

# Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica

Anuário do Programa de Pós-  
Graduação em Direito da  
Unisinos

Mestrado e Doutorado  
Nº 16

Fernanda Frizzo Bragato  
Lenio Luiz Streck  
Leonel Severo Rocha  
Orgs.

**DIREITO**  
Mestrado e  
Doutorado

ESCOLA  
de Direito

  
UNISINOS



 **CNPq**  
Conselho Nacional de Desenvolvimento  
Científico e Tecnológico



Fernanda Frizzo Bragato Bragato  
Lenio Luiz Streck  
Leonel Severo Rocha  
(Orgs.)

## **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**

Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos

Mestrado e Doutorado  
n. 16  
Dossiê Temático: Covid-19 e o Direito



2020

Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito  
UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS

Reitor: Marcelo Fernandes de Aquino  
Vice-Reitor: Pedro Gilberto Gomes

Diretora da Unidade Acadêmica de Pesquisa e Pós-Graduação  
Dorotea Frank Kersch

Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito  
Prof. Dra. Fernanda Frizzo Bragato

Corpo Docente PPG Direito

Anderson Vichinkeski Teixeira, André Luiz Olivier da Silva, Clarissa Tassinari, Darci Guimarães Ribeiro, Délton Winter de Carvalho, Fernanda Frizzo Bragato, Gabriel de Jesus Tedesco Wedy, Gerson Neves Pinto, Jânia Maria Lopes Saldanha, José Rodrigo Rodriguez, Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha, Luciane Klein Vieira, Marciano Buffon, Miguel Tedesco Wedy, Raquel Von Hohendorff, Roger Raupp Rios, Têmis Limberger, Vicente de Paulo Barretto, Wilson Engelmann

\* Os textos que seguem são resultados parciais dos projetos de pesquisa desenvolvidos pelos autores durante os últimos 12 meses, no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito, da UNISINOS.

C758 Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. [ebook] Nº 16 / Orgs. Fernanda Frizzo Bragato, Lenio Luiz Streck e Leonel Severo Rocha. São Leopoldo: Karywa, Unisinos, 2020.

338p. : il.

ISBN: 978-65-86795-03-5

1. Teoria do Direito; 2. Pandemia; 3. Laicidade; 4. Direitos Humanos; I. Fernanda Frizzo Bragato; II. Lenio Luiz Streck; III. Leonel Severo Rocha.

CDD 340

© Dos autores – 2020  
© Editora Karywa – 2020  
Rua Serafim Vargas, 66  
São Leopoldo – RS  
CEP: 93030-210  
[editorakarywa@gmail.com](mailto:editorakarywa@gmail.com)  
<https://editorakarywa.wordpress.com>

### Conselho Editorial

Dra. Adriana Schmidt Dias (UFRGS – Brasil)  
Dra. Claudete Beise Ulrich (Faculdade Unida – Brasil)  
Dr. Cristóbal Gnecco (Universidad del Cauca – Colômbia)  
Dra. Delia Dutra da Silveira (UDELAR, CENUR, L.N. – Uruguai)  
Dr. Eduardo Santos Neumann (UFRGS – Brasil)  
Dra. Eli Bartra (UAM-Xochimilco – México)  
Dr. Moisés Villamil Balestro (UNB – Brasil)  
Dr. Raúl Fornet-Betancourt (Aachen – Alemanha)  
Dr. Rodrigo Piquet Saboia de Mello (Museu do Índio – Brasil)  
Dra. Tanya Angulo Alemán (Universidad de Valencia – Espanha)  
Dra. Yisel Rivero Báxter (Universidad de la Habana – Cuba)



## SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	7
<i>Fernanda Frizzo Bragato</i>	

### **DOSSIÊ TEMÁTICO: COVID-19 E O DIREITO**

ENTRE NORMALIDADE E EXCEÇÃO CONSTITUCIONAL NAS MEDIDAS DE COMBATE À PANDEMIA DE COVID-19 EM BRASIL E NA FRANÇA .....	17
<i>Anderson Vichinkeski Teixeira</i>	

A PANDEMIA DE COVID-19 E OS IMPASSES DA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA NO ACESSO À SAÚDE: ENTRE CRITÉRIOS UTILITÁRIOS E A IGUALDADE DE OPORTUNIDADES.....	29
<i>André Luiz Olivier da Silva</i>	

REFLEXOS DAS INSUFICIÊNCIAS DEMOCRÁTICAS NO BRASIL: POPULISMO E ATIVISMO JUDICIAL .....	51
<i>Clarissa Tassinari</i>	

A NATUREZA JURÍDICA DA PANDEMIA COVID-19 COMO UM DESASTRE BIOLÓGICO.....	67
<i>Délton Winter de Carvalho</i>	

COVID 19: ALGUMAS IMPLICAÇÕES NA BIOÉTICA.....	89
<i>Gerson Neves Pinto</i>	

OS IMPACTOS DA COVID-19 NA LIVRE CIRCULAÇÃO DE PESSOAS: O CASO DO MERCOSUL .....	97
<i>Luciane Klein Vieira</i>	

TRIBUTAÇÃO E RENDA BÁSICA: COMO MINIMIZAR ALGUNS EFEITOS DA PANDEMIA.....	119
<i>Marciano Buffon</i>	

A PANDEMIA DE COVID-19: A NECESSÁRIA TRANSDISCIPLINARIDADE E A IMPROBABILIDADE DE COMUNICAÇÃO INTERSISTÊMICA.....	137
<i>Raquel Von Hohendorff</i>	

A POTENCIALIZAÇÃO DA UTILIZAÇÃO DO USO DA INTERNET PELA COVID-19: A NECESSIDADE DE UMA AGÊNCIA ADMINISTRATIVA INDEPENDENTE PARA PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS.....	155
<i>Têmis Limberger</i>	

A PANDEMIA GLOBAL GERADA PELO NOVO CORONAVÍRUS, NANOTECNOLOGIAS E A “METAMORFOSE DO MUNDO” (BECK).....	169
<i>Wilson Engelmann</i>	

### ARTIGOS DIVERSOS

ASPECTOS PROPEDÊUTICOS DO ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL... 191	
<i>Darci Guimarães Ribeiro</i>	
O LIBERALISMO POLÍTICO NA CONCEPÇÃO DE JOHN RAWLS E AS LIÇÕES PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NO ÂMBITO DO ESTADO SOCIOAMBIENTAL DE DIREITO.....	205
<i>Gabriel Wedy</i>	
COSMOPOLITISMO INSTITUCIONAL: UM ANTI-DIÓGENES? .....	229
<i>Jânia Saldanha</i>	
MULTINORMATIVIDADE COMO TEORIA DO DIREITO: PARA UM UNIVERSALISMO SENSÍVEL .....	251
<i>José Rodrigo Rodriguez</i>	
RACIONALIDADE E DIFERENCIAÇÃO NA SOCIOLOGIA DE NIKLAS LUHMANN .....	277
<i>Leonel Severo Rocha</i>	
A AUTONOMIA DO DIREITO E(M) CRISE E SEUS REFLEXOS EM PAÍSES DE MODERNIDADE TARDIA .....	287
<i>Lenio Luiz Streck</i>	
A BUSCA DE UMA SOLUÇÃO JUSTA E DA PAZ COMO FINALIDADES DE UM DIREITO PENAL EFICIENTE.....	301
<i>Miguel Tedesco Wedy</i>	
A LAICIDADE E OS DESAFIOS À DEMOCRACIA NO BRASIL: NEUTRALIDADE E A PLURICONFESSIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	309
<i>Roger Raupp Rios</i>	
UMA APORIA DO SÉCULO XXI: LIBERDADE RELIGIOSA E OS DIREITOS HUMANOS .....	325
<i>Vicente de Paulo Barretto</i>	

## APRESENTAÇÃO

*Fernanda Frizzo Bragato\**

---

O surgimento do Sars-Cov-2, um novo coronavírus com alta capacidade de transmissão entre humanos e causador de uma doença – COVID-19 – sem remédio eficaz para seu tratamento, nem vacina para sua prevenção<sup>1</sup>, elevado à categoria de pandemia pela Organização Mundial da Saúde em 11/03/2020<sup>2</sup>, assolou o mundo e transformou radicalmente a rotina e o modo de vida em todos os cantos do planeta, neste ano de 2020. A taxa de mortalidade da doença – ainda não definitivamente determinada – é mais alta entre idosos e pessoas com comorbidades, mas ela atinge também pessoas mais jovens (KOFF; WILLIAMS, 2020; WHO, 14 April 2020). A OMS estima que cerca de 40% dos casos apresentarão doença leve, 40% sofrerão doença moderada, incluindo pneumonia, 15% dos casos sofrerão doença grave e 5% dos casos serão críticos (WHO, 14 April 2020). Os cientistas ainda não conhecem as razões pelas quais o vírus apresenta esse comportamento: ausência de sintomas em algumas pessoas e quadros graves e mortalidade em outros<sup>3</sup>. De acordo com a OMS, até 12 de junho de 2020, haviam sido reportados à

---

\* Pesquisadora Produtividade em Pesquisa CNPq. Graduação em Direito – UFRGS; Mestrado e Doutorado em Direito – UNISINÓS (com período Sanduíche no Birkbeck College da Universidade de Londres); Pós-doutorado no Birkbeck College da Universidade de Londres. Professora e Coordenadora do Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINÓS.

1. Ver: KOFF, Wayne C.; WILLIAMS, Michelle A. Covid-19 and Immunity in Aging Populations – A New Research Agenda. *The New England Journal of Medicine*. Disponível em: Disponível em: <https://www.nejm.org>. Acesso em: 17/04/2020. Ver também: WHO. *Covid-19 strategy update*. 14 April 2020. Disponível em: <https://www.who.int>. Acesso em: 18/04/2020.

2. WHO. *WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19*. 11 March 2020. Disponível em: <https://www.who.int>. Acesso em: 18/04/2020.

3. THE NEW YORK TIMES. *Why Epidemiologists Still Don't Know the Death Rate for Covid-19*. April 17, 2020. Disponível em: <https://www.nytimes.com>. Acesso em: 18/04/2020.

organização 7.410.510 casos de COVID-19 confirmados, incluindo mais de 418 mil mortes<sup>4</sup> (WHO, 12 June 2020).

No Brasil, o Ministério da Saúde (MS) declarou, em 03/02/2020, “Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV)”<sup>5</sup> e, em 20/03/2020, “estado de transmissão comunitária do coronavírus em todo território nacional”<sup>6</sup>. A Lei nº 13.979 foi promulgada em 06/02/2020, para dispor sobre as “medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019”<sup>7</sup>. Na data em que esta apresentação está sendo escrita, 12 de junho de 2020, nosso país é o segundo lugar em casos (mais de 700 mil) e o terceiro em mortes (em torno de 40 mil), mas prestes a assumir o segundo lugar (WHO, 12 June 2020).

Para controlar e conter a pandemia, a OMS preconiza uma série de medidas. Estas medidas dependem do contexto de cada país e envolvem a atuação de indivíduos, comunidade, Estados (governos) e empresas privadas. Em relação aos Estados, a OMS diz que a resposta ideal seria o diagnóstico preciso, isolamento e cuidado de todos os casos da doença, incluindo os leves ou moderados, com o objetivo de reduzir a velocidade da transmissão e proteger os sistemas de saúde. O objetivo principal é “que todos os países controlem a pandemia, retardando a transmissão e reduzindo a mortalidade associada ao COVID-19” (WHO, 14 April 2020).

Como a transmissão do vírus é muito rápida, em caso de doença grave, o tratamento é demorado e difícil, e a probabilidade de os sistemas de saúde ficarem saturados é alta, medidas de distanciamento social e restrições de movimento (WHO, 14 April 2020) têm sido a resposta mais adotada pelos Estados ao redor do mundo. No entanto, a OMS adverte que “essas medidas podem ter um impacto negativo profundo”, e que elas “afetam desproporcionalmente gru-

---

4. WHO. 12 June 2020. Disponível em: <https://covid19.who.int>. Acesso em: 12/06/2020.

5. BRASIL. Portaria Nº 188, de 03/02/2020. Disponível <http://www.in.gov.br>. Acesso em: 18/04/2020.

6. BRASIL. Portaria Nº 454, de 20/03/2020. Disponível em: <http://www.in.gov.br>. Acesso em: 18/04/2020.

7. BRASIL. Lei nº 13.979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 18/04/2020.

pos desfavorecidos, incluindo pessoas em situação de pobreza, migrantes, deslocados internos e refugiados, que costumam viver em locais superlotados e com poucos recursos, e dependem do trabalho diário para subsistência”. Mesmo assim, “o levantamento prematuro das medidas de distanciamento físico provavelmente levará a um ressurgimento descontrolado da transmissão do COVID-19 e a uma segunda onda ampliada de casos”, caso os Estados não adotem “um planejamento cuidadoso na ausência de capacidades ampliadas de saúde pública e de atendimento clínico” (WHO, 14 April 2020).

As medidas de distanciamento social, que nos obrigaram a limitar os contatos físicos e, em muitos casos, ao confinamento doméstico e ao trabalho e estudos remotos, quando não a perda do trabalho e da fonte de renda, têm impactado, de forma indelével e sem precedentes, as nossas vidas. Passamos a conviver diariamente com níveis altíssimos de risco e incerteza sobre o futuro próximo e com restrições aos nossos direitos que elevam nossa ansiedade e desafiam nossa capacidade de superar adversidades. A tecnologia invadiu nossas casas, nosso modo de trabalhar e se tornou, praticamente, a única ponte para mantermos nossos afetos. O aumento dos conflitos e das privações de direitos já são uma realidade durante essa pandemia e parecem ser uma consequência inafastável no cenário pós-pandêmico. Sociedades em que condições econômicas, sociais, políticas e culturais que já apontavam para cenários de desigualdade, instabilidade e ausência de solidariedade e coesão social estão sendo severamente afetadas e talvez demorem mais para superar os efeitos dessa pandemia. O Brasil pode ser um caso.

Não são poucos, portanto, os desafios ético-legais que a pandemia de COVID-19 nos apresenta. Mas tão importantes quanto os desafios, talvez sejam as lições que aprenderemos. Só o tempo nos dirá.

Atento à dimensão dos conflitos, dos desafios e da necessidade de construção de respostas ético-jurídicas adequadas, este Programa de Pós-graduação em Direito apresenta, neste ano de 2020, a 16ª edição de seu Anuário em formato inédito, contemplando um dossiê temático sobre a “COVID-19 e o Direito”, além da seção geral de artigos que tradicionalmente o compõem, todos escritos pelo seu corpo docente. Os textos que compõem o dossiê temático foram elaborados à luz dos projetos de pesquisa e dos referenciais teóricos dos respectivos autores. Não se trata de uma descontinuidade no

desenvolvimento dos projetos de pesquisa, mas de aplicação dos conhecimentos e das perspectivas teóricas há tempos refletidos e discutidos para analisar um problema complexo e que demanda respostas competentes de quem está à frente da pesquisa em direito no país.

O PPGD da Unisinos tem uma peculiaridade que o tornou um dos principais programas de pós-graduação na área do Direito: a sua interdisciplinariedade, o que faz com que, a partir de matrizes teóricas reflexivas, os mais variados temas possam ser pesquisados. Nesse sentido, o Programa não é disciplinar. Todos os grandes temas podem ser pesquisados, incluindo a pandemia de COVID-19. Nesse sentido, o PPGD caracteriza-se por realizar pesquisas que trazem o que há de mais sofisticado na Hermenêutica, na Teoria dos Sistemas, na Teoria do Direito e do Estado, nas Relações Internacionais, no Direito Internacional, em Direitos Humanos, em Políticas Criminais, em Teorias Descoloniais e nos chamados novos direitos e por realizar uma forte crítica à dogmática jurídica como única fonte de solução de conflitos, fazendo uma aproximação entre o Direito, a Sociologia e a Filosofia. O nível de aprofundamento e reflexão jurídica se diferencia de qualquer outra forma de estudar o Direito e as suas interfaces com as transformações sociais e o surgimento de novos direitos provoca uma necessária abertura transdisciplinar com as mais variadas áreas do conhecimento.

Assim, dentro do dossiê temático, podemos observar que cada professor enquadrou a pandemia de COVID-19 como um problema relevante dentro de suas pesquisas e procurou, a partir delas, oferecer diagnósticos mais claros da situação ou proposições para que os sistemas político e de justiça possam responder mais eficazmente aos conflitos surgidos e que surgirão desse contexto.

Prof. Anderson Vichinkeski Teixeira destaca, em seu texto, a situação de excepcionalidade gerada pela pandemia e analisa as respostas dadas pelo Estado Brasileiro e Francês à luz do direito constitucional. Prof. André Luiz Olivier da Silva analisa o acesso à saúde como um problema de justiça distributiva e problematiza as implicações da utilização de dois critérios que têm desafiado governos, sobretudo quando se está diante da saturação dos sistemas de saúde. Profa. Clarissa Tassinari destaca que situações como a de uma pandemia, cujo enfrentamento exige uma série de medidas emergenciais, colocam à prova a importância das instituições em

um regime democrático, desafiando a resistência constitucional das instituições, mesmo em momentos de crise. Prof. Délton Winter de Carvalho, também na esteira de suas pesquisas sobre direito dos desastres, propõe o enquadramento da COVID-19 como desastre biológico e, a partir disso, apresenta uma série de critérios jurídicos para o seu enfrentamento. Prof. Gerson Neves Pinto explora as dimensões bioéticas da pandemia, na medida em que não apenas a ciência está (ou deveria estar) no centro da tomada de decisões sobre políticas públicas, mas também porque a tecnologia invadiu nossa vida privada. Profa. Luciane Klein Vieira analisa se o fechamento das fronteiras entre Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai está de acordo com o Direito do MERCOSUL, em especial, com a determinação constante no Tratado de Assunção que estabelece que a constituição de um mercado comum implica, entre outras coisas, na livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre os países. Prof. Marciano Buffon analisa o papel central da chamada renda básica para enfrentar os impactos presentes e futuros da pandemia, dados os efeitos devastadores do isolamento social e das incertezas sobre a economia global e, especialmente, sobre os mais vulneráveis. Profa. Raquel Von Hohendorff propõe a transdisciplinaridade como elemento chave para a atuação dos diferentes sistemas sociais frente à pandemia do COVID-19, especialmente os sistemas da ciência e da política, e mostra como as improbabilidades comunicativas entre eles convertem-se em impedimento para a concretização dos objetivos do desenvolvimento sustentável. Profa. Têmis Limberger destaca que a pandemia trouxe como uma de suas consequências mais diretas o incremento da utilização do uso da internet e alerta para a necessidade de uma agência administrativa independente para proteção de dados pessoais. Por fim, Prof. Wilson Engelmann analisa como as tecnologias e o conhecimento científico inserido nas estruturas da Quarta Revolução Industrial poderão auxiliar no enfrentamento da pandemia global, seus efeitos presentes e futuros, respeitando os Direitos (dos) Humanos.

Na seção “Artigos”, Prof. Darci Guimarães Ribeiro analisa as principais características advindas da nova codificação processual civil brasileira, que emerge em 2015 com o objetivo de resolver adequadamente os conflitos individuais e encurtar o tempo dos processos. Prof. Gabriel Wedy propõe que os princípios políticos apriorísticos de Rawls podem contribuir, como norte, para que o Estado Socioambiental de Direito cumpra a sua finalidade de atendimento

do interesse público. Profa. Jânia Maria Lopes Saldanha apresenta, em seu artigo, o cosmopolitismo institucional a expressão mais avançada do cosmopolitismo porque ele está aberto não apenas a que os padrões de democracia conhecidos e experimentados nas esferas nacionais seja transposto para a esfera mundial, mas ele contribui para que seja desenvolvida uma ótica propriamente cosmopolita, diferente do direito nacional e do direito internacional. Prof. José Rodrigo Rodriguez apresenta, em seu texto, seu novo projeto de pesquisa “*Multinormatividade* como Teoria Do Direito. Para um Universalismo Sensível”, que pretende desenvolver uma visão de racionalidade jurisdicional levando em conta as decisões sobre conflitos entre ordens normativas. Para isso, o autor apresenta conceitos centrais de sua pesquisa e propõe aportes teóricos que vão além do debate teórico contemporâneo, que gira ao redor Kelsen, Hart e Dworkin, e que se consubstanciam nas pesquisas de autores como Robert Cover, Brian Tamanaha, Paul Schiff Berman e Klaus Günther. Prof. Leonel Severo Rocha assevera, em seu texto, que, com a crise sistêmica do capitalismo, a complexidade vive um momento grandioso (catastrófico para alguns) no qual pareceria que o caos é o único horizonte e a única solução conhecida para os juristas seria a construção de uma nova dogmática para o judiciário. Prof. Leonel avança propondo a ideia de um Constitucionalismo social global como forma de se encaminhar um novo pacto social e ajudar nos processos de resiliência, que a nova autopoiese vai exigir. Em seu texto, Prof. Lenio Luiz Streck parte do pressuposto de que a crise do Direito – marcada por decisionismos, discricionariedade e ativismos de toda sorte – não é um fenômeno recente e que a sua superação ainda depende da substituição do velho modelo de Direito, de traço liberal, individualista e normativista, pelo *novum* modelo, forjado a partir do Estado Democrático de Direito. Prof. Miguel Tedesco Wedy detalha, em seu artigo, as finalidades de justiça e de paz que são parte integrante da ideia onto-antropológica em matéria penal, ao lado do fundamento (a relação onto-antropológica de cuidado de perigo) e da função (a proteção dos bens jurídicos com relevância jurídico penal, apenas quando sofrem ataques de maior impactação), pressupondo que o equilíbrio entre os três vetores será responsável por estabelecer um direito penal eficiente. Prof. Roger Rapp Rios discute a crescente interpenetração entre religiões e vida política estatal brasileira à luz do modelo de laicidade presente na Constituição de 1988. Finalmente, Prof. Vicente de Paulo Barretto,

também analisando a relação entre Direito e religião, procura lançar luzes sobre a ideia de liberdade religiosa como um direito humano.

Cada texto que compõe esse Anuário é a contribuição madura e qualificada de um Programa em que a pesquisa é conduzida de forma crítica e conectada com os principais problemas e conflitos sociais aos quais o Direito é chamado a reagir.



# **Dossiê Temático: Covid-19 e o Direito**



# ENTRE NORMALIDADE E EXCEÇÃO CONSTITUCIONAL NAS MEDIDAS DE COMBATE À PANDEMIA DE COVID-19 EM BRASIL E NA FRANÇA

*Anderson Vichinkeski Teixeira\**

---

## Considerações iniciais

A pandemia de Covid-19 trouxe aos diversos campos do saber uma série de dificuldades. No âmbito jurídico as dificuldades perpassam as mais variadas áreas. No projeto de pesquisa intitulado “constitucionalismo transnacional”, vinculado ao PPGD/UNISINOS, que se insere no grupo de pesquisa “Direito Constitucional Comparado”, estudamos os diversos processos políticos, econômicos, sociais e culturais que corroboram para a formação do fenômeno denominado constitucionalismo ocidental. As situações de exceção constitucional costumam ser abordadas no plano meramente teórico, na condição de “exemplos acadêmicos”, pois se verificam, em geral, quando tratamos de regimes autoritários ou quando da troca de regime por meio de revoluções. Porém, a atual pandemia e as medidas sanitárias adotadas pelos governos para o seu enfrentamento tornaram a discussão acerca dos limites de tais medidas de exceção.

Em suma, desde de o início da crise, há um questionamento que tem sido posto em diversos países: quais os limites do poder público em estabelecer limitações aos direitos fundamentais dos seus cidadãos? Quem, e sob quais circunstâncias jurídico-constitucionais, teria competência para emitir os atos normativos que, por

---

\* Doutor em Teoria e História do Direito pela Università degli Studi di Firenze (IT), com estágio de pesquisa doutoral junto à Faculdade de Filosofia da Université Paris Descartes-Sorbonne. Pós-Doutor em Direito Constitucional pela mesma Universidade. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Membro internacional do Colegiado de Docentes do Doutorado em Direito da Università degli Studi di Firenze (IT). Professor visitante do Instituto de Ciências Jurídicas e Filosóficas da Sorbonne. Membro Permanente da Association Française de Droit Constitutionnel. Advogado e consultor jurídico.

exemplo, determinam o isolamento social das pessoas ou a suspensão temporária de atividades empresariais?

Furtando-nos de uma extensa revisão de literatura sobre o tema normalidade e exceção no direito constitucional, estruturamos nossa tentativa de enfrentamento aos questionamentos acima recuperados com a seguinte proposta: primeiramente, recordar os conceitos político-filosóficos elementares que fundamentaram as previsões constitucionais de “normalização da exceção” a partir do pensamento de Carl Schmitt; em seguida, a recente legislação francesa que instituiu, em 23 de março de 2020, o inédito “estado de emergência sanitária” será analisada a partir do quadro teórico-normativo daquele país; um terceiro e último item será destinado ao exame de como o Brasil está enfrentando, do ponto de vista normativo, a questão do Covid-19, sobretudo com a legitimação, por parte do Supremo Tribunal Federal, de decretos e atos normativos oriundos de autoridades legislativas e executivas dos Estados e Municípios.

Por fim, nas conclusões tentaremos introduzir a hipótese de que, embora tenham quadros constitucionais com esquemas relativamente próximos para a adoção de medidas de exceção, há um espaço de autonomia política que concede, exclusivamente, à esfera política o arbítrio de definir quais poderes serão os mais adequados para uma abordagem pragmática, técnica e científica da matéria em objeto, isto é, um problema sanitário de proporções globais. Tal esfera de autonomia da política nada mais seria do que a clássica tentativa de “normalizar a exceção” prevista por Schmitt.

### **Normalidade e exceção no pensamento político-constitucional de Carl Schmitt**

Por mais que nosso enfoque central seja dogmático-constitucional em relação às legislações de Brasil e França no tratamento dos problemas da Covid-19, é fundamental estabelecer bases epistemológicas claras que nortearão inclusive as hipóteses que tentaremos sustentar ao final desta breve pesquisa. Assim, a compreensão de Carl Schmitt sobre uma relação altamente atual, isto é, normalidade e exceção, ganha significativa importância. Notoriamente foi Schmitt um dos constitucionalistas que maior atenção dedicou ao tema

em objeto, seja como aluno durante a Faculdade de Direito, quando estudava autores que tentaram justificar as origens do poder político do Estado moderno, como Jean Bodin e Thomas Hobbes, seja em sua tese doutoral ou em tese de livre-docência. Nessas obras iniciais Schmitt buscava expor os conceitos políticos que chamava de “teológicos”, pois sustentava que teria sido uma “teologia secular” que, desde o século XVI, erigiu as bases do Estado moderno em oposição a qualquer outra forma de poder existente, sobretudo o poder da Igreja.

A origem etimológica da palavra “normalidade” vem do latim *normalis*, isto é, algo que segue uma regra, uma norma. Na antiguidade romana *normalis* seria uma espécie de régua de carpinteiro, um esquadro. No entanto, a própria origem etimológica da palavra latina *normalis* remonta a um conceito em sua essência jurídico e que deriva do grego *nomos*. Antes disso, na literatura antiga grega, em especial nos textos de Sófocles, Platão e Aristóteles, o *nomos* seria também uma régua, porém bem mais flexível e capaz de medir as formas de coisas dispostas em um terreno montanhoso. Teria sido tal régua inventada na Ilha de Lesbos para medir seu terreno montanhoso e muito rochoso. Do conceito de *nomos* o pensamento ocidental constituiu não apenas o conceito jurídico de norma: a ideia de “normalidade”, no senso comum, está ontologicamente assentada naquela antiga definição de “seguir uma norma”. Já para Carl Schmitt, no ano de 1919, fora esse pano de fundo que o influenciou ao tratar de um fenômeno que denominou de *Romantismo político* (inclusive o título da obra era esse): a tentativa da política, por meio do Estado moderno, de atribuir normalidade a todas as condutas humanas. Algumas perguntas eram inquietantes a ele: qual o espaço para o irracional? Para o arbitrário? Para um ditador que simplesmente impõe sua vontade pela força? Seria em duas obras – *A ditadura* (1921) e *Teologia política* (1921) – que Schmitt tentaria responder a tais questões. A obra *Teologia política* foi tão impactante porque é uma espécie de ponto de chegada do pensamento schmittiano sobre como o Estado moderno substituiu a função da religião no coração da política; sobre como o Deus onipotente agora teria o próprio Estado se tornando onipotente! Assim, competiria ao Estado definir o que seria a normalidade.

Mas onde entraria a exceção? Schmitt emprega uma metáfora de difícil compreensão para aqueles que não são muito próximos

das suas obras, mas que pode ser aqui recuperada de modo pontual: o estado de exceção estaria para o Estado moderno assim como o milagre está para a teologia<sup>1</sup>. O milagre seria uma forma de corrigir os atos humanos que violam as leis da natureza. Logo, a exceção seria um modo de corrigir a política do Estado quando ela não funciona com base na própria normalidade que institui. Não seria isso uma perigosa supervalorização da capacidade humana de se autoguiar e transcender da normalidade para a exceção? Schmitt não estaria concebendo um remédio demasiadamente amargo contra as insuficiências do próprio Estado? Diversas vezes ele se dizia um mero intérprete do fenômeno político, pois a essência do humano é, ao longo da história, o existir político, seja na normalidade ou na exceção. Recorde-se que a antiguidade grega o *nomos* era o que separava a civilidade da barbárie, da anomia, da ausência de qualquer padrão de conduta aceito por todos.

Exatamente por ter tanta convicção na política e na capacidade humana de se ordenar que ele entendia que mesmo na exceção existiria um soberano. Na normalidade, este seria o Estado. Mas quem seria o soberano no estado de exceção? A resposta está sintetizada naquela que talvez seja sua frase mais conhecida: “Soberano é quem decide em estado de exceção” (SCHMITT, 1972, p. 33).

Ocorre que o seu conceito político-jurídico de soberania encontra-se intimamente vinculado à noção de poder (comando máximo) em uma sociedade política, resultando em um conceito de soberania que lhe é peculiar e, até mesmo, reducionista. Para compreender uma tal noção de exceção sem entendê-la como uma categoria conceitual que simplesmente legitimaria o arbítrio de alguém que se revolta contra uma lei injusta do Estado, torna-se importante recordar duas questões fulcrais no pensamento de Schmitt sobre a exceção: a superação do paradigma territorialista e a existência do inimigo.

A primeira questão estava em consonância com tendência presente em todas demais ciências e esferas da vida humana: a superação do paradigma territorialista da soberania estatal. Ele dizia não ser exagerado afirmar que todas as esferas e âmbitos da vida, em todas as ciências e formas de ser, conduziram à produção de um

---

1. Utilizo-me aqui da coletânea que inclui o texto de 1922, ver Schmitt (1972, p. 61-62).

novo conceito de espaço, de modo que “As grandes modificações da imagem geográfica da terra foram apenas um aspecto exterior da profunda transformação indicada com o termo, tão rico de consequências, de ‘revolução espacial’” (SCHMITT, 1986, p. 63, tradução livre).

Já a segunda questão envolve um clássico conceito schmittiano: o inimigo político. Schmitt (2005, p. 119, tradução livre) que o inimigo “não é algo que se deva eliminar por qualquer motivo, ou que se deva exterminar pelo seu desvalor. O inimigo se situa no mesmo plano que eu. Por esta razão devo me confrontar com ele: para adquirir a minha medida, o meu limite”. O “inimigo absoluto” era, para Schmitt (2005, p. 131), algo a sempre ser evitado devido à impossibilidade de busca pela paz que tal absolutização causaria, pois, uma vez encerrada a guerra, uma mínima adesão a princípios do outrora inimigo será passo fundamental para a construção de uma nova ordem política. Mesmo quando em estado de exceção, o inimigo seria uma medida para a correta delimitação do poder soberano.

Com esses dois conceitos Schmitt tenta dar fechamento ao que seria o estado de exceção: por um lado, seria um modo de ir além dos confins do Estado, dos seus limites geográficos, possibilitando enfrentar qualquer ameaça externa; por outro lado, teria na existência concreta do inimigo as medidas capazes de definir, igualmente em concreto, o poder político de quem é o soberano. Em poucas palavras, a normalidade seria o domínio da política por meio do Direito; a exceção seria o domínio da política por meio da força.

### **O novo “estado de emergência sanitária” na França e suas implicações constitucionais**

Em 23 de março de 2020, o Parlamento da França aprovou a Lei n. 290 que instituiu e disciplinou uma figura até então inédita naquele país: o “estado de emergência sanitária” (*état d’urgence sanitaire*). Trata-se, de fato, de uma legislação com grande amplitude temática, tendo em vista que abordou questões de ordem econômica e também eleitoral, sobretudo no sentido de postergar (art. 19) a data do segundo turno das eleições municipais para, no máximo, junho de 2020, já que estava previsto para ocorrer em 22 de março deste ano.

Todavia, o ponto central é que o governo Macron vinha adotando uma série de medidas (decretos do Executivo) para combater a pandemia do coronavírus, mas cuja legitimidade constitucional estava sendo cada vez mais questionada, uma vez que, mediante decretos, o governo – recorde-se que a França é um Estado unitário – aprofundava restrições ao exercício de liberdades individuais e direitos fundamentais, como, por exemplo, a liberdade de ir e vir, a livre iniciativa empresarial, a liberdade de associação, a liberdade de reunião. Portanto, a Lei n. 290 criou uma espécie de regime de exceção que, por um lado, legitima as decisões tomadas até então pelo governo, enquanto que, por outro lado, disciplina em detalhes o isolamento social parcial, o confinamento total de certos grupos de pessoas vulneráveis, o fechamento de empresas etc.

A Constituição francesa em vigor, de 1958, seguiu uma característica das constituições do pós-Segunda Guerra Mundial ao tratar dos chamados mecanismos de estabilização social: previu o estado de emergência e o estado de sítio. No Brasil, os artigos 136 e 137 da Constituição de 1988 seguem a mesma tendência e contêm disposições semelhantes, havendo como diferença substancial apenas a terminologia “estado de defesa”, em vez de “estado de emergência”, como na França.

Baseado no artigo 16 da Constituição francesa, o estado de emergência poderá ser decretado pelo Presidente da República, ouvidos o Primeiro-Ministro, a deliberação dos Presidentes das duas Casas Legislativas e o Conselho Constitucional, quando estiverem sendo ameaçadas “as instituições da República, a independência da nação, a integridade de seu território ou a execução de seus compromissos internacionais”; a ameaça deverá ser “grave e imediata” no sentido de colocar em perigo o “funcionamento regular dos poderes públicos constitucionais”<sup>2</sup>. Sua duração deverá ser de até 30 dias.

---

2. No original: “ARTICLE 16. Lorsque les institutions de la République, l’indépendance de la nation, l’intégrité de son territoire ou l’exécution de ses engagements internationaux sont menacées d’une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier ministre, des présidents des assemblées ainsi que du Conseil constitutionnel. Il en informe la nation par un message. Ces mesures doivent être inspirées par la volonté d’assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les moindres délais, les moyens d’accomplir leur mission. Le Conseil constitutionnel est consulté à leur sujet. e Parlement se réunit de plein droit. L’Assemblée nationale ne peut être dissoute pendant l’exercice des pouvoirs exceptionnels.

A segunda modalidade de mecanismo de estabilização social é o estado de sítio (*état de siège*), previsto no art. 36 da Constituição da França. O legislador constituinte de 1958 fora breve ao tratar desse tema porque a tradição constitucional daquele país pode ser considerada até mesmo a responsável pela origem da atual concepção teórico-normativa de estado de sítio, existindo uma série de normas pré-constitucionais a disciplinar a matéria. Em poucas palavras, trata-se do mecanismo constitucional mais extremo na ordem interna: permite que o Presidente da República, ouvido o Conselho de Ministros, decreta uma série de medidas, que não poderão ser superiores a 12 dias, para fins de controlar uma agressão externa ou uma insurreição armada interna, estabelecendo um regime muito semelhante à lei marcial<sup>3</sup>.

Como se pode ver a partir das próprias disposições constitucionais, é necessário estar presente um inimigo externo, uma insurreição armada interna ou uma ameaça “imediate e concreta” contra as principais instituições da República para que o estado de emergência ou o estado de sítio sejam decretados.

O Conselho Constitucional francês já decidira, em 1985, que os dois artigos citados não removeriam do Presidente da República e do Parlamento a possibilidade de prever outras modalidades para o enfrentamento de situações excepcionais. Talvez o principal exemplo de uma terceira categoria pode ser visto na Lei n. 385, de 3 de abril de 1955, que instituiu um regime de estado de emergência que seria aplicado no tratamento da situação na Argélia. Não fora adotado um estado de sítio porque o governo francês, sobretudo seu recém-eleito Presidente da República René Coty não queria cogitar, pelo menos naquele momento, a hipótese de guerra com a Argélia. Essa mesma lei também serviu de base para a decretação de estado de emergência em 1984-1985 durante os eventos na Nova Caledônia, bem como em outros momentos.

---

*Après trente jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels, le Conseil constitutionnel peut être saisi par le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat, soixante députés ou soixante sénateurs, aux fins d'examiner si les conditions énoncées au premier alinéa demeurent réunies. Il se prononce dans les délais les plus brefs par un avis public. Il procède de plein droit à cet examen et se prononce dans les mêmes conditions au terme de soixante jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels et à tout moment au-delà de cette durée”.*

3. No original: “ARTICLE 36. L'état de siège est décrété en Conseil des ministres. Sa prorogation au-delà de douze jours ne peut être autorisée que par le Parlement”.

Ocorre que a Lei n. 290, de 2020, não passa de uma adaptação do mesmo regime de emergência de segurança (*urgence sécuritaire*) estabelecido com a Lei n. 385, de 1955, mas com algumas características que são mais severas do que antes e, até mesmo, mais graves do que inicialmente fora discutido ainda quando do projeto de lei encaminhado pelo governo Macron: (1) o art. 3 faz expressa menção ao art. 38 da Constituição, que permite ao Presidente da República emitir decretos com força de lei, sobretudo quando em estado de sítio (2) duração de dois meses (o regime da lei de 1955 era de 12 dias), (3) previsão de prorrogação somente por parte de lei aprovada pelo Parlamento, e (4) a definição de quais circunscrições territoriais estarão submetidas a quais restrições, por exemplo, o confinamento total de certos grupos de vulneráveis ao Covid-19 em determinadas cidades, ficará a cargo de decretos emitidos por parte do Primeiro-Ministro, ouvido o Ministro da Saúde.

Inicialmente, haveria uma proximidade entre o estado de emergência de segurança, de 1955, e o estado de emergência sanitária, de 2020, mas a nova Lei n. 290 mostra-se, em um sentido muito particular, consideravelmente mais incisiva: ao limitar direitos e liberdades fundamentais. Tal limitação encontra um componente político importante: a verticalização, na condição de prerrogativa exclusiva, ao Presidente da República, por meio de seu Primeiro-Ministro e Conselho de Ministros, dos poderes de flexibilização ou agravamento das medidas de isolamento social. De imediato, isso terminado deixando as regiões e as municipalidades em uma condição meramente instrumental no momento de aplicação das medidas de emergência sanitária; todavia, mediatamente, retira-lhes praticamente toda a possibilidade de emprego de medidas alternativas ou mesmo decisões conflitantes com as tomadas pelo Presidente da República. Esse ponto é especialmente interessante e mostra, em contraste com o Brasil, como a normalização política da exceção encontra seus meios jurídicos para ocorrer, seja em um Estado unitário centralizador, seja um Estado federal cooperativo e descentralizador.

### **O federalismo no Brasil e a emergência sanitária global: ressignificando a ideia de cooperação entre entes federados**

A decretação, em 11 de março de 2020, de pandemia do coronavírus por parte da OMS (Organização Mundial da Saúde) produ-

ziu no Brasil um reação inusitada e de difícil compreensão para um observador estrangeiro: diversos prefeitos e governadores estaduais passaram a emitir decretos de suas próprias lavras para fins de aplicar, diretamente, as orientações da OMS em suas circunscrições. Paralelamente a isso, a Presidência da República não se valeu de nenhuma das medidas constitucionais de estabilização social, deixando a cargo do Ministério da Saúde a articulação de questões técnicas junto às secretarias estaduais e municipais da saúde.

Em 20 de março de 2020, o Congresso Nacional, editou o Decreto Legislativo n. 06 de 2020, que reconhece o estado de calamidade pública, cujos efeitos são meramente fiscais e buscam otimizar o emprego do orçamento federal no combate ao coronavírus. Ocorre que a coordenação político-legislativa para a elaboração do referido decreto legislativo foi histórica, cuja representatividade e simbolismo podem ser percebidos pelo fato de que o seu projeto contou com a assinatura inclusive do Presidente do Supremo Tribunal Federal, Min. Dias Toffoli. No entanto, medidas por parte do Executivo Federal não se seguiram no sentido de tratar a questão da pandemia como um caso de exceção constitucional.

Brevemente, convém recordar que o Brasil possui, em sua Constituição de 1988, a previsão expressa de dois mecanismos destinados a situações de exceção: estado de defesa (art. 136) e estado de sítio (art. 137). O primeiro poderá ser decretado pelo Presidente da República, ouvidos os Conselhos da República e de Defesa Nacional, para fins de “preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza”. Já o segundo poderá ser solicitado por parte do Presidente da República, ouvidos os Conselhos da República e de Defesa Nacional, ao Congresso Nacional nos casos de: “(I) comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa; (II) declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira”.

No momento de decretação de pandemia por parte da OMS e calamidade pública nacional por parte do Congresso Nacional brasileiro, verificou-se uma expansão legislativa horizontal, sobretudo por parte de prefeitos com suas incontáveis – algumas até insólitas! – medidas de isolamento social. Por mais questionáveis que tais

medidas sejam, possuem como fundamento constitucional o art. 23, que estabelece as “competências comuns” entre União, Estados, Municípios e Distrito Federal, cujo inciso II, atribui literalmente a todos a competência de estabelecer legislações que zelem pela “saúde e assistência pública”. Além deste art. 23, II, da Constituição, outros fundamentos constitucionais para tais medidas por parte de prefeitos e governadores estaduais não passariam, ao nosso sentir, de construções hermenêuticas.

Ao ser chamado para tratar da matéria, o Supremo Tribunal Federal confirmou o acima exposto, em decisão liminar de 24 de março de 2020, de lavra do Min. Marco Aurélio Mello, ao examinar Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 6431 MD/DF), proposta pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT). Um dos pedidos da inicial envolvia a possível delimitação das competências normativas de Estados e Municípios para a adoção de medidas de polícia sanitária e de isolamento social. Ocorre que, na referida decisão, o Min. Relator expressamente afirmou que deferia a “medida acauteladora, para tornar explícita, no campo pedagógico e na dicção do Supremo”, a competência entre todos os entes federados para tutelar a saúde em uma situação pandêmica de singular urgência.

Seja na decisão monocrática, seja no acórdão de 15 de abril que foi decidido por unanimidade do Plenário da Corte, é importante ressaltar que tal decisão tão somente reflete a própria compreensão do STF sobre a questão atinente à divisão de competências. Mais do que um mero federalismo clássico que organiza os entes federados *a partir* de um poder central, a Constituição brasileira de 1988 estabeleceu um federalismo *cooperativo* de dinâmica muito articulada entre os entes federados; a ampla tutela de direitos fundamentais é talvez o ponto mais destacado nessa dinâmica, pois permite que questões ordinárias, do cotidiano, envolvendo direitos como a saúde sejam enfrentadas precipuamente pelos Municípios. Já quando em situações de crises, como a vista no caso de coronavírus, o sistema permite que não apenas um ente federado concentre as prerrogativas de definição e atuação das medidas de combate, possibilitando que todos os entes se engajem de acordo com suas limitações.

## Conclusões

Deste breve estudo comparativo, algumas hipóteses conclusivas podem ser feitas.

No campo teórico-constitucional, verifica-se a atualidade da construção schmittiana de estado de exceção, pois o ano de 2020 restará marcado pela pandemia do coronavírus. Ocorre que Schmitt nos coloca um problema de elevadíssima dramaticidade: os conceitos de “estado de defesa” (ou “emergência” em alguns países) e “estado de sítio” estão assentados na tradicional ideia liberal de primazia do Direito. Não há insurgência interna, desastre natural, invasão inimiga ou calamidade pública que não possa ser enfrentada e resolvida dentro dessas duas categorias conceituais que se encontram presentes, respectivamente, nos artigos 136 e 137 da Constituição brasileira de 1988.

O problema ganha excepcional ineditismo e dramaticidade quando o inimigo não tem farda, não é facilmente localizável e se movimenta sem a mínima previsibilidade. As novas emergências globais apresentam desafios que colocam em xeque os próprios conceitos de estado de defesa e estado de sítio. Observando os tratamentos dados por França e Brasil, é flagrante a dissonância normativo-constitucional entre as medidas adotadas em concreto por ambos países. O governo francês valeu-se de uma construção novel a partir da noção de estado de emergência, verticalizando e centralizando o enfrentamento do problema. Já o “caso brasileiro” – talvez seja melhor referir assim – foi em sentido totalmente oposto: viu surgir, contemporaneamente, inúmeras medidas restritivas a partir de todos os entes federados! União, Estados, Municípios e Distrito Federal tornaram-se legitimados a adotar atos normativos ou com força de lei para salvaguardar a população de um modo geral. Enfim, a situação de exceção fez o direito moldar-se à política.

Por mais que França e Brasil possuam previsões normativas que seguem uma tradição muito próxima no tratamento das chamadas exceções constitucionais, parece ser inegável que, por mais diferentes que tenham sido os caminhos percorridos por ambos países no enfrentamento da crise, há algo de finalístico em comum: a gravidade das restrições a direitos fundamentais, em especial a direitos de liberdade.

A pandemia global trouxe, ao gerar uma situação real de exceção, a necessidade que medidas de normalização da exceção fossem tomadas, seja vertical ou horizontalmente, pelos poderes públicos. Em um cenário de tão elevada excepcionalidade, no qual a tutela dos direitos fundamentais passa a ser relativizada, somente a análise casuística permite avaliar a adequação constitucional das medidas restritivas. Importante é ter presente sempre que a normalização da exceção tem por finalidade preservar o equilíbrio na tutela dos direitos fundamentais, não possibilitando que uma hierarquização absoluta e inflexível de tais direitos seja feita a partir de um único direito. Relativizar, temporalizar e equilibrar são verbos que precisam ser conjugados conjuntamente em situações assim.

## Referências

SCHMITT, Carl. *Der Begriff des Politischen*. Berlim: Duncker & Humblot, 1963.

SCHMITT, Carl. *Le categorie del politico*. Bologna: il Mulino, 1972.

SCHMITT, Carl. *Land und Meer*. Maschke-Hohenheim: Köln-Löwenich, 1981.

SCHMITT, Carl. *Terra e mare*. Milano: Giuffrè, 1986.

SCHMITT, Carl. *Theorie des Partisanen. Zwischenbemerkung Zum Begriff des Politischen*. Berlim: Duncker & Humblot, 1963.

SCHMITT, Carl. *Teoria del Partigiano. Integrazione al concetto del politico*. Milano: Adelphi, 2005.

# A PANDEMIA DE COVID-19 E OS IMPASSES DA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA NO ACESSO À SAÚDE: ENTRE CRITÉRIOS UTILITÁRIOS E A IGUALDADE DE OPORTUNIDADES

*André Luiz Olivier da Silva\**

---

## Introdução

O presente artigo<sup>1</sup> pretende abordar o impacto da pandemia de COVID-19 no sistema de saúde e observar os impasses no acesso à saúde a partir do contexto de profissionais de saúde, como médicos e enfermeiros, como, dentre os exemplos que irei trazer, o caso dos médicos que atuam na triagem de pacientes contaminados pelo coronavírus para decidir quais pacientes serão tratados na Unidade de Terapia Intensiva (UTI). Os impasses que surgem nas estratégias de combate à pandemia revelam, como pano de fundo, uma questão de justiça distributiva e igualdade, pois dizem respeito à alocação racionada dos recursos destinados à saúde em conformidade a algum padrão de equidade. Como, afinal, distribuir recursos médico-hospitalares com imparcialidade e igualdade? É justo priorizar determinados pacientes? Por meio de um método analítico-descritivo, pretende-se, para responder a essas questões, destacar, a partir de uma perspectiva utilitária moderada – isto é, a partir de um utilitarismo de regras intermediado pelo conceito de justiça e equidade –, a necessidade de se estabelecer parâmetros éticos e jurídicos para se conciliar o igual direito que todo o ser humano possui à vida com

---

\* Professor da Escola de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Professor Colaborador no Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Professor dos Cursos de Graduação em Direito e Relações Internacionais da UNISINOS. Doutor em Filosofia. Bacharel em Filosofia e Direito; Advogado e, atualmente, Coordenador do Curso de Graduação em Direito da Unisinos. E-mail: [andreluiz@unisinos.br](mailto:andreluiz@unisinos.br).

1. Registro meu agradecimento aos colegas Prof. Dr. Gérson Neves Pinto e Prof. Dr. José Rodrigo Rodrigues, ambos do PPG/Direito, e ao Prof. Dr. Marco Antonio Oliveira de Azevedo, do PPG/Filosofia, todos professores pesquisadores da Unisinos, com os quais pude discutir, nos primeiros meses da pandemia de COVID-19, alguns tópicos trabalhados no presente texto.

a escassez de recursos e de leitos suficientes para atender a população contaminada.

## **O impacto da pandemia**

A doença infecciosa COVID-19 (*Coronavirus Disease 2019*) é causada pela síndrome respiratória aguda grave (SARS-CoV-2) e foi identificada, pela primeira vez, em dezembro de 2019 na cidade de Wuhan, na China. Até o dia 31 de maio de 2020, data em que este texto foi encaminhado ao prelo, a *Johns Hopkins University* já havia contabilizado 6.054.187 casos confirmados e 368.711 mortes em todo o mundo. No Brasil, a contagem, nesta data, atingia a cifra de 498.440 casos confirmados e 28.834 mortes.

O principal impacto da pandemia de COVID-19 na sociedade e nas instituições sociais é o engarrafamento do sistema, desde os hospitais que recebem pacientes infectados em escala progressiva até a prestação de bens e serviços nas cidades. A gripe é mais contagiosa do que letal e se espalha rapidamente entre as pessoas até um número significativo delas acabar infectado precisando de atendimento médico-hospitalar, principalmente em razão de problemas respiratórios gerados pela infecção. A partir do contágio em massa, os hospitais ficam superlotados e se tornam o gatilho para que outras instituições se tornem inoperantes sob o efeito dominó ocasionado pela pandemia.

Os primeiros impactos são percebidos nos hospitais e na atuação dos profissionais de saúde, como médicos e enfermeiros, na gestão dos leitos, em especial dos leitos disponíveis nas Unidades de Terapia Intensiva (UTIs). Na medida em que se verifica alta procura por leitos, a doença se prolifera e o número de casos cresce exponencialmente a ponto de lotar a ocupação dos leitos e sobrecarregar o sistema de saúde. Muitos pacientes infectados com o vírus, e que poderiam ser salvos, perdem a sua vida por falta de recursos de suporte vital, como os aparelhos respiradores. Pacientes com outras doenças que não o coronavírus também acabam ficando sem atendimento médico e até mesmo sem leitos hospitalares. Médicos e enfermeiros acabam ficando sem equipamentos de proteção, vindo, inclusive, a se contaminar com a doença. Enquanto isso, casos de novos infectados se multiplicam e a sobrecarga da rede de saúde se alastra para outros setores da sociedade, chegando ao ponto de travar, num efeito cascata, a vida social e econômica da sociedade.

Para evitar o abalo em série provocado pelo esgotamento dos hospitais e pelo crescente número de contaminados e mortos, cidades e países inteiros adotam técnicas de controle social, como o distanciamento e o isolamento social. Algumas cidades chegam a decretar a quarentena, também chamada de *lockdown*, e passam a obrigar seus cidadãos a permanecer em casa, sob pena de multa e outras sanções administrativas. Tais medidas têm fortes consequências econômicas, políticas, sociais e jurídicas, em especial no que tange à circulação de bens e à prestação de serviços.

### **Os impasses da justiça distributiva no acesso à saúde**

O impacto da pandemia na saúde da população do mundo, juntamente com o aumento rápido e significativo de pessoas infectadas em diversos países, apresenta um cenário de incertezas. O contexto da saúde no combate à doença escancara alguns impasses que até então só eram formulados a título de hipótese e em situações genéricas e abstratas. Trata-se, por certo, de um contexto de necessidades básicas em contraste com a escassez de recursos. Neste contexto, além da gripe ser altamente contagiosa e infectar um número expressivo da população, ainda não se inventou vacina capaz de prevenir a doença. Em razão disso, a gripe avança rapidamente no mundo e passa a infectar com a doença milhares de pessoas que precisarão de cuidados médicos intensivos em instituição hospitalar.

O problema é que não há recursos para todos os pacientes infectados e, mais cedo ou mais tarde, todos os leitos acabarão sendo ocupados e os profissionais de saúde já não conseguirão atender a todos os doentes (incluindo aqui não apenas pacientes infectados pela gripe, mas também doentes com outras enfermidades, às vezes até mais graves do que o coronavírus. Como se faz, então, para atender a todos os pacientes? Quais critérios<sup>2</sup> se deve adotar para escolher quem receberá cuidados na UTI?

---

2. No caso da triagem em Unidades de Terapia Intensiva, bem como de outras decisões médicas, é conveniente destacar que não se trata meramente de um ou dois critérios para subsidiar a tomada de decisão, mas de uma gama de critérios, praticamente todos justificados pela urgência médica e utilidade, com exceção, talvez, do critério que versa sobre a idade do paciente, visto que aqui, neste caso, a discussão parece se concentrar no direito fundamental à vida, o que, por certo, não poderia ser violada justamente por um protocolo médico.

É claro que o caminho mais útil a ser seguido seria sempre o da prevenção e o melhor modo de se combater a expansão do vírus seria, por certo, testar em massa a população e ir, aos poucos, separando os infectados das pessoas que não apresentam positivo para o coronavírus. No entanto, não há testes disponíveis para toda a população mundial. Não há teste suficiente nem mesmo para os países mais ricos do mundo. Para agravar, observa-se, em todos os países, uma taxa alta de subnotificações e de pessoas que apresentam os sintomas da gripe e não são testadas. Há, inclusive, os infectados assintomáticos, que não irão realizar o teste porque não apresentam sintoma algum da doença. Neste ponto, se tivéssemos testes para todo mundo, aqui já se verificaria um dos impasses aos quais estou a me referir: quem deve ser testado na sociedade? Quais são as pessoas que devem ser submetidas ao teste para saber se estão ou não infectadas? Somente os pacientes que apresentam sintomas? Só aqueles que moram ou trabalham próximo aos focos de contaminação?

A mesma indagação pode ser feita para as técnicas de distanciamento social, quando as autoridades governamentais orientam suas populações a respeitarem a distância de alguns metros umas das outras a fim de evitar aglomerações, ou de isolamento social, quando a população é orientada a não sair de casa. Quem deve permanecer em casa? Todas as pessoas? Não seria estratégico organizar de modo mais racional a permanência ou saída das pessoas de suas casas, priorizando algumas delas?

O impasse mais dramático é vivenciado pelo médico que tem o dever de comunicar o paciente sobre a necessidade de internação em Unidade de Terapia Intensiva, mesmo quando não há vaga disponível para atender a sua enfermidade. A decisão dos profissionais que realizam a triagem dos pacientes é, num primeiro momento, diferente da decisão do médico que autoriza uma internação ou daquela que orienta o paciente a voltar para casa a fim de se recuperar da doença em seu domicílio. O ato médico deve pautar-se por transparência e deve sempre orientar o paciente com base naquilo que é mais eficiente para a cura da doença. Mas como tomar essa decisão quando não há leitos suficientes? E, se houver leitos apenas em hospitais privados? Não seria mais eficiente concentrar o acesso aos leitos a partir da rede pública (pelo Sistema Único de Saúde – SUS, no caso do Brasil)?

## **Racionamento de recursos: é justo priorizar o atendimento a determinadas pessoas?**

Os dilemas vivenciados por profissionais de saúde, como médicos e enfermeiros, nos levam a refletir sobre o significado da justiça enquanto equidade, isto é, da justiça distributiva, e sobre a distribuição igualitária de recursos na área da saúde para a população. Esses dilemas constituem os desafios de caráter ético-jurídico que se apresentam às estratégias de combate à pandemia da COVID-19 e dizem respeito ao acesso igualitário aos recursos de saúde, quando todos os seres humanos devem, ou deveriam, ser tratados igualmente e ter acesso aos mesmos recursos e cuidados para tratamento médico. Contudo, como não é possível atender a todos os cidadãos devido à escassez destes recursos, tem-se que escolher quem e quais cidadãos receberão o privilégio de acessar o sistema de saúde do seu país.

Os dilemas e impasses que se apresentam ao longo do processo de efetivação do direito à saúde são claramente observados a partir da atuação dos profissionais de saúde nos hospitais durante a pandemia. Esses dilemas gravitam em torno de um velho problema da moralidade: O que devemos fazer? Como devemos agir? Mais do que isso: esses dilemas e impasses estão presentes no âmbito da tomada de decisão técnica<sup>3</sup> feita não apenas por médicos e profissionais da saúde, mas também por gestores e agentes públicos que alocam verbas e recursos financeiros em hospitais. O que os médicos devem fazer quando diagnosticam pacientes que necessitam de internação na UTI ao mesmo tempo em que não encontram leitos suficientes para dar vazão à demanda de infectados com problemas respiratórios? Como devem decidir e quais critérios<sup>4</sup> devem adotar

---

3. Os impasses aos quais estou a me referir no presente texto dizem respeito à necessidade de protocolos e decisões técnicas que reúnam o consenso não apenas de profissionais da saúde e gestores públicos, mas também a participação dos cidadãos e da sociedade organizada. Muitos desses impasses carecem de debate público mais aprofundado e, nos casos mais difíceis e delicados, não há nem mesmo regulação proveniente dos seus respectivos conselhos profissionais, como é o caso dos Conselhos de Medicina. Com a ausência de protocolos, esses impasses parecem se confundir com os dilemas morais explorados por diversas teorias éticas. Mesmo mantendo semelhanças com dilemas éticos, os impasses no acesso à saúde exigem o escopo de decisões técnicas e legais, pois são mais do que meras escolhas morais. Essa confusão entre dilemas morais e decisões técnicas ocorre justamente porque os critérios a serem adotados não são postos em discussão.

4. Tendo em vista a ausência de parâmetros mais claros sobre os pacientes que devem ser encaminhados para a Unidade de Terapia Intensiva (UTI), os Profs. Al-

para selecionar o paciente que será entubado em um respirador em vez daquele que terá que esperar na fila? Devemos deixar a decisão exclusivamente a encargo da discricionariedade do médico ou de uma junta médica? Pacientes com maior chance de sucesso na recuperação devem ser priorizados? O mais jovem ou o idoso? O mais disposto e saudável? Por sorteio? Por ordem de chegada?

Todas essas perguntas revelam, no fundo, os impasses da justiça distributiva e podem ser resumidas em uma única pergunta: como distribuir recursos médico-hospitalares com imparcialidade e equidade? O desafio se encontra no fato de que há escassez de recursos, o que obriga os profissionais de saúde a escolher quem irão atender e até mesmo salvar. Afinal, é justo dar preferência no atendimento hospitalar ao paciente com mais chances de sobrevivência? É justo priorizar o atendimento a pacientes jovens em detrimento de idosos que correm mais risco de morte?

A reflexão sobre a justiça distributiva provoca-nos, então, a pensar sobre os critérios e princípios mais adequados para se diferenciar as pessoas ao ponto de todas terem acesso efetivo a esses bens limitados. Em que bases a distribuição deve ser feita? Quais serão as prioridades? Em quais circunstâncias podemos priorizar determinadas pessoas em detrimento de outras? Quais diferenças entre as pessoas devem ser priorizadas para que a distribuição ocorra do modo mais justo e equânime possível?

Os impasses enfrentados por esses profissionais revelam dúvidas sobre o melhor critério a ser adotado para a seleção de pacientes quando há escassez de recursos materiais. Tais dúvidas, para serem respondidas, necessitam, obviamente, de uma estratégia técnica e utilitária estabelecida a partir da lógica custo-benefício. Mas, não se trata apenas de maximizar o bem-estar das pessoas pelo menor preço possível no mercado. Trata-se, também, de respeitar a igual-

---

cino Eduardo Bonella, Darlei Dall’Agnol, Marco Antonio de Azevedo e Marcelo de Araújo elaboraram uma proposta para decidir sobre o acesso de pacientes a UTI durante a pandemia (Conferir BONELLA, 2020). Ao longo da epidemia, alguns Conselhos de Medicina publicaram protocolos com orientações para os médicos. No final de maio de 2020, o Conselho Regional de Medicina do Rio Grande do Sul (CREMERS) publicou, no Diário Oficial da União, um protocolo de regulação para casos de Covid-19 para Unidades de Terapia Intensiva (UTIs) de alta complexidade no Rio Grande do Sul. Neste protocolo, um dos critérios apontados para a tomada de decisão é a idade do paciente idoso, embora o documento faça a ressalva de que tal critério dependa de maior discussão na sociedade.

dade entre seres humanos, implementando, com racionalidade, a alocação de recursos a partir de parâmetros equitativos que possam justificar a tomada de decisão dos médicos e agentes públicos.

Nesse sentido, pretende-se, nas próximas páginas, abordar a importância de se adotar uma estratégia utilitarista justificada na maximização do bem-estar de todos. Essa maximização do bem-estar visa curar ou salvar o paciente dentro de determinados protocolos médicos previstos justamente para atender contextos de escassez e racionamento de recursos. Contudo, a estratégia utilitarista deve ser moderada e intermediada pela igualdade, ou melhor, pela equidade. Trata-se de um utilitarismo de regras intermediado pelo conceito de justiça enquanto equidade, conforme vamos ver nos capítulos subsequentes. A partir desta conciliação entre utilidade e igualdade, pretende-se, ao fim e ao cabo, ressaltar a necessidade de diálogo e deliberação para a tomada de decisão no âmbito do acesso à saúde – e isso não compete apenas aos médicos, enfermeiros e gestores públicos, mas, em especial, aos cidadãos e à sociedade organizada. O equilíbrio entre o útil e o igual, estimulado pela participação deliberativa das pessoas no processo de decisão de políticas públicas e ações governamentais, pode ensejar a criação de consensos – estabelecidos em protocolos médicos e outras normatizações – entre os cidadãos.

### **A estratégia utilitária**

A estratégia utilitarista avalia as consequências da decisão a partir da lógica da redução de danos à liberdade e à vida. Em situações de emergência, como muitas das situações vivenciadas por profissionais de saúde em clínicas e hospitais, em especial aqueles profissionais que atuam diretamente nas Unidades de Terapia Intensiva, uma parcela significativa das decisões a serem tomadas são pautadas pelo princípio da utilidade. A decisão depende das consequências que produz e essas consequências precisam ampliar a satisfação das pessoas, dando-lhes prazer, bem-estar e felicidade. Devem também diminuir a dor e o sofrimento. Toda regra, sejam regras técnicas, jurídicas e morais, também deve se pautar pelas consequências úteis que possam causar ao maior número de cidadãos. Aliás, decisões fundadas na utilidade costumam ser um instrumento eficaz para políticas de redução de danos, pois visam aumentar o prazer e reduzir o sofrimento. Em vez do termo prazer

ou felicidade, talvez pudéssemos nos ater ao termo “bem-estar”, no sentido de bem-estar social. O critério da utilidade visa, basicamente, a maximização do bem-estar social.

Tanto a escolha moral quanto a elaboração de uma regra, ou mesmo a decisão sobre qual a melhor forma de agir, passam por um cálculo de utilidade<sup>5</sup> segundo o qual devemos levar em conta o saldo de bem-estar de todos os indivíduos afetados pela ação praticada ou a ser praticada. Principalmente na área médica, quando muitas decisões são tomadas pela lógica custo-benefício e por decisões que, muitas vezes, apenas servem de paliativo para reduzir a dor e o sofrimento do paciente. Segundo o princípio utilitarista, escolhas morais e decisões técnicas devem ser pautadas pela maximização do bem-estar e da felicidade do maior número de pessoas, a fim de evitar, ao máximo, a dor, o sofrimento e a infelicidade. Contudo, é imperioso apontar alguns esclarecimentos sobre o princípio da utilidade e da maximização do bem-estar, sob pena de cairmos em soluções antiéticas e equivocadas acerca das consequências para as quais a utilidade pode conduzir a ação dos seres humanos.

A estratégia utilitarista, se compreendida sob uma perspectiva radical e extremada, apresenta problemas que atrapalham a compreensão da tese a favor da utilidade e da maximização do bem-estar para o maior número de envolvidos. Dentre estes problemas, pode-se destacar que o utilitarismo, a partir de uma visão tec-

---

5. Utilitaristas clássicos, como Jeremy Bentham e John Stuart Mill, apontam que sempre se deve agir de modo a produzir a maior quantidade de prazer, bem-estar e felicidade. Esse princípio deve pautar não só escolhas morais, mas também, e principalmente, regras jurídicas e legais. Bentham definia a utilidade como “a propriedade de um objeto em virtude da qual ele tende a produzir benefício, vantagem, prazer, bem ou felicidade” (BENTHAM, 2000, p. 14, tradução nossa). Diz Bentham: “Por princípio de utilidade entende-se o princípio que aprova ou desaprova toda ação, de acordo com a tendência que parece ter que aumentar ou diminuir a felicidade da parte cujo interesse está em questão: ou, o que é a mesma coisa dita em outras palavras, para promover ou opor-se a essa felicidade” (BENTHAM, 2000, p. 14, tradução nossa). Para Bentham, uma ação é conforme o princípio da utilidade se a sua realização produzir mais prazer ou felicidade, ou se prevenir uma maior quantidade de dor ou infelicidade, do que qualquer outra alternativa. No caso do acesso à saúde, poder-se-ia dizer que o bem-estar é a saúde dos pacientes, isto é, se eles conseguem se curar do modo mais rápido e efetivo, sem que possam sofrer com as penúrias da doença. Stuart Mill conecta a utilidade ao princípio da maior felicidade: “(...) as ações estão certas na medida em que tendem a promover a felicidade, erradas na medida em que tendem a produzir o reverso da felicidade. Por felicidade, entende-se o prazer e a ausência de dor; por infelicidade, a dor e a privação de prazer” (MILL, 2005, p. 48).

nicista da vida, reduziria cada pessoa a um número. A maximização do bem-estar desprezaria o valor da vida, visto que uma maioria poderia aniquilar minorias sob o argumento de que o maior número de pessoas impõe o seu critério sobre o que é útil para os demais. Pessoas poderiam, então, ser exterminadas, desde que isso pudesse ser útil e salvar a vida da maioria dos indivíduos.

Tais problemas surgem a partir de uma leitura simplista do utilitarismo, pois não é verdadeiro que determinadas pessoas poderiam ser mortas para salvar a vida de maiorias e isso está claro nos textos desses autores célebres. Stuart Mill alerta para esse ponto e destaca a importância do número no cálculo utilitário, pois cada pessoa deve contar como uma pessoa, nem menos nem mais do que uma pessoa. Mill cita uma expressão de Bentham que prescreve “que todos [os seres humanos] contem como um e ninguém como mais do que um” (MILL, 2005, p. 102). Dworkin enxerga nisso um ponto muito positivo do utilitarismo: “(...) o argumento utilitarista não apenas respeita, como também encarna, o direito de cada cidadão de ser tratado como igual a qualquer outro” (DWORKIN, 2002, p. 361). A expressão trazida à tona por Mill valida, com o cálculo e o número, a impessoalidade a qual visa o princípio da utilidade. Produz a igualdade a partir da utilidade.

No caso de decisões técnicas a serem tomadas em tempos de pandemia de COVID-19, a estratégia utilitarista pauta-se pela utilidade médica, de modo que profissionais de saúde apontem as prioridades mais vantajosas para o atendimento médico de pacientes. “As decisões de triagem geralmente recorrem à utilidade *médica*, e não à utilidade *social*” (BEAUCHAMP, 2013, p. 292, grifos do autor). No entanto, a pandemia também revela a necessidade da utilidade social – e não apenas a utilidade estritamente médica –, principalmente quando se pensa nas técnicas de distanciamento e isolamento social. No uso da utilidade social, Beauchamp aponta que, em situações extremas, caberia priorizar o atendimento de determinadas pessoas com o intento de salvar o maior número possível de vidas. Diz Beauchamp:

(...) julgamentos comparativos restritos ou específicos de valor social são inevitáveis e aceitáveis em algumas situações. Por exemplo, em um desastre de terremoto em que alguns sobreviventes feridos são pessoas médicas que sofreram apenas ferimentos leves, eles podem justificadamente

receber prioridade nos tratamentos se eles também forem necessários para ajudar outras pessoas. Da mesma forma, em um surto pandêmico de gripe influenza, é justificável inocular médicos e enfermeiros primeiro para permitir que eles cuidem de outras pessoas. Sob tais condições, uma pessoa pode receber prioridade de tratamento por motivos de utilidade social estrita, se e somente se sua contribuição for indispensável para atingir um objetivo social importante. (BEAUCHAMP, 2013, p. 292, tradução nossa)

Assim, uma estratégia utilitarista apresenta várias diretrizes indispensáveis para o enfrentamento de situações de emergência como as vivenciadas na pandemia. Muitas das questões éticas e jurídicas trazidas com o coronavírus dizem respeito à gestão normativa da vida e da morte das pessoas, assim como a outros impasses de bioética que também tratam da vida e da morte, como o aborto e a eutanásia. Beauchamp (2013, p. 353) explora o exemplo do transplante de um único coração artificial quando se tem vários pacientes necessitando dele. As duas pessoas precisam do coração para viver, mas qual delas deve ser escolhida? A mais jovem? O mais saudável? Aquele que não tem histórico de doenças?

Em todos os casos, é fato que devemos maximizar o bem-estar das pessoas. No entanto, a maximização do bem-estar da maioria não pode se converter na aniquilação do outro e nem de minorias. Se a maximização não for articulada a partir de parâmetros equitativos, em especial quando há escassez de recursos, de nada servirá o combate à doença e muito menos a preservação da vida e da dignidade da pessoa humana. As pessoas merecem igual preocupação e respeito, de modo que a todas se deve dar, ao menos, uma chance justa, mesmo que essa chance não possa ser aproveitada devido ao avanço da infecção e da doença. Neste ponto, convém destacar que é muito complicado dizer quem será ou não atendido, como se um médico ou uma equipe de médicos pudesse escolher pacientes com base em critérios que não levam em consideração a igualdade<sup>6</sup>, como é o caso do critério da idade do paciente, como se uma pessoa idosa pudesse ser preterida, em razão de sua avançada idade,

---

6. Nesse sentido, os Profs. Lenio Luiz Streck, Marcelo Cattoni; Martonio Barreto Lima e Pedro Serrano defendem a inconstitucionalidade de normas hierárquicas na área da saúde. Ver artigo de Streck (2020) publicado no *Conjur*.

por um paciente mais jovem – afinal de contas, todos devem contar como um e ninguém como nenhum.

Tendo em vista as limitações do princípio da utilidade, ao menos se adotarmos uma postura radical e extremada quanto à sua aplicação, é importante ressaltar que esse princípio só pode ser aplicado se moderado pelo princípio da igualdade. Assim, definida a estratégia utilitarista para a tomada de decisão no que tange ao acesso das pessoas ao sistema de saúde, podemos passar à discussão sobre os parâmetros de igualdade que irão moderar a aplicação da utilidade.

### **Igualdade e Justiça Distributiva**

O debate sobre a distribuição de recursos da área da saúde e a priorização dos pacientes que serão atendidos não se esgota no critério da utilidade e deve atender a determinados parâmetros de igualdade. A distribuição igualitária de recursos e a priorização equânime de pacientes constituem as bases da Justiça Distributiva, ou da maneira como será feita a divisão da coisa pública, como no caso dos recursos médicos em tempos de pandemia. A Justiça Distributiva requer, por certo, a maximização do bem-estar do maior número possível de pessoas, mas isso só será possível se essa maximização respeitar o valor da igualdade, do qual provém, em paralelo, o respeito à vida e ao conjunto básico de direitos humanos atribuído a cada pessoa.

O princípio da utilidade pode e deve ser aplicado ao caso concreto, desde que atendidas a determinadas condições que materializam a igualdade formal. A igualdade formal diz respeito à pressuposição de que todos os seres humanos são iguais em sua dignidade. O seu princípio formal estabelece que, idealmente, os seres humanos são iguais. Ninguém é mais ou menos do que os outros. Todos são iguais. Com efeito, essa concepção formal da igualdade carece de alguns esclarecimentos, sob pena de não compreendermos o real sentido da igualdade e da sua concretização na vida efetiva das pessoas.

Poder-se-ia pensar, de modo equivocado, que a igualdade é absoluta e se reduz à divisão de parcelas milimetricamente idênticas para todos os envolvidos na distribuição da coisa pública. Contudo, a igualdade no sentido absoluto provoca sérias distorções na

sociedade e torna-se um critério injustificável para subsidiar políticas públicas. Quando todos os seres humanos são tratados como absolutamente idênticos, sem que se possa inferir nenhuma diferença entre eles, acaba-se por promover e estimular mais desigualdades ainda.

Os seres humanos são diferentes (não-idênticos) entre si e, em razão das diferenças, não podem ser tratados a partir da métrica rigorosa da igualdade rasa e absoluta. Desconsiderar essas diferenças pode, pois, mergulhar a sociedade em graves distorções e desigualdades. O que ocorreria se crianças e incapazes para a vida civil fossem tratados rigorosamente iguais aos adultos!? Certamente, as crianças e muitas pessoas com deficiência morreriam de fome e teriam severas dificuldades para sobreviver nesta sociedade. Seriam, por certo, excluídas do acesso a bens básicos e necessários para existência de qualquer pessoa humana, de modo que o não-reconhecimento dessas diferenças é justamente o fator determinante para a desigualdade.

Em razão das distorções sociais que uma concepção formalista da igualdade pode acarretar à sociedade, costuma-se mencionar que, enquanto princípio formal, a igualdade não passa de uma ideia, talvez utópica, que não pode ser excluída do nosso horizonte. Para concretizar e efetivar essa igualdade na vida das pessoas, requer-se critérios de diferenciação entre elas, critérios que visam estimular determinadas “desigualdades” na sociedade justamente para promover a tão almejada igualdade a qual visa a sua formulação formal.

Quais critérios seriam estes segundo os quais devemos promover desigualdades para fomentar a igualdade? Quais princípios, aliás, devemos adotar quando estamos diante de questões relacionadas à justiça? A pandemia nos força a refletir sobre uma série de exemplos em torno da divisão e da distribuição de recursos da área da saúde para o tratamento de pacientes infectados. Se não temos recursos para distribuir a todas as pessoas, quais critérios devemos adotar para diferenciá-las? Não seria mais estratégico, por exemplo, tratar, na rede hospitalar, apenas pacientes infectados graves, deixando os pacientes que apresentam sintomas leves em casa? Não seria mais racional priorizar pacientes com mais chances de vida? Como decidir com equidade nestes casos? Para além dos limites formais da igualdade, é preciso destacar os seus princípios mate-

riais, que, a partir da eficiência no uso dos recursos, não descuida de determinadas diferenças na sociedade que devem ser ressaltadas justamente para assegurar o tratamento equânime e justo a partir da igualdade de oportunidades.

## **Imparcialidade e Envolvimento**

A análise da justiça distributiva enquanto equidade exige a imparcialidade do seu investigador e, para provocar essa imparcialidade, uma sugestão é provocarmos o nosso próprio envolvimento com as questões da justiça. Vamos supor que eu – dito assim em primeira pessoa, justamente para provocar nosso envolvimento e imparcialidade na análise da justiça – esteja infectado com a COVID-19 e necessito, com urgência, de cuidados médicos. Os hospitais próximos à minha residência estão lotados e já não possuem leitos disponíveis para internação na UTI. Eu apresento graves sintomas da doença, incluindo falta de ar e dificuldades de respiração, mas não há respirador disponível nos hospitais mais próximos. Como eu gostaria de ser tratado nestas instituições hospitalares? Como eu gostaria de ver os meus direitos sendo exercidos ali naquela instituição social? Reparem que a maneira como a pergunta é levantada mostra que Rawls se filia à tradição kantiana<sup>7</sup>, segundo a qual a pessoa humana deve ser considerada sempre como um fim em si mesmo. Nesse sentido, a sugestão é adentrarmos no argumento kantiano contido em Rawls e acrescentarmos à situação o pressuposto de que eu não sei quem eu sou nesta sociedade, e, sob este pressuposto, eu estou correndo risco de morte em razão da enfermidade e careço, com urgência, de cuidados médicos em instituição hospitalar. Como eu gostaria de ser tratado, quando eu não sei quem eu sou na sociedade onde irei viver?

O ponto de partida do argumento de John Rawls é idêntico à situação hipotética narrada acima, sendo denominada por ele de posição original e hipotética, que é, no fundo, uma situação hipotética em que todos os seres humanos são considerados iguais e livres e devem entrar em acordo sobre os princípios que devem governar a estrutura básica da sociedade. Para desenvolver a ideia de uma igualdade original, Rawls pressupõe um momento inicial de esco-

---

7. Conferir as formulações do imperativo categórico na *Fundamentação* de Kant (1974).

lha no qual os pactuantes são considerados seres racionais capazes de deliberar sobre direitos e deveres, visando a cooperação social entre iguais. Trata-se de uma situação hipotética de liberdade equitativa, posição prévia ao surgimento da sociedade, na qual ninguém sabe ainda o lugar que irá ocupar no mundo.

Debaixo do véu de ignorância, como é chamado por Rawls esse experimento mental, somos convidados a refletir sobre os princípios de justiça ao mesmo tempo em que desconhecemos quem seremos na sociedade. Nesta conjectura inicial, a pessoa não sabe se será homem, mulher ou LGBT. Não sabe se será rica ou pobre, nem se nascerá saudável ou com alguma deficiência. Como essa pessoa deveria de ser tratada? Independentemente de ser rico ou pobre, homem ou mulher, como essa pessoa gostaria de ser tratada caso necessitasse, com urgência, de um leito de UTI quando todos os leitos estão ocupados? Queremos ser tratados absolutamente como iguais ou devemos priorizar algumas pessoas em razão de suas diferenças e peculiaridades? Não seria mais justo ajudar os mais vulneráveis, como as crianças, os idosos e pessoas com deficiência?

A reflexão sobre os princípios de justiça a partir do véu de ignorância permite pensar a questão da justiça com imparcialidade. As premissas iniciais para a fundação das instituições sociais são dadas na posição original, quando as pessoas, como pactuantes – pressupostos como sujeitos livres, racionais e iguais –, deliberam e escolhem, sob o manto da ignorância, os princípios da justiça social. Afinal, quais são os termos justos de cooperação que todos os cidadãos livres e iguais, em condições justas, concordariam?

Ao pressupor essa situação ideal e hipotética, Rawls pretende enfatizar que os seres humanos, quando desconhecem seus lugares e posições sociais na sociedade, tendem a entrar em consenso sobre os princípios de justiça que querem ver atuando naquela sociedade. Na posição original, a ignorância coloca todos no mesmo patamar de igualdade e dá as bases para se chegar a um consenso original sobre os princípios de justiça. Esses princípios são a igualdade e a diferença.

Sob o véu da ignorância, os princípios da justiça possibilitam um consenso original, um acordo entre as vontades daquelas pessoas pressupostas como livres, racionais e iguais. Os princípios da justiça são colocados a partir de um estágio inicial de formação da

sociedade, a partir de uma situação original de equidade. Na medida em que todos os pactuantes se igualam sob o véu de ignorância, os pressupostos para o consenso como um ajuste equitativo são dados para equilibrar a igual distribuição dos bens primários com a diferenciação de pessoas a partir de suas capacidades e talentos naturais.

### **Os princípios da igualdade e da diferença**

A pretensão da teoria rawlseana é legitimar o contrato social a partir do “equilíbrio reflexivo” (RAWLS, 2003, 40) entre os princípios da igualdade e da diferença. O equilíbrio entre os dois princípios produz o equilíbrio das instituições sociais. Mas, como podemos explicar o funcionamento desses princípios, ainda mais se pensarmos no acesso à saúde?

O primeiro princípio estabelece que cada pessoa possui o mesmo direito a possuir liberdades básicas iguais. É a igualdade na atribuição de deveres e direitos básicos. Rawls define o primeiro princípio da seguinte maneira: “cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema mais extenso de iguais liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para as outras pessoas” (RAWLS, 2008, p. 73). O primeiro princípio das liberdades básicas iguais deve ser incorporado à constituição política dos países, como ocorre com a Constituição de 1988, quando não apenas o direito à igualdade formal está previsto no artigo 5º, mas também o direito ao acesso à saúde pública, que, a partir do artigo 196 da Constituição Federal de 1988, torna-se um direito universal e igual a todo cidadão brasileiro.

Se, por um lado, o princípio da igualdade atribui liberdades individuais iguais aos seres humanos, outorgando-lhes liberdades políticas, como liberdade de expressão, de imprensa, de crença, etc.; por outro lado, o princípio da diferença corrige eventuais distorções a partir da diferenciação no tratamento de algumas pessoas. Isto é, aplica-se o primeiro princípio e eventuais distorções são corrigidas por meio do segundo princípio, o princípio da diferença. O princípio da diferença promove “desigualdades” econômicas e sociais, desde que a diferenciação provocada na sociedade resulte em benefícios compensatórios ao ponto de garantir, de fato, a igualdade angariada pelo primeiro princípio.

Se o primeiro princípio incide no texto constitucional, o segundo princípio se aplica às instituições econômicas. E aqui reside a inovação trazida por Rawls, que reside no segundo princípio, o princípio da diferença, que estabelece que “desigualdades sociais e econômicas” (RAWLS, 2008, p. 73) podem ser estimuladas desde que atenda a duas condições: a justa igualdade de oportunidades e a diferença. Essas desigualdades econômicas e sociais são justas se resultam em benefícios compensatórios para a sociedade. O acesso das pessoas a bens primários – como o acesso à saúde, conforme abordagem de Norman Daniels – deve se pautar pela justa igualdade de oportunidades, mas, mais do que isso, as desigualdades sociais e econômicas “têm de beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade (o princípio de diferença)” (RAWLS, 2003, p. 243).

