corpo da mulher, e a linguagem laica estatal controla a sua fecundidade e a sua fertilidade, que passam, então, a serem assuntos de política demográfica. “Já a linguagem doméstica do amor e do poder faz referência à fidelidade, à castidade ou a permanente disposição da mulher ao prazer do outro ou à maternidade como natural”. (LAGARDE, 2005, p.170). A sexualidade, portanto, “está estruturada socialmente para reproduzir uma cultura sintetizada e organizada pelos privilégios patriarcais masculinos, centrando a masculinidade e a feminilidade no acesso aos bens reais e simbólicos, o acesso ao trabalho e a outras atividades criativas”. (LAGARDE, 2005, p. 170).

Desse modo, o controle exercido pelo poder patriarcal objetiva a manutenção da ordem econômica, pois o logro de manter a mulher no espaço privado e, ao mesmo tempo, encantada por cumprir papéis sociais estereotipados, reconhece nela a ideia de que necessitam ser protegidas, já que são responsáveis pela existência humana e, logo, dependentes de ações materiais e simbólicas realizadas por homens. Percebe-se, que o poder exercido é a essência da subordinação e está presente em todas as relações sociais, em como na reprodução dos sujeitos sociais, no público e no privado. Percebe-se, nesse sentido, que “o movimento feminista passa a vindicar uma vida sem discriminação às mulheres, e apesar das oposições conquista um câmbio paradigmático por intermédio da exigência de que os direitos das mulheres fossem considerados direitos humanos, intensificando o vínculo entre igualdade e não discriminação”. (FACIO, 2011, p.6)

Então, foi na Conferência Mundial das Nações Unidas sobre Direitos Humanos, celebrada em Viena no ano de 1993, a primeira vez que se convencionou explicitamente que o direito das mulheres são direitos humanos. Atenta-se, foi apenas no final do século 20 que as mulheres alcançam a categoria de humanas para o direito internacional. Desde então, intensificaram-se os movimentos e as negociações realizadas dentro do sistema das Nações Unidas, que inclusive são objeto de críticas de teóricas feministas como Jules Falquet (2013, p.14), “que defende que o sistema de relações internacionais está marcado pela colonização e pelo imperialismo, de modo que as relações passadas entre Leste-Oeste e as recentes Sul-Norte desempenham um papel determinante para as políticas

adotadas pelas instituições internacionais”. Em relação ao feminismo, aporta a autora sobre a necessidade de questionamentos às propostas e a legitimidade do movimento de mulheres e do movimento feminista ante a imposição de um desenvolvimento supostamente consensual por parte das instituições internacionais, porque, em realidade, “tem-se identificado que a condução adotada por ditas instituições vai de encontro aos interesses das mulheres e das análises radicalmente transformadoras do feminismo, condicionando as mudanças às pretensões institucionais”.(FALQUET, 2013, p.14).

A Organização das Nações Unidas (ONU) conquistou o título de ator central e benfeitor da humanidade, atuando como condutor da boa governabilidade mundial, “o que também se aplicou ao feminismo e à apropriação do movimento para, então, torná-lo funcional ao sistema de direitos humanos”.(FALQUET, 2013, p.15). Em dezembro de 1975, a ONU organizou preparatórias para conferências internacionais sobre a mulher, iniciando no México, momento em que se elaborou a Convenção para a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW).

A proposição da ONU está marcada por importantes e intensas atividades, dentre elas a IV Conferência Mundial sobre a Mulher em Pequim, no ano de 1995, que encerra o ciclo pretendido pela Organização em prol das mulheres. Importante destacar que, nesses encontros, estipularam-se agendas de atividades internacionais, para as quais, afirmava as instituições, a sociedade civil está sempre convidada a participar (não a construir).⁶¹

Antes, em 1946, o Conselho Econômico e Social decidiu pela criação da Comissão da Condição Jurídica e Social da Mulher (CSW), cujo principal objetivo era promover e implementar o princípio de

⁶¹ Em razão do objeto e breve espaço destinado a este trabalho, destaca-se trecho peculiar e objetivo da crítica às organizações internacionais desde uma perspectiva feminista materialista feita por Falquet: “Sin embargo, el fenómeno más interesante de se observar es como la ONU consiguió poco a poco absorber las actividades de las organizaciones de mujeres en sus propias conferencias. En efecto, em 1975 en México algunas feministas habían llevado a cabo *fuera de la conferencia* un conjunto de acciones para denunciarla como un intento de recuperación de su movimiento. Al contrario, en 1995 el Foro de las ONGs fue organizado por la misma ONU, y muchas mujeres y grupos feministas participaron *desde dentro* para intentar ser escuchadas precisamente por Naciones Unidas y los gobiernos [...] Bejin ilustra de forma especialmente nítida la instalación del dispositivo ‘participativo’ de la ONU [...] que encabezaba simultáneamente dos actos: tanto la conferencia oficial de los gobiernos como el foro ‘paralelo’ de las ONGs, habiendo cuidadosamente definido los mecanismos destinados a separar a los dos.” (FALQUET, 2013, p. 19).

que homens e mulheres devem gozar por direitos iguais. A tarefa, portanto, se concentrou na discriminação contra as mulheres desde uma perspectiva legal da igualdade, que levou as correntes androcêntricas dos direitos humanos ao enfrentamento do conceito de igualdade desde as diferenças entre os sexos. Nesse sentido, Alda Facio (2011, p.7) “denuncia que, em realidade, a criação da CSW permitiu à Comissão de Direitos Humanos da ONU desviar sua competência sobre toda e qualquer violação de direitos das mulheres.” Logo, a resolução dos casos acabava prejudicada, pois iniciavam com conflito de competência. No entanto, as mulheres que compunham a Comissão, certificadas do prejuízo da linguagem androcêntrica, postularam uma mudança no Art.1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, cujo conteúdo restou alterado a fim de reconhecer que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direito.

Dentre outros fatos, a CSW, no decorrer dos anos de atuação, avançou na adoção de tratados internacionais que objetivavam a garantia de muitos direitos das mulheres, como a CEDAW, reconhecido como tratado de direitos humanos pela ONU depois de 1993, após Conferência de Viena, objeto de análise proposto nesse capítulo, e que expressa uma conquista do movimento quanto à concepção dos direitos das mulheres como direitos humanos, mediante o envolvimento de lutas em diferentes campos e diferentes níveis da história da defesa de nossos direitos.

Nesse sentido, fundamenta Alda Facio (2011, p. 6), “que há de se atentar que, na realidade, a luta nem começou e muito menos terminou no marco da legitimação da mulher como sujeito de direitos”. Assim, não se pode desconsiderar todo o esforço realizado antes e reconhecido como fator impulsionador para novos espaços de discussão e de repetição do mote prévio à Conferência, qual seja: os direitos das mulheres são direitos humanos. A importância da inclusão das palavras mulheres, meninas e sexo foi compreendida alguns anos depois, quando o movimento das mulheres e o movimento feminista se apoiaram nesse vínculo para exigir seus direitos como direitos humanos.

Após 1993, a CSW altera seu enfoque com o intuito de pôr em prática o programado na Conferência, contudo, a crescente força dos regimes fundamentalistas da época e a maior participação de ONG de direita e fundamentalistas nas suas reuniões, bem como a falta de conhecimento da CEDAW por estas representações, “culminaram no

enfraquecimento das possibilidades de incorporar a pretendida perspectiva para os direitos humanos”. (FACIO, 2011, p. 11). Assim, a diferença ora tratada é que após 1993 restou permitido às mulheres a exigência da efetividade de seus direitos, então direitos humanos, haja vista que nenhum dos temas, estratégias e mobilizações realizadas eram tratados dentro do marco dos direitos humanos. Não surpreende, também, que as ativistas latino-americanas tenham sido as primeiras a adotar a linguagem de direitos humanos em relação à violência contra a mulher, visto que o contexto de violência nos países em que as ditaduras se faziam presentes era combatido com o uso e educação em direitos humanos. No entanto, a preocupação por parte das organizações, majoritariamente compostas por homens, com os abusos perpetrados contra as mulheres não obtinha o cuidado necessário, já que elas eram entendidas como preocupações de menor categoria que as demais. “O enfrentamento dessas condições dentro das organizações foi realizado pelas mulheres latinas, que desenvolveram o uso da linguagem afirmativa de serem os direitos das mulheres direitos humanos”. (FACIO, 2011, p.13).

Não obstante, a aceitação da nova condição atravança nos questionamentos de como seriam compreendidas as violações (ou não) de tais direitos por pessoas ou empresas privadas, ou seja, se essas poderiam ser qualificadas como violadoras. Nesse sentido, as feministas bem apontaram que a exclusão do âmbito privado é equivocada, momento em que expressaram a divisão do público-privado, tão presente em suas vidas, e se impulsiona a construção de um modelo de direitos humanos e de responsabilização estatal cúmplice das violações perpetradas aos direitos das mulheres por privados, o que contraria, inclusive, o disposto na CEDAW. Ante ao fato, as ONG específicas de direito das mulheres notaram a necessidade de expandir tais direitos como direitos humanos, o que fora permitido por intermédio da Conferência de Viena, em que as feministas difundiram a convicção e estratégias dentro desse marco aos direitos humanos.

Porém, como já ressaltado, a possibilidade de enfrentamento e resistência naquele espaço apenas foi possível em razão de as mulheres já estarem articulando o tema em momentos anteriores na América Latina, “principalmente em organizações contra os regimes ditatoriais desde os anos setenta, a fim de reconhecer a violência contra a mulher como violação de direitos humanos”. (FACIO, 2011, p.14). Muitos atos foram organizados e realizados pelo movimento

feminista com a finalidade de obterem a conquista em 1993, por exemplo, foram inúmeras as assinaturas coletadas e entregues na Conferência aos governos para o reconhecimento de que a violência de gênero contra as mulheres é uma violação de direitos humanos e, portanto, requer ação imediata do estado por intermédio de uma perspectiva de gênero. Dentre os atos realizados, destaca-se a Conferência *La Nuestra*, ocorrida em 1992, na qual se desenvolveu um programa de 19 pontos, cujo documento postulava a adoção de resoluções específicas sobre “os direitos das mulheres enquanto direitos humanos, a existência de uma relatoria especial para a violência de gênero e protocolos facultativos à CEDAW, ainda, demonstrava a necessidade de medidas para mulheres indígenas, para as vítimas de tráfico e exploração sexual”. (FACIO, 2011, p.16)

Consequentemente, requereu-se a inclusão, a visibilidade e a integração dos direitos das mulheres em todos os programas de direitos humanos da ONU e, ainda, que tais programas considerem a diversidade geográfica, cultural, religiosa, linguística e a capacidade de trabalho, haja vista que houve a insistência por parte das mulheres que impulsionaram o movimento de que os direitos econômicos e sociais, como os direitos civis e políticos, são de extrema importância para o reconhecimento das mulheres enquanto sujeito de direitos humanos, posto à necessidade de se considerar a interdependência de todos os direitos. Retornando o marco em análise, dá Conferência restou publicada a Declaração e Programa de Ação de Viena, sendo imprescindível apresentar os trechos e os destaques que seguem:

[...] 18. Os direitos humanos das **mulheres** e das **meninas** são inalienáveis e constituem parte integral e indivisível dos direitos humanos universais. A plena participação das **mulheres**, em condições de igualdade, na vida política, civil, econômica, social e cultural nos níveis nacional, regional e internacional e a erradicação de todas as formas de discriminação, com base no sexo, são objetivos prioritários da comunidade internacional. [...] Os Direitos Humanos das **mulheres** deverão constituir parte integrante das atividades das Nações Unidas no domínio dos Direitos Humanos, incluindo a promoção de todos os instrumentos de Direitos Humanos relativos às **mulheres**. A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos insta os Governos, as instituições e as organizações intergovernamentais e não governamentais a intensificarem os seus esforços com vista à proteção e à promoção dos Direitos Humanos das **mulheres** e das **meninas**. [...] 28. A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos manifesta a sua consternação perante as violações massivas de

Direitos Humanos, em especial sob a forma de genocídio, "limpeza étnica" e violação sistemática de **mulheres** em situações de guerra, originando êxodos em massa de refugiados e pessoas deslocadas. [...] 30. [...] Tais violações e obstáculos incluem, além da tortura e das penas ou tratamentos cruéis, desumanos e degradantes, as execuções sumárias e arbitrárias, os desaparecimentos, as detenções arbitrárias, todas as formas de racismo, discriminação racial e apartheid, a ocupação e o domínio por parte de potências estrangeiras, a xenofobia, a pobreza, a fome e outras negações dos direitos econômicos, sociais e culturais, a intolerância religiosa, o terrorismo, a discriminação contra as **mulheres** e a inexistência do Estado de Direito. [...]37. A igualdade de estatuto e os Direitos Humanos das **mulheres** devem ser integrados nas principais atividades de todo o sistema das Nações Unidas. Estas questões devem ser tratadas de forma regular e sistemática em todos os órgãos e mecanismos pertinentes das Nações Unidas. De um modo especial, devem ser tomadas medidas para aumentar a cooperação entre a Comissão sobre o **Estatuto da Mulher**, a Comissão dos Direitos do Homem, o **Comitê para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres**, o **Fundo das Nações Unidas para o Desenvolvimento das Mulheres**, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento e outras agências desta organização e para uma melhor integração dos objetivos respectivos. Deve, neste âmbito, ser reforçada a cooperação e integração entre o Centro para os Direitos Humanos e a Divisão para o Progresso das **Mulheres**.38. A Conferência sobre Direitos Humanos salienta principalmente a importância de se trabalhar no sentido da **eliminação da violência contra as mulheres na vida pública e privada**, a eliminação de todas as formas de assédio sexual, exploração e tráfico de **mulheres** para prostituição, da eliminação de tendências **sexistas** na administração da justiça e da erradicação de quaisquer conflitos que possam surgir entre os direitos das mulheres e os efeitos nocivos de certas práticas tradicionais ou consuetudinárias, preconceitos culturais e extremismos religiosos. A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos apela à assembleia Geral para que adote o projeto de declaração sobre a violência contra as **mulheres**, e insta os Estados a combaterem a violência contra as **mulheres** em conformidade com as disposições contidas na declaração. As violações dos direitos das **mulheres** em situações de conflito armado constituem violações dos princípios internacionais fundamentais de Direitos Humanos e de Direito Humanitário. Todas as violações deste tipo, incluindo especialmente, o homicídio, as violações sistemáticas, a escravatura sexual e a gravidez forçada exigem uma resposta particularmente eficaz. [...] 42. Os órgãos de controle da

aplicação de tratados deverão incluir o estatuto da **mulher** e os seus Direitos Humanos nas suas deliberações e conclusões, fazendo uso de dados que se refiram especificamente **a este sexo**. Os Estados deverão ser encorajados a fornecer informações sobre a situação das **mulheres**, de jure e de fato, nos seus relatórios apresentados àqueles órgãos. [...] A Divisão para o Progresso das Mulheres, em cooperação com outros organismos das Nações Unidas, particularmente o Centro para os Direitos Humanos, deverá igualmente tomar medidas com vista a garantir que as atividades das Nações Unidas ligadas aos Direitos Humanos contemplem regularmente as violações dos **Direitos Humanos dasmulheres**, incluindo os abusos cometidos especificamente contra esse sexo. Deverá ser encorajada a formação de pessoal das Nações Unidas no domínio dos Direitos Humanos e do auxílio humanitário, para que este possa reconhecer e lidar com este tipo de abusos de Direitos Humanos, e efetuar o seu trabalho sem preconceitos sexistas. 43. A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos insta os Governos e as organizações regionais e internacionais a facilitarem o acesso das **mulheres** a cargos com competências decisórias e a permitirem a sua maior participação nos processos decisórios. A Conferência encoraja ainda a adoção de novas medidas no seio do Secretariado das Nações Unidas, no sentido de serem nomeadas e promovidas **mulheres** enquanto membros do pessoal, em conformidade com a Carta das Nações Unidas, e encoraja outros órgãos principais e subsidiários das Nações Unidas a garantirem a participação das **mulheres** em condições de igualdade. [...] (grifo nosso). (DECLARAÇÃO E PROGRAMA DE AÇÃO DE VIENA 1993, *on line*, 2020)

Depreende-se da leitura dos trechos selecionados a existência de uma integração da perspectiva de gênero na agenda dos direitos humanos, mesmo que ainda estivesse faltante, por exemplo, pontuações quanto às mulheres migrantes, já que consta apenas referência a trabalhadores migrantes. No entanto, as vitórias são consideráveis, ter a violência contra a mulher na agenda da organização como uma violação de direitos humanos, tanto como crime quanto como ato privado, identificava uma nova era de direitos, em que a universalidade incluía as mulheres. Logo, pontos primordiais foram conquistados com a Conferência, visto que constou a crítica às práticas, inclusive religiosas e culturais, que restringem a atuação das mulheres e se reafirmou a urgência de documentos que fortalecessem a CEDAW.

Assim, o Programa de Ação e a Declaração de Viena, explanado com trecho acima, permite concluir pela conquista da humanização

das mulheres, que passaram a existir, ao menos na teoria, como sujeitos de direito internacional. Substancial, portanto, o impulso para a causa, principalmente perante as instabilidades da época, de que as mulheres existem não só em relação aos homens ou à família e suas comunidades, mas que existem como sujeitos próprios, autônomos e depositários de dignidade, em igualdade. Contudo, o acesso e a participação na vida pública em igualdade com os homens foram, e ainda tem sido um dos maiores obstáculos enfrentados pelas mulheres, que, mesmo após a instituição de novos modos de governo, mantiveram seus papéis de subordinação e de responsabilidade para com os outros.

3 O trabalho doméstico naturalizado e as trabalhadoras migrantes

Os traços de personalidade adquiridos pelas mulheres ao longo de todo o processo de socialização fazem com que todas acreditem, pelo menos em um primeiro momento, que “não são capazes, pois foram ensinadas que a razão não lhes pertence, condicionando-as, via de regra, a não terem confiança em si mesmas, fato que as impede de lutar vigorosamente para mudar a sua condição de inferioridade”.(SAFFIOTI, 2015, p.51). Então, qualificadas como vítimas e sofredoras, em seu destino de mulher, só são merecedoras de aplausos por parte da sociedade se aceitarem a condição predestinada, se estiverem de acordo com o padrão de ser mulher, o que varia de acordo com o contexto histórico, todavia, perpetuam-se os seus silenciamentos. Em consequência, a cartilha da ideologia dominante, faz entender que aquelas que não seguem tais padrões devem ser tidas como desonradas pelos seus comportamentos, e, por isso, merecedoras de repressão. São várias as formas existentes e utilizadas para a repressão das mulheres, uma delas se expressa drasticamente em índices de doméstica contra a mulher, física e psicológica.

Paralelamente, as mulheres aprendem a inibir qualquer tendência agressiva, já que os padrões sociais lhes imputam as características de docilidade e passividade, contudo, importante citar a sinalização da feminista Saffioti (1987, p. 37-38), que “destaca que as mulheres desempenham seus papéis imbuídos da ideologia que dá cobertura ao patriarcado, com maior ou menor frequência e com mais ou menos rudeza, cumprem as funções do patriarca, disciplinando crianças e

adolescentes, filhos ou não, segundo a lei do pai”. Ainda que não sejam cúmplices desses sistemas, colaboram para alimentá-lo sendo também vítimas dele. “Assim, a ideologia patriarcal tem a pretensão de condicionar ambos os sexos em papéis pré-determinados e excludentes, independente das particularidades de cada ser humano”. (SAFFIOTI, 2015, p.51).

Acentua-se que são nessas fissuras que ocorre a naturalização do espaço doméstico, do amor e do cuidado impostos ao corpo dócil, destinado ao prazer do outro; e da profundidade das fissuras estão dependentes as mulheres, que vivem de forma mais ou menos difícil, mas sempre com a responsabilidade última pela casa e pelos filhos. No ponto, Lagarde (2005, p.36) destaca as formas particulares em que ocorre o fenômeno de subordinação, pois diante de cada ciclo vital agem com suas normas, suas instituições, seus modos de vida e suas culturas, clausuras. A feminista, sensível para títulos, chamou de cativo o que entende como categoria construída nas sínteses dos fatos culturais, que definem o estado das mulheres no mundo patriarcal, que as torna presas na imposição mórbida de que a subordinação é um dever feminino, adaptando-as a vidas estereotipadas e sem alternativas. (LAGARDE, 2005, p. 36) Ocorre que, não surpreendentemente, nem tudo é dor dentro do cativo—ao contrário, eles adquirem texturas de felicidade, enunciadas na língua patriarcal como entrega e lealdade, pré-definindo seu futuro.

Então, percebe-se que “apesar do reconhecimento das mulheres enquanto sujeito de direito ser um marco do movimento feminista, as mulheres em geral, recebem tratamento de não-sujeito, inclusive por mulheres”. (SAFFIOTI, 2015, p.172). Especificamente na questão da classe, por exemplo, vê-se que a opressão das mulheres burguesas, responsáveis pela organização e administração do trabalho doméstico, é diferente da opressão das mulheres assalariadas, já que a primeira conta com uma equipe de empregados e com meios para levar a cabo suas funções materno-conjugais, já a segunda, não só não tem meios suficientes, mas ela mesma realiza todas as funções domésticas para além do trabalho assalariado que realiza ao retornar ao lar e à família. Todavia, mesmo sendo proprietárias e incluso exploradoras diretamente, as burguesas não se safam de viverem subordinadas e dependentes, “elas são discriminadas nas relações familiares e sociais pelo único fato de serem mulheres, de maneira similar, e talvez menos dolorida, às assalariadas, que além da exploração de classe estão submetidas à mesma opressão pela condição de ser mulher”.