Bens primários (como direitos e liberdades básicos; cargos e posições sociais; renda e riqueza; e aquilo que Rawls chama as bases sociais do auto-respeito) são essenciais para o desenvolvimento da igualdade nas instituições sociais, além de serem úteis para que toda pessoa possa ter uma vida boa. Dentre os bens primários, o acesso à saúde perpassa a todos eles, em especial no que tange às bases sociais do auto-respeito, quando o reconhecimento das instituições sociais inspira a confiança dos cidadãos, dando-lhes um senso de autoestima, conforme afirma Rawls:

As bases sociais do auto-respeito, entendidas como aqueles aspectos das instituições básicas normalmente essenciais para que os cidadãos possam ter um senso vívido de seu valor enquanto pessoas e serem capazes de levar adiante seus objetivos com autoconfiança. (RAWLS, 2003, p. 83)

Bens primários dizem respeito também ao acesso das pessoas à saúde, como explica Rawls em diálogo travado com Norman Daniels. Estendendo os princípios da justiça para o acesso à saúde, Daniels inclui o acesso à saúde ao conceito de justiça proposta por Rawls e mostra que a lógica dos dois princípios de justiça também se aplica ao modo como os cidadãos serão atendimentos por médicos em instituições hospitalares. A extensão dos princípios de justiça para a saúde possibilita, como nos diz Rawls, “que a justiça como equidade possa (...) ser estendida para abarcar as diferenças de necessidades a que doenças e acidentes dão lugar” (RAWLS, 2003, p. 243). Políticas públicas devem se pautar pela diferenciação

dos pacientes a partir de suas necessidades básicas, necessidades que dizem respeito a ter saúde e uma vida prevenida de doenças e enfermidades. Rawls afirma que:

(...) o fornecimento de assistência médica, assim como dos bens primários em geral, deve satisfazer às necessidades e exigências dos cidadãos livres e iguais. (...) Essa concepção de cidadão nos permite fazer duas coisas: primeiro, avaliar a urgência dos diferentes tipos de cuidados médicos, e, segundo, determinar a prioridade relativa das exigências da assistência médica e saúde pública em geral em relação a outras necessidades e exigências sociais. (RAWLS, 2003, p. 247)

Norman Daniels é o principal interlocutor de Rawls na condução que ambos fazem dos princípios da justiça enquanto equidade para o campo da saúde pública. A concepção estendida da teoria de Rawls ocorre na lista de bens primários, quando Daniels destaca que as “desigualdades são medidas por um índice de bens sociais primários” (DANIELS, 2003, p. 242, tradução nossa). Daniels amplia a lista de bens primários de Rawls para ressaltar as diferentes necessidades de assistência médica que acometem as pessoas, na medida em que pretende “(...) mostrar como ele pode atender às necessidades importantes de todos os cidadãos, incluindo necessidades de saúde” (DANIELS, 2003, p. 257, tradução nossa). Segundo Daniels,

Pessoas com índices iguais não terão perspectivas de vida igualmente boas se tiverem diferentes necessidades de assistência médica. Além disso, não podemos simplesmente descartar essas necessidades como irrelevantes para questões de justiça. (DANIELS, 2008, p. 56, tradução nossa)

Os princípios de justiça de Rawls regulam os principais determinantes sociais, em especial os determinantes sociais da saúde, conforme afirma Daniels: “Apropriadamente entendida, a justiça enquanto equidade nos diz o que a justiça exige na distribuição de todos os determinantes sociais da saúde” (DANIELS, 2008, p. 97, tradução nossa). Prossegue o autor:

(...) a teoria de Rawls fornece uma explicação defensável de como distribuir justamente os determinantes sociais da saúde e, assim, nos diz algo útil sobre quando as desigualdades na saúde são injustas. Especificamente, cada um dos seus princípios de justiça enquanto equidade governa um conjunto de chaves de determinantes sociais da saúde. *De fato, a justiça*

*social geralmente é boa para a saúde da população e sua distribuição justa.* (DANIELS, 2008, p. 82, grifos do autor, tradução nossa)

A partir da posição original e hipotética, e sob o véu da ignorância, os princípios da justiça se equalizam na medida em que as bases racionais para o consenso dão suporte para o equilíbrio reflexivo entre igualdade e diferença. Os seres humanos, como pactuantes, entram em acordo sobre os princípios que irão regular a vida em sociedade. No caso do acesso à saúde, não resta dúvida que devemos maximizar o bem-estar social, como querem os utilitaristas. De todo modo, a maximização do bem-estar deve ser mediada pela igualdade de oportunidades e, principalmente, pela diferença da pessoa doente, pois políticas públicas para atendimento médico devem levar em conta as características de cada paciente ou de grupos de pacientes. Devem levar em conta a idade do paciente, os seus sintomas específicos, se pertence ou não a grupo de risco, se possui co-morbidades, etc. No entanto, determinadas diferenças – como a idade – não nos autorizam a deixar de salvar o paciente.

### **A oportunidade justa**

A proposta de Rawls a partir dos princípios da igualdade de oportunidades e da diferença pretende deixar claro que o fato de que todos nós devemos ser tratados igualmente implica na necessidade de se diferenciar as pessoas justamente para dar iguais condições de oportunidade para acessar a bens primários, como o direito à saúde. Mas essa diferença não pode ser adotada para escolher aqueles que irão morrer. Nos casos mais desesperadores ocasionados por situações-limite como as da pandemia, o que se espera é que, ao menos, se dê uma chance justa a toda e qualquer pessoa, mesmo quando há escassez de recursos.

A partir dos impasses enfrentados pelo sistema de saúde diante da pandemia, somos levados a propor uma composição entre utilidade e igualdade, ressaltando que a estratégia útil deve ser adotada (principalmente do ponto de vista da estratégia médica) desde que moderada por uma estratégia igualitária, fundada na igualdade de oportunidade, conforme destaca Beauchamp:

Aqui nos concentramos em esquemas prioritários para a seleção de destinatários em circunstâncias urgentes. Duas abordagens gerais disputam a primazia: (1) uma estratégia utilitária que enfatiza o benefício máximo para os pacientes e a

sociedade e (2) uma estratégia igualitária que enfatiza o valor igual das pessoas e a oportunidade justa. Argumentamos que essas duas abordagens amplas podem ser justas e coerentemente combinadas em políticas e práticas de distribuição. (BEAUCHAMP, 2013, p. 288, tradução nossa)

Mais do que uma igualdade fundada na justa distribuição das oportunidades, a igualdade só é conectada à utilidade se o foco for a diferença, isto é, em realçar as diferenças entre as pessoas visando, com isso, trazer equidade ao caso concreto e ao tratamento de todas as pessoas. Cabe lembrar, com Rawls, que desigualdades sociais e econômicas podem ser benéficas e vantajosas, resultando em benefícios compensatórios, e, assim, incluir as pessoas na igualdade democrática. Por exemplo, pode ser muito vantajoso vacinar, quando não há doses de vacina para toda a população, apenas uma determinada parcela das pessoas, como as crianças ou os idosos.

O equilíbrio reflexivo entre igualdade e diferença, conforme propõe Rawls, é a alavanca para a realização da justiça social. As instituições tratam igualmente as pessoas à medida em que reconhecem as suas diferenças. Essas diferenças não podem servir de obstáculo para a concretização dos seus direitos, de modo que o acesso universal e igualitário à saúde pública é requisito imprescindível para a efetividade da democracia. Nesse sentido, Daniels aponta para a “equidade democrática” (DANIELS, 2008, p. 57 e 95, tradução nossa) e sustenta que a igualdade de oportunidades só pode ser considerada justa no campo da saúde se todos tiverem acesso universal a cuidados de saúde pública. Diz Daniels: “Institucionalmente, a igualdade democrática exigirá acesso universal, sem barreiras financeiras, a um sistema de saúde pública, serviços de atendimento preventivo, agudo e crônico” (DANIELS, 2003, p. 258, tradução nossa).

Observem que Rawls e Daniels destacam, por meio do princípio da diferença, que a distribuição de fatores naturais que incidem no corpo humano (como, por exemplo, os fatores genéticos de um paciente, dentre outros fatores que não dependem da sua escolha), ou mesmo fatores como pobreza e miséria social, não se resumem a uma questão de mérito ou merecimento e, por isso, é injusto responsabilizar essas pessoas pela loteria natural da vida; é injusto deixá-las à mercê da própria sorte. Nesse sentido, os princípios da

justiça, em especial a igualdade de oportunidades implementada pela diferença, visam corrigir as desigualdades que a sorte produz na vida das pessoas. Trata-se de igualdade de oportunidade para acessar os bens primários, e não de uma igualdade aleatória ditada por uma jogada de sorte<sup>8</sup> ou uma fatalidade da vida.

## Considerações Finais

A igualdade de oportunidades, conjugada com a diferença, constitui um dos critérios a serem observados quando do atendimento médico de pessoas que acessam o sistema de saúde em tempos de pandemia e escassez de recursos. A atuação de profissionais de saúde que se encontram em contextos de emergência, como os médicos que atuam na triagem de pacientes contaminados pelo coronavírus e têm que decidir quais pacientes serão tratados na Unidade de Terapia Intensiva (UTI), revelam os impasses do acesso à saúde em vários países do mundo. Esses impasses revelam a dimensão da justiça distributiva e da igualdade, pois dizem respeito ao racionamento de recursos e priorização de pacientes em conformidade com parâmetros de equidade. A partir de uma perspectiva utilitária moderada pela igualdade de oportunidades (chance justa), é possível pensar em parâmetros equânimes para salvar o maior número possível de vidas humanas. Devemos, pois, nos valer da utilidade e da emergência médica. No entanto, critérios utilitários

---

8. Assim como Rawls, Ronald Dworkin também argumenta que a sorte natural – como a herança genética (DWORKIN, 2005, p. 402) – não pode ser determinante para justificar a redução de serviços médicos ou mesmo para justificar a negativa de atendimento a pacientes necessitados. No caso da pandemia, alguém que tenha tido a má sorte de contrair a gripe não pode ser punido por isso e vir a ficar sem atendimento porque descumpriu as orientações do distanciamento social. A sua má sorte não pode ser levada em consideração para o médico decidir se este paciente terá ou não o direito de ser internado em um leito de terapia intensiva. Para Rawls, tanto o sortudo quanto o azarado devem ter iguais oportunidades, devendo ambos ter acesso ao sistema de saúde. Tanto o sujeito fumante e sedentário quanto o sujeito atlético e saudável devem, ambos, possuir o direito de acessar, igualmente, o sistema de saúde para obter cuidados médicos não apenas em casos de emergência. Dworkin, contudo, considera que, em alguns casos, a sorte deve ser levada em conta para a distribuição de recursos e os efeitos diferenciais trazidos pelo acaso não devem ser anulados. Trata-se de um igualitarismo de sorte, mas Dworkin prefere chamar de igualdade de recursos. O ponto crucial do igualitarismo de recursos é destacar o preço das nossas escolhas, que, em alguns casos, não podem ter seus custos repartidos igualmente entre todos (DWORKIN, 2005, p. 92). Não seria justo o Estado ser obrigado a compensar as pessoas que sofrem as consequências de uma má escolha ou opção.

não podem ferir a igualdade de tratamento entre as pessoas, pois toda vida conta e ninguém é mais nem mesmo do que uma pessoa, mesmo com a escassez de recursos e a ausência de leitos suficientes para atender toda população contaminada.

## Referências

BEAUCHAMP, Tom L. CHILDRESS, James F. *Principles of Biomedical Ethics*. 7. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013. 459p.

BENTHAM, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Kitchener: Batoche, 2000. 248p.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17/04/2020.

BONELLA, Alcino Eduardo; DALL'AGNOL, Darlei; AZEVEDO, Marco Antonio de; ARAÚJO, Marcelo de. Veja proposta para decidir acesso de pacientes a UTI durante a pandemia. *Folha de São Paulo*, 11 maio 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br>. Acesso em: 15/05/2020.

CREMERS (Conselho Regional de Medicina do Rio Grande do Sul). Resolução nº 12, de 27 maio de 2020. Aprova o Protocolo de Regulação para casos de COVID-19 para Unidades de Terapia Intensiva de Alta Complexidade. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, n. 102, p. 262, 29 maio 2020. Disponível em: <https://cremers.org.br>. Acesso em: 30/05/2020.

DANIELS, Norman. Democratic Equality Rawls's Complex Egalitarianism. In: FREEMAN, Samuel. *The Cambridge Companion to Rawls*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 241-276.

DANIELS, Norman. *Just Health: Meeting Health Needs Fairly*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. 397p.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 569 p.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 689 p.

JOHNS HOPKINS UNIVERSITY (JHU). *COVID-19 Dashboard by the Center for Systems Science and Engineering (CSSE) at Johns Hopkins*

University (JHU). ArcGIS. Johns Hopkins CSSE. Disponível em: <https://www.arcgis.com>. Acesso em: 31/05/2020

KANT, Emmanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

MILL, John Stuart. *Utilitarismo*. Tradução de Pedro Galvão. Porto: Porto Editora, 2005. 125 p.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. 764 p.

RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 306 p.

STRECK, Lenio Luiz; CATTONI, Marcelo; LIMA, Martonio Barreto; SERRANO, Pedro. Eugenia à brasileira: inconstitucionalidade de normas hierárquicas de saúde. In: *Consultor Jurídico (CONJUR)*. 1 jun. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br>. Acesso em: 01/06/2020.

# REFLEXOS DAS INSUFICIÊNCIAS DEMOCRÁTICAS NO BRASIL: POPULISMO E ATIVISMO JUDICIAL

Clarissa Tassinari\*

---

## Introdução<sup>1</sup>

Quando a COVID-19 chega ao Brasil, este evento passa a criar alguns cenários. Mobilizou, logo de início, o sistema público de saúde, que foi provocado a dar respostas (no mais amplo espectro). Acendeu – no sentido de colocar luz – o protagonismo das pesquisas científicas, fazendo que, no nosso cotidiano, as palavras descoberta, imunização e cura passassem a quase sempre compor a mesma frase, finalizada por um ponto de interrogação. Direcionou nossos olhares para as experiências vivenciadas por outros países e para o que nos informavam as entidades internacionais (como a Organização Mundial da Saúde) e os veículos de comunicação.

Seja por iniciativa autônoma de precaução ou por obrigação (verticalizado pelos Chefes de Governo), o isolamento social e sua continuidade pelo tempo “do não se sabe até quando” trouxeram a preocupação com a economia. Regulamentações das relações trabalhistas, de consumo, de comércio (citando apenas alguns exemplos) foram colocando Executivo e Legislativo na linha de frente do “gerenciamento da crise”. Medidas emergenciais começaram a ser tomadas. O país ficou dividido em opiniões, sensibilizando e, assim, influenciando o poder político na tomada de suas decisões.

E, a partir disso, cenários mais complexos foram se formando: dissonância entre Presidência e Ministério da Saúde; discussão

---

\* Professora do PPG Direito da Unisinos. Doutora e Mestre em Direito Público pela mesma instituição (com bolsa financiada pelo CNPq/BR em ambos os níveis). Estágio pós-doutoral concluído em 2018 junto à Unisinos (bolsista CAPES/PNPD). Coordenadora do grupo de pesquisa *GPolis* – Direito, política e diálogos institucionais. Advogada (OAB/RS). E-mail: [clatassinari@unisinos.br](mailto:clatassinari@unisinos.br).

1. Este capítulo de livro foi escrito como resultado parcial do projeto de pesquisa “Estado, políticas públicas e populismo: democracia à margem das instituições?” (contemplado pelo Edital ARD n. 04/2019), financiado pela Fapergs.

sobre o que são serviços essenciais; autorização para repasse de verbas; divergência sobre os limites da atuação de Governadores e Prefeitos Municipais. Se tem conflito, quem resolve? O Judiciário. Tudo isso que foi mencionado acima não serve nem de primeira conversa para tratar dos impactos da COVID-19 na sociedade brasileira. Mas cada um dos cenários caracterizados acima foi escolhido porque, juntos, relevam o ponto central do debate que gostaria de abrir aqui: situações como estas, a de uma pandemia cujo enfrentamento exige uma plêiade de medidas que parecem estar sempre “correndo contra o tempo”, colocam à prova a importância das instituições em um regime democrático. Mais do que isso, eventos como estes, que podem demandar respostas urgentes do Estado, desafiam a resistência constitucional das instituições, mesmo em momentos de crise.

Por isso, provocada (ainda mais) por este contexto de crise sanitária – que se associa a tantas outras crises, como a crise política, com os diversos enfoques que podem ser atribuídos a esta expressão –, e mobilizada também pelos interesses acadêmicos do projeto de pesquisa que desenvolvo com meus orientandos e orientandas junto ao PPG Direito da Unisinos (Diálogos institucionais: a relação direito e política em tempos de protagonismo judicial), um tema ganha relevância: o papel das instituições em ambientes democráticos. Em outras palavras, a elaboração deste capítulo tem o objetivo de ensaiar respostas ao seguinte questionamento: em que medida a *instabilidade institucional* do Estado pode também ser considerada *dificuldades democráticas*? Como é possível compreender esta relação?

A partir disso, a estrutura deste texto é pensada sob três eixos temáticos: a) *primeiro*, a exposição de uma visão abrangente sobre o problema, que, abrindo o debate sobre a relação entre Estado, constituição e instituições, analisa as projeções que podem ser feitas para as práticas estatais a partir de uma concepção normativa do constitucionalismo; b) *segundo*, a apresentação de uma leitura específica do problema, que, ao tratar da conjuntura de nosso País, problematiza o significado e a importância de instituições democráticas, assim como o apontamento de algumas insuficiências relacionadas à democracia brasileira; e c) *terceiro*, a propositura de dois possíveis desdobramentos ao problema, compreendidos como impactos à crise de institucionalidade democrática que o Brasil vem atravessando, quais sejam: ativismo judicial e populismo.

## Uma visão abrangente do problema: Estado, constituição e instituições

De início, objetivando situar o leitor, parto da ideia de que a Constituição brasileira não é apenas um documento que estabelece limitações jurídicas ao Estado. Ela também estabelece suas grandes metas políticas, acima dos projetos ocasionais de cada governo (daí o necessário elo entre política de Estado e política de governo, argumento central da dissertação recentemente defendida pela pesquisadora Gabriele Zini de Oliveira, sob minha orientação<sup>2</sup>). Essa ideia não é trivial e precisa ser justificada, para que se entenda o elo que estabelece entre direito e política em nosso país. Com isso, passarei a discutir o papel que cabe às suas instituições de mediar essas duas dimensões do projeto constitucional.

Organização do poder e proteção das liberdades. Esta talvez seja a concepção mais clássica de constitucionalismo, que, colocado deste modo, quase dá título à obra de Nicola Matteucci (1988), autor referência sobre o tema. Vinculada à ideia de organização aparece outra bastante recorrente, que é a de limitação do poder. Afinal, o constitucionalismo surge na esteira da ruptura com o absolutismo do Estado. E esses elementos parecem-nos muito claros. A partir disso, também parece não haver dúvidas de que constituições importam para a boa engenharia de funcionamento do Estado. A questão fica sendo, portanto, *por que* as constituições importam. E são estas teorizações no contexto de Estados democráticos que, em certa medida, apresentam leituras sobre como dar sentido às instituições (especialmente, no que diz respeito à sua importância para a democracia).

A partir do posicionamento de alguns juristas brasileiros, como Lenio Streck, Gilberto Bercovici, Marcelo Cattoni, Marcelo Neves, Leonel Severo Rocha e Martonio M. Barreto Lima (para citar apenas alguns), e também de autores no plano internacional (como Jürgen Habermas), podemos compreender as constituições como o elo entre o direito e a política – o documento que alberga intenções políticas e objetivos sociais como norma, como algo a ser cumprido, e não desviado. Para o constitucionalismo brasileiro, isso se torna ainda mais claro e impactante, afinal, o processo constituinte

---

2. Título da dissertação: “A construção do projeto republicano brasileiro”, defendida no dia 02 de junho de 2020, com nota máxima atribuída à banca avaliadora.

de 1987-1988 fez de nossa Constituição o espaço para o acomodamento de diversas tensões e orientações políticas. Como estratégia para efetivar a ruptura com a ditadura militar, foi necessário fazer concessões a diversos grupos de interesses (progressistas e conservadores), que trabalharam na redação do texto constitucional por títulos (daí a existência de um mesmo regramento em diversas partes da Constituição), montando-se “(...) um gigantesco quebra-cabeças político” (SCAFF, 2018, p. 226; ainda sobre o processo constituinte: PILATTI, 2016). Assim, sob certa perspectiva, o excesso de detalhamento da Constituição brasileira desenha, com um traço muito mais forte, o que se pode esperar de nossas instituições.

Entretanto, como esta parte do texto tem o condão de experimentar uma reflexão abrangente (não exclusivamente direcionada à experiência brasileira), para demonstrarmos ainda mais o quanto diferentes concepções de constituição impactam o modo de pensar a atuação do Estado e de suas instituições, podemos traçar um paralelo com o constitucionalismo norte-americano. E, neste sentido, por exemplo, não seria exagerado afirmar que a questão se torna bem mais complexa. Acontece que, durante o processo de independência das colônias e de promulgação de sua Constituição, as tensões políticas não foram incorporadas ao texto constitucional estadunidense.

Isto é, diferentemente do que aconteceu no Brasil, a Constituição dos Estados Unidos não foi elaborada com a pretensão de constituir projeções político-sociais para o Estado e suas instituições; ao contrário, foi tratada como um ato jurídico, e não político (ZOLLER, 1998, p. 3), cujas disputas interpretativas – agora, sim, a partir de contextos políticos específicos – propositalmente seriam dirimidos pela Suprema Corte. Não por acaso, a partir da crítica de Bruce Ackerman, é possível afirmar que as atualizações no direito constitucional americano não acontecem pelas vias de um “cânone oficial” (emendamento da Constituição, por exemplo), mas de um “cânone operacional”, cujo exemplo são os superprecedentes (ACKERMAN, 2007, p. 1752). Assim, a abrangência material do constitucionalismo nos Estados Unidos ganha muito mais sentido a partir das definições do Judiciário, sendo que não é possível, imediatamente, extrair do texto constitucional, tal como acontece no caso brasileiro, princípios orientadores – como princípios fundamentais – da intervenção do Estado.

Considerando, então, essas diferenças, que apontam sobre como constituições impactam a compreensão sobre o constitucionalismo, agrega à discussão, aqui, o posicionamento crítico de Jeremy Waldron, jusfilósofo neozelandês. Ao declarar seu ceticismo sobre dois entendimentos que usualmente são associados à concepção de constitucionalismo – o que lhe vincula à limitação do governo (e não dá ênfase ao agir positivo do Estado que é pressuposto às constituições) e, também, o que associa constitucionalismo com a autoridade dos juízes –, manifesta sua preocupação de que o constitucionalismo não se “degenere em um *slogan* vazio” (WALDRON, 2016, p. 23). Com isso, Waldron abre um debate sobre quais as projeção do constitucionalismo, que, para ele, “(...) parece não ser apenas uma teoria sobre formas e *procedimentos* do governo. É uma teoria sobre a importância de controlar, limitar e restringir o poder do estado de um modo substantivo” (WALDRON, 2016, p. 29-30, tradução livre, grifos do autor)<sup>3</sup>.

Merece destaque especial, aqui, aquilo que Waldron afirma como a dupla perspectiva da ideia de controle. Para ele, afirmar que, em democracias o governo é controlado pelo povo, não pode ser entendido apenas num viés negativo (do que o Estado não pode fazer), mas deve ser incluída, também, uma espécie de direcionamento social, como um caráter afirmativo do controle. Esta dimensão positiva que é associada ao verbo controlar diz respeito ao fortalecimento das instituições democráticas (WALDRON, 2016, p. 31).

Adaptando a discussão ao contexto brasileiro, como teoria normativa, o constitucionalismo de 1988 vai muito além de informar ao Estado sobre as matérias que não podem ser objeto de sua intervenção (poderíamos citar, por exemplo, que, por força constitucional, não são admitidas a censura, a violação ao direito à propriedade privada se cumprida sua função social, dentre outros elementos que poderiam ser aqui referidos com certa facilidade). Ao final desta parte, portanto, a conclusão a que podemos chegar é que a estrutura redacional da Constituição brasileira traça, de forma bastante detalhada, *perfis institucionais desejáveis*. E, para isso, como teoria constitucional, o constitucionalismo agrega seu potencial normativo.

---

3. No original: “(...) Unlike, say, the rule of law, constitutionalism seems to be not just a normative theory about the *forms* and *procedures* of governance. It is a theory about the importance of controlling, limiting, and restraining the power of the state in a substantive way” (grifos do autor).

## Uma leitura específica do problema: as insuficiências democráticas do Estado brasileiro

Até aqui, defendi que a Constituição brasileira traz um caráter promocional para o desempenho das nossas instituições. A partir dessa base, quais seriam os critérios específicos que configurariam um bom desempenho? Proporei dois elementos, cujo descumprimento caracteriza uma insuficiência democrática. Assim, para esboçar uma caracterização para as insuficiências democráticas<sup>4</sup> do Estado brasileiro, antes, é preciso enfrentar alguns temas conexos, como forma de estabelecer pressupostos teóricos às reflexões decorrentes. Na primeira parte deste texto, foi possível demonstrar que o constitucionalismo, em sua associação com uma concepção normativa de constituição, produz desenho de *perfis institucionais desejáveis*. Neste momento, a esta perspectiva, busca-se somar outro elemento: a democracia como pressuposto da intervenção estatal. Isto é, se a organização do poder do Estado se dá através de suas instituições, também é possível afirmar que uma das dimensões do *desejável* é que elas sejam democráticas.

Mas, direcionando o olhar especificamente para o contexto brasileiro, o que são instituições democráticas? É possível pensar este questionamento a partir de três perspectivas. A *primeira* delas diz respeito a dar conteúdo ao significado de instituição. Neste sentido, a construção teórica de Guillermo O'Donnell traz clareza ao tema. Para o autor, instituições são "(...) padrões regularizados de interação que são conhecidos, praticados e aceitos regularmente (...) por agentes sociais dados, que, em virtude dessas características, esperam continuar interagindo sob as regras e normas incorporadas (formal ou informalmente) nesses padrões" (O'DONNELL, 1991, p. 27). Ou seja, é possível perceber que, na própria forma de perceber conceitualmente as instituições, está incluída duas perspectivas: previsibilidade e estabilidade.

Contudo, para além de compreender o significado de instituição, importa também desenvolver o argumento que lhe possa atribuir a qualidade democrática. Assim, chegamos à *segunda* pers-

---

4. Há muitos modos de tratar a edificação da democracia no contexto brasileiro, sob as mais variadas ênfases. Para fins deste estudo, a proposta é relacionar democracia e Estado, apresentando uma análise crítica sobre o caráter democrático das práticas estatais.

pectiva de abordagem do tema. Neste sentido, parece apropriado afirmar que, no Ocidente, a fórmula de sucesso da democracia está relacionada ao equilíbrio institucional no modo de distribuição do exercício do poder. Assim, poderíamos chegar à conclusão que instituições democráticas são aquelas que fazem parte de um arranjo de engenharia constitucional, arquitetado a partir da pluralidade de focos de poder, o que se conciliaria com projeções democráticas (em contraposição à ideia de concentração de poder). A partir disso, pensando a experiência brasileira, a separação de poderes ganha destaque, com a fixação de papéis ao Legislativo, ao Executivo e ao Judiciário, assim como o Ministério Público (por possuir, nos termos do art. 127 da Constituição brasileira, a incumbência de promover a defesa do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis). Só que isso parece insuficiente em relação aos possíveis desdobramentos que virão na sequência.

Com isso, chega-se, então, à *terceira* perspectiva de fazer referências às instituições democráticas<sup>5</sup>. Trata-se de avaliar a qualidade democrática das práticas institucionais. Isto é, de analisar se as medidas institucionais tomadas pelo Estado possuem *densidade democrática* suficiente. A expressão *densidade democrática* soa interessante para esta parte, porque ela nos remete a níveis de democracia (o quanto de “matéria democrática” é possível encontrar em determinada prática institucional), o que se torna relevante considerando que, para certas instituições – como o Judiciário, por exemplo –, não são direcionadas

---

5. Poderia também ter me orientado por O'Donnell (1991, p. 27-29) neste tema, pois ele estabelece, em síntese, as seguintes características para as instituições democráticas: a) “(...) são instituições políticas num sentido amplo; elas têm uma relação direta e reconhecível com os principais temas da política”; b) “(...) As instituições incorporam e excluem. As instituições estabelecem quais agentes, com base em que recursos, demandas e procedimentos, são aceitos como vozes válidas em seus processos de decisão, tanto na tomada de decisões como em sua implementação”; c) “As instituições conformam a distribuição de probabilidade de resultados. (...) as instituições só processam certos atores e recursos, e o fazem sob certas regras”; d) “As instituições tendem a agregar – a estabilizar essa agregação – o nível de ação e organização dos agentes que interagem com elas (...)”; e) “As instituições induzem padrões de representação”; f) “As instituições estabilizam os agentes/representantes e as expectativas. (...) Nesta situação é possível dizer que uma instituição (que provavelmente já se tornou uma organização formal) é forte: ela está em equilíbrio, que ninguém tem interesse em mudar exceto de maneira gradual e basicamente consensual”; g) “As instituições ampliam os horizontes temporais dos atores. A estabilização de agentes e expectativas envolve uma dimensão temporal: espera-se que as interações institucionalizadas continuem no futuro, mais provavelmente entre o mesmo (ou alterado de maneira lenta ou bastante previsível) conjunto de agentes”.

diretamente, como produto de suas decisões, o atendimento a expectativas democráticas (a demandas sociais). Com base nisso, a questão fica sendo, aqui, como caracterizar *condições ótimas de democracia*.

Neste momento, então, gostaria de tratar de uma concepção de democracia que associa, nos limites deste trabalho, o posicionamento de três autores: Ronald Dworkin (2005), Guillermo O'Donnell (1991) e Luis Felipe Miguel (2017). A partir da leitura de seus textos e das reflexões que desenvolvi como consequência, entendo a democracia como a conjugação inicial de dois elementos: garantia de igualdade (como inclusão social) e estabilidade institucional. Assim o que se está querendo afirmar é que as *condições ótimas da democracia* estão relacionadas com a igualdade no tratamento dado aos cidadãos (sob a perspectiva de assegurar todos os tipos de igualdade), mas também à existência de práticas institucionais que incorporem valores democráticos. Então, quanto mais o Estado for permeável – direta e indiretamente – às projeções do povo, compreendido aqui como “(...) um coletivo de cidadãos-sujeitos de direitos, ligados por esses direitos e conscientes de compartilhar a mesma experiência de direitos” (ROUSSEAU, 2018), mais democrática será sua intervenção (respeitando-se, é claro, os limites e contornos institucionais de ação que o próprio constitucionalismo delimita). Não por acaso, a partir de uma visão mais contemporânea e relacionada ao contexto brasileiro do tema, Luis Felipe Miguel traça “quatro desafios à edificação da democracia”<sup>6</sup>, que, numa leitura derivativa, também podemos compreender como alguns componentes para sua concepção de democracia, com os quais concordamos, quais sejam: institucionalidade política democrática; inclusão social que gere autonomia política; pluralização do debate público; e adesão às regras do jogo democrático (MIGUEL, 2017, p. 103).

Ocorre que a história brasileira vem marcada por dificuldades democráticas, também compreendidas como suas insuficiências. Não

---

6. “Seus eixos são quatro ‘desafios’ à edificação da democracia – que correspondem a quatro seções do texto: (1) a implantação de uma institucionalidade política democrática, capaz de conjugar tanto a soberania popular quanto o respeito às minorias; (2) a inclusão social, com a universalização dos recursos mínimos para o exercício da autonomia política; (3) a pluralização do debate público, permitindo o exercício esclarecido dos direitos de cidadania, o que, evidentemente, passa pela democratização dos meios de comunicação; e (4) a produção do consenso, entre os diversos atores sociais, quanto à adesão às regras do jogo político democrático” (MIGUEL, 2017, p. 103).

por acaso, com Guillermo O'Donnell, chegamos a uma nova tipologia das democracias, as “democracias delegativas”, que condiciona a maturidade democrática – como edificação da democracia – a um duplo movimento para a superação do autoritarismo: a transição de um governo democraticamente eleito (que seria o primeiro movimento de ruptura neste processo) para um regime democrático e seu equivalente, isto é, uma democracia institucionalizada consolidada. Neste sentido, uma democracia institucionalizada consolidada pressupõe “políticas públicas e estratégias políticas (...) que incorporem o reconhecimento de um interesse superior comum na tarefa de construção institucional democrática” (O'DONNELL, 1991, p. 26). Em que pese a publicação deste autor não esteja especificamente relacionada ao Brasil (muito mais à América Latina) e apesar de seu texto ter sido produzido em momento muito recente em relação ao processo constituinte brasileiro – o artigo é de 1991 –, a intenção não de trazer suas contribuições teóricas ao debate não consiste na tentativa de enquadrar ou não o Brasil a partir de sua nova tipologia (“democracias delegativas”). Na verdade, a intenção, aqui, é visualizar os problemas democráticos sob a perspectiva das instabilidades institucionais, algo que será ainda melhor exemplificado na sequência.

### **Desdobramentos possíveis do problema: o populismo e o ativismo judicial como impactos das incapacidades do Estado**

A partir do momento quando compreendemos o constitucionalismo como um modo de orientação ao agir do Estado, projetando nele, também, expectativas positivas, e não apenas limites para sua atuação, conjugamos elementos materiais de democracia aos desenhos constitucionais esboçados para suas instituições. Desse modo, assumindo a premissa da existência de *perfis institucionais desejáveis*, no âmbito político, as condições ótimas de democracia ficam relacionadas à permeabilidade da intervenção estatal às demandas da sociedade, cujo atendimento pode resultar na formulação de políticas públicas ou em inovações legislativas. Uma vez não atendidas (ou frustradas), podem produzir a quebra de confiança (entre representados e representantes) e/ou conduzir a entendimentos que visualizam esta ausência de resposta a problemas sociais como incapacidade(s) do Estado (WANG, 2013, p. 17). E, na maioria das vezes, tudo isso repercute como déficits democráticos. Como, então, aproximar povo e poder? É na complexidade deste questionamento

que o ativismo judicial e o populismo, cada um a seu modo, surgem como manifestações eventuais dos membros do Poder Judiciário e Executivo, respectivamente.

Atentos a esta problemática, em texto recente para a Revista Eletrônica Consultor Jurídico, no espaço destinado ao grupo de pesquisa *Dasein* – Núcleo de Estudos Hermenêuticos, chamado “Diário de Classe”, Giancarlo Montagner Copelli e eu (2020) decidimos escrever sobre as possíveis relações entre ativismo judicial e populismo. E, assim, alçamos os dois fenômenos, com suas diferenças, a fissuras (ou rupturas) institucionais de mesmo tipo. O ponto de partida comum para pensar práticas ativistas e populistas: a quebra com a estabilidade institucional (compreendida como o perfil traçado pela Constituição brasileira) e a presença de um critério de pessoalidade nas práticas do Estado, especificamente, do Poder Executivo (populismo) e do Poder Judiciário (ativismo). Para justificar tal argumento, parece relevante apresentar os elementos teóricos que se vinculam a ambos os fenômenos.

Desde a Constituição de 1988, com seu vasto catálogo de direitos assegurados aos cidadãos e os mecanismos judiciais de acionamento do Estado para seu cumprimento, o Poder Judiciário assumiu relevante papel na consolidação do projeto constitucional. A baixa constitucionalidade (STRECK, 2013), como reflexo de um País ainda apegado a regulamentações infraconstitucionais e a uma concepção não normativa de constituição (mas meramente programática), impulsionou um intenso processo de judicialização da política, voltado à concretização de direitos. Somando-se a isso um cenário de apatia política, especialmente marcado por um Legislativo inoperante (ausente na canalização institucional de demandas sociais), o ativismo judicial surge com um dos modos de conceber o exercício da jurisdição, numa espécie de preenchimento do vazio deixado pela representação política.

Assim, numa breve síntese, por se tratar de tema já periodicamente (re)visitado, o ativismo judicial surge como um fenômeno gestado no âmbito da instituição Poder Judiciário, rompendo com os limites constitucionais de intervenção judicial, porque se caracteriza como uma postura justificada a partir de elementos não jurídicos (talvez morais, políticos ou econômicos), relacionados à pessoalidade (à vontade) do julgador, sendo portanto, uma conduta imprevisível e incapaz de refletir segurança jurídica, tampouco

equanimidade na prestação jurisdicional (TASSINARI, 2013)<sup>7</sup>. É assim que o ativismo judicial, como fator de atendimento de demandas sociais via Judiciário – que passa a substituir a vontade política do Legislativo ou do Executivo, numa usurpação de competências –, ganha a simpatia da população e de parcela da comunidade jurídica, por seu potencial de gerar progresso social (por todos, o posicionamento de Luís Roberto Barroso [2016]). E é assim, também, que o ativismo judicial produz seu paradoxo: projetado como incremento da democracia (para suprir o que o poder político não fez), afronta as regras do jogo democrático, porque desconstitui o perfil institucional de intervenção do Judiciário, já que a jurisdição não foi pensada para ser permeável às pressões populares.

Por sua vez, como um fenômeno complexo, cuja “ambiguidade conceitual” (INCISA, 2010, p. 981) se manifesta nas mais variadas formas de dar tratamento ao tema, a expressão populismo vem sendo empregada mundialmente, sem que haja exclusividade na vinculação com orientações políticas – esquerda ou direita (WERNER-MÜLLER, 2016, p. 1). Em que pese sua concepção teórica seja um tanto quanto turva, é possível fixar um contexto específico para seu (re)aparecimento: o populismo é próprio de democracias representativas que não conseguiram manter o elo (democrático) de confiança entre representados e representantes, isto é, ele emerge “(...) quando as instituições não conseguem atender às demandas populares” (LACLAU, 2014).

A partir disso, caracteriza-se, dentre outros elementos<sup>8</sup>, por um antipluralismo (WERNER-MÜLLER, 2016, p. 3), ou seja, por um pressuposto de “(...) homogeneidade das massas populares” (INCISA, 2010, p. 981), como se um único líder – sozinho e sem o reconhecimento das estruturas partidárias –, numa espécie de privilégio moral, fosse capaz de representar a síntese das pretensões sociais (WERNER-MÜLLER, 2016, p. 3). Por isso, “(...) ao propor

---

7. Há várias perspectivas de tratamento teórico atribuído ao ativismo judicial. Aceitamos o pressuposto desenvolvido pela Crítica Hermenêutica do Direito, de Lenio Streck, que percebe o ativismo judicial como um problema para a democracia, nos termos como foi exposto acima.

8. Jan Werner-Müller (2016, p. 2-3) afirma que, dentre as dificuldades conceituais de organizar o debate sobre populismo, há três elementos que o caracterizam: o antielitismo (*antielitism*), o antipluralismo (*antipluralism*) e a representação de um perigo à democracia (*danger to democracy*), sendo este último uma forma de identidade política (*a form of identity politics*).

soluções míticas, projeta o fim das instituições democráticas, mina a burocracia necessária à impessoalidade – que, entre outros fatores, caracteriza o Estado de Direito – e, ao alimentar toda sorte de ativismos – como rápido caminho à satisfação popular – procura, também, reescrever a Constituição” (COPELLI, inédito).

Assim, é possível perceber que ambos os fenômenos mobilizam a dinâmica direito e política. Nos dois casos, as insuficiências democráticas do Estado figuram como incapacidades, a ponto de provocarem rupturas institucionais, ou seja, medidas cujo conteúdo está para além (ou fora) do que é projetado para a intervenção estatal, porque se caracterizam pela imprevisibilidade (pronunciamentos de ocasião) e pela constituição de vínculos de pessoalidade (e, até mesmo, emocionais) com a figura do juiz do caso ou com a do governante (isto é, com os atores). Apesar disso, formalmente, tanto o ativismo judicial quanto o populismo apresentam verniz de legitimidade, afinal, por mais que suas práticas não assumam caráter institucional, ainda assim, o lugar de fala destes atores – jurídico (ativismo judicial) e político (populismo) –, é a estrutura estatal, cujo acesso se deu via concurso público ou pleito eleitoral. Evidentemente, isso não é suficiente para atribuir, em definitivo, legitimidade às suas práticas, como mesmo se conclui da leitura da obra de Pierre Rosanvallon (2009), cujo esforço teórico se volta a discutir a construção da legitimidade democrática das instituições para além das vias de acesso; contudo, posturas ativistas e populistas conseguem estabelecer conexões com os anseios populares, o que, sob certa perspectiva, garante a aceitabilidade de ambas as práticas, ainda que à revelia da Constituição.

Por outro lado, há um afastamento significativo entre os dois fenômenos, a começar pela diferença entre os sistemas aos quais estão associados: o ativismo judicial, ao jurídico; o populismo, ao político. Ainda, é possível adicionar ao populismo um componente específico: na maioria das vezes, as promessas populistas tornam-se improváveis de serem efetivadas; ficam no plano mítico (COPELLI, inédito). Ao contrário, o ativismo judicial, em que pese também seja uma postura isolada, porque conectada ao ator, e não à instituição, produzirá efeitos, ainda que seja para um único caso, aspecto que pode desaparecer, por exemplo, quando estivermos tratando de decisões judiciais ativistas em sede de controle de constitucionalidade concentrado, que possuem efeito vinculante (apesar de não ser pos-

sível afirmar que isso seja “remédio” contra ativismos judiciais, cuja marca é justamente a ruptura com a cadeia decisória).

Por fim, resta evidente que a proposta desta parte do texto não consiste em traçar um amplo paralelo, com aproximações e distanciamentos, entre ativismo judicial e populismo, o que ensejaria uma pesquisa ainda mais aprofundada e especificamente direcionada. Entretanto, ambos podem ser apontados como impactos negativos à democracia, como produtos das incapacidades do Estado, compreendidas a partir de suas insuficiências democráticas. Como se pode perceber a partir do que foi desenvolvido acima, ativismo judicial e populismo demonstram como as dificuldades democráticas vivenciadas no Brasil também podem ser lidas como desvios institucionais.

### **Considerações finais**

As três partes do texto, embora cada qual com sua ênfase específica de abordagem, em seu conjunto, contribuem sobremaneira para a elaboração de uma síntese, como forma de apresentação de um resultado parcial para as pesquisas que vêm sendo desenvolvidas a partir de dois projetos – “Diálogos institucionais: a relação direito e política em tempos de protagonismo judicial” (PPGD/Unisinos) e “Estado, políticas públicas e populismo: democracia à margem das instituições?” (ARD/Edital n. 04/2019/Fapergs). Assim, como *argumento final*, é possível afirmar que os desgastes democráticos experimentados pelo Brasil de longa data também se caracterizam – talvez hoje mais do que nunca – como fissuras institucionais, cujos impactos podem ser sentidos através da emergência de fenômenos que, muitas vezes em nome da própria democracia (ou pretensamente justificados a partir dela), rompem com o desenho institucional projetado pela Constituição para as práticas estatais. Desse modo, considerando a extensão em conteúdo que possui esta afirmação, é possível mobilizar suas premissas a partir dos questionamentos abaixo, como forma de considerações finais, articuladas sob os pressupostos/fundamentos teóricos já detalhados ao longo do texto.

*Como a concepção de constituição e constitucionalismo orientam o papel do Estado?* Compreender as constituições – especialmente a brasileira – como o elo entre o direito e a política, percebendo o caráter normativo dos objetivos traçados ao Estado, para além de apontar o constitucionalismo como um elemento de limitação do poder, também permite visualizar nesta teoria uma *leitura de orien-*

tação, isto é, uma projeção de expectativas relacionadas a perfis dos agentes estatais, fixados a partir do arcabouço institucional. Assim, entre o que não se pode fazer (limites) e o que se espera que seja feito (possibilidade), é que se encontra a ideia de estabilidade.

*O que são instituições democráticas e quais as suas insuficiências?* Existem diversas perspectivas de compreender a democracia, dependendo da ênfase que se deseja atribuir ao tema. Em sua relação com o Estado, há dois componentes que considero indispensáveis: garantia de igualdade (como inclusão social) e estabilidade institucional. Neste sentido, faz parte da regra do jogo democrático que exista certo equilíbrio institucional no exercício do poder. Assim, democracia pressupõe a manifestação do Estado a partir de suas instituições (poderíamos referir, aqui, traçando o elo com o objeto de análise deste texto, a separação de Poderes em Legislativo, Executivo e Judiciário). Mas não basta isso para caracterizar uma instituição como democrática: no âmbito do poder político, torna-se importante analisar se suas práticas também refletem pautas e interesses sociais, isto é, parece relevante avaliar quão permeável se torna a estrutura do Estado às pretensões da sociedade – quanto mais permeável, maior a qualidade democrática (e, claro, isso envolve a formulação e a implementação de políticas públicas). O problema é que o Brasil há muito tempo convive com certas *dificuldades democráticas*: desigualdade(s) alarmante(s), déficits de cidadania, baixa constitucionalidade e uma profunda crise de representatividade, caracterizada pela falta de confiança nas instituições, cenário frutífero para a emergência de soluções mágicas para demandas não atendidas.

*Como o ativismo judicial e o populismo apresentam-se como possíveis impactos dos problemas apontados?* Ativismo judicial e populismo são eventos de ocasião, elementos parasitários da democracia. Cada qual desidratando um corpo institucional específico (Judiciário e Executivo, respectivamente), no modo como compreendidos neste texto, provocam simpatia popular imediata sem a garantia de resultado a longo prazo, na medida em que a imprevisibilidade de posturas ativistas e populistas produz a incapacidade de projetar soluções estatais para problemas futuros, nem mesmo tornando-se possível prever se a resposta do Estado será oferecida mediante posicionamentos progressistas ou conservadores.

Por tudo isso, parece adequado concluir que o Brasil – e não apenas o nosso país – encontra-se diante de um grande desafio:

dentre as infinitas possibilidades de divergências que um regime democrático permite e apesar da convivência com a emergência de fenômenos que lhe degeneram, em democracia, existe uma estabilidade desejada – a estabilidade institucional. É o que nos oferece condições de projetar sentidos histórico e democraticamente construídos sobre o papel das instituições (democráticas). É isso que nos permite exigir de nossas instituições, mesmo em momento de crises, certa resistência constitucional.

## Referências

ABRANCHES, Sérgio. Polarização radicalizada e ruptura eleitoral. *In: \_\_\_\_\_ et. al. Democracia e (m) risco: 22 ensaios sobre o Brasil hoje.* São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

ACKERMAN, Bruce. Oliver Wendell Holmes lectures: the living constitution. *Harvard Law Review*, v. 120, n. 7, p. 1737-1812. 2007. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu>. Acesso em: 23/05/2020.

BARROSO, Luís Roberto. A função representativa e majoritária das cortes constitucionais. *In: MORAIS DA ROSA, Alexandre et al (Orgs.). Hermenêutica, constituição, decisão judicial: estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz Streck.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 159-175.

COPELLI, Giancarlo Montagner. Impactos do discurso populista no Estado Democrático de Direito [inédito].

INCISA, Ludovico. Populismo. *In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política.* v.2. 13. ed. Brasília: Editora UnB, 2010. LACLAU, Ernesto. *A razão populista.* São Paulo: Três Estrelas, 2013.

LACLAU, Ernesto. Ernesto Laclau defende o populismo latino-americano para assegurar a participação da população na política. Entrevista cedida a Leandro Fontoura. *Zero Hora*, Porto Alegre, 14 abr. 2014. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br>. Acesso em: 23/05/2020.

MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad.* Madrid: Editora Trotta, 1988.

MIGUEL, Luis Felipe. Caminhos e descaminhos da experiência democrática no Brasil. *Sinais Sociais*, Rio de Janeiro, n. 33, v. 11, p. 99-129, jan.-abr. 2017. Disponível em: <http://www.sesc.com.br>. Acesso em: 23/05/2020.

O'DONNELL, Guillermo. Democracia Delegativa? *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 31, p. 25-40, out. 1991. Disponível em: <http://uenf.br>. Acesso em: 22/04/2020.

PILATTI, Adriano. *A constituinte de 1987-1988: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

ROSANVALLON, Pierre. *La legitimidad democrática: imparcialidad, reflexividad, proximidad*. Tradução de Heber Cardoso. Buenos Aires: Manantial, 2009.

ROUSSEAU, Dominique. Crise das democracias se deve ao surgimento de uma oligarquia neoliberal. Entrevista cedida a Vitor Nocchi. *IHU On-Line: revista do Instituto Humanitas Unisinos*, São Leopoldo, 14 nov. 2018. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br>. Acesso em: 23/05/2020.

SCAFF, Fernando F. *Orçamento republicano e liberdade igual*. Belo Horizonte: Forum, 2018.

STRECK, Lenio L. *Hermenêutica Jurídica e (m) crise*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TASSINARI, Clarissa; COPELLI, Giancarlo M. Populismo e ativismo judicial são rupturas institucionais de mesmo tipo. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 14 mar. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br>. Acesso em: 23/05/2020.

WALDRON, Jeremy. *Political Theory: essays on institutions*. Cambridge/Massachusetts/London: Harvard University Press, 2016.

WANG, Daniel Wei Liang. Introdução. In: WANG, Daniel Wei Liang (Org.). *Constituição e política na democracia: aproximações entre direito e ciência política*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 11-18.

WERNER-MÜLLER, Jan. *What is populism?* Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2016.

ZOLLER, Élisabeth. Esplendores e misérias do constitucionalismo. *Sub judice: justiça e sociedade*. Judicial Review – o sonho americano. Lisboa, n. 12, p. 3-12, jan. /jun., 1998.

# A NATUREZA JURÍDICA DA PANDEMIA COVID-19 COMO UM DESASTRE BIOLÓGICO

*Délton Winter de Carvalho\**

---

## **Sentido jurídico da Covid-19**

Como já tivemos a oportunidade de afirmar (CARVALHO, 2020, p. 52-60), a formação do sentido de desastres encontra-se numa relação semântica pendular entre: (i) causas e (ii) consequências altamente específicas e complexas, convergindo para a descrição de fenômenos socioambientais de grande apelo midiático (SUGERMAN, 2007, p. 3) e irradiação econômica, política, jurídica e ambiental, capazes de comprometer a (iii) estabilidade do sistema social. Os desastres consistem, conceitualmente, em um cataclismo sistêmico de causas que, combinadas, adquirem consequências catastróficas. Para avaliar se a Covid-19 se trata ou não de um desastre, faremos uma confrontação da realidade da Pandemia com os três principais cenários conceituais.

(i) Uma concepção dominante de catástrofe nos remete aos impactos humanos e sociais ocasionados pela natureza (SÉGUR, 2005, p. 1693s), tais como, terremotos, tornados, incêndios. Esta concepção naturalística de catástrofes tende a vincular os desastres a eventos naturais desencadeadores de danos humanos e à propriedade, dotados estes de grande magnitude. Subjaz a esta noção mais tradicional de desastres, uma distinção cartesiana entre homem/natureza, concebendo desastres como aqueles eventos naturais, não habituais e de intensidade irresistível (SÉGUR, 2005, p. 1693s).

No entanto, a evolução tecnológica e científica da Sociedade Contemporânea ocorrida, principalmente, após a industrialização, desencadeou a ampliação da capacidade de intervenção do homem

---

\* Pós-Doutor em Direito Ambiental e dos Desastres, University of California, Berkeley, EUA. Doutor e Mestre em Direito UNISINOS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, nível Mestrado e Doutorado. Advogado, parecerista e consultor jurídico. E-mail: [delton@deltoncarvalho.com.br](mailto:delton@deltoncarvalho.com.br).

sobre a natureza, havendo, em quase todos desastres denominados *naturais*, algum fator antropogênico (FARBER; CHEN; VERCHICK; SUN, 2020, p. 3), o que frequentemente torna as fronteiras entre estes conceitos turvas. Apesar de tais dificuldades conceituais, para fins didáticos, os desastres são constantemente descritos e classificados segundo suas causas, como “naturais”, mistos ou antropogênicos. Os desastres naturais são aqueles decorrentes imediatamente de fenômenos naturais, atribuíveis ao exterior do sistema social, sendo frequentemente classificados nas categorias de desastres geofísicos, meteorológicos, hidrológicos, climatológicos e biológicos (VOS; RODRIGUEZ; BELOW; GUHA-SAPIR, 2010, p. 13). Entre os exemplos de desastres biológicos, encontram-se as epidemias e as infestações de insetos.<sup>1</sup> Note-se, portanto, que as pandemias são frequentemente passíveis de se configurarem em desastres biológicos, geralmente sob a classificação de *naturais*, em dicotomia aos desastres antropogênicos, com as devidas ressalvas já observadas aqui neste texto sobre o critério da “causalidade natural” (FARBER, 2019c, p. 27-28). Em suas especificidades, este consiste em um verdadeiro desastre ao sistema de saúde pública mundial.

(ii) No que diz respeito à segunda dimensão constitutiva do sentido de desastre, há um destaque para as consequências de um evento para o seu enquadramento como desastre. Os desastres são constantemente descritos como eventos que acarretam perdas de vidas humanas, saúde pública, de propriedades ou mesmo ambientais. A Oficina das Nações Unidas para a Redução de Riscos de Desastres (UNDRR – *United Nations Office for Disaster Risk Reduction*), responsável pela uniformização conceitual em nível internacional, descreve desastre como “uma perturbação grave do funcionamento de uma comunidade ou sociedade em qualquer escala devido a eventos perigosos que interagem com condições de exposição e capacidade, levando a um ou mais dos seguintes itens: perdas e impactos humanos, materiais, econômicos e ambientais” (POPOSKI, 2014). Importante destacar que o sentido de desastre não se refere a um plano individual, mas diz respeito a eventos que atuam no plano da sociedade (*societal disasters*), geralmente entendidos como eventos de grandes perdas para um número substancial de pessoas e bens (SUGERMAN, 2007, p. 1).

---

1. Tipologia esta adotada nacional e internacionalmente.

Para o *Centre for Research on the Epidemiology of Disasters*, desastre é a situação ou o evento que supera a capacidade local, necessitando um pedido de auxílio externo em nível nacional ou internacional, bem como um evento imprevisto e, frequentemente, súbito, que causa grande dano, destruição e sofrimento humano (VOS; RODRIGUEZ; BELOW; GUHA-SAPIR, 2010, p. 12). Para o referido centro de pesquisa da *Université Catholique de Louvain – Belgium*, ao menos um dos critérios que seguem deve ser preenchido para a configuração de um evento danoso à condição de desastre: (a) 10 ou mais mortes humanas (efetivas ou presumidas); (b) pelo menos 100 pessoas atingidas (necessitando de comida, água, cuidados básicos e sanitários; desalojados e feridos); (c) ter sido declarado estado de emergência; (d) ter havido um pedido de ajuda internacional (VOS; RODRIGUEZ; BELOW; GUHA-SAPIR, 2010, p. 12).

Os números da Covid-19 são capazes de demonstrar, sem a necessidade de maior aprofundamento, que esta se enquadra como desastre, também a partir da análise de sua intensidade, superando não apenas o número de óbitos (a), mas o número de atingidos (b), como também, a declaração de Estado de Emergência (d). Não bastassem todos estes “atributos”, a presente pandemia tem um gravíssimo efeito colateral econômico.

(iii) A análise sistêmica dos desastres demonstra, por sua vez, o fato desses se tratarem de fenômenos dotados de alta complexidade e constituídos por causas multifacetadas e consequências graves. A interação entre estes fatores ressalta a relevância de uma análise sistêmica de tais fenômenos para a formação de seu sentido. Sistemicamente, os desastres são provenientes de circunstâncias naturais, tecnológicas ou sociopolíticas. Esta combinação de fatores exógenos e endógenos ao sistema social, é capaz de ocasionar a perda de sua estabilidade sistêmica. O comprometimento desta estabilidade repercute, assim, na quebra das rotinas coletivas inerentes às comunidades, na sociedade e na necessidade de medidas urgentes (e, geralmente, não planejadas) para gerir (restabelecer) a situação (PORFIRIEV, 1998, p. 62). Os desastres são fenômenos extremos capazes de atingir a estabilidade sistêmica social, num processo de irradiação e retroalimentação de suas causas e efeitos econômicos, políticos, jurídicos e científicos.

Em nível de Direito Internacional dos Desastres (CARVALHO, 2020, p. 66-76), a perda da capacidade de resposta ao evento

em face de uma desestabilização sistêmica também compõe o conceito de desastres proposto pelo Projeto de Artigos para a Proteção de Pessoas em Eventos de Desastres da Comissão de Direito Internacional da Assembleia Geral das Nações Unidas – AGNU<sup>2</sup>. O sistema normativo brasileiro adota uma descrição conceitual de desastres também a partir de uma simbiose entre os três elementos acima descritos (causas, consequências e estabilidade).<sup>3</sup>A perda da estabilidade sistêmica também é representada pela decretação de atos tais como Estado Constitucional de Defesa (por grave e iminente instabilidade institucional ou calamidade pública) (BRASIL, 2020<sup>4</sup>; BRASIL, 2020c; BRASIL, 2020b) pela União, assim como de Situação de Emergência<sup>5</sup>ou de Estado de Calamidade Pública<sup>6</sup>, por Estados e Municípios. Note-se inevitável, aqui também, considerarmos a Pandemia causada pelo novo coronavírus como um verdadeiro desastre, tendo este desencadeado uma desestabilização social sistêmica, o que redundou em decretações generalizadas (em nível nacional, estadual e mesmo municipal) de excepcionalidade institucional.

Portanto, ante a análise da presente Pandemia, a partir dos três cenários conceituais mais frequentes para a identificação de um evento, quer físico ou social, como desastre, há uma inarredável conclusão da configuração desta como tal. Doravante, contudo,

---

2. Art. 3º, desastre é “um evento de calamitoso ou uma série de eventos que resultam em ampla perda de vidas, grande sofrimento e angústia humana, deslocamento em massa ou danos materiais ou ambientais em larga escala, comprometendo seriamente o funcionamento da sociedade”.

3. Segundo o art. 2º, II, do Decreto nº 7.257/10, desastre é o “resultado de eventos adversos, naturais ou provocados pelo homem sobre um ecossistema vulnerável, causando danos humanos, materiais ou ambientais e consequentes prejuízos econômicos e sociais” (BRASIL, 2010a).

4. Decreto Legislativo n. 06/20 que “reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020”. Reconhece-se que apesar do Estado de Calamidade Pública ter se dado com o fim específico de aliviar o controle fiscal de gastos públicos, este também demonstra cabalmente uma perda de estabilidade inerente aos desastres (BRASIL, 2020). Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Brasília, DF: Senado Federal, 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 03/04/2020.

5. Art. 2º, III, do Dec. 7.257/10 (BRASIL, 2010a).

6. Art. 2º, IV, do Dec. 7.257/10 (BRASIL, 2010a).

cabe um aprofundamento acerca da capacidade deste conceito tratar-se, no sistema jurídico, de um elemento capaz de acoplar diversas áreas do Direito, a partir da racionalidade e contribuições do Direito dos Desastres, irradiando tais estruturas e funções a serem assimiladas especificamente pela racionalidade, dogmática e códigos de decisão inerentes a cada área jurídica específica.

### **O círculo do direito dos desastres e a nova normalidade**

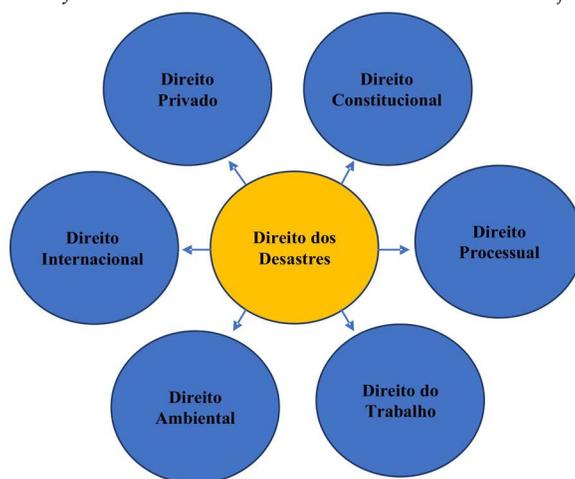
A partir da constatação de que a Pandemia é aglutinada no conceito jurídico de desastre, este atua como o elemento jurídico comum capaz de promover a integração do Direito dos Desastres com as demais áreas jurídicas. Neste processo de integração, desencadeado pela configuração de um evento social como desastre, o Direito dos Desastres irradia aos demais ramos o cumprimento conjunto de diversas funções tais como (i) manter a operacionalidade do Direito, assegurando sua habilidade de operar de acordo com os seus padrões de regras, procedimentos, rotinas e protocolos; (ii) lutar contra a ausência de Direito, pois nos desastres há a necessidade de que seja assegurada uma rápida atuação acerca das possíveis violações jurídicas nas comunidades atingidas por eventos graves; (iii) fornecer estabilização e reacomodação, devendo as vítimas serem abrigadas e, dependendo da gravidade do evento, serem permanentemente realocadas; (iv) promover a identificação das vítimas e responsáveis; (v) e finalmente, reduzir a vulnerabilidade futura, mediante os processos de aprendizagem com os eventos passados e as experiências bem-sucedidas (SARAT; LEZAUN, 2009, p. 6-8). Desta forma, a caracterização da natureza jurídica da Covid-19 como um desastre biológico tem a importante função de orientar os diversos processos de repercussão jurídica, em esferas específicas, e fornecerum portfólio, métodos e instrumentos jurídicos que permitem decisões em cenários de grandes danos e colapso.

O elemento que une todas estas fases é exatamente a necessidade de gestão (circular) do risco catastrófico, onde mesmo nas fases pós-desastre (resposta, compensação e reconstrução), deve haver a gestão de riscos como dever jurídico, a fim de reduzir os impactos e evitar novos eventos. O Direito dos Desastres tem um protagonismo durante eventos extremos, com a função precípua de fornecer estabilidade durante um processo de anormalidade, reestabelecendo, o mais rápido possível, uma nova normalidade (CAR-

VALHO, 2020, p. 78). Trata-se de um processo de estabilização social por decisões jurídicas dinâmicas (CARVALHO, 2020, p. 42-45) num processo de racionalização das incertezas.

Portanto, a partir da configuração de um evento como desastre todas as demais áreas entram em uma imediata interação com o Direito dos Desastres, em razão da própria declaração de um Estado de Defesa Constitucional, justificado por “calamidades de grandes proporções na natureza” (art. 136 CF). Este processo se dá de forma que o Direito dos Desastres possa, a partir de seus conceitos, normas e princípios, fomentar instrumentos para estabilização das instabilidades inerentes a cada esfera jurídica (relações de consumo, matéria processual, questões de ordem constitucional, relações contratuais empresarias ou civis, relações trabalhistas, cobrança de tributos, administração de tribunais e assim por diante). O Direito dos Desastres exerce tais orientações sem uma relação excludente, mas sim integrativa, a partir da configuração do evento *como* desastre (pelas declarações de anormalidade). Esta dinâmica encontra-se representada na imagem abaixo.

Figura 1: Influência do Direito dos Desastres nos outros ramos jurídicos



Fonte: Elaborada pelo autor.<sup>7</sup>

Agora é hora de avançar a presente análise sobre a compreensão de quais são estes padrões de decisão (*standards*) que devem

---

7. A partir de atos tais como as decretações de Estados de Emergência há a ativação da interação do Direito dos Desastres nas fases pré e pós-desastre.

orientar o Direito, como um todo, em um momento de Emergência Constitucional. Sem exclusão dos demais ramos, o Direito dos Desastres presta uma orientação de um ramo centrado na colonização do caos, a partir e pelo Direito. A configuração de um evento como desastre, geralmente ocasiona uma hiperprodução de atos normativos e conflitos judiciais nas mais diversas áreas do Direito, porém, tais devem ser integrados por uma racionalidade comum, tendo duas consequências: i) de um lado, uma função jurídica de, a partir da assimilação da anormalidade, encaminhar as rotinas jurídicas e aprópria Sociedade na direção de uma nova normalidade, operacionalmente estável; ii) de outro, cada ramo do Direito acaba assimilando e produzindo suas próprias reações específicas, seja no Direito Constitucional, no Direito Privado, Direito Processual Civil, Direito Ambiental, Direito do Trabalho, Direito Administrativo, Direito Tributário e assim por diante.

Portanto, todos estes ramos passarão a (i) ter que exercer sua contribuição para o ciclo de gestão circular do risco em cada uma das fases de um desastre (prevenção e mitigação; resposta emergencial; compensação; reconstrução), afim de colaborar globalmente com a necessidade de mitigação dos impactos; (ii) enfrentar a necessidade de fornecer estabilidade às situações caóticas, trazendo seus respectivos âmbitos de atuação de um modelo operacional em colapso, para uma nova normalidade; (iii) ter que fornecer absoluta prioridade e adotar como premissa orientadora das decisões jurídicas a função do Direito para redução das vulnerabilidades sociais, físicas ou tecnológicas (informacionais); (iv) diante das incertezas postas em jogo, a maior sensibilidade do Direito às dimensões desta para graduações proporcionais nas medidas preventivas ou precaucionais emergenciais a serem impostas, com parcimônia e equilíbrio; (v) por se tratar de riscos e impactos de grande magnitude, o Direito deve orientar suas decisões a partir de informações científicas, dotadas de credibilidade, mesmo que estas estejam em estágios iniciais de testes ou pesquisas, de incertezas ou mesmo ante a precariedade de dados.

### **Foco no risco (e no grau de incerteza para decidir)!**

É corrente constatar que desastres decorrem de uma equação em que risco + vulnerabilidade (- capacidade de mitigação e resposta) = desastre. Este consiste no “código genético” de desastres e, portanto, tanto o risco quanto a vulnerabilidade consistem em

pontos privilegiados para a análise e o enfrentamento jurídico a tais eventos.

Nesta direção, a identidade do Direito dos Desastres é construída a partir da gestão circular do risco, em que todas as fases de um desastre encontram sua unidade no dever jurídico de redução dos riscos. Para tanto, necessária a construção de cenários de riscos a fim de tornar possível processos de decisão, mesmo em contextos de alta incerteza e complexidade. Via de regra, as decisões tomadas em tais contextos deverão ser pautadas pela precariedade (possibilidade de revisão a qualquer momento) e guiadas por uma gestão adaptativa (*adaptive management*), isto é, que podem ser adaptadas ao passo que forem chegando novas informações, preponderantemente científicas.

Quando fazemos a análise do risco, a primeira tarefa é avaliar o grau de conhecimento acerca capacidade e conhecimento científico para quantificação da probabilidade e da magnitude de um dado risco. Um dos problemas na gestão de riscos da Covid-19, em quaisquer das fases do ciclo, é o alto grau de incerteza acerca destes elementos. Há um grande consenso acerca do desconhecimento científico e da incapacidade de quantificação conclusiva de quão impactante (magnitude) o coronavírus poderá ser, quer em nível nacional ou mesmo global. Quanto ao grau de incerteza do risco da Covid-19, esta encontra-se atualmente naquilo que se denomina ambiguidade (conhecimento acerca das probabilidades e efeitos definidos de forma pobre e precária)<sup>8</sup>.

Uma das principais estratégias para decisões em contextos de grande incerteza científica consiste no uso de cenários (*scenario planning*). Neste sentido, diferentemente de países que têm dispendido grande energia na tentativa de quantificação de parâmetros acerca da potencial letalidade da Covid-19, o Brasil não tem produzido seus próprios estudos na mesma medida que ocorrem em nível internacional. No entanto, o *Imperial College* de Londres vem produzindo relatórios contínuos acerca das estimativas de letalidade para a Covid-19. Para o Brasil, o referido relatório publicou no dia 26/04/2020

---

8. Acerca dos graus de incerteza dos riscos, classificados como risco, incerteza, ambiguidade e ignorância, ver Délton Winter Carvalho (2020, p. 176-180), Andy Stirling e David Gee Science (2002, p. 521), Andy Stirling, Ortwin Reen e Patric van Zwanenberg (2008).

o “*The Global Impact of Covid-19 and Mitigation and Suppression Strategies*” (WALKER; WHITTAKER; WATSON; *et al.* 2020). Neste, o grupo de resposta à Covid-19 da instituição estima para o Brasil que, num *melhor cenário*, com a adoção de distanciamento social, poderão morrer 44 mil pessoas. Já no pior cenário, em caso de não haver qualquer forma de quarentena e sem multiplicação de testes, a mortandade é estimada em 1,1 milhão de pessoas. Intermediariamente, encontram-se cenários de quarentena apenas para idosos, nos quais o número de mortes variaria entre 322 e 530 mil, a depender da taxa de transmissão e das medidas públicas de saúde adotadas (SANDES; MATOS, 2020). Apenas para se ter uma ideia da gravidade apresentada pelo conjunto de cenários, os piores remetem a uma equivalência em letalidade à Gripe Espanhola de 1918, uma das mais letais pandemias para a humanidade já registradas. Esta, teve uma letalidade estimada em, pelo menos, 50 milhões de pessoas no mundo (INFLUENZA, 2019). No caso da Covid-19, deve haver um ajuste, no caso dos piores cenários, nos números absolutos em virtude do aumento populacional (FINK, 2020). Como é comum em casos de desastres, há uma referência à recorrência de um evento para representar a magnitude de um evento. No caso da Covid-19, esta remonta a uma pandemia ocorrida há 100 anos, tendo como sua referência uma das mais letais pandemias da história da humanidade. Aí já se tem uma noção da gravidade do cenário apresentado, um evento equivalente apenas a outro ocorrido há um século.

Diante dos dados apresentados pelo *Imperial College*, a primeira constatação acerca da análise dos cenários traçados para o Brasil é de que há uma enorme margem de variação entre o melhor e o pior cenário possíveis. Consequentemente, há a demonstração de que se está diante de uma ambiguidade, isto é, um risco permeado por um alto grau de incerteza acerca da magnitude. Tais fatores são suficientes para atestar que, no caso da Covid-19, estamos, até o presente momento, diante de um cenário sujeito a padrões precaucionais (riscos não quantificáveis), em detrimento da prevenção (riscos passíveis de quantificação bem definida quanto às probabilidades e magnitude). Tal cenário, por evidente, mudará com o acréscimo de conhecimento acerca da doença e suas taxas de infecção e letalidade, por exemplo.

De tal sorte, a simbiose dos cenários demonstra que: (i) estamos diante de uma pandemia com potencial catastrófico, tendo

um pior cenário igualado à Gripe Espanhola, acrescido proporcionalmente do percentual de aumento populacional; (ii) como ocorre muito frequentemente em riscos graves, provavelmente não estaremos nem no melhor nem no pior cenário, mas em algum lugar mediano, o que seria no caso do Brasil em torno de 594 mil pessoas, ainda extremamente grave!; (iii) onde estará nossa taxa de mortalidade dependerá de um número enorme de fatores, tais como vulnerabilidades, exposição ao risco, capacidade de circulação de mantimentos, manutenção eficaz de serviços básicos essenciais, resposta eficiente e coordenada, planejamento antecipado, comunicação adequada do risco e de resposta, etc. Alguns destes fatores dependem da eficiência e adequação de políticas governamentais, capacidade de governança no planejamento, preparo e resposta emergencial, entre outros. Além disso, a adoção coordenada de medidas jurídicas de contenção da circulação de pessoas também exercerá seu papel nos números. Finalmente, a função governamental de coordenar um comportamento coletivo, a partir das melhores informações científicas também terá um papel significativo. Assim, muitos destes fatores de amplificação de riscos não dependem determinadamente de orientações individuais, tendo como requisitos a preparação governamental antecipada ou a emissão de normas para estabelecer parâmetros de legalidade extraordinária. No entanto, a exposição ao risco, depende significativamente do comportamento individual.

Desta forma, mesmo severos críticos ao Princípio da Precaução (SUNSTEIN, 2005), defendem a aplicação do princípio numa versão forte (com vários custos econômicos associados) para a contenção do contágio do novo coronavírus, como é o caso de Cass Sunstein (SUNSTEIN, 2020b). O motivo é que, apesar das significativas incertezas, o pior cenário estimado mostra-se catastrófico e, por isso, justifica uma versão forte da precaução e, conseqüentemente, de seus altos custos econômicos associados. Para tais casos, trata-se daquilo que o autor chama de um processo de “aversão à catástrofe” que deve ser imposta mesmo quando as probabilidades sejam baixas, *criando uma margem de segurança* apoiada em uma análise de custo-eficiência (*cost-effectiveness measures*) (SUNSTEIN, 2010a). Em sua versão mais intensa, a precaução tem o seu foco na eliminação do pior cenário (SUNSTEIN, 2010a, p. 169). Desta forma, mesmo custos econômicos elevados são justificados para casos de combate a riscos

catastróficos, a partir da aceitação de custos que atuam como uma espécie de prêmio securitário.

As variações do distanciamento social, em menor ou maior intensidade, irão repercutir proporcionalmente nas restrições a direitos, liberdades e garantias. Estas e outras medidas adicionais<sup>9</sup> de restrições ocorrerão em intensidades diferentes, podendo chegar à restrição extrema de limitar o direito de ir e vir livremente, sob pena de sanções administrativas e penais para casos graves. Não se pode olvidar, contudo, que deve haver sempre uma especial atenção à adequação, necessidade e proporcionalidade das medidas adotadas, a partir das informações científicas vigentes e à gravidade dos cenários apresentados. Ainda, esta legalidade extraordinária (SILVA, 2007, p. 619) não pode perdurar ou ser imposta por tempo indeterminado, devendo ter, necessariamente, um limite para vigência.

### **Atenção às vulnerabilidades**

Desastres podem atingir toda uma comunidade, mas afetarão de forma mais intensa aos mais vulneráveis. Riscos catastróficos não são homogêneos, mesmo que globais. No caso da Covid-19 pode ser dito que “todos estão em risco, mas alguns, indubitavelmente, estão mais expostos que outros” (FARBER, 2020a). Ser vulnerável é estar desproporcionalmente exposto aos riscos. Os fatores de vulnerabilidade são os mais diversos, tais como os físicos (decorrentes de exposição física aos riscos ou características físicas das pessoas expostas), os tecnológicos ou informacionais (falta de informação adequada), ou os sociais (decorrentes de fatores tais como raça, etnia, classe social, renda, entre outros). Em se tratando de um fenômeno cumulativo, as diversas espécies de vulnerabilidades se entrelaçam e se retroalimentam.

*Vulnerabilidade física.* No caso da Covid-19, uma das vulnerabilidades mais destacadas é a *física*, chamando atenção para os riscos maiores desta para os idosos acima de 60 anos ou pessoas porta-

---

9. Tais como a obrigatoriedade ao uso de máscaras de proteção facial, adotada, e aqui descrita exemplificativamente, pelo Decreto Municipal do Rio de Janeiro n. 47.375/2020 e que altera o de número 47.282/2020, a fim de obrigar “o uso de máscara facial não profissional durante o deslocamento de pessoas pelos bens públicos do Município para o atendimento em estabelecimentos com funcionamento autorizado” (art. 1º-J) (RIO DE JANEIRO, 2020).

doras de comorbidades, tais como doenças cardíacas, hipertensão, diabetes, asma e outras condições crônicas subjacentes<sup>10</sup>.

*Vulnerabilidade social.* Como bem pontuado por Judith Shklar, há uma ideia consolidada intuitivamente acerca da diferença entre injustiça e infortúnio, sendo esta diferença extremamente importante para fins jurídicos. Para a autora, em uma percepção tradicional, injustiças são representadas historicamente por fenômenos lesivos produzidos por forças humanas ou “supernaturais” mal-intencionadas. Neste caso, caberia a manifestação de indignação pela vítima. De outro lado, essa intuição teórica leva à compreensão de que estar-se-ia diante de um infortúnio, quando forças externas da natureza causem um evento terrível, restando, nestes casos, apenas a resignação ao nosso sofrimento (SHKLAR, 1992).

Ocorre que, esta distinção deixa de ser tão clara e intuitivamente bem definida, quando há uma atenta reflexão sobre o que é frequentemente tratado como inevitável ou “natural”, de um lado, e passível de controle e “social”, de outro. Trata-se, em muitas das vezes, de uma questão da tecnologia e da ideologia utilizada para a interpretação (SHKLAR, 1992, p. 1). É neste sentido que uma concepção mais sofisticada de injustiça se impõe, incluindo eventos que, apesar de decorrentes de fenômenos físicos, são na verdade fruto de omissões públicas, caracterizados como verdadeiras injustiças passivas (SHKLAR, 1992). Esta construção tem especial importância para o Direito, pois, enquanto para as injustiças pode haver fundamento para responsabilidades, para os infortúnios, apenas resignação.

Há, assim, uma concepção de desastre como um fenômeno social, onde características demográficas, como classe social e raça, podem influenciar o grau de exposição ao risco de uma comunidade tanto quanto a sua localização, naquilo que é compreendido como uma “injustiça dos desastres” (VERCHICK, 2019, p. 61). Os fatores sociais que marcam o incremento da vulnerabilidade de determinados grupos, podem vir a ser produzidos por determinados agentes, por omissão. Apesar de um dado evento ter sido desencadeado por um fenômeno físico ou “natural”, a existência de omissões pode produzir o incremento de vulnerabilidades (sociais), mostrando-se

---

10. Conforme alertado pelo Escritório Regional da Organização Mundial de Saúde para a Europa (KLUGE, 2020).

estas, ao final, determinantes para a ocorrência ou agravamento dos resultados lesivos. Tais reflexões mostram-se reveladoras para uma análise da Covid-19.

*Vulnerabilidade tecnológica ou informacional.* Cumpre destacar que o Brasil apresenta uma vulnerabilidade social ainda mais intensa se comparado com países desenvolvidos. Isto se dá, de um lado, pelos índices de pobreza extrema e das dificuldades de acesso destas comunidades aos serviços públicos essenciais. De outro, também pode ser identificada uma maior vulnerabilidade pela falta de quantificação científica acerca dos riscos e do perfil demográfico dos atingidos por suas condições econômicas, etnia, raça, local de residência etc. Isto dificulta a adoção de estratégias adequadas de resposta a desastres. Este quadro acarreta em uma cumulação de diferentes dimensões de vulnerabilidade, onde de um lado temos a vulnerabilidade social, acompanhada das física e informacional.<sup>11</sup> Como já tivemos a oportunidade de conceituar (CARVALHO, 2020, p. 65), a vulnerabilidade tecnológica ou informacional consiste em falhas nos “fluxos de informação ou conhecimento”, sendo estes condição para a adoção de medidas adequadas quer pelo poder público, quer pela comunidade ou indivíduos.

Por isso, a falta de informações ou sua inadequação frente às melhores técnicas disponíveis na ciência produzem a vulnerabilidade informacional, aumentando a exposição de comunidades e indivíduos ao risco. É premissa de qualquer resposta emergencial a um desastre que esta seja coordenada de forma congruente, com informações claras e precisas à população. Um exemplo desta postura e seus efeitos catastróficos é aquela dada pelas autoridades Italianas, para quem a resposta inicial foi negar a seriedade do problema. Esta postura acabou por “criar confusão e a falsa sensação de segurança e permitiu a propagação do vírus” (HOROWITZ; BUBOLA; POVOLEDO, 2020). Despiciendo lembrar que esta desarticulação e o déficit informacional acabaram ocasionando uma verdadeira perda de controle da pandemia no país, acarretando números de letalidade catastróficos. O mesmo destino parece ter sido seguido pelos EUA, com uma primeira fase de negação às informações científicas

---

11. Problema este já diagnosticado conforme informação de que o “movimento negro pede que governo informe raça e gênero de mortos e infectados por coronavírus” (BERGAMO, 2020).

pelo Presidente Donald Trump, tornando-se o epicentro mundial da Pandemia num momento subsequente.

*Direito e vulnerabilidades.* Em tempos de Pandemia, o Direito dos Desastres deve ativar, nos demais ramos jurídicos, uma especial atenção à função de reduzir as vulnerabilidades identificadas nos conflitos inerentes a cada um dos demais ramos jurídicos. Esta vulnerabilidade pode ser anterior a concretização dos eventos lesivos, como também pode ser identificada como fator de agravamento após a ocorrência de um desastre. Nestes casos, os impactos negativos tendem a atingir, desproporcionalmente, indivíduos e comunidades vulneráveis. Vários casos ao redor do mundo, foram capazes de demonstrar como o Direito pode servir como um caminho para a redução de vulnerabilidades. Exemplos de redução de vulnerabilidade pela litigância judicial foram dados por minorias locais em New Orleans que, no pós-desastre do Furacão Katrina (2005), se mobilizaram contra a instalação de aterros sanitários emergenciais próximos de suas moradias, fazendo uso das normas de zoneamento urbanístico (HANDMER; LOH; CHOONG, 2007, p. 21-24). De outro lado, direitos humanos de segunda geração (sociais, culturais e econômicos) também são essenciais para redução de vulnerabilidades e, uma vez garantidos constitucionalmente, tornam mais sólida a defesa judicial ou extrajudicial de tais interesses (HANDMER; LOH; CHOONG, 2007, p. 35), sob o status de direitos fundamentais. No processo interpretativo, pelos tribunais, é relevante que as vulnerabilidades e os grupos vulneráveis sejam levados em consideração como tais. Não se pode esquecer que o Direito pode ser utilizado para reduzir ou para exacerbar vulnerabilidades (FARBER, 2007).

O fato de um desastre se tratar, como a presente pandemia, de um desastre físico ou natural de caráter biológico, não está alheio a responsabilidades, sobretudo de natureza civil. Isto ocorre a partir da análise da matéria aqui colocada. Caso determinados agentes produzam um incremento significativo da vulnerabilidade de determinados indivíduos ou grupos, naquilo que se denomina vulnerabilidade forte (CANNON, 2008), pode haver a responsabilização destes atores, públicos ou privados. Assim, o conhecimento antecipado do risco, a competência institucional para agir e, finalmente, uma omissão relevante, são os fatores determinantes para a identificação de atividade sujeita à responsabilização civil da Administração Pública, por exemplo.

Afinal, uma das funções primordiais da Administração Pública é a de que esta, por exemplo, exerça a proteção de seus cidadãos (HANDMER; LOH; CHOONG, 2007, p. 17-18). Mesmo diante de desastres físicos, como um de natureza biológica, sempre que houver fatores sociais determinantes para tornar um grupo significativamente mais vulnerável, poderá haver sua responsabilização, quer por injustiça ativa ou omissiva. Determinados ramos jurídicos têm em seu próprio objeto e cotidiano prático a regulação de matérias constitutivas de vulnerabilidades. Senão vejamos. O Direito Constitucional, por exemplo, lida com direitos fundamentais sociais, tais como, bem-estar, habitação, educação, saúde pública, dignidade, entre outros. O déficit de garantia destes direitos sociais, por evidente, repercutirá na maior vulnerabilidade de uma comunidade. O Direito Ambiental, por seu turno, terá relação direta com as condições de equilíbrio e saúde ambiental, assim como o tratamento de injustiças ambientais. Também é este ramo que deverá assegurar a sustentabilidade mesmo em condições anormais, a fim de aumentar vulnerabilidades sociais, informacionais ou mesmo físicas. O Direito do Trabalho, diz respeito às condições empregatícias, em suas múltiplas dimensões. Por evidente, a manutenção das empresas, do emprego e da renda são elementos determinante para a redução das vulnerabilidades. O próprio Direito Tributário também estabelece, por vezes, as condições arrecadatórias da Administração Pública frente à ocorrência de calamidades e a necessidade de combater o aumento da vulnerabilidade por falta de recursos para respostas emergenciais<sup>12</sup>.

Assim, estas e outras áreas, a partir da configuração jurídica de um evento como desastre, serão ativadas para atentarem, em seus respectivos âmbitos de conflituosidade, às funções de gestão circular do risco e de redução às vulnerabilidades. Note-se que, quanto mais estes ramos estiverem garantindo um nível de qualidade de vida e eficiência econômica antes do desastre, menos vulne-

---

12. Neste sentido, deu-se a decisão liminar do TRF-4 no Agravo de Instrumento n. 5012834-97.2020.4.04.0000/RS, Des. Federal Roger Raupp Rios, j. 16/04/2020, para a qual: "Neste quadro normativo do 'direito dos desastres', não há dúvida do relevo do direito tributário, inserido na moldura maior do planejamento e execução das respostas à crise (na linha, inclusive, do art. 174 da CR/88). A adoção e implementação de respostas tributárias, como visto, tem que observar os cuidados de um desenho institucional mais amplo e interconectado, onde se colocam suas consequências que só sistemicamente podem ser ponderadas". Desta forma, foi decidido por não haver relevância suficiente nos fundamentos do pedido de afastamento das exigências tributárias impugnadas (BRASIL, 2020d).

rável será a comunidade afetada, o que reduzirá, por consequência, os impactos do evento extremo.

## **Conclusão**

Revelar adequadamente a natureza jurídica da Pandemia da Covid-19 é um ponto de partida fundamental para o Direito, como um todo, estar apto a produzir decisões coerentes e interconectadas. Partindo da pergunta central acerca da natureza jurídica da Covid-19, o presente texto é capaz de responder, a partir de três cenários conceituais, que a presente pandemia se configura em um verdadeiro desastre. Tais cenários conceituais decorrem da adoção de 3 critérios diferentes para a formação do sentido jurídico de desastre, a partir da ênfase nas causas, consequências ou perda da estabilidade social. Em todos estes cenários, a pandemia preenche os requisitos necessários para o enquadramento como um verdadeiro desastre natural ou físico, de natureza biológica.

Uma vez constatada a natureza deste fenômeno e sua adequada representação conceitual em uma categoria jurídica, aprofunda-se a pergunta sobre quais são as consequências práticas e teóricas desta identificação. A primeira consequência da caracterização da Covid-19 como um desastre é a importância da atuação do Direito dos Desastres em exercer suas funções de gerenciamento circular do risco com o escopo de obtenção de uma nova normalidade, operacionalmente estabilizada. Para tanto, as estruturas conceituais e principiológicas, bem como os padrões decisórios deste ramo jurídico, passam a orientar e a ativar nos demais ramos, programas de decisão e instrumentos jurídicos voltados para a atuação em um cenário de perda de estabilidade social e, portanto, de uma legalidade extraordinária. A emergência de saúde pública provoca, inevitavelmente, uma severa desestabilização social, devendo o Direito manter sua coerência sistêmica, o que, evidentemente, não exclui a necessária atenção às especificidades de cada um dos ramos jurídicos. Estes, ativados pelos conceitos e racionalidade do Direito dos Desastres, são despertados para responder aos conflitos oriundos deste cenário de anormalidade. Adverte-se para a importância de uma delimitação atenta e rigorosa do conceito de desastres, a fim de evitar-se uma banalização do uso de um ramo jurídico forjado para a prevenção e resposta a eventos extremos.