(LAGARDE, 2005, p. 109).

Considera-se, assim, que a sexualidade é linguagem, símbolo e mito, é espaço de sanção, tabu, obrigatoriedade e transgressão, estando presente a sua divisão em qualquer espaço de poder, como a sociedade e o Estado, ligados ao controle, ao ordenamento e sanções quanto à sexualidade, estruturada socialmente para “reproduzir uma cultura sintetizada e organizada pelos privilégios patriarcais (do homem) ao acesso a bens reais e simbólicos principalmente relacionados ao trabalho e a outras atividades criativas”. (LAGARDE, 2005, p.110). O controle da sexualidade exercido pelo poder patriarcal, portanto, objetiva a manutenção da ordem econômica, pois o logro de manter a mulher no espaço privado e, ao mesmo tempo, encantada por cumprir papéis sociais estereotipados, reconhece nelas a ideia de que necessitam ser protegidas, já que são responsáveis pela existência humana e, então, dependentes de ações materiais e simbólicas realizadas por homens.

À mulher lhe é atribuído o espaço doméstico como natural ao sexo, de modo que, no seio da família, pode-se observar a dominação masculina em praticamente todos os atos, inclusive quando a mulher exerça trabalho em troca de salário fora do ambiente da casa, pois não se deixará de ser incumbido a ela o trabalho doméstico quando retornar ao lar. Os afazeres domésticos são considerados "coisas de mulher", e os homens raramente se dispõem, ao menos, para colaborar e tornar suas vidas menos duras. Nas palavras de Saffioti (1987, p.50), o homem “não raro, ainda se faz servir, julgando-se no direito de estrilar se o jantar não sai a seu gosto ou se sua mulher não chega a tempo, trazendo-lhe os chinelos”. No entanto, como referido, toda a mulher, seja uma mulher que trabalha em troca de salário ou não, são socialmente responsáveis pela manutenção da ordem na residência e pela criação e educação de seus filhos, já que todas carregam uma identidade básica: a de cuidadora.

O investimento da sociedade em manter esses padrões é alto, e “a naturalização desse processo faz com que a mulher se dedique aos afazeres domésticos, haja vista ser próprio de a espécie humana elaborar socialmente fenômenos naturais, tornando difícil -senão impossível- separar a natureza daquilo em que ela foi transformada pelos processos socioculturais”. (SAFFIOTI, 1987, p.9). Assim, é de extrema importância compreender como “a naturalização dos processos socioculturais de discriminação contra a mulher e outras categorias sociais constitui o caminho mais fácil e curto para legitimar

a “superioridade” dos homens, assim como a dos brancos, a dos heterossexuais, a dos ricos”. (SAFFIOTI, 1987, p.11).

Cabe a ressaltar que as opressões emergem a partir de qualquer condição de domínio e exploração, formando estruturas de poder de sexo, raça e classe. Desse modo, não se pode confundir ou alterar conceitos, pois a exploração é um fenômeno cultural originado economicamente, sendo incorreto atribuir apenas ao capitalismo a causa da situação das mulheres e das explorações sexuais, uma vez que se devem considerar o Estado, a sociedade e a cultura atual não só como capitalistas, mas também patriarcais. “Logo, o poder exercido é a essência da subordinação e está presente em todas as relações sociais, bem como na reprodução dos sujeitos sociais, no público e no privado”. (PATEMAN, 1996, p.55). Nota-se, então, que a exploração econômica da mulher se dá conjuntamente ao controle de sua sexualidade, o que se observa também nos códigos que limitaram as mulheres e as tutelaram como pertencentes ao homem, inclusive nos estados americanos antes – e infelizmente, de algumas formas até hoje - de as mulheres terem seus direitos reconhecidos como direitos humanos, como direitos humanos

A opressão se manifesta em razão do paradigma social e cultural da humanidade, que é androcêntrico e define todas as construções mentais da civilização. Nesse sentido, ensina Bourdieu que, a ordem masculina dispensa fundamentações em razão da visão androcêntrica que se impõe como neutra e, assim, dispensa qualquer necessidade de enunciar discursos que visem a sua legitimação. Acrescenta o autor, que:

[...] a ordem social funciona como uma imensa máquina simbólica que tende a ratificar a dominação masculina sobre a qual se alicerça: é a divisão sexual do trabalho, distribuição bastante estrita das atividades atribuídas a cada um dos dois sexos, de seu local, seu momento, seus instrumentos; é a estrutura do espaço, opondo o lugar de assembleia ou de mercado, reservado aos homens, a casa, reservada às mulheres; ou, no próprio lar, entre a parte masculina, com o salão, e a parte feminina, com o estábulo, a água e os vegetais; é a estrutura do tempo, as atividades do dia, o ano agrário, ou o ciclo de vida, com momentos de ruptura, masculinos, e longos períodos de gestação, femininos. (BOURDIEU, 2016, p.18).

Desse modo, as atribuições de papéis sociais distintos a homens e mulheres, constituídos a partir de dados etnográficos e feitos históricos, permitem a perpetuação de uma assimetria sexual cujo

complexo de fenômenos opressivos articula a inferioridade, a discriminação, a dependência e a subordinação das mulheres. Destaca-se, assim, a falácia do androcentrismo, pois a mudança de paradigma não pode ser alcançada simplesmente com o acréscimo de mulheres na formação de teorias e nos espaços públicos; mas apenas com a aceitação de que a humanidade é formada por homens e mulheres igualmente reconhecidos como sujeitos de direitos e de direitos humanos. Nesse caso, deve-se reconhecer a conquista da mulher ao direito de trabalhar fora de casa e ter acesso ao espaço público e, conseqüentemente, às representações de poder, o que orientou a significativas mudanças.

No entanto, parte-se do fato de que as mulheres são historicamente responsáveis pelas tarefas reprodutivas, tendo o feminismo, em 1960, iniciado uma crítica radical às estruturas sociais, principalmente em relação à divisão sexual do trabalho, que destina para elas as tarefas socialmente desvalorizadas e não pagas, o que gera o ocultamento das mulheres no sistema de exploração-opressão patriarcal-capitalista. Logo, a divisão do trabalho coincide com “a divisão sexual entre as esferas pública e privada, estando à primeira destinada aos homens e a segunda às mulheres, que mesmo que tenham passado a transitar entre as duas esferas seguem com limitações, pois consideradas pelo sistema como não produtivas, ou seja, não estão implicadas na produção do capital”. (FEDERICI, 2013, p.45).

Silvia Federici (2013), nesse sentido, tem afirmado que o trabalho doméstico, mesmo não considerado central, é um dos pilares da organização patriarcal-capitalista, haja vista que o patriarcado não é transmitido automaticamente, nem de forma natural e automática. Ensina que as investigações históricas demonstram que o desenvolvimento do capitalismo foi como a contrarrevolução em um momento de crise do feudalismo, tendo o capitalismo dado uma nova fundação às relações patriarcais, agora com raízes materiais. Logo, “todos os sistemas sociais que exploram o trabalho humano, exploram as mulheres particularmente, por serem elas responsáveis também por produzir os trabalhadores o que, imediatamente, faz surgir o estímulo de controle ao corpo das mulheres, corpo gerador de riqueza”.(FEDERICI 2017, p. 219). Neste sistema, o Estado e o capital ao controlar o corpo das mulheres também se apropriam de seu salário, o que mobiliza uma grande quantidade de trabalho não pago (doméstico) possibilitando, então, o acúmulo de capital às

famílias por intermédio da toma do salário delas.

Defende-se, então, que o sistema confunde, não por acaso, o amor como um serviço pessoal, naturalizado como feminino e expressado no matrimônio enquanto sinônimo de felicidade. O trabalho definido como tarefa, como serviço de cuidado e do lar, fortaleceu a família como “a instituição mais importante para a apropriação e ocultamento do trabalho das mulheres”, (FEDERICI, 2017, p.174) o que perpetuou a submissão da mulher por muito tempo e se permitiu construir um novo modelo de feminilidade: passiva. Então, a mulher incorporada à atividade econômica, e como sujeito individual do Direito do Trabalho, pautado nos deveres da ONU em garantir a participação das mulheres na sociedade em condições de igualdade e na proibição de discriminações ou, dito de outra forma, na igualdade de trato, faz surgir disposições relativas a tais proibições e fundamentadas dos convênios da Organização Internacional do Trabalho, e que tais reações das política implementadas para tanto devem ser expressas estaticamente com o intuito de combater a invisibilidade das mulheres. (SARDEGNA, 2001, p.63).

A incorporação das mulheres no mercado de trabalho, especialmente desde a década de 1950, reflete a necessidade de as mulheres contribuírem aos ingressos do lar, bem como reflete sua maior participação política e social. No ponto, Sardegna (2001, p.75), apresenta que

o aumento da participação feminina produz uma mudança no comportamento laboral das mulheres, que passam a prover de níveis maiores de instrução que antes, contudo, além da reprodução da segregação ocupacional, os índices de desemprego continua sendo majoritariamente femininos, o que passa a demonstrar a perpetuação das discriminações, pois fora definido na CEDAW que toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que limite o reconhecimento, gozo ou execução pela mulher é uma prática discriminatória.

Somam-se ao ponto os Convênios da OIT que mencionaram e impulsionaram o reconhecimento dos direitos das mulheres ante as disparidades das legislações internas. Dentre eles destacam-se o Convênio 100 de 1951 e o 111 de 1958 que tratam, respectivamente, da igualdade de remuneração e discriminação no emprego e na ocupação, ambos foram ratificados pela Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai.

Nota-se que as mulheres já estavam inseridas nos debates antes de 1993, construindo suas lutas e movimentos sociais destinados ao reconhecimento de seus direitos. No entanto, imprescindível a compreensão sobre a contratação de trabalho de estrangeiros, especificamente de mulheres, já que a mão-de-obra migrante passa de uma peça presente nas demandas insatisfeitas de determinada sociedade para um subproduto de um mundo cada vez mais globalizado, que requer dos governos, atualmente, a toma de consciência dos direitos das mulheres e dos direitos das pessoas migrantes e, logo, a toma de consciência da necessidade de desenvolvimento de políticas migratórias abertas que não consideram o migrante como potencial delinquente. (SARDEGNA, 2001, p.97).

Desde a década de 1970 os investigadores passam a definir que a participação das mulheres nas migrações internacionais é cada vez maior, sendo que hoje correspondem mais da metade da população migrantes, objeto do fenômeno da feminização das migrações. Na América Latina, em relação aos postos de trabalho, tem-se que o setor de serviços é a principal fonte de emprego para as mulheres, que se orienta especialmente ao serviço doméstico, e em menor medida no cuidado de doentes e em serviços informais. Ademais, estão as mulheres operárias da indústria têxtil, contratadas informalmente e em condições de precariedade.⁶² “No entanto, a imensa maioria das trabalhadoras migrantes suprem a demanda dos trabalhos domésticos, que compõem uma rede global de serviços de cuidado através de fronteiras, baseados no trabalho remunerado e não remunerado de cuidado”. (LIPSZYC; ZURUTUZA, 2011, p. 31).