A importância da configuração da Pandemia da Covid-19 como um desastre tem duas repercussões imediatas: (i) este conceito passa a ser o elemento de ligação entre uma racionalidade específica ao Direito dos Desastres e os demais ramos, os quais passam a poder lançar mão das estratégias oferecidas por aquele para resgatar uma estabilidade perdida. Do contrário, sem um eixo orientador de um Direito voltado para a colonização do caos, há uma tendência de aumento da fragmentação sistêmico-jurídica, da conflituosidade judicial e, conseqüentemente, uma maior desestabilização e insegurança do próprio Direito e da Sociedade. De outro lado, (ii) os conceitos estruturantes do Direito dos Desastres, tais como risco e vulnerabilidade, passam a desencadear em cada ramo do Direito a capacidade de observar e tomar decisões voltadas para prevenção e mitigação, resposta emergencial, compensação e reconstrução.

Uma fragmentação jurídica apenas aumentaria o risco de dispersão e de produção de maior instabilidade. Ao contrário, mostra-se necessário um elemento jurídico capaz de colocar em acoplamento as diversas narrativas jurídicas e irradiar padrões de decisão compatíveis com o Estado de Direito em modo de anormalidade social e jurídica. O Direito dos Desastres, para tanto, tem como princípio os conceitos de risco e de vulnerabilidade, sendo estes fundamentais para o processo de elucidação de programas de decisão orientados para mitigar as conseqüências destes eventos, determinar medidas proporcionais e, quando for o caso, revelar responsabilidades pela produção de injustiças. Aqui, cumpre chamar atenção que o fato de se tratar a Covid-19 de um desastre natural ou físico de caráter biológico não afasta por si só a possível incidência de responsabilidades. Sempre que estivermos diante de situações de conhecimento de riscos por determinados agentes e estes deixem, injustificadamente, de adotar medidas adequadas, estar-se-á diante da possibilidade de responsabilizações. De outro lado, a adoção de condutas ativas ou omissivas capazes de incrementar a vulnerabilidade de indivíduos ou grupos poderá, também, redundar nas mais diversas formas de responsabilidade (administrativa, civil e criminal).

Finalmente, a ênfase na análise jurídica de categorias tais como riscos, vulnerabilidades e informações científicas, é reforçada pelo Direito dos Desastres em sua integração com os demais ramos a partir do conceito aglutinador exercido pelo sentido de desastre. Em cada área jurídica haverá conflitos, riscos e vulnerabilidades es-

pecíficos, porém o ponto de partida de cada um destes ramos será a análise destas categorias, sob a orientação da gestão circular do risco, da busca por uma nova normalidade, e do combate às vulnerabilidades que estiverem em jogo. Afinal, como diria Rousseau na “carta da Providência”, escrita em 1756 em resposta a Voltaire, e que fala sobre o Grande Terremoto de Lisboa: “a maior parte de nossos males físicos são mais uma vez obra nossa. (...) Quanto a mim, vejo em toda parte que os males a que a natureza nos submete são muito menos cruéis que os que nós a eles acrescentamos”<sup>13</sup>.

## Referências

AQUINO, Vanessa; MONTEIRO, Natália. *Brasil confirma primeiro caso da doença*. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2020. Disponível em: <https://www.saude.gov.br>. Acesso em: 20/04/2020.

BERGAMO, Mônica. Movimento negro pede que governo informe raça e gênero de mortos e infectados por coronavírus. In: *Folha de S. Paulo*. [São Paulo], 9 abr. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br>. Acesso em: 10/04/2020.

CANNON, Terry. Vulnerability, “innocent” disasters and the imperative of cultural understanding. *Disaster Prevention and Management*, Bingley, v. 17, n. 3, p. 350-357, 2008. Disponível em: <https://www.researchgate.net>. Acesso em: 23/04/2020.

CARVALHO, Délton Winter de. *Desastres ambientais e sua regulação jurídica: deveres de prevenção, resposta e compensação ambiental*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

CARVALHO, Délton Winter. *Gestão Jurídica Ambiental*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020 (a).

---

13. A crítica de Jean-Jacques Rousseau é no sentido de que: “Sem deixar o assunto de Lisboa, convinde, por exemplo, que a natureza não reuniu ali vinte mil casas de sei a sete andares, e que se os habitantes dessa grande cidade tivessem sido distribuídos mais igualmente, e possuíssem menos coisas, o dano teria sido muito menor, e talvez nulo. Todos teriam fugido ao primeiro abalo, e sido vistos no dia seguinte a vinte léguas de lá, tão alegres como se nada houvesse acontecido; mas é preciso permanecer, obstinar-se ao redor das habitações, expor-se a novos tremores, porque o que se abandona vale mais do que o que se pode levar. Quantos infelizes pereceram nesse desastre por querer pegar, um suas roupas, outro seus papéis, outro seu dinheiro? Acaso não se sabe que a pessoa de cada homem tornou-se a menor parte dele mesmo, e que quase não vale a pena salvá-la quando se perde todo o resto?” (ROUSSEAU, 2002, p. 09-10).

CASOS de coronavírus no Brasil em 3 de abril. In: G1. São Paulo: 3 abr. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com>. Acesso em: 03/04/2020.

CORONAVIRUS Disease 2019: Social Distancing. In: CENTERS for Disease Control and Prevention (CDC). [Atlanta], 4 abr. 2019. Disponível em: <https://www.cdc.gov>. Acesso em: 11/04/2020.

DIAS, Júlia. Portal Fiocruz. Covid-19: relatório apresenta estimativa de infecção pelo vírus no país e os impactos no SUS. In: *AGÊNCIA Fiocruz de Notícias*. [Manguinhos], 19 mar. 2020. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br>. Acesso em: 11/04/2020.

FARBER, Daniel A. Disaster Law and Emerging Issues in Brazil. *Revista de estudos constitucionais, hermenêutica e teoria do direito (RECHTD)*, São Leopoldo, v. 4, n. 1, p. 2-15, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://www.revistas.unisinos.br>. Acesso em: 06/04/2020.

FARBER, Daniel A (a). *Inequality and Coronavirus*. LEGAL Planet. Berkeley, 24 mar. 2020. Disponível em: <https://legal-planet.org>. Acesso em: 11/04/2020.

FARBER, Daniel A. (b). Disaster Law and Inequality. *Law & Inequality: A Journal of Theory and Practice*, Minneapolis/Saint Paul, v. 25, n. 2, p. 297-321, 2007. Disponível em: <https://scholarship.law.umn.edu>. Acesso em: 22/04/2020.

FARBER, Daniel A. (c). Navegando a Interseção entre o Direito Ambiental e o Direito dos Desastres. In: FARBER, Daniel; CARVALHO, Délton Winter de. *Estudos Aprofundados em Direito dos Desastres*. 2. ed. Curitiba: Appris, 2019.

FARBER, Daniel; CHEN, Jim; VERCHICK, Robert. R. M.; SUN, Lisa Grow. *Disaster Law and Policy*. 2. ed. New York: Aspen Publishers, 2020.

FINK, Sheri. Worst-Case Estimates for U. S. Coronavirus Deaths. In: *THE New York Times: The Coronavirus Outbreak*. [New York], 13 mar. 2020. Disponível em: <https://www.nytimes.com>. Acesso em: 12/04/2020.

HANDMER, John; LOH, Elsie; CHOONG, Wei. Using Law to Reduce Vulnerability to Natural Disasters. *Georgetown. Journal on Poverty Law & Policy*, Washington, DC, v. 14, n. 1, p. 13-38, 2007.

HOROWITZ, Jason; BUBOLA, Emma; POVOLEDO, Elisabetta. Italy, Pandemic's New Epicenter, Has Lessons for the World. In: *THE New York Times*. Rome: 21 mar. 2020. Disponível em: <https://www.nytimes.com>. Acesso em: 12/04/2020.

INFLUENZA (Flu): 1918 Pandemic. In: *CENTERS for Disease Control and Prevention (CDC)*. [Atlanta], 20 mar. 2019. Disponível em: <https://www.cdc.gov>. Acesso em: 11/04/2020.

KLUGE, Hans Henri P. Statement – Older people are at highest risk from COVID-19, but all must act to prevent community spread. In: *WHO: Regional Office for Europe*. Copenhagen, 2 apr. 2020. Disponível em: <http://www.euro.who.int>. Acesso em: 12/04/2020.

MAIER, Benjamin F.; BROCKMANN, Dirk. Effective containment explains subexponential growth in recent confirmed COVID-19 cases in China. *Science*. [S. l.], 8 apr. 2020. Disponível em: <https://science.sciencemag.org>. Acesso em: 11/04/2020.

MAYS, Jeffery; NEWMAN, Andy. Virus Is Twice as Deadly for Black and Latinos People Than Whites in N.Y.C. In: *THE New York Times: The Coronavirus Outbreak*. [New York], 8 apr. 2020. Disponível em: <https://www.nytimes.com>. Acesso em: 08/04/2020.

McDERMOTT, J.; GRACE, D. Agriculture-associated disease: Adapting agriculture to improve human health. In: FAN, S.; PANDYA-LORCH, R. (ed.), *Reshaping agriculture for nutrition and health*. Washington, DC: International Food Policy Research Institute, 2012. Disponível em: <http://ebrary.ifpri.org>. Acesso em: 03/04/2020.

MENA, Fernanda. Entre casos identificados, covid-19 se mostra mais mortífera entre negros no Brasil, apontam dados. In: *FOLHA de S. Paulo*. [São Paulo]: 11. abr. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br>. Acesso em: 11/04/2020.

PARAGUASSU, Lisandra; BRITO, Ricardo; FONSECA, Pedro. Brazil's Bolsonaro urges no more coronavirus quarantine, says jobs being lost. In: *REUTERS*. [S. l.], 30 mar. 2020. Disponível em: <https://www.reuters.com>. Acesso em: 22/04/2020.

POPOSKI, Mateja. *Disaster*. [S. l.]: United Nations, 2014. Disponível em: <http://www.un-spider.org/node/7661>. Acesso em: 05/04/2020.

PORFIRIEV, Boris N. Definition and delineation of disasters. In: QUARANTELLI, E. L. (Ed.). *What is a Disaster?* New York: Routledge, 1998.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Escritos sobre a Religião e a Moral. *Clássicos da Filosofia: Cadernos de Tradução* n. 2. Campinas: IFCH/UNICAMP, 2002.

SARAT, Austin; LEZAUN, Javier. (Ed.). *Catastrophe: Law, Politic, and Humanitarian Impulse*. Boston: University of Massachussetts Press, 2009.

SCHULTE, Fred; LUCAS, Elizabeth; RAU, Jordan; SZABO, Liz; HANCOCK, Jay. Amid coronavirus pandemic, millions of older Americans live in counties with no ICU beds. In: USA Today. [S. l.], 20 mar. 2020. Disponível em: <https://www.usatoday.com>. Acesso em: 11/04/2020.

SÉGUR, Philippe. La catastrophe et le risque naturels: essai de définition juridique. *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, Lyon, n. 6, p. 1693-1716, nov./dez., 2005.

SHKLAR, Judith N. *The Faces of Injustice*. New Haven: Yale University Press, 1992.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

STIRLING, Andy; GEE, David. Science, Precaution, and Practice. *Public Health Reports*, v. 117, n. 6, p. 521-533, nov./dez. 2002. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov>. Acesso em: 06/04/2020.

STIRLING, Andy; RENN, Ortwin; ZWANENBERG, Patric van. A framework for precautionary governance of food safety: integrating science and participation in the social appraisal of risk. In: FISHER, Elizabeth; JONES, Judith; SCHOMBERG, René von (Orgs.). *Implementing the precautionary principle: perspectives and prospects*. Cheltenham: Edward Elgar, 2008.

SUGERMAN, Stephen D. Roles of Government in Compensating Disaster Victims. *Issues in Legal Scholarship. Symposium: Catastrophic Risks: prevention, compensation, and recovery*. Article 1. Berkeley: UC Berkeley Electronic Press, 2007.

SUNSTEIN, Cass. *Laws of Fear*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

SUNSTEIN, Cass. The Catastrophic Harm Precautionary Principle. In: FARBER, Daniel A.; FAURE, Michael (ed.). *Disaster Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2010 (a).

SUNSTEIN, Cass (b). This Time the Numbers Show We Can't Be Too Careful. In: *BLOOMBERG Opinion*. [S. l.], 26 mar. 2020. Disponível em: <https://www.bloomberg.com>. Acesso em: 10/04/2020.

VERCHICK, Robert. (In)justiça dos Desastres: a geografia da capacidade humana. In: FARBER, Daniel A.; CARVALHO, Délton Winter de. *Estudos Aprofundados em Direito dos Desastres: interfaces comparadas*. 2. ed. Curitiba: Appris, 2019.

VERCHICK, Robert (a). *Facing Catastrophe: Environmental Protection for a Post-Katrina World*. Cambridge: Harvard University Press, 2010.

VOS, Femke; RODRIGUEZ, Jose; BELOW, Regina; GUHA-SAPIR, D. *Annual disaster statistical review 2009: the numbers and trends*. Brussels: Cred, 2010.

WALKER, Patrick GT; WHITTAKER, Charles; WATSON, Oliver *et al.* *The Global Impact of COVID-19 and Strategies for Mitigation and Suppression*. London: Imperial College London, 2020. Disponível em: <https://www.imperial.ac.uk>. Acesso em 11 abr. 2020.

## COVID 19: ALGUMAS IMPLICAÇÕES NA BIOÉTICA

Gerson Neves Pinto\*

---

*A Única forma de lutar contra a peste é a honestidade.  
(Albert Camus)<sup>1</sup>*

A doença COVID-19 causada pelo coronavírus SARS-CoV-2 é uma nova infecção emergente severa que tem rapidamente atingido proporções de grave pandemia e que necessita uma reflexão e uma resposta de ordem bioética em escala mundial. As numerosas questões éticas que se colocam hoje nos dizem que devemos deixar de lado nossas diferenças e passar a refletir coletivamente acerca das soluções aceitáveis. Uma perspectiva de bioética e de ética, das ciências e das tecnologias, enraizada nos direitos humanos, deveria ter um papel chave no contexto desta dramática pandemia.

Inicialmente, cabe lembrar que a bioética estuda as questões éticas ou morais colocadas frente aos avanços científicos ou tecnológicos e o impacto que podem ter sobre os seres humanos. Mas, a bioética vai muito além do campo da ciência, por possuir uma condição privilegiada para estabelecer debates nas mais variadas situações de conflito. A bioética não é apenas voltada para a ética clínica e institucional. Ainda que tenha íntima ligação com essas áreas, a bioética é um ramo da ética aplicada que trata, principalmente, das discussões sobre os impactos tecnológicos na saúde e sobre o modo de viver humano. Essas discussões permeiam os dilemas enfrentados por profissionais da saúde e atingem as decisões governamentais de políticas públicas.

Neste sentido, o Comitê Internacional de Bioética (IBC) da UNESCO e a Comissão Mundial para a Ética do Conhecimento Científico e Tecnológico (COMEST) da UNESCO – reunidos em 06

---

\* Doutor pela École Pratique Des Hautes Etudes – Sorbonne (Paris). Mestre em Filosofia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS (São Leopoldo/RS). E-mail: [gersonp@unisinobr](mailto:gersonp@unisinobr).

1. *“C’est une idée qui peut faire rire, mais la seule façon de lutter contre la peste, c’est l’honnêteté”* (CAMUS, 1947, p. 151).

de abril de 2020 em Paris – enfatizaram a universalidade de certas questões éticas vitais que devem ser urgentemente reconhecidas em todo o mundo e apela aos governos para que tomem medidas urgentes com base nos seguintes elementos:

Tanto no âmbito nacional como no internacional, as políticas sociais e de saúde devem estar fundamentadas em evidência científica sólida, levando em consideração as incertezas que existem durante uma pandemia, especialmente quando esta é causada por um novo patógeno e devem ser guiadas por considerações éticas globais. Recomenda-se um esforço internacional para adotar, tanto quanto possível, critérios uniformes de coleta de dados sobre a propagação da pandemia e seus impactos. É fundamental e necessário institucionalizar uma estratégia política que priorize a saúde e a segurança dos indivíduos e das comunidades, bem como que assegure sua efetividade pelo estabelecimento do diálogo interdisciplinar entre atores da ciência, da ética e da política. As decisões políticas devem ser fundamentadas em conhecimento científico sólido, mas não podem nunca ser legitimadas apenas pela ciência. Durante uma situação de crise com muitas incógnitas, é particularmente necessário estabelecer o diálogo entre política, ciência, ética e direito. (IBC-UNESCO, 2020)

Podemos perceber, pela citação anterior, que o IBC e a COMEST sublinham dois aspectos importantes: (i) as políticas públicas que não estão fundadas em conhecimentos e práticas científicas sólidas são contrárias à ética, pois elas vão de encontro aos esforços desenvolvidos para conseguir formular uma resposta comum à pandemia; (ii) a necessidade de priorizar a questão da saúde e a segurança dos indivíduos e da comunidade em relação aos direitos individuais.

Do mesmo modo, podemos verificar a mesma preocupação nas diretrizes do Programa Regional de Bioética, da Organização Pan-americana da Saúde, quando trata da saúde pública durante a pandemia:

Se necesitan diversas respuestas de salud pública. Su formulación y ejecución acordes a la ética exigen incorporar la equidad, responsabilidad, solidaridad y transparencia. La equidad implica emprender iniciativas para asegurar que la pandemia no imponga una carga desproporcionada sobre los grupos más pobres y desfavorecidos. Las intervenciones de

salud pública como parte de la respuesta deben procurar reducir las inequidades. (OPS-OMS, 2020)

Neste contexto, cabe um questionamento acerca do que há de novo nesta pandemia do COVID 19, comparada com as demais pandemias que assolaram o planeta. Poderíamos encontrar no artigo do filósofo John Gray para a revista britânica *New Statesman* (GRAY, 2020) uma pista sobre o que temos de original nesta pandemia do COVID 19 e o porquê essa crise tem sido considerada por muitos como um ponto de virada na história.

Em seu artigo, John Gray afirma que, ao contrário de todas as outras crises (o atentado às Torres Gêmeas do 11 de setembro de 2001, a crise financeira mundial de 2008, o meio-ambiente e o aquecimento global), o caso da pandemia do COVID 19 não se endereça a um futuro longínquo e os seus efeitos não serão sentidos a longo prazo de maneira mais ou menos diluída, como normalmente experimentamos nas demais crises. No caso do COVID 19, estamos diretamente envolvidos e os seus efeitos se manifestam de forma evidente, em termos de isolamento social, o uso de máscara etc. Por outro lado, da mesma forma como dito nas duas declarações acima, para John Gray, os governos terão que fazer muito mais para assegurar a pesquisa científica e a inovação tecnológica (GRAY, 2020)<sup>2</sup>. Igualmente, existe uma prioridade da segurança coletiva sobre as liberdades individuais nesta pandemia, visto que, como posto por John Gray, as pessoas “podem alegremente aceitar um regime de biovigilância em prol de uma melhor proteção de sua saúde. (tradução nossa)” (GRAY, 2020)<sup>3</sup>.

De fato, o período de quarentena tem servido como objeto de teste para a implementação de novas tecnologias governamentais. Sob o argumento de defender a comunidade e em nome do combate ao vírus, agências governamentais alteram suas estratégias relacionadas à cibersegurança, empregando práticas intimidadoras. Vigiar

---

2. *“Governments will have to do a lot more in underwriting scientific research and technological innovation. Though the state may not always be larger its influence will be pervasive, and by old-world standards more intrusive. Post-liberal government will be the norm for the foreseeable future”.*

3. *“(...) they may happily accept a regime of bio-surveillance for the sake of better protection of their health”.*

e rastrear smartphones, geolocalização, câmeras de reconhecimento facial e requisição periódica de informações sobre temperatura corporal e condição médica estão entre algumas das políticas de vigilância adotadas para monitorar possíveis portadores do vírus. A título de exemplo, a Coreia do Sul utiliza-se de um aplicativo móvel, desenvolvido pelo Ministério do Interior e Segurança, para monitorar os cidadãos que estão sob o regime de quarentena. De acordo com Yuval Harari (2020), grande parte do receio envolve o raciocínio de que essas ações, chamadas de “medidas temporárias de segurança”, com o passar do tempo, tornar-se-ão apenas medidas de segurança, uma vez que estarão normalizadas no aparato estatal. No mais, Harari (2020) ainda adverte que medidas temporárias possuem um “mal hábito de sobreviver às emergências”.

Pode-se acrescentar que, historicamente, a noção de liberdade tem como seu oponente um outro valor que é a segurança. Todavia, em cenário de pandemia, esta segurança não trata apenas da segurança individual, mas da segurança de todos. Logo, não é apenas a liberdade individual *versus* a segurança individual que está em jogo, pois a liberdade de um não entra em conflito com a do outro, mas ao contrário, relaciona-se não apenas com a segurança individual, mas com a segurança coletiva. Essa é uma lógica que caracteriza uma situação de alteridade, que ao contrário da instância individual, leva-nos ao reconhecimento do coletivo.

E essa relação de alteridade – a qual consiste em uma construção entre o *eu* e o *outro* – é o que permite a construção de uma rede de co-responsabilidades. O conceito de alteridade é abordado pelo filósofo francês Paul Ricoeur em sua obra *O si-mesmo como um outro*, tendo o mesmo definido-a como a última fase do processo de interação do eu com o outro “em que culmina a força da hipérbole e se exprime no seu mais extremo vigor a filosofia da alteridade” (RICOUER, 1990, p. 395).

Na situação atual de pandemia, percebemos uma determinada crise em nossas concepções de autonomia pessoal, autonomia da vontade e de todos os direitos individuais que hoje consideramos como algo evidente, devendo, por isso mesmo, serem garantidos e observados como se fossem algo inerente ao gênero humano. Devemos perceber que estes direitos e valores nem sempre vigoraram. Ou seja, esses direitos individuais que as democracias modernas e contemporâneas expressam, tais como a liberdade de expressão, a

liberdade de ir e vir, a liberdade acadêmica etc., antes do advento do Estado Moderno, não eram considerados como valores primários, como valores básicos do indivíduo. Podemos pensar nas sociedades greco-romana antigas. Na antiguidade, a noção de liberdade<sup>4</sup> não tem nada a ver com a nossa noção de liberdade moderna. Naquele mundo antigo, pertencer a uma comunidade, pertencer a pólis grega, fazer parte de uma certa casta social era muito mais importante do que o exercício autônomo da vontade individual ou do “eu” como sujeito. Isso permaneceu assim durante muitos e muitos séculos na história no Ocidente.

A decomposição do universo antigo trouxe à luz, nos séculos XVI e XVII, os valores da liberdade e da igualdade, estabelecendo um modelo de vida completamente diferente. Nesse momento, o homem do humanismo moderno afirma-se como alguém que não pretende mais receber suas leis nem da natureza das coisas nem de Deus, mas que deseja fundá-las. É a implementação dessa afirmação do homem novo que através da revolução jusnaturalista tomou como sua norma a lei “subjéctiva”. Desta forma, as sociedades conceberam-se como auto-instituídas, de acordo com o emblema do contrato social que vai de Hobbes a Montesquieu, de Maquiavel a Spinoza, de Suarez a Locke. Esse modelo das sociedades liberais pressupõe uma inversão da lógica de coesão e de adesão à coletividade. No lugar da coesão social, triunfou o registro do individualismo e da autonomia do sujeito. Isso, obviamente, trouxe muitos frutos positivos para nós, tais como os direitos humanos, as garantias individuais e a autonomia da vontade (RENAUT, 1999).

No entanto, esse movimento estruturou um processo de desagregação social mais ou menos intenso nos últimos séculos. Esta sociedade moderna, liberal, que é o ápice da globalização, triunfou particularmente no final dos anos 80 e ao longo dos anos 90. Sobre-

---

4. Uma vez que Aristóteles caracteriza tanto as ações humanas moralmente responsáveis quanto os movimentos dos outros animais como voluntários, alguns comentadores apontam uma ambigüidade no seu uso do termo. Essa ambigüidade aparece claramente nos comentários de René-Antoine Gauthier e Jean Yves Jolif, (1959, v. 2, p. 170): *A une notion, encore confuse, de la liberté psychologique se mêle ainsi une notion non moins confuse de la responsabilité morale une notion non moins confuse de la responsabilité morale, et nous allons voir Aristote passer sans cesse de l'un à l'autre de ces deux aspects.* Tradução nossa: A uma noção, ainda confusa, de liberdade psicológica se junta assim uma noção não menos confusa de responsabilidade moral, e nós veremos Aristóteles passar sem cessar de um a outro desses dois aspectos.

tudo quando ocorre o final da chamada “Guerra Fria”, temos o fato histórico chamado de *triumfalismo liberal*. O modelo de vida fundamental constituía-se em democracias constitucionais representativas liberais com livre mercado, sem intervenção do Estado no domínio econômico. Neste processo, uma troca acabou concretizando-se: abrimos mão de maior coesão social, diminuimos os nossos laços de solidariedade, em troca do cosmopolitismo, do tecnológico, da globalização, e adoção dos padrões materiais burgueses de consumo.

Na situação atual de pandemia percebemos uma mudança radical neste estado de coisas, de tal forma que não voltaremos ao mesmo mundo de janeiro de 2020, anterior à pandemia. Portanto, verifica-se que ocorreu uma alteração no papel do Estado e de nossas noções de direitos individuais. Esta mudança deve-se à noção de solidariedade. Percebe-se que é indissociável para a manutenção das democracias e da nossa própria liberdade a seguinte reflexão: um envolvimento coletivo de cada um dos indivíduos que compõem a sociedade não pode depender apenas de situações emergenciais como a que estamos vivendo na pandemia do COVID 19. Desta forma, não se deve aceitar a ideia de que ou temos laços comunitários fortes, senso de solidariedade e de pertencimento a um todo, ou bem temos liberdades individuais. Parece que a garantia para a preservação das liberdades individuais é indissociável de um senso de comunidade, a saber, que não existe um Robson Crusóe isolado, completamente sozinho, fora da história do Ocidente e que se basta a si mesmo. Espera-se que a ideia de pertencimento social se traduza também agora sob a forma de preocupação imediata com o próximo. É por isso que nas próximas décadas as questões que serão urgentes, dizem respeito à noção de Justiça e a de liberdade enquanto compatível com a noção de igualdade. Ou como afirma o Comité Internacional de Bioética (IBC) da UNESCO que examinamos no início deste artigo, é particularmente necessário estabelecer o diálogo entre política, ciência, ética e direito (CIB – COMEST, UNESCO, 2020).

Visivelmente, a crise não moldará apenas a estrutura das instituições – sistemas de saúde, economia, políticas públicas –, mas também nosso senso de comunidade, liberdade e nossa relação com a tecnologia. Além do mais, conforme aponta Žižek (2020), a questão dos impactos estruturais em nosso modelo social não gira em torno de valer-se dos dissabores promovidos pela pandemia con-

tanto que estes beneficiem nossas visões particulares de sociedade. Ao contrário: a crise reforça a necessidade de reflexão sobre as características básicas de nosso paradigma social. Uma das reflexões fundamentais que a pandemia nos coloca é exatamente sobre o quanto devemos modificar o gozo de nossos direitos individuais, tais como a autonomia individual. Como nos afirma Gray (2020), *Aqueles que pretendem que a autonomia individual seja a mais profunda necessidade humana, revelam uma ignorância acerca da psicologia sobre tudo da sua própria*<sup>5</sup>. Assim, cabe a constatação de que, a despeito da importância da autonomia individual, a segurança e a solidariedade são tanto ou mais importantes.

Neste mesmo sentido, Peter Kemp nos lembra que sem a moderação da globalização econômica, “prioriza-se o funcionamento do mercado em oposição a todos as outras questões: progresso social, melhoria da saúde, educação cultural, proteção ambiental e sustentabilidade e desenvolvimento viável” (KEMP, 2004, p. 10). Por essa razão, Kemp (2004, p. 25) advoga pela globalização da ética como meio de estender o cuidado ao próximo, em um espaço onde todos os seres vivos estejam envolvidos, visando ao desenvolvimento viável e sustentável das futuras gerações.

Sendo assim, mais do que necessário se faz a abordagem da transdisciplinaridade no Direito em tempos pandêmicos, onde a bioética ocupa um lugar de destaque para compreender o que realmente aconteceu com o advento da pandemia e quais as transformações mais relevantes para o convívio humano. Uma das suas consequências foi o estabelecimento da quarentena e a sua limitação ao direito de ir e vir. Outra consequência foi a obrigatoriedade do uso de máscara visando a segurança e proteção coletiva. Diante destas transformações, cabe ao Direito utilizar-se dos diversos instrumentos transdisciplinares, de modo a pensar em como viver neste mundo alterado e o que fazer diante dos novos desafios trazidos pela pandemia.

## Referências

ARISTOTE. *L'Éthique a Nicomaque*, Introduction, Traduction et Commentaire de René-Antoine Gauthier et Jean Yves Jolif, Louvain Publications, 1959.

---

5. *“But those who believe personal autonomy is the innermost human need betray an ignorance of psychology, not least their own”.*

- CAMUS, Albert. *La Peste*. Paris: Éditions Gallimard, 1947.
- DEFOË, Daniel. *Robinson Crusoe*. Paris: Ed. Folio Classiqu, 2001.
- GRAY, John, "Why this crisis is a turning point in history". Revista *New Statesman*, 01/04/2020.
- KEMP, P. The Globalization of the World. In: Kemp P. (Ed.). *Philosophical Problems Today*. Philosophical Problems Today, vol 3. Springer, Dordrecht, 2004. p. 17.
- MIT Technology Review. *South Korea is watching quarantined citizens with a smartphone app*. Disponível em: <https://www.technologyreview.com>. Acesso em: 25/04/2020.
- HARARI, Yuval. The world aftercoronavirus. *Financial Times* (2020) Disponível em: <https://www.ft.com>. Acesso em: 24/04/2020.
- HARARI, Yuval Noah. In the Battle Against Coronavirus, Humanity Lacks Leadership. *Time*, 15 mar. 2020. Disponível em: <https://time.com>. Acesso em: 24/04/2020.
- CIB – COMEST, UNESCO. *Déclaration sur le COVID-19: considérations éthiques selon une perspective mondiale*. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org>. Acesso em: 28/05/2020.
- OMS. *Coronavirus disease (COVID-19). Situation Report – 126* Data as received by WHO from national authorities by 10:00 CEST, 25 May 2020. Disponível em: <https://www.who.int>. Acesso em: 2/05/2020.
- OPAS BRASIL. *Folha informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus)*. Disponível em: <https://www.paho.org>. Acesso em: 26/05/2020.
- Orientación ética sobre cuestiones planteadas por la pandemia delnuevocoronavirus (COVID19). 2020. Disponível em: <https://iris.paho.org>. Acesso em: 29/05/2020.
- RENAUT, Alain. *Histoire de la Philosophie Politique*. T. 2, Series: Sciences Humaines et Essais (2)Ed. Calmann-Levy, 1999.
- RICOEUR, P. *O si-mesmo como um outro*. São Paulo: Papirus, 1990.
- ŽIŽEK, Slavoj. *Bem-vindo ao deserto viral*. Suplemento Pernambuco (2020). Disponível em: <https://suplementopernambuco.com.br>. Acesso em: 24/04/2020.

# OS IMPACTOS DA COVID-19 NA LIVRE CIRCULAÇÃO DE PESSOAS: O CASO DO MERCOSUL

*Luciane Klein Vieira\**

---

## **Introdução**

A pandemia provocada pelo novo coronavírus (COVID-19) é um nítido reflexo do poder e do alcance da globalização, que não pode ser observada somente sob a lupa do livre mercado, em termos econômicos, mas em tempos atuais, necessariamente, deve ser analisada sob o prisma internacional sanitário, vinculado, ainda, às condições de existência humana com dignidade.

A descoberta de um novo vírus, responsável por infecção respiratória que pode levar à morte, na cidade de Wuhan, província de Hubei, na China, em dezembro de 2019, fez rapidamente repercutirem as consequências de um mundo sem fronteiras, onde a interação humana se vê amplamente facilitada pelos modernos meios de transporte, especialmente o aéreo. A doença venceu oceanos, chegou a outros continentes, ingressando pelos Estados por uma das principais portas de entrada: os aeroportos.

A conexão internacional motivada pela circulação de pessoas, uma característica da aldeia global, terminou por propagar um vírus letal, nascido na Ásia, para praticamente todos os países do mundo, numa velocidade de transmissão inimaginável. Por tal motivo, em 30 de janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou emergência de saúde pública de caráter internacional, e, em 11 de março do ano em destaque, a então “epidemia”

---

\* Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Doutora e Mestre em Direito Internacional Privado, Universidad de Buenos Aires – UBA. Mestre em Direito da Integração Econômica, Universidad del Salvador – USAL e Université Paris I – Panthéon Sorbonne. Diretora para o MERCOSUL do BRASILCON (Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor) – Gestão 2018-2020. Ex-Consultora internacional contratada pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD e pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura – UNESCO E-mail: [lucianekleinvieira@yahoo.com.br](mailto:lucianekleinvieira@yahoo.com.br).

foi reconhecida como “pandemia”, termo que indica a disseminação não mais regional de uma nova doença, senão global. Estamos, pois, diante de uma situação sanitária transnacional que marca a relação de interdependência que existe entre os Estados, inaugurando um novo período, uma nova ordem mundial, uma “sociedade [global] de risco” (BECK, 2006, p. 52) que, novamente, exige cooperação internacional para fins de superação da crise e não somente ações pontuais como o fechamento de fronteiras, o isolamento e a retração dos Estados, como se o problema fosse somente local ou nacional e não transfronteiriço. Trata-se de um risco global, difuso e invisível.

A dimensão global da pandemia pode ser facilmente verificada a partir dos números recentemente divulgados pela OMS. Em 18 de maio de 2020, registravam-se 4.618.821 casos, seguidos de 311.847 mortes, no mundo, distribuídos da seguinte forma: a) África: 61.163 casos e 1.748 mortes; b) Américas: 2.017.811 casos e 121.609 mortes; c) Mediterrâneo Oriental: 338.560 casos e 9.979 mortes; d) Europa: 1.890.467 casos e 167.173 mortes; e) Sudeste Asiático: 141.593 casos e 4.582 mortes; f) Pacífico Ocidental: 168.515 casos e 6.743 mortes (WHO, 2020, p. 1).

É sabido que na América, o novo coronavírus chegou um pouco mais tarde, se comparado ao que ocorreu na Europa. Entretanto, e superando as expectativas de especialistas, que diziam que, sobretudo na América do Sul, em razão do calor e do clima tropical, a disseminação não seria facilitada, os números comprovam tratar-se de um vírus que se adapta às condições climatológicas de qualquer localidade. Em outras palavras, não há barreiras físicas, nem geográficas, para deter o avanço da COVID-19 e infelizmente, o nosso continente é a região que concentra o maior número de casos, na atualidade.

Neste âmbito, especialmente na sub região abarcada pelo Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), compreendida pela Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai (se consideramos que a Venezuela ainda se encontra suspensa da sua participação no bloco, desde 2017, por descumprimento da cláusula do compromisso democrático), a COVID-19 está encontrando terreno fértil para a sua disseminação, especialmente no Brasil, que está protagonizando um verdadeiro desastre sanitário com proporções continentais. Conforme dados da OMS, em 18 de maio de 2020, a Argentina contava com 7.805 casos e 366 mortes; o Brasil com 233.142 casos e 15.633 mortes; o

Paraguai com 786 casos e 11 mortes; e o Uruguai com 734 casos e 19 mortes (WHO, 2020, p. 8-9).

Diante desse cenário, os Estados estão tomando medidas preventivas, de forma a conter a propagação desenfreada do vírus, entre elas, o fechamento das fronteiras com os demais países da região. Sendo assim, questiona-se: essa medida, considerada de caráter emergencial, está em conformidade com o Direito do MERCOSUL, em especial, com a determinação constante no Tratado de Assunção (norma fundadora do bloco), que no seu art. 1º estabelece que a constituição de um mercado comum implica, entre outras coisas, na “livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre os países”, entendendo-se livre circulação de fatores produtivos como livre circulação de pessoas? Para responder ao problema de pesquisa proposto, utilizar-se-á os métodos de análise normativo-descriptivo e comparativo, valendo-se de pesquisa de cunho bibliográfico e documental.

### **A livre circulação de pessoas como base do mercado comum: os avanços do MERCOSUL na sua implementação**

Quando os Estados decidem integrar-se são movidos por um interesse comum. Geralmente, esse interesse é de ordem econômica, onde se busca, inicialmente, a liberalização do comércio para posteriormente ser possível progredir a níveis mais profundos de integração. Portanto, fala-se de etapas ou fases que definem, em linhas gerais, como se dará o alcance do objetivo econômico proposto pelos processos de integração regional. Neste tocante, a etapa que exige menos compromisso dos integrantes é conhecida como zona de livre comércio<sup>1</sup>, na qual o que se pretende é somente a livre circulação de mercadorias entre os Estados partícipes, o que pode ser alcançado com a eliminação da alíquota do imposto de importação.

Não obstante, alguns processos de integração se propõem a maiores compromissos entre os Estados, que vão além da simples circulação de mercadorias. Aqui, estamos tratando do objetivo de conformação da etapa conhecida como mercado comum, proposta pelo art. 1º do Tratado de Assunção, no âmbito do MERCOSUL.

---

1. Para mais detalhes sobre as etapas da integração econômica, ver: Czar de Zalduendo (2018, p. 8-19).

Conforme esclarece a doutrina, o mercado comum implica no que chamamos de “as quatro liberdades de circulação”: mercadorias, serviços, capitais e pessoas (CZAR DE ZALDUENDO, 2018, p. 12). Especificamente com relação à circulação de pessoas, vinculada intrinsecamente à livre circulação de trabalhadores ou fatores de produção, tem-se que esse vetor é indispensável para o estabelecimento do mercado comum. Portanto, devem ser eliminados todos os obstáculos que impeçam ou dificultem o deslocamento dos cidadãos pelo território integrado, a fim de poderem exercer uma profissão ou qualquer forma de trabalho (MOLINA DEL POZO, 1997, p. 560), incluído, ainda, o livre exercício do direito de residência, sem restrições de nacionalidade. Em outras palavras, qualquer cidadão pertencente a um Estado Contratante poderá “circular nos demais com total liberdade, sem ser submetido a controle nas fronteiras internas” (ACCIOLY, 1996, p. 22).

Neste sentido, quando um processo de integração se propõe a atingir essa meta,

É preciso consolidar uma política comum e conjunta, inclusive relativa a vistos, que possibilite a abolição dos controles fronteiriços de circulação de pessoas, a fim de torná-la um dos requisitos fundamentais à existência de espaço livre, onde o cidadão possa ir e vir, sem barreiras, pois a livre circulação exercida fisicamente constitui a garantia básica da cidadania. (JAEGER JÚNIOR, 2000, p. 132)

Imbuído desse objetivo, o MERCOSUL tem trabalhado na implementação da liberdade referida. Para termos uma breve noção a respeito das ações que foram e estão sendo tomadas, dividiremos a abordagem em 3 eixos, conforme os períodos a seguir referidos, que compreendem os quase 30 anos de existência do bloco: 1991-2000; 2001 a 2010; 2011 a 2020.

Nesse sentido, com relação ao primeiro período, logo depois da sua constituição, em 1992, criou-se, no MERCOSUL, um Subgrupo de Trabalho (SGT nº 11) denominado “Relações de Trabalho, Emprego e Seguridade Social”, responsável pela implementação da livre circulação de pessoas. Em 1995, o Subgrupo foi convertido em SGT nº 10 sobre “Assuntos de Trabalho, Emprego e Seguridade Social”, onde a agenda passou a ser o fluxo migratório entre os Estados Partes, tendo sido criada, em 1997, a Comissão *Ad Hoc* Tripartite sobre Migrações Laborais (BURSESE, 2008, p. 101-102). Em

1999, a fim de facilitar o trânsito de pessoas entre Estados vizinhos, foi aprovado o Entendimento sobre Trânsito Vicinal Fronteiriço entre os Estados Partes do MERCOSUL, Bolívia e Chile, que conferiu aos nacionais e residentes de um Estado Parte, com domicílio em localidades contíguas de dois ou mais Estados Partes, a obtenção de Credencial de Trânsito Vicinal Transfronteiriço, que permite o cruzamento da fronteira de forma ágil e rápida, diferenciada das outras categorias migratórias.

Em 1997, aprovou-se o Acordo Multilateral de Seguridade Social do MERCOSUL, que busca harmonizar as legislações dos Estados Partes em matéria previdenciária, conferindo direitos relativos à seguridade social aos migrantes, em igualdade de condições aos nacionais (COSTA; VIEIRA, 2019b, p. 141), como medida para facilitar a livre circulação de pessoas e o direito ao trabalho, sem prejuízo da liberdade de estabelecimento.

Outro fator que merece destaque, ainda com relação ao primeiro período, foi a aprovação, em 1998, da Declaração Sociolaboral do MERCOSUL, por parte da Comissão Sociolaboral, criada no mesmo ano. A Declaração, instrumento de *soft law*, foi estruturada em dois segmentos distintos, abordando os direitos individuais e coletivos do trabalho. Do art. 1º ao 7º constam direitos agrupados em quatro modalidades (BORREGO, 2010, p. 413), a saber: o direito à não discriminação (arts. 1º a 3º), no qual se enfatizam as oportunidades de emprego e ocupação, sem distinção de raça, cor, ideologia, condição social; o direito dos trabalhadores migrantes e fronteiriços à ajuda, informação, proteção e igualdade de condições de trabalho e direitos reconhecidos aos nacionais do Estado em que exercem suas atividades (art. 4º); a eliminação do trabalho forçado e abolição efetiva do trabalho infantil (arts. 5º e 6º); e, por fim, o direito do empregador de organizar e dirigir econômica e tecnicamente a empresa, conforme as legislações e práticas nacionais (art. 7º). Os direitos coletivos, por sua vez, estão previstos nos arts. 8º a 13, buscando-se garantir a proteção da liberdade de associação, liberdade sindical e de filiação, direito à negociação coletiva e direito à greve. Os artigos seguintes abordam a preocupação com o desemprego e as formas de implementação e revisão da Declaração.

O segundo período referido, com um enfoque mais social, é inaugurado com a criação, em 2000, do Foro Especializado Migratório do MERCOSUL, que se ocupou da temática da mobilidade

de pessoas, especificamente no Grupo de Liberalização da Comercialização de Serviços da Região, no qual se buscou trabalhar com o “visto MERCOSUL” para determinadas atividades, como forma de se superar algumas barreiras legais e promover uma tramitação mais ágil da legalidade migratória (BURSESE, 2008, p. 103). Igualmente, no mesmo ano, foi firmada a Declaração do Rio de Janeiro sobre a Instituição do Refúgio, na qual se reconheceu o direito universal de solicitação de refúgio, nos termos da Declaração Universal de Direitos Humanos, comprometendo-se os Estados Partes a harmonizarem as legislações nacionais acerca do tema (CANEPA, 2015, p. 167), a fim de garantir a proteção dos refugiados nos termos das normas internacionais vigentes.<sup>2</sup> Em 2001, foi aprovada a Declaração sobre Tráfico de Pessoas e Tráfico Ilícito de Migrantes, que resultou, posteriormente, na aprovação do Acordo sobre Tráfico Ilícito de Migrantes no MERCOSUL, em 2004.

Ato contínuo, em 2002, foram aprovados o Acordo de Residência para Nacionais dos Estados Partes do MERCOSUL e o Acordo de Residência para Nacionais dos Estados Partes do MERCOSUL, Bolívia e Chile, que expressaram o desejo dos Estados de implementação de uma política de livre circulação de pessoas. Os Acordos concederam o direito de residência legal (por 2 anos e permanente) aos cidadãos que queiram estabelecer-se num Estado Parte, mediante a simples comprovação da nacionalidade proveniente de outro Estado Contratante, sem a imposição da comprovação do exercício de atividade econômica ou de estudo, no Estado de destino. Do mesmo modo, aqueles que já se encontram no Estado receptor, poderão solicitar a residência naquele Estado Parte, sem precisar retornar ao seu Estado de origem, bem como sem interessar a categoria migratória pela qual se ingressou naquele território, e sem aplicação de multas para os que se encontram em situação irregular (NICOLAO, 2015, p. 8; VIEIRA; COSTA, 2018, p. 12). Ademais, tais Acordos implementaram direitos fundamentais aos migrantes, entre eles, o de reunião familiar, de tratamento igualitário, compromisso em matéria previdenciária, direito a transferir remessas em dinheiro, promoção de medidas relativas ao emprego, entre outros (BURSESE, 2008, p. 104-105). Ainda em 2002, foram firmados o Acordo sobre Regularização

---

2. Me refiro, aqui, à Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 e ao Protocolo relativo ao Estatuto dos Refugiados de 1967. Para mais detalhes sobre o tema, aplicado ao MERCOSUL, ver: Vieira e Costa (2020, p. 204-231).

Migratória Interna de Cidadãos do MERCOSUL e o Acordo sobre Regularização Migratória Interna de Cidadãos do MERCOSUL, Bolívia e Chile, que facilitaram a obtenção da permanência no país de destino, sem exigir o regresso ao país de origem para o requerimento da residência temporária ou permanente.

Em 2003, foi criado o Foro Especializado Migratório (FEM), no âmbito da Reunião de Ministros de Interior, responsável pela temática que lhe dá o nome, incumbido da adoção de medidas em relação à circulação de pessoas e residência legal (CANEPA, 2015, p. 166), além da harmonização de legislações nacionais nesta área (NICOLAO, 2015, p. 10-11). Em 2004, foi dada a conhecer a Declaração de Santiago sobre Princípios Migratórios, que acolhe princípios reconhecidos internacionalmente, tais como a facilitação da regularização migratória, o tratamento justo e igualitário, a importância da reunião familiar, o reproche às deportações massivas e ao tráfico de pessoas, entre outros (BURSESE, 2008, p. 106).

Por fim, em 2008, foi firmado o Acordo sobre Documentos de Viagem dos Estados Partes do MERCOSUL e Associados, o qual foi revisado e ampliado, em 2015, pelo Acordo sobre Documentos de Viagem e Retorno dos Estados Partes do MERCOSUL e Associados. O documento referido reconhece outros documentos de identidade dos nacionais ou residentes, para efeitos migratórios (VIEIRA; COSTA, 2018, p. 14).

Inaugurando a finalização do segundo período e início do terceiro, temos a aprovação, em 2010, da Decisão nº 64, do Conselho do Mercado Comum (CMC), que estabelece um Plano de Ação para a adoção progressiva do Estatuto da Cidadania do MERCOSUL, que deve estar culminado em 2021, quando se celebram os 30 anos da criação do bloco. O art. 2º da Decisão referida determina que o Plano terá como base a implementação de uma “política de livre circulação de pessoas na região; igualdade de direitos e liberdades civis, sociais, culturais e econômicas para os nacionais dos Estados Partes do MERCOSUL; igualdade de condições para acesso ao trabalho, saúde e educação”<sup>3</sup>. Tal como já adiantei em outra oportunidade,

---

3. Cabe destacar que o bloco tem tomado as seguintes iniciativas para a implementação do Plano de Ação referido: “a criação do Sistema Integrado de Mobilidade do MERCOSUL (SIMERCOSUL), relativo à concessão de bolsas de intercâmbio para pesquisadores da região; a criação da placa comum de identificação veicular do MERCOSUL, a qual ainda não foi implementada em todos os Estados Partes; a revisão do

Tal iniciativa é de extrema importância, pois foi depois de ser reconhecida a cidadania europeia no Tratado de Maastricht (...) que a UE conseguiu avançar na eliminação das fronteiras internas<sup>4</sup>. O objetivo é que este Estatuto seja ao final instrumentalizado na forma de um protocolo adicional ao Tratado de Assunção, trazendo o conceito de cidadão do MERCOSUL para integrar o direito originário do bloco e, conseqüentemente, o ordenamento jurídico de todos os Estados Parte. A ideia do referido plano também é estabelecer uma série de benefícios e direitos fundamentais para os cidadãos do MERCOSUL, que estará integrada ao Estatuto. (VIEIRA; COSTA, 2018, p. 15)

Ainda, convém destacar que, em 2015, foi apresentada a revisão da Declaração Sociolaboral do MERCOSUL, que manteve a estrutura da versão anterior, mas ampliou o rol de direitos fundamentais do trabalhador, incluindo, aqui, a limitação da jornada de trabalho, férias e descansos, licenças, remuneração e proteção contra a demissão arbitrária, no intuito de facilitar a mobilidade de pessoas entre os Estados Partes.

Como se verifica, o bloco vem avançando na busca da implementação da livre circulação de pessoas, como um direito de duas faces, na medida em que satisfaz à determinação constante na norma fundadora, qual seja, o Tratado de Assunção, e representa, ao mesmo tempo, um direito fundamental e humano dos cidadãos mercosurenhos. Deste modo, levando em consideração essa assertiva, veremos, a seguir, se esse direito está sendo observado pelos Estados Partes quando da determinação das medidas internas de restrição à circulação de pessoas, adotadas em função da pandemia provocada pelo novo coronavírus.

### **As medidas restritivas à livre circulação adotadas pelos Estados Partes, no seu direito interno<sup>5</sup>**

Diante da pandemia provocada pelo novo coronavírus e tendo em vista o aumento dos casos que estão atingindo a região

---

Acordo de Recife, relativo ao controle integrado dos fluxos migratórios nas fronteiras; a revisão da Declaração Sociolaboral do MERCOSUL e o Plano para Facilitar a Circulação de Trabalhadores no MERCOSUL". (VIEIRA; COSTA, 2018, p. 16)

4. O tema pode ser ampliado em: Costa e Vieira (2019a, p. 133-160).

5. Agradeço ao bolsista de Iniciação Científica UNIBIC, Thiago Fontanive, pelo auxílio na obtenção da legislação dos Estados Partes do MERCOSUL.

abrangida pelo MERCOSUL, os governos dos Estados Partes decidiram, unilateralmente, tomar medidas a fim de tentar conter a disseminação da doença. Entre as inúmeras medidas que foram tomadas, incluindo aqui o *lockdown* para fins de ampliação do isolamento social, interessa dar destaque ao fechamento das fronteiras.

Neste sentido, o primeiro país da região a determinar o fechamento de sua fronteira com os países limítrofes foi o Uruguai. Em 13 de março de 2020, por meio do Decreto nº 93, declarou-se estado de emergência sanitária nacional como consequência da pandemia ocasionada pela COVID-19, determinando, assim, o fechamento de locais públicos, com proibição de aglomeração de pessoas, bem como impondo quarentena obrigatória de quatorze dias para aqueles que apresentassem sintomas e aos chegados do estrangeiro. Na mesma data, através do Decreto nº 94, decidiu-se ampliar as medidas para mitigar e prevenir a propagação do vírus, com força na determinação constante da Lei nº 18.250, art. 45, que elenca diversos motivos para se proibir o ingresso de pessoas ao país, estando, entre eles, questões de ordem pública de índole sanitária. Desta forma, o art. 1º do último Decreto referido estabeleceu que não poderão desembarcar no Uruguai os passageiros e tripulantes de cruzeiros e navios comerciais que provenham de zonas de alto risco, bem como aqueles que apresentem sintomas característicos da COVID-19. Do mesmo modo, no art. 2º, proibiu-se o ingresso de pessoas provenientes da Argentina, excetuados os uruguaios e os estrangeiros residentes no país. Ainda, determinou-se a suspensão dos voos provenientes da Europa, a partir de 20 de março, permitindo, no entanto, o ingresso de responsáveis pelo transporte internacional de mercadorias, correio, insumos, ajuda humanitária e sanitária. Pelo Decreto nº 102, de 19 de março de 2020, autorizou-se o ingresso de todos os uruguaios e estrangeiros residentes no país, em território nacional. Especificamente com relação ao Brasil, o Decreto nº 103, de 23 de março de 2020, permitiu o ingresso de cidadãos uruguaios e estrangeiros residentes no Uruguai que estejam em território brasileiro, bem como de todas as pessoas vinculadas ao país que possam comprovar a qualidade de “fronteiriços”, autorizando, igualmente, o ingresso de seus veículos pessoais, independentemente do lugar em que registrados. Por fim, o Decreto nº 104, de 24 de março do ano indicado, manteve a autorização de ingresso ao país dos nacionais uruguaios, bem como dos estrangeiros residentes no país provenientes do exterior, desde que sujeitos às medidas de quarentena,

ao passo em que proibiu o ingresso de estrangeiros provenientes de qualquer Estado. Restaram excetuados da aplicação da norma, por referência expressa do art. 2º, os estrangeiros residentes, as tripulações de aeronaves e navios, os motoristas de meios de transporte internacional de mercadorias, correios, insumos e ajuda humanitária e sanitária, os diplomatas acreditados ante o governo uruguaio ou organização internacional com sede no país, brasileiros de zona fronteiriça (desde que demonstrada tal condição) e os refugiados com intenção de reunificação familiar. Igualmente, o Decreto nº 104/2020, no seu art. 3º, autorizou que os cidadãos e residentes nos Estados Partes do MERCOSUL somente permaneçam em trânsito nos aeroportos internacionais do país, sem poder, no entanto, solicitar o ingresso ao Estado. Por fim, o Decreto nº 105, de 19 de março de 2020, suspendeu a autorização de saída do país, com finalidade turística, aos uruguaios e estrangeiros residentes no Uruguai.

A Argentina, em 12 de março de 2020, seguindo as orientações da OMS, aprovou o Decreto nº 260, que declarou situação de emergência sanitária nacional, ocasionada pela COVID-19, com duração de 1 (um) ano. Essa norma serviu de base para os decretos posteriores (Decretos nº 274, 313, 331, 365, 409 e 459, <sup>6</sup> todos de 2020), que estabeleceram, entre outras coisas, medidas de isolamento social preventivo e obrigatório e a proibição de ingresso ao território nacional de pessoas estrangeiras não residentes no país, através de portos, aeroportos, passagens internacionais, centros de fronteira ou qualquer outro ponto de acesso, com o objetivo de reduzir as possibilidades de contágio. Essas restrições, primeiramente, se estenderam também aos argentinos e estrangeiros residentes no país, que se encontrassem fora do território nacional. Do mesmo modo, foram proibidos os voos comerciais provenientes do estrangeiro. O primeiro Decreto referido (nº 274/2020), em 16 de março do ano indicado, já determinou uma série de restrições à circulação de pessoas, o que foi mantido e ampliado pelos demais decretos, que foram prorrogando medidas e exigências de isolamento social, bem como o fechamento das fronteiras. Internamente, só estão autorizados a circular os nacionais e residentes que portem autorização para tanto, sob pena de imposição de multa pecuniária e prisão.

---

6. Este último decreto estabeleceu as medidas de restrição à circulação de pessoas com prazo de duração até 24/05/2020.

O Paraguai, por sua vez, por meio do Decreto nº 3.456, de 16 de março de 2020, determinou estado de emergência sanitária nacional, a fim de dar cumprimento às medidas sanitárias e ações preventivas derivadas do risco de expansão do novo coronavírus. Na mesma data, foi aprovado o Decreto nº 3.458, que estabeleceu o fechamento parcial e temporário dos postos de controle migratório na fronteira, como medida para conter a disseminação do vírus. No art. 3º, o Decreto referido impôs o fechamento parcial das fronteiras, ao contrário do que ocorreu na Argentina, permitindo o ingresso, no território paraguaio, dos nacionais e estrangeiros residentes no país, membros de missões diplomáticas e de organismos internacionais com autorização de entrada. Na sequência, o Decreto nº 3465, de 17 de março de 2020, ampliou o alcance do dispositivo mencionado anteriormente, mantendo as exceções referidas, determinando também que será restringida a saída destas pessoas do território nacional.

Por fim e curiosamente, ainda que tenha sido o país que por último determinou o fechamento de suas fronteiras, já em 3 de fevereiro de 2020, por meio da Portaria nº 188 do Ministério da Saúde, o Brasil declarou emergência em saúde pública de importância nacional, em virtude da infecção humana causada pela COVID-19. Ato seguinte, por meio da Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, o país estabeleceu medidas que poderão ser adotadas para o enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do novo coronavírus. Em 20 de março, a Medida Provisória nº 926 ampliou a redação dada ao art. 3º da Lei referida, conforme o qual para o enfrentamento da pandemia as autoridades poderão determinar: isolamento; quarentena; realização compulsória de exames médicos, testes laboratoriais, coleta de amostras clínicas, vacinação ou tratamentos médicos específicos; exumação, necropsia, cremação; requisição de bens e serviços de pessoas físicas e jurídicas; autorização excepcional e temporária para importação de produtos sujeitos à vigilância sanitária; etc.

Entre as medidas, merece destaque a determinação constante no inciso VI do artigo em referência, que autoriza a adoção de “restrição excepcional e temporária, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, por rodovias, portos ou aeroportos de a) entrada e saída do País; e b) locomoção interestadual e intermunicipal”. Antes mesmo da en-

trada em vigência da Medida Provisória nº 926, em 19 de março de 2020, por meio da Portaria nº 125, o país já adotou restrições para a entrada de estrangeiros provenientes da Argentina, Bolívia, Colômbia, Guiana Francesa, Guiana, Paraguai, Peru e Suriname, por um período de 15 dias, por rodovias ou outros meios terrestres, estando excepcionados desta determinação os brasileiros e residentes definitivos, profissionais estrangeiros em missão a serviço de organização internacional ou funcionário estrangeiro acreditado junto ao governo brasileiro (art. 4º).

Esta restrição à circulação de pessoas não poderia impedir o livre tráfego do transporte rodoviário de cargas, a execução de ações humanitárias autorizadas por autoridades sanitárias locais, bem como o trânsito de residentes de cidades gêmeas com linha de fronteira exclusivamente terrestre (art. 5º). Pela Portaria nº 8 do Ministério da Justiça e Segurança Pública, de 2 de abril, renovaram-se as restrições constantes na Portaria anterior. Também em 19 de março, por meio da Portaria nº 126, foi proibido por 30 dias o ingresso de estrangeiros provenientes das seguintes localidades: China, União Europeia, Islândia, Noruega, Suíça, Reino Unido, Austrália, Irã, Japão, Malásia e Coreia, ato que foi renovado posteriormente. Em 22 de março do ano indicado, foi publicada a Portaria nº 132, que impôs restrição excepcional e temporária de entrada ao país, por via terrestre, de estrangeiros provenientes do Uruguai, com validade de 30 dias, medida que não atingiria ao brasileiro, cônjuge ou companheiro uruguaio de brasileiro, uruguaio com filho brasileiro, ao estrangeiro residente no Brasil, ao profissional estrangeiro em missão a serviço de organização internacional ou funcionário estrangeiro acreditado junto ao governo brasileiro (art. 4º), tendo sido renovada posteriormente. Especificamente, a Portaria nº 158, de 31 de março, proibiu o ingresso ao território nacional de estrangeiros provenientes da Venezuela, por prazo de 30 dias. Alterando a metodologia de trabalho, em 27 de março, a Portaria nº 152 estabeleceu proibição generalizada ao ingresso de estrangeiros de qualquer nacionalidade ao país, mantendo as exceções necessárias, sem mais detalhar quais seriam as nacionalidades abarcadas.

Na sequência, no final de abril, as Portarias nº 201, 203 e 204 seguiram determinando, respectivamente, a proibição da entrada de estrangeiros de qualquer nacionalidade, pelo prazo de 30 dias, por transporte aquaviário, por via aérea e terrestre, com exceções

como as já mencionadas. Por fim, em 22 de maio de 2020, a Portaria nº 255 determinou o fechamento das fronteiras brasileiras a todos os estrangeiros, por 30 dias, estando, pois, proibido o ingresso por rodovias e demais meios terrestres, via aérea ou transporte aquaviário. Excetuam-se da restrição referida os brasileiros, estrangeiros com residência definitiva, profissionais estrangeiros em missão a serviço de organização internacional, passageiro em trânsito internacional (desde que não saia da área internacional do aeroporto e que o país de destino admita o seu ingresso), funcionário estrangeiro acreditado junto ao governo brasileiro, transporte de cargas e estrangeiro que seja cônjuge, companheiro, filho, pai ou curador de brasileiro, portador de Registro Nacional Migratório ou cujo ingresso tenha sido especificamente autorizado pelo governo por razões de interesse público ou por questão humanitária (art. 4º).

Como se verifica a partir da referência feita às determinações de ordem interna de cada um dos países analisados, todos eles vêm adotando medidas restritivas à livre circulação de pessoas, por meio do fechamento temporário e provisório de fronteiras, as quais também abarcam os nacionais e residentes estrangeiros provenientes dos Estados Partes do MERCOSUL. Neste ponto, voltamos ao problema de pesquisa inicialmente referido: estas medidas de caráter emergencial estão de acordo com o Direito do MERCOSUL, em especial com a determinação constante no art. 1º do Tratado de Assunção, que institui a livre circulação de pessoas como requisito essencial para a consolidação do mercado comum? Para responder à pergunta realizada, vejamos, ainda, o que o bloco está fazendo em tempos de pandemia e se há coordenação por parte das instituições do MERCOSUL para conter a disseminação do novo coronavírus e não prejudicar as determinações do Tratado de Assunção.

### **A (ausência de) coordenação por parte das instituições do MERCOSUL com relação à adoção de medidas referentes à circulação de pessoas**

Como restou evidente a partir da análise do direito interno dos Estados Partes, cada um deles vem adotando, unilateralmente, medidas para conter a disseminação do novo coronavírus, que confluem no fechamento de fronteiras, no isolamento do Estado. No entanto, esse fechamento não foi discutido efetivamente a nível regional e cada país está dando prevalência ao seu direito interno,

ao seu interesse nacional, por sobre o Direito do MERCOSUL, sem dar valor ao interesse regional e ao fato de que o vírus não é um problema somente local. Como veremos à continuação, nenhuma ação de impacto foi tomada nesse sentido, existindo, tão somente, declarações de intenção, que não passam de *soft law*, sem nenhum poder vinculante.

O mesmo erro foi cometido pela União Europeia, no começo da pandemia, quando a resposta ao surto foi dada individualmente pelos Estados Membros e de forma descoordenada, o que provocou um maior impacto na propagação do vírus (ALVAREZ *et al*, 2020, p. 1). Somente mais tarde, o tema da saúde pública, pautado na competência compartilhada entre a União Europeia e os Estados (determinada pelo Tratado de Funcionamento da União Europeia, arts. 4, 6 e 168), foi motivo de ações conjuntas, entre elas, uma resposta coordenada ao fechamento das fronteiras, uma limitação comum ao ingresso no território europeu, permitindo-se somente os deslocamentos essenciais (ALVAREZ *et al*, 2020, p. 4-5)<sup>7</sup>.

Em 19 de março de 2020, por meio de reunião virtual convocada pela Presidência *Pro Tempore* Paraguaia do MERCOSUL, considerando “que a pandemia causada pela COVID-19 não respeita fronteiras, exigindo coordenação regional eficiente e permanente, com base em boas práticas baseadas em evidências científicas e em diretrizes e orientação emitidas pelas organizações competentes” (considerando nº 1) foi aprovada a *Declaração dos Presidentes do MERCOSUL sobre Coordenação Regional para a Contenção e Mitigação do Coronavírus e seu Impacto* (MERCOSUL, 2020a). Por meio desta Declaração, os Presidentes expressaram que seria conveniente “facilitar o retorno de cidadãos e residentes dos Estados Partes do MERCOSUL para seus locais de origem ou residência” (item nº 1). Para tanto, deveria ser feito um intercâmbio periódico de listas de pessoas que manifestaram sua vontade de retornar ao país de origem ou de residência, com o objetivo de realizar uma repatriação. Não obstante, como se verifica, nenhuma ação positiva foi tomada

---

7. É importante referir que, na União Europeia, a livre circulação de pessoas pode ser restringida por motivos de saúde pública, conforme previsto no art. 45, nº 3 do Tratado de Funcionamento da União Europeia. Ademais, “na hipótese de verificação de uma determinada condição pessoal, certas pessoas poderão ser impedidas de exercerem o direito de circulação. Todavia, como está em causa o exercício de um direito fundamental, as restrições devem ser aplicadas restritivamente” (GONÇALVES, 2018, p. 164).

no sentido de não inviabilizar a circulação de pessoas, quando necessária, determinação constante no art. 1º do Tratado de Assunção. Ao contrário, o bloco preocupou-se somente com a não imposição de obstáculos à livre circulação de mercadorias e serviços, em comunicado conjunto dado a conhecer no dia 18 de março do ano em referência (MERCOSUL, 2020b), liberdades igualmente previstas no dispositivo em destaque.

Ainda, em 25 de março, o Parlamento do MERCOSUL deu a conhecer a Declaração intitulada *Estrategias Conjuntas de Salud entre los Países del MERCOSUR para Enfrentar la Pandemia del Coronavirus COVID-19*, a qual, no art. 3º, destaca a necessidade de haver a convocação de uma Reunião de Ministros de Segurança, Saúde e Defesa para a elaboração de operativos conjuntos destinados à realização de controles e limitação da circulação de pessoas nos espaços de fronteira entre os países do bloco. Não obstante a determinação referida, nenhuma medida foi tomada nesse sentido.

Apesar da inexistência de ação real no tocante à circulação de pessoas, em contrapartida, aprovou-se, em 1º de abril de 2020, pela Decisão nº 1 do CMC, um fundo de emergência para enfrentar a pandemia provocada pela COVID-19, de quase U\$S 16 milhões, provenientes dos recursos do FOCEM (Fundo de Convergência Estrutural do MERCOSUL), destinado à investigação científica, formação de recursos humanos, divulgação de resultados, entre outras medidas, a ser compartilhado entre os quatro Estados fundadores do bloco e liberado conforme o cumprimento de ações pré-estabelecidas.

### **Considerações Finais**

É sabido que nos tempos atuais, nos quais atravessamos uma crise sanitária de dimensões globais, várias medidas precisam ser tomadas no intuito de se tentar conter a propagação do novo coronavírus. Uma dessas medidas é, sem sombra de dúvidas, o fechamento das fronteiras. A questão que se levanta, no entanto, é que os Estados, quando pertencem a um bloco de integração econômica com compromissos mais profundos, como é o caso do MERCOSUL, precisam estabelecer ações de forma conjunta, para não haver um esvaziamento dos propósitos integracionistas e não se prejudicar os avanços que foram feitos até então em matéria migratória.

O MERCOSUL, desde sua criação (1991), está trabalhando na implementação da livre circulação de pessoas, como medida essencial para a consolidação do mercado comum. Neste ínterim, várias normas já foram aprovadas, estabelecendo regras no tocante à política migratória adotada na região, válidas para nacionais e residentes dos Estados Partes. Inclusive, pretende-se construir, até 2021, o conceito de cidadão do MERCOSUL, pautado nesta liberdade de circulação, matéria que igualmente é tratada como questão de direitos humanos.

Ocorre que, desde 13 de março de 2020, data em que o primeiro país (Uruguai) passou a restringir a circulação de pessoas, com o fechamento unilateral de suas fronteiras, não há uma coordenação de políticas públicas, ações conjuntas em termos de cooperação internacional, estabelecimento de normas para flexibilizar a liberdade referida, em virtude da pandemia. Em outras palavras, não se registram esforços coletivos, efetivos, para se tentar harmonizar ou então uniformizar os critérios que possam restringir a entrada e saída de pessoas dos territórios nacionais integrados, tendo em vista a necessidade de preservação da saúde humana.

A partir de tal constatação, responde-se ao problema de pesquisa apresentado, no sentido de que o fechamento de fronteiras, conforme a critérios internos e sem coordenação com as instituições do MERCOSUL, não está em conformidade com o Direito do bloco, especialmente, com sua norma fundadora, o Tratado de Assunção, que determina ser a livre circulação de pessoas uma das quatro liberdades necessárias para a constituição do mercado comum. Aliasse a esta inconformidade, a falta de cumprimento do compromisso assumido, quando da ratificação do Protocolo de Ouro Preto (art. 38) – adicional ao Tratado de Assunção –, conforme o qual os Estados se comprometem a adotar *todas* as medidas necessárias para assegurar, em seus territórios, o cumprimento das normas do MERCOSUL. Aguardam-se, portanto, medidas conjuntas e de *hard law* que possam estabelecer critérios unívocos que, sem desprezar o devido cuidado com a não disseminação do novo vírus, não deixem de lado o direito dos destinatários da integração, as pessoas que residem nos Estados Partes, de poder circular entre os mesmos, na medida de suas necessidades.

## Referências

ACCIOLY, Elizabeth. *MERCOSUL & União Europeia: estrutura jurídico-co-institucional*. Curitiba: Juruá, 1996.

ALVAREZ, Gonzalo; *et. all.* *La Unión Europea frente a los desafíos del COVID-19*. Disponível em: <http://www.derecho.uba.ar>. Acesso em: 25/05/2020.

ARGENTINA. *Decreto n° 260/2020*. Buenos Aires: Boletín Oficial n° 34.327, 12 mar. 2020. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar>. Acesso em: 22/05/2020.

ARGENTINA. *Decreto n° 274/2020*. Buenos Aires: Boletín Oficial n° 34.330, 16 mar. 2020. Disponível em: <http://www.infoleg.gob.ar>. Acesso em: 22/05/2020.

ARGENTINA. *Decreto n° 313/2020*. Buenos Aires: Boletín Oficial n° 34.340, 27 mar. 2020. Disponível em: <http://www.infoleg.gob.ar>. Acesso em: 22/05/2020.

ARGENTINA. *Decreto n° 331/2020*. Buenos Aires: Boletín Oficial n° 34.345, 01 abr. 2020. Disponível em: <http://www.infoleg.gob.ar>. Acesso em: 22/05/2020.

ARGENTINA. *Decreto n° 365/2020*. Buenos Aires: Boletín Oficial n° 34.353, 11 abr. 2020. Disponível em: <http://www.infoleg.gob.ar>. Acesso em: 22/05/2020.

ARGENTINA. *Decreto n° 409/2020*. Buenos Aires: Boletín Oficial n° 34.365, 26 abr. 2020. Disponível em: <http://www.infoleg.gob.ar>. Acesso em: 22/05/2020.

ARGENTINA. *Decreto n° 459/2020*. Buenos Aires: Boletín Oficial n° 34.377, 11 mai. 2020. Disponível em: <http://www.infoleg.gob.ar>. Acesso em: 22/05/2020.

BECK, Ulrich. *Sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. (Trad. Jorge Navarro; Daniel Jiménez; Maria Rosa Borrás). Barcelona/Buenos Aires/México: Paidós, 2006.

BORREGO, Neiza Salazae. Los actores sociales en el MERCOSUR. Una mirada hacia la participación en las relaciones de trabajo. *Revista de Filosofía Jurídica, social y política – FRONESIS*, vol. 17, n.3, p. 399-423, 2010.

BRASIL. *Lei nº 13.979/2020*. Brasília: Diário Oficial da União, 7 fev. 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 23/05/2020.

BRASIL. *Medida Provisória nº 926/2020*. Brasília: Diário Oficial da União, Edição Extra – G, 20 mar. 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 23/05/2020.

BRASIL. *Portaria nº 125/2020*. Brasília: Diário Oficial da União, 19 mar. 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 23/05/2020.

BRASIL. *Portaria nº 126/2020*. Brasília: Diário Oficial da União, Edição Extra – D, 20 mar. 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 23/05/2020.

BRASIL. *Portaria nº 132/2020*. Brasília: Diário Oficial da União, Edição Extra – K, 22 mar. 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 23/05/2020.

BRASIL. *Portaria nº 152/2020*. Brasília: Diário Oficial da União, Edição Extra – C, 27 mar. 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 23/05/2020.

BRASIL. *Portaria nº 158/2020*. Brasília: Diário Oficial da União, Edição 62-B, 31 mar. 2020. Disponível em: <http://www.in.gov.br>. Acesso em: 23/05/2020.

BRASIL. *Portaria nº 188/2020*. Brasília: Diário Oficial da União, 3 fev. 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 23/05/2020.

BRASIL. *Portaria nº 201/2020*. Brasília: Diário Oficial da União, Edição 78-B, 24 abr. 2020. Disponível em: <https://portaldeimigracao.mj.gov.br>. Acesso em: 23/05/2020.

BRASIL. *Portaria nº 203/2020*. Brasília: Diário Oficial da União, Edição 80-A, 28 abr. 2020. Disponível em: <https://portaldeimigracao.mj.gov.br>. Acesso em: 23/05/2020.

BRASIL. *Portaria nº 255/2020*. Brasília: Diário Oficial da União, Edição Extra, 22 mai. 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 23/05/2020.

BRASIL. *Portaria nº 8/2020*. Brasília: Diário Oficial da União, Edição Extra – A, 2 abr. 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 23/05/2020.

BURSESE, Emiliano Martín. La libre circulación de personas en el MERCOSUR y en la región sudamericana: un enfoque migratorio. In: LEITA, Francisco; NEGRO, Sandra C. (Coord.) *La Unión Europea y el MERCOSUR: a 50 años de la firma de los Tratados de Roma*. Buenos Aires: La Ley/Facultad de Derecho UBA, 2008. p. 91-114.

CANEPA, Martin. Los Derechos Humanos en el MERCOSUR. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, n.º 6, p. 161-177, ago. 2015.

COSTA, Vitória Volcato da; VIEIRA, Luciane Klein. A (não) utilização dos instrumentos jurídicos do MERCOSUL, pelo Brasil, na recepção dos imigrantes venezuelanos. *Caderno de Relações Internacionais*, vol. 10, nº 19, p. 127-171, 2019b. Disponível em: <https://faculdedamas.edu.br>.

COSTA, Vitória Volcato da; VIEIRA, Luciane Klein. Nacionalismo, xenofobia e União Europeia: barreiras à livre circulação de pessoas e ameaças ao futuro do bloco europeu. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, vol. 64, nº 3, p. 133-160, set./dez 2019a. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br>. Acesso em: 20/05/2020.

CZAR DE ZALDUENDO, Susana. Integración: nociones generales. Integración económica e integración regional. In: NEGRO, Sandra (Dir.) *Derecho de la Integración. Manual*. Buenos Aires/Montevideo: BdeF, 2018. p. 3-24.

GONÇALVES, José Renato. As quatro liberdades. In: FERREIRA, Eduardo Paz (Coord.) *Integração e Direito Econômico Europeu*. Lisboa: AAFDL Editora, 2018. p. 123-195.

JAEGER JÚNIOR, Augusto. *MERCOSUL e a livre circulação de pessoas*. São Paulo: LTr, 2000.

MERCADO COMUM DO SUL (MERCOSUL). *Declaração dos Presidentes do MERCOSUL sobre Coordenação Regional para a Contenção e Mitigação do Coronavírus e seu Impacto*. Assunção, 19 mar. 2020a. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br>. Acesso em: 25/05/2020.

MERCADO COMUM DO SUL (MERCOSUL). *Estatuto da Cidadania do MERCOSUL: Plano de Ação*. Decisão nº 64/2010. Foz do Iguaçu:

CMC, 16 dez. 2010. Disponível em: <http://www.cartillaciudadania.mercosur.int>. Acesso em: 20/05/2020.

MERCADO COMUM DO SUL (MERCOSUL). *Fundo para a Convergência Estrutural do MERCOSUL. Recursos adicionais para o Projeto "Investigação, Educação e Biotecnologias aplicadas à Saúde". Emergência sanitária COVID-19*. Decisão nº 1/2020. Assunção: CMC, 1 abr. 2020. Disponível em: <https://normas.mercosur.int>. Acesso em: 26/05/2020.

MERCADO COMUM DO SUL (MERCOSUL). *Protocolo de Ouro Preto (Adicional ao Tratado de Assunção sobre a Estrutura Institucional do MERCOSUL)*. Assunção: 17dez. 1994. Disponível em: <https://www.mercosur.int>. Acesso em: 26/05/2020.

MERCADO COMUM DO SUL (MERCOSUL). *Tratado de Assunção para a Constituição de um Mercado Comum*. Assunção: 26 mar. 1991. Disponível em: <https://normas.mercosur.int>. Acesso em: 20/05/2020.

MERCADO COMÚN DEL SUR (MERCOSUR). *Mandatarios del MERCOSUR acuerdan libre tránsito de cargas y servicios en frontera para mantener la economía regional*. 19 mar. 2020b. Disponível em: <https://www.mercosur.int>. Acesso em: 25/05/2020.

MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco. *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*. 3ª ed. Madrid: Trivium, 1997.

NICOLAO, Julieta. Las Migraciones en la Agenda Del MERCOSUR. El Rol de Argentina en El Foro Especializado Migratorio. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 29, 2015. Disponível em: <http://www.reei.org>. Acesso em: 20/05/2020.

PARAGUAY. *Decreto nº 3.456/2020*. Asunción: Gaceta Oficial nº 54, 17 mar. 2020. Disponível em: <http://www.gacetaoficial.gov.py>. Acesso em: 22/05/2020.

PARAGUAY. *Decreto nº 3.458/2020*. Asunción: Gaceta Oficial nº 54, 17 mar. 2020. Disponível em: <http://www.gacetaoficial.gov.py>. Acesso em: 22/05/2020.

PARAGUAY. *Decreto nº 3.465/2020*. Asunción: Gaceta Oficial nº 55, 18 mar. 2020. Disponível em: <http://www.gacetaoficial.gov.py>. Acesso em: 22/05/2020.

PARLAMENTO DO MERCOSUL (PARLASUL). *Estrategias Conjuntas de Salud entre los Países del MERCOSUR para Enfrentar la Pandemia*

*del Coronavirus COVID-19*. Montevideo: 25 mar. 2020. Disponível em: <https://www.parlamentomercosur.org>. Acesso em: 26/05/2020.

URUGUAI. *Decreto nº 102/2020*. Montevideo: Diário Oficial nº 30.406, 25 mar. 2020. Disponível em: <https://www.impo.com.uy>. Acesso em: 23/05/2020.

URUGUAI. *Decreto nº 103/2020*. Montevideo: Diário Oficial nº 30.409, 30 mar. 2020. Disponível em: <https://www.impo.com.uy>. Acesso em: 23/05/2020.

URUGUAI. *Decreto nº 104/2020*. Montevideo: Diário Oficial nº 30.409, 30 mar. 2020. Disponível em: <https://www.impo.com.uy>. Acesso em: 23/05/2020.

URUGUAI. *Decreto nº 105/2020*. Montevideo: Diário Oficial nº 30.409, 30 mar. 2020. Disponível em: <https://www.impo.com.uy>. Acesso em: 23/05/2020.

URUGUAI. *Decreto nº 93/2020*. Montevideo: Diário Oficial nº 30.404, 23 mar. 2020. Disponível em: <https://www.impo.com.uy>. Acesso em: 23/05/2020.

URUGUAI. *Decreto nº 94/2020*. Montevideo: Diário Oficial nº 30.404, 23 mar. 2020. Disponível em: <https://www.impo.com.uy>. Acesso em: 23/05/2020.

VIEIRA, Luciane Klein; COSTA, Vitória Volcato da. A livre circulação de pessoas no MERCOSUL e na União Europeia: perspectivas e desafios para o futuro. *Revista de Direito Internacional e Direitos Humanos da UFRJ*, n. 1, vol. 1, p. 1-21, 2018. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br>.

VIEIRA, Luciane Klein; COSTA, Vitória Volcato da. Fechamento das fronteiras, circulação de pessoas e COVID-19: o dever de proteção aos direitos humanos, no MERCOSUL. In: PILAU SOBRINHO, Liton Lanes; CALGARO, Cleide; ROCHA, Leonel Severo (Orgs.) *COVID-19: Direitos Humanos e Educação*. Itajaí: UNIVALI, 2020. p. 204-231.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). *Coronavirus Disease (COVID-19). Situation Report 119*. Geneva, 18 May 2020. Disponível em: <https://www.who.int>. Acesso em: 20/05/2020.



# TRIBUTAÇÃO E RENDA BÁSICA: COMO MINIMIZAR ALGUNS EFEITOS DA PANDEMIA

*Marciano Buffon\**

---

## Introdução

Vive-se tempos inimagináveis a nossa geração. Como uma espécie de tsunami planetário, um vírus conduz-nos por caminhos impensados, transformando o presente em algo sem precedente. É certo que, felizmente, não se teve – até então – a nefasta experiência de um conflito armado e, vale sempre lembrar, que “não há nada pior do que a guerra”, como dizia Hemingway. Por isso, esta pandemia é, seguramente, a pior experiência que os nascidos neste tempo (nos países que não tiveram guerras, pelo menos) estão a partilhar.

Não obstante a natural angústia e inquietação, é fundamental manter a racionalidade humanista e fazer dela uma espécie de motor de propulsão para ações, seja no plano individual ou coletivo. Optar por esse caminho implica estabelecer uma escala valorativa de prioridades, na qual a vida humana ocupa o topo do cume. Preservar a existência, sobretudo dos mais fragilizados, consiste em imperativo humanista inegociável. Parafraseando o saudoso professor Ovídio Baptista, o que diriam os pósteros se essa geração assistisse ao padecimento dos mais vulneráveis com a mesma indiferença de quem comenta o tempo?

Caso os argumentos de ordem humanista não sejam suficientes, convém lembrar também que não há algo que mais destroça a economia do que empilhar cadáveres como se fossem apenas “danos colaterais”, lembrando aqui a infeliz expressão consagrada pelos “falcões de Bush” durante a trágica Guerra do Iraque. Estudos

---

\* Pós-Doutor em Direito pela Universidad de Sevilla – ES. Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado/Doutorado) e da graduação na UNISINOS. Advogado na área tributária.

recentemente publicados sobre a Gripe Espanhola, de um século atrás, demonstram que cidades e estados americanos que optaram “pela economia” em detrimento das vidas foram os mais afetados economicamente por aquela pandemia.

Ou seja, neste primeiro momento, é desumano e antieconômico (inclusive) opor vidas à economia, mesmo que isso se apresente de uma maneira sutil e disfarçada de falso pragmatismo e aceitação da realidade. Tampouco é possível que políticos discutam ciência. Aqueles simplesmente não de agir em consonância com esta, até porque – se forem inteligentes e tiverem conhecimento histórico – haverão de lembrar que há um preço altíssimo a pagar pelo negacionismo científico e que democracia, como lembrava Asimov, não pode significar que “a minha ignorância é tão boa quanto o seu conhecimento”.

Dentro dessa perspectiva é que o presente trabalho se insere. Busca-se analisar as possibilidades de adoção de políticas públicas que estejam aptas, num momento inicial, a minimizar os efeitos da caótica situação social e econômica, cujo limiar já se vivencia, sem que se consiga precisar o tamanho do seu aprofundamento. Sem a pretensão de traçar um receituário exaustivo e suficiente, esse estudo direciona seu olhar para a instituição de um Programa de Renda Mínima voltado a todos que já estão (e outros tantos que logo estarão) vivendo abaixo da linha da pobreza. Para tanto, alguns dogmas, tidos como irrefutáveis, haverão de ser superados, entre os quais a ideia de austeridade, nos termos que seguem.

## **A superação do dogma da austeridade**

Com a eclosão da crise fiscal do Estado de Bem-Estar, em meados dos anos 1970, a questão do déficit público passou a ser entendida como a principal razão das crises econômicas, as quais se tornaram mais notáveis nas décadas de 1980 e 1990, principalmente em países que, paradoxalmente, sequer tinham, de fato, obtido êxito na tarefa de concretizar tal modelo de Estado.

Com ênfase específica nessa questão, os organismos financeiros – braços visíveis do ideário neoliberal que alicerçou o processo de globalização – venderam mundo afora a fórmula segundo a qual o Estado deveria ter como principal meta a obtenção de superávit fiscal, mesmo que isso implicasse redução expressiva de investi-

mentos no campo social. Ou seja, difundiu-se, com grande êxito, a ideia de que o Estado deveria gastar menos do que arrecadasse, para que fosse possível, com isso, produzir o superávit primário<sup>1</sup>, assim denominado por não computar os dispêndios necessários para o financiamento da dívida pública.

Por um lado, esse discurso foi altamente sedutor, tendo em vista que havia – e ainda há – uma crescente desconfiança relativamente à qualidade do gasto estatal, especialmente pelos aparentes desperdícios de dinheiro público, com a realização de obras faraônicas, bem como em razão dos escândalos de corrupção. Por outro lado, os investimentos públicos em políticas sociais também restaram fortemente limitados, e os escassos recursos disponíveis para atender as demandas sociais, mostraram-se insuficientes ante o advento dos novos riscos sociais. Por evidência, isso colaborou significativamente para a ampliação das desigualdades sociais e para o fortalecimento do processo de exclusão.

Noutras palavras, essa receita única, vendida como verdade inconteste ao longo dos anos 1990, colaborou enormemente para que economias mais fragilizadas (América Latina como um todo) tornassem-se mais disfuncionais ainda, uma vez que a consequência – que deveria a essa altura ser previsível – foi a maximização da desigualdade que ora se verifica em todo continente e no Brasil em especial.