Na Argentina, tanto as migrantes internas como as externas que se destinam aos grandes núcleos urbanos estão relacionadas aos setores do trabalho doméstico, sendo que, tradicionalmente, em 1960 as mulheres paraguaias que satisfaziam tais setores e, com mais ênfase, na região metropolitana de Buenos Aires. Já nas décadas de 80 e 90 do século 20, as bolivianas e as peruanas começaram a se fazer presentes no serviço doméstico, pois a Argentina até o momento havia se tornada atrativa para as migrantes em razão da estabilidade econômica e conversão monetária. “As desvantagens para as mulheres incumbidas ao serviço doméstico são muitas, mas a principal versa no sentido de que a função não capacita como posto

⁶² OIT. **En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada.** Informe IV. 92ª Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, junio de 2004.

de trabalho, inclusive limite a inserção das mulheres em setores educacionais, já que demanda horas e horas de trabalho, abuso e instabilidade mediante as formas precárias de contratação” (LIPSZYC; ZURUTUZA, 2011, p. 32).

Ademais, merece destaque que as pessoas migrantes, em sua imensa maioria, não são pessoas desempregadas em seus países de origem, obviamente que podem estar enfrentando incertezas e instabilidade, mas não carregam nenhuma improbabilidade de inserção no mercado de trabalho, inclusive porque aqueles que não possuem ingressos dificilmente logram somar recursos para sustentar uma migração. No caso das mulheres, a motivação da migração não tem se demonstrado apenas o fator do bem-estar econômico, mas interferem as históricas pessoais, a composição do ambiente familiar e suas estratégias de sobrevivência dentro dele e, enfaticamente, a averiguação de que mulheres poderão ficar responsáveis pelo espaço doméstico em sua ausência, ou seja, a migração feminina implica uma forte negociação e avaliação das vantagens e desvantagens postas à unidade doméstica de origem. (LIPSZYC; ZURUTUZA, 2011, p. 36).

Assim, imprescindível o questionamento acerca de ser ou não a migração o resultado para as mulheres latino-americanas, de fato, um caminho de desprendimento e libertação do modelo patriarcal, visto que se pretenderia uma diminuição da efetividade dos sistemas de controle social e cultural de seus países de origem. Nesse sentido, constata-se posturas distintas, a primeira delas fundamenta que tanto as mulheres encarregadas de receber as remessas de dinheiro como as que migram para tal fim adquirem certa autonomia, já a segunda fundamenta que por estarem encarregadas dos serviços domésticos não logram autonomia, pois o fato influencia em questões de autoestima. (LIPSZYC; ZURUTUZA, 2011, p. 47).

De acordo com os dados do Equador, saída dos homens podem dar às mulheres certa autonomia, mas na grande maioria o sentimento causado é de abandono, momento em que passa enfrentar uma série de conflitos. Assim, a suposta autonomia é relativizada, uma vez que as remessas de dinheiro enviada para as mulheres “deixadas” na origem não garante sua capacidade decisória, que fica a cargo dos parentes do sexo masculino. (PEDONE, 2002). Muitas mulheres consideram que o trabalho remunerado de fato permitiu certo poder de decisão e de negociação dentre dos núcleos familiares, no entanto, não se pode ocultar que as desigualdades de gênero impulsionadoras de pautas a nível global, principalmente em direitos humanos,

terminam segmentadas por intermédio do encobrimento do trabalho doméstico realizado pelas migrantes latinas, o que evidencia que o mercado de trabalho segue assignando a elas funções reprodutivas. (LIPSZYC; ZURUTUZA, 2011, p.49)

Portanto, é necessário reconhecer a conquistas de direitos e de protagonismo por parte das mulheres, entretanto, torna-se mais necessário ainda denunciar que por trás dos avances do movimento feminista e de mulheres, o mercado global está por destinar as migrantes os roles tradicionais, reproduzindo as formas patriarcais que involucram as mulheres trabalhadores migrantes a um permanente destino de pobreza intelectual e econômica. O fato de serem as mulheres migrantes as que realizam os trabalhos de reprodução social culmina por estabelecer uma cadeia de cuidado, repassado de mulheres não tão privilegiadas para as menos privilegiadas ainda, logo são as mulheres que assumem os custos do desenvolvimento pessoal de famílias em vários países do mundo.

4 Conclusão

Os Estados deveriam possuir obrigações comuns e compartilhadas de auxiliar aqueles que por razões sociais, políticas, econômicas, culturais desejem migrar, necessita-se de um direito interno, principalmente dos chamados países receptores de políticas sociais que possibilitem o acesso destes migrantes aos chamados direitos sociais básicos como: trabalho, saúde, educação, moradia, para que estes consigam viver com dignidade. Faz-se necessária a implementação de instrumentos que se dediquem a estabelecer ferramentas para proteção aos direitos humanos fundamentais e o desenvolvimento econômico dos povos que forem de alguma forma atingidos, almejando-se uma sociedade que garanta mais dignidade a estas e às futuras gerações.

Este texto demonstrou que há, em relação à mulher migrante, situações, contextos históricos, sociais e políticos que inserem a vida da mulher migrante num contexto de opressão, marginalização e dificuldades de inserção da mesma no mundo do trabalho. Enfatizou, nesse sentido, a longa e profunda história de resistência por parte das mulheres ao patriarcado, do qual são vítimas todas as mulheres, independente de raça, cor, condição social.

O texto também analisou o momento histórico em que os direitos das mulheres foram reconhecidos como direitos humanos, ocorrido

em 1993 na Conferência Mundial das Nações Unidas sobre Direitos Humanos, em Viena. Cabe salientar, que o precedente se articula com outros movimentos sociais e reconhece que a causa das mulheres é muito mais ampla, impulsionando estratégias urgentes aos papéis sociais-sexuais condicionantes das opressões que silenciam todas e cada mulher.

Procurou-se, por intermédio de estudos feministas, demonstrar também sobre migrações no mundo contemporâneo, identificando os padrões de migração ante a feminização crescente, tendo como principal objetivo compreender a relação entre o papel social da mulher e os fatores que estruturam tais padrões atualmente.

Por fim, o principal objetivo do texto foi reforçar a necessidade de reconhecimento das mulheres como seres de pleno direito na legislação internacional e nacional, possibilitando, assim a compreensão da posição que ocupam no mercado de trabalho no mundo e na América-latina.

Referências

BOURDIEU, Pierre. **A Dominação Masculina: A condição feminina e a violência simbólica.** Tradução de Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: BetBolso, 2016.

BRANDINO, Gêssica; DELFIM, Rodrigo. **Especial: Mulheres migrantes e trabalho digno.** Disponível em: <http://migramundo.com/mulheres-migrantes-e-a-busca-pelo-trabalho-digno>. Data de acesso: 03 de março de 2018.

CANCIAN, Juliana Raguzzoni. **O contexto da diáspora na construção da identidade cultural:** a experiência do personagem José Viana, do romance Sem Nome, de Helder Macedo. Disponível em: <http://www.bocc.ubi.pt/pag/cancian-juliana-contexto-da-diaspora.pdf>. Data de acesso: 18 de março de 2018.

DECLARAÇÃO E PROGRAMA DE AÇÃO DE VIENA 1993. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/viena.htm>. Acesso: 18 de setembro de 2020,

DELPHY, Christine. Patriarcado (teorias do). In: HIRATA, Helena. *et al.* (Orgs). **Dicionário crítico do feminismo.** São Paulo: UNESP, 2009.

FACIO, Alda. Viena, 1993, cuando las mujeres nos hicimos humanas.

- In: LAGARDE, Marcela; VALCARCEL, Amelia. (Orgs). **Feminismo, género e igualdad**. Madrid: Pensamiento Iberoamericano, 2011.
- FALQUET, Jules. Mujeres, Feminismos y Desarrollo: Un análisis crítico de las políticas de las instituciones internacionales. **Revista de Antropología Social Desacatos**, 011, primavera de 2003.
- FEDERICI, Silvia. **Revolución en punto cero**. Trabalho doméstico, reprodução y luchas feministas. Madrid: Traficantes de Sueños, 2013.
- FEDERICI, Silvia. **O Caliban e a Bruxa**. São Paulo: Elefante, 2017.
- HALL, Stuart. Pensando a Diáspora (Reflexões Sobre a Terra no Exterior). In: **Da Diáspora: Identidades e Mediações Culturais**. Liv Sovik (org); Trad. Adelaine La Guardia Resende. Belo Horizonte: Editora UFMG; Brasília: Representação da Unesco no Brasil, 2003.
- KERGOAT, Danièle. Divisão Sexual do trabalho e relações sociais de sexo. In: HIRATA, Helena *et al.* (Orgs). **Dicionário crítico do feminismo**. São Paulo: UNESP, 2009, p. 67-75.
- LAGARDE, Marcela. **Los cautiverios de las mujeres: madresposas, monjas, putas, presas y locas**. Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad Universitaria, Coyoacán, 2005.
- LIPSZYC, Cecilia; ZURUTUZA, Cristina. **Caminos de Ilusión: Feminización de las migraciones en cuatro países de América Latina**. Buenos Aires: Librería de las Mujeres, 2011.
- MARCONDES, Mariana Mazzini. O cuidado na perspectiva da divisão sexual do trabalho: contribuições para os estudos sobre a feminização do mundo do trabalho. In: YANNOULAS, Silvia Cristina (Org). **Trabalhadoras: análise da feminização das profissões e ocupações**. Brasília: Abaré, 2013.
- OIT. **En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada**. Informe IV. 92ª Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, junio de 2004.
- ONU. Informe de la Conferencia Mundial de la ONU para el Decenio de la Mujer. **Igualdad, Desarrollo y Paz**. U.N. doc. A/CONF.94/3, 1980.
- PATEMAN, Carole. **Críticas feministas a la dicotomía público/privado**. Paidós, Barcelona, 1996.
- PEDONE, Claudia. Las representaciones sociales en torno a la

- inmigración ecuatoriana a España. In: Revista **Iconos**. Nº14. Quito: FLACSO, agosto 2002.
- RICO, María N. **Las Mujeres Latinoamericanas en la Migración Internacional**. CEPAL, 2006.
- SAFFIOTTI, Heleieth I.B. **Gênero Patriarcado Violência**. São Paulo: Expressão Popular, 2015.
- SAFFIOTTI, Heleieth I.B. **O Poder do Macho**. São Paulo: Moderna, 1987.
- SARDEGNA, Paula Costanza. **La trabajadora migrante en el Mercosur**. Buenos Aires: LexisNexis, 2001.
- SCHULER, Margaret; THOMAS, Dorothy. **Derechos humanos de las mujeres, paso a paso**. IIDH, San José, Costa Rica, 1999.
- SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. **As Vozes Esquecidas: Os Diferentes, Desiguais e Desconectados nas Fronteiras do Brasil**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=257deb66f5366aab>. Data de acesso: 18 de março de 2018.
- SPIVAK, GayatriChakravorty. **Pode o subalterno falar?** 1. ed. Trad. Sandra Regina Goulart Almeida; Marcos Pereira Feitosa; André Pereira. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2010.
- TRONTO, Joan. Mulheres e cuidados: o que as feministas podem aprender sobre a moralidade a partir disso. In: JAGGAR, Alison M; BORDO, Susan R. **Gênero, Corpo e Conhecimento**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1997.