No contexto europeu do pós-crise de 2008, Giannatiempo (2018, p. 51) explica que “a austeridade é uma política de desinflação e rigor fiscal, permeada de avaliações morais; inscreve-se no quadro ideológico do liberalismo e do neoliberalismo”, constituindo-se de um dos fundamentos das políticas econômica da União Europeia. Relativamente ao seu país, conclui que “mais do que no resto da Europa, os tomadores de decisão italianos implementaram essas medidas, justificando-as no processo de integração comunitária” (GIANNATIEMPO, 2018, p. 54).

---

1. Superávit primário é o resultado positivo de todas as receitas e despesas do governo, excetuando gastos com pagamento de juros. O déficit primário ocorre quando esse resultado é negativo. Ambos constituem o “resultado primário. Ver SENADO. Superávit primário. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br>. Acesso em: 20/05/2020.

Como jocosamente explica Mark Blyth (2014, p. 2), “a austeridade é a penitência – a dor virtuosa após a festa imoral –, mas não vai ser uma dieta de dor que todos partilharemos”. Isso ressalta o caráter regressivamente seletivo do processo, pois, como afirma, “poucos de nós são convidados para a festa, mas pedem-nos a todos que paguemos a conta”. Em outras palavras, arremata o autor, “Quando dizem que todos temos de apertar o cinto, sou o primeiro a concordar, desde que usemos todos as mesmas calças”. “O que me irrita”, prossegue, “é a injustiça do corte. Quando se faz isso numa democracia, é desestabilizador. Porque devia ser um campo do jogo nivelado” (BLYTH, 2014).

Ademais, esse combate intransigente ao déficit público revela-se ineficaz, justamente em face das altas taxas de juros, pelas quais o Estado remunera os investidores em títulos públicos, cujos recursos servem para financiar a denominada rolagem da dívida estatal (especialmente no Brasil durante as três últimas décadas).

Há de se reconhecer, portanto, que um componente que agravou o processo de exclusão social fora a deliberada opção de combater-se o déficit público em detrimento de investimentos que pudessem minimizar os efeitos decorrentes dos novos riscos sociais, muitos deles advindos do modelo de globalização que se consolidou, exclusivamente, no aspecto econômico. Como critica Lara Resende, gastar apenas aquilo que se arrecada trata-se de uma verdadeira “obsessão, que aparece como algo derivado de posição técnico-científica”, quando, de fato, nada mais é do que “posição ideológica de restrição do Estado”. Segundo ele, “foi essa desmoralização do Estado que levou [a sociedade] a um mal estar com a democracia representativa” (RESENDE, 2020).

No caso específico do Brasil, não obstante perceber-se a melhora nos históricos níveis de desigualdade social na primeira década e meia deste século, a obsessão pela geração de um superávit primário, combinada com o combate de uma inflação – a qual já não possuía as mesmas características do processo inercial dos anos 1980 e primeira metade da década de 1990 – transformou-se num empecilho de duas faces para que a redução da desigualdade não alcançasse números mais expressivos e maior solidez, revertendo-se no processo de sua ampliação ora vivenciado, que coloca o Brasil na disputa pelo primeiro lugar entre os países mais desiguais na divisão da renda.

## O “efeito bumerangue” de políticas de redução de proteção social e renda

Uma vez que, a partir de 2013, o Brasil deixou de apurar o tão almejado superávit fiscal, as políticas públicas que estavam voltadas a garantir os direitos fundamentais sociais foram arrefecendo-se, o que pode ser constatado, inclusive, pela inversão da curva do Índice de Gini, já a partir do mesmo ano, quando o Brasil passa a viver um período de célere recuperação da “desigualdade perdida” (IBGE, 2016).

Para agravar o quadro, em 2016, foram aprovadas duas Emendas Constitucionais que agudizam a já esquilada proteção social. Num primeiro momento, houve a ampliação do mecanismo da Desvinculação das Receitas da União – DRU, de vinte para trinta por cento do Orçamento da Seguridade Social, o que, em termos práticos, resulta a supressão de quase um terço dos valores constitucionalmente assegurados para o financiamento de políticas públicas sociais (Emenda Constitucional nº 93/2016). Depois, a Emenda Constitucional nº 95/2016 contingenciou o gasto público primário (excluídos assim os juros nominais) para os vinte anos subsequentes, nos mesmos patamares de 2016, atualizados apenas pela inflação (IPCA).

Como se tais medidas não fossem suficientes, uma verdadeira ação concatenada de empobrecimento da dita classe média e miserabilização dos já empobrecidos prosseguiu em ritmo acelerado, sob o fundamento, segundo o qual, o Estado deveria ser reduzido – porque corrupto e ineficiente em sua essência. Com um amplo apoio midiático, essas mudanças radicais foram “vendidas” como salvadoras de empregos e garantidoras de uma futura aposentadoria. De tal sorte, foram implementadas – com baixo nível de rejeição – e aprovadas, inclusive, por uma parte expressiva de suas vítimas mais notórias, algo que se aproxima a uma espécie de “Síndrome de Estocolmo”<sup>2</sup> de caráter político e econômico.

---

2. Síndrome de Estocolmo é um termo geralmente usado para nomear um estado psicológico em que a vítima de uma agressão desenvolve simpatia pelo seu agressor. É o caso do oprimido que se identifica emocionalmente com o opressor. Do abusado que defende seu abusador. Ou do refém que passa a sentir compaixão pelo sequestrador. Ver SÍNDROME de Estocolmo, significado, origem e exemplos. In: HIPERCULTURA. Disponível em: <https://www.hipercultura.com>. Acesso em: 06/05/2020.

Nesse processo, a Reforma Trabalhista perpetrada ainda em 2017 (Lei 13.467/17), bem como a mais recente Reforma da Previdência (EC 103/19) ocupam papel de destaque. Ambas produzem uma combinação de fatores que, de um lado, reduzem a proteção social e, por outro, achatam a renda da classe média e baixa trabalhadora, empurrando para a informalidade o maior contingente já posto nessa condição no Brasil (em tão curto espaço de tempo), o que, paradoxalmente, reduz a arrecadação de contribuições previdenciárias.

Como relata Dowbor, o desemprego havia alcançado um percentual muito reduzido após a primeira década do Século XXI (algo em torno de 5%), subindo vertiginosamente “para mais de 12% depois que os banqueiros assumiram”. Acontece que isso não traduz por inteiro o drama ora vivido, pois “além dos 13 milhões de desempregados, temos 40 milhões de pessoas no setor informal, onde a renda em média é a metade do que assegura o emprego formal”. Dessa maneira, “somando o desemprego e a informalidade, são 53 milhões de pessoas em situações precárias, para uma força de trabalho de 105 milhões, praticamente a metade” (DOWBOR, 2020).

Ocorre que “políticas de empobrecimento” provocam algo que poderia ser denominado de “efeito bumerangue”: num primeiro momento, resultam a melhora nas contas públicas e aumento de produtividade no setor privado, no tempo seguinte, voltam-se contra aqueles que efemeramente foram beneficiados.

Por parte do Estado, isso se verifica porque, ao adotar ações voltadas ao empobrecimento da população (sejam quais forem os pretensos efeitos benéficos que as justifiquem), os eventuais ganhos decorrentes da redução do gasto social perdem-se num espaço de tempo muito mais curto do que seus arraigados defensores sequer imaginavam, uma vez que ao acelerar a miserabilidade coloca-se um contingente expressivo da população diante das duas indesejáveis alternativas: mendicância ou marginalidade. Por mais que ações altruístas da população (caridade privada) tenham um efeito meritório, serão insuficientes para evitar as severas consequências de um processo dessa natureza.

Da parte da iniciativa privada, os eventuais ganhos de produtividade e rentabilidade, decorrentes da redução da pressão salarial, possuem um prazo de validade igualmente muito curto,

pois eles tendem, naturalmente, a se esvaírem diante de um quadro recessivo e de redução do consumo, em face da compressão da renda daqueles que justamente poderiam consumir os bens e serviços produzidos. A ilusão do empresário individualista reside em imaginar que o aviltamento da renda laboral imposto aos seus trabalhadores não repercutirá negativamente no consumo de bens ou serviços produzidos por ele; esquecendo-se que uma ampla, geral e irrestrita precarização de direitos trabalhistas e informalidade das atividades laborais, quando adotadas como políticas de Estado, propiciam que os mais diversos setores as imponham indistintamente, reduzindo o poder de compra de todos os agora denominados “colaboradores”.

O empreendedorismo de necessidade, amplamente difundido e propagado como um futuro de liberdade para trabalhadores, em uma economia disruptiva, tem-se revelado apenas nova forma de escravidão moderna, na qual o trabalhador pensa ser livre para exercer suas atividades, quando, na verdade, nunca esteve tão submetido aos nocivos efeitos do trabalho ilimitado e indutor dos mais diversos males. A contrapartida: uma renda cada vez menor e insuficiente para satisfazer suas necessidades mais básicas.

Os beneficiários iniciais tornam-se, também, vítimas desse processo, justamente porque não levaram a sério o alerta de que a desigualdade de renda – obviamente com a prevalência da escala inferior – leva à disfuncionalidade econômica, assim como o aumento de rentabilidade dos negócios, fundado em uma severa redução da renda global dos trabalhadores (“por acaso” também consumidores em um mercado voltado fortemente ao consumo interno), produz uma, quase inevitável, redução da atividade produtiva (com exceção ao “capítulo à parte” das commodities), que pode levar a uma recessão econômica.

Em vista disso, aqueles ganhos derretem-se rapidamente, pois são sucedidos por uma redução de faturamento o que rapidamente os consumirá, levando, inclusive, a uma insolvência em larga escala. Dito de outra forma, quem produz mercadorias voltadas ao mercado consumidor interno necessita, singelamente, de cidadãos que tenham renda suficiente para adquirir tais mercadorias; do contrário, a redução na escala de produção e, por decorrência, de receitas absorverá inapelavelmente os efêmeros ganhos frutos da redução da pressão salarial.

É preciso perceber que tanto a preservação da renda do trabalho como a garantia de uma proteção social mínima não são apenas elementos que servem de adorno à Constituição, pois transcendem à “mera” condição de norma jurídica (se for possível assim se referir a direitos fundamentais), para assumir o papel de instrumentos de preservação do próprio capitalismo, tendo em vista exercerem a função de arrefecedores da natural tensão social produzida, historicamente, dentro de tal modo de produção. Quando renda e proteção social são aviltadas, assume-me o risco de criar as condições que põem em xeque o *status quo* dos próprios detentores dos meios de produção (na linguagem marxista), sobretudo em países que não lograram êxito na construção de uma sociedade como aquela utopicamente objetivada pelo art. 3º da Constituição Brasileira.

Pode-se dizer, inclusive, que a velha retórica acerca da razão para a existência do Estado – promoção do bem comum – está positivada no referido dispositivo constitucional e a concretização dos direitos fundamentais, elencados nos artigos 5º, 6º e 7º, nada mais é do que um meio para atingir tal fim. Noutras palavras, quando políticas de empobrecimento são adotadas, mesmo que o sejam mediante uma Emenda Constitucional, viola-se diretamente o rol pétreo da norma que constitui o Estado brasileiro. Obviamente, como devem saber os estudantes dos semestres iniciais de qualquer faculdade de direito, os direitos fundamentais não poderiam sequer ser objeto de proposta tendente a aboli-los ou amesquinhá-los (art. 60, §4º).

Porém, se o argumento de que contraria a Constituição encontra ouvidos moucos naqueles que se autointitulam oráculos de uma suposta ciência, estes já deveriam ter aprendido com a história (VEYNE, 2004, p. 7)<sup>3</sup>, que não há exemplos de economias que se desenvolveram, nem sociedades que alcançaram relativa paz social, quando uma parcela expressiva da população é excluída da possibilidade de consumir bens e serviços para além daqueles que suprem as necessidades básicas e, muito menos, quando sequer estas conseguem ser atendidas.

Com as devidas escusas aos leitores pela repetição, sociedades desiguais são causas e consequências de economias disfuncionais e

---

3. Quando se fala da história, porém, sempre há o risco de que a análise seja um tanto reducionista, pois o perigo da história é que ela parece fácil, mas não é, como já alertara Paul Veyne (2004, p. 7).

potencializam conflitos e tensões sociais, as quais, no extremo, podem levar ao caos econômico e social. Isso, pois, é o que foi denominado antes de efeito bumerangue, que atinge aqueles que, num primeiro momento, beneficiaram-se de tais medidas e serão vítimas de si (como se fosse possível exercer o papel de um auto algoz).

É certo que, pela amplitude de um trabalho como esse, não é possível examinar, mais detidamente, os efeitos da adoção, entre outras, das medidas antes referidas. O que importa, para fins de um necessário recorte, é examinar se, diante do quadro instaurado a partir da pandemia, é possível pensar em manter ou aprofundar tais medidas ou será necessário dar uma radical guinada em sentido contrário. A resposta parece óbvia a qualquer leitor da realidade ora vivenciada, razão em que se assume aqui a defesa da adoção de uma medida, a qual parece ser a mais dramaticamente imediata – implementação de um Programa de Renda Básica – conforme adiante será exposto. Antes disso, examina-se, de uma forma geral, os atuais e futuros efeitos do quadro ora vivenciado.

### **A pandemia e alguns meios para evitar seus dramáticos efeitos sociais**

Há um relativo consenso de que a pandemia ora experimentada terá consequências sociais que, na atualidade, ainda não é possível precisar, muito embora ninguém – minimamente informado e não atingido por alguma paranoia negacionista – consiga sustentar que a magnitude de seus efeitos adversos possa ser negligenciada.

Como denunciam Bombardi e Nepomuceno, “será muito positivo se esta pandemia puder nos fazer olhar para as nossas chagas que precedem à própria pandemia”, pois agora estão mais “escancaradas, gritam!”. Para além das tenebrosas valas comuns sendo abertas em cemitérios, com “a pandemia vemos claramente quem é que mais morre. Com a pandemia não é mais possível fingir não ver a desigualdade”, pois, juntamente com as assimetrias, elas “emergem” e permitem constatar que “mundialmente os países mais vulneráveis são os mais pobres”. No contexto brasileiro, afirmam os autores, “as desigualdades regionais aflorarem: a região Nordeste, proporcionalmente, é a que mais padece”, juntamente com o Norte. Sem adornos, “as desigualdades raciais, de gênero e econômicas se mostram no ‘número’ daqueles que mais morrem” (BOMBARDI; NEPOMUCENO, 2020).

Em vista disso, estudo do insuspeito Fundo Monetário Internacional defende a adoção de “políticas fiscais, monetárias e financeiras de grande envergadura e bem direcionadas”. Isso pode se dar “na forma de garantias de crédito, linhas de liquidez, flexibilização dos prazos dos empréstimos, ampliação do seguro-desemprego, reforço dos benefícios e desonerações fiscais – têm sido a salvação de famílias e empresas”. O estudo projeta uma queda no PIB superior a cinco pontos percentuais no Brasil e de três pontos percentuais, em média, no mundo (GOPINATH, 2020).

Em uma linha tangente, Dowbor afirma que “o Brasil já sofre há tempos de uma imensa subutilização de sua força de trabalho, e, para as dezenas de milhões de pessoas que literalmente ‘se viram’ para sobreviver, quando se acrescenta o choque econômico do vírus, a situação fica dramática” (DOWBOR, 2020). Conforme também projeta a Cepal, a queda na economia alcançará um percentual que excede a cinco pontos (tudo indica que será ainda maior), o que colabora enormemente para agravar o quadro da desigualdade e da pobreza extrema, com todas as consequências delas decorrentes (CEPAL, 2020).

Nesse estudo recentemente publicado, o “braço” da ONU para a América Latina (CEPAL) explica que à medida que a pandemia se espalha na região, referindo-se a todo continente, sua caracterização como crise de saúde, econômica e social é cada vez mais evidente, cuja dimensão e duração de seus efeitos, embora difíceis de quantificar devido à incerteza, estão começando a ser claramente percebidas. Conforme conclui o estudo, a pandemia será a causa da maior crise econômica e social da região em décadas, com efeitos muito negativos sobre o emprego, a luta contra a pobreza e a redução da desigualdade (CEPAL, 2020).

Como não podia deixar de ser, a própria ONU referenda este entendimento acerca da gravidade da situação e reconhece que “a disseminação da COVID-19 abalou fundamentalmente as economias, e as pessoas estão começando a questionar os modelos econômicos existentes”. Uma vez que a pandemia está elevando “os níveis existentes de injustiça e desigualdade em todo o mundo”, a representante da ONU sustenta que “são necessárias ideias mais ousadas, incluindo algumas que antes eram deixadas de lado”, como a instituição de uma renda mínima em prol dos mais atingidos (WIGNARAJA, 2020).

Até economistas de arraigada tradição liberal vêm reconhecendo que, pelo menos diante do cenário atual, há de se exigir do Estado uma postura ativa, especialmente no sentido de proteger aqueles mais fragilizados, sob o risco de uma crise humanitária até mais grave e duradoura do que a pandemia. Entre outros, Lara Resende lembra que “a teoria econômica tem papel fundamental na concepção anti-Estado, porque tem um viés ideológico muito marcado por trás, implícito em políticas monetárias e fiscais segundo as quais o Banco Central tem de emitir o mínimo possível [de moeda] e o orçamento deve estar sempre equilibrado” (RESENDE, 2020).

Em vista disso, o referido autor sustenta ser imprescindível, neste momento, uma expansão do investimento público e critica o que denominou de “restrição dogmática das contas públicas e complacência dos governantes com a paralisia do Estado”, o que se resume na ideia, segundo a qual, “não se pode fazer nada, na espera de que o investimento externo crie um novo milagre brasileiro” (RESENDE, 2020). Como arremata o autor em outra oportunidade, “até os mais empedernidos defensores do equilíbrio fiscal – e no Brasil de hoje eles dão as cartas – reconhecem que diante da crise é preciso que o Estado gaste para evitar uma verdadeira catástrofe humanitária” (RESENDE, 2020)<sup>4</sup>.

Embora signatária da mesma tradição, Monica de Bolle defende também a instituição de um programa de renda básica universal e sustenta que “sem o cuidado das pessoas, não há economia que resista ao choque inédito que testemunhamos”, lembrando que, “como já argumentava Thomas Paine, no século XVIII, não há liberdade plena sem direitos fundamentais” e, aduz ao final a economista que, para concretizá-los, “um humanista não pode deixar de defender que o Estado cumpra seus papéis fundamentais”. (DE BOLLE, 2020).

---

4. Ocorre que, no campo estritamente político e ideológico não se ignora o tamanho do desafio, pois, como explica Fernanda Frizzo Bragato, no atual governo, dividido em diferente núcleos, às vezes contraditórios entre si, a política econômica, a cargo do Ministro Paulo Guedes, situa-se no núcleo neoliberal. O modelo neoliberal ou monetarista, no qual se inspira o governo de *Jair Bolsonaro*, não trata apenas de rechaçar os modelos comunistas ou socialistas, mas também o Estado-providência de *inspiração keynesiana* do pós-guerra, e que a partir dos anos, começou a suplantando em muitos lugares do mundo. Ver Fernanda Frizzo Bragato (2020).

Enfim, é óbvio que sem o devido aprofundamento, parte-se do pressuposto que diante da gravidade do atual quadro, o Estado Brasileiro não pode omitir-se na adoção de um plexo estruturado de medidas que minimizem seus efeitos, especialmente voltadas para a proteção do setor produtivo da economia, dos trabalhadores em geral e daqueles que não têm mais renda – e dificilmente terão – para prover seu próprio sustento. É com estes que o texto especificamente se ocupa a partir de agora.

### **O Programa de Renda Mínima e a neutralização de seus efeitos tributários**

Como afirmado na introdução, a prioridade imediata é com a preservação de vidas, o que pode implicar, inclusive, uma necessidade de isolamento social, em maior ou menor grau, dependendo da propagação da contaminação e da estrutura de saúde no local, pois o crescimento exponencial dos infectados é inversamente proporcional à convivência social e aglomerações. Inegavelmente, porém, com as restrições às atividades econômicas, algumas severas em locais de maior disseminação, será necessário que o Estado brasileiro assegure o básico para que as pessoas possam sobreviver ao “momento”, cujo fim ainda não é possível precisar.

O alerta mais contundente, porém, vem de Miguel Barreto, Diretor Regional para América Latina e Caribe do Programa Mundial de Alimentos (PMA) da ONU, fazendo referência ao Relatório Global de Crise Alimentar 2019, o qual identifica, a cada ano, países que se encontram numa situação mais crítica. Segundo o relatório, em 2019, 135 milhões de pessoas, em 55 países, “sofriam de fome moderada (quando se vende os últimos bens para comprar comida), ou aguda, quando não têm mais acesso ao alimento”. Com o impacto da pandemia, “a estimativa é que passem a ser 265 milhões as pessoas em crise alimentar”, o que o diretor do PMA classificou como “fome de proporções bíblicas”. Segundo sua classificação, “o impacto real é que, se não atendermos rapidamente essas populações, muito provavelmente vamos ter também populações que morrerão de fome” (BARRETO, 2020).

Em vista do exposto, Miguel Barreto defende que, entre outros, é fundamental que os Estados, “aumentem o gasto social, por meio de suas redes de proteção social, particularmente nas transferências de renda, em especial para pessoas em extrema pobreza”,

não descuidando também daqueles que se encontram “ainda” apenas na linha de pobreza (BARRETO, 2020)

Para tanto, Kanni Wignaraja, representante do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, da própria ONU, alerta que “se não houver um piso mínimo de renda para o qual recorrer quando esse tipo de choque maciço acontece, as pessoas literalmente não têm opções”. Em vista disso, vaticina que “sem os meios para se sustentar, é muito mais provável que sucumbam à fome ou a outras doenças, muito antes de a COVID-19 chegar a elas” (WIGNARAJA, 2020).

Anteriormente à pandemia, entre outros autores no plano internacional, Piketty sustentava, em sua mais recente obra, que é essencial universalizar o acesso à renda básica a todas as pessoas com salários ou rendas muito baixos provenientes do trabalho, de uma forma mais pragmática possível, ou seja, mediante um pagamento automático de uma renda básica em nome das pessoas necessitadas, sem necessidade de solicitação, tal qual como ocorre com a retenção do imposto de renda (PIKETTY, 2019, p. 1187).

Se isso é significativo para outros países, não há como negligenciar sua importância em relação ao Brasil. A efetivação de um programa de renda básica que possa atender aqueles que já estão a viver abaixo da linha de pobreza (números de 2017 já apontavam 55 milhões), bem como aqueles que serão empurrados para esse abismo, trata-se de algo que se impõe indiscutivelmente. Os efeitos econômicos e sociais que serão sentidos por alguns anos, no Brasil em especial, serão dramáticos e podem tornar-se socialmente caóticos e potencialmente conflitivos.

Não se ignora, pois, que algo dessa natureza existe no Brasil há quase duas décadas (Programa Bolsa-Família). Porém, também não há de se olvidar que, não obstante os significativos efeitos no combate à pobreza extrema, trata-se de uma política pública com notórias limitações, tanto no campo de sua abrangência, quanto – de uma forma mais significativa – montante de renda efetivamente transferida.

É certo que a implementação de um programa de renda mínima e universal (a luta de uma vida toda do ex-Senador Eduardo Suplicy) para aqueles que vivem abaixo da linha de pobreza não tem o condão de neutralizar os efeitos de tamanha crise. Porém,

poderá servir como uma espécie de “dique de contenção” ao caos social que se avizinha, à miserabilidade, que já avilta a quem nela vive e agride ao olhar daqueles que não perderam a capacidade de se sensibilizar, com toda sorte de degradação da vida na sociedade brasileira. É por isso que, para o PNUD, antes referido, “é tão essencial trazer de volta uma conversa sobre a renda básica universal e torná-la parte central dos pacotes de estímulo fiscal que os países estão planejando” (WIGNARAJA, 2020).

Mais uma vez, se argumentos de ordem humanitária são pouco convincentes, basta deixar que a racionalidade econômica – capitalista – possa ser ouvida e que seja “descoberta”, no sentido do desvelamento, como ensinava Heidegger. O gasto público com um programa de renda básica tem a concreta possibilidade de ser fortemente revertido em benefício daqueles que historicamente negavam a sua legitimidade. Como no passado recente foi possível constatar, o crescimento econômico experimentado pelo Brasil, em mais de uma década recentemente, deveu-se fortemente a garantia de uma (muito) mínima renda àqueles que viviam na extrema pobreza (Bolsa-Família) aliada a uma crescente expansão da remuneração decorrente do trabalho (sobretudo salário-mínimo).

Há de se ter presente, porém, que por mais paradoxal que pareça, cada real gasto com um programa de renda básica, mais de quarenta por cento reverte-se em prol das próprias contas públicas. Isso ocorre porque, muito provavelmente, a renda transferida para a parcela da população que está abaixo da linha da pobreza será utilizada, quase na sua totalidade, para aquisição de insumos e alimentos de primeira necessidade. Ocorre que, sobre tais itens (e sobre o consumo em geral) incide uma pesada carga fiscal, o que faz com que as menores rendas – de um forma imperceptível e indolor – sejam significativamente comprometidas com o custo dos tributos indiretos (ICMS, IPI, PIS, COFINS, CIDE, ISSQN etc.), os quais incidem regressivamente sobre produtos essenciais à sobrevivência do cidadão.

Em vista disso, concomitantemente à instituição de um programa de renda mínima, é imprescindível que seja viabilizada uma reforma tributária estrutural, que possa minimamente corrigir aquilo que vem sendo denunciado há tanto tempo: o efeito regressivo da carga fiscal. No Brasil, a tributação constitui uma verdadeira forma de “redistribuição de renda às avessas”, especialmente mediante a

indiscriminada – e pesada – incidência sobre o consumo (portanto regressiva) e, por outro lado, pela débil oneração do patrimônio e da renda (sobretudo aquela proveniente do capital) (DE BOLLE, 2020)<sup>5</sup>. Sem isso, qualquer programa dessa natureza terá seus efeitos parcialmente neutralizados pelo próprio ente instituidor que, se de um lado, transferiria renda (em valores que dificilmente seriam substanciais no Brasil), por outro, imperceptivelmente retiraria quase a metade dessa renda mediante a tributação indireta.

Para superar isso, basta fazer uma desoneração total de uma gama de produtos essenciais, que são notoriamente consumidos pela parcela da população com menor poder aquisitivo ou, de uma forma talvez mais eficaz, criar um programa de restituição de tributos indiretos pagos na aquisição de gêneros de primeira necessidade, a beneficiar justamente aqueles que serão alcançados pelo Programa de Renda Básica.

### **Considerações finais**

Tudo indica que será um período longo – ou muito maior do que nossa inquietação e angústia. O ônus para as finanças públicas será sem precedentes. Muitos negócios encontrarão a insolvência. Uma parcela expressiva da população ficará sem renda, seja aquela proveniente do emprego, seja da informalidade.

Em vista disso, não há, nesse momento, nenhum espaço para o mantra da austeridade pública, até porque, em países como o Brasil, ela foi sempre regressivamente seletiva. Mais do que nunca, o Estado há de exercer seu papel de protagonista e protetor, sobretudo daqueles que mais dele necessitam. Políticos e economistas vinculados a concepções radicalmente liberais não têm condições de seguir em frente nesta jornada, simplesmente, porque precisam fazer tudo ao contrário do que sempre acreditaram ser o correto e, obviamente, sequer sabem como agir, concatenadamente, diante de tal quadro.

---

5. Nessa linha, afirma De Bolle: “Mas há outra questão de justiça social que caminha lado a lado com a renda básica: a justiça tributária. O País não pode mais ter uma estrutura que depende de tributação sobre o consumo e produção por serem esses impostos regressivos e empecilhos ao dinamismo e à produtividade de nossas empresas. É hora, sim, de começar a pensar na inversão da pirâmide tributária brasileira, desonerando o consumo e a produção, e onerando a renda e o patrimônio”. Ver Monica de Bolle (2020).

Durante e depois da maior luta travada por essa geração, será necessário reconstruir a ideia de Estado, que nunca se confundiu com “governos de plantão”. Como inspiração histórica, pode-se lembrar do New Deal, conduzido por Roosevelt nos Estados Unidos do pós-crise de 29 ou ainda do próprio Plano Marshall, implementado na Europa do pós-guerra. É lógico, as concepções Keynesianas que alumiarão tais planos precisam ser devidamente atualizadas para o multifacetado e globalizado Século XXI.

Para tanto, será necessário romper com dogmas vendidos como verdades incontestas pelo “liberalismo à brasileira”, notadamente romper com ações governamentais que estiveram voltadas, sob uma perspectiva, à redução da proteção social e da renda dos trabalhadores e, noutra, a concretizar uma espécie de “austeridade seletiva”, em que o gasto público esteve prioritariamente direcionado para atender os interesses do setor financeiro, em detrimento do setor produtivo da economia.

Entre as medidas mais urgentes e fundamentais, está a criação de um Programa de Renda Básica para todos aqueles que já não conseguem e, certamente, não conseguirão prover seu próprio sustento a curto e médio prazo (eram mais de 55 milhões antes da pandemia que viviam abaixo da linha de pobreza definida pela ONU – 5 dólares dia). Mais uma vez, se não forem por razões humanitárias, que sejam apenas por razões econômicas, pois se sabe o potencial de retorno que cada real possui quando direcionado para pessoas de baixa renda, sendo imprescindível, porém, neutralizar os efeitos da tributação indireta sobre o consumo que incide sobre os produtos essenciais.

Enfim, é necessário alertar que a manutenção do receituário, até aqui prescrito e adotado como único possível, implica assunção de riscos desconhecidos e tão inimagináveis como essa desastrosa pandemia. É urgente uma guinada radical nos rumos sociais e econômicos, pois se aproximam possibilidades piores do que a maldita Covid-19. Basta olhar para o passado e lembrar, a todo momento, a frase de Ernest Hemingway...

## Referências

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BARRETO, Miguel. “Sem ação, populações morrerão de fome, não só de coronavírus” [Entrevista cedida a] *Folha de São Paulo*. São Paulo, 09 mai. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br>. Acesso em: 20/05/2020.

BLYTH, Mark. *Austeridade: a História de Uma Ideia Perigosa*. Lisboa. Quetzal Editores. 2014.

BOMBARDI, Larissa Mies; NEPOMUCENO, Pablo Luiz Maia. *Covid-19, desigualdade social e tragédia no Brasil*. Disponível em: <https://diplomatique.org.br>. Acesso em: 11/05/2020.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. Direito à vida e responsabilidade. IHU. 28 abr. 2020. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br>. Acesso em: 15/05/2020.

CEPAL (Comissão Econômica para América Latina e Caribe). *Dimensionar los efectos del COVID-19 para pensar en la reactivación*. Abr. 2020. 21 p. Disponível em: <https://www.cepal.org>. Acesso em: 11/05/2020.

DE BOLLE, Monica. A agenda da cidadania. In: *Cidadania 23*. Brasília, 18 mai. 2020. Disponível em: <https://cidadania23.org.br>. Acesso em: 18/05/2020.

DOWBOR. Ladislau. *O capitalismo se desloca: novas arquiteturas sociais*. São Paulo: Edições SESC, 01 mai. 2020. Disponível em: <http://dowbor.org>. Acesso em: 15/05/2020.

IBGE (Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística). *PNAD 2015: rendimentos têm queda e desigualdade mantém trajetória de redução*. Disponível em: <https://censo2010.ibge.gov.br>. Acesso em: 20/05/2020.

GIANNATIEMPO, Marco. La narrazione dell’austerità. In: *Democrazia e Diritto*. N° 3/2017. Finito di stampare nel luglio 2018. Roma: Ed. FrancoAngeli, 2018.

GOPINATH, Gina. *O Grande Lockdown: a mais grave retração da economia desde a Grande Depressão, 2020*. Disponível em: <https://www.imf.org>. Acesso em: 18/05/2020.

HEMINGWAY, Ernest. *Adeus às armas*. Trad. Monteiro Lobato. São Paulo: Bertrand Brasil. 2013.

VEYNE, Paul. In: GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Estudos Sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2004.

PIKETTY, Thomas. *Capital e ideologia*. Trad. Daniel Fuentes. Ediciones Deusto. Barcelona, 2019. p. 1187

RESENDE, André Lara. “Posição ideológica que restringe gasto público”. In: *Valor Econômico*, Rio de Janeiro, 29 abr. 2020. Disponível em: <https://valor.globo.com>. Acesso em: 07/05/2020.

RESENDE, André Lara. “Quem vai pagar essa conta?” In: *Fundação Astrojildo Pereira*, 24 abr. 2020. Disponível em: <http://www.fundacaoastrojildo.com.br>. Acesso em: 20/05/2020.

SENADO. *Superávit primário*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br>. Acesso em: 20/05/2020.

SÍNDROME de Estocolmo, significado, origem e exemplos. In: HIPERCULTURA. Disponível em: <https://www.hipercultura.com>. Acesso em: 06/05/2020

WIGNARAJA, Kanni. “COVID-19: ONU defende renda básica universal para combater desigualdade crescente” [Entrevista cedida a] *UM NEWS*. ONU, 06 mai. 2020. Disponível em: <https://nacoesunidas.org>. Acesso em: 20/05/2020.

# A PANDEMIA DE COVID-19: A NECESSÁRIA TRANSDISCIPLINARIDADE E A IMPROBABILIDADE DE COMUNICAÇÃO INTERSISTÊMICA

Raquel Von Hohendorff\*

---

Ao abrir a caixa-preta dos fatos científicos, não ignorávamos que abríamos a caixa de Pandora. Era impossível evitá-lo. Ela estava hermeticamente fechada enquanto permaneceu na terra de ninguém das duas culturas, oculta no meio das couves e nabos, placidamente ignorada pelos humanistas, que tentam combater os perigos da objetificação, e pelos epistemólogos, que procuram anular os males trazidos pela massa rebelde. Agora que ela foi aberta, espalhando pragas e maldições, pecados e doenças, só há uma coisa a fazer: mergulhar na caixa quase vazia para resgatar aquilo que, segundo a lenda venerável, ficou lá no fundo – sim, *a esperança*. A profundidade é demasiado para mim; não gostaria de me ajudar na tarefa? Não me daria uma mãozinha? (LATOIR, 2017, p. 38, grifo nosso)

## Introdução<sup>1</sup>

Vive-se em 2020 tempos estranhos, de isolamento social, de confinamento, em função do novo coronavírus, que desde o final de 2019 ronda o planeta Terra, situação que, para muitos, era inimaginável. E, que, infelizmente, por conta de inúmeros fatores criados por nós, seres humanos, deve se tornar cada vez mais frequente.

---

\* Doutora e Mestra em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade do Vale do Rio dos Sinos- UNISINOS/RS/Brasil. E-mail: [rhohendorff@unisinobr.br](mailto:rhohendorff@unisinobr.br).

1. Resultado parcial das investigações desenvolvidas pela autoras no âmbito do Projeto “Sistema do Direito, novas tecnologias, globalização e o constitucionalismo contemporâneo: desafios e perspectivas” com apoio financeiro concedido pela Fundação de Amparo à Pesquisa no Estado do Rio Grande do Sul – FAPERGS Edital FAPERGS/CAPES 06/2018 – Programa de internacionalização da pós-graduação no RS e também no Projeto Transdisciplinaridade e Direito: construindo alternativas jurídicas para os desafios trazidos pelas novas tecnologias com apoio financeiro concedido pela Fundação de Amparo à Pesquisa no Estado do Rio Grande do Sul – FAPERGS Edital 04/2019 Auxílio Recém Doutor.

O objetivo deste capítulo é apresentar a necessária transdisciplinaridade imprescindível para a atuação dos diferentes sistemas sociais frente à situação atual da pandemia do COVID-19, bem como salientar as improbabilidades da comunicação entre sistemas, especialmente sistema da ciência e da política, e como isso acaba sendo um impedimento em busca da concretização dos objetivos do desenvolvimento sustentável (UNITED NATIONS, 2017).

Para tanto, utilizou-se a perspectiva metodológica sistêmico-construtivista, que considera a realidade como uma construção de um observador, analisando todas as peculiaridades implicadas na observação, tratando-se de uma forma de reflexão jurídica sobre as próprias condições de produção de sentido, bem como as possibilidades de compreensão das múltiplas dinâmicas comunicativas diferenciadas em um ambiente complexo, como é o gerado pela pandemia do COVID-19.

Além disso, essa abordagem pressupõe a compreensão do Direito enquanto um sistema social autopoietico, cujas operações são comunicativas, desenvolvidas através de processos de tomada de decisões elaborados no interior de certa organização jurídica. Um sistema que se constitui como uma parcela do ambiente da sociedade, também compreendida aqui com um sistema autopoietico. É na perspectiva sistêmico-funcionalista que se pretende estabelecer este elo de ligação entre o problema e uma solução a ser construída.

Para que o Direito consiga dar conta dos desafios trazidos pela pandemia de COVID-19 e as demais que virão, precisará demonstrar-se aberto a dois caminhos: perpassar outras áreas do conhecimento que poderão ajudá-lo a compreender a complexidade da realidade pandêmica e permitir o ingresso de ideias vindas de outras áreas e saberes.

## **2020 e a Pandemia de Covid-19: tempos difíceis**

Em 31 de dezembro de 2019, a Organização Mundial da Saúde (OMS) recebeu o alerta de vários casos de pneumonia na cidade de Wuhan, província de Hubei, na República Popular da China. Estava-se lidando com uma nova cepa de coronavírus que não havia sido identificada antes em seres humanos. Uma semana depois, em 7 de janeiro de 2020, as autoridades chinesas confirmaram que haviam identificado um novo tipo de coronavírus. Os coronavírus

estão por toda parte. Eles são a segunda principal causa de resfriado comum (após rinovírus) e, até as últimas décadas, raramente causavam doenças mais graves em humanos do que o resfriado comum. Ao todo, sete coronavírus humanos (HCoVs) já foram identificados: HCoV-229E, HCoV-OC43, HCoV-NL63, HCoV-HKU1, SARS-COV (que causa síndrome respiratória aguda grave), MERS-COV (que causa síndrome respiratória do Oriente Médio) e o, mais recente, novo coronavírus (que no início foi temporariamente nomeado 2019-nCoV e, em 11 de fevereiro de 2020, recebeu o nome de SARS-CoV-2). Esse novo coronavírus é responsável por causar a doença COVID-19. (OPAS, 2020).

A OMS declarou, em 30 de janeiro de 2020, que o surto da doença causada pelo novo coronavírus (COVID-19) constituía uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional – o mais alto nível de alerta da Organização, conforme previsto no Regulamento Sanitário Internacional. Em 11 de março de 2020, a COVID-19 foi caracterizada pela OMS como uma pandemia (OPAS, 2020).

O reconhecimento, por parte da OMS de que se tratava de uma pandemia ocorreu em 11 de março, quando o Diretor-geral da organização expôs ao mundo a situação caótica que justificava o anúncio de uma nova etapa no enfrentamento ao vírus: o reconhecimento de que o Planeta estava diante uma situação pandêmica, palavra que gera inúmeras aflições e sentimentos, e que, a partir de 2020, fará parte de nosso vocabulário cada vez mais. Lembrando ainda que as declarações de emergências, sejam elas internacionais ou nacionais, têm como efeito potencial a adoção de medidas excepcionais de proteção da saúde pública que ensejam a necessidade de ponderação e equilíbrio entre os direitos individuais e o interesse coletivo (VENTURA, AITH, RACHED, 2020).

As pandemias vão se tornar cada vez mais presentes nas nossas vidas, por inúmeros fatores, mas principalmente, a invasão de habitats naturais pelo homem, especialmente em função de expansão de fronteiras agrícolas e, com isso, ampliam-se os contatos entre humanos e animais silvestres, assim como entre animais domésticos e silvestres. E existem muitos indícios de que algumas pandemias terão origem na Amazônia brasileira, justamente por conta da devastação ambiental absolutamente predatória. Por conta disto, cada vez mais estaremos sujeitos a uma ampliação de mutações em agentes patogênicos, especialmente vírus, que podem realizar

o chamado “*spill over*” que é quando ocorre um salto de um agente patogênico de uma espécie hospedeira para outra ( como é uma das suspeitas da origem do COVID-19, seja com origem em morcegos ou em pangolins). Também se espera uma re-emergência de doenças consideradas extintas, por conta desta nova proximidade entre humanos e animais silvestres. Ainda, a questão das mudanças climáticas, sem sombra de dúvidas, tem um impactante papel no surgimento de novas pandemias e também na re-emergência de doenças em virtude das alterações na biodiversidade.

Percebe-se que a situação apenas piorou: se em 30 de março de 2020 – o Brasil já registrava 159 mortes em decorrência da doença, sendo 4.579 casos confirmados; em final de maio, dia 25, o país tem um total de 347.398 casos, com 22.013 mortos e em um crescente aumento (apenas no dia 26 de maio foram registrados 16.508 novos casos e 965 mortes). É necessário lembrar que vivemos em uma realidade de saúde pública no país onde há uma enorme sub notificação de casos. E os dados mundiais também são impactantes: foram confirmados no mundo 5.404.512 casos de COVID-19 (99.780 novos em relação ao dia anterior) e 343.514 mortes (1.486 novas em relação ao dia anterior) até 26 de maio de 2020. Na Região das Américas, 758.486 pessoas foram infectadas pelo novo coronavírus e se recuperaram, conforme dados de 26 de maio de 2020 (OMS, 2020).

A epidemia de doença por coronavírus (COVID-19) chegou à América Latina e ao Caribe em um momento de economia fraca e vulnerabilidade macroeconômica. Na década seguinte à crise financeira global (2010-2019), a taxa de crescimento do PIB regional diminuiu de 6% para 0, 2%; Além disso, o período 2014-2019 foi o de menor crescimento desde a década de 1950 (0, 4%). Nesse contexto, a dinâmica da pandemia de coronavírus, que traz consigo uma combinação de choques externos e internos, será a causa da maior crise econômica e social da região em décadas, com efeitos muito negativos no emprego, na luta contra a pobreza e redução da desigualdade. Segundo estimativas da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL), a atividade econômica na região deverá reduzir 5, 3% em 2020. Na medida em que a dinâmica da pandemia continua e as medidas de distanciamento físico seguem sendo necessárias, a expectativa é que essa contração na economia seja ainda maior do que a projetada (CEPAL, 2020).

As mudanças nas condições do local de trabalho como resultado da pandemia são muito mais impactantes para trabalhadores de baixa renda, eis que, por exemplo, é mais provável que os trabalhadores de baixa renda sejam empregados em empregos que aumentam o risco de exposição ao vírus, como trabalhar em serviços de saneamento e zeladoria, serviços de alimentação e mercearias, e em entregas. O declínio da sindicalização, a ascensão da informalidade e a *gig economy* significam que muitos trabalhadores não têm a capacidade de negociar suas condições de trabalho ou, às vezes, até de obter o status legal de “funcionário”, e estes que já se encontravam em situação de vulnerabilidade antes da pandemia, estão, agora, mais vulneráveis do que nunca (OLATUNDE; SHERMAN, 2020).

Esse cenário global e local já está gerando impactos sócioeconômico-jurídicos entre os brasileiros, afetando diversas relações jurídicas. E, mesmo antes da pandemia já vivíamos em um cenário permeado pela volatilidade, incerteza, complexidade e ambiguidade (VUCA: *volatility, uncertainty, complexity and ambiguity*).

Para se conhecer mais detalhes sobre os impactos da COVID-19 no Sistema Social e suas interfaces no Sistema do Direito e no Sistema da Ciência pode-se acessar as várias categorias de publicações, que são disponibilizadas no site da Federação Mundial de Jornalistas de Ciência (2020).

De qualquer forma, é preciso que sejamos guiados pelas orientações editadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) em conjunto com a Organização dos Estados Americanos (OEA), na Resolução n. 1/2020, intitulada *Pandemia y Derechos Humanos en las Américas*, adotado pela CIDH em 10 de abril de 2020. O texto dessa resolução indica que em todas as decisões relativas ao novo coronavírus, adotadas pelos Estados, deverá ter em conta o respeito aos Direitos Humanos:

considerando que, si bien existen impactos sobre todos los derechos humanos frente a los diversos contextos ocasionados por la pandemia, especialmente en relación al derecho a la vida, la salud e integridad personal, se ven seriamente afectados el derecho al trabajo, a la seguridad social, a la educación, a la alimentación, al agua y a la vivienda, entre otros (CIDH; OEA, 2020).

Ainda segundo a citada Resolução:

(...) recordando que, en el contexto de la pandemia, los Estados tienen la obligación reforzada de respetar y garantizar los derechos humanos en el marco de actividades empresariales, incluyendo la aplicación extraterritorial de dicha obligación, de conformidad con los estándares interamericanos en la materia. Adoptar de manera inmediata e interseccional el enfoque de derechos humanos en toda estrategia, política o medida estatal dirigida a enfrentar la pandemia del COVID-19 y sus consecuencias, incluyendo los planes para la recuperación social y económica que se formulen. Estas deben estar apegadas al respeto irrestricto de los estándares interamericanos e internacionales en materia de derechos humanos, en el marco de su universalidad, interdependencia, indivisibilidad y transversalidad. (CIDH; OEA, 2020)

A magnitude do esforço para restabelecer uma certa normalidade será importante e essa normalidade deverá ser conquistada com valores de solidariedade, sustentabilidade em busca da concretização dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, Agenda 2030 da ONU (UNITED NATIONS, 2017) e igualdade, em que trabalhadores, empresas e governos estejam preparados para enfrentar a incerteza, cientes de que a proteção individual vai ser fundamental para o bem-estar de toda a comunidade e de que, apenas o trabalho conjunto, entre os diferentes sistemas, através da transdisciplinaridade poderá ser eficaz.

Neste sentido o Comitê Internacional de bioética (IBC) e a comissão internacional de ética e conhecimento científico e biotecnologia (COMEST) da Organização das Nações Unidas para a educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) destacam algumas questões éticas vitais de uma perspectiva global que precisam urgentemente ser reconhecidas em todo o mundo e apelar para ações urgentes a serem tomadas pelos governos com base no seguinte:

Em nível nacional e internacional, as políticas sociais e de saúde devem basear-se em evidências científicas sólidas, levando em consideração as incertezas que existem durante uma pandemia, especialmente quando causadas por um novo patógeno, e devem ser guiadas por considerações éticas globais. Recomenda-se um esforço internacional para adotar, tanto quanto possível, critérios uniformes de coleta de dados sobre a propagação da pandemia e seu impacto. É fundamental e necessário institucionalizar uma estratégia política que priorize a saúde e a segurança dos indivíduos e da comuni-

dade, e garantir que seja eficaz, promovendo *um diálogo interdisciplinar* entre atores científicos, éticos e políticos. As decisões políticas devem ser baseadas em conhecimento científico sólido, mas nunca legitimadas apenas pela ciência. Durante uma situação de crise com muitas incógnitas, é especialmente necessário um diálogo aberto entre política, ciência, ética e direito. (UNESCO, 2020)

É preciso voltar os olhos para entender que o sistema do Direito precisa atuar de forma transdisciplinar, de modo a lidar com a VUCA (volatilidade (*volatility*), incerteza (*uncertainty*), complexidade (*complexity*) e ambiguidade (*ambiguity*), que traduz as condições do mundo atual, pois, como bem mencionava Pontes de Miranda, em 1922, “quem percorre, de um lado, os progressos e conquistas das ciências físicas e, de outro, os das ciências sociais, não pode deixar de entristecer-se. O direito continua a ser elaborado e explicado segundo os métodos dos tempos romanos e da idade média (PONTES DE MIRANDA, 1972).

Desta forma, mais do necessária se faz a abordagem da transdisciplinaridade no Direito em tempos pandêmicos a ser tratada a seguir.

### **A necessária transdisciplinaridade no Direito em tempos pandêmicos**

O tema transdisciplinaridade atrai a atenção e instiga a investigação. O que é, afinal, essa expressão tão utilizada e propagada na atualidade? De que se trata tudo isso? Trata-se de uma nova abordagem científica e cultural, uma diferente forma de entender os acontecimentos da vida humana. É um modo de compreensão de processos, uma nova atitude frente ao saber, necessária ao mundo complexo atual.

Assim, cabe ao Direito utilizar-se das diferentes ferramentas transdisciplinares, de modo a não mais permanecer inerte e estaque frente aos novos desafios trazidos pela pandemia neste contexto de mundo permeado pela volatilidade, incerteza, complexidade e ambiguidade (VUCA: *volatility, uncertainty, complexity* e *ambiguity*).

O prefixo *trans* significa que a transdisciplinaridade está *entre, através e além* de qualquer disciplina. A lógica clássica criou a dis-

ciplinaridade, a divisão dos saberes em inúmeros compartimentos, todos isolados, sem relação entre si. Foram formados, deste modo, inúmeros especialistas em quase nada, que tampouco quase nada criam para solucionar os reais problemas da humanidade. Assim, não é mais viável que se siga fazendo ciência desta forma, inclusive em função das atuais necessidades mundiais.

Transdisciplinaridade é uma nova maneira de ser diante do saber, objetivando a compreensão mais adequada da realidade, e possibilita o desvelar de melhores maneiras de promover transformações mais eficazes e pertinentes. Esta nova forma de ensino e de visão de mundo parece ser a única capaz de dar conta dos excessos de possibilidades que geram a complexidade que se apresenta ao Direito na atualidade, incluindo aqui os desafios gerados à sociedade pela realidade da Pandemia do COVID-19.

As pesquisas no Direito ainda estão muito centradas na descrição de institutos, sem contextualização social, herança proveniente do ensino nas Universidades, acrítico e fora do contexto social (SANTOS, 2008). Para uma revolução democrática da justiça, é função do conhecimento gerado nas pesquisas do Direito, especialmente nos programas de pós-graduação, superar os saberes que fundamentam o senso comum teórico dos juristas, que buscam racionalizar o ordenamento jurídico na sua concepção abstrata idealizada pela Ciência Jurídica em seu paradigma dogmático.

Em decorrência da globalização, a noção de Ciência do Direito desloca-se sucessivamente de uma perspectiva estrutural (preocupada com questões normativas do direito) para uma perspectiva funcionalista (voltada para as funções sociais do direito), possibilitando ao Direito o uso de técnicas transdisciplinares

O isolamento das disciplinas jurídicas, pensado com base em modelo fundado na descrição puramente estrutural do direito vigente, já não faz mais sentido na sociedade atual, onde as fronteiras do conhecimento estão mais amplas e, exatamente por isso, precárias ao se pautarem por formas de produção de conhecimento científico inadequadas à apreensão da multiplicidade dos fenômenos jurídicos (GUSTIN; LARA; CORRÊA DA COSTA, 2012, p. 294). Desta forma, o fazer científico na atualidade necessita de uma multiplicidade de enfoques metodológicos, com variedade de técnicas e de procedimentos, e isso, obviamente, também deve ser aplicado

à atual produção e, mais do nunca, na divulgação adequada do conhecimento jurídico em tempos de incertezas provocadas pelo isolamento social e pandemia.

As diferentes metodologias quantitativas podem ser utilizadas pelo Direito para inovar o conhecimento e compreender fenômenos jurídicos de maior complexidade. Desta forma, dados coletados por meio de análise de documentos e publicações podem e devem ser objetos de relações de probabilidade estatística.

A transdisciplinaridade é a reunião das contribuições de todas as áreas do conhecimento num processo de elaboração do saber voltado para a compreensão da realidade, a descoberta de potencialidades e as alternativas de se atuar sobre ela, tendo em vista transformá-la (ZEMELMANN, 1995).

Deste modo, a transdisciplinaridade, pode ser compreendida como um meio de entendimento da complexidade da realidade por meio de suas inter-relações sistêmicas e acaba por causar a quebra da barreira disciplinar e do reducionismo. Edgar Morin (2010, p. 138) afirma que a complexidade está apta a reunir, contextualizar, mas também a reconhecer o singular, o individual e o concreto. Menciona ainda, que para promover uma nova transdisciplinaridade, precisa-se de um paradigma que permita dividir relativamente os domínios científicos, mas fazendo-os comunicarem-se, sem que se opere a redução.

O Direito como Ciência Social Aplicada pode se valer dessas probabilidades para estudar o cotidiano jurídico, lembrando sempre que os dados quantitativos não falam por si, necessitando, assim, de análises qualitativas para sua compreensão e interpretação, conforme a hipótese do trabalho (GUSTIN; LARA; CORRÊA DA COSTA, 2012, p. 294). Portanto, deve-se perder o receio de se utilizar metodologias que não são aquelas tradicionalmente usadas no campo do Direito. A utilização de novas metodologias poderá aproximar as pesquisas jurídicas das demais pesquisas científicas e permitirá uma interação transdisciplinar, desejada e necessária neste momento atual da pandemia do novo coronavírus. Em 2015, em artigo na *Nature*, Ledford já mencionava que “é preciso de pessoas com diferentes habilidades trabalhando em conjunto, eis que ninguém tem tudo o que é necessário” e que a o atravessar as fronteiras das disciplinas ainda sofre muita resistência, mas é o maior desejo

de todos os cientistas quando enfrentam os maiores problemas da sociedade (situação da atual pandemia de COVID-19).

Weyermüller (2010) menciona que diante de casos ambientais complexos (onde a transdisciplinaridade se torna indispensável) e com a necessidade de encontrar caminhos jurídicos para solver o problema, revelam-se dificuldades comunicativas nas relações entre os sistemas.

### **Transdisciplinaridade e a comunicação intersistêmica: necessidades x improbabilidades**

Retornando então à questão da comunicação entre sistemas, e ao fato de que toda a pesquisa séria deve ter esse caráter de transdisciplinaridade, Cabe lembrar que “(...) não é nada fácil analisar o Direito de um ponto de vista transdisciplinar. O Direito parece ser algo muito diferente da Física, da Biologia, estando distante destas questões mais voltadas à Terra, à natureza” (ROCHA, 2006, p. 181).

Rocha ainda explica que não se pode observar o Direito somente como Direito:

Mas para se observar o Direito, não posso observá-lo somente como Direito, tenho que vê-lo imbricado, envelopado com as outras áreas do conhecimento. Porém, é preciso observar-se isso, não como numa situação caótica, onde não sei bem os limites do que seja Direito, biologia ou política. Precisa-se realizar uma observação com certos critérios. Ou seja, é preciso observar-se o Direito dentro de uma sociedade complexa. Se não se observar o Direito dentro de uma sociedade complexa, não se observa nada. E digo mais, não há outra alternativa. (ROCHA, 2006)

Desta maneira, a busca de respostas aos desafios surgidos da pandemia de COVID-19 deverá envolver, necessariamente, diferentes áreas do conhecimento, sempre guiadas pelos princípios constitucionais, colocando a proteção do homem e do ambiente como prioridade.

A comunicação de fatos científicos ao público é uma tarefa ambiciosa, porque questões complexas precisam ser simplificadas e a correção científica precisa ser assegurada ao mesmo tempo. Devido à natureza transdisciplinar da Pandemia de COVID-19, a co-

municação sobre os aspectos de segurança relacionados é particularmente desafiadora.

Para Luhmann, a comunicação é um elemento fundamental da sociedade, mas também é tida como altamente improvável, dependente do ato de comunicar, da informação e compreensão para se realizar. A dificuldade de comunicação entre os sistemas passa pelo fato de cada um reorientar suas operações segundo o seu código e sua autoopoiese própria. A informação emitida por um sistema se mostra diferente do código do receptor. Assim, uma comunicação jurídica pode não significar nada para o sistema da Ciência ou da economia. Normalmente a comunicação do sistema jurídico só tem efeito e sentido para o próprio sistema, a menos que consiga uma ressonância capaz de ser compreendida a partir do código de outro sistema, o que pode ser possibilitado pelo acoplamento estrutural. Desta forma, o Direito não se comunica de maneira direta com a política, com a educação, com a ciência, eis que não falam a mesma língua.

Segundo Harari (2020), a pandemia de COVID-19, uma das atuais novas crises globais contemporâneas (que também pode ser reconhecida como um desastre ambiental biológico) pode ser relacionada à falta de confiança entre os seres humanos, sendo fundamental para o seu combate que os cidadãos confiem nos especialistas, nos cientistas, nas autoridades públicas. Mas como fazer isso se há um ruído nesta comunicação?

O conceito de comunicação é central na teoria dos sistemas de Luhmann (1992), pois representa o dispositivo fundamental da dinâmica evolutiva dos sistemas sociais, uma vez que é um processo de seleções e é pela seleção, se bem estruturada, que se opera o processo de redução de complexidade na relação com o ambiente. A comunicação é o elemento diferencial entre a sociedade e o ambiente, pois para Luhmann (1992) um sistema social só pode comunicar. Assim, a comunicação é o resultado de três seleções que reúnem: uma informação, o modo de fazê-la conhecer e uma compreensão, a partir da relação entre Alter e Ego. Logo, a comunicação plena não é nenhuma dessas seleções isoladas, mas a síntese delas. Essa somente se produz no momento em que o Ego seleciona a compreensão, o que, naturalmente, inclui a incompreensão (DAMACENA; VON HOHENDORFF, 2016). Nesse sentido, a explicação que segue procura elucidar o significado de cada parte do processo comunicativo: a) Seleção de uma informação: Alter deve selecionar entre as

informações de que dispõe, qual é a que deseja compartilhar com Ego (LUHMANN, 1996). Por essa razão, uma informação sempre surpreende e só é informação no momento em que é recebida, ou seja, no instante em que faz a diferença em relação ao que o ego sabia. Isso não acontece antes, porque o Ego não a conhecia, tampouco depois, porque já sabe; b) Seleção do modo de torná-la conhecida (expressão): o Alter seleciona o meio (oral, escrito, digital), bem como palavras e gestos com que pretende se expressar. c) Seleção de uma compreensão: Ego separa o que entende do que escutou ou leu (LUHMANN, 1998). Nesse contexto, a comunicação é composta por alguns princípios elementares. O princípio de redução da complexidade é o primeiro deles. Ou seja, a comunicação tenta reduzir a quantidade de indeterminação no mundo, visando mantê-la num patamar que permita o constante aumento de determinação. A ideia é que pela comunicação seja possível atenuar a complexidade típica do mundo, caracterizada pela falta de clareza na comunicação (ROCHA; DE AZEVEDO, 2012).

Para tanto, três etapas da improbabilidade da comunicação precisam ser superadas: i) improbabilidade de que o outro entenda. É improvável que se consiga separar adequadamente a informação da forma como ela é expressada, pois cada pessoa tem uma forma de interpretar o que chega a seus olhos. Considerando que há diversas formas de entender, acaba-se optando por uma, mas é muito improvável que essa versão coincida exatamente com aquilo que quem falou desejava dar a conhecer; ii) a impossibilidade de alcance além do círculo dos presentes. É improvável que a comunicação que ocorre na presença física dos interlocutores possa transcender espacial e temporalmente os limites desta interação. O avanço da tecnologia da sociedade contemporânea tem tentado contribuir para a redução desta improbabilidade, mas, paradoxalmente, ela tem aumentado. A interação através da presença física poderia ser uma tentativa de aumento da probabilidade da comunicação; iii) a improbabilidade de que o outro aceite a proposta contida na comunicação e a última das três etapas da improbabilidade da comunicação (LUHMANN, 1992). A compreensão dessas etapas é de grande relevância, “pois a improbabilidade do processo de comunicação, bem como sua superação e transformação em probabilidade regula a formação dos sistemas sociais” (LUHMANN, 1992). Significa dizer que a comunicação improvável, que se torna possível, surge como uma forma de “ordem e normalização” desses sistemas (LUHMANN, 1992).

Nesse sentido, o problema da improbabilidade da comunicação e o conceito de sociedade como sistema diferenciado convergem e devem ser compreendidos num contexto de inter-relação mútua. Mesmo quando a comunicação supera as etapas da improbabilidade e consegue ser difundida por um determinado meio, surge outro obstáculo no processo comunicativo: as novas exigências colocadas à cultura. Este é um momento em que o embate entre o apego ao passado e a abertura ao novo aparece de maneira bastante nítida (LUHMANN, 1992). E, esta abertura ao novo, passa, no sistema do Direito, pela transdisciplinaridade.

### **A título de considerações finais**

O Sistema do Direito e a sua dificuldade de internalizar a noção de risco, cada vez mais presente nas relações sociais da sociedade contemporânea, é um ótimo ponto de observação das relações ocorridas na sociedade.

Os novos riscos sócio econômico-jurídicos trazidos pela pandemia global ocasionada pelo COVID-19, especialmente na vida das pessoas e na continuidade das suas variadas relações jurídicas que mantinham até o momento de sentirem os efeitos da declaração global da pandemia, exigem uma comunicação adequada entre os diferentes sistemas da sociedade. Por outro lado, a possibilidade de êxito da comunicação não se dá em igual medida em todas as esferas funcionais. A partir dessa premissa, é preciso considerar as necessidades diferenciadas e as possibilidades de comunicação de cada sistema (LUHMANN, 1992).

Por essa razão, para Luhmann, nenhum meio de comunicação simbolicamente generalizado é dotado de garantia suficiente de êxito. Isso se justifica porque cada sistema reproduz uma operação específica, um modo de comunicação que se opera em seu interior (LUHMANN, 1992). Contudo, apesar do seu alto grau de improbabilidade, a comunicação é o único fenômeno que cumpre os quesitos de ser um tipo de operação que é fundamento: um sistema social surge quando a comunicação desenvolve mais comunicação a partir da própria comunicação (NAFARRATE, 2000). Sem comunicação não há sistema social.

No entanto, percebe-se que há uma imensa dificuldade de comunicação neste momento no Brasil, entre sistema da Ciên-

cia e o Sistema da Política, que não tem conseguido “conversar”, comunicar-se, adequadamente, colocando em risco toda a população do país. Hoje nosso atual presidente entende que estamos diante apenas de uma *gripezinha* e que não há motivo para isolamento, o que ele tem demonstrado inclusive com seus comportamentos. O governo federal inclusive, contrariando orientações globais sobre o combate à pandemia, lançou uma campanha por meio da qual incentiva a volta dos brasileiros ao trabalho e o isolamento vertical.

Nas palavras de Bragato percebe-se a situação dramática vivenciada hoje no Brasil:

Os *Estados* e seus mandatários poderão ser responsabilizados se, conhecendo o perigo concreto e tendo a possibilidade objetiva de evitar mortes, omitiram-se em tomar uma medida sensata e apropriada que, segundo as autoridades sanitárias, é o isolamento social ou se apressaram em relaxá-lo quando não havia condições para tanto”. (BRAGATO, 2020)

No entanto, proveniente do sistema da Ciência, existe um estudo realizado por 8 especialistas de 5 renomadas instituições de pesquisa e também do Ministério da Saúde indica que as medidas de distanciamento social instauradas na região metropolitana da cidade de São Paulo podem evitar, em 2 meses, 89.133 mortes por covid-19. (GANEM et al, 2020). Com duas semanas de restrições à circulação de pessoas, foi observada uma desaceleração no ritmo de reprodução do novo coronavírus. (GANEM et al, 2020). De acordo com o trabalho, sem a adoção de medidas de distanciamento social, em 30 dias, os pacientes da covid-19 demandariam 5.384 leitos de UTI, representando 230% da capacidade da região metropolitana da cidade de São Paulo, excedendo assim 14 vezes a capacidade da UTI no segundo mês. Ainda, o estudo menciona que no geral, o não isolamento, resultaria em 1.783 mortes no primeiro mês e 89.349 no segundo mês.

Mas a não oitiva dos alertas provenientes do sistema da Ciência não é uma situação apenas nossa, no Brasil. Na situação atual de pandemia, em março, percebemos uma situação bem semelhante a que estamos vivendo hoje no Brasil, quando o sistema da Política decide não entender o que o sistema da Ciência está tentando comunicar (MILANO non si ferma, 2020).

Em março o prefeito da cidade de Milão, na Itália, Giuseppe “Beppe” Sala, reconheceu publicamente que errou por apoiar a campanha “*Milano non si ferma*” (“Milão não para”), lançada na primeira semana do avanço do coronavírus na Itália, no dia 28 de fevereiro, e que incentivava os moradores locais a continuarem trabalhando e realizando suas atividades sociais, mesmo sob o risco de propagação da Covid-19. A campanha destacava que *resultados econômicos importantes corriam risco, mas com o grande aumento de números de doentes e de mortes geradas pelo coronavírus*, em 8 de março, Milão foi obrigada a parar, depois que o primeiro-ministro Giuseppe Conte limitou a entrada e saída de pessoas da Lombardia e de cidades das regiões de Vêneto, Piemonte e Emilia-Romagna, proibindo eventos esportivos, culturais e religiosos em todo o país, e mantendo as escolas fechadas até o dia 3 de abril (MILANO non si ferma, 2020).

Infelizmente em nosso país, segue-se com esta comunicação não bem realizada entre sistema da ciência e da Política (por conta das improbabilidades da comunicação), gerando impactos que dizem respeito à vida e saúde de todos os cidadãos e por conta disso, no sistema do Direito também.

Percebe-se que frente aos inúmeros novos desafios surgidos com a pandemia de COVID-19, uma vez que o Direito é uma ciência social aplicada, a produção de seu conhecimento deve ser sempre contextualizado a partir de situações problematizadas na sociedade e não apenas se restringir a discussões teóricas sem vinculação com o mundo fático. Para tanto se torna necessário que não somente a ciência jurídica, mas que as demais ciências, saiam de seus casulos e deixem sua cegueira unidimensional de lado, procurando suporte de outras áreas da ciência.

E, assim como no início do capítulo mencionou-se que se vive em tempos estranhos, encerra-se este capítulo, em isolamento social, esperando que os diferentes sistemas sociais consigam ultrapassar as improbabilidades da comunicação intersistêmica, atuando em conjunto, em busca da garantia da saúde ambiental global (humana e ambiental), partes do conceito mais amplo da sustentabilidade ambiental, em busca da concretização dos objetivos do desenvolvimento sustentável da Agenda 2030 da ONU, especialmente o Objetivo número 3, que visa garantir saúde e bem estar a todos.

## Referências

CEPAL – Comisión Económica para América Latina y el Caribe/ Organización Internacional del Trabajo (OIT). “*El trabajo en tiempos de pandemia: desafíos frente a la enfermedad por coronavirus (COVID-19)*”, Coyuntura Laboral en América Latina y el Caribe, N<sup>o</sup> 22 (LC/TS.2020/46), Santiago, 2020. Disponível em: <https://www.ilo.org>. Acesso em: 26/05/2020.

Bragato, Fernanda Frizzo. *Direito à vida e responsabilidade dos Estados no contexto da pandemia de COVID-19*. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br>. Acesso em: 26/05/2020.

CIDH – Comisión Interamericana de Derechos Humanos; OEA – Organización de los Estados Americanos. Resolución n. 1/2020. *Pandemia y Derechos Humanos en las Américas. (Adoptado por la CIDH el 10 de abril de 2020)*. Disponível em: <http://www.oas.org>. Acesso em: 26/05/2020.

DAMACENA, Fernanda D. L.; VON HOHENDORFF, Raquel. Organização e (im)probabilidade da comunicação: a inovação metodológica como ponte para a redução da complexidade no ensino do Direito. In: *Revista Duc In Altum Cadernos de Direito*, v. 8, n.15, p. 57-88, mai.-ago. 2016.

FEDERAÇÃO Mundial de Jornalistas de Ciência (2020). Disponível em: <https://wfsj-briefing.org>. Acesso em: 26/05/2020.

GANEM, Fabiana *et al.* *The impact of early social distancing at COVID-19 Outbreak in the largest Metropolitan Area of Brazil*”. Disponível em: <https://www.medrxiv.org>. Acesso em: 26/05/2020.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; LARA, Mariana Alves; CORRÊA DA COSTA, Maria Batista Leite. Pesquisa Quantitativa na produção de conhecimento jurídico. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 60, p. 291-316, jan./jun. 2012. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br>. Acesso em: 26/05/2020.

HARARI, Yuval Noah. In the Battle Against Coronavirus, Humanity Lacks Leadership. *Time*, 15 mar. 2020. Disponível em: <https://time.com>. Acesso em: 26/05/2020.

LATOUR, Bruno. *A esperança de Pandora: ensaio sobre a realidade dos estudos científicos*. Traduzido por Gilson César de Souza. São Paulo: Ed. UNESP, 2017.

LEDFOORD, Heidi. How to solve the world's biggest problems. *Nature*. Volume 525, p. 308-311. setembro 2015. 17 September 2015. Disponível em: <https://www.nature.com>. Acesso em: 26/05/2020.

LUHMANN, Niklas. *A improbabilidade da comunicação*. Tradução: Anabela Carvalho. Lisboa: Veja, 1992.

LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais: lineamientos para una teoría general*. Barcelona: Anthropos Editorial, 1998.

LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*. Milano: Franco Agnelli, 1996.

MILANO non si ferma. *Prefeito de Milão teve que pedir desculpas por apoiar campanha*. Disponível em: <https://www.clubedecriacao.com.br>. Acesso em: 26/05/2020.

MORIN, Edgar. *Ciência com Consciência*. 13. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

NAFARRATE, Javier Torres. *Galáxias de comunicação: o legado teórico de Luhmann*. Lua Nova, n. 51, p. 144-161, 2000.

OLATUNDE, Johnson; SHERMAN, Jerome B. The New "Essential" Rethinking Social Goods in the Wake of Covid-19. In: PISTOR, Katharina (Org.). *"Law in the Time of COVID-19"* (2020). Books. 240. Disponível em: <https://scholarship.law.columbia.edu/books/240>. Acesso em: 27/05/2020.

OMS. *Coronavirus disease (COVID-19)*. Situation Report – 126 Data as received by WHO from national authorities by 10:00 CEST, 25 May 2020. Disponível em: <https://www.who.int>. Acesso em: 26/05/2020.

OPAS BRASIL. *Folha informativa – COVID-19* (doença causada pelo novo coronavírus). Disponível em: <https://www.paho.org>. Acesso em: 26 maio 2020.

PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Sistemas da ciência positiva do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. t. 1. Originalmente publicado em 1922.

ROCHA, Leonel Severo. Sistema do direito e transdisciplinaridade: de Pontes de Miranda a autopoiese. In: COPETTI, André; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito

da UNISINOS: mestrado e doutorado: n. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2006.

ROCHA, Leonel Severo; DE AZEVEDO, Guilherme. Notas para uma teoria da organização da decisão jurídica autopoiética. *RECHTD-Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 4, n. 2, p. 193-213, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 2. ed. Col. Questões da nossa época. v. 134. São Paulo: Cortez, 2008.

UNESCO. UNESCO International Bioethics Committee (IBC) and the UNESCO World Commission on the Ethics of Scientific Knowledge and Technology (COMEST). *Statment on Covid-19: Ethical Considerations from a Global Perspective*. Disponível em: <https://en.unesco.org>. Acesso em: 26/05/2020.

UNITED NATIONS. *Sustainable development goals*. [S.l.], 2017. Disponível em: <http://www.un.org>. Acesso em: 26/05/2020.

VENTURA, Deisy de Freitas Lima; AITH, Fernando Mussa Abujamra; RACHED, Danielle Hanna. A emergência do novo coronavírus e a “lei de quarentena” no Brasil. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://www.epublicacoes.uerj.br>. Acesso em: 26/05/2020.

WEYERMÜLLER, André Rafael. *Direito ambiental e aquecimento global*. São Paulo: Atlas, 2010.

ZEMELMANN, H. *Determinismos y alternativas en las Ciencias Sociales de América Latina*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1995.

# A POTENCIALIZAÇÃO DA UTILIZAÇÃO DO USO DA INTERNET PELA COVID-19: A NECESSIDADE DE UMA AGÊNCIA ADMINISTRATIVA INDEPENDENTE PARA PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS

*Têmis Limberger\**

---

---

## **Introdução**

A sociedade em rede já estava em franca evolução, quando se operou a pandemia da COVID-19, fazendo com que as relações virtuais crescessem em escala exponencial.

Assim, as pessoas ficaram em sua casa em isolamento social e atividades que eram feitas de modo presencial e algumas vezes pelo comércio eletrônico passaram a se travar de forma quase exclusiva pela Internet.

Deste modo, o crescimento da utilização da Internet aumentou em escala global e em nosso país, também. Como todo fato complexo, tem pelo menos dois aspectos: o positivo e o negativo. O lado positivo é que a Internet permitiu a interação social, senão o isolamento social teria sido ainda mais penoso, sem a possibilidade de conversar com amigos e familiares, fazer reunião de trabalho, utilizar para fazer aulas síncronas pela internet, solicitação de exames de saúde, realização de consultas médicas (telemedicina), operações bancárias e fazer compras pelo comércio eletrônico. Estas são atividades positivas propiciadas pela ferramenta digital. Entretanto, existe o outro lado da moeda, qual seja: diante da enorme circulação dos dados, ocorre algumas vezes a apropriação indevida desses. O cidadão se vê iludido com algumas plataformas que oferecem serviços, que a princípio se mostram gratuitos. Pode não

---

\* Doutora em Direito Público pela Universidade Pompeu Fabra – UPF de Barcelona. Pós-doutora em Direito pela Universidade de Sevilla. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Procuradora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul – MPRS.

haver a prestação pecuniária típica, porém a troca se dá pela captura dos dados sem o consentimento do cidadão e/ou consumidor. Deste modo, os dados pessoais são apreendidos pelas plataformas digitais, sem o consentimento e capturados para fins diversos, que vão desde utilização para oferta de bens e serviços, que é feita a partir do perfil do consumidor, até comprovações mais recentes como a utilização para efeitos políticos como revelou o episódio da *Cambridge Analytica* (BRASIL, 2018, p. 66)<sup>1</sup>. Durante o episódio da COVID 19, teve-se a notícia de que empresa estava utilizando os dados dos cidadãos sem autorização, conforme ocorrido no episódio da ZOOM (DIAS, 2020)<sup>2</sup>.

Como revelou a revista *The Economist* (2017): os dados são a nova riqueza do século XXI, suplantando formas até então formas tradicionais como petróleo, etc.

Diante de um cenário de crise de saúde pública a privacidade e a proteção de dados, entraram em conflito (saúde X privacidade e proteção de dados). O estudo pretende investigar qual a proteção jurídica conferida aos dados pessoais no Brasil. Assim, buscar-se-á averiguar se a agência administrativa criada pela Lei Geral de Proteção de Dados é suficiente. Como hipóteses de trabalho, tem-se a afirmativa, no sentido de que existe uma garantia conferida pela autoridade administrativa e como negativa, no sentido de que não existe uma autoridade garantidora ou esta é insuficiente.

O método a ser empregado é o hipotético-dedutivo, utilizando o procedimento histórico, comparativo, a pesquisa doutrinária e jurisprudencial.

---

1. Foi revelado que dados de 87 milhões de usuários foram repassados à firma britânica *Cambridge Analytica*, que trabalhou na campanha de Donald Trump, eleito presidente dos EUA, em 2016. Deste modo, teve-se a confirmação da prática de violação de dados pessoais. Assim, o presidente executivo do *Facebook*, Mark Zuckerberg, prestou declarações no Congresso Norte Americano e no Parlamento Europeu.

2. O chinês viu seu patrimônio chegar a U\$ 7, 8 bilhões. Eric Yuan é o fundador da empresa de vídeo conferência zoom, que se popularizou durante a pandemia do Coronavírus por permitir reuniões de até 500 pessoas em meio a regras de distanciamento social. Se antes da quarentena o Zoom tinha cerca de 10 milhões de participações em reuniões por dia, hoje são 300 milhões, mesmo com as ameaças de ataques virtuais que colocaram em risco a privacidade dos usuários. O empresário anunciou a formação de um Conselho com foco na segurança da empresa, diante da notícia do vazamento de dados. Neste período em que as ações desvalorizaram de forma súbita, as ações da sua empresa experimentaram uma valorização de 50%.

## **Diálogos com referenciais teóricos importantes**

A doutrina mais especializada, que extrapola os manuais que tratam dos direitos fundamentais, já aborda a evolução do direito à privacidade, que há muito já não se constitui do direito a estar só, contornado por Warren e Brandeis (1890), no século XIX, com seu conteúdo liberal, típico dos direitos com perspectiva negativa, do qual se desenhava o direito a não ser molestado.

O fenômeno informático por seu caráter global e, em rede, traduz a limitação do Estado-Nação (JELLINEK, 2005) e do direito para atuar, uma vez que estruturados sob os contornos da territorialidade para infligir a sanção.

Castells (2003), o grande sociólogo estudioso das redes, faz uma analogia a Bentham, atualizando o panóptico, agregando a expressão panóptico eletrônico. Alerta que há uma ameaça fundamental à liberdade, sob a influência do novo ambiente de espionagem global: a padronização do comportamento cotidiano das normas dominantes da sociedade. A liberdade de expressão era a essência do direito à comunicação irrestrita, na época em que a maior parte das atividades diárias se fazia pública. Atualmente, porém, uma parte significativa da vida, ou seja, a maior parte da atividade econômica, social e política, incluindo o ócio, é de fato um híbrido de inteiração virtual e física. Em muitos casos, estão imbricadas.

Antônio Enrique Pérez Luño (2012) designa a metamorfose da intimidade, às modificações que o direito à privacidade experimenta, atualmente. Num resgate importante a Ovídio, em sua magistral obra *Metamorfose* (OVÍDIO, 2015, p. 13/15), que, desde a antiguidade, chega a atualidade servindo de referência a tantos autores, pintores e músicos, possivelmente, inspirou, também, o professor da Universidade de Sevilha, quando nos aponta para as modificações experimentadas pelo direito à privacidade.

Ao mencionar as transformações, não faz juízo de valor, no sentido de apontar se as modificações são piores ou melhores, mas são distintas, conforme o período em que se vive, retratando as inteirações que ocorre entre o Estado, o direito e a política, conforme aponta Chevallier (2009).

Assim, o apontamento tradicional da doutrina (SILVA, 2019, p. 183), no sentido de estatuir os direitos fundamentais como direitos irrenunciáveis e inalienáveis, sofre alterações e isso é reconheci-

do na doutrina de Pérez Luño, as transformações hoje experimentadas pelo direito à privacidade deslocam-na do original direito a estar só, em seu aspecto individual, a perspectiva de estar só no âmbito social e coletivo. E, ainda, de forma muito valente, o professor da Universidade de Sevilha, aponta o deslocamento do direito de personalidade que aponta à órbita patrimonial.

Aí é possível considerar que muitas pessoas para a exposição em distintos locais (programas de televisão, redes sociais, propagandas), recebem quantias pecuniárias, tornando alienável a sua privacidade. Sendo pessoas maiores e capazes, fica no âmbito da disponibilidade. Assim, nestes casos, a privacidade vale o que os demais estão dispostos pagar. Desnecessário dizer que quando se trata de crianças e adolescentes e mesmo incapazes, a tutela de proteção estatal deve se operar, valendo os atributos de inviolabilidade, irrenunciabilidade e inalienabilidade, típicos do direito à privacidade.

A introspecção levada a um nível extremado e o isolamento são prejudiciais. A convivência se exercita no contato com as demais pessoas. A dimensão interna tem que exteriorizar-se. A convivência é indispensável a nossa vida, necessita apoiar-se em outras vidas. A noção de intimidade ou privacidade é uma categoria cultural, social e histórica (ORTEGA; GASSET, 1983, *apud* PERÉZ LUÑO, 2012, p. 116).

Em uma breve síntese, segundo Pérez Luño, a metamorfose do direito à privacidade trouxe modificações importantes. Deslocou-se do âmbito interno, direito a estar só, a uma perspectiva social e coletiva e, também, de uma condição integrante do direito de personalidade à disponibilidade patrimonial, para as pessoas maiores e capazes.

A reinvenção da privacidade é como Stefano Rodotà (2014), denomina o fenômeno atual, enquanto construção da identidade. Efetua-se em condições crescentes ao exterior. Nessa perspectiva, assume um novo significado da liberdade de expressão como elemento essencial da pessoa e de sua situação na sociedade. Isso modifica a noção de esfera pública e privada e a própria noção de privacidade. Reforça-se a noção de cidadania com outros poderes que caracterizam a cidadania do novo milênio, a partir da institucionalização dos direitos do ser humano.

Quando se consideram as questões projetadas pela inovação tecnológica, ocorre o denominado *tsunami digital*. Uma das consequências desta transformação é que o critério de segurança pública se converte em exclusivo critério de referência. Isto significa que as pessoas estão cada vez mais transparentes e os organismos públicos mais afastados do controle jurídico e político, ocasionando uma nova distribuição de poderes políticos e sociais. O denominado “*tsunami digital*” pode considerar-se desde outros pontos de vista, começando pela identidade. Neste aspecto, o direito de acesso aos dados representa um aliado forte, em termos de proteção jurídica, que permite manter o controle sobre suas próprias informações, seja qual seja o sujeito que as maneja, o lugar em que se encontrem e as modalidades de utilizar sua participação.

O direito fundamental à construção de sua identidade, já que confere poder para cancelamento nos seguintes casos: dados falsos, ilegitimamente colhidos, conservados muito além do tempo previsto, inexatos ou que necessitam complementação.

Neste contexto, o conhece-te a ti mesmo, não é uma análise voltada ao interior, sou como me apresento aos demais, mas haveria que substituí-la por: és o que o Google diz que és.

A construção da identidade se entrega por completo aos algoritmos. A construção da identidade é interior e exterior. O sistema deveria então: fazer explícito o fluxo de dados para permitir o controle da pessoa interessada, respeitar o princípio da utilização mínima dos dados, tratando somente aqueles necessários em um contexto determinado e impor limites às conexões das bases de dados.

Mencionando a importância de análise do contexto em que vai ser analisado o fluxo informacional, é importante referir a perspectiva da privacidade contextualizada, trazida pela professora Helen Nissenbaum (2010), que apresenta a teoria da integridade contextual, que se propõe a refletir sobre a informação disponível na internet, fugindo do binômio clássico público e privado, que é difícil de identificar na maioria das vezes.

A integridade contextual tem como eixo central, que o direito à privacidade não é um direito ao segredo, nem um direito ao controle, senão um direito a um fluxo de dados apropriado de informação pessoal. O contexto são configurações sociais estruturadas de poder, normas (ou regras) e valores internos (objetivos, fins, propó-

sitos). O ponto de partida é um compromisso com o fluxo adequado de dados e não com o segredo e o controle da informação.

Pode-se apontar como consequência, a informação, ainda que disponível na web, não está autorizada a ser compartilhada de uma forma ilimitada e utilizada em contexto distinto de local e/ou tempo. Assim, as manifestações contundentes, devido a fato político ou outra situação devem ser avaliadas no contexto daquela situação, sem que se possa utilizá-la em outro momento (quando variam as circunstâncias de tempo e lugar) e tampouco para outra finalidade.

A teoria de Nissenbaum traz aspectos inovadores ao não permitir uma apropriação ilimitada dos dados em virtude de estarem disponíveis na rede e utilização para finalidade distinta daqueles em que se encontravam na web. Isso limitaria a utilização dos dados, fazendo valer princípios importantes como o consentimento e a finalidade. Assim, apresenta-se contribuição importante, mas cuja aplicação prática se constitui um desafio aos operadores jurídicos, tendo em vista a ampla circulação dos dados, que é ofertada por vezes pelo usuário.

Por isso, para Klaus Schwab (2016, p. 13) estamos diante de uma quarta revolução distinta das anteriores, por no mínimo três razões: velocidade, amplitude e profundidade, e impacto sistêmico.

O primeiro elemento, a velocidade, diferente das revoluções anteriores, esta evolui em ritmo exponencial e não linear. Esse é o resultado do mundo multifacetado e profundamente interconectado em que vivemos. Além disso, as novas tecnologias geram outras cada vez mais novas e cada vez mais qualificadas.

O segundo, composto por amplitude e profundidade, possui a revolução digital como base sem precedentes da economia dos negócios, da sociedade e dos indivíduos. Deste modo, a revolução não está apenas modificando apenas “o que” e o “como” fazemos as coisas, mas também “quem” somos.

O terceiro, relativo ao impacto sistêmico, visto que a 4ª revolução envolve a transformação de sistemas inteiros entre países e dentro deles, em empresas, indústrias e em toda sociedade.

Assim, não é somente uma quarta, que vem numa linha de continuidade, mas apresenta aspectos completamente distintos. Re-

cordando Frosini, que foi dos filósofos precursores ao se preocupar com as questões da informática, quando destaca que uma das características do mundo contemporâneo é a produção, a circulação e o consumo de informação, que por suas dimensões, não encontra precedentes em outras épocas (isso que o autor não chegou a viver a sociedade em rede). Foi visionário ao cunhar a expressão para o homem artificial (FROSINI, 1986), quando por primeira vez as relações sociais e os problemas filosóficos se estabeleciam entre um homem e outro homem ou entre o homem e a natureza, mas do homem com a máquina. Por artificial (FROSINI, 1982, p. 68) não deve se entender desumanizado, tampouco animalizado, mas mecânico. Significa um novo tipo de homem, que não foi produzido pela natureza, mas pelo próprio homem (LIMBERGER, 2016, p. 23).