Revisiones conceptuales sobre los derechos humanos y la participación política en América Latina

ALEJANDRO ROSILLO MARTÍNEZ
GUILLERMO LUÉVANO BUSTAMANTE

1 Introducción

Es frecuente que se considere a los derechos políticos como aquellas facultades que tienen las personas titulares de la condición de ciudadanía para incidir en la conformación y el funcionamiento de los órganos del Estado. En un sentido más amplio diríamos que son las formas reconocidas como prerrogativas mediante las que las personas que integran una comunidad se organizan para participar en toma de decisiones colectivas y en su eventual ejecución. Podríamos decir que son derechos fundamentales en un doble aspecto: por un lado, constituyen derechos que son la base de otros derechos e instituciones; y, por otro lado, son derechos subjetivos previstos en alguna porción del bloque de constitucionalidad.

Suele sostenerse que los orígenes históricos de los derechos políticos se encuentran en la Revolución francesa. Con la derrota del absolutismo se postuló la ficción de que los siervos se convertirían en ciudadanos, entonces los derechos de ciudadanía son funcionales a la constitución del nuevo tipo de Estado, de matriz liberal burguesa. No obstante, dentro de este contexto, los derechos políticos nacieron sólo para una clase privilegiada, y su “ampliación” se ha dado gracias a las luchas sociales de distintos sectores: obreros, indígenas, mujeres, población negra, etc. Sin embargo, su alcance es insuficiente aún, el sistema de partidos predominante en el mundo ha derivado en el surgimiento y consolidación de elites y en su apropiación del discurso y capacidad en las decisiones públicas, fomentado por la propia concepción liberal de los derechos a la participación política, predominantemente individualista, por lo que su acceso para comunidades subalternas suele significar, por sí misma, un proceso de lucha en el campo jurídico y social.

En esta época, en particular las personas migrantes son una subjetividad emergente que lucha por el reconocimiento de sus derechos políticos en diversos países. En tanto que no se les reconoce

la condición de ciudadanía se les niegan los derechos aparejados.

Los derechos políticos imponen a los Estados obligaciones activas y pasivas, es decir, unas que implican hacer algo para asegurar su efectividad y otras que implican abstenerse de impedir o disminuir obstáculos para su ejercicio. Como acciones positivas los Estados están obligados a diseñar sistemas normativos adecuados para establecer los procedimientos de participación, creación de las instituciones necesarias, y decisión sobre el destino del presupuesto adecuado para su funcionamiento. Como abstenciones, el Estado tiene la obligación de no impedir u obstaculizar la participación ciudadana en la construcción y desarrollo del espacio político, de conformidad con las normas que para ello se definan.

Realizar un listado cerrado de derechos políticos sería una pretensión que con seguridad dejaría fuera algunos de ellos, ya que estos no son una expresión del sistema político, sino la constitución de éste. Entre los derechos políticos clásicos encontramos el derecho a ser votado, el derecho a votar, el derecho a afiliarse a partidos políticos y el derecho a tener acceso al empleo público. Pero también la organización política comunitaria, la preservación de sistemas jurídicos y formas de gobierno indígena, la manifestación de ideas y hasta la conformación de sindicatos para incidir —más allá del ámbito laboral— en las decisiones públicas, son formas en las que se expresan, en un sentido más amplio, los derechos a la participación política.

Aunque como una precondition necesaria para el acceso a estos derechos se considera el reconocimiento de los sujetos implicados como miembros de una comunidad política. Es decir, la tradición jurídica positivista sigue determinando que los Estados exijan la calidad de ciudadanía a las personas para reconocerles el acceso a los derechos políticos. De ahí se desprende el desconocimiento a ciertos derechos a los extranjeros, no sólo a participar de las decisiones públicas, en tanto que no son ciudadanos miembros de la comunidad política específica, sino que además se les niegan incluso los derechos sociales, tales como el acceso a servicios de salud, educación, etc. Esto significa que en la concepción de los Estados liberales burgueses modernos las personas no tienen derechos *per se*, sino sólo mediante la impostación de la ciudadanía.

El derecho al voto es uno de los derechos políticos que se ha considera clásico dentro de las democracias liberales. Este derecho puede ser ejercido de distintas formas; las más comunes son la elección de los gobernantes, el *referéndum*, el plebiscito, y la revocación

del mandato.

La mayoría de los sistemas jurídicos atribuyen las siguientes características al voto: universal, libre, secreto, directo, personal e intransferible (FIX-FIERRO, 2006, pp. 45-46). Que el voto sea *universal* significa que todos los ciudadanos, mientras no tengan suspendidos sus derechos políticos, pueden ejercerlo sin restricciones de sexo, raza, nivel de educación, riqueza, o cualquier otra razón que violente el principio de igualdad. Que el voto sea *libre* significa que cada ciudadano puede decidir la emisión de su voto en conciencia, sin estar sometido a algún tipo de presión o coacción. Que el voto sea *secreto* significa que el ciudadano tiene la garantía de que nadie más sabrá el sentido en que emitió su sufragio; se trata de una garantía relacionada directamente con la libertad en el ejercicio de la decisión política personal. Que el voto sea *directo* quiere decir que los candidatos son votados directamente por cada ciudadano sin la intermediación de ningún órgano o cuerpo de electores. Y que el voto sea *personal* e *intransferible* significa que sólo la persona titular del derecho es quien puede ejercerlo.

El *referéndum* es la votación que se realiza para que se apruebe o rechace un proyecto de reforma constitucional, de ley, o para que se derogue o no una norma vigente. Forma parte, junto a la iniciativa popular —que comentaremos más adelante—, de lo que se conoce como “instituciones de democracia directa”, es decir, son formas de participación política que se realizan a través del voto directo y universal pero que no consisten en seleccionar a los miembros de algún poder público sino en decidir directamente sobre cuestiones de interés general, sean actos o normas.

En cuanto a la naturaleza jurídica de este tipo de participación popular en la formación de la ley se considera como un acto de ratificación, desaprobación o de decisión, y como un acto de decisión autónomo, que sumándose a la voluntad de los representantes populares da origen a la norma legal, pues ésta sólo adquiere validez cuando ha sido aprobada por la votación popular. El Poder Legislativo forma la ley, pero cuando va a *referéndum*, se somete a la reserva de lo que la voluntad popular expresada a través del voto resuelva, constituyéndose ésta en condición suspensiva a que se condiciona la validez de la ley.

El *referéndum* puede ser clasificado de distintas formas. Por sus efectos sobre las normas jurídicas puede ser constitutivo, modificativo y abrogatorio; por su naturaleza jurídica puede ser

obligatorio —cuando su resultado es vinculatorio a las autoridades— o facultativo —cuando la aplicación de su resultado queda a decisión de los representantes—; por su origen, es decir de dónde proviene la iniciativa de efectuarlo, puede ser popular, gubernativo o presidencial, parlamentario, estatal y regional.

El *plebiscito* es la convocatoria que se realiza para que el pueblo apruebe o desaprobe la realización de alguna acción gubernamental. Es decir, se consulta a la ciudadanía pero no sobre una decisión legislativa, sino sobre alguna acción del gobierno que se considera trascendental para la vida de la comunidad. El plebiscito puede clasificarse en consultivo y arbitral: el primero consiste en un llamamiento popular para obtener opinión sobre una determinada decisión a tomarse posteriormente; el segundo tiene un contenido político, con el objeto de resolver conflictos surgidos entre órganos del Estado para restablecer el equilibrio constitucional.

La *consulta popular* es la opinión que una autoridad solicita a la ciudadanía sobre un aspecto específico de interés nacional, regional o local, y que la obliga a traducirla en acciones concretas. Puede también consistir en recabar el parecer de la comunidad para definir una política pública.

La *revocación del mandato* tiene relación con lo que se ha llamado “voto programático”. Es la facultad de los electores de revocar del mandato a los gobernantes elegidos por voto popular que incumplan con su programa, que debió ser registrado debidamente ante la autoridad electoral. Este derecho se fundamenta en el hecho de quién impone el mandato puede quitarlo.

Más aún, el derecho de acceder en igualdad de condiciones a cargos públicos incluye tanto los de elección popular como cualquier otro de la función pública. En este segundo caso existen diversos mecanismos para garantizar tal derecho como el servicio profesional de carrera o los exámenes de oposición.

El concepto moderno de ciudadanía se ha referido a la adscripción de una persona a un Estado nacional, en función de conexiones territoriales o por lazos de parentela. En esta perspectiva se concibe a la ciudadanía como la categoría mediante la que se otorga titularidad de derechos políticos; es la idea de que hay ciertos derechos que son otorgados a todas las personas, y otros reservados para los nacionales. En efecto, la ciudadanía es un derecho para el cual la nacionalidad constituye un supuesto indispensable, tiene usualmente un supuesto jurídico, el derecho a la nacionalidad, y otro de hecho, condicionado

por la mayoría de edad.

Hay que tener en cuenta que “nacionalidad” y “ciudadanía” son dos condiciones diferentes y la confusión entre ellas produce serias consecuencias. Uno de los principales efectos de confundir estas dos situaciones es que los derechos de ciudadanía impliquen un factor hacia la desigualdad; en este sentido, los derechos políticos son funcionales a una desigualdad social legitimada. Es decir, debido a la migración puede ocurrir que haya personas que puedan participar en la actividad laboral del país receptor y posiblemente puedan disfrutar de la protección de su sistema de salud, pero no tienen derecho de participación en el sistema político por carecer de la condición de ciudadanos, como ya se dijo.

2 Derechos políticos en el derecho internacional

Los derechos políticos se encuentran reconocidos en diversos instrumentos internacionales, aunque suelen inscribirse dentro de la ideología liberal-burguesa. El artículo 21 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* contempla el derecho de toda persona a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos, y también reconoce el derecho de acceder a las funciones públicas del país en condiciones de igualdad. El mismo artículo reconoce que la voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público. Sin duda, esta disposición es importante pues reconoce a la voluntad del pueblo como el fundamento del poder político. No obstante, limita esta voluntad popular tan sólo al derecho al voto, señalando que “esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto”. Es decir, la *Declaración* reduce la voluntad popular a la instauración de una democracia formal, sin embargo, en el mismo artículo, en su primer párrafo, reconoce el derecho de participar de forma directa en el gobierno del país. Además, previamente en el artículo 20 se reconoce el derecho de reunión y asociación políticas, lo que se debe interpretar no sólo como un derecho civil sino como un derecho que se constituye en medio para ejercer otros derechos políticos.

El *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* amplía el contenido de los derechos políticos contenidos en la *Declaración*. El artículo 21 reconoce el derecho de asociación pacífica, y permite que se

establezcan por ley restricciones que “sean necesarias en una sociedad democrática”, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública, del orden público, para proteger la salud, la moral pública, los derechos y libertades de los demás. Estas limitaciones se deben interpretar de manera limitativa, siempre en búsqueda de que el derecho de asociación no sea limitado para impedir la participación política. No interpretarla en este sentido tiene como consecuencia que estos límites sean pretextos para que los gobiernos criminalicen la protesta social. En un sentido semejante debe contemplarse el contenido del artículo 22 referido al derecho de libertad de asociación.

El artículo 25 del mismo *Pacto* es el que consagra explícitamente los derechos políticos clásicos. Establece que todos los ciudadanos gozarán, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional, social, posición económica, nacimiento, cualquier otra condición social, y sin restricciones indebidas, el derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; del derecho a votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; y del derecho a tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

La *Convención Americana de los Derechos Humanos*, en su artículo 15, reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. De la misma forma que el *Pacto*, establece que el ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad, del orden público, para proteger la salud, la moral públicas, los derechos o libertades de los demás. El artículo 16 establece el derecho de asociación, y de manera expresa lo refiere para asuntos políticos; también establece las mismas restricciones que el artículo anterior.

El artículo 23 de esta *Convención* es el que reconoce los derechos políticos. Afirmar que todos los ciudadanos deben gozar del derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; del derecho a votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; y el derecho de tener acceso, en

condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. El párrafo segundo establece los casos en que la ley puede reglamentar el ejercicio de estos derechos: por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil, mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

La primera vez que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005) se pronunció sobre la violación a los derechos protegidos por el artículo 23 de la Convención fue en caso Yatama, en el año 2005. Entonces señaló que el Estado había violado el derecho a votar al no permitir que personas propuestas por una organización indígena fueran inscritas para participar en elecciones municipales. Se trataba de una organización que agrupaba a diversas comunidades indígenas. La Corte consideró que el Estado había generado y aplicado normas electorales que restringían indebidamente el ejercicio del derecho al voto, por tratarse de una reglamentación discriminatoria. La acción del Estado violó los derechos políticos porque impedía que las comunidades indígenas fueran tratadas con igualdad en el espacio político.

La Corte consideró que es obligación del Estado generar las condiciones y proveer de los mecanismos e instituciones óptimos para que los derechos políticos, establecidos en el artículo 23 de la *Convención*, puedan ser ejercidos efectivamente respetando el principio de igualdad. Pero esta obligación no se reduce a la expedición de normas que reconozcan formalmente tales derechos, sino que se requieren medidas adecuadas para el pleno ejercicio, aplicando criterios que consideren la situación concreta en que se encuentran ciertos sectores sociales que pueda significar un obstáculo para su ejercicio. La Corte señaló que la participación pública de organizaciones distintas a los partidos, con miras a la realización de fines comunes, es fundamental para garantizar la expresión política legítima y necesaria cuando se trate de grupos de ciudadanos que de otra forma podrían quedar excluidos de esa participación. Además, observa que la *Convención* no condiciona el derecho de los ciudadanos a postularse como candidatos a cargos electivos al requisito de hacerlo a través de un partido político. Indicó que como consecuencia de la violación al derecho de los candidatos a ser electos se privó a los electores de la opción política que aquéllos representaban. Esto limitó el ejercicio del derecho a votar e incidió negativamente en la más amplia y libre expresión de la voluntad del electorado, con desfavorables consecuencias para la democracia.

La Corte (2005, párr. 200) señaló en ese caso:

“El derecho a tener acceso a las funciones públicas en condiciones generales de igualdad protege el acceso a una forma directa de participación en el diseño, implementación, desarrollo y ejecución de las directrices políticas estatales a través de funciones públicas. Se entiende que estas condiciones generales de igualdad están referidas tanto al acceso a la función pública por elección popular como por nombramiento o designación.”

El caso Yatama es importante porque muestra que la protección de los derechos políticos puede estar en función de proteger espacios que los grupos sociales logran en la vida política y social, que además contribuye a tener una posición relevante para el ejercicio de otros derechos. Para la Corte no es posible considerar los derechos de manera indeterminada, como fórmulas vacías, neutrales, provistas para conducir la vida de ciudadanos abstractos, sino que se atiende a condiciones específicas. En este sentido podemos entender esta observación de García Ramírez (2007, p. 503):

“No se sirve a estos designios –ni se atiende por lo tanto, a la igualdad y a la no discriminación– si se siembra de obstáculos y exigencias, innecesarios y desproporcionados, el camino de quienes pugnan por la participación política a través del ejercicio de los derechos que ésta entraña, entre ellos el derecho al sufragio. La exigencia de participar a través de partidos políticos, que hoy se eleva como natural en las democracias de nuestra América, debiera aceptar las modalidades que sugiere la organización tradicional de las comunidades indígenas. No se trata, en lo absoluto, de eliminar el sistema de partidos, sino de atener, en la forma y términos que resulten razonables, pertinentes, a las condiciones de vida, trabajo y gestión de aquéllas. La admisión de estas condiciones y de las respectivas modalidades de participación política no se trasladan automáticamente a todos los medios ni van más allá del marco territorial, social y temporal en el que se plantean y resuelven.”

En efecto, las luchas de liberación en América Latina deben reforzar y dar prioridad a los textos de la *Declaración* que permiten comprender que los derechos políticos se han de ejercer en una democracia participativa, que vaya más allá de las fórmulas abstractas de la democracia clásica liberal representativa.

La *Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos* establece los derechos políticos en sus artículos 10, 11 y 13. En el primero de ellos reconoce el derecho a la libertad de asociación. En el artículo 11 se

reconoce el derecho de reunión, señalando que sólo estará sujeto a las restricciones que establezca la ley “decretadas en interés de la seguridad nacional, la seguridad personal, la salud, la ética, los derechos y libertades de los otros”. De forma semejante que los otros instrumentos internacionales, el artículo 13 consagra explícitamente ciertos derechos políticos; a saber: el derecho a participar libremente en el gobierno de su país, ya sea de modo directo o a través de representantes libremente escogidos de conformidad con las disposiciones de la ley; el derecho a acceder al servicio público de su país; y el derecho a acceder a la propiedad y a los servicios públicos en estricta igualdad con todas las personas ante la ley.

3 Democracia participativa, movimientos sociales y derechos políticos

Los derechos políticos tradicionalmente se han pensado desde el contexto de la democracia representativa, la que se ha considerado como la vía de sustituir la democracia directa en las sociedades modernas masificadas. Se basa en la idea de que en sociedades numerosas y complejas es imposible la participación directa de todos los miembros en las decisiones colectivas por dos razones, básicamente: la imposibilidad material de hacerlo —no es posible la reunión y deliberación de todos— y la ausencia de conocimientos especializados de los ciudadanos para tomar decisiones técnicas. En este contexto, la democracia representativa buscaría evitar que las decisiones que deben ser tomadas por unos cuantos —para que sean decisiones oportunas y eficaces— no terminen respondiendo a los intereses de las autoridades sino que contemplen todos los intereses posibles.

No obstante, los derechos políticos constituyen elementos importantes para la legitimidad de los poderes públicos, lo que puede propiciar un uso ideológico de ellos. La interpretación y concepción limitadas de los derechos políticos reduce a la democracia a lo que la teoría hegemónica ha defendido. Como señala Boaventura de Sousa Santos (2004a, p. 37), los principales elementos de esta teoría son: la contradicción entre movilización e institucionalización; la valorización positiva de la apatía política; una idea muy destacada por Schumpeter, para quien el ciudadano común no tiene la capacidad o interés político sino para elegir a los líderes a quienes cabría tomar las decisiones; la concentración del debate democrático en la cuestión de

los diseños electorales de las democracias; el tratamiento del pluralismo como forma de incorporación partidaria y disputa entre las élites; y la solución minimalista al problema de la participación por la vía de la discusión de las escalas y de la complejidad.

La reducción de los derechos políticos a las estructuras de la democracia formal, de baja intensidad, contribuye a dos patologías: la patología de la participación, expresada en la apatía y en el abstencionismo electoral, y la patología de la representación, donde los ciudadanos se sienten menos representados por aquellos que eligieron. Además, una democracia formal suele acarrear que “[l]os grupos más vulnerables socialmente, los sectores sociales menos favorecidos y las etnias minoritarias no logran que sus intereses sean representados en el sistema político con la misma facilidad que el de los sectores mayoritarios o económicamente más prósperos” (SANTOS, 2004a, p. 49).

Por otra parte, la democracia participativa implica que los gobernados no se limitan a votar cada cierto tiempo, sino que tienen una injerencia directa en la decisión, ejecución y control de la gestión estatal en sus diversos niveles de gobierno. El voto ha sido el instrumento dominante en el ejercicio de las democracias formales. No obstante, dentro del experimentalismo constitucional en búsqueda de hacer involucrar a la ciudadanía en la toma de decisiones, podemos mencionar los siguientes instrumentos: la iniciativa popular legislativa; el plebiscito; el referéndum; la consulta popular; la revocatoria del mandato popular; y los presupuestos participativos.

Los procesos de globalización han generado un mayor interés por la democracia local y, en cierta forma, su incidencia sobre la conformación de los Estados nacionales ha permitido, en algunos países, la recuperación de tradiciones participativas. Si tomamos en cuenta que “las experiencias más significativas de cambio en la forma de la democracia tienen su origen en movimientos sociales que cuestionan las prácticas sociales de exclusión a través de acciones que generan nuevas normas y nuevas formas de control del gobierno por los ciudadanos” (SANTOS, 2004a, p. 62), entonces los derechos políticos deben ser entendidos desde la demodiversidad, es decir, desde el supuesto que no existe motivo para que la democracia sea asumida en una sola forma. “Demodiversidad”, entendida como la coexistencia pacífica o conflictiva de diferentes modelos y prácticas democráticas. En efecto, los *nuevos* derechos políticos deben ser

instrumentos para la participación ciudadana. Por ésta debemos entender las prácticas regulares y que buscan básicamente tres resultados: a) la incidencia en las estructuras gubernamentales y en las políticas públicas; b) la transformación del orden social y político, y finalmente, c) la exigibilidad de los derechos humanos.