Vale recordar as fases anteriores da comunicação (FROSINI, 1982, p. 174): a primeira surge com a comunicação oral, significa dizer não da linguagem gestual, senão da fonética articulada, segundo regras socialmente aceitas, a segunda é marcada pela escrita, que suplanta a comunicação homem a homem, que pode ser transmitido no tempo e no espaço, sem a necessidade de ser transportado pelo homem. A terceira é a foi desenvolvida pelos meios matemáticos é a linguagem eletrônica que se trata de metalinguagem por intermédio das máquinas, que não é a linguagem escrita nem falada. É uma linguagem totalmente artificial.

A característica que se mostra desde logo distinta é o ritmo exponencial que a sociedade em rede imprime na circulação da informação. Foi precursor, também, ao prever que a informação quando vem mensurada, pode receber um valor de mercado (FROSINI, 1982, p. 173). Esta ideia é muito bem trabalhada, anos depois, por Castells (2011, p. 196), quando aponta que a nova economia é, por enquanto, uma economia capitalista ou dependente da sua relação com as redes globais do capitalismo. Assim, está-se diante de uma nova marca do capitalismo, tecnológica, organizacional e institucionalmente distinta do capitalismo clássico (*l'aissez-faire*) e do capitalismo Keynesiano.

Deste modo, os dados são a riqueza da sociedade tecnológica. Visando verificar se os dados estão protegidos pelo direito e se esta proteção é suficiente ou não, passar-se-á a realizar a abordagem da legislação nacional e estrangeira.

## **Legislações nacional e estrangeira com enfoque nas agências administrativas de proteção de dados pessoais**

Diferentemente da Europa que já conta com cinco décadas, a respeito de proteção de dados pessoais, considerando desde o primeiro dispositivo da Lei do Land de Hesse, com uma enorme evolução, o Brasil tem a Lei nº 13.709, de 14/08/2018 conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados, LGPD, com a entrada em vigor protraída. É importante registrar a PEC 17/2019, que pretende assegurar o *status* constitucional à proteção dos dados pessoais.

A Europa teve três fases de proteção de dados (LIMBERGER, 2007, p. 79): a primeira com a previsão normativa da proteção de dados, qual seja, a edição das primeiras leis, como a do Land de Hesse, na Alemanha. A segunda com a criação das agências de proteção de dados, como a Lei francesa (1978) e a última fase, que se caracteriza pela legislação unificada (década de 1990). Assim, tem-se a Diretiva Comunitária 95/46, que previu a proteção de dados em âmbito comunitário. Após, houve a Carta Europeia (UNIÃO EUROPEIA, 2000, *vide* LIMBERGER, 2019, p. 551/567), que consagrou o direito à proteção de dados de forma autônoma, no art. 8º, desvinculando-se da privacidade, art. 7º. E, recentemente, o Regulamento Geral de Proteção de Dados- RGPD (UNIÃO EUROPEIA, 2016), que conferiu diretrizes ainda mais sólidas em prol da proteção de dados na Europa, trazendo inovações significativas, neste campo, como a tônica na prevenção e transparência, artigos 51 a 59 do RGPD.

No continente europeu as Agências são independentes (RALLO LOMBARTE, 2002, p. 223). Isso não significa dizer que não se submetem à lei, mas por independência se entende que não ficam capturadas pelo poder político partidário. Devem obediência à Constituição e às leis, mas não ficam atreladas a um dos Poderes Constituídos. É a administração neutra, que mencionava Max Weber (1992), no sentido de um corpo técnico, burocrático, de que dê conta da continuidade do serviço público, independente dos governos que se sucedem ao longo do tempo.

A Legislação Brasileira nasce com uma debilidade ao não prever uma Agência de Proteção de Dados Pessoais de maneira independente ou autônoma. Pela arquitetura criada pela lei, a Agência incumbida de velar pelos dados, ficará dentro da seara do Poder Executivo (MP 869/2018, convertida na Lei nº 13.853/2019), tal como

as demais Agências do modelo brasileiro (ANEEL, ANATEL, ANA, ANCINE, ANVISA, ANS etc).

Não obstante, se um país não tem uma Agência que garanta a proteção dos dados pessoais, não será considerado seguro para o fluxo dos dados, na órbita interna e internacional.

A não existência de uma agência dotada de autonomia faz com que a defesa dos direitos que poderiam ser resolvidos na órbita administrativa sejam postos a discussão em ações judiciais (STRECK, 2011), aumentando ainda mais o número de conflitos levados a juízo.

Neste episódio da COVID é importante resguardar os dados de saúde, pois são considerados dados sensíveis, aqueles que recebem uma especial proteção, pois se tiverem uma utilização equivocada, causarão situações de discriminação. Situam-se, neste espectro, os dados de origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural, art. 5º, II, da LGPD.

Os dados pessoais sempre merecem uma proteção, mas em se tratando de dados sensíveis, há que aumentar, visto que podem causar uma situação de discriminação, comprometendo o princípio constitucional da igualdade (LIMBERGRER, 2007, p. 60).

Em virtude desta situação, foram ajuizadas ADIs (ADI 6387 – CFOAB; ADI 6388- PSDB; ADI 6389- PSB; ADI 6390 – PSOL e ADI 6393 – PCB), sendo que o plenário suspendeu a eficácia da medida provisória MP 954/2020, que prevê o compartilhamento de dados de usuários de telecomunicações com o Instituto Brasileiro de Estatística – IBGE para produção de estatística oficial durante a pandemia do novo coronavírus. Por maioria de votos, em sessão realizada por videoconferência, foram referendas medidas cautelares deferidas pela Min. Rosa Weber em cinco ADIs para firmar o entendimento de que o compartilhamento previsto na MP viola o direito constitucional à intimidade, à vida privada e ao sigilo dos dados.

Como argumentos para concessão da tutela, na referida ação, foram determinantes: a) a não limitação do objeto de estatística a ser produzida, nem a finalidade específica e tampouco a amplitude, b) o interesse público legítimo no compartilhamento dos dados

peçoais dos usuários dos serviços de telefonia, considerando a necessidade, a adequação e a proporcionalidade da medida, c) inexistência de mecanismo técnico ou administrativo apto a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados, vazamentos acidentais ou utilização indevida, seja na sua transmissão seja no seu tratamento, proferida em 17/04/2020, que foi confirmada em plenário em 07/05/2020.

Neste último aspecto, é evidente a falta que uma agência administrativa com poderes independentes faz para correta fiscalização na utilização dos dados. Assim, a estrutura da agência brasileira nasce de forma debilitada, o que é um prejuízo à garantia de proteção de dados em nosso país.

### **Considerações finais**

A utilização da Internet já vinha em ritmo acelerado, mas o episódio da COVID-19 potencializou ainda mais seu uso. A vida cotidiana passou a se operar na rede.

Com o maior uso da Internet, crescem ainda mais os riscos da violação dos dados pessoais, por isso, é importante que a LGPD seja efetiva. O Brasil não tem a tradição de proteção dos dados pessoais, diferentemente do que ocorre na Europa, que conta com cinco décadas de tutela aos dados pessoais.

Do diálogo dos autores, tem-se que Manuel Castells atualiza o panóptico de Bentham, fazendo com que este seja eletrônico. E, ainda, e mais categórico ao afirmar que se acabou o direito à privacidade nas relações virtuais.

Pérez Luño designa a metamorfose do direito à privacidade para destacar que a privacidade se deslocou da órbita do direito de personalidade para a órbita patrimonial, quando as pessoas são maiores e capazes. Subsiste a privacidade para as crianças e adolescentes.

Rodotà propugna a reinvenção da privacidade, considerando as modificações que apresenta o direito à privacidade, diante da exposição das pessoas nas redes sociais, que se constitui num fenômeno da sociedade da informação.

Helen Nissenbaum ressalta a importância de que a privacidade seja analisada em seu contexto, guardando relação das circuns-

tâncias de tempo e lugar, não podendo ser utilizadas para outra finalidade.

Por estes motivos, Klaus Schwab aponta que estamos diante da 4ª Revolução, que não é apenas uma que se sucede a outra, mas é distinta, por no mínimo três razões: velocidade, amplitude e profundidade, e impacto sistêmico.

Vale, por isso, recordar Frosini, que foi um filósofo visionário ao prever ‘o homem artificial’. Foi precursor, também, quando estatuiu que uma das características do mundo contemporâneo é a produção, a circulação e o consumo da informação, que por sua dimensão, não encontra precedentes em outras épocas. Inovou, também, ao prever um valor de mercado para a informação, no que se coaduna com a ideia de Castells, ao prever a nova fase do capitalismo fundada nos dados.

A LGPD, a diferença do RGPD, nasce com uma debilidade ao não prever a independência da agência administrativa de proteção de dados pessoais. Isso enfraquece a garantia conferida ao cidadão, que, provavelmente, irá ao Poder Judiciário para fazer valer esta demanda. Pois, como órgão pertencente ao Poder Executivo, provavelmente não encontrará uma via dotada de imparcialidade.

Do ponto de vista interno, a cidadania brasileira fica desprotegida sem a agência independente e desde o ponto de vista das relações internacionais, também, ocorre uma fragilidade, já que o Brasil não é considerado um país seguro para o fluxo de dados.

## Referências

BRASIL. *Revista ISTOÉ*, Zuckerberg contra a parede, Tecnologia, p. 66, 18/04/2018.

DIAS, Marina. Criador da empresa de videoconferência zoom fica U\$ 4 bilhões mais rico durante a pandemia. *Folha de São Paulo*, 04mai.2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br>. Acesso em: 20/05/2020.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede – a era da informação: economia, sociedade e cultura*, vol, I, 4ªed., Lisboa: Fundação Caouste-Gulbekian. 2011.

CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet: reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Trad. Marçal Justen Filho, Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FROSINI, Vittorio. *L'umoartificiale: ética e dirittone nell'era planetária*. Milano: Spirali Edizione 1986.

FROSINI, Vittorio. *Cibernética, derecho y sociedad*. Madrid: Tecnos, 1982.

JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. 2. ed. [reimpr. de la segunda edición alemana (1905) editada por el Editorial Albatros en el año 1954], Buenos Aires: Julio César Faira Ed., 2005.

LIMBERGER, Têmis. Informação e Internet, o caso do Facebook – um estudo comparado entre o RGPD e a LGPD. Em: *Democracia, Pluralismo y Derechos Humanos*. Pamplona: Aranzadi, 2019. p. 551-567.

LIMBERGER, Têmis. *Cibertransparência: informação pública em rede: a virtualidade e suas repercussões na realidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

LIMBERGER, Têmis. *O direito à intimidade na era da informática: a necessidade de proteção dos dados pessoais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

NISSENBAUM, H. *Privacy in context: technology, policy and integrity of social life*. California: Standford University Press, 2010.

ORTEGA Y GASSET, J. El hombre y la gente, Obras Completas. *Alianza Editorial & Revista Occidente*, vol.7, Madrid, 1983, *apud* Pérez Luño, Los derechos humanos en la sociedad tecnológica, Universitas, Madrid, 2012.

OVIDIO. *Metamorfosis*. 3ª ed., Alianza Editorial: Madrid, 2015.

PÉREZ LUÑO, A. E. *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*. Madrid: Universitas, 2012.

RALLO LOMBARTE, Artemi. *La Constitucionalidad de las Administraciones Independientes*. Madrid: Tecnos, 2002.

RODOTÀ, Stefano. *El derecho a tener derechos*. Madrid: Trotta, 2014.

SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução*. São Paulo: Edipro, 2016.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 42ª ed., revista e atualizada, Malheiros, São Paulo, 2019.

STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

THE ECONOMIST. *The world's most valuable resource is no longer oil, but data*, 06 mai. 2017. Disponível em: <https://www.economist.com>. Acesso em: 20/05/2020.

UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento Geral de Proteção de Dados 2016/679*. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu>. Acesso em: 29/05/2020.

UNIÃO EUROPEIA. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, de 07 de dezembro de 2000. Carta de Nice. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu>. Acesso em: 10/05/2020.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. *The right to privacy*. *Harvard Law Review*, vol. IV, nº 5, p. 193-220, Dec., 1890.

WEBER, Max. *Economía y Sociedad*, 1ª reimpresión argentina. México: Fondo de Cultura Económica, 1992.



# A PANDEMIA GLOBAL GERADA PELO NOVO CORONAVÍRUS, NANOTECNOLOGIAS E A “METAMORFOSE DO MUNDO” (Beck)

Wilson Engelman\*

---

## Introdução<sup>1</sup>

Desde o início do Século XXI, se está vivendo no contexto da chamada Quarta Revolução Industrial, segundo Klaus Schwab e Nicholas Davis (2018). No centro potencializador dessa revolução se localizam diversas tecnologias, como: as nanotecnologias, inteligência artificial, internet das coisas, impressões 3D, materiais inteligentes, dentre outras tecnologias que estão em processo de convergência. A rapidez com que essas tecnologias operam é uma das

---

\* Pós-Doutor em Direito Público – Direitos Humanos, Universidade de Santiago de Compostela, Espanha; Doutor e Mestre em Direito Público, Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos; Coordenador Executivo do Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios da UNISINOS; Professor e Pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – da UNISINOS; Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq; e-mail: [wengelman@unisinos.br](mailto:wengelman@unisinos.br).

1. Resultado parcial das investigações desenvolvidas pelo autor no âmbito dos seguintes projetos de pesquisa: a) Edital 02/2017 – Pesquisador Gaúcho – PqG: Título do Projeto: “A autorregulação da destinação final dos resíduos nanotecnológicos”, com apoio financeiro concedido pela Fundação de Amparo à Pesquisa no Estado do Rio Grande do Sul – FAPERGS; b) Chamada CNPq n. 12/2017 – Bolsas de Produtividade em Pesquisa – PQ, projeto intitulado: “As nanotecnologias e suas aplicações no meio ambiente: entre os riscos e a autorregulação”; c) Chamada MCTIC/CNPq Nº 28/2018 – Universal/Faixa C, projeto intitulado: “Nanotecnologias e Direitos Humanos observados a partir dos riscos no panorama da comunicação entre o Ambiente Regulatório e o Sistema da Ciência”; d) “Sistema do Direito, novas tecnologias, globalização e o constitucionalismo contemporâneo: desafios e perspectivas”, Edital FAPERGS/CAPES 06/2018 – Programa de Internacionalização da Pós-Graduação no RS. Este trabalho também se relaciona com as pesquisas realizadas no contexto do *Gracious Consortium*, “Grouping, read-across, characterisation and classification framework for regulatory risk assessment of manufactured nanomaterials and safer design of nano-enabled products”, com recursos financeiros do *European Union's Horizon 2020* research and innovation programme under Grant Agreement n. 760840, Disponível em: <http://www.h2020gracious.eu>. O trabalho aqui apresentado também está vinculado à pesquisa realizada pelo autor no CEDIS – Centro de I & D sobre Direito e Sociedade, da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Portugal, e da investigação desenvolvida pelo autor junto ao Instituto Jurídico Portucalense, da Universidade Portucalense, Porto, Portugal.

características inseridas na referida Quarta Revolução Industrial. O analógico se substituiu pelo digital, o trabalho braçal será desenvolvido pelos processos de robotização, as verdades científicas cedem lugar ao provável, ao ainda “a ser testado”, ao “talvez”, ao “depende de mais testes” e, assim, sucessivamente.

Assim caminhava a humanidade até o início de janeiro de 2020, quando esse cenário de inovação tecnológico começava a ser sacudido por uma doença, que iniciava na China, movida pelo novo coronavírus. A situação começou a se alastrar, ganhando muitos países, provocando a decretação de pandemia, por parte da Organização Mundial da Saúde (2020).

O retrato da pandemia é assim apresentado em duas publicações científicas recentes (16 e 26 de março de 2020): O mundo enfrenta uma emergência de saúde pública grave e aguda devido à pandemia global do COVID-19. Como os países responderão nas próximas semanas será fundamental para influenciar a trajetória das epidemias nacionais. Os pesquisadores combinaram dados sobre padrões de contato específicos por idade e gravidade do COVID-19 para projetar o impacto da pandemia na saúde em 202 países. Foram comparados os impactos previstos de mortalidade na ausência de intervenções ou distanciamento social espontâneo com o que pode ser alcançado com políticas destinadas a mitigar ou suprimir a transmissão. As estimativas de mortalidade e demanda de assistência médica são baseadas em dados da China e de países de alta renda; diferenças nas condições de saúde subjacentes e na capacidade do sistema de saúde provavelmente resultarão em padrões diferentes em ambientes de baixa renda.

A partir daí, os pesquisadores estimam que, na ausência de intervenções, o COVID-19 resultaria em 7, 0 bilhões de infecções e 40 milhões de mortes globalmente este ano. Estratégias de mitigação focadas em proteger os idosos (redução de 60% nos contatos sociais) e desacelerar, mas não interromper a transmissão (redução de 40% nos contatos sociais para uma população mais ampla) poderiam reduzir esse ônus pela metade, salvando 20 milhões de vidas. Segundo a publicação, é provável que esse efeito seja mais grave em ambientes de baixa renda, onde a capacidade é mais baixa: nossos cenários mitigados levam ao pico de demanda por camas de cuidados intensivos em um ambiente típico de baixa renda, ultrapassando a oferta em um fator de 25, em contraste com um tí-

pico ambiente de alta definição de renda onde esse fator é 7. Como resultado, restou projetado que o verdadeiro ônus em contextos de baixa renda que buscam estratégias de mitigação possa ser substancialmente maior do que o refletido nas estimativas (WALKER; WHITTAKER; WATSON *et al.* 2020; ainda, FERGUSON *et al.* 2020). Os números de infectados e de mortos são assustadores (DONG; DU; GARDNER, 2020).

Ao lado disso, o Sistema da Ciência deverá se debruçar – além de pesquisas para o desenvolvimento de vacina ou outras medidas terapêuticas, que ainda não foram desenvolvidas – no meio da emergência global de saúde pública COVID-19, sobre investigações para saber as origens da pandemia. A compreensão detalhada de como um vírus animal ultrapassou os limites das espécies para infectar seres humanos de maneira tão produtiva ajudará na prevenção de futuros eventos zoonóticos (ANDERSEN *et al.*, 2020).

Segundo dados extraídos do site da Organização Mundial da Saúde, referentes ao dia 14 de abril de 2020, se tem, no mundo, 1.848.439 casos de COVID-19 confirmados e 117.217 mortes decorrentes dessa pandemia (OMS, 2020). No Brasil, de acordo com dados buscados no site do Ministério da Saúde, referentes ao dia 13 de abril de 2020, se tem 23.430 casos confirmados e 1.328 óbitos decorrentes do novo coronavírus, o que representa uma taxa de letalidade equivalente a 5,7% (MS, 2020).

Com esse contexto, sem que se tenha, por parte do Sistema da Ciência e do Sistema da Saúde, nenhum tratamento específico para enfrentar a COVID-19, se começa a perceber, a partir das contribuições de Ulrich Beck, o desenho daquilo que ele denominou de “metamorfose do mundo”. As características serão apresentadas a seguir. As perguntas que se deixa ao leitor, neste momento, e que orientarão o desenvolvimento do artigo, podem ser formulados como segue: como as tecnologias e o conhecimento científico inserido nas estruturas da Quarta Revolução Industrial poderão auxiliar no enfrentamento da pandemia global, seus efeitos presentes e futuros, respeitando os Direitos (dos) Humanos?

A partir da pesquisa documental e bibliográfica, essa última extraída especial do Portal de Periódicos da CAPES, será desenhado um arcabouço teórico sobre as conexões entre a teoria da metamorfose do mundo, de Ulrich Beck, com o atual cenário da pande-

mia do novo coronavírus, algumas possibilidades de utilização de nanopartículas para minorar os efeitos do contágio da COVID-19. Uma parte da estrutura do capítulo aqui apresentado foi objeto de debate e discussão no *Gracious Consortium Meeting 2019*, realizada no *Joint Research Centre (The European Commission's Science and knowledge service)*, da cidade de ISPRA, na Itália, entre os dias 19 e 21 de novembro de 2019. O pesquisador que assina este capítulo de livro integra este Consórcio de pesquisadores, com financiamento da União Europeia.

### **O arcabouço da pesquisa do *Gracious Consortium***

Consórcio envolve cientistas renomados de grandes empresas, governo, pequenas e médias empresas e academia (Universidades e centros de pesquisa). Esses parceiros têm se envolvido ativamente no desenvolvimento dos esquemas de agrupamento, leitura e identificação dos riscos existentes para nanomateriais publicados pela indústria (BASF, Akzo-Nobel), por formuladores de políticas e projetos de pesquisa financiados pela União Europeia. Em nível global, o Consórcio congrega parceiros que se envolvem nas atividades da OCDE e outros organismos globais de normalização. O Consórcio pretende contribuir com conhecimento, dados e métodos (GRACIOUS, 2020).

São pesquisadores estruturados em grupos de trabalho, buscando identificar os nanomateriais e nanopartículas, os seus riscos e impactos na saúde das pessoas e no meio ambiente. Além disso, para agilizar o processo de avaliação de riscos, o principal objetivo do GRACIOUS é gerar uma estrutura (framework) baseada em ciência altamente inovadora para permitir a aplicação prática de agrupamentos, levando à leitura e classificação de nanomateriais (NMs)/nanofórmulas (NFs). Segundo se pode ler na página do Consórcio, os objetivos específicos são: a) integrar as principais necessidades das partes interessadas – aqui o caráter interdisciplinar – do projeto com o que há de mais moderno em agrupamento e leitura de NMs/NFs, a fim de projetar, desenvolver e refinar uma estrutura de framework sustentável; b) desenvolver conhecimento e gerar dados como base para derivar hipóteses, critérios e princípios orientadores para o agrupamento, levando à classificação e leitura, como blocos de construção para o GRACIOUS Framework; c) refinar e in-

tegrar ferramentas para criar a estrutura do framework, documentos de orientação e módulo de software (GRACIOUS, 2020).

A partir desse panorama, o pesquisador que assina este capítulo de livro busca vislumbrar aberturas para entradas jurídicas no framework que o grupo dos pesquisadores das áreas exatas está desenvolvendo. Uma decisão regulatória tomada pelos pesquisadores do Consórcio foi no tocante à nomenclatura de nanomateriais ou naformas. Os pesquisadores estão seguindo o Regulamento Europeu REACH<sup>2</sup>, que introduziu o conceito de “nanoforma”. Vale dizer, “uma nanoforma é uma forma de uma substância natural ou fabricada que contém partículas, em um estado não ligado ou como um agregado ou como um aglomerado e onde, para 50% ou mais das partículas na distribuição de tamanho numérico, uma ou mais dimensões externas estão na faixa de tamanho de 1 nm-100 nm, (...)” (COMMISSION REGULATION, 2018): 1 nanometro (1 nm) equivalente à bilionésima parte de um metro: a saber, dividir um metro em um bilhão de fatias, uma dessas fatias equivale a 1 nm.

Os pesquisadores estão buscando dar suporte científico para o desenvolvimento de um contexto regulatório e também para o aprofundamento da inovação nanotecnológica, gerando dados e informações. Qual o motivo? A operação com a nano escala gera efeitos físico-químicos desconhecidos e que não estão presentes nos materiais que não se encontram nessa escala de tamanho. Portanto, a pesquisa busca identificar alguns desses efeitos, descrever os seus potenciais de contaminação em relação ao ser humano e ao meio ambiente como um todo. Publicação recente aponta que isso não deverá ser ocultado das partes interessadas, especialmente do público consumidor, sob pena de gerar no curto e médio prazo aversão aos produtos de base nanotecnológica, como já ocorreu com os produtos transgênicos, por exemplo (WEZEL, 2018). Por isso, a comunicação da Ciência com a sociedade passa a ser um item de muita importância (MARQUES, 2019; 2020). Além disso, caberá ao Direito propor fórmulas e arquiteturas normativas flexíveis e rapidamente adaptáveis, em um “ambiente regulatório”, à medida em que avançam os conhecimentos sobre as interações (positivas e/ou negativas) geradas pelas nanopartículas.

---

2. REACH é o Regulamento de Registro, Avaliação, Autorização e Restrição de substância químicas da União Europeia. Disponível em: <https://echa.europa.eu>. Acesso em: 02/04/2020.

Portanto, este capítulo de livro pretende destacar um caminho para inserir o Sistema do Direito no panorama do conhecimento científico, tal como destacado pelo Prof. Luciano Benetti Timm (2020), ao sublinhar: Tornou-se comum ouvir na televisão que a política pública sanitária relacionada à COVID-19 deve se basear em evidências científicas e que a própria atuação dos médicos na ponta deve também ter esse embasamento (inclusive na recomendação de medicação). E o que significa isso? Uso de método científico para testar hipóteses fundamentalmente a partir da estatística. Isso significa que os médicos e autoridades públicas se valem do trabalho feito por acadêmicos e pesquisadores, no mais das vezes, cientistas nas áreas de base como química e biologia. Já o Direito é um dos últimos campos do conhecimento que resiste ao método científico. Juristas permanecem com o mesmo foco daquele tradicional de interpretar textos a partir da opinião de autoridades argumentativas. Daí que quando juristas são chamados a propor políticas públicas não detêm ferramentas científicas (vale dizer, estatísticas) de mensuração dos efeitos do que estão propondo, aproximando-se daquele médico que não se apoia na pesquisa de base feita pelos químicos e biólogos quando propõe políticas públicas de saúde. No campo científico, da observação empírica, mercado é um espaço público de interação entre humanos que trocam bens e serviços com o objetivo de satisfazerem suas necessidades (desde as mais básicas, até as mais transcendentais). Aqui o ponto nodal que este artigo pretende sublinhar: a necessidade do conhecimento jurídico se conectar com o mundo da vida e, a partir dele, formular problemas científicos e propor soluções. É o que se pretende a partir deste ponto.

### **“A metamorfose do mundo” (Beck) diante da pandemia do novo coronavírus**

Ulrich Beck (2018, posição 107), pergunta: “qual é o significado dos eventos globais que se desenrolam diante de nossos olhos na televisão?” E na própria vida real onde cada um de nós está inserido. A pandemia gerada pelo novo coronavírus é um evento global, cuja magnitude ainda não é integralmente conhecida. Efetivamente, a situação sanitária atual “(...) não pode ser considerado como “mudança”; “evolução”; “revolução” e “transformação” (BECK, 2018, posição 113). Por que “metamorfose” do mundo ao invés dessas mencionadas categorias? A metamorfose significa algo a mais do

que um caminho evolucionário de fechado para aberto, e é também algo diferente disso; significa mudança extraordinária de visões de mundo, a reconfiguração da visão de mundo nacional (BECK, 2018, posição 142). E mais do que isso: a metamorfose do mundo é algo que acontece; não é um programa. “Metamorfose do mundo” é uma expressão descritiva, e não normativa (BECK, 2018, posição 348).

É interessante que Beck (posição 120), nesse livro, revisa a sua caracterização da “sociedade global de risco”, pois a denominada “Teoria da metamorfose” não trata dos efeitos colaterais negativos dos bens, mas dos efeitos colaterais positivos dos males. Estes produzem horizontes normativos de bens comuns e nos impelem para além da moldura nacional, rumo a uma perspectiva cosmopolita. O que mais chama atenção no panorama trazido por Beck e que se aplicam à pandemia gerada pelo novo coronavírus: “todas as imagens que se tenha do mundo estão definindo, o que pode significar duas coisas: primeiro, as imagens do mundo perderam sua certeza, sua dominância. Segundo, ninguém pode escapar ao global. Esse global, ou seja, a realidade cosmopolizada, não está apenas: ‘lá fora’, mas constitui a realidade estratégica vivida de todos” (posição 128). Parece ser uma premonição de Beck, pois o novo coronavírus está efetivamente ultrapassando qualquer previsão de qualquer movimento global que se pudesse imaginar antes da COVID-19: a metamorfose, compreendida assim como uma revolução global de efeitos colaterais à sombra da falta de palavras, provoca uma reação em cadeia (posição 514) do fracasso das instituições no pleno esplendor de sua funcionalidade. Segundo Beck (2018): “a política (na medida em que ela reivindica para si a tarefa de regular) fracassa, nem que seja só porque, segundo seu próprio conceito, ela pode operar apenas dentro das fronteiras e dos antagonismos nacionais – mas a revolução global de efeitos colaterais na medicina escapa às tentativas de regulação dos Estado-nação. O Direito, juntamente com as diferentes concepções de lei, fracassa pela mesma razão” (posição 520). Aqui se vislumbra uma crítica de Beck ao modo ainda tradicional e legalista de concepção do Direito. Além de desafiar o Sistemas de Saúde e da Ciência, o novo coronavírus desafia, mais uma vez, o modo antiquado de regular e juridicizar os fenômenos sociais.

Se está vivendo um risco global, de origem sanitária, ou seja, “riscos globais são diferentes em espécie, porque não podem ser fácil e naturalmente compreendidos como algo desconhecido, no

sentido de ainda não conhecido. Ao contrário, decisões industriais, tecnoeconômicas e considerações de utilidade precisam ser compreendidas como produzindo não conhecimento”. Em outras palavras, segundo Ulrich Beck, “a noção de sociedade de risco mundial pode ser compreendida como a soma dos problemas para os quais não há resposta institucional. A sociedade de risco está se tornando o agente da metamorfose do mundo. Não podemos compreender ou lidar com o mundo e com nossa própria posição nele sem analisar a sociedade de risco” (2018, posição 1132, 1141). Aqui se tem características que estão se modificando em relação ao contexto anteriormente desenhado para a “sociedade do risco”, pois os riscos globais são socialmente construídos pelo conhecimento – previsões, imagens, probabilidades, possibilidades, aspirações correspondendo a diferentes tipos de catástrofes apocalípticas imaginadas. Assim, a política de risco global é, antes (posição 1580, 1588) de mais nada, intrinsecamente uma “política do conhecimento”, que suscita questões, segundo Ulrich Beck (posição 1588):

1) “Quem deve determinar a nocividade de produtos e tecnologias no risco envolvido, e suas dimensões? Cabe a responsabilidade àqueles que geram esses riscos ou àqueles que se beneficiam deles? São aqueles afetados ou potencialmente afetados por eles incluídos ou excluídos?” Aqui se tem um primeiro direcionador para estruturar uma arquitetura normativa.

2) “O que deve ser considerado prova suficiente e – num mundo em que lidamos necessariamente com conhecimento contestado ou conhecimento que não conhecemos e que nunca teremos no sentido clássico – quem decide isso?” A pandemia do novo coronavírus está envolto em muitos aspectos de desconhecimento, aspecto que dificulta a tomada de decisões.

3) “Se há perigos e danos, quem deve decidir sobre compensações para os afligidos e quem cuida de assegurar que futuras gerações sejam confrontadas com menos riscos existenciais?” Essas são as perguntas que caracterizam a “metamorfose do mundo” e que deverão ser respondidas pela sociedade em tempos de novo coronavírus. Aqui a dificuldade, ou a nova perspectiva sócio-global a ser enfrentada por todas as áreas do conhecimento, incluindo o Sistema do Direito.

O motivo disso, se encontra nas seguintes características: os riscos globais se caracterizam fundamentalmente pela problemática

da invisibilidade. Essa problemática está conectada de forma intrínseca à problemática do poder. Para analisar as novas paisagens das relações de definição, é útil introduzir um dualismo diagnóstico do tempo entre uma invisibilidade natural (“dada”) de riscos altamente civilizacionais e uma invisibilidade fabricada (política da invisibilidade). Segundo Beck, “os riscos mais sofisticados da sociedade de risco mundial – por exemplo, mudança climática, riscos associados a poder nuclear e especulação financeira, organismos geneticamente modificados, nanotecnologia e medicina reprodutiva – são cada vez mais complexos em seus cursos e efeitos (repletos de efeitos sinérgicos e de limiar) e temporal e espacialmente expansivos em seu alcance” (2018, posições 1630 e 1637). Aqui se poderá incluir os novos riscos trazidos pela pandemia gerados pelo novo coronavírus. Eles ultrapassam os demais.

O que mais chama a atenção e com aplicação à pandemia sanitária global, são as duas características já apontadas por Beck (2018, posições 1653 e 1660): “os riscos globais têm uma característica notável: eles introduzem a dupla ameaça existencial – primeiro, para a vida e a soberania dos cidadãos e, segundo, para a autoridade e soberania do Estado-nação”. O caso vivido pela sociedade global pela urgência sanitária da COVID-19 gera riscos globais mais inusitados que os demais riscos acima sublinhados.

Outra característica da “metamorfose do mundo” e com plena aplicação à pandemia do novo coronavírus, é assim descrito por Beck (posição 1724): “a metamorfose está profundamente ligada à ideia de desconhecimento, o que encerra um profundo e duradouro paradoxo. Por um lado, enfatiza as limitações inerentes ao conhecimento, em particular a realidade de que algum conhecimento é cognoscível ou não atrai uma disposição para saber, de que nanotecnologia, bioengenharia ou outros tipos de tecnologia emergente contêm não somente riscos cognoscíveis, mas também riscos que ainda não podemos conhecer, fornecendo uma janela de limitações fundamentais para a capacidade de a sociedade perceber e governar os riscos”. Muito além das referidas tecnologias, a COVID-19 trouxe uma nova gama de desconhecimentos. A demora em se conhecer algo sobre essa urgência sanitária gerará a morte. Aqui um ponto definitivo e irreversível que, ao que tudo indica, Ulrich Beck não havia imaginado quando escrevia as ideias sobre a “metamorfose do mundo”. Esse é o quadro dramático a ser enfrentado com a inte-

ligência e inovação, própria do ser humano, inclusive pelo Direito. Aqui o desafio que os juristas deverão dar conta. A “metamorfose do mundo” gerada pelo novo coronavírus fez uma divisão entre o mundo da quarta revolução industrial, aquele vigente até meados de dezembro de 2019 e o “novo” mundo (a partir do final de dezembro de 2019) com e a partir da COVID-19. Esse é o “mundo real”, a matéria-prima para o Sistema do Direito observar, perceber, reagir e produzir novas estruturas do jurídico para proteger os direitos e deveres insertos no Estado Democrático de Direito alicerçado na Constituição do Brasil de 1988. Aqui se abre uma brecha importantíssima para o Direito ressignificar o processo de criação do jurídico. Precisa se abrir para o futuro e não fotografar apenas o passado.

### **Combater a pandemia, a economia e algumas possibilidades a partir da nanotecnologia**

A relação dos temas do título, se inserem dentre os riscos da “metamorfose do mundo”, conforme acima delineado a partir do livro, de igual título, de Ulrich Beck. De qualquer modo, conforme recente publicação de Cass Sunstein (2020): “(...) Os pesquisadores enfatizam que seus números dependem de suposições”. Vale dizer, será necessário a realização de diversos cenários e exercícios, a fim de se ter algumas alternativas para tentar equacionar a relação entre custos e benefícios (SUNSTEIN, 2020), e tudo muito provisório, no panorama atual trazido pela urgência global do novo coronavírus. Não se tem respostas corretas. Faltam as perguntas adequadas e, com isso, o cenário terá dificuldades para projetar informações.

Segundo Luciano Floridi (2015), se alguém tem apenas a pergunta, mas não a resposta, então está incerto, isto é, a incerteza é o que apaga uma resposta correta para uma pergunta relevante. É por isso que, na teoria da informação, na perspectiva de Floridi (2015), o valor da informação é frequentemente discutido em termos da quantidade de incerteza que ela diminui. Quanto mais informações você tiver, melhor poderá moldar seu ambiente e controlar seu desenvolvimento, e mais vantagens poderá usufruir dos concorrentes que não possuem esse recurso. Como cada pessoa considera as informações valiosas e a incerteza desconfortável, pode-se tentar generalizar e declarar a incerteza um desvalor em termos absolutos: ter apenas perguntas relevantes é sempre ruim, acrescentar as respostas corretas é sempre bom. Se valoriza a informação precisa-

mente porque reduz a incerteza. Aqui um ponto de conexão e comunicação entre os temas apresentados neste item.

Um elemento estruturante da “metamorfose do mundo”, agravada pela emergência sanitária global: A crise econômica provocada pela pandemia de coronavírus pode levar mais de 500 milhões de pessoas para a pobreza, a menos que ações urgentes sejam tomadas para ajudar países em desenvolvimento. O alerta é da OXFAM (2020), entidade da sociedade civil que atua em cerca de 90 países com campanhas, programas e ajuda humanitária, em estudo publicado no dia 09 de abril de 2020. O relatório utiliza estimativas elaboradas pelo Instituto Mundial para a Pesquisa de Desenvolvimento Econômico, da Universidade das Nações Unidas, liderada por pesquisadores do King’s College de Londres e da Universidade Nacional da Austrália.

Globalmente, apenas um em cada cinco desempregados tem acesso a benefícios como seguro-desemprego. Dois bilhões de pessoas trabalham no setor informal pelo mundo – 90% nos países pobres e apenas 18% nos países ricos.

No Brasil, segundo o relatório, a situação é ainda mais preocupante devido às moradias precárias, à falta de saneamento básico e de água e aos desafios no acesso a serviços essenciais para os mais pobres. O Brasil tem cerca de 40 milhões de trabalhadores sem carteira assinada e cerca de 12 milhões de desempregados. A estimativa é que a crise econômica provocada pelo coronavírus adicione, ao menos, mais 2 milhões de pessoas entre os desempregados (OXFAM, 2020). Esses dados revelam um novo lado da “metamorfose do mundo”.

De qualquer modo, dada a ausência de um tratamento cientificamente comprovado<sup>3</sup>, parece que o distanciamento ou isolamen-

---

3. A Academia Brasileira de Ciências e a Academia Nacional de Medicina alertam que o uso indiscriminado da cloroquina (CQ) e da hidroxicloroquina (HCQ), no atual momento, não está apoiado em achados científicos robustos e publicados nas melhores revistas científicas mundiais. Assim, enquanto não estiverem disponíveis os resultados dos estudos clínicos que estão sendo conduzidos em todo o mundo com esses dois medicamentos, testando número adequado de pacientes, de acordo com as melhores práticas científicas, seus usos no tratamento de pacientes portadores da Covid-19 devem ser restritos a recomendações de especialistas com consentimento do paciente ou de sua família e cuidadoso acompanhamento médico. A experiência científica já demonstrou, mais de uma vez, que o uso precipitado de um medicamento baseado apenas em resultados preliminares, na intuição ou

to social, ainda é o melhor “remédio”. Inclusive, desde uma perspectiva econômica. Já se tem a experiência da gripe espanhola de 1918: segundo uma publicação recente (CORREIA; LUCK; VERNER, 2020), os pesquisadores, dentre eles um economista do MIT, observaram, guardadas as devidas proporções com a economia e a pandemia do novo coronavírus e o modelo econômico vigente nos Estados Unidos em 1918, no momento da gripe espanhola, constataram que as cidades que intervieram mais cedo e de forma mais agressiva não apresentam desempenho pior, pelo contrário, crescem mais rapidamente após o término da pandemia. Segundo os autores do estudo, os resultados indicam, assim, que as intervenções não-farmacêuticas (*non-pharmaceutical interventions* – NPI) não apenas reduzem a mortalidade, mas também podem atenuar as consequências econômicas adversas de uma pandemia. Tal fundamentação também se encontra em matéria recentemente publicada pelo *MIT Technology Review* (ROTMAN, 08/04/2020).

Aqui se encontra um ponto importante para contextualizar a “metamorfose do mundo”: a vida humana continua em primeiro lugar e para salvá-la se tem uma oportunidade importante, que a tecnologia não saberá encaminhar. A decisão deverá ficar com os próprios humanos, mas orientados pela proteção dos direitos (dos) humanos. Esse é o fundamento registrado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) em conjunto com a Organização dos Estados Americanos (OEA), ao editar a Resolução n. 1/2020, intitulada *Pandemia y Derechos Humanos en las Américas*, que foi adotado pela CIDH em 10 de abril de 2020:

(...) recordando que, en el contexto de la pandemia, los Estados tienen la obligación reforzada de respetar y garantizar los derechos humanos en el marco de actividades empresariales, incluyendo la aplicación extraterritorial de dicha obligación, de conformidad con los estándares interamericanos en la materia. Adoptar de manera inmediata e interseccional el enfo-

---

no simples desejo de ajudar as pessoas, em grande parcela da população, sem a devida comprovação experimental da sua eficácia e sem esquema de tratamento e segurança, pode trazer consequências graves e irreparáveis para a população. Além disso, o uso generalizado de uma medicação com efeitos não claramente estabelecidos pode impactar negativamente no avanço e teste de outros compostos eventualmente mais eficazes. *Nota conjunta da Academia Brasileira de Ciências e da Academia Nacional de Medicina*. Disponível em: <http://lqes.iqm.unicamp.br>. Acesso em: 15/04/2020.

que de derechos humanos en toda estrategia, política o medida estatal dirigida a enfrentar la pandemia del COVID-19 y sus consecuencias, incluyendo los planes para la recuperación social y económica que se formulen. Estas deben estar apegadas al respeto irrestricto de los estándares interamericanos e internacionales en materia de derechos humanos, en el marco de su universalidad, interdependencia, indivisibilidad y transversalidad. (CIDH; OEA, 2020)

Portanto, na dúvida, a decisão deverá ser pela proteção da vida, elemento estruturante maior dos Direitos Humanos. A economia poderá ser reerguida ou salva, mas uma vida perdida, não se terá como salvar depois.

As pesquisas desenvolvidas sobre as nano partículas poderão servir para enfrentar as causas que geram a COVID-19: a contaminação das superfícies com o vírus. Nesse sentido, já existem investigações e publicações relacionadas ao efeito bactericida da prata, conforme se pode ler na página da empresa paulista NANOX, uma empresa que se dedica há algum tempo ao uso da nanotecnologia: “(...) a eficiência da *prata* como antimicrobiano já conhecida e estudada há muitos anos”. No entanto, a “sua eficácia versus vírus é ainda objeto de estudo científico e carece de protocolos oficiais para atestar sua eficiência de maneira universal, como se faz contra fungos e bactérias, principalmente devido à grande variabilidade genética dentro de uma população viral”. Se constata que “(...), estudos científicos têm reportado o uso da prata com sucesso em terapias antivirais, mostrando assim o potencial deste princípio ativo como um possível virucida e uma possível arma de prevenção contra o COVID-19” (2020).

Outro pesquisador brasileiro (BERTI, 2020), destaca algumas contribuições da nano escala ou nanoformas para essa situação da pandemia: inicialmente, o pesquisador destaca que se está em “guerra”, uma situação urgente e excepcional que ocorre entre dois mundos: o macro e o nano. “Não uma guerra convencional, mas uma guerra do mundo macro com o mundo molecular, mais especificamente contra trilhões de soldados em forma máquinas moleculares altamente eficientes e infecciosas, chamadas vírus”. Aqui se percebe algo que se vem repetindo em muitas publicações: as nano partículas operam com uma perspectiva físico-química diferente das partículas em escala maior. Os vírus, segundo Berti (2020) são “(...) máquinas moleculares que tem entre 120 e 160 nm (nanôme-

tros)[Vale lembrar: 1 nanômetro que equivale à bilionésima parte de 1 metro] atuam em um mundo diferente do nosso, um inimigo invisível de um mundo desconhecido". O pesquisador faz um alerta importante, que ainda não foi bem percebido: "o nanomundo tem regras e fenômenos físicos muito diferentes do nosso macromundo. Isso por si só já causa estranheza e nos coloca em posição vulnerável, pois além de tudo o nanomundo está contido no macromundo, ou seja, o conjunto do nanomundo é que compõe o macromundo. Fazemos parte de um contexto único e nossas armas de defesa são do macromundo, por um simples fato dimensional e não atingem diretamente o nanomundo".

E quais são as armas disponíveis, já que estamos desenhando um cenário de guerra? O pesquisador explica as possibilidades que as pessoas na sociedade real e macro escalar poderá utilizar: será necessário posicionar nossos "bons soldados da nanoescala" nos pontos estratégicos, como por exemplo, nas superfícies. Esses nanossoldados munidos de capacidade fotocalítica podem ser aplicados em quaisquer superfícies, permitindo que o vírus seja inativado quando encostar no nanossoldado". Aí surge uma pergunta fundamental: Quem seriam esses nanossoldados? "Nanopartículas semicondutoras fotocalíticas como o dióxido de titânio ( $TiO_2$ ), um potente fotocalizador que, quando em contato com a luz do sol, produz elétrons livres, que destroem qualquer material orgânico e sujidades na superfície". Com essa solução se poderá proteger os espaços públicos urbanos e privados, se abrindo uma oportunidade de ganhar um território importante nessa guerra (BERTI, 2020). Ainda segundo o autor (BERTI, 2020), outro equipamento fundamental nessa batalha são os testes rápidos que usam nanossoldados capazes de contabilizar com precisão a quantidade do efetivo inimigo no corpo da pessoa afetada. Esses nanossoldados tem a capacidade indicar visualmente o nível de infecção do inimigo. Com essa informação o Sistema de Saúde poderá destinar maior atenção para esse paciente (BERTI, 2020), que efetivamente precisa de maior atenção e mais cuidados intensivos.

A "metamorfose do mundo" ganha mais um ingrediente: as nano partículas. Portanto, além da caracterização já trazida acima a partir de Ulrich Beck, se deverá perceber, conhecer e regular um ingrediente que opera em lógicas diferentes e, ainda!, está em outra "dimensão": o nano mundo.

## Algumas considerações finais

Quando François Ost (2001, p. 324-326) escreve no seu livro “O tempo do Direito”: “(...) A modernidade assentava no triplo postulado de um futuro que seria radicalmente novo, resolutamente melhor que o passado, e integralmente produzido pela vontade humana. Hoje, essas certezas vacilam”, também se referia a um mundo diferente. Provavelmente aquele anterior à Quarta Revolução Industrial. Vale dizer, aqui se pretendeu apresentar alguns pequenos pedaços de vários mundos, que são confrontados e desafiados pelo “nano mundo”, onde justamente se estrutura a pandemia global do novo coronavírus. E prossegue Ost (2001, p. 326): “(...) A objetividade científica é posta em questão, da mesma forma que a universalidade das nossas resoluções éticas. As nossas representações do mundo são atingidas pela relatividade, as nossas certezas abaladas. (...)”. Aqui a representando os efeitos da “metamorfose do mundo”, caracterizada por Beck e os nano desafios gerados pela nano mundo.

O problema desenhado na Introdução: “como as tecnologias e o conhecimento científico inserido nas estruturas da Quarta Revolução Industrial poderão auxiliar no enfrentamento da pandemia global, seus efeitos presentes e futuros, respeitando os Direitos (dos) Humanos?”. Se apresentou alguns encaminhamentos, ainda muito provisórios, ficando a pergunta em aberto e no aguardo de mais dados e informações.

A partir de Ulrich Beck (2018, posição 1588) também se formularam mais três questões: 1) “Quem deve determinar a nocividade de produtos e tecnologias no risco envolvido, e suas dimensões? Cabe a responsabilidade àqueles que geram esses riscos ou àqueles que se beneficiam deles? São aqueles afetados ou potencialmente afetados por eles incluídos ou excluídos?”; 2) “O que deve ser considerado prova suficiente e – num mundo em que lidamos necessariamente com conhecimento contestado ou conhecimento que não conhecemos e que nunca teremos no sentido clássico – quem decide isso?” e 3) “Se há perigos e danos, quem deve decidir sobre compensações para os afligidos e quem cuida de assegurar que futuras gerações sejam confrontadas com menos riscos existenciais?” Todos esses questionamentos ainda não evidenciam concepções suficientes para se endereçar uma ou várias respostas. Portanto, se lança o desafio para o seu equacionamento.

E para o Direito? Será necessário estruturar uma nova Teoria das Fontes do Direito que tenha condições para regular o futuro, projetando a criação de leis e projetos normativos que sejam mais proativos, dinâmicos e responsivos. Em outras palavras (FENWICK; KAAL; VERMEULEN, 2017) será preciso trabalhar o Direito e no Direito sob a orientação de três princípios para regular o “amanhã”: intervenção regulatória orientada por dados; uma abordagem baseada em princípios e o desenvolvimento e validação de testes regulatórios (teste de conformidade regulamentar). Para o Direito continuar operando na sua função regulatória será necessário aprender a lidar com os dados de diversas áreas, buscando entender os movimentos socioeconômicos, traduzindo-os em contextos regulatórios flexíveis e adaptáveis; aprender a lidar com os princípios jurídicos, desenvolvendo metodologias que possam aplicar os princípios de modo próprio, não confundindo a sua aplicação com adas regras. Ao mesmo tempo, estruturar ambientes regulatórios para testes, em ambientes denominados de *Sandbox* (ZETZSCHE, 2017).

Em uma literalidade, se trata de uma caixa-de-areia que é ofertada para as crianças, como um espaço delimitado para a realização de brincadeiras. Originada no cenário das *Fintechs*, o *Sandbox* é um ambiente real, em pequenas proporções, onde se aplicam uma ou mais regulações inovadoras, observando-se os efeitos e com a possibilidade de rápidas modificações, antes da utilização em um contexto social maior. Essas são algumas possibilidades para regular o resultado da “metamorfose do mundo”, produzindo-se um laboratório jurídico em um ambiente regulatório (BROWNSWORD, 2019), alinhado com a gestão dos riscos (WEZEL, 2018) agora agravada com a inserção de mais um ingrediente: a COVID-19. Aqui, portanto, uma arquitetura jurídico-normativa para o “futuro do Direito”.

## Referências

ANDERSEN, Kristian G. *et al.* The proximal origin of SARS-CoV-2 *In: Nature Medicine*, Publish online 17 March 2020. Disponível em: <https://www.nature.com>.

AVEN, Terje; RENN, Ortwin. Some foundational issues related to risk governance and different types of risks. *In: Journal of Risk Research*, p. 1-14, 2019. Disponível em: <https://www.tandfonline.com>.

BECK, Ulrich. *A Metamorfose do mundo: novos conceitos para uma nova realidade*. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges; revisão técnica Maria Cláudia Coelho. Rio de Janeiro: Zahar, 2018 (Em formato Kindle).

BERTI, Leandro Antunes. *A Guerra contra o COVID-19: Potencial Solução para a Saúde e a Economia*, 03 de abril de 2020. Texto ainda inédito.

BROWNSWORD, Roger. *Law, technology and society: re-imagining the regulatory environment*. New York: Routledge, 2019.

CIDH – Comisión Interamericana de Derechos Humanos; OEA – Organización de los Estados Americanos. Resolución n. 1/2020. *Pandemia y Derechos Humanos en las Américas*. (Adoptado por la CIDH el 10 de abril de 2020). Disponível em: <http://www.oas.org>. Acesso em: 16/04/2020.

CORREIA, Sergio; LUCK, Stephan and VERNER, Emil. Pandemics depress the Economy, Public Health Interventions do not: evidence from the 1918 Flu (March 30, 2020). Disponível em: <https://ssrn.com>.

DONG, Ensheng; DU, Hongru; GARDNER, Lauren. An interactive web-based dashboard to track COVID-19 in real time. In: *Lancet Infect Dis* 2020. Published Online February 19, 2020. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov>.

FENWICK, Mark D.; KAAL, Wulf A.; and VERMEULEN, Erik P.M. Regulation Tomorrow: what happens when technology is faster than the Law? *American University Business Law Review*, v. 6, n. 3, 2017. Disponível em: <https://digitalcommons.wcl.american.edu>.

FERGUSON, Neil M *et al.* Impact of non-pharmaceutical interventions (NPIs) to reduce COVID- 19 mortality and healthcare demand. *Imperial College London*, 2020, p. 1-20. Disponível em: <https://spiral.imperial.ac.uk>.

FLORIDI, Luciano. The politics of uncertainty. In: *Philos. Technol.* v. 28, p. 1-4, 2015. Disponível em: <https://link.springer.com>.

GRACIOUS CONSORTIUM. Disponível em: <https://www.h2020gracious.eu>. Acesso em: 14/04/2020.

MARQUES, Fabrício. Microfones abertos para a ciência. In: *Revista Pesquisa FAPESP*. Edição 277, março de 2019. Disponível em: <https://revistapesquisa.fapesp.br>. Acesso em: 07/04/2020.

MARQUES, Fabrício. O desafio de romper a bolha. In: *Revista Pesquisa FAPESP*. Edição 289, março de 2020. Disponível em: <https://revistapesquisa.fapesp.br>. Acesso em: 07/04/2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE, MS, 2020. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br>. Acesso em: 14 abril 2020.

NANOX, 2020. Disponível em: <http://www.nanox.com.br>. Acesso em: 17/04/2020.

NOTA CONJUNTA da Academia Brasileira de Ciências e da Academia Nacional de Medicina. Disponível em: <http://lqes.iqm.unicamp.br>. Acesso em: 15/04/2010.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2020. Disponível em: <https://www.who.int>. Acesso em: 14/04/2020.

OST, François. *O tempo do Direito*. Tradução Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

OXFAM International. *Dignity not destitution: an 'economic rescue plan for all' to tackle the Coronavirus crisis and rebuild a more equal world*. Disponível em: <https://www.oxfam.org>. Acesso em: 15/04/2020.

ROTMAN, David. Stop covid or save the economy? We can do both. *MIT Technology Review*, 08/04/2020. Disponível em: <https://www.technologyreview.com>. Acesso em: 17/04/2020.

SUNSTEIN, Cass R. This time the numbers show we can't be too careful: hard-headed cost-benefit analysis usually confirms that it's dangerous to be overcautious. The coronavirus is different. March 26, 2020. Disponível em: <https://www.bloomberg.com>. Acesso em: 15/04/2020.

TIMM, Luciano Benetti. COVID-19 e atuação da Senacon: por uma política pública baseada em evidências científicas. *Jornal Estadão*, São Paulo, de 11 de abril de 2020. Disponível: <https://politica.estadão.com.br>. Acesso em: 14/04/2020.

SCHWAB, Klaus; DAVIS, Nicholas. *Aplicando a quarta revolução industrial*. Tradução Daniel Moreira Miranda. São Paulo: EDIPRO, 2018.

ZETZSCHE, Dirk A. *et al.* Regulating a revolution: from regulatory sandboxes to smart regulation. *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*. v. 23, n. 1, 2017.

WEZEL, A. P. van *et al.* Risk Analysis and Technology Assessment in Support of Technology Development: Putting Responsible Innovation in Practice in a Case Study for Nanotechnology. *Integrated Environmental Assessment and Management*, v. 14, n. 1, p. 9-16, 2018.

WALKER, Patrick GT; WHITTAKER, Charles; WATSON Oliver *et al.* The global impact of COVID-19 and strategies for mitigation and suppression. *Imperial College London*, 2020. p. 1-19. Disponível em: <https://spiral.imperial.ac.uk>.



# **Artigos Diversos**



## ASPECTOS PROPEDÊUTICOS DO ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Darci Guimarães Ribeiro\*

---

### Introdução

As mudanças significativas no Direito brasileiro podem ser divididas em cinco fases diferentes: a primeira se caracteriza pela inserção da tutela antecipada; a segunda com a introdução da tutela específica dentro do processo declarativo; a terceira, na inserção das obrigações de dar como forma de tutela específica; a quarta se dá pela abolição definitiva da *actioiudicati* para realização das sentenças condenatórias, a qual supõe que resulta desnecessário deduzir uma ação executiva autônoma para realizar uma sentença; e a quinta, e mais importante, surge a partir de um novo Código de Processo Civil. Neste ensaio, propõe-se uma reflexão sobre as principais características advindas como resultado dessa (já não tão) nova codificação processual civil brasileira.

### Os principais objetivos para a criação de um novo Código Processual Civil

Sem lugar para dúvidas, no Brasil, a reforma mais importante das últimas décadas no âmbito do Processo Civil teve lugar na vi-

---

\* Pós-Doutor em Direito Processual Constitucional pela Università degli Studi di Firenze. Doutor em Direito pela Universitat de Barcelona. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Especialista em Processo Civil pela PUC/RS. Professor Titular da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) e do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado, Doutorado e Pós-Doutorado). Professor Titular da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Professor no Mestrado em Direito Processual Constitucional da Faculdade de Direito da Universidad Nacional de Lomas de Zamora e dos Altos Estudios do IEA da Argentina. Advogado. Árbitro da Câmara de Arbitragem da FEDERASUL. Membro da International Association of Procedural Law (IAPL), do Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (IIDP), do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e da Academia Brasileira de Direito Processual Civil (ABDPC). Sócio do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul (IARGS). Huésped de Honor da Casa de Altos Estudios da Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Autor de diversas obras jurídicas no Brasil e no exterior.

gência do CPC/2015, que foi criado fundamentalmente e de acordo com a exposição de motivos apresentada no projeto inicial para resolver adequadamente os conflitos individuais e encurtar o tempo dos processos. Essa tendência pode ser facilmente percebida por meio dos cinco objetivos que orientaram a comissão de juristas:

1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão. (CNJ, 2010, p. 14)

### **As normas fundamentais do processo civil brasileiro**

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe, como uma das maiores novidades, uma estruturação diferente de todos os demais códigos, vale dizer, criou, no Livro I, Título Único, Capítulo I, “das normas fundamentais do processo civil”; e determinou, no art. 1º, que: “O processo será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidas na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

Esta regra coloca o processo civil brasileiro em sintonia direta com os valores e normas fundamentais da Constituição Federal, a qual obriga que toda decisão judicial tenha uma vinculação com os referidos valores e normas. Para concretizar esta aspiração, foram criados doze artigos que impõem essa diretiva a todos os operadores do Direito no âmbito da justiça civil, entre outras normas fundamentais ao longo do código.

Esta estrutura processual serve, sem dúvidas, como critério interpretativo vinculante para resolver todos os futuros problemas que a aplicação das normas processuais pode oferecer nos casos concretos.

Entre as normas fundamentais do processo civil, podemos destacar algumas que têm efetivamente produzido modificações

profundas no sistema: a) A obrigação do Estado, sempre que possível, de utilizar os meios alternativos para a solução de conflitos, também conhecidos, no inglês, pela sigla *ADR* (*Alternative Dispute Resolution*), incluída no processo judicial (art. 3º, §§ 2º e 3º)<sup>1</sup>; b) O princípio da cooperação entre todos os sujeitos do processo, incluindo aqui o Juiz de Direito, para que seja obtida, em tempo razoável, uma decisão de mérito justa e efetiva (art. 6º); c) A introdução de um sistema de precedentes, com características próprias e com a finalidade de dar uniformidade à jurisprudência, a fim de mantê-la “estável, íntegra e coerente” (art. 926), vinculando todos os juízes e tribunais em respeito às decisões dos tribunais superiores (art. 927); d) E entre estas normas fundamentais, a mais importante de todas, sem sombra de dúvidas, reside na ampla consagração do princípio do contraditório. Tanto que, dentro das doze normas fundamentais, três delas tratam desse princípio (art. 7º, art. 9º e art. 10), ou seja, quase um terço. E, com base nesse princípio, nenhum juiz, em qualquer grau de jurisdição, poderá decidir sem que as partes tenham a oportunidade de poder influenciá-lo (art. 10 e art. 933).

### **O CPC/2015 e suas vantagens quanto à transparência, celeridade e economia na atividade judicial**

Não se pode negar que o CPC/2015, indiscutivelmente, incorporou modificações às regras processuais e às práticas existentes com a finalidade de trazer mais transparência, celeridade e economia ao processo.

No que toca à transparência, podemos apontar as seguintes medidas contidas no Código: a) Todos os julgamentos proferidos pelos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e as decisões, fundamentadas, sob pena de nulidade (art. 11); b) Os juízes e tribunais deverão obedecer, preferencialmente, à ordem cronológica de conclusão para decidir ou sentenciar, segundo a lista dos processos que deverá estar permanentemente disponível para consulta pública na secretaria do juízo ou na rede de computadores (art. 12); c) A audiência poderá ser integralmente gravada em áudio e/ou vídeo,

---

1. Sobre o art. 3º do Código de Processo Civil de 2015, observar o dissertado por Guilherme Christen Möller (2020, p. 88 e ss) ao analisar os influxos da Hipermodernidade no sistema processual civil brasileiro

inclusive por qualquer uma das partes, independentemente de autorização judicial (parágrafos 5º e 6º do art. 367, entre outros).

Sobre a celeridade e a economia processual, o CPC trouxe grandes novidades, entre as quais se menciona: a) Flexibilização do procedimento pelas partes por meio das convenções processuais (art. 190); b) Estabilização da tutela antecipada (art. 304); c) Tutela de evidência (art. 311); d) Indeferimento liminar do pedido do autor (art. 332); e) Incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 976, entre outros).

Ademais, no Brasil, existe a Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006, que trata sobre a informatização dos processos judiciais. Atualmente, toda a Justiça Federal e a do Trabalho estão informatizadas, o que significa ausência do papel nos trâmites processuais, pois tudo é feito por meio da internet. A Justiça Comum está migrando gradualmente ao mundo virtual. Nos Tribunais Superiores, o mundo virtual já é uma realidade bastante concreta, na qual o papel já não tem espaço.

### **A obrigatoriedade dos meios alternativos para resolução dos conflitos (ADR)**

Uma das inovações transcendentais do “*microsistema judicial*”, especial e facultativo, dos “*Juizados Especiais Cíveis e Criminais*” foi estabelecer a conciliação de forma mais simplificada, regulamentada através da Lei n. 9.099/1995. Seu procedimento está baseado nos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade (art. 2º). A ideia de uma justiça mais simplificada está obtendo tanto êxito que o Estado criou, através da Lei n. 10.259/2001, os “*Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal*”, para solucionar os conflitos buscando uma maior aproximação entre as partes, cujas demandas sejam de competência da Justiça Federal e não excedam o valor de sessenta (60) salários mínimos. Com a peculiaridade de sua competência absoluta (§3º, do artigo 3.º, da Lei n. 10.259/2001).

A quantidade de processos existentes no sistema jurídico brasileiro atualmente fez que o legislador, através do Código de 2015, alterasse radicalmente a estrutura do procedimento civil brasileiro, com raízes no processo romano, introduzindo a obrigação de uma audiência de conciliação ou de mediação, vale dizer, agora, no Pro-

cesso Civil, o demandado será citado não para contestar, mas sim para comparecer em uma audiência de conciliação ou de mediação (art. 334).

A necessária utilização dos meios alternativos para resolução de conflitos foi uma das grandes metas do CPC, obrigando, inclusive, a incentivar a utilização de diversas técnicas alternativas, como a conciliação, a mediação, a arbitragem, entre outras, e a criar estruturas fora do Poder Judiciários para facilitar as composições consensuais dos conflitos, chamadas “centros judiciais de solução consensual de conflito”, que devem elaborar programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição (art. 165 do CPC).

Incentiva-se a criação, no âmbito administrativo, seja em nível Federal, Estadual ou Municipal, das chamadas “câmaras de mediação e conciliação”, que deverão resolver todos os conflitos que envolvam órgãos ou entidades da administração pública (art. 174).

Este dever imposto ao Estado está essencialmente introduzido entre as normas fundamentais do Processo Civil, vejamos: a) No art. 3º, § 2º, do CPC, encontramos este dever quando o mesmo preceitua: “o Estado promovera, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”. b) Este dever alcançar todas as pessoas que atuam no Poder Judiciário, na medida em que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deveram ser estimulados pelos juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial” (art. 3, §3º); c) A criação, por parte dos Tribunais, “dos centros judiciais de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização das sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição” (art. 165). Todos os conciliadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritas em cadastro nacional e nos cadastros de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal. (art. 167). Por questões de coerência, foi designado um local próprio para regulamentação da atividade consensual de resolução de conflitos (arts. 165 até 175); d) É dever do juiz promover, em qualquer etapa do processo, a autocomposição, preferencialmente com o auxílio de conciliadores e mediadores judiciais (art. 139, V); e) Foi criada uma audiência específica para buscar a realização da conciliação ou da mediação antes do início do processo (art. 334 e seus 12 parágrafos).

## Os reflexos diretos da constitucionalização, saneamento e organização do processo com o objetivo de alcançar uma duração razoável

A fase de saneamento e de organização do processo constitui, sem dúvida, um dos elementos mais importantes do CPC, o que se refere a celeridade da prestação da tutela jurisdicional. Não seria exagerado dizer, parafraseando a Proto Pisani (1994, p. 130), que “*el éxito o el fracasso de la reforma está inexorablemente ligado a la realización o no de esta audiencia*”<sup>2</sup>. Ou como prefere Liebman, ao afirmar que “*no es exagerado decir que de la buena utilización de este instrumento depende en gran parte el eficiente funcionamiento del proceso civil*” (PROTO PISANI, 1945, p. 20).

Essa fase, pela inovação que representa, exigirá uma mudança de postura por parte dos operadores do Direito, acostumados a trabalhar sobre um processo de conhecimento anacrônico, baseado em princípios que não refletem mais os critérios da ciência processual moderna. Sabe-se que, seja por hábito ou prática cotidiana dos operadores, a legislação processual pode desnaturalizar-se, pois, como bem disse Calamandrei, “*la praxis del foro es más fuerte que la ley*”. Panzani (1994, p. 319/320) descreve o efeito de educar e de deseducar na dinâmica processual quando destaca que o processo:

*Diseduca quando, per avere un oggetto mutevole, sempre suscettibile di variazione e sorprese, solo in apparenza funzionali al concetto di difesa, tanto le parti, quanto il giudice finiscono per essere travolti da un meccanismo di deresponsabilizzazione, nel quale si impoveriscono le nozioni stesse di difesa e di contraddittorio. Mentre educa quando, mirando a conseguire, attraverso un'articolata fase iniziale, un suo oggetto responsabilmente definito, si può parlare di esso come di un progetto razionale, realmente costruito sul contraddittorio delle parti e realmente funzionale al corretto dispiegarsi dei poteri direttivi del giudice.* (PANZANI, (1994, p. 319)<sup>3</sup>

---

2. Nesse sentido estão, igualmente, Chiarloni (1992, p. 192) e Taruffo (1993, p. 252; 1991, p. 33).

3. Ou nas brilhantes palavras de Patania (1994, p. 351), quando diz: “*En realidad, es un giro que devuelve el significado a la presencia del juez a lo largo del procedimiento, mientras se recupera la autoridad del juez y la autorresponsabilidad de las partes, ya que el proceso desempeña una función pública incluso cuando son privados los derecho en disputa*” (SIC).

A constitucionalização do Processo Civil brasileiro contemporâneo pressupõe, também, uma importante função educadora que deve acompanhar a proposta em vigência do CPC.<sup>4</sup> Essa função exige que todos os operadores de Direito potenciem os diversos institutos processuais tendo em vista os direitos fundamentais (arts. 352 e 357 do CPC), sob pena de torná-los improdutivos e, com isso, não respeitar o direito fundamental a um processo dentro de um prazo razoável, conforme o art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, que também viola o direito ao devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF). Por isso o saneamento, em qualquer etapa do processo, deve ser visto como a objetivação, a concretização dos direitos processuais fundamentais e sua não realização implica, *ipso facto*, na violação de ambos direitos fundamentais: a duração razoável do processo e o devido processo legal.

Somente dessa forma, poderemos gozar de um processo rápido e eficaz: “rápido”, porque fixando com precisão o objeto do processo, evita-se todas as formas de dilações indevidas, e “eficaz”, porque atende ao princípio da economia processual, isto é, permitir a obtenção máxima de resultados, com um mínimo de atividade processual.

A decisão do saneamento, que no cenário atual Direito Brasileiro é concentrada e predominante escrita, deve ser compreendida em natureza dupla: a) *strictu sensu* (também conhecida no Brasil pela expressão “ordinária”)<sup>5</sup>, quando o juiz identifica a existência de irregularidades ou de vícios processuais sanáveis e ordena sua correção, vale dizer, uma visão de “retrospectiva”<sup>6</sup>, com eficácia preponderantemente “mandamental”, e b) *lato sensu* (ou “decisório”), quando o juiz declara o processo apto para a análise do mérito, visão “prospectiva”, com eficácia “declaratória”. Ambas decisões de saneamento são concentradas, sendo a primeira escrita e a segunda predominantemente escrita, pois a forma oral impera no saneamento compartilhado (§ 3º, art. 357 do CPC).

---

4. Neste particular, observar a construção de Guilherme Christen Möller (2017, p. 173 e ss) ao trabalhar com a temática.

5. Neste ponto está a célebre obra do saudoso Galeno Lacerda (1985, p. 156 e ss).

6. A expressão retrospectiva e prospectiva para explicar a função saneadora do juiz, na fase de saneamento, foi utilizada por vez primeira por José Carlos Barbosa Moreira (1985, p. 111), como *inter pares*, todavia, o autor não estabelece maiores explicações sobre as dimensões da atividade saneadora do juiz.

Na fase de saneamento, deverá o juiz, segundo o art. 357, e seus incisos, do CPC:

I – resolver as questões processuais pendentes, se houver; II – delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos; III – definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373; IV – delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito; V – designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento. (art. 357 do CPC)

Nesta fase, as partes possuem o direito de pleitear, ao juiz, esclarecimentos ou solicitar ajustes necessários (art. 357, § 1º, do CPC). O juiz poderá designar uma audiência para que o saneamento seja feito com a cooperação das partes, permitindo-lhes integrar ou esclarecer as suas alegações.

## **O juiz, os tribunais e o Código de Processo Civil de 2015**

### ***Os poderes do juiz no desenvolvimento do processo civil brasileiro***

No Brasil, como regra geral, a imediação é um princípio respeitado e as práticas judiciais efetivamente o materializam.

A respeito dos poderes do juiz, o CPC/2015 não reduziu a importância do magistrado na condução do processo, mas, sim, inclusive em alguns pontos, ampliou sua autoridade para conduzir o processo ou para resguardar as partes diante de condutas desleais, como podemos facilmente perceber através das seguintes situações, entre outras: a) É dever do juiz promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com o auxílio de conciliadores e mediadores judiciais (art. 3º, § 2º e § 3º, bem como art. 139, V); b) O juiz punirá a parte que inove de forma ilegal no estado de fato de bem ou no direito litigioso (art. 77, VI); c) O juiz poderá, *ex officio*, punir toda conduta processual das partes que não esteja baseada na boa-fé, de duas formas distintas: 1) considerando-as como um ato atentatório à dignidade da justiça e aplicando ao responsável uma multa de até 20% (vinte por cento) do valor da causa (art. 77, § 2º); ou 2) entendendo que a parte tenha atuado como um litigante de má-fé. Nesse caso, condenar-lhe-á a pagar dentre 1% a 10% do valor da causa, com a devida correção monetária, e impor-lhe-á que indenize a parte contrária pelos prejuízos sofridos, mais os honorários advocatícios e as custas processuais (art. 81, *caput*); d) O juiz

poderá, por meio de decisão irrecorrível, aceitar ou não o *amicus curiae*, e terá que definir seus poderes (art. 138); e) O juiz deverá “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou rogatórias para assegurar o cumprimento da ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto a prestação pecuniária” (art. 139, IV); f) É dever do juiz, também, sempre que seja necessário, ampliar os prazos processuais e alterar a ordem na produção da prova, adaptando-os às necessidades do conflito a fim de que a decisão seja mais efetiva (art. 139, VI); g) O juiz poderá determinar, em qualquer momento, quando seja necessário, o comparecimento pessoal das partes a fim de questioná-las sobre os fatos da causa (art. 139, VIII); h) O juiz poderá desconsiderar, *ab initio litis*, o pedido do autor, independentemente da citação do réu, quando não haja necessidade de fase instrutória e o pedido resulte contrário à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) ou do Superior Tribunal de Justiça (STJ) (art. 332, I e II); i) O juiz poderá julgar antecipadamente o pedido do autor, mediante uma sentença de mérito, quando não haja necessidade de se produzir provas ou caso o réu se encontre em revelia (art. 355 I e II); j) Pode o juiz julgar antecipadamente e de forma parcial o mérito da ação desde que, ou exista dois ou mais pedidos, ou um deles seja incontroverso, ou esteja a ação em condições de julgamento imediato (art. 356 I e II); k) O juiz poderá determinar, *ex officio*, as provas que considere necessárias para o julgamento da causa (art. 370); l) No Tribunal, o juiz relator poderá ordenar a produção de prova quando seja necessária para julgar o recurso (art. 932, I, combinado com o art. 938, § 3º), devendo, inclusive, analisar o pedido de tutela provisória (art. 932, II).

### **A discricionariedade do juiz na fixação do *thema probandi***

Como apontamos anteriormente, o juiz brasileiro conta com muitos poderes. Na fixação do *thema probandi*, a atividade judicial é mais predominante, na medida em que o juiz concentra maiores poderes para conduzir o processo a uma decisão mais adequada às particularidades de cada caso concreto. Dentre eles, podemos destacar os seguintes: a) Se a causa apresenta complexidade em matéria de fato ou de Direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento do processo seja realizado em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se caso for, convidará as partes para integrar ou esclarecer suas alegações (art. 357, § 3º); b) Quando finalizada a produção de provas e a causa seja complexa, o juiz pro-

moverá um debate oral que poderá ser substituído por razões finais escritas (art. 364, § 2º); c) Os poderes para determinar, *ex officio*, as provas que considere necessárias para o julgamento da causa (art. 370); d) Os poderes do juiz para, ante as peculiaridades da causa, distribuir distintamente o ônus da prova, aplicando a teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova (art. 373, § 1º); e) Os poderes para aplicar as máximas da regra de experiências a fim de decidir melhor a causa (art. 375); f) Os poderes para decidir *ex officio*: 1) o comparecimento pessoal das partes para depoimento (art. 385); 2) a exibição de documentos ou coisas (art. 396); 3) o comparecimento de testemunhas referidas nas declarações das partes ou de outras testemunhas (art. 461, I); e 4) a realização de prova pericial, ou até a determinação de uma segunda prova pericial (art. 480).

### ***A importância dos tribunais superiores no sistema judicial brasileiro***

Os Tribunais Superiores de Justiça (STF e STJ) somente podem julgar questões de Direito e, a partir do Código de Processo Civil de 2015, as suas decisões passaram a vincular todos os Tribunais e juízes do país.

O CPC criou um sistema de vinculação vertical e horizontal das decisões dos Tribunais Superiores. Para a doutrina, o direito processual brasileiro agora também possui um sistema de precedentes (logicamente, com características próprias da família da *civil law*), em que os juízes e Tribunais deverão obedecer aos enunciados da jurisprudência (conhecidos como súmulas) criadas pelos Tribunais superiores.

Claro que um sistema jurídico que introduz a ideia de precedentes vinculantes prestigia muito a função que devem desempenhar esses Tribunais dentro da estrutura judicial de um país, pois valora as decisões dos Tribunais superiores, vinculando todos os juízes inferiores mediante a exigência de obedecer a posição da Corte, constituindo, assim, uma forte fonte normativa dentro do sistema jurídico.

Vários são os artigos do CPC que traduzem essa desiderata legislativa, entre os quais citamos: a) O “*indeferimento liminar do pleito*”, que ocorre no momento que o juiz indefere, *ab initio litis*, o pedido do demandante independentemente da citação do deman-

dado, que não necessita de uma fase instrutória e o pedido contraria súmula ou acórdão do quando o pedido contrariar súmulas ou sentenças do STF ou do STJ (art. 332, I e II); b) A caução como garantia poderá ser dispensada quando a decisão do juiz estiver embasada em súmulas do STF e STJ (art. 521, IV); c) E, principalmente, o art. 927, que determina que os juízes e Tribunais observem:

I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II – os enunciados de súmula vinculante; III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Os Tribunais Superiores, no Brasil, (STF e STJ), devido a enorme quantidade de processos tramitando dentro das respectivas Cortes, inevitavelmente, necessitam de filtro de acesso para abrandar o aumento dos recursos. Os filtros podem ser identificados através da jurisprudência (*rectius, súmula*) do STF e STJ e na repercussão geral que o recurso deve demonstrar para ser conhecido. Com bases em dados, podemos dizer que o STJ tinha, ao final de 2015, um total de 373.543 processos para 33 ministros, enquanto no STF, ao final de 2015, havia 53.718 processos para 11 ministros.

### **A eficácia dos instrumentos utilizados para executar as sentenças**

Nos últimos anos, mais precisamente desde a Lei n. 11.232/2005, o processo de execução vem sofrendo contínuas alterações legislativas, sistemáticas e operacionais, para permitir a redução do tempo para a satisfação do crédito, especialmente pela concepção constitucional que compreende o devido processo legal, não somente como o direito ao acesso à jurisdição, mas, também, como a devida satisfação do direito da parte. Esta concepção está consagrada no CPC, dentro das normas fundamentais do Processo Civil, segundo a qual: “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”, art. 4º.

Tomando por base o ano de aprovação do Código de Processo Civil, em 2015 de acordo com os dados do CNJ (2016, p. 61), o problema mais grave da justiça brasileira resta evidenciado na fase de

execução de sentença, já que representa 51, 9% de todos os processos existentes naquele ano e corresponde, concretamente, a 377, 4 milhões de processos na fase de execução. Podemos dizer, com base em dados seguros, que o tempo de duração de um processo na fase de execução, na justiça civil, é de nove anos. Vale dizer que, mesmo com todas reformas ocorridas na última década no Brasil, nenhuma delas foi capaz de solucionar adequadamente o direito das partes (CNJ, 2016, p. 381).

Não obstante à criação do Código de Processo Civil de 2015, os últimos os dados divulgados pelo CNJ (2019), no “Justiça em Números” do ano de 2019, demonstra que, os instrumentos utilizados, que alteraram significativamente os antigos, não conduziram à um processo de modificação da realidade atual, caracterizada pelas crises de ineficácia dos instrumentos executivos.

Hoje temos a fase de conhecimento e a fase de cumprimento de sentença (arts. 513 a 538 do CPC) para os títulos judiciais, enquanto para os títulos extrajudiciais temos um processo de execução (arts. 771 a 925).

Para que se tenha uma ideia da incapacidade de manejar adequadamente os instrumentos de satisfação dos direitos da parte, o CPC prevê uma regra segundo a qual é dever do juiz “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária” (art. 139, IV). Vale dizer que, de acordo com o disposto na legislação, o juiz não condenará o demandado a pagar, para depois partir a uma nova fase processual de cumprimento de sentença, mas, utilizará, ordenando todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para assegurar o cumprimento da ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária, sem necessidade de uma nova fase para o cumprimento de sentença. Dito com maior clareza, no caso de esta regra ser literalmente cumprida, não fará falta uma fase de execução para obtenção do crédito (RIBEIRO, 2010a, p. 77-94).

O CPC não tem utilizado as regras mais modernas existentes no Direito comparado, especialmente o Alemão e Português, que estão “desjudicializando” a execução, com uma fase de execução realizada fora dos limites da jurisdição, por uma pessoa distinta do juiz (RIBEIRO, 2010b, p. 206-227).

## O sistema de recursos e a efetividade no processo

No Brasil, conforme o CPC, existem nove recursos (at. 994) identificados como: “Apelação, agravo de instrumento, agravo interno, embargos de declaração, recurso ordinário, recurso especial, recurso extraordinário, agravo em recurso especial ou extraordinário e, finalmente, embargos de divergência”.

Em relação ao recurso de apelação, o recurso por excelência, cumpre destacar que agora serve para impugnar não somente as sentenças, como também as decisões interlocutórias não sujeitas ao agravo de instrumento, art. 1.009 e seguintes. É possível a interposição de uma apelação adesiva (art. 997). Como regra geral terá unicamente efeito devolutivo e, excepcionalmente, suspensivo (art. 1.012).

Sobre o agravo, especialmente o de instrumento (art. 1.015), cabe assinalar que serve para impugnar uma decisão do juiz, no curso do processo, expressamente prevista no rol das hipóteses desse artigo.

Para os Tribunais Superiores, encontra-se previsto o Recurso Especial para o STJ, previsto no art. 105, III, alíneas “a”, “b” e “c”, da Constituição Federal, e o recurso extraordinário para o STF, previsto no art. 102, III, alíneas “a”, “b”, “c” e “d”, da CF. Sobre o recurso destinado ao STF, há um requisito específico que é a demonstração, por parte do recorrente, de “*repercussão geral*”, prevista no art. 105, §1º, da CF. O procedimento de ambos se encontram previstos no artigo 1.029 até 1.035 do CPC.

## Referências

CHIARLONI, Sergio. *Le Riforme del Processo Civile*. Bologna: Zanichelli, 1992.

CNJ. *Processo Judicial Eletrônico*. Brasília: CNJ, 2010. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br>. Acesso em: 20/04/2020.

CNJ. *Justiça em Números 2016: ano-base 2015*. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br>. Acesso em: 20/04/2020.

CNJ. *Justiça em Números 2019: ano-base 2018*. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br>. Acesso em: 20/04/2020.

LACERDA, Galeno. *Despacho Saneador*. Porto Alegre: SAFE, 1985.

MÖLLER, Guilherme Christen. *Anotações sobre a constitucionalização do Direito Processual Civil contemporâneo brasileiro*. Curitiba: Prismas, 2017.

MÖLLER, Guilherme Christen. *A jurisdição em tempos de uma hiper-modernidade: uma análise sobre a proposta de gerenciamento de conflitos do artigo terceiro do Código de Processo Civil de 2015*. (Dissertação de Mestrado em Direito) – UNISINOS. São Leopoldo (RS). 2020. 136p.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Saneamento do Processo e audiência preliminar. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 40, ano X, p. 109-135, out./dez. 1985.

PROTO PISANI, Andrea. *La Nuova Disciplina del Processo Civile*. Napoli: Jovene, 1994.

PROTO PISANI, Andrea. O despacho saneador e o julgamento de mérito. *Revista Forense*, n. 104, 1945.

PANZANI, Luciano. Il Giudizio di Primo Grado: la Prima Udienza e le Preclusioni. In: *Riforma del Processo Civile: quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*. . v. 1, n. 73, nov., 1994.

PATANIA, Elvira. Il Giudizio di Primo Grado: la Prima Udienza e le Preclusioni. *La Riforma del Processo Civile: quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*. n. 73, nov., 1994. v. 1.

RIBEIRO, Darci Guimarães. A garantia constitucional do postulado da efetividade desde o prisma das sentenças mandamentais. In: \_\_\_\_\_. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010a. p. 77-94.

RIBEIRO, Darci Guimarães. La Ejecución Civil: experiencia del Derecho Brasileño. In: \_\_\_\_\_. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010b. p. 206-227.

SILVA, Fabio de Sá e. Opinião pública, pesquisa aplicada e reforma da justiça: contribuições e desafios, políticos e analíticos. In: SCHIAVINATTO, Fabio. (Org.). *Sistema de Indicadores de Percepção Social (SISP)*. Brasília: Ipea, 2011. p. 17-41.

TARUFFO, Michele. *La Riforma del Processo Civile*. Milano: Giuffrè, 1991.

TARUFFO, Michele. *Le Riforme della Giustizia Civile*. Torino: Torinese, 1993.

# O LIBERALISMO POLÍTICO NA CONCEPÇÃO DE JOHN RAWLS E AS LIÇÕES PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NO ÂMBITO DO ESTADO SOCIOAMBIENTAL DE DIREITO

Gabriel Wedy\*

---

## Introdução

Desde a publicação de *A Theory of Justice*, de John Rawls, em 1971, houve uma incrível produção de literatura de cunho filosófico abordando questões como justiça social, política e economia. Durante os duzentos anos anteriores a referida obra, o utilitarismo foi a visão predominante, quase absoluta, na filosofia política anglo-americana. O utilitarismo está calcado no fundamento de que as leis, os governos e as economias devem ser organizadas para promover (maximizar) a maior soma total de felicidade (utilidade) da sociedade. Conhecido é o argumento de Adam Smith de que *a mão invisível do mercado* coordena as escolhas de todos os interessados em promover o bem público, esta invocação é o simbolismo que estabelece o utilitarismo como a principal justificativa para o capitalismo (FREEMAN, 2014). Os grandes economistas clássicos britânicos (Adam Smith, David Ricardo, John Stuart Mill e Edgeworth) eram utilitaristas. E, os modernos, ainda constroem argumentos utilitários para justificar seu foco na eficiência econômica, que não leva em consideração, em uma valoração mais aprofundada, as distribuições de renda, de riqueza (FREEMAN, 2014) e, especialmente,

---

\* Juiz Federal. Pós-Doutorem Direito. Professor nos Programas de Pós-Graduação e de Graduação em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos. Visiting Scholar pela Columbia Law School (Sabin Center for Climate Change Law). Visiting Scholar e Professor Visitante no Institut für deutsches und europäisches Verwaltungsrecht da Ruprecht – Karls – Universität Heidelberg. Professor de Direito Ambiental na Escola Superior da Magistratura Federal (Esmafe). Diretor de Assuntos Internacionais do Instituto O Direito Por um Planeta Verde. Pesquisador bolsista Capes-Cnpq). Ex-Presidente da Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE) e da Associação dos Juizes Federais do Rio Grande do Sul (AJUFERGS-ESMAFE). Autor, entre outros, do livro “Desenvolvimento Sustentável na Era das Mudanças Climáticas: um direito”.

os níveis de poluição e o aprofundamento da desigualdade (STIGLITZ, 2013; STIGLITZ, 2015; STIGLITZ, SEN, FITUSSI, 2010).

Rawls afirmou que, por ignorar as distribuições de direitos, liberdades, oportunidades e outros bens sociais, o utilitarismo não respeita a liberdade e a igualdade dos cidadãos em uma democracia. Com base na tradição dos contratualistas John Locke, Jean-Jacques Rousseau e Immanuel Kant, Rawls argumentou que a teoria da justiça exige sociedades governadas por princípios que pessoas livres e racionais devem concordar a partir de uma posição primária de igualdade (FREEMAN, 2014).

Rawls é um neocontratualista<sup>1</sup> que sofreu forte influência de Kant<sup>2</sup>; contudo, não ignorou as críticas feitas por Hegel<sup>3</sup> à obra do

---

1. Segundo Rodilla (2002, p. 26), no prefácio da edição em espanhol de *Justiça e Equidade*: “Contra el modo de pensar del utilitarismo, dominante en la filosofía moral y política anglosajona, Rawls invoca la tradición del contrato social, interrumpida desde comienzos del siglo pasado no en último término a consecuencia de los embates del utilitarismo”. Prossegue Miguel Angel Rodilla (2002, p. 32): “Encontraste com Nozick y Buchanan, Rawls adopta el enfoque contractualista precisamente para fundamentar principios substantivos de justicia social destinados a determinar la forma correcta de articular las instituciones sociales. Por ello tiene que aplicar las nociones de consenso y justificación procedimental en sentido marcadamente diferente. A diferencia de Buchanan [y en este punto también del utilitarismo], Rawls quiere establecer una teoría de la justicia que dé cuenta, en primer lugar, de las fuertes exigencias implícitas en una institución moral asociada a la idea de justicia, a saber: que cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia y por encima de la cual no siquiera el bienestar de la sociedad justa las libertades de igual ciudadanía se dan por sentadas; los derechos asegurados por justicia no están sujetos a negociación política ni al cálculo de intereses sociales”.

2. Como afirma Weber (2009, p. 15), Kant, como “legítimo filho do Iluminismo, aposta na autonomia da razão e na maioridade do homem. Encontra no uso público da razão a defesa incondicional da liberdade”.

3. Segundo Weber (2009, p. 115), “As objeções de Hegel, no que se refere à moral kantiana, concentram-se, em grande parte, no aspecto formal do imperativo categórico (...). Para Hegel, a regra prática é resultado da mediação das vontades livres, o que inclui a sua concretização e realização objetiva nas instituições sociais. Esse segundo passo (desdobramento objetivo das vontades) é o campo da eticidade, passo esse não dado por Kant. Se a preocupação principal de Kant é estabelecer o princípio do agir, a de Hegel, na moralidade, é determinar as condições de responsabilidade subjetiva e, na eticidade, mostrar o desdobramento objetivo das vontades livres. O primeiro está mais preocupado com os princípios do agir; o segundo mais com os desdobramentos, circunstâncias e consequências do mesmo”. Weber ressalta a importância da complementaridade da obra de Kant e Hegel: o primeiro (Kant) pretende a busca e a fixação do princípio supremo da moralidade, considerando para isso apenas o seu aspecto formal; o segundo (Hegel) está preocupado em mostrar o desdobramento e a concretização objetiva da ideia da liberdade nas instituições sociais, ou seja, está mais interessado em mostrar as determinações e

filósofo de *Königsberg*. Duro adversário do utilitarismo<sup>4</sup>, expôs uma *Teoria da Justiça* que até hoje é objeto de críticas de utilitaristas, comunitaristas e, também, liberais e dos próprios neocontratualistas. A crítica de Rawls ao utilitarismo serve para justificar em parte os pilares humanos e de respeito ao ambiente que devem estar presentes em um conceito de direito fundamental ao desenvolvimento sustentável, como exige o Estado Socioambiental de Direito, que não se satisfaça, evidentemente, com o mero crescimento econômico ou com justificações de eficiência (WEDY, 2018). Rawls critica o utilitarismo e discorda da máxima, já utilizada em políticas públicas de desenvolvimento, de beneficiar o maior número de pessoas (saldo médio), nem que para isso outra parcela significativa da sociedade (hipossuficientes) seja prejudicada, por exemplo, na distribuição de bens essenciais. O raciocínio utilitário ignora, igualmente, os fatores antrópicos causadores dos extremos climáticos e dos aumentos dos riscos das pandemias. A busca pela maximização dos lucros e pelo prazer desvinculada de princípios morais e do homem ético não serve para sua *Teoria da Justiça*<sup>5</sup>, nem para o conceito aqui propos-

---

as repercussões das ações humanas. Um está mais preocupado com as intenções dos sujeitos agentes, o outro com os resultados e as consequências. Relevante é demonstrar a complementaridade no que se refere a uma avaliação global dos atos humanos (WEBER, 2009. p. 87-88).

4. Para Mill (1879. p. 21), a crença que aceita como fundamento da moral a utilidade, ou o Princípio da Máxima Felicidade, sustenta que as ações são corretas quando tendem a promover a felicidade e erradas quando tendem a produzir o contrário da felicidade. Por felicidade, entende-se o prazer, a ausência de dor; por infelicidade, a dor, a privação de prazer.

5. É árdua a formulação de uma Teoria da Justiça. Perelman é feliz ao catalogar as seis concepções mais correntes de justiça. São elas: 1. a cada qual a mesma coisa; 2. a cada qual segundo os seus méritos; 3. a cada qual segundo suas obras; 4. a cada qual segundo suas necessidades; 5. a cada qual segundo sua posição; 6. a cada qual segundo o que a lei lhe atribui. Para Perelman, as concepções de justiça têm, contudo, ao menos um ponto em comum: a mesma concepção de justiça formal. A justiça formal não prejudica os juízos de valor e o seu caráter racional posto em evidência. Ela é conciliável com as mais diferentes filosofias e legislações, revelando como se pode ser justo concedendo a todos os homens os mesmos direitos e justo concedendo direitos diferentes a diferentes categorias de homens. A justiça formal, ao contrário da justiça concreta, não introduz as desvantagens do uso de fórmulas. Para a justiça formal, os cidadãos da mesma categoria devem ser tratados da mesma maneira. Quando aparecem antinomias de fórmulas de justiça, e quando a aplicação da fórmula eleita força transgredir a justiça formal, Perelman sugere o recurso à equidade (como uma muleta de justiça). A decisão com base na equidade tende a diminuir a desigualdade quando o estabelecimento de uma igualdade perfeita, de uma justiça formal, é tornado impossível pelo fato de se levar em conta,

to no artigo. Deve haver uma precedência do justo sobre o bem, e os princípios de justiça devem ser eleitos entre doutrinas morais razoáveis e abrangentes. Na busca por essa finalidade, defende-se a implementação de um procedimento justo que proporcione um resultado justo e, inova-se, sustentável para todos.

## Estado Socioambiental de Direito, desenvolvimento sustentável e princípios políticos

Os princípios defendidos por Rawls são de natureza política, e não princípios morais<sup>6</sup> *a priori*<sup>7</sup>, como os defendidos por Kant<sup>8</sup>. Esta

---

simultaneamente, duas ou várias características essenciais que vêm entrar em choque em certos casos de aplicação (PERELMAN, 2005. p. 37-41).

6. Bobbio (1969. p. 54-55), no seu *Direito e Estado no Pensamento de Emmanuel Kant*, refere que “o primeiro critério de distinção entre moralidade e legalidade é que existe moralidade quando a ação é cumprida por dever; tem-se, ao invés, a pura e simples legalidade, quando a ação é cumprida em conformidade ao dever, mas segundo alguma inclinação ou algum interesse diferente do puro respeito ao dever. Em outras palavras, a legislação moral é aquela que não admite que uma ação possa ser cumprida segundo inclinação ou interesse; a legislação jurídica, ao contrário, é a que aceita simplesmente a conformidade da ação à lei e não se interessa pelas inclinações ou pelos interesses que a determinaram. Finalmente, quando eu atuo de determinada maneira porque esse é o meu dever, cumprio uma ação moral; por outro lado, quando atuo de determinada maneira para conformar-me à lei, mas ao mesmo tempo porque é do meu interesse ou corresponde à minha inclinação, tal ação não é moral, mas somente legal. Com as palavras de Kant: ‘A legislação que erige uma ação como dever, e o dever ao mesmo tempo como impulso, é moral. Aquela, pelo contrário, que não compreende esta última condição na lei, e que, conseqüentemente, admite também um impulso diferente da ideia do próprio dever, é jurídica’”.

7. Para Kant (2010. p. 58), “Os direitos, como doutrinas sistemáticas, são divididos em direito natural, o qual se apoia somente em princípios *a priori*, e direito positivo (estatutário), o qual provém da vontade de um legislador. A divisão superior dos direitos, como faculdades (morais) de submeter outrem a obrigações (isto é, como base legal, *titulum* para fazê-lo), é a divisão em direito inato e adquirido. Um direito inato é aquele que pertence a todos por natureza, independentemente de qualquer ato que estabelecesse um direito. Um direito adquirido é aquele para o qual se requer tal ato. O que é inatamente meu ou teu também pode ser qualificado como o que é internamente meu ou teu (*meumveltuuminternum*), pois o que é externamente meu ou teu tem sempre que ser adquirido”.

8. De acordo com Kant (2010. p. 43), “Em contraste com as leis da natureza, essas leis da liberdade são denominadas leis morais. Enquanto dirigidas meramente a ações externas e à sua conformidade à lei, são chamadas de leis jurídicas; porém, se adicionalmente requererem que elas próprias (as leis) sejam os fundamentos determinantes das ações, são leis éticas e, então, diz-se que a conformidade com as leis jurídicas é a legalidade de uma ação e a conformidade com as leis éticas é sua moralidade”.

distinção, aliás, precisa ser feita para que sejam evitados equívocos na compreensão do texto. Na obra de sua maturidade intelectual, *Liberalismo Político*, Rawls formula princípios de justiça fundamentais:

a) cada pessoa tem um direito igual a um sistema plenamente adequado de direitos e liberdades iguais, sistema esse que deve ser compatível com um sistema similar para todos. E, nesse sistema, as liberdades políticas, e somente essas liberdades, devem ter seu valor equitativo garantido;

b) as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas exigências: em primeiro lugar, devem estar vinculadas a posições e cargos abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; em segundo lugar, devem se estabelecer para o maior benefício possível dos membros menos privilegiados da sociedade. (RAWLS, 2005, p. 6)

O primeiro princípio tem prioridade sobre o princípio da diferença. Ou seja, os direitos e as liberdades políticas, nos quais se incluem os direitos fundamentais, têm preponderância sobre todo e qualquer outro princípio. O segundo princípio (diferença) está subordinado tanto ao princípio de justiça (que garante as liberdades básicas iguais) como ao princípio da liberdade equitativa (igualitária e justa) de oportunidades.

Na sociedade bem ordenada, a instituição mais importante é a Constituição Política, a partir da qual se buscam consensos políticos entre as pessoas. É mais fácil obtê-los que consensos morais buscados em doutrinas abrangentes. Direitos fundamentais, como o direito fundamental ao desenvolvimento sustentável, por sua vez, são uma conquista histórica da humanidade e estão previstos em Constituições escritas e não escritas.

Do princípio da diferença, extrai-se uma ideia de justiça distributiva, de que a desigualdade é admitida desde que estabeleça um maior benefício possível para os setores hipossuficientes da sociedade aos quais se pode acrescentar, inovando, o meio ambiente ameaçado pelo aquecimento global (GERRARD, 2014), perda da biodiversidade e pandemias, que afetam, também, os seres humanos. O princípio da diferença deve ser associado aos princípios prioritários citados e deve ser aplicado nas instituições de fundo em que os dois primeiros são satisfeitos. O princípio da diferença parte da premissa de que a cooperação social é sempre produtiva, isto é, sem cooperação social nada é produzido e, conseqüentemente, dis-

tribuído. Rawls, em sua explanação acerca da justiça distributiva, concebe a cooperação conforme segue:

Um esquema de cooperação concebe-se em grande medida pela maneira como suas regras públicas organizam a atividade produtiva, determinam a divisão de trabalho, atribuem funções variadas aos que dela participam e assim por diante. Esses esquemas incluem planos de ganhos e salários a serem pagos em função da produção. A diferenciação de ganhos e salários leva a um incremento de produção porque, ao longo do tempo, a maior remuneração aos mais favorecidos serve, entre outras coisas, para cobrir os custos de treinamento e educação, para marcar postos de responsabilidade e estimular as pessoas a ocupá-los, e como incentivo. (RAWLS, 2005, p. 89)

O princípio da diferença não exige crescimento econômico de geração após geração para maximizar, para cima e infinitamente, como no utilitarismo, as expectativas (de renda e poupança) dos mais pobres. Outro ponto a ser destacado é que o princípio da diferença impõe que as desigualdades (de renda e riqueza), por mais que os indivíduos queiram lucrar com maior parte da produção, devem sempre beneficiar os menos favorecidos. As desigualdades devem beneficiar tanto “os outros” como a “nós mesmos”. Importante referir que as pessoas em uma sociedade bem-ordenada escolhem livremente qual o trabalho exercerão e qual intensidade de empenho nele empregarão. Daí que a visão de sociedade bem ordenada tem aplicação apenas em Estados democráticos.

Por meio desse princípio, é possível identificar os menos favorecidos como aqueles que usufruem em comum com os demais cidadãos das liberdades básicas iguais e das oportunidades equitativas, mas que, a despeito disso, têm pior renda e riqueza. São utilizadas a renda e a riqueza, portanto, para identificar os menos favorecidos. Grifa-se que a dimensão da inclusão social do direito fundamental ao desenvolvimento sustentável pode ser fortalecida com a implementação deste princípio.

O princípio pode ser utilizado para as distinções de gênero e raça que dão lugar a outras posições relevantes. Induvidoso que, na maioria das nações, as mulheres e os negros recebem piores salários e possuem menores oportunidades que os homens brancos. As liberdades políticas das mulheres, dos negros e dos índios são mais restritas que as liberdades do homem branco. Homens têm mais

direitos básicos ou oportunidades que as mulheres, mas essas desigualdades só se justificam se trouxerem vantagens para as mulheres e forem aceitas do ponto de vista delas. O mesmo se aplica a direitos básicos e oportunidades desiguais baseados na raça. Comprova-se historicamente que essas desigualdades raciais e de gênero originaram-se de desigualdades de poder político e de controle dos recursos econômicos. Não são, e parecem nunca ter sido, vantajosas para as mulheres ou para as raças menos favorecidas. É claro que um juízo histórico tão incisivo pode não ser preciso muitas vezes. Entretanto, numa sociedade bem-ordenada dos dias de hoje, não há lugar para tal incerteza e, por conseguinte, a justiça como equidade supõe que as posições relevantes de tipo padrão especificadas pelos bens primários são suficientes (RAWLS, 2005, p. 45).

Ainda que Rawls tenha sido criticado por omissão em *Teoria da Justiça* pelo fato de não ter abordado de modo suficiente esse tipo de desigualdade, insere em sua obra *Justiça como Equidade* que referida omissão não é uma falha, mas que na *Teoria da Justiça* os problemas decorrentes da discriminação e das distinções baseadas em gênero e raça não fazem parte da proposta daquela teoria, que é a de “formular certos princípios de justiça e confrontá-los apenas com alguns problemas clássicos de justiça política para ver como seriam resolvidos em uma teoria ideal” (RAWLS, 2005, p. 93).

Diferenças podem ser desenvolvidas e até estimuladas, desde que venham em benefício da maioria sem privilégios. Políticas públicas, apenas para exemplificar, de criação de cotas para o ingresso em universidades ou a tributação progressiva sobre renda, herança, grandes fortunas ou sobre o carbono fundamentam-se no princípio da diferença e são instrumentos importantes que integram a definição de um direito fundamental ao desenvolvimento fundamental na Era das mudanças climáticas necessariamente presente em um Estado Socioambiental de Direito.

Inconcebível, dentro de um sistema de justiça distributiva, que os mais favorecidos explorem especulativamente as forças de mercado a fim de incrementar a sua renda, causando prejuízo direto às camadas mais pobres da população e, ainda, gerem externalidades ambientais negativas. Princípios de justiça prioritários, em uma sociedade bem ordenada, exigem instituições de fundo caracterizadas pelas igualdades equitativas de oportunidades e de respeito à competição não predatória.

O primeiro princípio é prioritário (em relação ao princípio da diferença), contanto que não solape o mínimo social preconizado pelo próprio Rawls. Mínimo social normalmente é nominado pelos constitucionalistas modernos como mínimo existencial. O primeiro princípio refere-se às liberdades políticas, não podendo servir para justificar um liberalismo fundado nos vetustos *laissez-passer* e *laissez-faire* da Revolução Francesa. E, tampouco, para justificar o liberalismo da Escola de Chicago, que, em alguns aspectos e algumas vezes, deturpa a obra de Smith – *Riqueza das Nações*, em especial – pela equivocada interpretação da figura da “mão invisível do mercado” e pela falta de preocupação com a educação.

### **Estado Socioambiental de Direito, desenvolvimento sustentável e as características dos princípios políticos de John Rawls**

Rawls (2005, p. 6) propõe princípios como exemplificação de conteúdo “de uma concepção política de natureza liberal” o que é essencial para demonstrar as falhas e apresentar uma alternativa que seja mais igualitária e incluyente que o utilitarismo. Tal concepção divide-se em três características principais:

- a) a especificação de determinados direitos, determinadas liberdades e oportunidades fundamentais (de um tipo familiar nos regimes democráticos constitucionais);
- b) a atribuição de uma prioridade especial a esses direitos, essas liberdades e oportunidades, sobretudo no que se refere às exigências do bem geral e de valores perfeccionistas;
- c) a proposição de medidas que propiciem a todos os cidadãos os meios polivalentes apropriados que lhes permitam fazer uso efetivo de suas liberdades e oportunidades. Esses componentes podem ser compreendidos distintamente, de modo que existem diferentes variantes de liberalismo (RAWLS, 2005, p. 6-7).

Expressam esses princípios uma variante igualitária de liberalismo em virtude de três elementos:

- a) a garantia do valor equitativo das liberdades políticas, de modo que não se tornem puramente formais;
- b) a igualdade equitativa (e, de novo, não meramente formal) de oportunidades;

- c) o denominado princípio da diferença, segundo o qual as desigualdades sociais e econômicas associadas a cargos e posições devem ser ajustadas de tal modo que, seja qual for o nível dessas desigualdades, grande ou pequeno, devem redundar no maior benefício possível para os membros menos privilegiados da sociedade (RAWLS, 2005, p. 6).

Rawls procura conciliar o liberalismo político com a igualdade, a equidade e a justiça distributiva. Critica a igualdade meramente formal e defende a igualdade material. O princípio da diferença busca o diálogo entre a liberdade e a igualdade, tornando possível a concretização de uma justiça distributiva e trazendo consigo implicitamente a necessidade de uma divisão igual, como padrão de comparação, expressando uma ideia de reciprocidade entre os cidadãos.

Essa concepção está fundada em instituições básicas. Isso significa uma sociedade na qual os homens são livres e iguais e possuem acesso à alimentação e à educação. Nessa linha, é essencial a poupança justa e a extensão da justiça como equidade para abranger *O Direito dos Povos*, isto é, “os conceitos e princípios que se aplicam ao direito internacional e às relações entre as sociedades políticas” (RAWLS, 2005, p. 24).

A *Teoria da Justiça* parte do pressuposto de uma sociedade bem-ordenada, composta por pessoas livres e iguais, imunes às barganhas políticas. Cidadãos de tal sociedade nela entram pelo nascimento e dela apenas saem com a morte. Ela é regulada por uma concepção política de justiça, extraída de um pluralismo razoável de princípios, que não admite qualquer modo de discriminação não razoável: social, política, racial, econômica, de gênero e de orientação sexual. Fossem admitidas essas exceções, é bem verdade, o pluralismo não seria razoável. O acordo entre os membros da sociedade bem-ordenada ocorre em situações ideais. Para tanto, os acordantes adotam sempre a posição original, abstraindo-se de preconceitos econômicos, sociais, religiosos ou de qualquer espécie para deliberar e tomar decisões. Nesse contexto, surge o artifício de representação do véu da ignorância que conduz a um procedimento de tomada de decisão, justo e equitativo, a ser adotado pelos membros dessa sociedade bem-ordenada. Tal procedimento deve chegar também a um resultado justo e equitativo. Essa sociedade idealizada é regulada por uma concepção política e pública de justiça, e não

moral ou ética, muito embora as pessoas morais e éticas possam concordar com os princípios políticos da sociedade bem-ordenada.

A posição original, com as características do *véu da ignorância*, deve abstrair as contingências do mundo social e não ser afetada por elas. As condições de um acordo equitativo sobre princípios de justiça política entre pessoas livres e iguais devem eliminar as vantagens de barganha que inevitavelmente surgem sob as instituições de fundo de qualquer sociedade em virtude de tendências sociais, históricas e naturais cumulativas. Vantagens e influências contingentes que se acumularam no passado não devem afetar um acordo relativo aos princípios que deverão regular as instituições da própria estrutura básica do presente para o futuro (RAWLS, 2005, p. 27). A posição original e o véu da ignorância são auxiliares para a promoção do desenvolvimento sustentável na sua dimensão de boa governança<sup>9</sup>, podem prevenir, em tese, decisões equivocadas e até mesmo evitar a corrupção.

Partes, na posição original, não sabem a que geração pertencem e não sabem em que estágio de desenvolvimento econômico está a sociedade à qual pertencem. A aplicação do procedimento do véu da ignorância por elas acaba por resultar em decisões justas e desinteressadas no aspecto utilitário. O acordo, portanto, ocorre sobre uma seleção de princípios políticos e não sobre princípios morais apriorísticos, como defendido por Kant. Enquanto Rawls foca a sua teoria de justiça no homem político, Kant funda a sua metafísica dos costumes no homem moral. Rawls entende que princípios de ordem política, que não são objeto de consenso, devem ficar de fora da figura do contrato social.

Rawls bem compreendeu a crítica de Hegel a Kant. Prova disso é que os princípios políticos para o jusfilósofo norte-americano são uma conquista da história, e não princípios apenas formais. Hegel não se contentava com princípios apriorísticos, meramente formais, mas defendia que eles tivessem conteúdo material. Enfatizava a importância da mediação de vontades e o aprendizado histórico do homem no seu contexto cultural e social. Focava a importância da consequência dos atos dos homens, não lhe satisfazendo a

---

9. Importante grifar que o desenvolvimento sustentável possui quatro pilares como refere Jeffrey Sachs (2015): inclusão social, tutela ambiental, desenvolvimento econômico e boa governança.

simples adoção de princípios morais apriorísticos desgarrados de experiências históricas e de desdobramentos.

Prova de que Rawls estava atento a Hegel está estampada nas suas próprias palavras: “(...) concebemos a sociedade como algo que se estende por gerações e que herda sua cultura pública e as instituições políticas e sociais (juntamente com seu capital físico e estoque de recursos naturais) daqueles que vieram antes” (RAWLS, 2005, p. 31).

Rawls resume o liberalismo político ao sustentar que três requisitos parecem suficientes para que a sociedade se torne um sistema equitativo e estável de cooperação entre cidadãos livres e iguais, divididos pelas doutrinas abrangentes que professam:

- a) a estrutura básica da sociedade deve ser regulada por uma concepção política de justiça;
- b) deve existir a possibilidade de a concepção política de justiça ser objeto de consenso sobreposto de doutrinas abrangentes razoáveis;
- c) a discussão pública, quando elementos constitucionais essenciais e questões de justiça básica estiverem em jogo, deve ser conduzida com base na concepção política de justiça.

Esse resumo “caracteriza o liberalismo político e a forma como essa visão entende o ideal de democracia constitucional” (RAWLS, 2005, p. 52). Dentro desse cenário e com características peculiares, o liberalismo político, inserido em uma sociedade bem-ordenada, não pode constituir-se nem em uma associação, nem em uma comunidade. Compatível é o liberalismo político de Rawls, com o direito fundamental ao desenvolvimento sustentável na Era das mudanças climáticas inserido no contexto do Estado Socioambiental de Direito.

### **Estado Socioambiental de Direito, Desenvolvimento Sustentável e Justiça Distributiva**

Importante analisar quais são os entraves para a distribuição de bens e direitos para que se possa avançar no tema proposto na introdução. Os problemas da justiça distributiva formulada por Rawls são, principalmente, dois:

- a) como ordenar as instituições da estrutura básica num esquema unificado de instituições para que um sistema de cooperação social equitativo, eficiente e produtivo possa se manter no transcurso do tempo, de uma geração para outra;
- b) comparar o primeiro problema com o de distribuir ou alocar um determinado conjunto de produtos entre diferentes indivíduos cujos desejos e cujas necessidades e preferências particulares são conhecidos e que não cooperaram de modo algum para produzir esses produtos (problema da justiça alocativa).<sup>10</sup>

No que concerne ao primeiro problema, não existe critério para uma distribuição justa fora das instituições de fundo e das titularidades que emanam do funcionamento de um procedimento justo, instituições de fundo que dão o contexto para uma cooperação equitativa no interior da qual surgem as titularidades (RAWLS, 2001, p. 72-73).

O princípio da diferença como se compreende neste texto, que é um dos fundamentos da justiça distributiva, está inserido em um sistema público de normas. Não é dado ao cidadão ignorar normas inseridas em um sistema legislativo público e cogente. Em específico, ele não pode afirmar que desconhece as normas de tributação que servem para a distribuição da riqueza. Os efeitos dessas normas são previstos, e sempre que os cidadãos elaboram seus planos devem levá-los em conta de antemão. Está implícito que, quando participam da cooperação social, sua propriedade e sua riqueza estão sujeitas aos tributos que são sabidamente impostos pelas instituições de fundo. Ademais, o princípio da diferença (bem como o

---

10. Rawls rejeita a Ideia de Justiça alocativa por considerar que é incompatível com a ideia fundamental que organiza a justiça como equidade, ou seja, a ideia de sociedade como sistema equitativo de cooperação social ao longo do tempo. De fato: “Os cidadãos cooperam para produzir os recursos sociais aos quais dirigem suas reivindicações. Numa sociedade bem-ordenada, em que estão garantidas tanto as liberdades básicas iguais (com seu valor equitativo) como a igualdade equitativa de oportunidades, a distribuição de renda e riqueza ilustra o que podemos chamar de justiça procedimental pura de fundo. A estrutura básica está organizada de tal modo que, quando todos seguem as normas publicamente reconhecidas de cooperação e honram as exigências que as normas especificam, as distribuições específicas de bens daí resultantes são consideradas justas (ou, pelo menos, não injustas), quaisquer que venham a ser” (RAWLS, 2001, p. 71).

primeiro princípio e a primeira parte do segundo princípio) respeita as expectativas legítimas baseadas nas normas publicamente reconhecidas e as titularidades adquiridas pelos indivíduos. Normas das instituições de fundo impostas pelos dois princípios de justiça (incluindo o princípio da diferença) destinam-se a alcançar as metas e as aspirações da cooperação social equitativa ao longo do tempo (RAWLS, 2001, p. 74).

Embora existam normas de justiça de fundo, a justiça distributiva é uma justiça procedimental pura. Preservar as condições de fundo equitativas é função das normas da justiça procedimental que atua em um cenário em que as riquezas, as propriedades e os ativos financeiros têm a propensão de se acumularem nas mãos de poucos indivíduos. Essa concentração de riquezas “mina a igualdade equitativa de oportunidades, o valor equitativo das liberdades políticas e assim por diante” (RAWLS, 2001, p. 75). A estrutura básica deve ser regulada ao longo do tempo, visto que distribuições iniciais justas de ativos não garantem a justiça nas distribuições posteriores<sup>11</sup>. Preocupação, aliás, que vem ao encontro da perspectiva intergeracional inclusa neste texto: garantir as futuras gerações o direito de viverem em um meio ambiente protegido de eventos climáticos causados por fatores antrópicos e que tenham a disposição recursos naturais renováveis e não renováveis abundantes e em condições de uso.

*A Justiça como Equidade* é um exemplo de processo ideal marcado por transações e acordos entre indivíduos e associações, integrados em uma estrutura básica justa. Está focada na estrutura básica e nas regulamentações necessárias para manter a justiça para todas as pessoas e todas as gerações, independentemente de posição social. Nessa concepção pública de justiça, as regras são simples, claras e estão apoiadas em uma divisão institucional do trabalho. Depois de firmada a divisão de trabalho, indivíduos e associações podem promover livremente os seus objetivos permitidos no âmbi-

---

11. Explicita Rawls (2001, p. 75) que “por mais livres e equitativas que as transações particulares entre indivíduos e associações possam parecer quando consideradas localmente e separadas das instituições de fundo (...) é necessário regular, por leis que governem heranças e legados, como as pessoas adquirem propriedades a fim de tornar sua distribuição mais equitativa, propiciar a igualdade equitativa de oportunidades na educação e muitas outras coisas”.

to da estrutura básica, sabedores de que em todo sistema social as regulamentações para preservar a justiça de fundo estão em vigor.

Nessa obra são abordadas a desigualdade<sup>12</sup> dos cidadãos – incompatível com o pilar da inclusão social que sustenta o direito fundamental ao desenvolvimento sustentável – e as suas perspectivas medidas por bens primários (e por sua insuficiência). Tais perspectivas são afetadas por três tipos de contingências:

- a) sua classe social de origem: a classe em que nasceram e se desenvolveram antes de atingir a maturidade;
- b) seus talentos naturais (em contraposição a seus talentos adquiridos) e as oportunidades que têm de desenvolver esses talentos em função de sua classe social de origem;
- c) sua boa ou má sorte ao longo da vida (como são afetados pela doença ou por acidente e, digamos, por períodos de desemprego involuntário e declínio econômico regional). (RAWLS, 2001, p. 78)

Absorvendo a crítica de Hegel a Kant, Rawls refere que, mesmo numa sociedade bem-ordenada, as perspectivas de vida são profundamente afetadas por “(...) contingências sociais, naturais e fortuitas, e pela maneira como a estrutura básica, pela forma como dispõe as desigualdades, usa essas contingências para cumprir certas metas sociais” (RAWLS, 2001, p. 78).

Instituições devem promover a educação dos seus cidadãos dentro de uma sociedade bem-ordenada a fim de que os cidadãos possam reconhecer uns aos outros como livres e iguais, com uma concepção de si mesmos. A tarefa da educação é “uma função ampla de uma concepção política” (RAWLS, 2001, p. 79). A educação estimula as atitudes de otimismo e confiança no futuro e o sentimento de o cidadão ser tratado equitativamente. A estrutura básica da sociedade deve ser o objeto primário, compreendidas instituições sociais integradas por seres humanos que nela estão aptos a de-

---

12. De acordo com Atkinson (2015), um conjunto abrangente de políticas públicas poderia promover a distribuição de renda e combater a desigualdade. Segundo o autor o problema não é os ricos estarem ficando cada vez mais ricos, mas os Estados e a sociedade não estarem sendo bem-sucedidos em combater a pobreza. Para reduzir a desigualdade, sugere políticas ambiciosas em cinco áreas: tecnologia, emprego, segurança social, distribuição de capitais e tributação.

envolver faculdades morais e tornarem-se membros cooperativos de uma sociedade como cidadãos livres e iguais.

Para que sejam reconhecidos os direitos dos menos favorecidos, faz-se necessário o reconhecimento do acesso a bens primários, os quais permitem um mínimo social de existência e representam objeto de distribuição em parcelas, ideia que vem bem a calhar no aspecto humano do desenvolvimento sustentável. Os bens primários são divididos em cinco categorias:

- 1) Os direitos e as liberdades básicas: as liberdades de pensamento, de consciência e todas as demais. Esses direitos e essas liberdades são condições institucionais essenciais para o adequado desenvolvimento e exercício pleno e consciente das duas faculdades morais (nos dois casos fundamentais).
- 2) As liberdades de movimento e de livre escolha de ocupação sobre um fundo de oportunidades diversificadas, oportunidades essas que propiciam a busca de uma variedade de objetivos e tornam possíveis as decisões de vê-los e alterá-los.
- 3) Os poderes e as prerrogativas de cargos e posições de autoridades e sua responsabilidade.
- 4) Renda e riqueza, entendidas como meios polivalentes (que têm valor de troca) geralmente necessários para atingir uma ampla gama de objetivos, sejam eles quais forem.
- 5) As bases sociais do autorrespeito, entendidas como aqueles aspectos das instituições básicas normalmente essenciais para que os cidadãos possam ter um senso vívido de seu valor enquanto pessoas capazes de implementar seus objetivos de autoconfiança. (RAWLS, 2001, p. 83)

Bens primários são aqueles necessários para os cidadãos livres e iguais. Fazem parte de uma concepção parcial de bem inserida em uma sociedade de cidadãos que defendem uma pluralidade de doutrinas abrangentes e conflitantes. Nessa sociedade, tais cidadãos selecionam princípios políticos exequíveis advindos dessas doutrinas. O acesso a bens primários promove a inclusão social em uma sociedade que se desenvolve de modo sustentável.

*A Justiça como Equidade* aceita o mérito moral como concebido em uma doutrina religiosa, filosófica ou moral parcial e totalmente

abrangente. Em face do pluralismo razoável, nenhuma dessas doutrinas pode servir de concepção política de justiça distributiva<sup>13</sup>.

O princípio da diferença (aplicado em conjunto com os princípios prioritários das liberdades básicas e das oportunidades equitativas) satisfaz as exigências da justiça distributiva. Deve ser aceito, desde que seja reconhecido que a função dos preceitos aceitos de justiça e de desigualdade das cotas distributivas nas sociedades modernas não é recompensar o mérito moral, que é distinto do merecimento. A função do princípio é atrair as pessoas para as posições em que elas são mais necessárias de um ponto de vista social, cobrir os custos de aquisição de aptidões e da especialização, estimulá-las a aceitar o peso de certas responsabilidades e fazer tudo isso de uma maneira coerente com a livre escolha de ocupação e a igualdade equitativa de oportunidades (RAWLS, 2001, p. 110).

Participação nos benefícios decorrentes da distribuição de talentos e capacidades naturais, qualquer que seja a distribuição, deve ser permitida pelo contrato social, objetivando diminuir as diferenças arbitrárias que resultam das posições iniciais na sociedade. Aqueles que foram favorecidos pela natureza (herança, renda, habilidades, capacidades intelectuais, sorte) podem beneficiar-se da sua boa sorte somente em condições que melhorem o bem-estar dos que saíram perdendo ou foram prejudicados.

---

13. Para que uma justiça distributiva funcione e corresponda a uma concepção política, faz-se necessário, segundo Rawls: – Autorizar desigualdades econômicas e sociais, altamente eficientes para o funcionamento de uma economia industrial no Estado Moderno. Essas desigualdades cobririam os custos com treinamento e educação de pessoal e, por si só, serviriam como incentivo. – Expressar um princípio de reciprocidade, uma vez que a sociedade é vista como um sistema equitativo de cooperação de uma geração para outra entre cidadãos livres e iguais, já que a concepção política deve ser aplicada à estrutura básica que regula a justiça de fundo. – Lidar de modo apropriado com as desigualdades mais graves do ponto de vista da justiça política: as desigualdades nas perspectivas dos cidadãos tal como se expressam por suas expectativas razoáveis ao longo de toda uma vida. Essas desigualdades são as que tendem a surgir entre diferentes níveis de renda na sociedade decorrentes da posição social em que os indivíduos nasceram e passaram os primeiros anos de vida até a idade da razão, bem como de seu lugar na distribuição de talentos naturais. – Princípios que especificam uma distribuição equitativa têm, na medida do possível, de ser formulados em termos que nos permitam verificar publicamente se eles são satisfeitos. – Procurar princípios razoavelmente simples e cujos fundamentos possam ser explicados de uma maneira que os cidadãos entendam à luz das ideias disponíveis na cultura política pública (RAWLS, 2001, p. 109).

A sociedade bem-ordenada dá maior atenção aos que têm menos dotes (ativos) naturais e aos que nasceram nas posições sociais menos favorecidas. Fundamental é corrigir as distorções e se buscar a igualdade e a inclusão social. Justifica-se gastar mais recursos em educação com os menos dotados intelectualmente, pelo menos por algum período, como na pré-escola e nos primeiros anos escolares. Nessa sociedade ideal, é necessário destacar o papel da educação na capacitação das pessoas para desfrutar a cultura, tomar partido nas grandes discussões e, assim, proporcionar o sentido do seu próprio valor. O ideal de igual oportunidade não discrimina os menos afortunados de recursos e inteligência; ao contrário, evita a falta de sensibilidade de um regime meritocrático exagerado. O princípio da diferença está vinculado à solidariedade e opõe-se ao utilitarismo. Nesse aspecto, existe na obra de Rawls nítida influência kantiana ao referir que o homem deve ser visto como um fim e jamais como um meio no sentido da visão utilitarista<sup>14</sup>.

Princípios de justiça são um contraponto ao utilitarismo e podem servir como parte de uma doutrina da economia política, ou seja, podem justificar a justiça distributiva. A economia política se preocupa com o setor público e com a forma adequada das instituições básicas que regulamentam a atividade econômica, os impostos, o direito de propriedade e os mercados. O sistema econômico regula os bens que são produzidos, “(...) quem os recebe em troca de determinadas contribuições e o tamanho da fração dos recursos sociais que é destinada à poupança e ao provimento dos bens públicos” (RAWLS, 1971, p. 293-294).

A necessidade de imposição de regras pelo Estado existirá ainda que todos sejam movidos pelo mesmo sentido de justiça dos bens públicos essenciais. Essas regras partirão do consenso coletivo.

---

14. É consistente a crítica de Rawls a utilitarismo: “O utilitarista pode sempre argumentar que, dadas as condições sociais, e os interesses humanos sendo o que são, e levando-se em conta como eles vão se desenvolver segundo esta ou aquela ordenação institucional, encorajar um padrão de necessidades em detrimento de um outro provavelmente conduzirá a um maior saldo líquido (ou a uma média mais alta) de satisfação. Com base nisso, o utilitarista seleciona entre os possíveis ideais da pessoa. Algumas atitudes e desejos, sendo incompatíveis com a cooperação social frutífera, tendem a reduzir a felicidade (ou a sua média) (...) no utilitarismo, não podemos ter certeza do que irá acontecer. Como não há nenhum ideal incorporado em seu princípio básico, o ponto de partida pode sempre influenciar o caminho que vamos seguir (RAWLS, 1971, p. 290)”.

Toda a sociedade necessita de uma garantia sólida com a credibilidade de que o consentimento coletivo será mantido. Os bens são públicos e indivisíveis, e a sua produção essencialmente gerará benefícios, mas também perdas para aqueles que muito provavelmente não foram considerados pelos fornecedores dos bens e por quem decide quem deve produzi-los<sup>15</sup>.

Observa-se que na obra de Rawls existem elementos importantes para justificar medidas de combate às externalidades negativas, características dos processos de desenvolvimento insustentáveis (KENNEDY, 2006). Todavia, prega a liberdade de mercado enquanto sistema. Prova disso é que, estabelecidas as instituições básicas exigidas, o sistema de mercado deve garantir liberdades iguais e a igualdade de oportunidades equitativas. Outrossim, cidadãos devem possuir total liberdade para a escolha de suas carreiras e ocupações; não existe motivo algum para a distribuição centralizada ou obrigatória do trabalho, como ocorre em economias planificadas e em regimes com restrições de liberdades políticas e de direitos fundamentais.

É de se observar que Rawls prevê sistemas de coerção sobre as liberdades de mercado com a finalidade de suprir suas falhas. A coerção seria imprescindível para decidir a taxa de poupança, a fração de riquezas nacionais destinadas à conservação do bem-estar das gerações futuras e para impedir que elas sejam atingidas por danos irremediáveis. Estes sistemas de coerção servem, de igual modo, para justificar a aplicação de multas ambientais, para regular o mercado de créditos de carbono e o imposto sobre as emissões de gases de efeito estufa.

---

15. Dois exemplos citados por Rawls (1971, p. 296) deixam a questão mais clara e menos abstrata no aspecto prático. Os casos mais frequentes são aqueles em que a indivisibilidade é parcial e o público menor. Alguém que se vacinou contra uma doença contagiosa ajuda os outros e também a si mesmo; e embora essa proteção possa não ter valor para essa pessoa em particular, ela pode ser válida para a comunidade local, quando todas as vantagens forem consideradas. E, é claro, há os casos notáveis de danos públicos, como quando as indústrias provocam a poluição e a erosão do ambiente natural. Esses custos não são em geral considerados pelo mercado, de modo que os bens produzidos são vendidos por preços muito inferiores aos seus custos sociais marginais. Há uma divergência entre a contabilidade privada e social que o mercado deixa de registrar. Uma tarefa essencial da lei e do governo é instituir as correções necessárias.

Coerção não afasta a democracia. Decisões políticas devem ser tomadas democraticamente, embora o governo regule a economia ajustando elementos como a taxa de juros, o valor total de investimento, a quantidade de moeda em circulação e assim por diante. O governo deve assegurar a igualdade de oportunidades nas atividades econômicas e na livre escolha do trabalho, por intermédio da fiscalização de empresas e associações privadas, pela prevenção e pelo combate aos monopólios e a partir do afastamento das barreiras que impedem a procura e o acesso às posições mais cobiçadas.

Não existe a necessidade de um plano central global. Os consumidores individuais e as firmas são livres para tomar suas decisões de maneira independente, desde que obedeçam às condições gerais da economia (RAWLS, 1971, p. 301). É de se observar que a crítica que Rawls faz ao socialismo é coerente com o que se observou ao longo da história, isto é, os preços não correspondem à renda paga aos indivíduos particulares e a “renda imputada aos bens coletivos e naturais reverte para o Estado. Portanto, o seu preço não tem uma função distributiva” (RAWLS, 1971, p. 301).

O sistema social deve ser estruturado para uma distribuição justa, sem qualquer dependência de casos ou eventos futuros. O processo econômico e social deve ser enquadrado dentro de um contexto institucional, político e jurídico adequado. Sem a organização ajustada das instituições básicas, o resultado do processo distributivo não será justo e faltará equidade no contexto. A estrutura básica da sociedade é regulada por uma instituição justa, a qual assegura as liberdades de cidadania iguais, entre elas a de consciência e de pensamento.

A governança, em uma sociedade bem-ordenada, deve assegurar oportunidades iguais de educação e cultura, seja subsidiando escolas particulares (privadas), seja estabelecendo um sistema público e sustentável de ensino. O Estado deve garantir um mínimo social, com o pagamento de “(...) um salário-família e de subvenções especiais em casos de doença e desemprego, ou sistematicamente por meio de dispositivos tais como um suplemento gradual de renda (o chamado imposto de renda negativo) (RAWLS, 1971, p. 304)”.

Importante aspecto organizacional de governança na obra de Rawls é que o governo deve dividir-se em quatro setores: setor

de alocação, setor de estabilização, setor de transferência e setor de distribuição. Referidos setores visam estabelecer um regime democrático com distribuição farta – ainda que desigual – de terra e de capital. A divisão dos setores evita que um setor pequeno controle a maior parte dos recursos da sociedade. Nesses termos, é possível que as parcelas distributivas satisfaçam os princípios de justiça selecionados.

O setor de alocação encarrega-se da manutenção da competitividade do sistema de preços dentro dos limites e para impedir o exercício de um poder sobre o Estado que não seja razoável. O setor de estabilização está encarregado de proporcionar o pleno emprego, permitindo que aqueles que querem emprego possam encontrá-lo e que a livre escolha de ocupação e o desenvolvimento das finanças sejam assegurados por uma demanda efetiva. O setor de transferências garante um nível de bem-estar e atende às exigências dos necessitados. A garantia do mínimo existencial, por exemplo, é responsabilidade do setor de transferências. Procura assegurar para as gerações atuais e futuras uma proteção contra os riscos do mercado, desastres ambientais e até mesmo pandemias. Esse setor lida com as reivindicações para o alívio da pobreza, buscando regular a renda por padrões de salário-mínimo e métodos afins. Por último, o setor de distribuição tem como objetivo preservar a justiça dos bens a serem distribuídos por meio de taxaço e dos ajustes no direito de propriedade. Tal setor exige impostos sobre heranças, grandes rendas e doações. O objetivo desses tributos é corrigir, gradualmente, a distribuição da riqueza e impedir concentrações de poder que prejudiquem o valor equitativo da liberdade política e da igualdade equitativa de oportunidades. Tributação progressiva, assim, pode ser aplicada aos grandes rentistas na sociedade.

Governos precisam receber recursos, via tributação justa, para que possam fornecer bens públicos e fazer os pagamentos de transferências necessárias, satisfazendo o princípio da diferença. É objetivo desse setor criar organizações e instituições sociais justas, e jamais maximizar o saldo líquido da satisfação como no utilitarismo.

Impostos sobre a herança e sobre as rendas com alíquotas progressivas (quando necessário), assim como a definição legal dos direitos de propriedade, devem assegurar as instituições de liberdade igual em uma democracia calcada na propriedade privada, bem como o valor equitativo dos direitos estabelecidos (RAWLS, 1971, p. 308).

As pessoas em uma sociedade bem-ordenada devem concordar com um princípio de poupança que assegure que cada geração receba a sua parte das gerações anteriores – dentro de uma perspectiva intergeracional – e garanta poupança para as gerações que virão posteriormente. Trocas que podem advir entre as gerações são ajustes compensatórios que podem ser feitos na posição original. As pessoas não devem perder de vista o objetivo de acumulação, que é uma condição essencial para a construção de uma base material suficiente, desde que as instituições sejam justas e as liberdades básicas sejam respeitadas.

Nesse sentido, nenhuma geração pode apontar defeitos, descuidos ou equívocos das gerações precedentes. O governo não pode ignorar os cidadãos quanto à observância do montante da poupança sem violar o próprio regime democrático, porquanto deve obediência à vontade pública expressa pela legislação e pelas políticas sociais que devem ser implantadas com alto grau de governança.

## Conclusão

Os princípios políticos apriorísticos de Rawls podem contribuir, como norte, para que o Estado Socioambiental de Direito -observada a independência dos poderes, a efetividade dos controles concentrado e difuso de constitucionalidade, o respeito aos direitos fundamentais e aos direitos humanos – possa cumprir a sua finalidade de atendimento do interesse público. Nada mais atual e coerente, aliás, com estes tempos de aquecimento global, de desigualdade social, de pandemias, do ressurgimento de regimes autoritários, de terrorismo, das crises com refugiados políticos, econômicos e ambientais (GERRARD, 2013), sem mencionar na constante instabilidade nos mercados internacionais (KRUGMAN, 2008; POSNER, 2009; POSNER, 2010)<sup>16</sup>, com todas as suas externalidades negativas, que atinge as democracias ocidentais desde o início da era neoliberal nos anos 1980 (KENNEDY, 2006).

É no seio deste Estado Socioambiental de Direito, fomentador de novas utopias, norteado por sólida *Teoria da Justiça*, que pode

---

16. As notas trazem referências sobre as obras do prêmio nobel, o economista Paul Krugman, e do jurista Richard Posner, que defendem a necessária regulação dos mercados em face de crises cíclicas e da vulnerabilidade destes nas democracias capitalistas.

ser concretizado o princípio e o direito constitucional fundamental ao desenvolvimento sustentável ancorado nos seus quatro pilares essenciais: a inclusão social, a tutela ambiental, o desenvolvimento econômico (tendo como matriz energética as energias renováveis) (GERRARD, 2011) e a boa governança. Este modelo de Estado Socioambiental de Direito, como proposto, em tese, possui melhor estrutura política e jurídica para atravessar as agruras do corrente Século XXI e pode com maior efetividade conferir a adequada tutela dos direitos fundamentais e humanos das gerações atuais e futuras.

## Referências

ATKINSON, Anthony. *Inequality. What can be done?* Cambridge: President and Fellows of Harvard College, 2015.

BOBBIO, Norberto. *Diritto e stato nel pensiero di Emmanuelle Kant*. Torino: Giappoichelli, 1969.

FREEMAN, Samuel. A New Theory of Justice. *New York Review of Books*. Disponível em: <https://www.nybooks.com>. Acesso em: 26.04.2020.

GERRARD, Michael. *The Law of Clean Energy. Efficiency and Renewables*. New York: American Bar Association, 2011.

GERRARD, Michael; FREEMAN, Jody (Ed.). *Global Climate Change and U.S Law*. New York: American Bar Association, 2014.

GERRARD, Michael. *Threatened Island Nations: Legal Implications of Rising Seas and a Changing Climate*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010.

KENNEDY, David. The Rule of Law, Political Choices, and Development Common Sense. In: TRUBEK, David; SANTOS, Álvaro (Ed.). *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 95-173.

KENNEDY, Duncan. Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000. In: TRUBEK, David; SANTOS, Álvaro (Ed.). *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 95-173.

- KRUGMAN, Paul. *The Return of Depression Economics*. London: Penguin Books, 2008.
- MILL, John Stuart. *Utilitarianism*. 7th ed. London: Longmans, Green, and Co., 1879.
- PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- POSNER, Richard A. *A Failure of Capitalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.
- POSNER, Richard. *The Crisis of Capitalist Democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2010.
- RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971.
- RAWLS, John. *Justice as Fairness: a restatement*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.
- RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 2005.
- RAWLS, John. *The Law of the People*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.
- RODILLA, Miguel Angel. In: RAWLS, John. *Justicia como equidad*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2002.
- SACHS, Jeffrey. *The Age of Sustainable Development*. New York: Columbia University Press, 2015.
- STIGLITZ, Joseph E. *The Price of Inequality*. London: Penguin Books, 2013.
- STIGLITZ, Joseph. *The Great Divide: Unequal Societies And What We Can Do About Them*. New York: W.W. Norton & Company, 2015.
- STIGLITZ, Joseph; SEN, Amartya; FITOUSSI, Jean-Paul. *Mismeasuring Our Lives: Why GDP Doesn't Add Up*. New York: The New Press, 2010.
- WEBER, Thadeu. *Ética e filosofia política: Hegel e o formalismo kantiano*. 2. ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2009.
- WEDY, Gabriel. *Desenvolvimento sustentável na era das mudanças climáticas: um direito fundamental*. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.



# COSMOPOLITISMO INSTITUCIONAL: UM ANTI-DIÓGENES?

Jânia Saldanha\*

---

## Introdução

Seremos todos cidadãos do mundo? Essa ideia tem uma força onipresente entre nós. Talvez sem pretender, conforme pontuado por Roubineau (2020), Diógenes inaugurou uma longa tradição que permanece até hoje. Sua obsessão é conhecida: vivia em um barril, vagava pelas ruas acompanhado de cães porque negava qualquer vínculo com a *polis*, já que se considerava cidadão do mundo. O cosmopolita mais puro herdeiro de Diógenes faz pouco caso do “Leviatã”, recusa as paixões que o conduziriam ao poder e a toda sorte de fanatismos. Por natureza, como refere Remaud (2015), o cosmopolita é refratário às autoridades e ao *status*.

A filosofia cínica de Diógenes, no entanto, formulou pela primeira vez o ideal cosmopolita e irrigou o pensamento filosófico por séculos até nossos dias. Ao afirmar ser cidadão do Cosmos – o kosmopolitês –, Diógenes repudiava qualquer espécie de instituição. A proposta que se faz no século em curso sobre a elaboração das bases do cosmopolitismo institucional é, desse ponto de vista, a antítese desse Diógenes. No entanto, encontra-se com ele na compreensão de que todos fazemos parte do cosmos.

Vivemos o tempo de uma dupla de “des” que expressa a face binária do mundo global. De um lado as deslocalizações. De outro as destemporalizações. Pela primeira podemos entender o fenômeno da ampla movimentação de atores, fatores e processos que ocupam a geografia do mundo ora livres das fronteiras, ora limitados por elas. Pela segunda podemos entender um conjunto de fenômenos do qual a maior expressão são as comunicações em tempo real, independentemente do espaço, de modo que a aproximação

---

\* Pós-Doutora em Direito do IHEJ, Paris. Doutora em Direito Público da UNISINOS. Professora dos cursos de doutorado, mestrado e graduação em Direito da Escola de Direito da UNISINOS. Advogada.

promovida pela instantaneidade das mesmas dissolve a distância espacial.

Essa dupla face do mundo em que vivemos nos permite a experiência de existências compartilhadas, de vulnerabilidades intensificadas e de riscos potenciais. Um jurista atento e preocupado com esse cenário de tantas transformações pergunta-se qual é o papel do direito e se outra dupla composta pelo direito nacional e pelo direito internacional poderia dar as respostas que buscamos para reduzir o caos e a desordem que bordam o cenário geopolítico desta “nave espacial chamada Terra”<sup>1</sup>, na metáfora mencionada por Dimarch (2016). Ou se em outra via, a do cosmopolitismo, podemos encontrar a saída alternativa para as insuficiências do nacional e do internacional. Esse é o problema que se pretendeu responder com a presente pesquisa. Para alcançar esse intento o “método” utilizado foi o fenomenológico hermenêutico. Ele orientou o diálogo que realizamos com as fontes bibliográficas utilizadas. Nos valem de um conjunto de autores das áreas da ciência política, do direito, da filosofia, das relações internacionais e da sociologia cujos trabalhos centram-se nos temas da justiça global e do cosmopolitismo.

O caminho trilhado para encontrar o cosmopolitismo institucional e propô-lo como uma das alternativas possíveis para enfrentar os riscos globais é de dupla face. Primeiro justificamos a tessitura desse cosmopolitismo (Parte 1). Segundo justificamos as bases para construí-lo (Parte 2).

## **Parte 1: Justificativas para a “tessitura” do cosmopolitismo institucional**

De todas as múltiplas construções teóricas relacionadas ao cosmopolitismo é possível afirmar que esta, a do cosmopolitismo institucional, talvez seja a mais jovem entre elas. Se é assim, o desiderato é encontrar justificativas para que o cosmopolitismo saia do campo da moral e ingresse definitivamente no campo jurídico-político para fomentar alternativas possíveis aos problemas da humanidade que desvelam destinos e riscos comuns. Afinal, no final do

---

1. O texto consiste no resumo da conferência realizada por Peter Sloterdijk no evento Fronteiras do pensamento, em São Paulo no ano de 2016. Ele destaca a menção de Sloterdijk à metáfora construída por Richard Buckminster Fuller na obra Manual de instruções para a nave espacial Terra.

século 18 Kant já fizera o alerta de que o cosmopolitismo não seria filantropia e sim direito. Por tais razões é urgente avançar dos níveis de compreensão que tão-somente o adjetivam abstratamente para percebê-lo no âmbito dos contextos da vida real. Atingir esse objetivo pressupõe fundamentá-lo.

### *O cosmopolitismo adjetivado: do ideal abstrato ao real concreto*

Na obra *Marxismo, orientalismo e cosmopolitismo* Achcar (2015) indica que o cosmopolitismo reaparece nos discursos intelectuais a partir dos anos 90 do século passado. Esse reaparecimento, segundo o autor, adquire uma intensidade sem precedentes em razão da emergência de uma nova era na história do capitalismo global que se posiciona na confluência entre a idade da informação e da comunicação, ou seja, a do desenvolvimento extraordinário da técnica e a do modelo econômico neoliberal.

De fato, o cosmopolitismo tem sido objeto de estudos por especialistas das mais distintas áreas do conhecimento. Sua origem filosófica remota, sua vinculação com a moral, seus contornos jurídico-políticos, sua dimensão sociológica e antropológica são traços que o qualificam e incrementam sua importância para que seja possível compreender e encontrar saídas para os desafios do século XXI que assolam a humanidade e o planeta Terra. Essa multiplicidade de adjetivos nos conduz inevitavelmente a compreendê-lo como cosmopolitismo filosófico, político, jurídico, sociológico, entre outros<sup>2</sup>.

Percebendo as insuficiências das teorias da justiça social, teóricos da justiça global no final dos anos setenta do século XX, recolocaram o cosmopolitismo no âmbito das preocupações filosóficas. Beitz (1999) foi um dos primeiros teóricos da justiça global a implementar esse desafio ao afirmar que seria possível aplicar para além dos contextos nacionais a ideia da posição original desenvolvida por Rawls (2002) em sua teoria da justiça<sup>3</sup>. Essa tese foi criticada por

---

2. Nesse texto não é nosso objetivo mencionar todas as inúmeras correntes teóricas, das mais variadas vertentes do pensamento, que tentam explicar o cosmopolitismo. Assim, nos permitimos aqui citar nosso livro, no qual no detemos com mais vagar sobre algumas das mais importantes dessas teorias (SALDANHA, 2018).

3. A teoria da justiça de John Rawls ficou conhecida em 1971 por ocasião da primeira edição do livro *Uma teoria da justiça*. Embora a pobreza tenha sido o fator principal para que esse autor a construísse, as desigualdades extremas para ele dependem mais de fatores locais, defeitos na economia nacional, corrupção, in-

muitos teóricos e especialmente rejeitada por Rawls cuja teoria não contemplou o plano global.

Nussbaum (1994), no plano da filosofia política, tem sido responsável por dar um importante contributo para destacar o sentido ético do cosmopolitismo. Em 1994, em resposta à apologia feita por Rorty (1994) ao patriotismo e ao orgulho nacional, ela defendeu a pertinência cosmopolita contrária à exclusiva pertinência patriótica. Assim, sugeriu enfaticamente que deveria ser ensinado aos americanos sobre o seu pertencimento ao mundo compartilhado com cidadãos de outros países e não apenas sobre seu pertencimento situado com relação aos Estados Unidos. Tal percepção adquire enorme atualidade neste tempo em que as vozes da população negra e as minorias levantam-se nesse País contra o racismo estrutural<sup>4</sup>. Em 2006, quando Nussbaum (2013) teve publicada a primeira edição do seu livro *Fronteiras da Justiça* ela, sem repudiar a contribuição teórica de Rawls, foi ao encontro do cosmopolitismo kantiano ao reconhecer no mesmo uma abordagem ética normativa das relações internacionais cujo ponto de partida é o reconhecimento de que os seres humanos são moralmente iguais, embora suas diferenças em um mundo desigual. Em seu último livro Nussbaum (2020) não nega a importância da tradição cosmopolita, mas insiste que seu antropocentrismo desconsiderou os animais não humanos.

No campo da ciência política e da filosofia talvez uma das mais relevantes contribuições para atualizar o cosmopolitismo kantiano tenha sido o desenvolvimento feito por Seyla Benhabib (1992; 2005; e 2006, p. 11-44), de uma fenomenologia do juízo moral. Nesse sentido, o cosmopolitismo compreendido pela autora expressaria uma moralidade universalista de princípios e, ao mesmo tempo, seria compatível com juízos morais sensíveis ao contexto. De fato, ao propor o modelo do universalismo de interações ela buscou des-

---

competência das elites e menos do sistema das instituições econômicas e políticas globais. Assim, sua teoria da justiça não se preocupou com os problemas além-fronteiras do Estado-nação. No que diz respeito à seara internacional ele preocupou-se apenas com um mínimo de deveres estatais de prevenir violações massivas de direitos humanos e assistência deixando sem proteção as sociedades pobres ante as formas de dominação do modelo econômico internacional.

4. Este texto é escrito na semana da morte de Georg Floyd ocorrida em 25 de maio de 2020 na cidade de Minneapolis de em que o movimento *Black Lives Matter* está à frente dos protestos que tomaram conta dos EUA contra o racismo estrutural e a violência policial.

fazer o radicalismo da oposição entre universalismo e historicidade e entre uma ética de princípios e os juízos contextualizados.

No domínio da sociologia o cosmopolitismo reaparece, como se sabe, com sentido diferente das aproximações filosóficas. No vasto campo das pesquisas sociológicas frutificaram as adjetivações sendo entre as mesmas as mais expressivas, a do cosmopolitismo subalterno ou emancipatório pensado por Sousa Santos (2015) e o do cosmopolitismo realista preconizado por Beck (2004) decorrente de sua visão cosmopolítica da alteridade, isto é, para ele o outro seria idêntico e diferente. Ora, Beck (2015) fez um esforço de análise para inserir o cosmopolitismo em outra dimensão que não a da cosmopolitização inconsciente da realidade<sup>5</sup>.

No âmbito do direito e da política Daniele Archibugi e David Held (1995), desde os anos noventa do século passado, dedicaram-se a elaborar a teoria da chamada democracia cosmopolita<sup>6</sup>. Os autores defendem a ideia de que o cosmopolitismo deveria exceder o campo da moral e da teoria jurídica para representar e concretizar uma prática política. Essa prática encontraria suporte no cosmopolitismo institucional, ou seja, a expressão das construções cosmopolitas por meio da qual seriam encontradas as condições concretas para que instituições econômicas, políticas e jurídicas possam tirar o cosmopolitismo das luzes, de base kantiana, do campo da moral e da perspectiva teórica do direito fazendo-o ingressar nos fatos do mundo global.

O grande desafio, assim, é tornar o projeto do cosmopolitismo institucional legítimo. O mundo em que vivemos apresenta fundamentos para que isso ocorra. É o que segue.

### *O cosmopolitismo institucional fundamentado<sup>7</sup>*

Intencionamos encontrar fundamentos para o cosmopolitismo institucional partindo de três dimensões de análise. A primeira

---

5. Na entrevista/diálogo com Michel Wieviorka, Beck (BECK, 2015 ) referiu sobre os desafios de definir e situar os termos cosmopolitização e cosmopolitismo. A morte de Beck, em 1º de janeiro de 2015, o impediu de desenvolver o conceito definitivo do que chamou de cosmopolitismo metodológico contrário ao nacionalismo metodológico.

6. Os autores atualizaram as proposições deste livro 20 anos mais tarde (ARCHIBUGI; HELD, 2012).

7. Veja-se as proposições de Louis Lourme (2019, p. 93-108), nas quais nos inspiramos.

que denominamos de simbólica em face da força da tradição que associa a soberania ao poder solitário do Estado-Nação. Para romper com tal força mais simbólica do que real, propomos o modelo de soberania solidária. A segunda é uma razão causal orientada nos riscos e destinos comuns da humanidade. Finalmente, a terceira é uma razão geométrica e temporal porque não apenas o espaço foi encurtado quanto o tempo foi destemporalizado em virtude da autonomia da técnica em relação aos problemas humanos.

*Razão simbólica: a passagem da soberania solitária à soberania solidária*<sup>8</sup>

O tempo, como referiu Elias (1996), é uma instituição social antes de ser um fenômeno físico, por meio do qual sentimos que envelhecemos e uma experiência psíquica, através da qual podemos compreender mais profundamente a existência. Se o tempo é uma construção social é, por isso, uma “questão de poder, uma exigência ética e um objeto jurídico”, como destaca Ost (1999). Esses sentidos nos ajudam a compreender que as instituições criadas pelos homens ora extinguem-se completamente para dar lugar a outras, ora transformam-se, adquirem novos atributos e razões de existir. Acompanham as demandas humanas, os ritmos dos tempos da política e da economia e a urgência dos desastres e das catástrofes. Segundo Rosa (2012), sofrem o impacto da aceleração social do mundo que decorre de uma tripla motivação, qual seja, da aceleração técnica, da aceleração das mudanças sociais e da aceleração do ritmo da vida. Logo, não apenas a visão clássica do Estado que nos foi transmitida, mas o próprio Estado enquanto instituição criada pelo homem sofre menos o impacto do tempo que passa e mais o impacto do tempo como uma instituição social.

A autonomia em relação ao que acontece em seu território, as decisões relativas à sua política exterior, o grau de respeito a direitos cuja proteção deixou de ser uma exigência interna para expressar reivindicações protetivas globais, são alguns indicativos de que as decisões domésticas, no âmbito da administração, da justiça e dos parlamentos podem não estar acobertadas pelo manto da soberania que já não é mais, como outrora pensava-se, absoluta e intransponível. O incremento extraordinário das comunicações, dos deslocamentos humanos e dos fluxos de comércio e de serviços, foi

---

8. Conforme a obra de Mireille Delmas-Marty (2016, p. 136).

acompanhado da formação de redes de interdependência que liga os homens entre si, consolida a humanidade, os bens públicos mundiais e as gerações futuras como novas categorias jurídicas e torna as instituições públicas e privadas, entre elas os Estados, permeáveis aos efeitos e às demandas do mundo globalizado interconectado.

Essa experiência não inédita no curso da história da humanidade, no entanto, adquire *status* peculiar frente ao passado porquanto é a primeira vez que a técnica sofisticada das comunicações e dos transportes tem o poder, como antes referido, de causar des-temporalização e desespacialização. Portanto, se vivemos o prazer de um mundo virtual “sem fronteiras” estamos todos sujeitos aos riscos que produzimos e que assumem, invariavelmente, a feição de riscos comuns. Evitá-los e reduzir seus efeitos não será mais trabalho de um Estado isolado a partir de sua pretensa soberania solitária. A redefinição desse modelo atomizado de soberania é, então, uma exigência dos problemas advindos das interdependências globais, especialmente entre os humanos e o mundo vivente não humano (STENGENS, 2013).

A fina percepção de Delmas-Marty (2011) nos conduz a compreender que vivemos a era dos “deveres sem reciprocidade”. Essa atribuição decorre da passagem da comunidade nacional à comunidade mundial, ou seja, de uma comunidade construída sobre a memória do passado e, a outra, uma comunidade de destino, construída sobre o futuro. Assim, o destino comum da humanidade, de um lado, e os riscos comuns, de outro, se evidenciam ser falsa a ideia de uma trajetória única de evolução pois os contextos locais variam enormemente entre eles, demonstram também que tanto as comunidades nacionais quanto a comunidade internacional possuem objetivos comuns, por exemplo, quanto às questões ligadas ao clima, como mostrou o Acordo de Paris de 2015 e às questões de saúde, como mostra o Regulamento Sanitário Internacional da OMS<sup>9</sup> cuja aplicação orientou os Estados a adotar iguais protocolos para enfrentar a pandemia global da COVID-19 no ano de 2020. É irrecusável, portanto, que ao invés de os Estados perderem sua soberania o que experimentam é a sua transformação em soberania solidária.

---

9. Sobre isso, nos permitimos referir nosso trabalho: O “mundo gripado” da COVID-19. Da globalização do medo ao cosmopolitismo de interação (SALDANHA; OLIVEIRA, no prelo).

Nesse sentido, essa primeira razão trabalha favoravelmente para a criação do cosmopolitismo institucional.

*Razão causal: Os riscos comuns da globalização e o destino comum da humanidade*

Associado à dinâmica dos processos globais que ultrapassam fronteiras está o aparecimento dos riscos também globais, cujas causas são múltiplas, como o terrorismo, as crises sanitárias, ecológicas, econômicas, bélicas, nucleares, entre outras. Como destacou Beck (2006), é verdadeiramente notável a força política dos mesmos na medida em que produzem como principal consequência um efeito “igualizador” e que, por isso, fazem tábula rasa das sociedades de classe transformando-as, todas, em sociedade de riscos. Com isso, Beck pretendeu alertar para o fato de que os riscos são imanescentes ao fenômeno da globalização. De fato, é especialmente devido ao modelo de produção industrial e à desigual produção e circulação da riqueza no mundo, no âmbito do qual as grandes corporações assumem a centralidade, na forma de cadeias de produção espalhadas pelo planeta, que a produção de riscos é sentida de modo particularmente visível.

Assim, o “fenômeno bumerangue” referido por Beck (2006), na era da mais extensa pandemia de que se tem notícia, mostra que os riscos, mais cedo ou mais tarde, afetam a todos e, ironicamente, quem os produz e quem, em geral, ganha com eles. Essa sombria realidade nos compele a construir respostas jurídico-políticas globais. Então, seguramente, essa é uma preocupação cosmopolita na medida em que os indivíduos do planeta, em seu conjunto, sendo potenciais vítimas dos riscos comuns globais, convertem-se nos atores centrais da tomada de decisões concernentes aos fenômenos a que estão expostos. Logo, essa participação decorre do fato de que o cosmopolitismo, desde Kant (2008), surge para regular as relações entre os indivíduos e os Estados e não mais para regular as relações entre Estados entre si e tampouco entre as relações dos indivíduos no interior dos Estados.

É preciso reconhecer, claro, que inúmeras instituições internacionais e os Estados existem justamente para gerir e dar respostas aos riscos globais. No entanto, em face dos limites visíveis das mesmas, como a ainda clássica exclusão dos indivíduos dos espaços decisórios globais, a alternativa do cosmopolitismo institucional é,

visivelmente, complementar. Essa ideia é reforçada pela profunda transformação do *thelos* cosmopolita kantiano centrado na paz para o *thelos* da justiça. Por essa razão é urgente revisitar o “cosmopolitismo de convicção” do final do século XVIII, conforme referenciado por Dupuy (2015, p. 436-438). Retratado na hospitalidade kantiana de caráter voluntário e associada à ideia de que o estrangeiro não pode ser tratado como inimigo ele deve passar para aquele da obrigação cosmopolita que acontecerá por meio do direito.

*Razão geométrica e temporal: a esfericidade da terra e a finitude humana*

Kant (2008) em sua seminal obra *À Paz Perpétua* de 1795 lançou luzes sobre a destinação cosmopolítica do direito reconhecendo a esfericidade de todas as relações na medida em que, se a terra é geometricamente redonda, o espaço onde estamos é limitado e, por isso estamos todos condenados a nos encontrar, a experimentar o mesmo destino e a sofrer os riscos comuns. Nessa percepção é que podemos encontrar a justificativa para entender a máxima de que uma violência praticada contra alguém é por todos sentida em qualquer lugar do planeta.

Por outro lado, essa realidade geométrica intransponível, é replicada pelo peso da evolução da técnica porquanto as comunicações e informações nos permitem conhecer, em tempo real, o que se passa em lugares distantes do planeta. Por essa razão aquilo que antes das redes globais de tecnologias de comunicação e informação era inacessível, hoje não pode ser ignorado. Entretanto, essa enorme facilidade não significa admitir que os indivíduos irão se engajar para que as coisas mudem, embora seu conhecimento sobre as mesmas seja inegável. Em outras palavras, a maior consciência do sofrimento e vulnerabilidade<sup>10</sup> não é condição *sine qua non* de que os níveis de reconhecimento e inclusão aumentem.

Trata-se de perceber que a sedução produzida pelas facilidades dos avanços tecnológicos mostra a que ponto a tecnologia tornou-se autônoma e determinante em relação aos urgentes problemas humanos. Como anteviu com maestria Ellul (2012), se vemos a intensa interdependência de todos os países do mundo, para o

---

10. Nos permitimos citar nosso texto: A vulnerabilidade nas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH): impacto nas políticas públicas e no modelo econômico dos Estados (SALDANHA; BÖHRZ, 2017).

melhor e para o pior, é preciso não esquecer que há aqui uma “solidariedade mecânica obrigatória” e que deriva da “universalização da técnica”. E é justamente esse fenômeno e a coerência do sistema técnico que produzem esta interdependência segundo a qual cada evento repercute em todos os lugares. Ellul (2012) alertou que essa universalidade do sistema técnico, da disseminação ampla de sua identidade, da reprodução das condições de sua existência, não implica na unificação do mundo. Tampouco, para nós, implicaria na unificação do mundo em que assumiríamos inteiramente o compromisso moral com a solidariedade em escala planetária. Amiúde, ocorre o contrário. A recusa dos Estados e dos indivíduos à recepção dos migrantes e refugiados, fundada nos mais diversos tipos de medo e, a manutenção de variadas formas de racismo estrutural e de discriminações de gênero e de etnias praticadas pelos agentes do Estado ou, por particulares, com a sua complacência e estímulo, são relevantes e sempre chocantes demonstrações de que os muros apenas mudaram de performance e de lugar.

O processo de universalização da técnica não contribuiu, necessariamente, para a construção de uma sociedade solidária. Isso porque a própria técnica, entendida enquanto racionalização, pode ser instrumento que operacionaliza situações de dominação, como indicado tanto por Marcuse (1993)<sup>11</sup> como por Habermas (2014). Nesse sentido, recorda-se ainda Horkheimer (2002, p. 27), que mesmo antes já denunciava que no âmbito da sociedade industrial a razão e a linguagem foram reduzidas ao nível do processo industrial: “quanto mais as ideias se tornam automáticas, instrumentalizadas, menos alguém vê nelas pensamentos com um significado próprio”. De uma razão e comunicação automatizadas, colhe-se a indiferença própria de soluções engendradas em escala industrial. Em contraponto, a tese de um cosmopolitismo institucional é artesanal e atenta às subjetividades que a disseminação da técnica globalizada ignora.

Como enfrentar a realidade de que essa “Nave espacial chamada Terra” é limitada e a existência dos seres que sobre ela habitam é finita? De fato, essa não é uma questão menor. Ela nos faz perceber em que condições nossas ações jurídico-políticas podem ser pensadas.

---

11. Eu agradeço imensamente ao orientando de doutorado Lucas P. O de Oliveira pela elaboração do parágrafo que deu origem a essa nota e a seguinte. Ele tem sido um parceiro competente e incansável nos estudos sobre o cosmopolitismo jurídico.

## **Parte 2: Justificativas para construir as bases do cosmopolitismo institucional**

Apresentadas as justificativas para tecer o cosmopolitismo institucional, o desafio que enfrentamos é o de justificar as bases sobre as quais ele poderá ser construído. Tomando-se como referência um quadro doutrinário em construção e em ascensão propomos como possíveis estradas a da democracia cosmopolita que pressupõe a reforma e a criação de instituições globais e, por fim, destacamos a importância da sociedade civil global.

### *Primeira base: democracia cosmopolita e instituições globais*

O projeto democrático poderá servir de base ao cosmopolitismo institucional? Será factível transpor para a esfera das relações globais os standards da democracia? Vinculadas ao modelo democrático estarão as instituições cosmopolitas. Para isso, por um lado, é preciso reduzir os grandes déficits democráticos daquelas que existem e, por outro, ousar pensar criar instituições novas que sejam competentes para dar respostas à emergência de problemas cosmopolitas vinculados às relações dos indivíduos e grupos com os Estados.

### *A democracia em escala cosmopolita*

Como referido anteriormente a primeira e necessária transformação para o avanço do cosmopolitismo institucional está relacionada à superação, em definitivo, do paradigma que colocou o Estado como o único legitimado a decidir. A noção de soberania que sustenta esse modelo de Estado não resiste à exigência de cooperação. O conjunto de instituições internacionais com competência para decidir sobre temas concorrentemente aos Estados fez crescer o impacto do princípio da subsidiariedade.

O modelo dos círculos de solidariedade desenvolvido por Supiot (2010) nos ajuda a perceber que novas formas não apenas de solidariedade, mas também de escalas devem considerar aqueles que estão mais próximos das esferas de decisão, ou seja os que estão nos âmbitos locais e nacionais. Nesse sentido, podemos considerar as experiências locais adotadas pelos gestores municipais em muitas cidades brasileiras durante a crise pandêmica da COVID-19 que determinaram o distanciamento social, impuseram cuidados para evitar a propagação do vírus e prepararam agentes e estru-

turas de saúde para enfrentar a pandemia. Seguramente a adoção dessas medidas em regiões da vasta fronteira do País com os países vizinhos diz respeito às populações locais, mas também concerne aos interesses comuns além das fronteiras do Brasil. Porém, de um lado, as debilidades que invariavelmente enfrentam os poderes locais, provocadas pelo desequilíbrio na distribuição das riquezas e, de outro, as fragilidades que experimentam os poderes nacionais, em virtude das exigências da agenda econômica neoliberal que lhes impõe a adoção de planos de ajustamento estrutural em franco alinhamento com a globalização econômica e financeira, como lembra Delmas-Marty (2011), fazem com que a escala da solidariedade global ingresse no regime da urgência.

O que se quer dizer é que as medidas esboçam que o exercício da soberania não determina mais tão-somente os interesses locais ou nacionais, mas para além das fronteiras geográficas a soberania consiste no reconhecimento de interesses que também são dos outros. Com isso, no modelo cosmopolita a soberania se expressa e denuncia a insuficiência do nacionalismo metodológico. A existência de vários níveis decisórios praticados evidencia, assim, que há graus de soberania em contraste com a pretensão, ainda insistente, que deposita no Estado o monopólio das decisões sobre temas que não dizem respeito à sua exclusiva jurisdição.

A segunda transformação relaciona-se ao principal efeito do princípio da subsidiariedade que é o de conformar-se com vários níveis de decisão relativos a questões comuns da humanidade relacionadas à proteção dos direitos humanos. As escalas decisórias assumem cinco níveis partindo do local, envolve o nacional, o regional, o supranacional e o internacional. Frente a essa estrutura já existente, o grande desafio aos teóricos do cosmopolitismo é o de manter os padrões democráticos em cada um desses níveis e reforçar outras esferas que não unicamente a do Estado.

Assim, a democratização de todos os níveis decisórios no contexto global é a terceira transformação almejada pelos teóricos do cosmopolitismo institucional. Há, ainda, um enorme déficit em todas as instâncias decisórias, as quais convencionou-se denominar esferas de governança. Especialmente, no que diz respeito às questões cosmopolitas que concernem a todos os habitantes do planeta, a democratização da tomada de decisão é o mínimo necessário para fazer face aos desafios que nos são impostos pelos poderes hege-

mônicos globais. Isso pressupõe aprimorar os níveis de democracia no âmbito de funcionamento das estruturas das instituições internacionais. Avançar nessa perspectiva não desprezível significa estabelecer uma esfera genuinamente cosmopolita que tenha condições de possibilidade concretas de dialogar com as outras esferas de ação pública que compõem o quadro da governança mundial.

Esse projeto visa viabilizar, pela primeira vez, uma real participação política da cidadania mundial. Na medida em que vivemos em um mundo interconectado e multipolar, no qual experimentamos experiências comuns, reivindicamos direitos iguais, temos consciência do que não queremos individual e coletivamente, e estamos submetidos aos mesmos perigos e riscos. E se no âmago desse movimento é possível identificar o objetivo comum de evitar injustiças e exclusões, podemos reivindicar o princípio normativo válido para todos da paridade participativa proposto por Nancy Fraser (2013). Ora, se o cosmopolitismo institucional coincide com as demandas por justiça global, a paridade participativa pode traduzir uma visão de justiça que permite remover os obstáculos institucionalizados que impedem, segundo Fraser (2013, p. 751-752), “que certas pessoas participem no mesmo nível com outros, como parceiros plenos”. Assim, a débil ou inexistente participação da sociedade civil global nos níveis decisórios da governança global poderá ser explicada como uma forma de injustiça política ou de má-representação, justamente porque as regras previamente estabelecidas pelo *stablissement* impedem as pessoas e de grupos de participar plenamente, negando às mesmas igualdade de participação nas deliberações públicas que lhe dizem respeito.

### *Instituições globais reformadas e novas instituições*

O cosmopolitismo institucional, como a expressão enuncia, necessita de instituições jurídico-políticas, para existir. O século XX foi aquele em que surgiram numerosas instituições internacionais. Os teóricos do cosmopolitismo acreditam que tais instituições devem ser consideradas para a implementação do modelo cosmopolita institucional. De fato, do ponto de vista da técnica e da estrutura, talvez não será exigido um esforço de imaginação e originalidade para criar novas instituições. Mas é inegável que aquelas que existem devem ser reformadas para que deixem de ser sacrificiais, ou

seja, sua existência depende da exclusão de muitos outros atores da comunidade global nas mesas de negociação.

Archibugi e Held (2012) dedicaram-se exaustivamente a propor caminhos para a prática da democracia cosmopolita. Para ambos, as convenções internacionais que criaram inúmeras organizações internacionais as vinculam a padrões democráticos mínimos na medida em que seu funcionamento está orientado aos princípios do direito internacional. No entanto, destacam a ausência de inúmeras características que compõem a essencialidade da democracia no funcionamento de tais instituições, como é o caso do princípio da igualdade dos cidadãos. Em verdade, para eles, as reformas necessárias de instituições como a ONU, defendidas pelos meios acadêmicos (NORODOM, 2015) e nos debates políticos, até hoje não passam de inspirações. Além disso, é relevante considerar que uma das grandes transformações verdadeiramente esperada é que as organizações internacionais abandonem a posição de subserviência aos governos nacionais e assumam uma condição de verdadeira independência o que poderá transformá-las em instituições chaves da democracia cosmopolita.

Dedicado aos estudos e propostas sobre o cosmopolitismo institucional, Lourme (2020) indica que, em primeiro lugar, deve ser reforçado o papel das instituições que já existem e, em segundo, essas instituições devem aderir à cláusula democrática. Os teóricos do cosmopolitismo insistem que esses atores globais permanecem profundamente antidemocráticos em uma tripla perspectiva: a) quanto aos mecanismos de decisão; b) quanto aos processos de participação e; c) quanto aos modos de funcionamento.

Em um esforço convergente e para fins de exemplificação da reorganização institucional que se pretende sob as lentes cosmopolitas, é possível destacar o trabalho de Cavallaro e O'Connell (2020)<sup>12</sup> que propõem modificações paradigmáticas na atuação do Tribunal Penal Internacional (TPI) a partir da emulação dos sistemas regionais de direitos humanos. Os autores identificam que o TPI não tem conseguido grandes resultados, apesar da sua importância, especialmente em virtude do seu modo de funcionamento. Em vez de centralizar esforços na promoção de processos para responsabilização e prevenção do cometimento de atrocidades em massa, propõe-se ações que pro-

---

12. Eu agradeço ao meu orientando Lucas P. O de Oliveira por essa reflexão extraída da obra de James L. Carvallho e Jamie O'Connell (2020).

movam o diálogo entre os vários *stakeholders* e que contribuam com o engajamento das comunidades locais e internacionais na fase de investigação preliminar, de forma que, se for realmente necessário o processo judicial, essa iniciativa ocorra em meio a um contexto maior que permitirá a sustentação de um legado democrático e de proteção aos direitos humanos mais duradouro e efetivo do que aqueles que se constatarem pela simples pretensão de responsabilização penal, praticada, como via de regra, até agora. Assim, o diálogo interinstitucional, com respeito à existência dos Estados, mas, ao mesmo tempo, com a ampliação dos interlocutores, se revela como uma alternativa viável e concreta que a proposta cosmopolita tem a oferecer para as instituições atuais. O lugar importante do TPI na proposta do cosmopolitismo institucional reforça a proposta de Archibugi; Held (2012) de que as autoridades judiciárias mundiais são importantes motores do cosmopolitismo. Nesse sentido, destacam que a emergência de um sistema mundial de justiça penal é um caminho para tornar o não respeito dos Estados à democracia cosmopolita algo que repercutirá negativamente e de forma custosa para eles próprios.

Sem excluir a necessidade de reformar as organizações internacionais já existentes, o cosmopolitismo institucional estimula esforços para que novas instituições sejam criadas e cuja característica principal seja a inclusão da cidadania mundial. Será essa a diferença essencial reativamente às instituições intergovernamentais, interestatais e supranacionais já existentes. O cosmopolitismo institucional deverá reunir, em escala global e regional, instituições intergovernamentais, como a ONU, o Mercosul e a União Africana e instituições supranacionais com a União Europeia quanto, também, instituições cosmopolitas baseadas na igualdade dos cidadãos, reinstituindo esses últimos da condição de cidadãos de um Estado para a de cidadãos globais. Seria o caso de uma Assembleia parlamentar mundial, seguindo o modelo do Parlamento Europeu, de acordo com os termos de Archibugi; Held (2012) ou de um Parlamento Mundial, conforme Falk (2001), modelos considerados os mais eficazes para reunir as pessoas de todo o mundo para refletir e decidir sobre seus problemas comuns e, em virtude disso, sobre seu destino comum. Também o caso de fóruns democráticos<sup>13</sup> até a criação de um Tribunal Mundial de Direitos Humanos, na proposta de Callejon (2015).

---

13. Boaventura de Sousa Santos (2010, p. 51) indica ser o Fórum Social Mundial, que teve origem em Porto Alegre, no Brasil, a expressão mais bem sucedida de

Eterna ausente das instituições já existentes e em luta para inserir-se nos espaços de decisão da governança global, a sociedade civil global é o ator privilegiado e visibilizado do cosmopolitismo institucional. É o que segue

### *A sociedade civil global*

Um dos objetivos do cosmopolitismo jurídico é o de instituir uma cidadania mundial. Por isso, o cosmopolitismo institucional deve encontrar justificação em outros atores da mundialização além das instituições. Por meio da participação da sociedade civil mundial nas mesas de negociação e de decisão das instituições globais a tão almejada cidadania mundial sairia do plano da teoria para entrar no mundo real.