El ejercicio de derechos políticos por parte de subjetividades emergentes (DE LA TORRE, 2006) debe propiciar la ampliación del espacio político para posibilitar las prácticas que modifiquen las relaciones de opresión y explotación: “Los movimientos sociales estarían insertados en movimientos por la ampliación de lo político, por la transformación de prácticas dominantes, por el aumento de la ciudadanía y por la inserción en las políticas de actores sociales excluidos” (SANTOS, 2004a, p. 48). Por eso mismo, como señala Santos (2004a, pp. 69-70),

“[l]as nuevas democracias deben, si tal perspectiva es correcta, transformarse en novísimos movimientos sociales, en el sentido de que el Estado debe transformarse en un espacio de experimentación distributiva y cultural. Es en la originalidad de las nuevas formas de experimentación institucional que pueden estar los potenciales emancipadores todavía presentes en las sociedades contemporáneas. Esos potenciales, para ser realizados, necesitan estar en relación con una sociedad que acepte renegociar las reglas de su sociabilidad creyendo que la grandeza social reside en la capacidad de inventar, y no de imitar”.

Los derechos políticos deben, entonces, repensarse de tal forma que permitan ser instrumentos del pueblo para fortalecer la democracia participativa. En este contexto, deben ser derechos que permitan fortalecer tres aspectos, como señala Boaventura de Sousa Santos (2004a, p. 70); estos son: (a) *Fortalecer la demodiversidad*: Los derechos políticos deben comprenderse no sólo desde una forma de democracia, sino que deben entenderse como instrumentos capaces de responder a la diversidad de democracias. (b) *Fortalecer la articulación contrahegemónica entre lo local y lo global*: Es necesario que se dé el pasaje de lo contrahegemónico del plano local al global, y el apoyo global a las experiencias locales de participación. (c) *Ampliar el experimentalismo democrático*: Es necesario que los derechos políticos constituyan instrumentos para la multiplicación de experimentos de democracia.

El experimentalismo democrático debe ir generando nuevos derechos políticos, y algunos de los derechos clásicos deben de ser reinventados, no tanto en la teoría, sino en la praxis de los sujetos

emergentes. En este contexto, los derechos políticos no se agotan en el derecho a votar y ser votado, ni en el derecho a acceder a la función pública, sino que incluye diversos derechos como el de asociación, el de reunión, el de libre expresión, a la información, la iniciativa popular, la rendición de cuentas y la realización de presupuestos participativos.

El *derecho de asociación, de reunión y a libre expresión* son derechos políticos no sólo en función de los partidos políticos, sino en relación con las actividades y las luchas de los movimientos sociales. En el mismo sentido, los *derechos de petición y a la información* adquieren una mayor importancia cuando son utilizados por movimientos sociales como parte de sus estrategias de litigio y de defensa integral de derechos humanos.

La *iniciativa popular legislativa* es el derecho de los ciudadanos de presentar a los organismos legislativos propuestas para la creación o reforma de leyes, incluyendo la reforma a la Constitución. La regulación a este derecho puede variar, como pedir algún porcentaje de ciudadanos inscritos en el padrón electoral. Además, para darle mayor fuerza a esta iniciativa, puede unirse con otras fórmulas de participación ciudadana, como en el caso de que siendo rechazada su aprobación por el órgano legislativo, ésta pueda ser llevada a plebiscito para su aprobación por parte de la ciudadanía.

La *rendición de cuentas* es la otra faceta de la democracia representativa que puede utilizarse para empoderar al pueblo en las decisiones de gobierno. Por supuesto, que esto significa que los representantes podrán ser removidos o ratificados, dependiendo de su desempeño y la fidelidad con que promovió los intereses de sus representados.

Los *presupuestos participativos* son una estructura y un proceso de participación comunitaria que se basa en tres grandes principios: (a) Todos los ciudadanos tiene el derecho de participar; (b) la participación es dirigida por una combinación de reglas de democracia directa y de democracia representativa, que se realiza por medio de instituciones cuya régimen interno es determinado por los participantes; (c) los recursos económicos son distribuidos de acuerdo con un método objetivo que se basa en criterios generales (definición de prioridades por los participantes) y de criterios técnicos (SANTOS, 2004b, p. 401).

Los movimientos sociales no son propiamente una figura jurídica reconocida en los instrumentos normativos. En todo caso, la figura

que adoptan algunos mediante Asociaciones Civiles, u Organizaciones de la Sociedad Civil, reconocidas ya en algunas legislaciones, y como Agrupaciones Política no partidarias (electoral). En cualquier caso

Los derechos políticos deben comprenderse como instrumentos para construir una democracia participativa. Se trataría de comprenderlos como instrumentos que favorezcan la deliberación pública, la interacción social, y la promoción y el respeto por los diversos tipos de pluralismo.

4 Derechos políticos, pluralismo jurídico e interculturalidad

Los derechos políticos deben ser repensados desde la composición pluralista, para ir más allá de la matriz liberal-burguesa y constituirse en instrumentos para la constitución de gobiernos participativos. Un ejemplo de esta lucha que recrea los derechos políticos es la dada por los movimientos indígenas. Éstos tienen exigencias comunes y otras que responden a las circunstancias sociales, políticas y económicas propias del estado donde se ubican. A continuación, a manera de ejemplo, comentaremos la recreación de los derechos políticos que se encuentra en la lucha realizada por el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) en México, principalmente a través de los Acuerdos de San Andrés.⁶³

Los derechos políticos de los pueblos indígenas deben fundamentarse desde la nueva relación entre los pueblos indígenas, la sociedad y el Estado. Esta relación requiere una nueva política que conlleve a una profunda reforma del Estado, la cual debe contener como características: a) La participación de los pueblos indígenas en la toma de decisiones que afecten sus vidas, y que reafirme su condición de mexicanos en pleno uso de derechos; b) el concurso de la sociedad para desterrar mentalidades y comportamientos discriminatorios; y c) el desarrollo de una cultura de la pluralidad y la tolerancia. Se trata de una demanda dirigida no sólo al Estado, sino a toda la sociedad, para que se reconozca a los pueblos indígenas, y así se construya una sociedad pluricultural. En la construcción de la nueva relación un concepto clave es la *tolerancia* y la erradicación de la *discriminación*. Los pueblos indígenas han sufrido históricamente diversas formas de discriminación, sobre todo fundamentadas en una

⁶³ Las referencias realizadas a los Acuerdos de San Andrés, están tomadas de la edición siguiente: ROSILLO, 2009.

compresión “evolucionista” de la historia: los pueblos europeos son la punta de lanza del desarrollo de la humanidad, y las demás culturas son expresión de etapas anteriores, atrasadas, que deben enfiar sus esfuerzos para llegar a integrarse a la “civilización”.

La *tolerancia* es un concepto generado dentro de la tradición liberal de Occidente, cuyos orígenes se encuentran en los conflictos religiosos de los inicios de la modernidad europea. No obstante, este uso de la “tolerancia” fácilmente se vuelve abstracto, y se utiliza de manera descontextualizada, pasando por alto la historia de cada región y las relaciones sociales impuestas por la actual etapa del capitalismo. De ahí que la idea de “tolerancia” tenga, primariamente, un sentido negativo. Tolerar significaría soportar y permitir un sistema de creencias que no es compatible con el nuestro; en este sentido, quien “tolera” restringe sus creencias. Pero, por otro lado, la tolerancia tiene una faceta positiva; ésta no se basa en la restricción que se autoimpone el tolerante, sino en el esfuerzo de reconocer las diferencias, aceptar y comprender al otro. Los Acuerdos de San Andrés comprenden la tolerancia en su faceta positiva, pero no la reducen sólo al ámbito de las creencias e ideologías, sino a todos los ámbitos de la vida. No se trata de un concepto de “tolerancia” en abstracto, sino desde unas circunstancias históricas concretas. Este llamado supone que quienes deben comprometerse a ser tolerantes han tenido históricamente la capacidad y el poder de impedir que *los otros* –los pueblos indígenas– tengan acceso a los bienes para la satisfacción de sus necesidades y el cumplimiento de sus derechos. De ahí que “tolerancia” no significa tan sólo una virtud individual de soportar o de comprender al “otro”, sino en un fundamento para edificar una sociedad plural que supere las estructuras opresoras y excluyentes contra los pueblos indígenas. Consiste en superar esas estructuras que históricamente, por más de 500 años, han mantenido relegados a los pueblos originarios. Es decir, la tolerancia es una característica de la nueva relación de la sociedad en general y el Estado con los pueblos indígenas, donde aquellos sean capaces de aceptar y comprender las visiones indígenas del mundo, del bienestar y del desarrollo. La tolerancia no es, entonces, la “llave mágica” para eliminar todo tipo de conflictos sociales, sino tan sólo un primer paso en el acceso de los pueblos indígenas al espacio público, donde ellos sean los responsables en la toma de las decisiones que influyen en su vida, y desde donde contribuyan al desarrollo del país junto con la sociedad en general y el Estado. En estrecha relación con la

tolerancia, encontramos la demanda de erradicar las prácticas discriminatorias contra los pueblos indígenas.

Hay diversos principios que deben ser tomados en cuenta para recrear los derechos políticos para que sean instrumentos de una sociedad pluricultural: integralidad, participación y libre determinación.

A. El principio de integralidad está referido a las políticas públicas del Estado. Busca evitar que las diferentes instituciones y niveles de gobierno que inciden en la vida de los pueblos indígenas se realicen fraccionadas, pues esto suele ocasionar acciones parciales que terminan sin tener efectos positivos, además de prestarse a un mal uso de los recursos públicos. En este sentido, el Estado se obliga a: a) Impulsar acciones integrales y concurrentes entre las diversas instituciones y niveles de gobierno; b) Propiciar un manejo honesto y transparente de los recursos públicos destinados para los pueblos indígenas; y c) Fomentar la participación indígena en la toma de decisiones y en la contraloría social del gasto público.

B. El principio de participación está estrechamente ligado con la superación de las visiones indigenistas y paternalistas. Se trata de fomentar la participación política de los indígenas para que sean sujetos de su propio desarrollo. Este principio, según lo establecen los Acuerdos de San Andrés, implica las siguientes obligaciones al Estado: a) Promover las capacidades de gestión y decisión de los pueblos indígenas; b) La obligación del Estado de consultar con los pueblos indígenas, las políticas, leyes, programas y acciones públicas que tengan relación con ellos; c) Asegurar la corresponsabilidad del gobierno y los pueblos indígenas en las políticas que afectan a los indígenas; d) Transformar las instituciones indigenistas y de desarrollo social de tal manera que superen las visiones desarrollistas y paternalistas para dar lugar a la auténtica participación de los indígenas; e)

Los derechos de los pueblos indígenas de participación y consulta están reconocidos en los principales instrumentos internacionales. Así, en el *Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo* encontramos las siguientes disposiciones: El artículo 5, inciso c) señala que “deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo”, el artículo 6, mencionado en una sección anterior, al hablar de la interacción con las autoridades.