Um dos aspectos positivos do uso das tecnologias de informação e comunicação consiste no estímulo à organização de grupos de interesses em escala global. Essa enorme possibilidade de organização é forte justificativa para que a participação nas decisões sobre temas de interesse comum a todos seja oportunizada pelas instituições globais. Afinal, o argumento de que a dispersão em distintos lugares e a vinculação a distintas culturas seriam entraves para a organização de indivíduos e grupos além-fronteiras, já não mais subsiste. Esse aumento dos graus de organização reflete-se, por exemplo, na participação massiva das ONGs nos fóruns e nas conferências internacionais

Por outro lado, a União Europeia oferece um exemplo bastante positivo de democracia participativa. O Tratado de Lisboa introduziu a possibilidade de que os cidadãos europeus participem da elaboração de atos legislativos, por meio de projetos de lei de iniciativa<sup>14</sup> popular apresentados à Comissão Europeia. Esse reforço à democracia participativa em novo estilo, embasada no formato da cidadania europeia, tornou possível um espaço de autonomia cívica entre os cidadãos de distintos Estados-membros na medida em que

---

globalização contra-hegemônica e do cosmopolitismo subalterno. Esse, segundo a fórmula de Boaventura, manifesta-se por meio de iniciativas que se constituem em globalização contra-hegemônica.

14. A regra entrou em vigor no ano de 2012 e o projeto de iniciativa popular deve reunir a assinatura de 1.000.000 de pessoas representando sete estados-membros. A previsão está no art. 8º, B, 4, do Tratado de Lisboa de 2007.

são legitimados a participar da elaboração das leis supranacionais em cooperação relativamente a matérias que comuns a eles. Tal experiência pode ser o embrião para a participação da sociedade civil global em contextos políticos mais alargados. Se essa influência for capaz de produzir resultados concretos, poderemos visualizar nesse fenômeno a cosmopolitização do direito supranacional.

Os esforços da sociedade civil global através de múltiplas formas organizativas, para fazer parte dos fóruns e cúpulas globais, concernentes a temas importantes que se relacionam às relações dos indivíduos com os Estados, formulam exigências jurídicas independentes dos pertencimentos nacionais. Trata-se, como afirmou Foessel (2013), de uma democracia sem *Demos*, ou seja, há algo de político que está jogado fora dos Estados ou à sua margem e que convoca aos indivíduos a se declararem cidadãos do mundo. O cosmopolitismo pode, então, articular lutas locais. Por exemplo, as consequências das ações predatórias e omissas de grandes corporações que provocaram, por exemplo, as tragédias de Mariana e Brumadinho, no Brasil, não são diferentes daquela de Bophal, na Índia e daquela de Rana Plaza, em Bangladesh. São fenômenos locais que expressam problemas globais, cujas consequências Seyla Benhabib notavelmente anteviu quando ao apontar para a incompletude do universalismo de princípios situou no contexto dos fatos a medida para encontrar respostas comprometidas com as particularidades de cada evento ou de cada violação de direitos.

Assim, a participação da sociedade civil global, ancorada no cosmopolitismo institucional, consiste na possibilidade real de limitação do poder dos Estados e de grandes corporações e na realização da célebre frase de Hannah Arendt (1989) acerca do “direito a ter direitos” que expressa o direito fundamental de adquirir capacidades jurídicas. Nesse sentido, a própria ideia de cidadania mundial, justamente porque não deriva da natureza, é uma exigência jurídica além fronteiras, como já reconheceu a União Europeia.

### **Considerações finais**

Podemos finalizar dizendo que o cosmopolitismo institucional se apresenta como a expressão mais avançada do cosmopolitismo porque ele está aberto não apenas a que os padrões de democracia conhecidos e experimentados nas esferas nacionais seja transposto para a esfera mundial, mas ele contribui para que seja desenvolvida

uma ótica propriamente cosmopolita, diferente do direito nacional e do direito internacional. Além disso, bem ou mal, no nível mundial já existe a participação de numerosos atores como as organizações governamentais, intergovernamentais, não governamentais e representantes de movimentos da sociedade civil global. E, assim, nas cúpulas e conferências internacionais as decisões deixaram de estar concentradas nos atores tradicionais, ou seja, apenas uma categoria de atores já não pode decidir por todos.

O cosmopolitismo institucional não é colocado por seus defensores como uma proposta que desaguaria em um governo ou em um Estado mundial. Ao contrário, ele tem por objetivo organizar e democratizar as relações entre os distintos atores globais, os processos de interações e os fatores que movimentam a mundialização, sem pretender impor-se hegemonicamente. Para alcançar esse objetivo e nesse aspecto, o cosmopolitismo do século XXI é a antítese de Diógenes que, por considerar-se cidadão do mundo, renegava a *polis* e suas instituições.

É também notável a atualização que ele opera no sentido da hospitalidade kantiana, na medida em que a vincula com a concepção de cidadania mundial e, por essa razão, abre a via para que sejam criadas condições globais que sejam inclusivas relativamente a indivíduos e grupos colocados às margens das proteções dos Estados, dos atores internacionais públicos e privados, como os migrantes, os refugiados, os demandantes de asilo, mas também para que os standards globais protetivos de direitos humanos sejam efetivamente respeitados. Essas são fortes razões para que o cosmopolitismo receba uma tradução institucional.

## Referências

ACHCAR, Gilbert. *Marxisme, orientalisme, cosmopolitisme*. Paris. Sindbad/Actes Sud, 2015.

ARCHIBUGI, Daniele; HELD, David. La démocratie cosmopolitique. Acteurs et méthodes. *Cahiers philosophiques*, n° 128, p. 9-29. 2012/1 Disponível em: <https://www.cairn.info>. Acesso em: 25/05/2020.

ARCHIBUGI, Daniele; HELD, David. *Cosmopolitan Democracy, an agenda for a new world order*. Cambridge: Polity Press, 1995.

ARENDR, Hannah. *Origens do totalitarismo. Antissemitismo, Imperialismo, Totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BECK, Ulrich; WIEVIORKA, Michel. La cosmopolitisation du monde. *Socio* [En ligne], 4, mis en ligne le 22 mai, 2015. Disponível em: <http://journals.openedition.org/socio/1224>. Acesso em: 25/05/2020.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidade*. Barcelona: Paidós, 2006.

BECK, Ulrich. La verité des autres. Une vision cosmopolitique de l'alterité. In: *Cosmopolitiques*, n. 8, Dec. 2004. Disponível em: <https://archive.boullier.bzh>. Acesso em: 29/05/2020.

BEITZ, Charles. *Political Theory and International Relations*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

BENHABIB, Seyla. *El derecho de los otros*. Barcelona: Gedisa, 2005.

BENHABIB, Seyla. *Situating the self. Gender, community and post-modernism in contemporary Ethics*. New York: Routledge, 1992.

BENHABIB, Seyla. The philosophical foundations of Cosmopolitan norms. In: BENHABIB, Seyla et al. *Another Cosmopolitanism: Hospitality, Sovereignty, and Democratic Iterations*. New York: Oxford University Press, 2006. p. 11-44.

CALLEJON, Lucile. Cour mondiale des droits de l'Homme, Cour constitutionnelle internationale. Analyse comparée de deux projets d'inspiration cosmopolitique. In: FROUVILLE, Olivier de. (Dir.). *Le cosmopolitisme juridique*. Paris: Pedone, 2015, p. 329-352.

CAVALLARO, James L; O'CONNELL, Jamie. When prosecution is not enough: how the international criminal court can prevent atrocity and advance accountability by emulating regional human rights institutions. *The Yale Journal of International Law*. Vol. 45, 2020. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu>. Acesso em: 03/06/2020.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Aux quatre vents du monde. Petit guide de navigation sur l'océan de la mondialisation*. Paris: Seuil, 2016.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit (IV). Vers une communauté de valeurs?* Paris: Seuil, 2011.

DIMARCH, Bruno F. *Nave mãe*. s/d. Disponível em: <https://www.fronteiras.com>. Acesso em: 26/05/2020.

DUPUY, Pierre-Marie. Entre le retour à Kant et son dépassement. In: FROUVILLE, Olivier de. *Cosmopolitisme juridique*. Paris: Pedone, 2015.

ELIAS, Norbert. *Du temps*. Paris: Fayard, 1996.

ELLUL, Jacques. *Le système technicien*. Paris: Cherche Midi, 2012.

FLAK, Richard; STRAUSS, Andrew. Toward global Parliament. *Foreign Affairs*. Jan/Fev. 2001. p. 212-220. Disponível em: <https://courses.helsinki.fi>. Acesso em: 25/05/2020.

FOESSEL, Michel. Être citoyen du monde: horizon ou abîme du politique. In: COLLÉGE DE FRANCE. *La vie des idées*. 18 de junho de 2013. Disponível em: <https://laviedesidees.fr>. Acesso em: 04/06/2020.

FRASER, Nancy. Justiça anormal. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. Vol. 108. p. 739-768. jan./dez. 2013 Disponível em: <http://www.revistas.usp.br>. Acesso em: 26.05.2020.

HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como "ideologia"*. Trad. Felipe Gonçalves Silva. São Paulo: Unesp, 2014.

HORKHEIMER, Max. *Eclipse da razão*. Trad. Sebastião Uchoa Leite. São Paulo: Centauro, 2002.

KANT, Immanuel. *À Paz Perpétua*. Trad. Artur Morão. Coleção Textos Clássicos de Filosofia. Universidade da Beira do Interior, Covilhã, 2008. Disponível em: <http://www.lusosofia.net>. Acesso em: 25/05/2020.

LOURME, Louis. Pourquoi le cosmopolitisme institutionnel? In: POLICAR, Alain (Dir.). *Le cosmopolitisme sauvera-t-il la démocratie?* Paris: Classiques Garnier, 2019. p. 93-108.

LOURME, Louis. Quatre observations problématiques à propôs du cosmopolitisme juridique contemporain. In : FROUVILLE, Olivier de. *Le cosmopolitisme juridique*. Paris: Pedone, 2015.

MARCUSE, Herbert. *El hombre unidimensional: ensayo sobre la ideologia de la sociedade industrial avanzada*. Barcelona: Planeta-De Agostini, 1993.

NORODOM, Anne-Thida. La reforme du Conseil de Sécurité: un exemple de démocratisation? In: FROUVILLE, Olivier de. *Cosmopolitisme juridique*. Paris: Pedone, 2015

NUSSBAUM, Martha. *Fronteiras da Justiça*. Deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NUSSBAUM, Martha. Patriotism and cosmopolitanism. *Boston Review*, 01 outubro 1994. Disponível em: <http://bostonreview.net>. Acesso em 26/05/2020.

NUSSBAUM, Martha. *The cosmopolitan tradition. A noble but flawed ideal*. Cambridge/London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2020. p. 236-254.

OST, François. *O tempo do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

RAWLS, John. *O direito dos povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REMAUD, Olivier. *Um monde étrange*. Pour une autre approche du cosmopolitisme. Paris: PUF, 2015,

RORTY, Richard. The Unpatriotic Academy. *New York Times*, 13 de fevereiro de 1994. Disponível em: <https://www.nytimes.com>. Acesso em: 26/05/2020.

ROSA, Armut. *Aliénation et accélération*. Vers une théorie critique de la modernité tardive. Paris: La Découverte, 2012.

ROUBINEAU, Jean-Manuel. *Diogène*. Paris: Puf, 2020.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Cosmopolitismo jurídico*. Teorias e práticas entre globalização e mundialização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SALDANHA, Jânia; BOHRZ, Clara. *A vulnerabilidade nas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH): impacto nas políticas públicas e no modelo econômico dos Estados*. Disponível em: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx>. Acesso em: 25/05/2020.

SALDANHA, Jânia; OLIVEIRA, Lucas P. O. de. Oliveira. *O "mundo gripado" da COVID-19*. Da globalização do medo ao cosmopolitismo de interação. No prelo.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. In: SOUSA SANTOS,

Boaventura de; MENESES, Maria Paula. *Epistemologias do Sul*. São Paulo: Cortez Editora, 2015. p. 49-52.

STENGERS, Isabelle. *Au temps des catastrophes*. Résister à la barbarie qui vient. Paris: La Découverte, 2013.

SUPIOT, Alain. *L'esprit de Philadelphie*. La justice social face au marché total. Paris: Seuil, 2010.

# MULTINORMATIVIDADE COMO TEORIA DO DIREITO: PARA UM UNIVERSALISMO SENSÍVEL

*José Rodrigo Rodriguez\**

---

## **Problema de pesquisa e justificativa**

O pluralismo jurídico é uma visão do direito com origem nas Ciências Sociais que foi incorporada aos estudos de Direito principalmente com a finalidade (1) de descrever a incapacidade do direito estatal oficial de regular a totalidade das relações sociais, por exemplo, em países marcados pela colonização europeia e, mais recentemente, em razão da globalização e (2) de criticar o não reconhecimento e a destruição pelo Estado de direitos não estatais que compõem formas de vida que devem ter direito a existir e se manifestar em sua particularidade.

Apenas recentemente alguns conceitos e resultados desse campo de pesquisa têm sido transformados em instrumentos técnico-jurídicos que podem ser utilizados por organismos jurisdicionais para solucionar conflitos, como no caso dos trabalhos de Robert Cover, Brian Tamanaha, Paul Schiff Berman e Klaus Günther. Ou seja, apenas recentemente os conhecimentos produzidos pelo pluralismo jurídico têm sido utilizados para refletir sobre possíveis transformações das instituições do Direito ocidental, processo que Franz L. Neumann considerava essencial para a sobrevivência do estado democrático de Direito.

Afinal, como tenho mostrado em vários de meus escritos, a naturalização e a perversão das instituições democráticas estão entre as principais maneiras de impedir que novos conflitos sociais assumam a forma de problemas jurídicos que põe em questão a distribuição de poder vigente nas sociedades contemporâneas.

---

\* Doutor em Filosofia pela UNICAMP, Mestre em Direito pela USP e Professor de Graduação, Mestrado e Doutorado da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS/RS/Brasil, Pesquisador do CEBRAP/SP/Brasil. E-mail: [jrodriguez@unisinos.br](mailto:jrodriguez@unisinos.br).

Inspirado no trabalho destes autores, este projeto de pesquisa que será desenvolvido no PPG da UNISINOS durante os próximos anos pretende desenvolver uma visão de racionalidade jurisdicional que considere como elemento central as decisões a respeito de conflitos entre ordens normativas, tarefa que exigirá pensar para além do debate teórico contemporâneo, que gira ao redor do debate entre Hart e Dworkin e, para dialogar com a tradição brasileira, em torno do capítulo final da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen.

Pois decisões a respeito de conflitos entre ordens normativas não são decisões que interpretam e aplicam, normas jurídicas, não são decisões a respeito de regras ou de princípios de uma mesma ordem jurídica. São decisões *jurispáticas* (Robert Cover) ou seja, decisões que destroem direitos e podem, no limite, eliminar ordens jurídicas inteiras ou eliminar formas de vida e formas de ser (indivíduo) no interior de uma mesma ordem jurídica.

Por esta razão, é necessário desenvolver uma nova visão da racionalidade jurisdicional para lidar com este tipo de problema, projeto que Robert Cover deixou insinuado em suas críticas em notas de rodapé a Ronald Dworkin, mas que infelizmente não teve tempo de desenvolver, em razão de seu lamentável falecimento precoce.

Além disso, este projeto pretende contribuir para mostrar as implicações filosóficas de uma eventual transformação da racionalidade jurisdicional, ou seja, suas implicações para refletir a respeito do papel do direito no mundo contemporâneo de um ponto de vista normativo. Quanto a este ponto, trata-se de mostrar a relevância da multinormatividades para a realização da democracia, em diálogo com o conceito de “senso de adequação” de Klaus Günther que propõe correções a uma visão excessivamente abstrata da moral e do direito.

Nesse sentido, este projeto irá argumentar que uma concepção multinormativa de direito deve ser fundamentada em um universalismo sensível e, por isso mesmo, policêntrico que abra a possibilidade de uma gestão universal do direito, como queria Kant em “A Paz Perpétua”, mas sem a necessidade nem de um estado nacional, nem de uma federação de Estados, nem de uma jurisdição mundial. Isto porque, ao assumir que vivemos em meio a uma multiplicidade de ordens jurídicas em conflito, rompemos com a ideia

de que a racionalização do direito implique, necessariamente, na construção de instituições unitárias, totalizantes, cujo objetivo seja impor padrões de comportamento uniformes para todas as pessoas.

Este projeto de pesquisa irá defender, portanto, que a racionalização do direito não precisa ter forma unitária. Ela pode se desenvolver em formas institucionais policêntricas e marcadas por órgãos jurisdicionais igualmente policêntricos, ou seja, característicos de ordens normativas jurídicas que atuam lado a lado e assumem, cada um em seu contexto, um ponto de vista universal para lidar com seus problemas jurídicos. Neste ponto, em diálogo com o conceito de “senso de adequação” de Klaus Günther e sua apropriação dos escritos de Carol Gilligan, defenderemos a possibilidade de construir um universalismo moral e uma racionalidade jurídica sensíveis e policêntricas.

Este projeto irá mostrar também que a multinormatividade é útil para construir uma nova concepção da modernidade que aponte para a convivência entre formas de vida comunitárias e formas de vida igualitárias sob o estado democrático de direito. Neste ponto, trata-se de levar a sério as críticas multiculturalistas e as críticas de estudiosos de religião ao conceito de racionalização e de progresso, por exemplo, Charles Taylor, Peter Berger, Gayatri Chakravorty Spivak e Amy Allen.

Para uma visão unitária do problema, a convivência entre direito racional e experiências comunitárias só é possível pressupondo, no limite, a conversão de todas as pessoas ao registro do debate racional em uma esfera pública esclarecida. Mas o fato é que os participantes de formas de vida comunitária não desejam viver, ao menos não completamente, sob a égide da razão e das instituições democráticas. E a sua participação na esfera pública pode se dar não com fundamento em argumentos, mas, por exemplo, em busca da conversão religiosa das pessoas. Nesse sentido, a exigência de racionalidade como condição necessária para participar da esfera pública implica na negação desta forma de vida.

Praticantes de algumas religiões, membros de comunidades tradicionais, nacionais de determinados países e pessoas envolvidas em experiências de autogestão desejam poder dar continuidade a suas tradições e narrativas de autodefinição à salvo da racionalização e do universalismo abstrato representada pela linguagem

de uma visão radical do direito racional sem sentir que as suas formas de vida estejam constantemente ameaçadas de destruição pela racionalização.

Parte dos conflitos enfrentados pelas democracias contemporâneas está relacionada a este tipo de problema. Nesse sentido, este projeto irá perguntar se é possível pensar em instituições multinormativas que permitam a reprodução livre de experiências comunitárias, sem prescindir das ideias de democracia e de estado de direito. Instituições que garantam que todos os indivíduos serão livres para definir a si mesmos, mesmo que sua autodefinição não siga padrões racionais e esteja relacionada a permanência de formas de vida comunitárias.

### **Análise do problema de pesquisa: O direito das ordens normativas jurídicas em conflito**

Para oferecer uma boa resposta a nosso problema de pesquisa é necessário desenvolver uma visão de Direito capaz de oferecer (1) uma concepção da sociedade como “multinormatividade” (GÜNTHER, 2016) ou marcada pelo “hibridismo normativo” (BERMAN, 2012) para além do Estado nacional e (2) critérios de demarcação para identificar, dentre as diversas ordens normativas, aquelas que devem ser consideradas *simultaneamente* ordens normativas jurídicas.

Os critérios de demarcação entre ordens normativas devem levar em conta não as características de suas normas, a existência ou não de estruturas especializadas para interpretar e aplicar o direito ou a existência de normas abstratas de reconhecimento, mas sim (a) a percepção das pessoas envolvidas em conflitos entre ordens normativas jurídicas, ou seja, o fato de que pessoas declarem diante das autoridades judiciais estarem divididas entre normas jurídicas que determinam simultaneamente a realização de ações incompatíveis entre si (TEUBNER, 1996; TAMANAHA, 2008).

Em alguns casos, (b) tais percepções podem semostrar *dilacerantes das*, ou seja, caracterizadas pela disposição dramática de “arriscar seu corpo” em razão do conflito entre ordens jurídicas (COVER, 1992), pois tal conflito representa um obstáculo para o processo de “autodefinição” da identidade das pessoas envolvidas (COLLINS, 2008).

## *Uma jurisdição sensível*

A partir desta visão multinormativa da sociedade, ou seja, a partir do reconhecimento de que vivemos sob efeitos jurídicos simultâneos de ordens normativas jurídicas diferentes, efeitos transnacionais e transpessoais, é preciso desenvolver (3) uma concepção sensível (GÜNTHER, 1993) e, por isso mesmo, policêntrica de Jurisdição (TEUBNER, 1996). Ou seja, uma concepção de jurisdição (a) preocupada com as características singulares de cada caso concreto e que perceba (b) que os mecanismos de solução de conflitos das várias ordens normativas jurídicas tomam, simultaneamente, decisões jurispáticas (COVER, 1992), ou seja, decisões capazes de destruir uma das ordens normativas em conflito ou destruir formas de vida e formas de ser – indivíduo – no interior de uma ordem normativa.

Esta visão de jurisdição deve ser *sensível*, ou seja, preocupada em esgotar toda a complexidade do caso concreto. Como mostra Klaus Günther (1993), em diálogo estreito com Carol Gilligan (1992), a jurisdição deve decidir, em primeiro lugar, se as normas jurídicas de uma determinada ordem normativa são adequadas ou não para solucionar cada concreto, pois sua complexidade tende a exceder as situações de aplicação antecipadas pelo Legislador.

Klaus Günther não esclarece como uma jurisdição pensada desta maneira deveria operar, ou seja, quais são os procedimentos adequados para reunir o máximo de informações possíveis a respeito dos casos concretos. Neste ponto, este projeto pretende conferir mais concretude a esta ideia combinando as reflexões de Günther com as ideias de Owen Fiss (2003) a respeito da jurisdição estruturante, de Roberto Gargarella (2019) a respeito dos diálogos institucionais e a produção brasileira a respeito da utilização de audiências públicas e do *amicus curiae* pelo Supremo Tribunal Federal, por exemplo, o trabalho de Miguel Godoy (2017).

Além disso, parece interessante também pensar o conceito de “senso de adequação” à luz das pesquisas sobre a ideia de méis (DÉTIENEE; VERNANT, 2018), alguns escritos recentes de Richard Sennett (2008, 2012) sobre artesanato, algumas diálogos com os escritos de Aristóteles (AUBENQUE, 2014; VILLEY, 2014a, 2014b, FERRAZ JR, 2014; TAXI, 2018), os escritos de Iris Murdoch (2013) e sua concepção sensível de bem e os escritos de Eric Landowski (1997, 2005), especialmente a ideia de “ajustamento” que parece

se aproximar muito do que o teórico brasileiro Muniz Sodré (2017; 2019) chama de “pensar nagô” para se referir por exemplo, a maneira pela qual as religiões de matriz africana buscam compatibilizar as suas crenças com as crenças de outras religiões.

Na visão de Klaus Günther, portanto, a diferença entre legislação e jurisdição não é de natureza, mas sim de função. Em face de uma sociedade complexa e dinâmica, o legislador procura antecipar situações de aplicação quando cria normas gerais abstratas. De sua parte, a jurisdição deve buscar esgotar toda a complexidade do caso concreto, pois a complexidade e a dinâmica vertiginosa das mudanças sociais fazem com que as normas jurídicas se mostrem extremamente frágeis. Afinal, assistimos ao surgimento constante de novos conflitos sociais e novos problemas jurídicos a par da permanente contestação das normas postas pelos agentes sociais. Daí a necessidade dessa atividade circular de teste, reexame e reafirmação constante da adequação das normas em face dos casos concretos, ou seja, do estado das lutas sociais que se expressam no direito (RODRIGUEZ, 2019).

A despeito dessa ideia não estar explícita na obra de Klaus Günther, é evidente o senso de adequação de que fala o autor deve incluir a sensibilidade para a presença de conflitos entre ordens normativas diversas, não apenas a sensibilidade para conflitos entre destinatários de uma mesma ordem normativa jurídica estatal. Afinal, esta informação faz parte do processo de compreensão de toda a complexidade do caso concreto.

Pode-se dizer o mesmo a respeito de sua pertinência para descrever o funcionamento ótimo de uma multiplicidade de jurisdições atuando em diferentes ordens normativas ao mesmo tempo. Afinal, uma multiplicidade de jurisdições peculiares a cada ordem normativa, lidando com as diversas formas de vida estarão mais aptas para compreender as peculiaridades dos casos concretos que enfrentam.

Mas para que esta visão da jurisdição seja compatível com o conceito de estado democrático de direito, para que ela não se torne apenas uma apologia ou descrição da fragmentação da sociedade, é preciso demonstrar a possibilidade e as vantagens de uma gestão universal não unitária do direito para além do Estado nacional e prescindindo da ideia de um Estado ou de uma jurisdição mundial.

Ou seja, é preciso imaginar uma gestão universal policêntrica do direito, fundada em um universalismo sensível e, por isso mesmo, multinormativo, em que as diversas jurisdições utilizem de uma mesma linguagem e, eventualmente, dialoguem entre si. Um diálogo que pode acontecer, por exemplo, no corpo de suas decisões, por meio da participação de pessoas interessadas ou de representantes de outras ordens normativas em seus processos decisórios, a partir de consultas ou da interpelação de uma ordem normativa por de decisões de ajustamento por reenvio ou por negação tomadas por outras ordens normativas, ainda, por meio da pesquisa em direito que se tornará, neste caso, um importante instrumento de democratização e ajustamento. A lógica do “ajustamento”, portanto, não é exclusiva dos organismos judiciais. Deve ser praticada também por outros organismos voltados à reflexão e a tomar decisões.

Mencionamos acima que as ordens normativas jurídicas produzem efeitos jurídicos simultâneos e policêntricos, transnacionais e transpessoais, pois tais ordens normativas produzem efeitos (a) para além dos estados nacionais e, (b) simultaneamente, sobre os mesmos indivíduos, ou seja, produzem efeitos sobre pessoas de direito sujeitas a mais de uma ordem jurídica ao mesmo tempo. Afinal, uma pessoa de direito pode pertencer ou simplesmente sofrer os efeitos de mais de uma ordem normativa jurídica ao mesmo tempo.

### *Classificação das ordens normativas jurídicas e tipos de conflito*

Em razão destes fenômenos, é preciso também (4) construir critérios para diferenciar as espécies de ordens normativas jurídicas para que sejamos capazes de identificar a espécie de conflito que podem ocorrer entre elas. A análise destas espécies de conflito vai nos ajudar a demonstrar a utilidade desta visão do direito para solucionar uma série de problemas sociais contemporâneos. Nesse sentido, parece interessante diferenciar ordens normativas jurídicas “totais” das “parciais” e ordens normativas “existenciais” das “técnicas”.

As “ordens normativas jurídicas totais” são aquelas que tendem a regular todos os aspectos da vida das pessoas. Por isso mesmo, elas tendem a entrar em conflito com outras ordens normativas, totais ou parciais. Por exemplo, o direito do Estado nacionais e ordens normativas jurídicas de comunidades. De sua parte, as “ordens normativas jurídicas parciais” regulam apenas aspectos da

vida das pessoas e, a princípio, são compatíveis com diversas outras ordens normativas, totais ou parciais, atuando em sentido transversal a todas elas.

As “ordens normativas jurídicas existenciais”, de sua parte, são aquelas cujas normas ajudam a compor a identidade de seus destinatários, ou seja, formam narrativas de valor existencial, parte integrante de sua autodefinição em processo. Conflitos que envolvam esta espécie de ordem normativa tendem a ameaçar sua legitimidade e sua existência, pois provocam experiências de dilaceramento ao colocar em risco o modo de viver e o modo de ser das pessoas envolvidas. Em minha terminologia, são experiências que geram o risco de desumanização jurídica.

Por esta razão, suas normas não são intercambiáveis, ou seja, não podem ser simplesmente substituídas por outras, muito menos contra a vontade de seus destinatários. Por exemplo, podemos citar o direito indígena, o direito judaico, o direito do povo de terreiro, o direito do Estado nacional e o direito de experiências de autogestão comunitárias.

De outro lado, as “ordens normativas jurídicas técnicas” são aquelas destinadas a regular e a solucionar problemas técnicos de natureza variada; ordens normativas criadas com fundamento em critérios estritamente funcionais. Por isso mesmo, os conflitos que envolvem esta espécie de ordem normativa tendem a atingir apenas interesses patrimoniais das pessoas ou os seus projetos despidos de significado existencial.

Estas normas são, portanto, intercambiáveis, ou seja, podem ser substituídas por outras mais eficientes ou consideradas mais adequadas para atingir seus objetivos. Por exemplo, podemos citar as assim denominadas *lex mercatoria*, a *lex digitalis*, a *lex FIFA* e experiências de autogestão de problemas econômicos, várias delas estudadas por Elinor Ostrom (2009, 2015).

Ademais, parece razoável afirmar que ordens normativas jurídicas totais combinem conteúdos de teor existencial com conteúdos de teor técnico. Também faz sentido dizer que ordens normativas jurídicas parciais podem ser classificadas como existenciais ou técnicas. Por exemplo, o direito do Estado nacional claramente possui setores existenciais e setores meramente técnicos que podem, inclusive, serem substituídos por ordens normativas jurídicas técnicas

transnacionais. Assim ao invés de uma regulação estatal e nacional da Internet cria-se a *lex digitalis*, uma ordem normativa jurídica parcial e técnica que substitui esta regulação e atua em sentido transversal em relação a ela.

Ordens normativas jurídicas parciais podem ser também existenciais ou não, por exemplo, o Direito Canônico. Tal direito é aplicável a todos os católicos ao redor do globo e é compatível com ordens normativas totais ou parciais que não considerem a religião como um de seus elementos centrais. Por isso mesmo, o Direito Canônico e outros direitos semelhantes também podem funcionar no sentido transversal, tanto em nível transnacional quanto em nível transpessoal.

A partir destes pares conceituais, podemos imaginar a ocorrência de diversos tipos de conflito e antecipar seus possíveis efeitos, sempre tomando como referência a percepção das pessoas que estão envolvidas nele. É essa percepção que, no limite, irá definir o caráter “técnico” ou “existencial” das ordens normativas em conflito. Assim, por exemplo, conflitos entre duas “ordens normativas jurídicas totais e existenciais” tendem a causar percepções de dilaceramento no mais alto grau para as pessoas envolvidas. Por isso mesmo, tais conflitos parecem ter grande potencial para justificar atos violentos e para promover experiências de desumanização.

Pode-se dizer o mesmo a respeito de conflitos que envolvam qualquer ordem existencial ou conteúdo existencial de ordens normativas jurídicas quaisquer. De sua parte, conflitos que envolvam ordens técnicas ou que envolvam aspectos técnicos de ordens normativas totais ou parciais podem ser resolvidos sem percepções de dilaceramento, sem risco de desumanização, com a utilização de critérios utilitários ou pragmáticos. Assim, como se vê, cada espécie de conflito figura determinados problemas sociais e exige das autoridades competentes diferentes estratégias de *ajustamento* entre as ordens normativas jurídicas em conflito.

Outra classificação relevante que utilizei em escritos anteriores, por exemplo, no meu livro “Direito das Lutas”, é a distinção entre ordens normativas jurídicas autárquicas e ordens normativas jurídicas democráticas. Esta distinção ajuda a identificar ordens normativas que criam normas sem levar em conta ou não a vontade

e os interesses dos destinatários de suas normas e das pessoas afetadas por elas.

Também neste livro, trato das ordens normativas autárquicas como uma estratégia de “perversão do direito”, ou seja, a realização de atos autárquicos sob a aparência de atos em acordo com o estado democrático de direito. Neste caso específico, o ajustamento entre ordens normativas deve assumir a forma de ajustamento por negação.

### *Modelos de solução de conflitos entre ordens normativas*

Os critérios de classificação das ordens normativas jurídicas permitem refletir sobre os tipos de conflito que ocorrem entre elas e sobre os seus possíveis efeitos. Uma jurisdição sensível deve enfrentar tais conflitos buscando um bom *ajustamento* entre as ordens normativas jurídicas envolvidas, levando em conta suas compatibilidades e incompatibilidades e a eventual necessidade de destruir a totalidade ou aspectos da ordem jurídica antagonista.

Tal *ajustamento* – uma ideia de Eric Landowski (2005) que me parece útil para dar mais corpo ao conceito de “senso de adequação” de Klaus Günther – produz sentido jurídico na interação entre as ordens jurídicas e o organismo decisório, sem pressupor, como vimos, a pertinência das normas jurídicas já existentes para solucionar o caso. Por isso mesmo, esta atividade pode, no limite, criar a norma jurídica adequada para solucioná-lo.

Ainda com inspiração na obra de Landowski (1997), podemos falar em quatro maneiras de figurar a alteridade. O autor menciona a “assimilação” e a “exclusão”, de um lado, e a “admissão” e a “segregação” de outro, modelos para a figuração da alteridade que podem ser traduzidos para a linguagem do Direito. Tal tradução tem a finalidade de transformá-los em padrões decisórios destinados a solucionar conflitos entre ordens normativas jurídicas com senso de adequação.

Assim, falar em “admissão” pode apontar para decisões que visem fundir ordens normativas jurídicas, ou seja, transformar ordens normativas diferentes em uma só. Este modelo de solução de conflitos, historicamente, tem se revelado violento, por exemplo, no caso de ordens existenciais, cujo principal exemplo é o tratamento dado a povos originários e imigrantes pelas ordens normativas jurí-

dicas de diversos Estados nacionais. Mas esta forma de ajustamento pode ser muito útil para lidar com ordens normativas técnicas. Seja como for, em todos estes casos, podemos dizer que as ordens normativas sofrem “ajustamento por fusão”.

Já o modelo de exclusão não pretende fundir as ordens normativas, mas também não estabelece nenhuma interação entre elas. Este modelo procura manter, a todo custo o isolamento entre as diversas ordens normativas, sem permitir que elas se transformem pela interação umas com as outras. O ajuste aqui se dá com a utilização de instrumentos que garantam o seu isolamento como a aplicação das normas de uma delas como se a outra não existisse. Neste acaso, podemos falar de um “ajustamento por indiferença”.

De sua parte, o modelo da admissão é aquele que toma uma ou mais normas de uma ordem normativa diferente como se fosse sua, garantindo a sua execução com a utilização de seus aparelhos coercitivos. Não se trata de uma fusão entre ordens normativas, mas sim da admissão de sua existência, do reconhecimento explícito de seu caráter jurídico e da permissão de um uso partilhado de suas instituições. Neste caso, há um alinhamento moral e jurídico entre as ordens normativas, que sofrem um “ajustamento por sobreposição”.

Finalmente, o modelo do isolamento também reconhece o caráter jurídico de normas produzidas por outras ordens normativas, mas reenvia a solução para o seu direito, sem permitir o uso partilhado de suas instituições. Neste caso, haverá uma discordância moral entre as ordens normativas, ainda que mantido o respeito entre as suas jurisdições com o reconhecimento da validade de seu direito, procedimento que caracteriza um “ajustamento por reenvio”.

## **Implicações filosóficas: para uma nova visão da modernidade**

### ***Crise da Democracia e Multinormatividade***

Muitos autores afirmam que estamos vivendo uma crise da democracia representativa. Tal crise parece ameaçar a sobrevivência do regime democrático em diversos países ocidentais e está relacionada a uma série de fatores.

Em primeiro lugar, podemos mencionar o processo de globalização que se intensificou a partir da década de 90 do século pas-

sado e encorajou a criação de uma série de empresas e ordens normativas transnacionais capazes de produzir normas obrigatórias e realizar negócios fora do alcance do poder dos Estados. Como mostrou Wolfgang Streek (STREEK, 2017) este fenômeno está corroendo a base tributária dos estados nacionais que hoje são incapazes de cobrar impostos de todas as atividades que afetam seus habitantes. Desta forma, os Estados estão tendo muita dificuldade em manter e criar políticas públicas na mesma velocidade das demandas sociais. Esta é uma das explicações para o crescimento das desigualdades ao redor do mundo.

Podemos mencionar também a intensificação dos conflitos na esfera pública nacional em razão da atuação de grupos religiosos e identitários radicais que parecem ter rompido com um determinado padrão de civilidade que foi vigente durante parte do século XX. Como mostra Teresa M. Bejan (2017), é hoje cada vez mais comum que o debate na esfera pública seja marcado por uma linguagem violenta, repleta de insultos e acusações, algumas delas de veracidade muito duvidosa. Uma série de grupos religiosos tem adotado uma linguagem pública claramente evangélica, voltada para a conversão das pessoas e não para estimular uma troca democrática de argumentos racionais. Em razão disso, a esfera pública perde em racionalidade e ganha um caráter mais agressivo e agonístico.

Outro fator que contribui para enfraquecer a democracia nos últimos anos foram críticas pós-coloniais e descoloniais articuladas por diversos autores para evidenciar os aspectos padronizantes e etnocêntricos da imposição do regime democrático a diversas regiões do Globo. A defesa de um padrão institucional abstrato, descontextualizado, para resolver os problemas de todas as partes do mundo ignora as dinâmicas locais especialmente a originalidade dos arranjos políticos e jurídicos dos diversos povos ao redor do mundo (CHAKRABARTY, 2007; SPIVAK, 2012).

A partir desses problemas é preciso refletir se ainda vale a pena apostar na democracia e, mais do que isso, em que tipo de democracia valeria a pena apostar. Uma defesa normativa da democracia se justifica por três pontos principais.

Em primeiro lugar, a democracia permite que as pessoas sejam ao mesmo tempo autoras e objeto das normas jurídicas, ou seja, inclui a possibilidade de auto-legislação. Isso significa que tal regi-

me precisa responder aos desejos e interesses das pessoas para ser considerado legítimo. Em uma democracia o poder não pode agir de maneira autárquica, completamente unilateral, sem controle dos cidadãos.

Em segundo lugar, a democracia considera todas as pessoas iguais e com direito a voz na produção das normas que regulam a sua vida. Uma democracia é, por definição, não hierárquica e fundada na autonomia das pessoas. Ou seja, as pessoas não são obrigadas a obedecer a regras tradicionais ou religiosas, toda e qualquer regra deve passar pelo crivo da autonomia dos cidadãos.

Finalmente, um estado de direito democrático é dotado de instrumentos de regulação estatal e de instrumentos de regulação social. Isso significa que este regime permite a criação de normas jurídicas obrigatórias fora do Estado.

Tenho me referido a isto como a “dupla gramática do direito ocidental”: (1) a gramática da regulação (ou das regras) e (2) a gramática da regulação social. Este ponto é crucial para o meu argumento. Ao contrário do que afirmam determinadas posições críticas à democracia ocidental, esta tradição político-jurídica já possui instrumentos para criar um regime político que permita a convivência de uma série de ordens normativas em um mesmo espaço social.

O direito democrático não precisa, assim, necessariamente, organizar-se na forma de um Estado Nacional unitário e dotado de um povo homogêneo que é ouvido pelo poder político por meio de seus representantes. O direito democrático pode ser organizado como uma série de mecanismos procedimentais capazes de lidar com conflitos entre ordens normativas plurais que se desenvolvem autonomamente e procuram estabelecer padrões de convivência não violenta.

Para que algo assim seja imaginável, este projeto defende que temos que deixar de lado a imaginação institucional que gira em torno das ideias de Estado, povo e território (BARTELSON, 2001; GLENN, 2013; DELSOL, 2015). Precisamos pensar um estado de direito democrático engajado em coordenar ordens normativas plurais, as quais podem corresponder a comunidades políticas diferentes, a atividades negociais, técnicas e culturais variadas. Algumas delas dotadas de fontes próprias de produção de normas jurídicas, mecanismos próprios de solução de conflitos e instrumentos pró-

prios para garantir que as pessoas participem da criação de suas normas, ou seja, mecanismos próprios de legitimação democrática.

### *Fundamentar a multinormatividade*

Uma visão multinormativa do direito, portanto, precisa: (a) admitir a existência de problemas insolúveis, incapazes de serem resolvidos pelo consenso entendido como concórdia, (b) desenvolver uma moral sensível que não aponte para um possível consenso ou para uma possível concórdia entre os cidadãos permanentemente em conflito, sem abrir mão de uma perspectiva universalista, (c) desenvolver uma visão das instituições para além do Estado Nacional, garantindo a uma série de grupos em conflito o direito a uma ordem normativa própria, reconhecida como jurídica, ao lado do Estado e (d) pensar a democracia para além do padrão ocidental, incorporando a reflexão vinda de outras partes do mundo.

Este projeto de pesquisa parte do pressuposto de que a ideia de multinormatividade pode nos ajudar a pensar boas soluções para todos esses problemas. Por isso mesmo, a multinormatividade compreendida como desenho institucional deve ser justificada por argumentos que afirmem a existência de diversas ordens normativas em conflito como elemento importante para a democracia. Argumentos que sustentem que a importância da convivência entre múltiplas ordens normativas e as suas múltiplas justificativas.

Neste ponto, como mencionei acima, este projeto irá dialogar com o conceito de “senso de adequação” de Klaus Günther, interpretado à luz de seu diálogo com os escritos de Carol Gilligan.

Tal possibilidade de convivência, a meu ver, garante a uma série de grupos sociais a possibilidade de reproduzir um mundo normativo e jurídico próprio, aliviando-os do “stress democrático”, ou seja, das constantes ameaças à diluição de suas experiências de auto-justificação nas interações com os demais agentes sociais. Como mencionado na primeira parte deste projeto, conflitos que envolvam ordens normativas jurídicas existenciais são dilacerantes, pois põem em risco formas de viver e de ser ao criar obstáculos significativos para a autodefinição das pessoas.

Este risco já havia sido detectado por Kant (2012). Na segunda parte da “Fundamentação da Metafísica dos Costumes”, Kant critica John Stuart Mill que sustentava que as ideias morais são sele-

cionadas pela interação entre as pessoas de uma sociedade ao longo do tempo. Para Mill, o teste do tempo escolhe as ideias morais mais adequadas para as diversas sociedades. Ora, afirma Kant, a racionalidade não é algo que se desenvolva em harmonia com a natureza. Ao contrário, como afirma o autor, se Deus desejasse promover o desenvolvimento tranquilo da humanidade ele jamais teria dotado o homem de razão. A razão gera os mais variados inconvenientes para as pessoas, pois ela é praticada contra a suposta ordem natural das coisas, em tensão permanente com o mundo sensível.

Em “O Conflito das Faculdades”, em face dos riscos políticos de uma racionalidade que questiona tudo, que põe tudo em dúvida, Kant busca um equilíbrio entre Direito, Teologia e Filosofia. Para Kant, Religião e Direito devem conter o potencial radical da razão iluminista. O esclarecimento deve avançar aos poucos, orientada pelo uso público da razão por especialistas. Caso contrário, a razão poderá provocar desordem ao justificar a desobediência a leis injustas e alimentar o questionamento das regras tradicionais da religião (KANT, 1991).

Para que um arranjo institucional multinormativo democrático seja possível e efetivo, será necessário contar com mecanismos variados de solução de conflitos, internos e externos às ordens normativas, além de uma série de mecanismos de legitimação democrática e de diálogo entre as diversas ordens normativas. Vou falar um pouco de cada um desses elementos a partir de um exemplo, a saber, o conhecido conflitos entre o direito brasileiro e os seguidores das Testemunhas de Jeová.

Em um artigo recente, escrito em coautoria com meu orientando Maurício Flores, sugerimos que não devemos classificar os problemas relacionados as pessoas Testemunhas de Jeová como um conflito entre regras ou princípios constitucionais, mas sim como um conflito entre ordens normativas diferentes que merecem ser tratadas como ordens normativas jurídicas, a saber, o direito brasileiro e o direito das Testemunhas de Jeová.

Esta abordagem do problema, a partir do ponto de vista do direito brasileiro, parte do pressuposto de que, em um regime democrático as pessoas devem ter o direito de viver em um “mundo jurídico” próprio e em um “nomos” próprio, como diria Robert Cover para que sintam que sua identidade pode se manter e se trans-

formar em conformidade a certas matrizes culturais que permanecerão sob o controle relativo daquele grupo específico.

No caso, defendemos que, quanto a pessoas maiores e capazes, o direito brasileiro deveria reenviar a solução do problema ao direito das Testemunhas de Jeová. Já no que diz respeito a pessoas menores incapazes sob tratamento médico, a solução seria um ajustamento por negação, o que significaria ignorar as normas do direito das Testemunhas de Jeová e aplicar o direito brasileiro. Qualquer outra solução, em nossa opinião, iria violar normas centrais do direito brasileiro ameaçando sua sobrevivência. Não defendemos, portanto, uma exclusão total entre as duas ordens normativas, mas uma solução que combina ajustes por reenvio e por negação.

Como se vê, os conflitos entre as pessoas Testemunhas de Jeová e o direito brasileiro não podem ser solucionados por meio de um diálogo democrático. Tais conflitos devem ser solucionados ajustamentos realizados caso a caso. Afinal, tentar convencer os membros dessa religião a receberem transfusão de sangue significa exigir que essas pessoas neguem a matriz religiosa que forma a sua identidade.

O consenso neste caso, no limite, resultaria na supressão desta forma de vida. Como se vê, uma solução consensual, neste caso, é extremamente agressiva. No limite, tal solução seria representativa de um modo de pensar e de agir semelhante ao pensamento evangélico que pretende converter as pessoas a determinadas crenças. Se a agressividade de um diálogo como este for secundada pela coatividade do Direito, ordens normativas existenciais inteiras permanecerão sob intenso ataque das instituições, ampliando o stress democrático do debate público.

Pois uma democracia deve permitir que a tentativa de converter as Testemunhas de Jeová à razão e as tentativas de conversão de uma pessoa não religiosa a uma religião qualquer coexistam e possam se expressar sem entraves. O debate público, neste caso, como mostra Teresa M. Bejan, será muito agressivo, aberto até mesmo a afirmações injuriosas.

Por isso mesmo, uma democracia pensada nestes termos deve ser dotada de instituições que procurem evitar e, se necessário, sabotar o consenso compreendido como fusão de ordens normativas. Ou seja, as instituições democráticas devem ser capazes de sabotar

constantemente o risco de concórdia para não se tornarem um instrumento jurispático, homogeneizante por excelência.

Tais instituições poderiam funcionar inspiradas na visão de Pierre Clastres da política dos índios Guarani no seu “A Sociedade contra o Estado”. Tomo este livro, diga-se, mais como estímulo ao pensamento do que como uma descrição fiel das instituições Guarani (CLASTRES, 1974).

Pierre Clastres procura mostrar que para os índios Guaranis, a figura do chefe é necessária para que o grupo mantenha uma certa coesão. Mas, para evitar que seu poder seja excessivo, a principal função do chefe Guarani é ser insultado e criticado pelos membros da comunidade. A autoridade do chefe está, principalmente, em permitir que a sociedade se organize com relativa liberdade.

Por isso mesmo, como mencionamos na primeira parte deste projeto, ao invés de sempre impor suas normas, as instituições multinormativas deveriam buscar bons ajustamentos entre as diversas ordens normativas jurídicas em conflito. Afinal, mesmo que um eventual consenso seja obtido por meios não violentos, ele implicará, necessariamente, em uma drástica diminuição da diversidade humana. E este mero fato, a meu ver, já demonstra que perseguir um horizonte de consenso é algo indesejável.

Nesse sentido, talvez a realização do consenso – e do Iluminismo, ao menos me um sentido forte – devam ser encarados não como um horizonte a ser perseguido e realizado, mas como uma patologia de algumas democracias contemporâneas, especialmente se o regime democrático for pensado contra a religião, contra experiências comunitárias e não para incluí-las.

Se o que eu acabo de dizer fizer algum sentido, alguém poderia perguntar: Mas o que motivaria então alguém a viver em um regime democrático e decidir dialogar com as pessoas? Diante da impossibilidade de um consenso racional sobre os conflitos sociais, a opção da agir com violência não se tornaria cada vez mais atraente? Já que não adianta dialogar, não seria melhor assumir a necessidade pragmática de dominar o outro para satisfazer seus desejos e interesses?

Este argumento, a meu ver, revela o caráter etnocêntrico de boa parte da reflexão democrática contemporânea. Como se a obtenção de um consenso compreendido como concórdia, fosse o

único horizonte capaz de motivar uma convivência relativamente pacífica. Como se não fosse possível imaginar nenhum horizonte democrático fora da tradição Iluminista de origem europeia. Será que não existem outras razões para ser democrata?

O livro “Mere Civility” de Teresa M. Bejan sugere uma visão diferente do problema ao analisar o pensamento de Roger Williams, Thomas Hobbes e John Locke. Não há espaço neste projeto para reconstituir o argumento do livro por inteiro, mas é interessante notar que a autora procura demonstrar a compatibilidade de um pensamento evangélico, interessado na conversão das pessoas, com um regime marcado pelo diálogo e não pela violência.

Para que isso seja possível, mostra a autora, basta que a Teologia em questão não aceite a ideia de uma conversão violenta. Eu acrescentaria, basta também que sejam realizados diversos ajustes entre as diversas ordens normativas em conflito, neste caso, ordens normativas existenciais e parciais. Um estado democrático de direito que atua com “senso de adequação”, ou seja, reconheça e leve em conta as normas e as instituições criadas por ordens normativas jurídicas existenciais, alivia estas pessoas de parte do stress democrático, oferecendo a elas boas razões para respeitar suas instituições.

É claro, a intensidade do conflito aumentaria muito se estivermos falando em ordens normativas totais e existenciais, as quais, a princípio, só admitem ajustes por exclusão.

O discurso religioso de conversão tende a ser mais agressivo, mais violento, menos civilizado e certamente irá provocar tensões extremas no campo da liberdade de expressão. Mas não se trata de um discurso necessariamente violento.

No mesmo sentido, Raymond Geuss (2005) identifica quatro sentidos para a ideia de consenso. O consenso pode ser obtido empiricamente, sem a passar por nenhuma deliberação ou adesão subjetiva, por exemplo, no caso de comportamentos coordenados por mero acaso. O consenso também pode ser obtido por adaptação, por conformismo, pelo fato de um agente social não estar interessado em questionar as regras daquela sociedade. Pode-se obter consenso também pela via da política sem que as pessoas concordem com determinada com fundamento nas mesmas razões. Finalmente, pode-se obter o consenso quando as pessoas adotam as mesmas razões para se comportar desta ou daquela maneira.

A discussão feita por Bejane a classificação de Geuss podem nos ajuda a estabelecer um diálogo bastante produtivo com algumas reflexões vindas do Sul. Posso citar uma afirmação de Spivak (2012) feita em *“An Aesthetic Education in the Era of Globalization”*.

Em determinado momento do livro, Spivak afirma que ela “perdeu a paciência” para lidar com grupos feministas que não admitem a religião como um elemento necessário do pensamento emancipatório. Ao fazer isso, ao excluir completamente o pensamento religioso do campo progressista, ficam excluídas do pensamento emancipatório a maior parte da humanidade.

Boa parte das pessoas fica excluída, ao que tudo indica, também nos países ocidentais. Sabemos que a visão da secularização tem mudado muito nos últimos tempos, por exemplo, depois do trabalho de sociólogos como Peter Berger. Berger mostra que os dados empíricos não comprovam que a secularização é um processo ininterrupto de progresso da razão.

É comum, diz ele, que uma pessoa totalmente comprometida com uma atividade científica iluminista, por exemplo, a atividade médica, ao mesmo tempo, pratique a sua religião. De acordo com Berger, essas pessoas agem “como se” fossem completamente racionais ao exercerem a medicina e agem “como se” não tivessem compromisso com a razão ao exercer sua religião. Nesse sentido, a religião parece não estar “retrocedendo” ou “desaparecendo”, mas sim assumindo novas configurações. Ou seja, assumindo a forma de ordem normativa existência e parcial.

Diante de tudo que foi dito, parece haver muitas vantagens ao adotar uma visão multinormativa do direito e de sua justificação democrática. Um olhar que terá implicações na maneira pela qual as instituições devem ser organizadas.

Nesse sentido, não parece haver necessidade de discursos de justificação unitários para justificar o regime democrático. Se alguma coisa semelhante a um discurso houver, ele será tecido pela história dos variados e sucessivos ajustamentos entre ordens normativas jurídicas em conflito, um discurso que não poderá ser representado pela imagem de um romance em cadeia, como queria Dworkin.

Talvez possamos falar em um romance dialógico, marcada por vários núcleos dramáticos em evolução paralela e sem uma sín-

tese final. Um universo de narrações paralelas que deve ser captado em sua diversidade e não tendo uma ideia de síntese como ponto de fuga.

No limite, portanto, os participantes de cada uma destas ordens normativas poderão articular razões diferentes para respeitar suas normas, sem perceberem a si mesmos como parte de um mesmo “nomos” unitário, de um mesmo projeto constitucional unitário, de uma mesma ordem normativa jurídica, ainda que todas estas experiências possam ser traduzidas para uma mesma gramática e comparadas entre si.

Ademais, instituições como estas podem eventualmente ajudar a evitar os problemas da assim chamada “questão judaica” discutidos por Hanna Arendt (2008) em seus “Escritos Judaicos”, problemas que decorrem, em parte da conversão destas pessoas, fato que não garantiu o seu pleno reconhecimento pelos diversos Estados nacionais e produziu ações violentas contra estas pessoas ao longo da história. Para Hanna Arendt, a condição judaica é de pária permanente, problema que parece estar ligados a existência de instituições unitárias, como teremos oportunidade de discutir no desenvolvimento deste projeto.

## Referências

ALLARD, Julie. *Dworkin et Kant. Reflexions sur le Jugement*. Bruxelles: Editions de L'Université de Bruxelles, 2001.

ALLEN, Amy. *The End of Progress. Decolonizing the Normative Foundations of Critical Theory*. New York: Columbia University Press, 2017.

ARANTES, Paulo. *L'Ordre du Temps. Essai sur le problème du temps chez Hegel*. Paris: Editions L'Harmattan, 2000.

AUBENQUE, Pierre. *La Prudence Chez Aristote*. Paris: PUF, 2014.

ARENDRT, Hanna. *Jewish Writings*. New York: Schocken Books, 2008.

ARENDRT, Hanna. *On Violence*. Orlando: Harvest Book, 1970.

BEJAN, Teresa M. *Mere Civility. Disagreement and the Limits of Toleration*. Cambridge, Mss: Harvard University Press, 2017.

BAKHTIN, Mikhail. *Problems of Dostoevsky's Poetics*. trans. Caryl Emerson. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1984.

- BARRETT, Stanley R. *Anthropology. A Student's Guide to Theory and Method*. Toronto: University of Toronto Press, 2009.
- BARTELSON, Jens. *The Critique of the State*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.
- BERGER, Peter. *The Many Altars of Modernity. Toward a Paradigm for Religion in a Pluralist Age*. Berlim: De Gruyter, 2014.
- BERMAN, Paul Schiff. *Global Legal Pluralism. A Jurisprudence of Law beyond Borders*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- BERMEJO, Juan Manuel Pérez. *Coherencia y Sistema Jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2006.
- CHAKRABARTY, Dipesh. *Provincializing Europe. Postcolonial Thought and Historical Difference*. Princeton: Princeton University Press, 2007.
- CAHEN, Michel; BRAGA, Ruy (eds.). *Para Além do Pós (-)colonial*. São Paulo: Alameda, 2018.
- CICCHELLI, Vincenzo. *Pluriel et Commun. Sociologie d'un Monde Cosmopolite*. Paris: Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, 2016.
- CLASTRES, Pierre. *La Société contre L'État. Recherches d'Anthropologie Politique*. Paris: Les Éditions du Minuit, 1974.
- COLLINS, Patricia Hill. *Black Feminist Thought. Knowledge, Consciousness, and the Politics of Empowerment*. London: Routledge, 2008.
- COVER, Robert. *Narrative, Violence and The Law. The Essays of Robert Cover*. ed. Martha Minow, Michael Ryan, Austin Sarat. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1992.
- CREAGH, Ronald. *Utopies Américaines. Experiences libertaires du XIXe a nos jours*. Marseille: Agone, 2009.
- DELSOL, Chantal. *L'État Subsidaire*. Paris: CERF, 2015.
- DÉTIENNE, Marcel; VERNANT, Jean Pierre. *Les ruses de l'intelligence. La métis des Grecs*. Paris, Flammarion, 2018.
- DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge, Mass.: Belknap Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1978.

FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *Argumentação Jurídica*. São Paulo: Manole, 2014.

FISS, Owen. *The Law as it Could Be*. New York: NYU Press, 2003

FLEISCHACKER, Samuel. *What is Enlightenment?* London: Routledge, 2012.

GARGARELLA, Roberto (ed.). *Por una justicia dialógica*. El Poder Judicial como promotor de ladeliberación democrática. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2019.

GEUSS, Raymond. *Outside Ethics*. Princeton: Princeton University Press, 2005.

GILLIGAN, Carol. *In a Different Voice*. Psychological Theory and Women's Development. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1982.

GLENN, H. Patrik. *The Cosmopolitan State*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao Povo*. Crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.

GRAEBER, David. *The Democracy Projects*. A History, a Crisis, a Movement. New York: Spiegel & Grau, 2013.

GRAEBER, David. *Fragments of an Anarchist Anthropology*. Chicago: Prickly Paradigm Press, 2004

GÜNTHER, Klaus. "Normativer Rechts pluralismus – Eine Kritik", In: MOOS, Thorsten; SCHLTT, Magnus; DIEFENBACHER, Hans (Orgs.). *Das Rechtim Blick der Anderen*. (Zu Ehren von Eberhard Schmidt-Aßmann), Tübingen (Mohr/Siebeck), 2016.

GÜNTHER, Klaus. *The Sense of Appropriateness*. Application and Dircourses in Morality and Law. trans. John Farrell. New York: SUNY, 1993.

HABERMAS, Jürgen. *The Theory of Communicative Action*. Trad. Thomas MacCarthy. Boston: Beacon Press, vols. 1 e 2, 1984-1987.

HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms*. Contributions to a discourse theory of law and democracy. Cambridge, Mass.: MIT Press, 1998.

HARTOG, François. *Regimes d' Historicité*. Présentisme et expérience du temps. Paris: Le Seuil, 2003

HEGEL, G. W. F. *Elements of the Philosophy of Right*. trans. H. B. Nisbet. New York: Cambridge University Press, 1991.

HONNETH, Axel. *The Pathologies of Individual Freedom*. Hegel's Social Theory. Princeton: Princeton University Press, 2010.

IEGELSKY, Francine. *Astronomia das Constelações Humanas*. Reflexões sobre Claude Lévi-Strauss e a História. São Paulo: Humanitas, 2016.

KANT, Immanuel. *Groundwork of the Metaphysics of Morals*. trad. Christine M. Korsgaard. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

KANT, Immanuel. *Political Writings*. trad. H. S. Reiss. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.

KELSEN, Hans. *Pure Theory of Law*. Clark, N.J.: The Lawbook Exchange, 2009.

LANDOWSKI, Eric. *Les Interactions Risquées*. Limoges: Pulim, 2005.

LANDOWSKI, Eric. *Présences de l'Autre*. Paris: PUF, 1997.

LÉVI-STRAUSS, Claude. *Race et Histoire*. Paris: Gallimard, 1987.

LÉVI-STRAUSS, Claude. *La Pensée Sauvage*. Paris: Plon, 1962.

MURDOCH, Iris. *The Sovereignty of Good*. London: Routledge, 2013.

NOBRE, Marcos. *Como Nasce o Novo*. São Paulo: Todavia, 2018.

OSTROM, Elinor. *Governing the Commons*. The Evolution of Institutions for Collective Action. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

OSTROM, Elinor. *Understanding Institutional Diversity*. Princeton: Princeton University Press, 2009.

PUTNAM, Hilary; HABERMAS, Jürgen. *Normas Y Valores*. ed. Jesús Veja Encabo e Francisco Javier Gil Martín. Madrid: Editorial Trotta, 2017.

PUTNAM, Hilary. *Ethics Without Ontology*. Cambridge, Mass: Harvard University Press; 2005.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das Lutas*. Democracia, Diversidade, Multinormatividade. São Paulo: LiberArs, 2019.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *À esquerda do Direito*. São Paulo: Alameda, 2014.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como Decidem as Cortes*. Para uma Crítica do Direito (Brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Fuga do Direito*. Um ensaio sobre o Direito Contemporâneo a partir de Franz Neumann. São Paulo: Saraiva, 2009.

SAHLINS, Marshall. *Islands of History*. Chicago: University of Chicago Press, 1985.

SANCHES, Manuela Ribeiro (ed.). *Deslocalizar a Europa*. Antropologia, Arte, Literatura, História e Pós-Colonialidade. Lisboa: Edições Cotovia, 2005.

SANTOS, Ivanir dos. *Marchar não é Caminhar*. Interfaces políticas e sociais das religiões de matriz africana no Rio de Janeiro. Pallas, 2019.

SASSEN, Saskia. *A Sociology of Globalization*. New York: W. W. Norton, 2007.

SCOTT, James C. *Seeing Like a State*. How Certain Schemes to Improve the Human Condition Have Failed. New Haven, CT: Yale University Press, 1999.

SCOTT, James C. *Two Cheers for Anarchism*. Six Easy Pieces on Autonomy, Dignity, and Meaningful Work and Play. New Haven, CT: Princeton University Press, 2014.

SENNETT, Richard. *The Craftsman*. New Haven: Yale University Press, 2008.

SENNETT, Richard. *Together: The Rituals, Pleasures and Politics of Co-Operation*. Allen Lane, 2012.

SODRÉ, Muniz. *O Terreiro e a Cidade*. A Forma Social Negro-Brasileira. Rio de Janeiro: Mauad, 2019.

SODRÉ, Muniz. *Pensar Nagô*. Rio de Janeiro: Vozes, 2017.

- SPIVAK, Gayatri Chakravorty. *An Aesthetic Education in the Era of Globalization*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2012.
- STREEK, Wolfgang. *Buying Time*. The Delayed Crisis of Democratic Capitalism. London: Verso, 2017.
- TAMANAH, Brian Z.; SAGE, Caroline; WOOLCOCK, Michael (Eds.). *Legal Pluralism and Development*. Scholars and Practitioners in Dialogue. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- TAMANAH, Brian Z. *On the Rule of Law*. History. Politics, Theory. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- TAMANAH, Brian Z. "Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global". *Sydney Law Review* 30 (3), 375-411, 2008.
- TAYLOR, Charles. *A Secular Age*. Cambridge, Mass: Belknap Press, 2018.
- TAXI, Ricardo Araujo Dib. *A Perda da Prudência no Pensamento Jurídico Moderno*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- TERRA, Ricardo Ribeiro. *Passagens*. Estudos Sobre a Filosofia de Kant. Rio de Janeiro: UFRJ, 2003.
- TERRA, Ricardo Ribeiro. *A Política Tensa*. São Paulo: Iluminuras, 1995.
- TEUBNER, Gunther. *Constitutional Fragments*. Societal Constitutionalism and Globalization. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- TEUBNER, Gunther. "Global Bukowina: Legal Pluralism in the World-Society", In: \_\_\_\_\_ (ed.). *Global Law Without a State*. Hanover, NH: Dartmouth University Press, 1996. p. 3-28.
- TOURAINE, Alain. *Critique de la Modernité*. Paris: Fayard, 1992.
- UNGER, Roberto Mangabeira. *What Should Legal Analysis Become?* London: Verso, 1986.
- VILEY, Michel. *Le Droit et les Droits de l'Homme*. Paris: PUF, 2014.
- VILEY, Michel. *La Nature et la Loi*. Une Philosophie du Droit. Paris: Les éditions du Cerf, 2014.
- VESTING, Thomas. *Teoria do Direito*. Uma Introdução. São Paulo: Saraiva, 2015.

WAAL, Derek. *Elinor Ostrom's Rules for Radicals. Cooperative Alternatives beyond Markets and States*. London: Pluto Press, 2017.

WAGNER, Roy. *The Invention of Culture*. Chicago: The University of Chicago Press, 1981.

ZANETE, José Luiz. *A Filosofia de Peirce enquanto fundamento da Ética do Discurso em Habermas*. São Paulo: Paulus, 2017.

# RACIONALIDADE E DIFERENCIAÇÃO NA SOCIOLOGIA DE NIKLAS LUHMANN

Leonel Severo Rocha\*

---

## Introdução

Este ensaio pretende contribuir para a observação do lugar onde se insere a teoria luhmaniana no quadro epistemológico das ciências sociais e jurídicas. O ponto de partida, será mostrar como a teoria dos sistemas permite uma revisão da concepção dogmática do Direito, ao propor uma sociologia da modernidade: a *Sociedade da Sociedade*.

## Sociologia da modernidade e diferenciação

Danilo Martuccelli (2010, p.11), entende que a modernidade “designa exatamente a sociedade contemporânea e o tempo presente. A interrogação sobre o tempo atual e a sociedade é o denominador comum do presente”. Para Martuccelli (2010, p. 12), “a sociologia da modernidade provém de um duplo movimento voltado para a construção de representações globais adequadas e da consciência imediata de sua ruptura com a realidade”.

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 lado, a consciência de que a situação social sempre é indeterminada e o mundo irrepresentável. 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.

---

\* Prof. Titular da Unisinos. Doutor pela EHESS de Paris. Pesquisador do CNPq e FAPERGS. Texto que faz parte do resultado da Pesquisa “Teoria do Direito e Diferenciação Social na América Latina”, Financiado pelo CNPq, e pela Unisinos.

Assim sendo, para Martuccelli a sociologia possui três matrizes principais: a diferenciação social; a racionalização; e a condição moderna. A partir destas matrizes se elabora o contraponto da modernidade desde a chamada crítica pós-moderna.

Portanto, é dentro deste vasto campo analítico que se pode introduzir a obra de Niklas Luhmann nas ciências sociais. Para Martuccelli, ele se insere no caminho aberto por Émile Durkheim denominado de diferenciação social. Na mesma linha, teríamos como destaque Talcott Parsons e Pierre Bourdieu. Porém, pode-se entender, 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 (GUIBENTIFF, 2010)<sup>1</sup>.

## Sistema

Niklas Luhmann para enfrentar essas questões recorre a Teoria geral dos Sistemas<sup>2</sup>: Esta teoria ao longo dos anos 50 foi aprofundada por Ludwig von Bertalanffy, partindo da ideia de que a maior parte dos objetos da física, astronomia, biologia, sociologia formam sistemas. O sistema seria um conjunto de partes diversas que constituem um todo organizado com propriedades diferentes daquelas encontradas na simples soma de partes que o compõem. A concepção de Bertalanffy de uma “ciência geral da totalidade” baseava-se na sua observação de conceitos e princípios sistêmicos que podem ser aplicados em muitas áreas diferentes de estudo. Tendo em vista que os sistemas vivos abarcam uma faixa tão ampla de fenômenos, envolvendo organismos individuais e suas partes, sistemas sociais e ecossistemas, acreditava-se que uma teoria dos sistemas ofereceria um arcabouço conceitual geral para unificar várias disciplinas científicas que se tornaram isoladas e fragmentadas.

Tal teoria geral foi arquitetada baseando-se num conjunto coerente de conceitos, tais como sistema, rede, não-linearidade, estabilidade, entropia e auto-organização. Tais avanços, aliados à noção de sistema, trazem alterações surpreendentes ao paradigma epis-

---

1. Sobre isso se pode ver Pierre Guibentiff (2010)

2. Neste item, retomamos algumas ideias de nosso texto publicado no Anuário do PPGD-Unisinos, n.5, em colaboração com Jeferson Dutra, intitulado notas introdutórias a concepção sistêmica de contrato.

temológico e à própria concepção de ciência, para Bertalanffy: “o que torna possível converter a abordagem sistêmica numa ciência é a descoberta de que há conhecimento aproximado. O velho paradigma baseia-se na crença cartesiana na certeza do conhecimento científico. No novo paradigma, é reconhecido que todas as concepções e todas as teorias científicas são limitadas e aproximadas. A ciência nunca pode fornecer uma compreensão completa e definitiva” (BERTALANFFY, 1975, p. 221).

A teoria geral dos sistemas desenvolveu-se conjuntamente com o desenvolvimento de três estudos fundamentais: a teoria dos jogos de Von Neumann e Morgenstern (1947), a teoria cibernética de Wiener (1948) e a teoria da informação de Shannon e Weaver (1949). O fato de tais estudos aparecerem aproximadamente no mesmo momento conduziu a Teoria Geral dos Sistemas a um novo patamar, deixando as áreas restritas da matemática e da biologia para aliar-se às chamadas ciências da nova tecnologia.

## **Buckley**

A sociedade nesta perspectiva pode ser observada como sendo um sistema social. Para Walter Buckley (1971, p. 37) existem três modelos de sistemas sociais contemporâneos: o modelo mecânico, o modelo orgânico e o modelo de processo.

O modelo de processo “encara tipicamente a sociedade como uma interação complexa, multifacetada e fluída de graus e intensidades amplamente variáveis de associação e dissociação. A estrutura é uma construção abstrata e não algo distinta do processo interativo em marcha, mas a sua representação temporária, acomodativa, em qualquer tempo” (BUCKLEY, 1971, p.37).

Para Buckley, o modelo de processo foi predominante no século XX na sociologia dos EUA, onde se destacou a chamada *Escola de Chicago*. Como oposição a essa perspectiva, teríamos o marxismo a partir da concepção da história como processo dialético “pelo qual novas estruturas emergem de condições imanentes em estruturas anteriores” (BUCKLEY, 1971, p. 38). Buckley afirma que os sistemas implicam em uma abordagem da sociedade a partir das ideias de organização e informação. A organização teria como sua gênese a institucionalização e a construção de papéis em instituições. No entanto, para Buckley, temáticas imprevisíveis sempre ocorrem

no interior dos sistemas forçando a que se leve em consideração o controle social do que ele chama *comportamento aberrante* (desvios e condutas marginais).

Pode-se salientar nesse momento, que a teoria dos sistemas de uma perspectiva mais geral, se impõe em todas as questões da sociedade, como por exemplo, a economia e a engenharia, sendo a forma utilizada para observação da modernidade.

## **Elster**

Nesta linha de pensamento, depois de Weber sabe-se que a racionalidade é uma adequação entre meios e fins. Embora não se acredite em uma razão a priori, para Jon Elster (1992, p. 15), a racionalidade é uma questão crucial quando se vincula com o problema da mudança tecnológica, com o risco e as contradições entre as forças e relações de produção. Isto se deriva das diversas perspectivas surgidas entre os debates das teorias evolucionistas e os diferentes níveis de complexidade no tempo. Karl Popper (1996, p. 33), por sua vez, propôs uma metodologia científica voltada à um tipo de explicação dirigida à invenção. Gaston Bachelard (1967, p. 22), de uma maneira semelhante, aponta que a construção da racionalidade científica se inicia com a ruptura com os modelos dominantes de ciência. No entanto, Jon Elster (1992, p. 17), entende que a racionalidade necessita sempre distinguir entre explicações causais, funcionais e intencionais que correspondem, em termos muito amplos, às ciências físicas, biológicas e sociais.

Em outras palavras, Jon Elster propõe para a sociologia que se analise essa complexidade a partir da dicotomia entre teorias da escolha racional e teorias evolucionistas que implicam a distinção entre explicação intencional e funcional. A sociedade para Elster precisa criar um modelo que possa interagir essa explicação e ao mesmo tempo enfrentar o problema da mudança e transformação. Elster (2010) sempre criticará a pretensão de racionalidade do “*homo economique*”. Este problema permanece em nossas decisões. Para Luhmann (2007), indecíveis.

## **Luhmann**

Na atualidade, a teoria dos sistemas renovou-se enormemente com as novas contribuições das ciências cognitivas, das no-

vas lógicas e da informática, passando a enfatizar os seus aspectos dinâmicos. Do ponto de vista epistemológico, pode-se enfatizar a importância do chamado *construtivismo* para esta transformação. O construtivismo entende que conhecimento não se baseia na correspondência com a realidade externa, mas somente sobre as construções de um observador.

Niklas Luhmann (2016, p. 742), afirma que se pode observar essa complexidade apontada por Martuccelli, Elster e Buckley, aprofundando a diferença entre *sistema e ambiente* de Bartelanffy, a partir da epistemologia construtivista de Heinz von Foerster que aponta para a observação de segunda ordem e pela revisão do modelo orgânico feita por Maturana e Varela com o conceito de autopoiese (ROCHA, 2016, p. 18).

A aquisição evolutiva de Luhmann é, portanto, a reunião dentro da concepção de *sistema da diferenciação funcional e da racionalidade*. Para tanto, ele redefine a noção de paradoxo e risco para resolver o dilema apontado por Elster, entre explicação e intenção. No entanto, a saída implica na colocação do sujeito como o outro lado da sociedade. A Escola de Chicago insistiu o quanto pôde na concepção de racionalidade do sujeito como apto a decidir de maneira ótima as questões<sup>3</sup>. No caso da Escola de Chicago seguindo a teoria econômica. O marxismo demonstrou que essa perspectiva ocultava relações de dominação estruturadas na sociedade historicamente. Luhmann procura, assim, evitar a noção de sujeito racional individualista, mas sem cair no marxismo: evita uma dicotomia do tipo indivíduo x classe social. *E propõe a comunicação como elemento constitutivo das organizações e como tal se pode observar a modernidade*.

A teoria luhmanniana recupera pontos importantes do modelo de processo, num primeiro momento, usando a teoria dos papéis; e num segundo momento, redefinindo o modelo pela autopoiese. Do ponto de vista de um modelo de processo autopoiético, o importante passa a ser a organização da sociedade. Por isso, os últimos textos de Luhmann, o aproximam das relações entre *organização e decisão*, como maneira de se afastar do individualismo. Ou seja, resalta a importância da organização, do procedimento, no processo de tomada de decisões. Nesse sentido, ele se aproxima bastante de Herbert Simon (1977, p.40) e de March, pioneiros da teoria da orga-

---

3. Sobre isso pode-se consultar Richard Posner (1977).

nização. É claro, no entanto, que Luhmann observa a organização como sistema autopoiético. Por isso, entende-se que um interessante guia para contatar os diferentes níveis dos portais luhmannianos, seria relacioná-lo com as matrizes teóricas do Direito (ROCHA, 2013). Para neste campo temático testar a sua contribuição sobre a racionalidade e a diferenciação para a observação da dogmática jurídica.

Para as teorias neo-sistêmicas, a interpretação não pode mais restringir-se ao formalismo linguístico da semiótica normativista de matriz analítica, nem ao contextualismo da matriz hermenêutica, mas voltar-se para questões mais sistêmico-institucionais (pragmático-sistêmicas) (ROCHA, 2013). Nesta perspectiva, centra-se nas formas de interpretação elaboradas pelos *meios de comunicação simbolicamente generalizados*, e nas *organizações* encarregadas de produzir decisões jurídicas. Para Thomas Vesting (2018), a comunicação jurídica precisará no século XXI evoluir para uma rede que aponta na direção de um *iconic turn*.

Um aspecto que pode ser assinalado é que a proposta luhmanniana permite (nesse sentido, paradoxalmente, autopoiético) a manutenção da dogmática jurídica. Isto porque a complexidade social para ser reduzida pelo Direito, preferencialmente utiliza os canais jurídicos tradicionais. Os juristas do século XXI ainda são dogmáticos, porque a matriz teórica baseada na resposta antecipada a perguntas futuras, continua sendo fundamental para a existência do sistema do Direito. A todo o momento ocorrem situações inesperadas para o sistema jurídico, mas o raciocínio a partir de um a priori de sentido dogmático é dominante. Pode-se citar muitos exemplos na Dogmática: diferenciação do direito, direito subjetivo, contrato, pessoa jurídica, procedimento, Estado, direito ambiental, jurisprudência, confiança e propriedade.

### **Considerações finais**

A teoria luhmanniana tem uma imensa contribuição para a observação diferenciada do Direito, notadamente, a partir da ênfase nas organizações e no enfrentamento dos riscos e paradoxos, mas se insere no reforço de uma nova dogmática jurídica. Pode-se dizer que uma vulgata luhmanniana é possível somente como revigoração da dogmática. Assim, as propostas mais ousadas da teoria luhmanniana, se confundem com a moderna teoria da organização

(saindo do domínio normal do conhecimento do jurista) ou são tão avançadas que necessitam romper com a noção de autopoiese. Por exemplo, a proposta de Teubner (2005, p.33) de uma sociedade poli-contextural. Deste modo, a teoria luhmanniana enfrenta duramente o seu teste de validação epistemológica ao ser colocada à disposição de uma comunidade científica constituída por operadores treinados na dogmática jurídica.

Trata-se, usando de certo otimismo, de se pensar que o ciberespaço, no qual a Internet se infiltrou, originando toda uma comunicação radical constituída por redes globais, force as organizações jurídicas a modificarem a sua estrutura e funcionamento, e, nessa perspectiva, abrir-se uma possibilidade maior para a autopoiese recuperar a sua força<sup>4</sup>. Pelo menos, é a proposta de Teubner de um Constitucionalismo Social (que não iremos tratar aqui)<sup>5</sup>.

Em breves palavras, em uma leitura ousada de Luhmann é possível conciliar a questão da modernidade, abordando simultaneamente a redução de complexidade e a ampliação do risco. Na atualidade, com a crise sistêmica do capitalismo, a complexidade vive um momento grandioso (catastrófico para alguns) no qual pareceria que o caos é o único horizonte. Contudo, de maneira singela, um jurista dogmático poderia dizer que isto decorre da falta de confiança no sistema. Ou seja, de qualquer maneira, a única solução conhecida para os juristas seria a construção de uma nova dogmática para o judiciário. Talvez, uma saída esteja, além do pós-positivismo, em uma sociologia do constitucionalismo, ou para outros Trans-constitucionalismo (NEVES, 2009). Pois, como se salientou no início de nosso argumento, pode-se ver a sociedade como um amplo sistema, que abrange toda a comunicação possível no mundo, desde a concepção de diferenciação funcional. Nesta observação, poder-se-ia destacar os sistemas do Direito e da

---

4. *Ciberespaço*, segundo Lévy (1999, p. 92), é “o espaço de comunicação aberto pela interconexão mundial dos computadores e das memórias dos computadores” Como consequência deste espaço, existe um irrefreável fluxo de comunicações, gerada pela crescente entrada de informações que ocorre diariamente na Internet. O ciberespaço, nessa perspectiva, pode ser considerado não só como um meio otimizador da comunicação, mas sim como uma forma de aumentar (ao mesmo tempo em que, paradoxalmente, reduz) a complexidade social. Neste espaço virtual, a complexidade é sempre crescente (GROSSBERG; WARTELLA; WHITNEY, 1998, p. 381.)

5. Sobre Constitucionalismo social, pode-se ver os trabalhos de Gunther Teubner (2016) e Leonel Severo Rocha e Bernardo L. C. Costa (2018).

Política (THORNHILL, 2016), que, a partir de uma ponte de ligação, que os conecta, (acoplamento estrutural) permitiriam a observação da Constituição na teoria sistêmica. Entendo que a ideia de um Constitucionalismo social (ROCHA; COSTA, 2018), global, seria uma forma de se encaminhar um novo pacto social e ajudar nos processos de resiliência (ROCHA; FLORES, 2016), que a nova autopoiese vai exigir.

## Referências

BACHELARD, Gaston. *La Formation de l'esprit scientifique*, Paris, 5<sup>e</sup> édition, Librairie philosophique J. Vrin, 1967.

BERTALANFFY, Ludwig Von. *Teoria Geral dos Sistemas*. Petrópolis: Vozes, 1975.

BUCKLEY, Walter. *Sociology and the Modern Systems Theory*. New Jersey: Prentice-Hall, 1967.

BUCKLEY, Walter. *A Sociologia e a Moderna Teoria dos Sistemas*. São Paulo: Cultrix, 1971.

ELSTER, Jon. *Explaining Technical Change*. Cambridge: Cambridge University Press, 1983.

ELSTER, Jon. *El Cambio Tecnológico: investigaciones sobre la racionalidad y la transformación social*. Barcelona: Gedisa, 1992.

ELSTER, Jon. *L'Irrationalité. Traité Critique de L'homme Économique*. Paris: Seuil, 2010.

GUIBENTIFF, Pierre. *Foucault, Luhmann, Habermas, Bourdieu. Une génération repense le droit*. Paris, Lextenso-Librairie générale de droit et de jurisprudence (Collection Droit et société [série sociologie] n<sup>o</sup> 53), 2010.

LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. São Paulo: Ed. 34, 1999.

LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

LUHMANN, Niklas. *La Sociedad de la Sociedad*. México: Herder, 2007.

MARTUCCELLI, Danilo. *Sociologies de la Modernité*. Paris: Gallimard, 1999.

- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- POPPER, Karl. *A Lógica da Pesquisa Científica*. São Paulo: Cultrix, 1996.
- POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. 2 ed. Boston: Little, Brown and Company, 1977.
- ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia do Direito: revisitando as três matrizes jurídicas. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)* 5(2):141-149, jul-dez 2013.
- ROCHA, Leonel Severo; FLORES, Luis Gustavo Gomes. *Resiliência do Direito*. Curitiba: Prismas, 2016.
- ROCHA, Leonel Severo Rocha; COSTA, Bernardo L. C. Costa. *Constitucionalismo Social*. Constituição na Globalização. Curitiba: Appris, 2018.
- SIMON, Herbert. *Administrative Behavior: A Study of Decision-Making Processes in Administrative Organization*. 4 ed. Chicago: The Free Press, 1977.
- TEUBNER, Gunther. *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: UNIMEP, 2005.
- TEUBNER, Gunther. *Fragmentos Constitucionais. Constitucionalismo Social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- THORNHILL, Chris. *A Sociology of Transnational Constitutions. Constitutions and State Legitimacy in Post-National Structure*. New York: Cambridge University Press, 2016.
- VESTING, Thomas. *Legal Theory and Media of Law*. Northampton: Edward Elgar, 2018.



# A AUTONOMIA DO DIREITO E(M) CRISE E SEUS REFLEXOS EM PAÍSES DE MODERNIDADE TARDIA

Lenio Luiz Streck\*

---

## Introdução

Crise do Direito. De há muito convivemos com essa discussão. Eros Roberto Grau, ao apresentar meu *Hermenêutica Jurídica e (m) Crise*<sup>1</sup>, já atestava a inegável existência desse fenômeno, estendido, sobremodo, ao Poder Judiciário.

Essa condição, entretanto, não é originalmente sua. Quero dizer, essa mesma crise é produzida *no e pelo* Estado, espaço *não apenas* de produção normativa, mas, ainda, também de acesso a um conjunto de demandas. Eis, aí, que todos os seus produtos passam a exibir os traços que acenam a essa fragilização – ou aos sinais dessa crise, que já não é nova. E o Direito, por evidente, não se furta a esse quadro.

Daí dizer que a tarefa posta ao jurista, estudioso do Direito, é não somente descrever os contornos que dão forma a essa mesma crise, mas, *principalmente*, apontar novos e distintos caminhos que permitam superá-la. Vale anotar: posturas prescritivas colocam-se como condição de possibilidade para desnaturalizar determinados contextos. Minha Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) vai justamente nesse sentido.

Assim, para além das amplamente discutidas – e muitas – faces dessa mesma crise, sobremodo marcada por decisionismos, dis-

---

\* Pós-doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa. Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor Titular da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos) e da Universidade Estácio de Sá (Unesa). Professor Visitante da Universidade Javeriana de Bogotá (Colômbia) e de outras universidades internacionais. Presidente de Honra do Instituto de Hermenêutica Jurídica (IHJ). Membro catedrático da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Ex-Procurador de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Advogado.

1. Remeto o leitor a Streck (2014).

cricionariedade e ativismos de toda sorte – ultimamente tão bem delimitados pelo que chamo de “a voz das ruas” em meu *Dicionário de Hermenêutica*<sup>2</sup> – entendo que o ambiente em que tudo isso se dá pode bem ser sintetizado no fato de que o velho modelo de Direito, de traço liberal, individualista e normativista, não morreu – como parecem não cansar de lembrar os mais recentes e cotidianos episódios da República, notadamente, em clara tensão institucional. Eis o ponto fulcral da discussão: o *novo* modelo, forjado a partir do Estado Democrático de Direito, precisa vir à presença. Esse é o desafio – e o cerne da questão que, aqui, procura-se sinteticamente discutir.