Por su parte, el artículo 18 de la *Declaración de las Naciones Unidas los Derechos de los Pueblos Indígenas* establece el derecho de participación de los pueblos indígenas “en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones”. El artículo 19 reconoce el derecho a la consulta, señalando que los Estados “celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.”

C. El principio de la libre determinación implica que el Estado reconocerá un ámbito de autonomía a los pueblos indígenas. En función de diversos acontecimientos históricos, el derecho a la libre determinación ha sido interpretado unívocamente como un derecho a la secesión, es decir, a la separación de un pueblo del Estado al que pertenecen para constituir un nuevo Estado soberano e independiente. Esta interpretación provoca que muchos Estados, entre ellos el mexicano, tengan temor y prejuicios respecto a las luchas indígenas por el derecho de autodeterminación. Sin embargo, este derecho tiene otra dimensión, mucho más importante para los pueblos indígenas que el derecho de secesión: el derecho de autonomía o de autogobierno.

La *libre determinación* significa que los pueblos pueden elegir libremente su régimen político, económico, y cultural para resolver las cuestiones relacionadas con su producción de vida. Es el derecho de los pueblos a decidir su propio destino, siendo sujetos de derecho y de su propia historia. Se puede ejercer de diferentes maneras, ya sea como Estado independiente, como Estado asociado, como Provincia autónoma, o bajo un régimen de autonomía como región, municipio o comunidad. Es decir, la libre determinación se concretiza en un conjunto de derechos de autonomía o de autodeterminación.

El principio de libre determinación, según los Acuerdos, compromete al Estado a: a) Respetar las identidades, las culturas y las formas de organización social de los pueblos indígenas; b) Respetar las capacidades de los pueblos y comunidades indígenas para determinar su propio desarrollo; c) No intervenir unilateralmente en los asuntos y decisiones de los pueblos indígenas; d) No intervenir unilateralmente en las organizaciones y formas de representación de

los pueblos indígenas y; e) No intervenir unilateralmente en las estrategias de los pueblos indígenas de aprovechamiento de los recursos naturales.

En los Acuerdos de San Andrés, la libre determinación se concretiza en la autonomía, que implica, básicamente, el reconocimiento de autoridades propias, es decir, autogobiernos comunales dentro del marco del Estado nacional. La *autonomía* es la facultad de gobernarse con sus propias normas. Se trata de la posibilidad de darse la forma de gobierno interna y las maneras de organizarse política, social, económica y culturalmente. Busca definir las formas en que los pueblos indígenas pueden participar en el Estado nacional. Un marco de autonomía debe establecer los mecanismos de participación de los gobiernos indígenas en el Estado y su relación con los diferentes niveles de gobierno. Los Acuerdos contemplan los siguientes derechos de la autonomía, que en este sentido podemos considerar derechos políticos de los pueblos indígenas:

a) Derecho a las formas propias de organización: El derecho a desarrollar las formas propias de organización social, cultural, política y económica se puede considerar como el fundamento de la libre determinación, junto con el autogobierno.

b) Derecho a los sistemas normativos propios: El derecho a aplicar los propios sistemas normativos es uno de los derechos de la libre determinación más controvertidos, pues significa romper con el paradigma del “monismo jurídico” y dar pie a un paradigma de “pluralismo jurídico”. En aquél, el único Derecho existente es el creado por el Estado, mientras que en éste se reconocen otras fuentes de juridicidad. En el caso de los Acuerdos de San Andrés, la lucha es por el reconocimiento a los pueblos indígenas del “derecho a decir el Derecho”. Los sistemas normativos de las comunidades indígenas están constituidos por un conjunto de normas, instituciones y procedimientos que sirven para su integración y organización social. Se da a través de la costumbre, integrada por normas consuetudinarias, usos y tradiciones. En este sentido, se puede identificar un sistema normativo como el conjunto de normas jurídicas orales y consuetudinarias que los pueblos o comunidades indígenas asumen como válidas, obligatorias, y utilizan para regular su vida pública y resolver los conflictos.

Un nuevo derecho político de los pueblos indígenas debe ser el reconocimiento de *su capacidad de crear derecho*. Los Acuerdos de San

Andrés hacen referencia a la construcción de un “orden jurídico nutrido por la pluriculturalidad, que refleje el diálogo intercultural, con normas comunes para todos los mexicanos y respeto a los sistemas normativos internos de los pueblos indígenas”⁶⁴. Es una manera, creemos que políticamente negociada, de no referirse abiertamente a la existencia de un pluralismo jurídico en México. No obstante, al demandar el respeto a los sistemas normativos internos, como parte del orden jurídico nacional, se está haciendo un reconocimiento, aunque de manera indirecta, a la existencia de diversos sistemas jurídicos en el país pero con diversas jerarquías.

c) Derecho al acceso colectivo al uso y disfrute de los recursos naturales: Los Acuerdos de San Andrés demandan el reconocimiento del derecho al acceso “de manera colectiva al uso y disfrute de los recursos naturales, salvo aquellos cuyo dominio directo corresponda a la Nación”. Los derechos políticos deben estar también en función del cuidado de la naturaleza. El Estado se debe obligar, bajo el principio de sustentabilidad, a colaborar con los pueblos indígenas en la perduración de la naturaleza y la cultura en los territorios que ocupan. Los Acuerdos refieren la definición de territorio establecida en el Convenio 169 de la OIT, en el artículo 13.2: “La utilización del término ‘tierras’ en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.”

d) Derecho a promover su identidad y patrimonio cultural: El término “patrimonio cultural” incluye un gran acervo de tradiciones, conocimientos y expresiones culturales. La protección, preservación y promoción de distintos patrimonios culturales es la base de la “diversidad cultural”.

e) Derecho a interactuar con los niveles de gobierno: Los Acuerdos de San Andrés apuntan el derecho de los pueblos indígenas a “interactuar en los diferentes niveles de representación política, de gobierno y de administración de justicia”. En realidad, se trata de un derecho de la nueva relación entre el Estado y los pueblos indígenas, que debe realizarse en diversas facetas, en todas aquellas donde las comunidades indígenas participen activamente y sean consultadas en el diseño de políticas públicas.

g) Derecho a la coordinación con otros pueblos y

⁶⁴ Véase el punto 39.

comunidades: Es la facultad de los pueblos, comunidades indígenas y de los municipios con población indígena de establecer acuerdos para coordinar las acciones con la finalidad de optimizar recursos, impulsar proyectos de desarrollo regionales, intercambiar conocimientos, y en general promover y defender sus intereses. Este derecho es reconocido por instrumentos internacionales, no sólo para ser ejercido entre pueblos indígenas dentro de las fronteras de una nación, sino también entre pueblos ubicados en distintos países. Si tomamos en cuenta que tanto las fronteras internacionales, como las divisiones políticas de los países se realizaron históricamente sin tomar en cuenta la distribución geográfica de los pueblos indígenas que habitaban en esos territorios, el derecho de asociación y coordinación entre comunidades y pueblos cobra gran importancia para la conservación del patrimonio cultural y para el autodesarrollo. Las asociaciones y coordinaciones que los pueblos y comunidades puedan realizar entre sí, tendrán mayor coherencia para establecer proyectos de desarrollo integral que si se ubicaran dentro de las divisiones políticas tradicionales.

h) Derecho a designar a sus autoridades y representantes: Los Acuerdos de San Andrés establecen, como parte del derecho de autogobierno, el derecho a “designar libremente a sus representantes, tanto comunitarios como en los órganos de gobierno municipal, y a sus autoridades como pueblos indígenas, de conformidad con las instituciones y tradiciones propias de cada pueblo”. Se trata de establecer dos supuestos diferentes: por un lado, el derecho de elegir a sus representantes tanto de la comunidad como en los órganos de gobierno municipal; y, por otro, elegir según sus instituciones y tradiciones a las autoridades como pueblos indígenas. Además, los Acuerdos exigen que el Estado garantice la organización de los procesos de elección o de nombramiento de las autoridades del ámbito interno de los pueblos o comunidades indígenas⁶⁵, y que se reconozcan las figuras del sistema de cargos y otras formas de organización, métodos de designación y la toma de decisiones en asamblea o consulta popular.⁶⁶

i) Derecho a promover sus culturas y lenguas: El último derecho que enumera esta sección de los Acuerdos de San Andrés se refiere, de nuevo, a la promoción de algunos elementos del

⁶⁵ Véase punto 111.

⁶⁶ Véase punto 112.

patrimonio cultural, en los siguientes términos: “promover y desarrollar sus lenguas y culturas, así como sus costumbres y tradiciones tanto políticas como sociales, económicas, religiosas y culturales”. Dejando para otros apartados los demás componentes culturales, abordaremos en este punto el “derecho a la propia lengua”.

5 Conclusiones

Los derechos políticos como derechos humanos pensados desde el marco jurídico internacional tienen limitaciones claras, pues en general responden a una democracia liberal de tipo representativa. No obstante, desde las experiencias de los movimientos sociales, entre ellos los pueblos indígenas, pueden ser la base para una estrategia jurídica que, desde la libre determinación de los pueblos, se promueva una democracia participativa. Una democracia que signifique no sólo una forma de control de poder, sino una nueva estructura de relaciones sociales, que supere las dicotomías modernas entre lo público y lo privado, y potencializando otras lógicas de organización política.

Referências

**CARTA AFRICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS Y DE
LOS PUEBLOS.** Disponible en:

<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1297.pdf>

Acesso em 13,09,2020

**CONVENCIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS
HUMANOS.** Disponible en:

https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm#:~:text=Toda%20persona%20tiene%20derecho%20a%20que%20se%20respete%20su%20integridad,dignidad%20inherente%20al%20ser%20humano.

**CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso
Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo,
Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C
No. 127.**

**DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio. El derecho como arma de
liberación en América Latina.** Sociología jurídica y uso alternativo
del derecho. San Luis Potosí: UASLP-CEDH-CENEJUS, 2006.

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS

- HUMANOS.** Disponible en: <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/#:~:text=LA%20ASAMBLEA%20GENERAL%20proclama%20la,educaci%C3%B3n%2C%20el%20respeto%20a%20estos>
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. **La Corte Interamericana de Derechos Humanos.** México: Porrúa, 2007.
- PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS.** Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>
- ROSilLO MARTÍNEZ, Alejandro y DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio, **Acuerdos de San Andrés. Texto, estudio introductorio, comentarios y referencias.** San Luis Potosí: UASLP-CEDH-CRT-CENEJUS, 2009.
- SANTOS, Boaventura de Sousa, Introducción: Para ampliar el canon democrático en Boaventura de Sousa Santos (Coord.). **Democratizar la democracia.** Los caminos de la democracia participativa. México: FCE, 2004a.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Presupuesto participativo en Porto Alegre: Para una democracia redistributiva en **Democratizar la democracia.** Los caminos de la democracia participativa, México: FCE, 2004b.