### O “novo” nublado por velhos paradigmas

O Estado Democrático de Direito é pontualmente esse *novo* modelo, como introdutoriamente mencionado, a remeter a um tipo de Estado em que se pretende precisamente a transformação em profundidade naqueles países, sobretudo, considerados de modernidade tardia. Noutras palavras, trata-se de dar passagem, por vias pacíficas, a uma sociedade em que possam ser, efetivamente, implantados superiores níveis reais de igualdades e liberdades. O Direito recupera sua especificidade (ou deveria recuperar – eis aí a sua crise e a minha crítica) e seu acentuado grau de autonomia. É por isso que o Direito, enquanto legado da modernidade, *deve ser visto, hoje, como um campo necessário à implantação dessas mesmas promessas modernas*. Não por outro motivo, não há dúvidas de que, sob a ótica desse paradigma estatal, o Direito figura como instrumento de transformação social.

Entretanto, verifica-se uma disfuncionalidade não apenas dele – do Direito –, mas, ainda, das instituições encarregadas de aplicar a lei, como venho referindo, à sociedade em muitas de minhas obras, nublando a concretização de direitos em *terrae brasilis*. Quero dizer: o Direito brasileiro – e a dogmática jurídica<sup>3</sup> que o instrumentaliza – está assentado em um paradigma que sustenta

---

2. Ver o verbete Dualismo Metodológico em meu *Dicionário de Hermenêutica* (STRECK, 2020).

3. As críticas deste texto são dirigidas, à evidência, à dogmática jurídica não garantista, que não questiona as vicissitudes do sistema jurídico, reproduzindo esta injusta e desigual ordem social. Ou seja, as críticas aqui feitas ressaltam e reconhecem os importantes contributos críticos – e não são poucos – construídos/elaborados ao longo de décadas em nosso país.

essa disfuncionalidade, em boa medida, na contramão dos objetivos da República. Ou seja, não houve ainda, no plano hermenêutico, a devida filtragem – em face da emergência de um *novo* modo de produção jurídica representado pelo Estado Democrático de Direito – desse *velho* Direito, alicerçado nesse ultrapassado modelo. Na verdade, o Direito atual visto com os olhos do velho protagonismo judicial acaba sendo transformado no velho. Repito: paradoxalmente em sentido contrário a ideários tão bem delimitados nas finalidades constitucionalmente dispostas ao país, aqui estabelece-se a crise de modelo de Direito, dominante nas práticas jurídicas de nossos tribunais, fóruns e na doutrina.

No âmbito da magistratura – e creio que o raciocínio pode ser estendido às demais instâncias de administração da Justiça –, por exemplo, José Eduardo Faria (1995, p. 14s) apontava, de há muito, dois fatores que contribuem para o agravamento dessa problemática que, em tese, prende-nos ao passado e impede o *novo* de – resgatando as promessas da modernidade – surgir. Trata-se do “excessivo individualismo e o formalismo na visão de mundo: esse individualismo, a despeito de não termos”, como destaca Gilberto Bercovici<sup>4</sup>, uma Constituição liberal, “se traduz pela convicção de que a parte precede o todo, ou seja, de que os direitos do indivíduo estão acima dos direitos da comunidade”.

Daí que, “como o que importa é o mercado, espaço onde as relações sociais e econômicas são travadas, o individualismo tende a transbordar em atomismo: a magistratura é treinada para lidar com as diferentes formas de ação, mas não consegue ter um entendimento preciso das estruturas socioeconômicas onde elas são travadas”. Precisamente é isso: “Não preparada técnica e doutrinariamente para compreender os aspectos substantivos dos pleitos a ela submetidos, ela enfrenta dificuldades para interpretar os novos conceitos dos textos” (FARIA, 1995, p. 14s). Pior: mergulhada em uma perceptível confusão conceitual, projeta ativismos. Alarga assim o problema, ao mesmo passo em que exime-se da contingencial judicialização da política, necessária, sobretudo, em países como o Brasil, por exemplo.

---

4. Como contundentemente afirma Gilberto Bercovici (2007, p. 461) “a Constituição, de 1988, para desespero ou fúria de nossos auto-intitulados “liberais” (estariam melhor classificados como conservadores ou até reacionários), não é liberal, por maiores exercícios hermenêuticos que eles façam”.

## Recepcionando o “novo”: caminhos para o acontecer constitucional

Como procurei até aqui destacar, estou convencido de que há uma crise de paradigmas que obstaculiza a realização (o acontecer) da Constituição (e, portanto, dos objetivos da justiça social, da igualdade, da função social da propriedade etc.): trata-se das *crises dos paradigmas* objetivista aristotélico-tomista (entendido como metafísica clássica) e da subjetividade (filosofia da consciência – corolário da metafísica da modernidade), bases da concepção liberal-individualista-normativista do Direito, *que se constitui, em outro nível, na crise de modelos de Direito*. Muito embora já tenhamos, desde 1988, um novo modelo de Direito, nosso modo-de-fazer-Direito continua sendo o mesmo de antanho, isto é, olhamos o novo com os olhos do velho, com a agravante de que o novo (ainda) não foi tornado visível. Este é o ponto que considero também fundamental à discussão aqui proposta (STRECK, 2014).

Para romper com essa *tradição inautêntica*, (no sentido da hermenêutica) no interior da qual os textos jurídicos constitucionais são hierarquizados e tornados ineficazes, afigura-se necessário, antes de tudo, compreender o sentido de Constituição. Mais do que isso, quero dizer, trata-se de compreender que a especificidade do campo jurídico implica, necessariamente, entendê-lo *como mecanismo prático que provoca (e pode provocar) mudanças na realidade* que, aliás, não se projeta em dimensão distinta. No topo do ordenamento, está a Constituição. Esta Lei Maior deve ser entendida como *algo que constitui a sociedade, é dizer, a constituição do país é a sua Constituição*. Nesse sentido, como de resto já parece bastante claro, assumo uma postura *substancialista*<sup>5</sup>, para a qual o Judiciário (e, portanto, o Direito) assume especial relevo.

---

5. Esta postura assume a tese de que, no Estado Democrático de Direito, o Direito tem uma função transformadora. A tese substancialista parte da premissa de que a justiça constitucional deve assumir uma postura que, no contexto aqui exposto, pode ser entendida como intervencionista, longe, portanto, da postura absentista própria do modelo liberal, individualista e normativista que permeia a dogmática jurídica brasileira. Dialoga, pois, com o contexto de crise do Estado e do Direito. É preciso, contudo, advertir: quando estou falando de uma função intervencionista do Poder Judiciário, não estou propondo uma (simplista) judicialização da política e das relações sociais (e, tampouco, a morte da política, típico traço das formas de organização social, em que o poder é exercido de forma horizontal). Quando clamo por um “intervencionismo substancialista”, refiro-me ao cumprimento dos preceitos e princípios ínsitos aos Direitos Fundamentais Sociais e ao núcleo político do Estado Social previsto na Constituição de 1988.

Proponho, há décadas, o que Garcia Herrera magnificamente conceituou, também de há muito, como “*resistência constitucional*” – e eu, noutras palavras, ponho como uma *postura ortodoxa em relação à Constituição* – entendida como o processo de identificação e detecção do conflito entre princípios constitucionais e a inspiração neoliberal que promove a implantação de novos valores que entram em contradição com aqueles: solidariedade frente ao individualismo, programação frente à competitividade, igualdade substancial frente ao mercado, direção pública frente a procedimentos pluralistas (GARCIA HERRERA, 1996, p. 83).

Esse *novo modelo constitucional* supera o esquema da igualdade formal rumo à igualdade material, o que significa assumir uma posição de defesa e suporte da Constituição como fundamento do ordenamento jurídico. É ela também a expressão de uma ordem de convivência assentada em conteúdos materiais de vida e em um projeto de superação da realidade alcançável com a integração das novas necessidades e a resolução dos conflitos alinhados com os princípios e critérios de compensação constitucionais (GARCIA HERRERA, 1996, p. 83).

### **Condições de possibilidade ao (novo) papel da jurisdição constitucional: ensaiando um desfecho a partir da CHD**

Assentada a justificativa para uma nova inserção da atuação judiciária no âmbito das relações institucionais do Estado, conclui-se igualmente que a compreensão deste (novo) papel a ser desempenhado pela jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito implica uma ruptura paradigmática. Com efeito, a crise que fustiga o Direito – que, sem dúvida, causa (ou deveria causar) um mal-estar na comunidade jurídica preocupada com o Direito enquanto fator de transformação social – projeta-se opaca frente a um imaginário dogmático que continua refém de um sentido comum teórico, no interior do qual o *ser* da Constituição (compreendida – e eu continuo insistindo na tese – no seu papel constituidor, dirigente e compromissário) se apaga. Daí que a ausência de função social do Direito e, portanto, a sua (não) inserção no horizonte de sentido proporcionado pelo Estado Democrático de Direito, compreendido a partir das condições de possibilidade de sua existência e, desse modo, a partir das possibilidades do intérprete *ser-no-mundo* e *ser-com-os-outros*, perde-se em meio a uma “baixa constitucionalidade”

por mim denunciada há mais de duas décadas, composta por um discurso jurídico alienado da condição histórica da sociedade brasileira. É, de modo muito sucinto, *a negação da própria historicidade que nos molda*.

Em consequência, o jurista – refém do sentido comum teórico –, aplica (porque interpretar é sempre aplicar) o Direito repetindo-o (reproduzindo-o) a partir de pré-juízos não suspensos, sem pertinência ao mundo histórico, ficando, assim, impossibilitado de penetrar nesse mundo falado (pré-dito). É nesse contexto que uma análise do problema, à luz da hermenêutica, procura estabelecer uma clareira (*Lichtung*) apta a iluminar a noite que se abateu sobre a operacionalidade do Direito em *terrae brasilis*. Somos reféns de um realismo retrô, que, ao fim e ao cabo, reproduz um pragmatismo irresponsável, pelo qual parcela considerável da doutrina – e isso é reproduzido nas salas de aula – aceita que o direito seja “aquilo que os tribunais dizem”.

Nesse sentido, não é desarrazoado referir que, no campo jurídico, ocorre uma extração de *mais-valia do sentido do Direito*, que pode facilmente ser detectada a partir do cotidiano enfraquecimento do sentido da Constituição. Há uma corrupção da atividade interpretativa, cujo resultado é uma *cultura standartizada, reprodutiva e manualizada*, no interior da qual o Direito não é mais pensado em seu acontecer. Na ausência de uma reflexão crítica, ocorre uma colonização do mundo jurídico, através de uma metodologia de cunho metafísico (no sentido da ontoteologia, isto é, a metafísica “ruim”), como se a atividade interpretativa fosse o resultado de métodos, que assegurariam o devir da subjetividade. Esse é o ponto: nesse imaginário de crise, uma das consequências é que a doutrina não mais doutrina, sendo, na verdade, doutrinada pelos tribunais.

As decisões, transformadas em livros repletos de resuminhos-*prêt-à-porters*, servem para o balizamento da doutrina produzida pelos manuais. Não é demais referir, neste contexto, portanto, que as críticas dirigidas ao ensino jurídico e a operacionalidade do Direito, feitas ao longo de algumas décadas, continuam atuais. Considerável parcela das decisões judiciais continua a fundamentar-se em verbetes jurisprudenciais, retirados de manuais jurídicos e citados de forma descontextualizada, obstaculizando o aparecer da singularidade dos casos. E a tecnologia acirrou o problema. Agora os resumos são *high tech*.

É o que se denomina, a partir da filosofia hermenêutica (um dos insumos da minha Crítica Hermenêutica do Direito), de objetivação do processo interpretativo, em que o verbete (doutrinário ou jurisprudencial) serve como “categoria” para o operador elaborar “deduções” ou “subsunções”, circunstância que faz do intérprete – sem que disto ele se dê conta – um refém da metafísica.

Ora, é preciso ter claro que o acontecer da interpretação ocorre a partir de uma fusão de horizontes (*Horizontverschmelzung*), porque compreender é sempre o processo de fusão dos supostos horizontes para si. Sempre interpretamos, pois. E para interpretar, necessitamos compreender. Para compreender, é preciso uma pré-compreensão (por exemplo, para uma adequada compreensão da Constituição, necessitamos de uma prévia teoria da Constituição), constituída de estrutura prévia do sentido – que se funda essencialmente em uma posição prévia (*Vorhabe*), uma visão prévia (*Vorsicht*) e uma concepção prévia (*Vorgriff*) – que já une todas as partes (textos) do “sistema”.

É impossível reproduzir sentidos. O processo hermenêutico é sempre produtivo (afinal, nós nunca nos banhamos na mesma água do rio). A pergunta pelo sentido do texto jurídico é uma pergunta pelo modo como esse sentido (ser do ente) se dá, qual seja, pelo intérprete que compreende esse sentido. O intérprete não é um *outsider* do processo hermenêutico. Há um *já-sempre-compreendido* em todo processo de compreensão. Todavia, o intérprete não é proprietário dos sentidos do direito. Não é escravo, tampouco proprietário dos meios de produção do direito, por assim dizer.

O texto não existe em si mesmo. O texto não segura, por si mesmo, a interpretação que lhe será dada<sup>6</sup>. Do texto sairá, sempre, uma norma. A norma será sempre o produto da interpretação do texto. O texto será sempre o “já normado” pelo intérprete. É por isto que um mesmo texto dará azo a várias normas. A norma será sempre, assim, resultado do processo de atribuição de sentido a um texto. Este texto, porém – repita-se –, não subsiste como “um ente disperso” no mundo. O texto só é na sua norma. Quando o olha-

---

6. Como refiro em meu *Hermenêutica Jurídica e (m) crise*, não há equivalência entre texto e norma e entre vigência e validade, em face do que se denomina na fenomenologia hermenêutica de diferença ontológica. Sustentar que há uma diferença (ontológica) entre texto e norma não significa que haja uma separação entre ambos (o mesmo valendo para a dualidade vigência-validade).

mos, o nosso olhar já atribuirá uma determinada norma a esse texto. É nesse sentido que, no plano da filosofia hermenêutica aqui trabalhada, o ser será sempre o ser de um ente.

A partir de tais considerações, é possível afirmar que, sendo um texto jurídico válido tão somente se estiver em conformidade com a Constituição, a aferição dessa conformidade exige uma pré-compreensão (pré-juízos) acerca do sentido de (e da) Constituição (que é o fundamento que será utilizado pelo intérprete para atribuir a norma àquele texto). Não se interpreta, assim, um texto jurídico (um dispositivo, uma lei, etc.) desvinculada da antecipação de sentido representado por aquele que o intérprete tem da Constituição. Se os pré-juízos do intérprete estiverem corrompidos por um sentido comum teórico no interior do qual a Constituição tem pouco valor e a jurisdição constitucional ainda é mal compreendida, inexoravelmente este intérprete terá sérios prejuízos na aplicação da norma.

Para ser bem simples: se o intérprete possui uma baixa pré-compreensão, isto é, se o intérprete pouco ou quase nada sabe a respeito da Constituição (e, portanto, da importância da jurisdição constitucional, da Teoria do Estado, da função do Direito etc.), estará condenado à pobreza de raciocínio, ficando restrito ao manejo dos velhos métodos de interpretação e do cotejo de textos jurídicos no plano da (mera) infraconstitucionalidade (por isto, não raro juristas e tribunais continuam a interpretar a Constituição de acordo com os Códigos e não os Códigos em conformidade com a Constituição). Numa palavra: para este tipo de jurista, vigência é igual à validade, isto é, para eles, texto e norma significam a mesma coisa<sup>7</sup>.

Ou seja, se ele somente tem sentido (válido) se estiver de acordo com a Constituição, ontologicamente esse sentido exsurgirá da antecipação do sentido proporcionado pelo movimento da circularidade, em que o ser somente *ser-em*, isto é, o ser é sempre o ser de um ente (ou, de modo mais simples, a norma é sempre o resultado da interpretação de um texto). Enfim, nem o texto infraconstitucional pode ser visto apartado do sentido da Constituição e nem a Constituição pode ser entendida como se fosse um “ser sem o ente”, ou uma categoria ou uma hipótese.

---

7. No plano da hermenêutica, a isto se chama de “entificação do ser”.

Por isso, insisto, a hermenêutica, mais do que contributo, transforma-se em condição de possibilidade para a construção de caminhos à elaboração de um discurso apto a desmi(s)tificar as teses que, historicamente, obscureceram/obstaculizaram as possibilidades transformadoras do Direito, colocando-se como alternativa às crises que movem este texto. É dizer, é caminho às condições a um amplo acesso à justiça e um autêntico processo de capilarização da jurisdição constitucional, em que assume especial relevância o controle difuso.

O avanço da filosofia e a invasão da filosofia pela linguagem (viragem linguística ou *linguistic turn*) proporcionaram sensíveis avanços nesse campo no decorrer do século XX. De registrar, sobretudo, que, com a superação dos projetos sistemáticos da modernidade, o pensamento humano ocidental teve a primeira chance de diversificar a sua leitura do mundo. A filosofia do século XX, ainda que tenha retomado várias tradições através dos diversos *neos* (neokantismo, neopositivismo etc.), procurou também linhas de interpretação que significavam a superação dos movimentos terminais da metafísica. É assim que as diversas teorias da linguagem e do significado da primeira metade do século XX e o movimento fenomenológico se apresentaram como pensamentos que não queriam apenas repetir, mas inovar.

Nesse sentido, ao analisar a problemática do Direito e do Estado, suas crises e as implicações da revolução copernicana provocada pelo constitucionalismo do segundo pós-guerra, procuro inserir-me nesse paradigma fenomenológico-hermenêutico. É deste campo que emerge a capacidade e a possibilidade de um questionar que se insere na tradição, mas que pensa nas próprias condições de possibilidade da tradição.

Afinal, qual a função da justiça constitucional (enfim, do Poder Judiciário)? Parece que a resposta pode ser encontrada na materialidade constitucional, que tem como *holding* o núcleo essencial que aponta para a realização do Estado Social<sup>8</sup> (art. 3o. da CF), a partir do efetivo resgate das promessas da modernidade, histórica-

---

8. “Es función básica del Estado del Bienestar la llamada procura existencial, es decir, la responsabilidad de garantizar condiciones dignas de existencia a los ciudadanos. Esto significa que los Estados tienen la obligación de asegurar unos niveles mínimos de alimentación, salud, alojamiento e instrucción, y que todos esos servicios del Estado se consideran parte de los derechos de los ciudadanos, y no como caridad” (URIARTE, sb. 100).

mente sonegadas à imensa maioria da população, e que conformam a Constituição naquilo que o pacto constituinte, de cariz comunitarista, decidiu estabelecer como a condição de possibilidade para o exercício da democracia: de meras expectativas simbólico-sociais, os direitos fundamentais-sociais foram alçados à categoria de direitos subjetivos públicos.

Nisso reside o *plus* normativo representado pelo Estado Democrático (e Social) de Direito: a função transformadora assumida pelo Direito, que exsurge do caráter dirigente e compromissário do Texto Constitucional. De disciplina dirigida, o Direito Constitucional foi alçado à disciplina dirigente. E enquanto esse novo paradigma não se realizar em *terrae brasilis*, não se pode admitir a morte da Constituição Dirigente e compromissária.

É inegável, nesse contexto, perceber a Constituição de 1988 como Texto Magno de traço social, lado a lado com as Constituições europeias do pós-guerra. Mais do que isso, *é uma Constituição Dirigente*, contendo no seu ideário a expectativa de realização dos direitos humanos e sociais.

Mas, igualmente, é imperioso concluir: não basta a vigência do texto; é preciso efetivá-lo. Numa palavra, é necessário ter claro que o cumprimento do texto constitucional é condição de possibilidade para a implantação das promessas da modernidade, em um país em que a modernidade é (ainda) tardia e arcaica.

O novo modelo constitucional supera o esquema da igualdade formal rumo à igualdade material, o que significa assumir uma posição de defesa e suporte da Constituição como fundamento do ordenamento jurídico e expressão de uma ordem de convivência assentada em conteúdos materiais de vida e em um projeto de superação da realidade alcançável com a integração das novas necessidades e a resolução dos conflitos alinhados com os princípios e critérios de compensação constitucionais.

Enfim, é a partir da superação da crise paradigmática do Direito (crise de modelos de Direito e de Estado) é que poderemos dar um sentido eficaz à Constituição, inserida no novo modelo de cunho transformador que é o Estado Democrático de Direito, rumo à emancipação social.

Ao lado disto, é imprescindível uma hermenêutica jurídica que possibilite ao lidador do Direito a compreensão da problemá-

tica jurídico-social, inserida no contexto de uma sociedade excludente como a brasileira, em que a dignidade da pessoa humana tem sido solapada desde o seu *des-cobrimento*. É preciso, num último argumento, afastar os predadores econômicos, morais e políticos do Direito, preservando sua autonomia e deixando, no mais, o *novum* finalmente desvelar-se.

O que não pode acontecer é, em um momento de crise como a pandemia da Covid 19, a comunidade jurídica quedar-se silente em face das políticas públicas que privilegiam a economia em detrimento da vida. Há até mesmo protocolos patrocinados por Conselhos de Medicina que estabelecem critérios funcionais para “escolhas de sofia”, reprimando verdadeiras práticas eugênicas.

Qual é o problema e onde entra o presente texto? O busílis está exatamente no ponto que o direito é civilizacional. Ele tem de chegar antes da barbárie. O direito deve ser aplicado por princípio e não por políticas. Direito não se coaduna com “dilemas morais”.

Isto é, no ponto do que defendo neste texto e no decorrer destas três décadas de “nova” Constituição, o direito não é uma mera instrumentalidade. Não está a disposição do interprete e dos governos. Democracia depende do direito e não o contrário. Por isso, o direito do Estado Democrático de Direito estabelece a obrigação de lutarmos pelo ideal de vida boa.

Por isso, como explicito em tantos textos, o direito deve resistir aos seus predadores “naturais”: a política, a economia e a moral. E aos seus predadores “não naturais”, os endógenos, como o subjetivismo, o decisionismo, o consequencialismo, o pamprincipalismo, dentre outros. Como fazer essa resistência? Com uma teoria da decisão, que procuro fazer a partir de uma matriz teórica, a CHD, e uma heurística, mostrando critérios que evitem que os predadores fragilizem o direito construído na democracia.

O enigma é resolver a seguinte equação, que trabalho em *Verdade e Consenso* e no *Dicionário de Hermenêutica*: direito não pode ser corrigido pela moral. Isso não quer dizer que o direito esteja cindido da moral. Logo, a Crítica Hermenêutica do Direito é anti-positivista ou não positivista. Se o positivismo (textualista) se preocupa com o passado as posturas pragmatistas se preocupam só com o futuro, a CHD se preocupa com o presente. Esse é o desafio.

## Referências

- ACKERMAN, B. *La política del diálogo liberal*. Barcelona: Gedisa, 1999.
- BERCOVICI, G. Constituição econômica e dignidade da pessoa humana. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 102, p. 457-467, 2007, p. 462.
- BONAVIDES, P. *A Constituição Aberta*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1993
- CAPPELLETTI, M. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1988.
- DWORKIN, R. *L'empire du Droit*. Paris: PUF, 1994.
- DWORKIN, R. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.
- FARIA, J. E. *O Poder Judiciário no Brasil*. Paradoxos, desafios, alternativas. Brasília: CJF, 1995.
- FREEMAN, S. Original Meaning, Democratic Interpretation and the Constitution. In: *Philosophy & Public Affairs*, vol. 21, n. 1, 1992.
- HABERMAS, J. *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*. vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HABERMAS, J. *Más Allá del Estado Nacional*. Madrid: Trotta, 1997.
- QUEIROZ, C. *Interpretação e Poder Judicial – sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2000.
- SARLET, I. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *O Direito Público em Tempos de Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- SCAFF, F. F. Você nem sabe, mas vive entre a reserva do possível e as escolhas trágicas. In: *Consultor Jurídico*. 23 de janeiro de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br>. Acesso em 23/05/2020.
- STRECK, L. L. *Hermenêutica Jurídica e (m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed., atual. e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.
- STRECK, L. L.; BOLZAN DE MORAIS, J. L. *Ciência Política & Teoria do Estado*. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

- STRECK, L. L. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- STRECK, L. L. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- STRECK, L. L. *Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Grupo Editorial Letramento, 2020.
- TRIBE, L. The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories. In: *The Yale Law Journal*, vol. 89, 1073, 1980.
- TRIBE, L. *American Constitutional Law*. 2.ed. New York: The Foundation Press, 1988.
- TRIBE, L. Taking Text and Structure Seriously: reflection on free-form method in constitutional interpretation. In: *Harvard Law Review*, vol. 108, n. 6, 1995.
- URIARTE, E. *Introducción a la ciênciapolitica: la politica en las sociedades democráticas*. Madrid: Tecnos, ub.
- WERNECK, V. L. *et al. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.



# A BUSCA DE UMA SOLUÇÃO JUSTA E DA PAZ COMO FINALIDADES DE UM DIREITO PENAL EFICIENTE

*Miguel Tedesco Wedy\**

---

## **Introdução**

A ideia matriz que sustentamos em matéria penal é a ideia onto-antropológica, estribada em Faria Costa (2007), de que o direito penal possui um fundamento (a relação onto-antropológica de cuidado de perigo), uma função (a proteção dos bens jurídicos com relevância jurídico penal, apenas quando sofrem ataques de maior impactação) e uma finalidade (o alcance da justiça e da paz, com o respeito ao texto da lei e da Constituição). E que o equilíbrio entre tais vetores será responsável por estabelecer um direito penal eficiente. Isto é, a eficiência em matéria penal não se dá pela averiguação do número de condenações ou encarceramentos e nem pela diminuição da criminalidade, mas pela manutenção desse fundamento, dessa função e dessa finalidade, não apenas no âmbito legislativo, mas em cada caso concreto.

Essa ideia também se desdobra no âmbito do processo penal, com o equilíbrio que deve haver entre justiça, eficiência e garantias. De fato, não pode haver processo justo se não forem asseguradas as garantias previstas na Lei Maior, a Constituição. Assim como não haverá eficiência se o processo não chegar ao fim, com uma decisão justa, que respeite a lei e a Constituição. Em razão disso, parece que é fundamental esmiuçar, com mais vagar, o que essas finalidades de justiça e de paz significam.

## **Ainda há sentido em se falar de justiça em direito penal?**

Se afirmamos que a finalidade de um direito penal legítimo deve ser o alcance da justiça e da paz jurídica, então, uma

---

\* Mestre em ciências criminais pela PUCRS. Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Decano da Escola de Direito da Unisinos.

explicação se impõe. Por certo que se indagará: que justiça? Que paz jurídica? E aí se impõe uma pausa, capaz de explicitar o que tais ideias significam para nós.

Uma pausa que sirva como reflexão sobre esse problema de monta da ciência penal, mas não só dela, sempre dentro de um contexto de pensamento que tem a pessoa humana na sua centralidade.

O fato inegável é que a ligação entre justiça e direito e a ideia de paz jurídica não é de agora e nem de ontem, mas acompanha a humanidade e os ordenamentos jurídicos já há muito tempo (KELSEN, 1992). Na lição de Karl Larenz, a filosofia ocidental está sempre a tratar desses dois pontos de vista, a paz jurídica e a justiça, pontos esses que, para ele, são também os fins últimos do direito (LARENZ, 1993). Dentre as várias noções de justiça, refere Larenz, há como que um traço comum, pois se elas não definem propriamente justiça, podem servir de ponto de partida para a sua definição (LARENZ, 1993). Assim, para Perelman, justiça é atribuir um tratamento igualitário para aqueles que estão em condições iguais. Para Henkel, justiça é dar a cada um o que é seu e tratar desigualmente os desiguais na medida em que se desigualam. Engisch fala das tradicionais ideias de igualdade, proporcionalidade e equivalência. Já Rawls admite que homens com ideais diferentes de justiça podem estar de acordo em que as instituições são justas, se ao atribuir os direitos e os deveres fundamentais, não se estabelece uma diferença arbitrária entre os homens e se as regras produzem um equilíbrio significativo entre as pretensões concorrentes para o bem da vida social. (LARENZ, 1993). E assim Larenz traz a ideia de equilíbrio e moderação. Uma ideia que é recorrente quando se está a tratar desse tema. E assim, a paz jurídica e a justiça estariam estabelecidas numa relação dialética e se condicionariam reciprocamente (LARENZ, 1993). Também, colocando a paz como a finalidade do ato de julgar, veja-se Paul Ricoeur (RICOEUR, 1995).

Há, dessa forma, um contato frutífero e constante entre direito e justiça. Aí se percebe uma relação de constância e permanência, um permanente diálogo entre direito e justiça, como afirmou Castanheira Neves (NEVES, 1995). Também importantes são as referências de Faria Costa acerca da confluência entre certeza do direito, segurança jurídica e equidade para a edificação de uma ideia de justiça, bem como a consideração acerca da evolução da ideia de paz jurídica. Seja aquela paz jurídica dos gregos, uma paz como um

estágio, capaz de atingir novos valores, seja a paz dos romanos, tão elevada que poderia ser alcançada pelas armas ou ainda a paz dos germânicos, possível pelo consenso (COSTA, 2007).

Um diálogo que vem de antes dos romanos, para quem o *ius* e o *justum* eram a mesma coisa. O direito deveria corresponder à natureza, à equidade e à justiça (NEVES, 1995).

O problema entre justiça e direito também se colocou na Idade Média. E, inserido esse tema naquele contexto, encontrou-se a solução numa resposta tomista: o direito é *objectum justitiae, res iusta, quid justum est* (S.T.I., 2ª, art. 1º). Ou, como já citamos, em Santo Tomás de Aquino:

A força da lei depende do nível da sua justiça. E tratando-se de coisas humanas, a sua justiça está em proporção com a sua conformidade à norma da razão. Pois bem, a primeira norma da razão é a lei natural (...). Por conseguinte, toda lei humana terá o carácter de lei na medida em que se deduza da lei da natureza; e se se afasta em qualquer ponto da lei natural já não será lei, mas corrupção das leis" (S.T.I., 2ª, 95, art. 2º). (NEVES, 1995)

Também e de forma relevante, assim se deu com o iluminismo, por intermédio da busca de uma justiça humana autônoma, o que fez com que não desaparecesse a ideia de vinculação do direito com a ética e com uma intenção de justiça (NEVES, 1995).

Só com o positivismo, posteriormente, é que o direito se afastou da ideia de justiça. Basta ver a crítica de Hans Kelsen aos conceitos de justiça:

Libertar o conceito de Direito da ideia de justiça é difícil porque eles são constantemente confundidos no pensamento político e na linguagem comum, e porque essa confusão corresponde à tendência de permitir que o Direito positivo afigure-se como justo. Em vista dessa tendência, o esforço para tratar o Direito e a justiça como dois problemas diferentes incorre na suspeita de dispensar a exigência de que o Direito positivo deva ser justo. Mas a Teoria Pura do Direito simplesmente declara-se incompetente para responder tanto à questão de ser dado Direito justo ou não como a questão mais fundamental do que constitui a justiça. A Teoria Pura do Direito – uma ciência – não pode responder a essas questões porque elas

absolutamente não podem ser respondidas cientificamente.  
(KELSEN, 1998)

O que se pretende, portanto, é explicitar que tais concepções são prementes e pungentes ao direito. O direito não pode viver sem a busca constante, trabalhosa, difícil e penosa dessas ideias de justiça e paz jurídica, sob pena de perder a sua própria legitimidade.

Conforme se viu, a legitimidade de um direito penal muito provém de uma lei justa ou de uma decisão justa, afirmadora de um processo e de instituições democráticas. A autoridade da lei depende de sua justiça ou, pelo menos, de sua habilidade em garantir a justiça (FINNIS, 2006).

E assim é que se encontra uma autêntica legitimidade. Uma legitimidade que se fortalece com a justiça e que se otimiza numa unidade de sentido entre o fundamento de recomposição da situação onto-antropológica de cuidado de perigo, a função de proteção subsidiária dos bens jurídicos penais e a finalidade de busca da Justiça e da paz jurídica. É no adensamento entre esses relevantes caracteres do pensamento onto-antropológico desenvolvido por Faria Costa que se poderá detectar uma otimização da legitimidade em direito penal.

Ou seja, quanto mais uma decisão é tida como justa – como justa não apenas em sentido material, mas também em sentido substancial –, mais essa decisão se fortalece, pois, dentro dessa unidade de sentido antes referida, ela haverá de ser uma decisão voltada para a proteção subsidiária de um bem jurídico relevante do ponto de vista penal e para o refazimento ou manutenção daquela situação onto-antropológica de cuidado de perigo, o fator preponderante para a intervenção penal.

E antes que se diga que se está a andar em círculos, quando o que se está a fazer é apenas clarificar uma concepção, urge que se aponte, afinal, o que viria a ser essa finalidade de alcançamento da justiça e da paz jurídica que acabaria por tornar a ciência penal mais legítima.

Também não se deve esperar, e a isso não nos propusemos, um conceito fechado de justiça. Não. Talvez não haja nenhuma formulação eficaz do conceito de justiça (DWORKIN, 2003).

É bem mais difícil conceituar o que seria justiça, do que aplicá-la no caso concreto, como operador do direito. Não que seja fácil essa tarefa. Mas é uma tarefa concreta, que enfrenta os problemas reais e terríveis da seara criminal. Essa é a tarefa do jurista, como salientou Karl Larenz, “*la tarea del jurista, en cambio, consiste en encontrar decisiones justas de casos concretos*”, pois

la paz jurídica no está asegurada, si el ordenamiento que subyace a ella es injusto y se siente como tal cada vez más. Donde la paz jurídica falta, donde cada uno trata de realizar su (supuesto) derecho con sus puños o domina la guerra civil, desaparece la justicia. (LARENZ, 1993)

Assim, é ali, nos autos do processo, em meio ao bramido dos dramas humanos, que se aponta, como mais relevante, a realização da justiça. E assim entendemos também, por uma questão primordial de empenhamento acadêmico.

E uma afirmação assim não é privilégio nosso,

Sempre que se pretenda enunciar o princípio da justiça numa qualquer fórmula ou critério que o objectivasse em absoluto e uma vez por todas, sempre se teria de concluir que apenas estaríamos na presença de um princípio só formal, perante uma fórmula vazia, se não mesmo perante uma *petitio principii*. É o que na linha de um pensamento e de uma crítica que vem muito de trás – já o haviam dito Kant, Simmel, entre outros – se propuseram demonstrar recentemente, de modo sistemático Kelsen e Perelman. Não se nos peça, pois, que demonstremos racionalmente (em termos de pura racionalidade) a justiça, ou o sentido da justiça e a intenção normativa que lhe corresponde. Apenas se nos pergunte se a justiça tem sentido para nós homens, na compreensão significativa de nós próprios – e homens nesta nossa coexistência, agora neste tempo, a enfrentar aqui os nossos problemas. (NEVES, 1995)

A definição, ou a conceituação de justiça, se é que seria possível encontrá-la, não é, por conseguinte, o objeto do presente trabalho. Porém, ainda que não se pretenda conceituar ou titular o que são a justiça e a paz jurídica, não se pode esquecer de que essa é uma preocupação constante do pensamento jurídico. Uma preocupação que sabe que o afastamento dessas ideias pode perverter as mais sólidas concepções de um sistema racional e democrático.

Assim, está com a razão Faria Costa quando afirma que

A interpretação que pressupomos, a interpretação que o direito penal exige tem de ter um enquadramento em uma solução justa (...). (...) não a solução que não cumpra as leis e as regras de as aplicar. Mas antes a solução que cumprindo as leis se afirma como um acto de pacificação, se mostra no seu tempo como uma solução justa. (COSTA, 2007)

E, então, mais uma vez, importa demonstrar que, por trás ou sob a capa das mais variadas noções, há uma recorrência de entendimentos. E a recorrência se dá em razão de que, em variadas e relevantes concepções de justiça e de paz jurídica, se pode encontrar as ideias de pessoa humana, equilíbrio, moderação, equidade, prudência e medianidade.

Ora, desde a ideia de Justiça como equidade (RAWLS, 1993), passando por um direito como integridade (DWORKIN, 2003), ou ainda a concepção da pessoa como elemento primeiro da ideia de justiça (FINNIS, 2006), o que se depreende é uma certa circularidade para com os conceitos de prudência, moderação, equidade, proporcionalidade etc.

E a nós nos parece que não devemos nos afastar, no todo, dessas ideias de equidade, prudência, ponderação e medianidade para fazer a justiça e alcançar a paz jurídica.

Se a nossa concepção está estribada na ideia de cuidado de perigo, de cuidado de perigo essencialmente centrado na pessoa, não há como escapar dessas concepções e inclusive de uma mesótes aristotélica.

Se vemos o direito, essencialmente o direito penal, como elemento da nossa humana condição social, não se pode repelir ou rejeitar, de plano, as ideias de Aristóteles. Se a pessoa é um valor supremo, se o homem é portador de um valor absoluto, embora existencial e socialmente em comunidade e na classe (NEVES, 1995), a justiça, que é toda a virtude somada (ARISTÓTELES, 2007), estará no equilíbrio, na mediania, no proporcional, na prudência.

Por isso, impossível é, para nós, o afastamento dessa ideia de justo.

O justo, nesse sentido é, portanto, o proporcional, e o injusto é aquilo que transgride a proporção. O injusto pode, assim, incorrer no excesso ou na deficiência (no demasiado muito ou no demasiado pouco), o que é realmente o que percebemos

na prática, pois quando a injustiça é feita, aquele que a faz (o agente) detém o excessivo do bem em pauta, e a vítima da injustiça detém o deficiente ou insuficiente desse bem. (ARISTÓTELES, 2007)

O correto, o justo, portanto, é essa equidade, essa proporção, essa mediania, essa prudência na criação e aplicação do direito, sempre dentro de um parâmetro constitucional e dos princípios fundamentais do direito penal. Uma ponderação e uma mediania que evitem o excesso e a deficiência. E aí é irrefutável que estamos a trabalhar dentro de um pensamento aristotélico, arrimado na prudência e na temperança. Sem esquecer que temperança, na frase sócrática, é um freio aos prazeres e às paixões (PLATÃO, 1993).

Embora se tenha procurado estabelecer um norte para uma concepção de justiça e paz jurídica que se pretende alcançar, é bem possível que, tal qual Trasímaco, se entendam por insuficientes as noções aqui trazidas (PLATÃO, 1993).

Ocorre que, para nós, o criar e o aplicar as leis com ponderação, com equidade, com prudência, com mediania, sempre nos limites dos princípios fundamentais do direito penal, como a legalidade, a culpabilidade, a intervenção mínima, a ofensividade, bem como dentro daqueles marcos estabelecidos pela Lei Maior, apresentam-se como características fundamentais para a justiça e a paz jurídica.

E, assim, a justiça e a paz jurídica se ligam de forma indissociável, como autênticas finalidades de um sistema de pensamento que tem, na pessoa humana, o seu magma e, na manutenção da vivificação da relação matricial onto-antropológica de cuidado de perigo de Faria Costa, o seu fundamento.

Com isso, não propugnamos por um ativismo ou subjetivismo, mas pela aplicação da lei, desde que respeitadora da Constituição, quando fundadas uma e outra em bases democráticas, como temos no Brasil desde 1988.

Como dissemos em outra ocasião, o nosso legado deve ser o de um país que enfrenta o crime e a corrupção com rigor, equilíbrio e, fundamentalmente, com um direito penal e um processo penal que respeitem a Constituição.

## Referências

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução e notas de Edson Bini. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2007.

COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

DWORKIN, Ronald. *O Império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

KELSEN, Hans. *O que é Justiça?* São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de etica jurídica*. Traducción y presentación de Luis Díez-Picazo. Madrid: Editorial Civitas, 1993.

NEVES, António Castanheira. *Digesta*. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

PLATÃO. *A República*. 7. ed. Trad. Maria Helena da Rocha Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Carlos Pinto Correia. Lisboa: Editorial Presença, 1993.

RICOEUR, Paul. *O justo ou a essência da justiça*. Tradução de Vasco Casimiro. Lisboa: Editora Piaget, 1995. p. 167.

# A LAICIDADE E OS DESAFIOS À DEMOCRACIA NO BRASIL: NEUTRALIDADE E A PLURICONFESSIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

*Roger Raupp Rios\**

---

## **Introdução**

No Brasil de nossos dias, crescem iniciativas pela inclusão de conteúdos religiosos em medidas estatais e até mesmo na organização do Estado. Reforma constitucional (BRASIL, 2014), legislação (BRASIL, 2014b; DUARTE, 2009), formulação e execução de políticas públicas (PEREIRA, 2013) tem sido mais e mais arena de pressão por indivíduos e grupos cujo objetivo é a inserção de conteúdos religiosos na vida estatal (VITAL DA CUNHA, 2012).

Delicado e desafiador, tal contexto exige clareza intelectual e postura política democrática. Daí o percurso deste artigo: alinhar os fundamentos (segunda parte) e o modelo de laicidade (terceira parte) presentes na Constituição democrática de 1988, por meio de uma revisão bibliográfica não exaustiva e análise qualitativa dos modelos de laicidade e sua relação com a democracia e os direitos humanos.

Este estudo soma-se aos esforços, nos mais variados âmbitos, pelo fortalecimento da vida democrática no Brasil, cuja história registra a interpenetração das religiões e da vida política estatal, o que coloca em risco a própria consolidação da democracia e o conteúdo de direitos humanos e fundamentais, como ilustram as restrições eleitorais a religiosos e o padroado antes do advento da República e a relação entre determinadas igrejas evangélicas, certos setores do catolicismo e a defesa da ditadura militar iniciada em 1964 (BAPTISTA, 2007, p. 137).

---

\* Graduado, Mestre e Doutor em Direito (UFRGS), Professor do PPGD UNISINOS. Desembargador Federal do TRF4. E-mail: [roger.raupp.rios@gmail.com](mailto:roger.raupp.rios@gmail.com).

## O conceito e os fundamentos da laicidade na Constituição de 1988

Num esforço de didatismo e de modo muito resumido, esta seção trata dos fundamentos constitucionais da laicidade, considerados a partir de ideais democráticos presentes no constitucionalismo ocidental. Sem qualquer menosprezo a outras experiências, muito menos às relações entre determinados modelos de laicidade e a ideia ocidental de modernidade (CADY; HURD, 2010; WOHLRAB-SAHR; BURCHARDT, 2012), com implicações colonialistas (MORIN; RAMADAN, 2014: 236; SABET, 2008, p. 28; KEANE, 2000), centra-se a atenção nestes elementos a partir do debate brasileiro contemporâneo, em particular à experiência democrática iniciada desde a derrocada da ditadura militar (1964-1985) e ao texto constitucional de 1988. Ao final, busca um conceito constitucional de laicidade.

### *Os fundamentos da laicidade: liberdade religiosa, igualdade, pluralismo democrático e diversidade religiosa*

A laicidade é uma resposta ao desafio da pluralidade religiosa no mundo moderno e contemporâneo. Politicamente, ela emerge das guerras religiosas e da necessidade de encontrar um modo de convívio possível e pacífico, descartadas as alternativas da opressão de minorias religiosas e da eliminação da diversidade religiosa (CANOTILHO, 2003: 383); ela é mais um método que um conteúdo, diz Bobbio (2014), é uma condição para a convivência de todas as possíveis culturas. Juridicamente, a laicidade engendrará diferentes arranjos constitucionais<sup>1</sup>, destacando-se, na experiência ocidental, os modelos da neutralidade religiosa e da pluriconfessionalidade.

De fato, as religiões colocam desafios ao convívio democrático e plural quando pretendem ser abrangentes, fundamentalistas ou integristas e proselitistas (LOPES; VILHENA, 2013). Isto porque (1) ao requerem que seus adeptos sigam sua doutrina em todas as dimensões de suas vidas, sobrepondo seus deveres morais religiosos àqueles decorrentes da participação de seus seguidores na comunidade política nacional, (2) ao pretenderem estabelecer conteúdos indiscutíveis, vinculadores de todas as dimensões da vida de seus fiéis e (3) ao fazerem da ampliação de seu grupo de seguidores um objetivo fundamental, as religiões entram em rota de colisão com o

---

1. Sobre os diversos modelos de laicidade presentes na América Latina, ver Oro e Ureta (2007).

pluralismo e a diversidade, cujo pressuposto é precisamente o convívio simultâneo e não-excludente de diferentes visões de mundo, decorrentes ou não de convicções religiosas.

Exatamente por atentar especialmente à importância do pluralismo e da diversidade, a laicidade apresenta-se como o arranjo político-institucional e a configuração jurídico-constitucional mais apropriados à proteção das liberdades de pensamento, de opinião e de crença. Com efeito, a laicidade revela-se princípio de organização estatal que possibilita, simultaneamente, a proteção em face do perigo de intervenção e manipulação estatal no âmbito religioso e a defesa de indivíduos e de grupos diante da tentação de majorias que almejem impor suas convicções religiosas sobre os demais por meio do processo político.

Nunca é demais salientar a relação entre a afirmação da liberdade religiosa e as proibições constitucionais de interferência estatal nas religiões e de intromissão de argumentos religiosos na vida estatal. Nesse campo, não há oposição entre laicidade e liberdade religiosa (SARMENTO, 2008, p. 191). Ao contrário, a laicidade tem dentre seus conteúdos essenciais a esfera de liberdade, em favor de indivíduos e grupos, de tomada de posição diante do fenômeno religioso como bem entenderem, adotando ou rejeitando crenças religiosas, onde se inclui evidentemente o ateísmo. A laicidade cumpre a função, portanto, de garantia institucional para a liberdade religiosa, cujo alcance inclui não-somente a esfera pública, como também as relações entre privados, o que pode ser percebido pelo fenômeno do assédio religioso no ambiente de trabalho (LOREA, 2008, p. 170).

A relação entre laicidade e igualdade é também direta e inestimável. A laicidade, como princípio de organização da vida estatal na democracia, leva a sério a igualdade de todos os cidadãos. Ela impede vantagens ou prejuízos na esfera estatal a indivíduos e grupos por motivo de crença religiosa. Afastando qualquer consideração religiosa do debate político estatal, ela viabiliza a igualdade de todos diante do Estado, ao tornar argumentos religiosos não somente irrelevantes no processo de deliberação estatal, como também proscrevê-los.

Na laicidade, a irrelevância e o afastamento de conteúdos religiosos da esfera política estatal decorrem dos pressupostos necessários para o convívio democrático em sociedades plurais, cujo teor

não se coaduna à dinâmica de argumentos de fé. Em sociedades democráticas, dada a valorização e o respeito ao pluralismo, os processos de tomada de decisão política e a execução das políticas públicas necessitam ser acessíveis a todos os cidadãos, tanto pelos instrumentos de participação disponíveis, quanto pela possibilidade de compreensão e debate público das razões invocadas no processo político. Argumentos religiosos, por definição, emanam de revelação divina, diante dos quais os fiéis devem obediência (Constituição “*Dei Verbum*”, 1984, p. 124); para os crentes, a fé é, ao fim e ao cabo, a luz que tudo deve iluminar (Constituição “*Gaudium et Spes*”, 1984, p. 152) e, mesmo no terreno das ciências que se debruçam sobre as realidades terrestres, religiosos tem na fé naquilo que foi revelado por Deus o teste final para a correção do método científico (Constituição “*Gaudium et Spes*”, 1984, p. 179). Argumentos religiosos, ao veicular certos conteúdos e defender certas posições, fundam-se na obediência àquilo que se acredita revelado pela divindade, não razão humana que busca apreender e compreender a realidade, de modo esforçado, metódico, humilde e aberto à dúvida e à contestação.

Daí não haver, conforme postula a laicidade, espaço para argumentos religiosos no processo de deliberação política estatal. Assim não fosse, estariam feridas de morte a liberdade religiosa, a igualdade de todos os cidadãos, o pluralismo e a diversidade. Deliberações majoritárias (como no caso do processo legislativo) e decisões jurídicas tomadas de acordo com o processo constitucional (como acontece na interpretação das leis pelo judiciário) só respeitam a liberdade religiosa de todos, a igualdade perante a lei, o pluralismo político e a diversidade se produzidas com base em argumentos racionais, acessíveis à compreensão e ao debate de todos os cidadãos. Adotar uma política pública com fundamento na crença religiosa de alguns (ainda que amplamente majoritários) exclui do procedimento decisório todos os demais que não compartilham da mesma fé, criando desigualdade entre os cidadãos perante o Estado em virtude de crença religiosa e ferindo de morte a própria liberdade religiosa.

Argumentos religiosos são, por definição, incompatíveis com tais imperativos democráticos, dada sua origem na revelação divina. Para quem professa esta ou aquela religião, não há espaço para compromissos em matéria de fé. Não há negociação diante da vontade divina, pois neste terreno qualquer composição implica contrariedade aos desígnios divinos e traição àquilo que se considera a

única e indiscutível verdade. A democracia pluralista, ao contrário, é o domínio da diversidade de opiniões e crenças, cujo convívio requer composição, negociação e conciliação diante de pontos de vista divergentes, numa dinâmica aberta a tomada de decisões mutáveis ao longo do tempo. Mesmo os mais caros conteúdos políticos e jurídicos, sem dúvida fora do espaço da negociação e da deliberação políticas, são frutos de decisões humanas, historicamente construídas. Disposições constitucionais, que expressam valores merecedores de especialíssima proteção constitucional (como, por exemplo, a igual dignidade de todos os seres humanos e a proibição da tortura), não deixam de ser decisões políticas humanas fundamentais.

Como visto, dentre os fundamentos da laicidade encontram-se os direitos fundamentais de liberdade e de igualdade, como também o pluralismo, compreendido como princípio de organização do Estado que se contrapõe à concentração e à unificação do poder (BOBBIO, MATEUCCI; PASQUINO, 1986, p. 928). Ao lado deles, aparece a diversidade como outro dos fundamentos da laicidade, entendida como multiplicidade de convicções religiosas (onde se insere, não é demais lembrar, a ausência de crença religiosa). A diversidade religiosa, compreendida como um dado da realidade positivamente considerado na democracia brasileira, apresenta-se como um verdadeiro bem jurídico constitucional, do mesmo modo como as diversidades étnica, regional e cultural, explicitamente listadas no texto constitucional (respectivamente, nos artigos 215, inciso V, e 216-A, p. 1, inciso I).

### *Em busca de um conceito constitucional de laicidade*

Conectada de modo umbilical a direitos fundamentais (liberdade religiosa e igualdade de todos), ao pluralismo como princípio político basilar e à diversidade religiosa como bem constitucional, a laicidade apresenta diversas dimensões. A formulação de um conceito, na medida do possível, deve abarcá-los da melhor forma. O termo, datado de 1871, cujo conceito ora se investiga, surge como neologismo francês no seio do republicanismo da liberdade de opinião, num contexto de marcada oposição à monarquia e à vontade divina como fundamentos e organização da sociedade política (ORO, 2008, p. 81).

Partindo da diversidade religiosa e moral nas sociedades modernas, dos desafios de constituir uma convivência pacífica e de pos-

sibilitar decisões democráticas, e calcada nos direitos fundamentais, anunciada como princípio fundamental do Estado de Direito, a laicidade foi assim definida na “Declaração Universal da Laicidade no Século XXI”<sup>2</sup>, como elemento chave da vida democrática:

Artigo 4. Definimos laicidade como a harmonização, em diversas conjunturas sócio-históricas e geopolíticas, dos três princípios já indicados: respeito à liberdade de consciência e à sua prática individual e coletiva; autonomia da política e da sociedade civil com relação às normas religiosas e filosóficas particulares; nenhuma discriminação direta ou indireta contra os seres humanos.

No debate sobre os elementos essenciais ao conceito<sup>3</sup>, destacam-se: (a) a legitimidade das instituições políticas radicada na soberania popular, não mais em conteúdos religiosos (BLANCARTE, 2008, p. 19); (b) a “relação chave” com os direitos fundamentais de liberdade religiosa, de consciência e de igualdade (HUACO, 2008, p. 45) e (c) tratar-se de instrumento para a gestão das liberdades e direitos de todos os cidadãos (BLANCARTE, 2008, p. 25).

Daí a formulação jurídica da laicidade a partir dos textos internacionais protetivos de direitos humanos, quando estes garantem as liberdades de pensamento, de consciência e de religião, como também quando afirmam a igualdade de todos, a não-discriminação e o combate à intolerância<sup>4</sup>.

### **A concretização do Estado laico e a laicidade pluriconfessional na Constituição de 1988**

Assentados os fundamentos da laicidade e delineado o conceito constitucional de laicidade, é preciso examinar qual o modelo de laicidade decorrente do arranjo institucional que resultou na

---

2. Documento comemorativo do centenário da separação Estado-Igreja na França, apresentado junto ao Senado francês, datado de 09 de dezembro de 2005.

3. Um panorama acerca do conceito jurídico da laicidade e sua caracterização como norma constitucional tipo princípio é fornecida por Joana Zylbersztajn (2012), em especial os capítulos 1 e 2 de sua tese de doutoramento.

4. Ver, neste sentido, a Declaração Universal de Direitos Humanos (art. 18), o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 18), a Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 12), a Declaração sobre a Eliminação de todas as Formas de Intolerância e Discriminação fundadas na Religião ou nas Convicções (art. 1) e a Convenção Interamericana contra todas as formas de Discriminação e Intolerância (art. 1).

Constituição de 1988. Isso colocado, vale salientar, por oposição, aquilo que a laicidade pluriconfessional não é nem admite, diante dos desafios impostos à democracia por iniciativas políticas advindas de grupos religiosos.

### *Os modelos de laicidade: neutralidade e pluriconfessionalidade*

A combinação dos direitos de liberdade e de igualdade, do valor político do pluralismo e da diversidade religiosa como dado da realidade constitucionalmente valorizado dá ensejo a vários arranjos institucionais possíveis. Tanto que, ao longo da história do Brasil, tivemos desde confessionalidade tolerante com religiões não-oficiais (a Constituição do Império adotava o catolicismo como religião oficial, mas tolerava culto privado de outras denominações) até a mais forte separação entre Estado e religião (a Constituição de 1891 proibiu a participação política de religiosos, reconheceu exclusivamente o casamento civil e o caráter leigo do ensino público e secularizou a administração dos cemitérios). A Constituição imperial, definitivamente, não era laica: não-somente professava religião oficial, como também excluía de cargos públicos não-católicos; a primeira constituição republicana, aquela onde a laicidade foi mais pronunciada, não era laicista, por não trazer as notas de anti-clericalismo ou hostilidade à religiosidade coletiva (HUACO, 2008, p. 47).

Tendo presente a compreensão constitucional do Estado laico, qual o modelo de laicidade da Constituição de 1988? Ainda que o processo constituinte tenha registrado movimentação e tensão religiosas diante de vários temas (PINHEIRO, 2008; PIERUCCI; PRAN-DI, 1996), o resultado do processo constituinte foi a afirmação do Estado laico, por meio da separação institucional entre Estado e religião, com possibilidade de cooperação em determinadas áreas entre o Estado e as igrejas (o inciso I do artigo 19 veda a vinculação do Estado à religião, “ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público”). Este arranjo de “separação com cooperação”, acrescido (1) da presença do ensino religioso, de caráter facultativo, nos estabelecimentos públicos (art. 201, p. 1º), (2) da escusa do serviço militar por crença religiosa (art. 143, p. 1º), (3) da possibilidade de efeitos civis do casamento religioso (art. 226, p. 2º), (4) da possibilidade de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva (art. 5º, VII) e (5) da imunidade tributária a

templos de qualquer culto (art. 150, VI, b), configura o modelo de laicidade denominado pluriconfessional.

A laicidade pluriconfessional contrasta com o modelo de laicidade como neutralidade religiosa. Neste não se reconhece qualquer caráter primordial ao fato religioso, sendo inclusive um dado a ser evitado no espaço público estatal, dada sua potencial e irresolúvel conflitividade. Em vez de preocupar-se com a expressão pública e plural das crenças, até mesmo as apoiando (como faz a pluriconfessionalidade), a laicidade da neutralidade almeja coibir pretensões de ascensão ao poder estatal por parte de grupos religiosos, característica que a faz receber pecha de mecanismo de opressão estatal diante da diversidade religiosa (DINIZ, 2006, p. 77). A laicidade como neutralidade, com efeito, traz consigo sempre o perigo de esmaecer realidades históricas e políticas onde determinadas tradições religiosas acabam deixando marcas nas definições de nacionalidade e de espaço público (GIUMBELLI, 2012, p. 242).

Este desenho institucional coloca o Brasil no campo da laicidade, uma vez que seus elementos fundamentais estão presentes: (a) garantia dos direitos fundamentais de liberdade e de igualdade para todos, sem depender de crença religiosa; (b) neutralidade quanto ao dado religioso do ponto de vista institucional, pela impossibilidade de argumentos de fé em processos de deliberação democrática majoritária e na configuração e execução das políticas públicas, ainda que admitida a cooperação de interesse público e (c) ausência de hostilidade a indivíduos e grupos em virtude de crença religiosa, conjugada com mecanismos de convivência e de valorização da diversidade religiosa.

Com fins didáticos, podem-se distinguir estes dois modelos de laicidade quanto aos seguintes critérios:

	Atitude diante do fenômeno religioso	Organização da vida política estatal	Desenho das políticas públicas	Colaboração com o Estado na execução das políticas
Neutralidade	Indiferença e distanciamento	Irrelevância e afastamento	Desconsideração da diversidade	vedada
Pluriconfessionalidade	Atenção e presença	Diversidade religiosa como bem constitucional	Medidas de acomodação das diferenças	permitida

Os tópicos relativos à atitude diante do fenômeno religioso e à organização da vida política estatal foram analisados nas seções anteriores. Ao acrescentar os itens sobre o desenho das políticas públicas e a colaboração com o Estado na execução destas políticas, deparamo-nos com concretizações dessas diretrizes. Assim, por exemplo, a laicidade da neutralidade, ao elaborar as políticas públicas, não levará em consideração vestimentas ou adereços com significado religioso, como ocorre com a polêmica relativa à proibição do uso de véu por estudantes muçulmanas na França, ao passo que a laicidade pluriconfessional, ao projetar e construir um aeroporto, alocará um espaço de oração adaptado a diversos símbolos religiosos, pertencentes a comunidades de fé variadas. Com relação à colaboração na execução das políticas públicas, a laicidade pluriconfessional prevê explicitamente, como faz a Constituição de 1988, em seu artigo 19 (“ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público” – como ocorre com a prestação da saúde pública e a atuação de Santas Casas de Misericórdia), enquanto a laicidade como neutralidade não admite tal modalidade de interação.

Quadros comparativos são frutos do esforço de distinção conceitual entre alternativas diversas de percepção da realidade. Fenômenos históricos, políticos, culturais e religiosos são irredutíveis a esquemas conceituais rígidos. Cada sociedade e cultura apresentam sua dinâmica e nuances, que aplicadas ao estudo da laicidade requerem sempre contextualização e cuidado. No caso brasileiro, dada a história de interpenetração entre religião e política e as pressões contemporâneas pela introdução de conteúdos religiosos em políticas públicas, faz-se ainda mais necessário bem compreender o que é a laicidade pluriconfessional.

### *A proteção da democracia e a laicidade pluriconfessional*

Considerando a realidade brasileira, o modelo de laicidade pluriconfessional definido constitucionalmente e as relações históricas entre política, cultura e religião, num quadro em que déficits educacionais perduram e onde há intensa utilização de comunicação de massa por igrejas, não é demais salientar que:

- a) a laicidade pluriconfessional não é democracia das maiorias ou dos consensos religiosos, por não haver garantia de liberdade, igualdade, pluralismo e diversidade em sociedades políticas regidas por conteúdos religiosos;

- b) a laicidade pluriconfessional não admite que atos estatais tenham como fundamento crenças religiosas, sob pena da anulação da liberdade religiosa de todos os submetidos, sejam ateus, agnósticos ou religiosos, acompanhada da opressão da maioria religiosa sobre todos os demais;
- c) a laicidade pluriconfessional não se confunde com possibilidade, nem abertura do sistema político, à imposição da fé de determinado grupo, pois estariam violadas não só a igualdade de todos perante a lei, como também a dignidade humana, dado que os vencidos seriam transformados em objeto da deliberação alheia, por convicção inacessível à compreensão de quem não compartilhar da fé vencedora;
- d) a laicidade pluriconfessional não é permissão para o fatiamento das políticas públicas entre as diversas denominações religiosas, mesmo que entre estas estejam presentes tal vontade e projeto;
- e) a laicidade pluriconfessional não é regime de condomínio religioso do poder político estatal, nem de coabitação de denominações religiosas nos poderes públicos ou na Administração;
- f) a laicidade pluriconfessional não significa a inserção, no conteúdo do princípio democrático, de qualquer dever de deferência a valores professados por comunidades religiosas majoritárias ou não, na medida em que o respeito aos fundamentos da laicidade (liberdade religiosa, igualdade sem discriminação por motivo de crença religiosa, pluralismo social e diversidade) não depende de fé religiosa, sendo perfeitamente observados em comunidades políticas onde eventualmente cidadãos ateus ou agnósticos sejam amplamente majoritário.

Todas estas advertências são necessárias para que não se corra o grave risco de confundir-se o direito de participação política de cidadãos que professam publicamente sua fé, direito aberto a todos, independente de crença religiosa, com projetos de poder político estatal que se valem da força persuasiva de conteúdos religiosos, buscando mobilizar maiorias eventuais. A participação política de tais cidadãos, com ou sem motivação religiosa no seu foro íntimo, não tem outra alternativa democrática senão a defesa de suas posi-

ções por meio de argumentos racionais, aferíveis e discutíveis por todos os demais membros da sociedade política.

Como disse Barack Obama, em eloquente discurso sobre religião e política, com o emprego de poderosa alegoria:

a democracia exige que aqueles motivados pela religião, traduzam suas preocupações em valores universais, em vez de específicos de uma religião. (...). Eu posso ser contrário ao aborto por razões religiosas, para tomar um exemplo, mas se eu pretendo aprovar uma lei proibindo a prática, eu não posso simplesmente recorrer aos ensinamentos da minha igreja, ou invocar a vontade divina; eu tenho que explicar porque o aborto viola algum princípio que é acessível a pessoas de todas as fés, incluindo aqueles sem fé alguma. (...) [A democracia] ‘envolve negociação, a arte daquilo que é possível. E, em algum nível fundamental, a religião não permite negociar, é a arte do impossível. (...) Basear a vida de uma pessoa em compromissos tão inegociáveis pode ser sublime, mas basear nossas decisões políticas em tais compromissos seria algo perigoso. E se você duvida disso, *deixe-me dar um exemplo: nós todos conhecemos a história de Abraão e Isaac. Abraão foi ordenado por Deus a sacrificar seu único filho. Sem discutir, ele leva Isaac montanha acima até o topo e o amarra ao altar. Levanta a faca. Prepara-se para agir, como Deus ordenara. Mas nós sabemos que as coisas deram certo. Deus envia um anjo para interceder bem no último minuto. Abraão passa no teste de devoção a Deus. Mas é justo dizer que, se qualquer um de nós, ao sair desta igreja, visse Abraão no telhado de um prédio levantando sua faca, nós iríamos, no mínimo, chamar a polícia. E esperaríamos que o Conselho Tutelar da Infância e da Adolescência tirasse de Abraão a guarda de Isaac. Nós faríamos isso porque nós não ouvimos o que Abraão ouve, nós não vemos o que Abraão vê. Então o melhor que temos a fazer é agir de acordo com aquelas coisas que todos nós vemos, e que todos nós ouvimos.* (OBAMA, 2013, tradução livre; grifos meus)

## Considerações finais

Sociedades pluralistas necessitam, para a igual proteção da liberdade de crença de todos os cidadãos, de compromisso firme e de mecanismos institucionais capazes de garantir o convívio pacífico e a superação da intolerância. A laicidade se insere neste contexto, como princípio que organiza a vida democrática e que se nutre nesse empenho individual e coletivo, ao mesmo tempo em que decorre

dos direitos de liberdade e de igualdade e neles encontra sua razão de ser.

Ter presentes tais fundamentos é grave desafio em ambientes em que democracia, liberdades fundamentais e igualdade são confrontados por projetos de poder que apostam na mobilização de crenças religiosas como instrumento de pressão na vida política estatal, desprezando tais conquistas históricas. Desafiante por si só, este quadro se agudiza diante do perigo da manipulação da laicidade pluriconfessional, que se apresenta, para tomar emprestada a metáfora de Thomas Jefferson, mais como uma “parede com janelas” que um muro de separação entre Estado e Igreja (JEFFERSON, 1802).

Se não há dúvidas quanto ao papel inestimável da laicidade para o desenlace do processo democrático em tais conjunturas, também não é demais sublinhar o caráter pedagógico que ela pode tomar em favor da experiência religiosa. Com efeito, a laicidade oportuniza, de modo efetivo, o exercício do respeito ao próximo e do diálogo religioso e ecumênico, dentre os que professam fé religiosa, e a abertura construtiva para o mundo, na arena maior do mundo secularizado.

## Referências

BAPTISTA, Saulo de Tarso Cerqueira. *“Cultura política brasileira, práticas pentecostais e neopentecostais: a presença da Assembléia de Deus e da Igreja Universal do Reino de Deus no Congresso Nacional (1999-2006)”*. Tese (Doutorado) – Universidade Metodista de São Paulo, Faculdade de Filosofia e Ciências da Religião, Curso de Pós-Graduação em Ciências da Religião. São Bernardo do Campo, 2007. 562p.

BLANCARTE, Roberto. O porquê de um Estado Laico. In: LOREA, Roberto Arriada (Org.). *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008

BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Trad. Carmen C. Varrialle, Gaetano Loiai Mônaco, João Ferreira, Luis Guerreiro Pinto Cacaís, Renzo Dini. Brasília: UnB, 1986.

BOBBIO, Norberto. “Cultura laica y laicismo”. *Iglesia Viva*. n. 222, p. 147-149, 2005. Disponível em: <http://www.iglesiaviva.org>. Acesso em: 15/09/2014.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposta de Decreto Legislativo 232, de 2011*. Dispõe sobre a convocação de plebiscito para decidir sobre a união civil de pessoas do mesmo sexo; respondendo a seguinte questão: “Você é a favor ou contra a união civil de pessoas do mesmo sexo?”, 2011. Disponível em: <http://www.camara.gov.br>. Acesso em: 13/09/2014.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição n. 99, de 2011*. Acrescenta ao art. 103, da Constituição Federal, o inc. X, que dispõe sobre a capacidade postulatória das Associações Religiosas para propor ação de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade de leis ou atos normativos, perante a Constituição Federal. Disponível em: <http://www.camara.gov.br>. Acesso em: 13/09/2014.

CADY, Linnel; HURD, Elizabeth Shakman. “Comparative secularism and the Politics of Modernity: An Introduction”. In: \_\_\_\_\_ (Orgs.). *Comparative Secularism in a Global Age*. New York: Palgrave Macmillan, 2010. p. 3-24.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho. “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”. 7a ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CONSTITUIÇÃO “DEI VERBUM”. In: “*Compêndio do Vaticano II: Constituições, Decretos, Declarações*”. Petrópolis: Editora Vozes, 1984.

CONSTITUIÇÃO “GAUDIUM ET SPES”. In: “*Compêndio do Vaticano II: Constituições, Decretos, Declarações*”. Petrópolis: Editora Vozes, 1984.

DINIZ, Debora. Quando a verdade é posta em dúvida. In: \_\_\_\_\_; BUGLIONE, Samantha; RIOS, Roger Raupp (Orgs.). “*Entre a dúvida e o dogma. Liberdade de cátedra e universidades confessionais no Brasil*”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

DUARTE, Luiz Fernando Dias (org). *Valores religiosos e legislação no Brasil: a tramitação de projetos de lei sobre temas morais controversos*. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

GIUMBELLI, Emerson. “Minorias e religiosidade em seus contextos”. In: LIMA, Antônio Carlos de Souza (Coord.). “*Antropologia e direito: temas antropológicos para estudos jurídicos*”. Rio de Janeiro: Brasília: Contracapa/LACED/Associação Brasileira de Antropologia, 2012. p. 240-245.

HUACO, Marco. A laicidade como princípio constitucional do Estado de Direito. In: LOREA, Roberto Arriada (Org.). *“Em defesa das liberdades laicas”*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.

JEFFERSON, Thomas. “Jefferson’s Letter to the Danbury Baptists. *Library of Congress Information Bulletin*. Vol. 57, No. 6. June 1998. Disponível em: <http://www.loc.gov>. Acesso em: 13/09/2014.

KEANE, John. “Secularism?”. *The Political Quarterly*. Vol. 71, p. 5-19, supplement s1; August, 2000.

LOPES, José Reinaldo de Lima; VILHENA, Oscar. “Religiões e Direitos Humanos”. *Jornal O Estado de São Paulo*, 22 abril 2013. Disponível em: <http://opinioao.estadao.com.br>. Acesso em: 05/09/2014.

LOREA, Roberto Arriada. O assédio religioso. In: LOREA, Roberto Arriada (Org.). *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.

ORO, Ari Pedro. A laicidade na América Latina: uma apreciação antropológica. In: LOREA, Roberto Arriada (Org.) *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.

ORO, Ari Pedro; URETA, Marcela. Religião e política na América Latina: uma análise da legislação dos países. *Horiz. antropol.*, Porto Alegre, v. 13, n. 27, June 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br>. Acesso em: 16/09/2014.

PEREIRA, Edilson. Poder e Medo: os evangélicos na política e o combate à agenda feminista no Brasil. *Relig. soc.*, Rio de Janeiro, v. 33, n. 1, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br>. Acesso em: 13/09/2014.

PIERUCCI, Antônio Flávio; PRANDI, Reginaldo. *“A Realidade Social das Religiões no Brasil: Religião, Sociedade e Política”*. São Paulo: Hucitec, 1996.

PINHEIRO, Douglas Antônio Rocha. *“Direito, Estado e Religião – a Constituinte de 1987/1988 e a (re)construção da identidade religiosa do sujeito constitucional brasileiro”*. Belo Horizonte: Argumentum, 2008.

SABET, Arm. *Islam and the Political*. London: Pluto Press, 2008.

SARMENTO, Daniel. O Crucifixo nos Tribunais e a laicidade do Estado. In: LOREA, Roberto Arriada (Org.) *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.

VITAL DA CUNHA, Christina. *Religião e Política: uma análise da atuação de parlamentares evangélicos sobre direitos das mulheres e de LGBTs no Brasil*. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Boll, 2012.

WOHLARB-SAHR, Monika; BURCHARDT, Marian. "Multiple Secularities: Toward a Cultural Sociology of Secular Modernities", *Comparative Sociology*, n. 11, p. 875-909, 2012.

ZYLBERSZTAJN, Joana. "*O princípio da laicidade na Constituição Federal de 1988*". São Paulo, Faculdade de Direito da USP, tese de doutorado, março de 2012.



# UMA APORIA DO SÉCULO XXI: LIBERDADE RELIGIOSA E OS DIREITOS HUMANOS

Vicente de Paulo Barretto\*

---

*(...) não se pode esquecer que uma mudança de mentalidade jamais é uma consequência de uma simples proclamação.  
(Habermas, 2003, p. 17).*

## Os direitos humanos como elemento cultural<sup>1</sup>

As últimas décadas da história humana, especialmente, a partir do final da II Guerra Mundial, foram sacudidas por ondas de violência, exclusão social e quebra de laços comunitários que apontam para uma grave “crise de integridade”, “um tipo de colapso nervoso” social (BERMAN, 2000). Essa crise foi definida por Erik Erikson como a expressão do “desespero de saber que a vida limitada caminha para uma finalização consciente” e a consequente busca por uma ordem mundial e um sentido espiritual para a vida humana (ERIKSON, 1963, p. 268).

O primeiro e maior sintoma desse ameaçador colapso nervoso é a perda crescente de confiança no direito, não somente por parte dos indivíduos, mas também por parte dos legisladores e juristas. O segundo sintoma é a maciça perda de confiança na religião, não somente da parte dos crentes, mas também dos próprios sacerdotes. Historiadores assinalam que essa dupla perda de confiança nas leis e na religião não é exclusiva da nossa época, tendo o século XX presenciado semelhantes e sucessivas crises relativas ao direito e à religião. Desde as manifestações revolucionárias, políticas e artísticas das primeiras décadas do século passado, cientistas sociais enfatizam que as estruturas sociais, políticas e econômicas foram questionadas em seus fundamentos por totalitarismos da direita e da esquerda. Mas o fato é que, a partir da década dos cinquenta do século XX, presenciamos

---

\* Professor doutor no PPGD em Direito da UNISINOS e da UNESA.

1. Agradeço ao Prof. Ms. Leonardo Lopes, doutorando em Direito no PPGD em Direito da UNESA, que fez contribuições importantes para a elaboração deste texto.

mos um sentimento de futilidade e destino fatal, que tinha na ameaça atômica a nuvem ameaçadora que pairava sobre toda a civilização. No século XXI, essa ameaça foi complementada por uma ameaça concreta, que surgiu sob a forma do COVID-19.

Essa perda de confiança no direito, na religião, e agora também na ciência é o que torna essa crise de integridade mais inquietante do que as demais crises vividas pela humanidade. Essa perda reflete-se, antes de tudo, na necessidade que temos de definir o que entendemos por direito e religião. Para tanto, iremos considerar o direito não somente como um conjunto de normas, mas sim como uma comunidade que legisla, administra, negocia, decide – é um processo vivo de reconhecimento de direitos e deveres e, assim, solucionar conflitos e criar canais de cooperação. A religião, por sua vez, não é somente um conjunto de doutrinas e práticas; trata-se da manifestação de uma preocupação coletiva em busca de um sentido último e de uma finalidade da vida humana. Como escreve Berman:

O direito ajuda a sociedade a estabelecer a estrutura, o *Gestalt*, que necessita para manter a sua coesão interna; o direito luta contra a anarquia. A religião ajuda dar à sociedade a fé que necessita para encarar o futuro; a religião luta contra a decadência. (BERMAN, 2000, p. 3)

Dessa forma, o direito não é somente um fenômeno social, mas também um fenômeno psicológico, que expressa o sentido da ordem social, o sentido de direitos e deveres, o sentimento do justo e do injusto, vivido pelos indivíduos; não expressa somente o sistema social de regulação.

A religião, por sua vez, não é somente um fenômeno psicológico, mas também um fenômeno social, pois expressa uma indagação social coletiva concernente a valores transcendentais e não somente crenças pessoais do indivíduo. Consideramos, assim, a religião como a manifestação da intuição e crença em valores transcendentais e não como credos específicos, ordenados em comunidades eclesíásticas específicas<sup>2</sup>. As diferentes crenças religiosas irão

---

2. Lembremos a advertência feita por Mircea Eliade (2008, p. 7) sobre a impossibilidade de se estudar tudo acerca de uma religião ou realizar o estudo comparativo entre os inúmeros sistemas de crenças existentes no espaço de uma vida. Assim, não seguiremos aqui, de forma integral, a definição de religião dada por Durkheim (1996, p. 32), que a definiu como “um sistema solidário de crenças e de práticas relativas

expressar convicções em relação a temas e problemas específicos da contemporaneidade. A religião será considerada como um conjunto de crenças e práticas que atribui para pessoas, coisas ou forças – sejam elas consideradas ou não divinas– o mesmo tipo de devoção e de poderes usualmente atribuídos a Deus ou aos Deuses.

Encontramos, então, uma dupla convicção no cerne do que se entende como a fundamentação moral dos direitos humanos: todo o ser humano e cada espécie do homo sapiens tem uma dignidade que lhe é inerente e que é inviolável. Esse argumento deita suas raízes nas grandes tradições religiosas – cristianismo, islamismo, judaísmo, budismo, confucionismo, hinduísmo e taoísmo. Todas apontam para um valor que se encontra em toda a pessoa humana, originário do fato de que todos somos filhos de Deus, que na tradição bíblica de Jerusalém considera a raça humana como uma fraternidade de iguais, constituindo uma Família. Essa perspectiva, assim, remete para uma investigação das características concretas dessa Família.

Claude Lévi-Strauss (1993, p. 333) assevera que a ideia de humanidade, a englobar a espécie humana sem diferenciar raça ou civilização, é recente e esteve sujeita a equívocos e regressões, sendo o costume no passado a discriminação de culturas e costumes, sem reconhecer o próximo como um ser autônomo e diferente. E, apesar disso, destaca que os grandes sistemas filosóficos e religiosos afirmam a igualdade natural entre os homens, mesmo sabendo que a diferença se impunha na realidade. Clifford Geertz (2008, p. 28-29), por sua, afirmou quanto à inexistência e impossibilidade de que possa existir um *consensus gentium* cultural (consenso quanto à existência de elementos sobre os quais todos os homens entenderiam como corretos, reais, justos ou atrativos – e que foi um dos alicerces do Iluminismo), sob pena de se cair em relativismo.

Assim, Lévi-Strauss salienta que as declarações de direitos humanos trazem em si uma dicotomia: a proclamação da igualdade natural de todos os homens e da fraternidade que deve uni-los frente à diversidade existente. E a razão para ser assim é que os seus redatores, quando enunciam um ideal, não se baseiam em uma humanidade abstrata, mas em culturas tradicionais – as suas culturas (LÉVI-STRAUSS,

---

a coisas sagradas, isto é, separadas, proibidas, crenças e práticas que reúnem numa mesma comunidade moral, chamada igreja, todos aqueles que a elas aderem”.

1993, p. 334-335), cada uma com suas características distintivas. Daí porque conclui serem as declarações de direitos uma tentativa de supressão dessa diversidade de culturas, em que o diferente seria nada mais que um *estágio* ou *etapa* no caminho de um desenvolvimento único com um pretense início comum e de mesmos objetivos finais (*falso evolucionismo*) (LÉVI-STRAUSS, 1993, p. 335-336).

Até o uso da palavra *declaração* para nomear esses documentos não é despida de propósito. O termo *déclaration* estava relacionado a um documento comprobatório de uma relação de vassalagem, apropriado mais tarde pelo rei, que *declarava* algo, sendo, por conseguinte, um ato de soberania. Os autores dos documentos de direitos humanos, ao usar essa palavra, deixaram claro que não se tratava de pedido ou apelo a um poder superior (*petition, Bill*), mas afirmação de soberania, e que os direitos proclamados já existiam, eram inquestionáveis e até então tinham sido ignorados, negligenciados ou desprezados (HUNT, 2007, p. 70-72).

Ou seja, não se pode perder de vista de que, assim como toda criação humana, as declarações de direitos são as resultantes de forças e interesses de momento dos homens envolvidos em sua elaboração na busca de atender a seus anseios e objetivos particulares e, também da sociedade em que viviam. Os preconceitos de raça e crenças religiosas, conflitos e demais particularidades presentes nas Declarações da Independência americana e dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa confirmam essa afirmação, ainda que tenham aspirado, e alcançado, à universalidade.

O texto final da Declaração de Independência das Treze Colônias Norte-americanas foi o resultado de um exercício lógico racional, em que cada palavra foi escolhida e empregada visando à aprovação pelos representantes das colônias e bem compreendidas pelo povo. Razão pela qual a questão da escravidão não foi abordada naquele momento, de modo a evitar o malogro da meta principal – a independência. Da mesma forma, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 traz em seu bojo dubiedades, provavelmente decorrentes do grande número de pessoas envolvidas na discussão. Por exemplo, usou-se o termo *sagrados* para qualificar os direitos naturais que todos os homens teriam<sup>3</sup>, o que pode ter sido

---

3. “Os representantes do povo francês, reunidos em Assembleia Nacional, tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem

uma contribuição direta do clero francês, não obstante a discussão acerca da laicidade.

Esse processo ponderativo é o adotado, ainda hoje, na discussão de tratados entre países e resoluções firmadas por organizações internacionais, em que se busca a composição de divergências e a afirmação de direitos por final apostas em um documento escrito, cujo teor será a amálgama de diferentes fatores sociais, políticos e econômicos que atuam naquele momento.

Sendo as declarações de direitos uma criação intelectual, assim é seu conteúdo. Os direitos humanos que as integram são escolhidos pontual e racionalmente, segundo critérios políticos dominantes de um lugar em um momento histórico. Também a própria compreensão do que se entende por *direitos humanos* é influenciada por diversos fatores. Alguns autores evidenciam a imprecisão conceitual ao listar as suas várias utilizações: (a) *direitos naturais*, sendo os *direitos humanos* sua modernização; (b) direitos definidos nos textos internacionais e legais; (c) normas gerais expressas por meio dos princípios gerais de direito – “direito natural empírico”; (d) expressão da vontade do constituinte, concretizável quando da sua aplicação; e (e) “norma mínima” das instituições políticas, aplicável a todos os Estados que integram uma sociedade dos povos politicamente justa (BARRETTO, 2002, p. 500-502).

Michel Villey (2007, p. 160-163) entende que os direitos humanos encobrem os problemas da sociedade, pois racionalizam um processo político, segundo uma visão marxista, de ascensão da burguesia ao controle do Estado. Para Lynn Hunt,

os direitos humanos dependem tanto do domínio de si mesmo como do reconhecimento de que todos os outros são igualmente senhores de si. É o desenvolvimento incompleto dessa última condição que dá origem a todas as desigualdades de direitos que nos têm preocupado ao longo de toda a história. (HUNT, 2007, p. 17)

Soma-se a esse problema outro não menos relevante, que diz respeito à sua universalidade. Antonio-Enrique Pérez Luño (2002,

---

são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos Governos, resolveram declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que esta declaração, sempre presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre permanentemente seus direitos e seus deveres; (...).”

p. 25-29) questiona se os direitos humanos são o direito de um povo ou se eles são direitos do gênero humano – multiculturalismo x universalismo. Eusébio Fernandez (1991, p. 100-104). defende que os direitos humanos seriam históricos, variáveis, e relativos, com uma origem social, resultado de uma evolução da sociedade. Fernanda Frizzo Bragato (2011, p. 14) aponta que a universalidade é trabalhada de um ponto de vista ocidental, e que, após seu “amadurecimento”, foi “exportada” por meio da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948<sup>4</sup>.

Outro tipo de crítica aos direitos humanos que merece ser mencionada, porquanto intimamente relacionada com a religião, são aquelas feitas pelas grandes religiões, veiculadas normalmente por suas instituições dirigentes. Apesar de alguns teólogos cristãos considerarem a teoria dos direitos humanos como enraizada na fé religiosa, os direitos humanos têm uma fundamentação ético-filosófica autônoma. As ideologias religiosas e dos direitos humanos se diferenciam em suas fontes, nos fundamentos de sua autoridade, nas suas formas de expressão e mesmo nas suas normas substantivas. Na verdade, comunidades religiosas no curso da história violaram em diversas ocasiões normas de direitos humanos, situação que persiste na atualidade em algumas nações. A Igreja Católica resistiu durante muito tempo contra os direitos humanos e contra a liberdade religiosa, o que perdurou até a realização do Segundo Concílio Vaticano em 1965 (BIELEFELDT, 2000, p. 215-216).

Por outro lado, as comunidades religiosas manifestam um óbvio interesse no desenvolvimento e na defesa de alguns direitos humanos, particularmente os chamados direitos humanos religiosos, e comunidades que tenham sido hostis à ideia dos direitos humanos terminaram por cooptar a essência da teoria dos direitos humanos, proclamando-os como parte integrante de seus credos religiosos. Portanto, torna-se necessário analisar a ligação entre religião e direitos humanos, mas de forma crítica, sem cairmos no *fetichismo da contemporaneidade* (BARRETTO, 2013, p. 9), tratando os direitos humanos como um mito imune a questionamentos, como uma promessa utópica, ante o conflito entre valores universais, textos legais e práticas jurídicas (BARRETTO, 2013, p. 15-26).

---

4. Essa ocidentalização, segundo a autora, não estaria apenas nos direitos humanos, mas em diversos aspectos da ciência jurídica, visando a uma universalização do Direito Ocidental.

## O surgimento da liberdade de crença religiosa

Quando falamos em religião deve-se diferenciar a religião das religiões. Isto porque religiões são particulares, concretas, comunidades históricas constituídas por membros, práticas e normas. As religiões tardaram em abraçar a ideia de direitos humanos, precisamente, porque têm esse caráter histórico com exigências de identidade, função social e sobrevivência.

Teólogos, filósofos e juristas diferenciam a “religião” das “religiões”, mas nesta distinção a “religião” é uma abstração, coisa que na mente pública não existe, pois somente existem “religiões”. Certamente no universo político, no qual os direitos humanos são exercitados e são relevantes, a “religião” não pode deixar de identificar-se com as “religiões”.

Cientes dessa advertência, e com base no afirmado anteriormente, o direito à liberdade de crença religiosa, sendo direito humano, resulta de uma criação intelectual, e sua concretização ocorreu de diferentes modos. Lorenzo Zucca (2015, p. 388-389) ressalta que, mesmo no Ocidente, o seu reconhecimento não é uniforme, dificultando sua utilização como parâmetro de controle.

O livre exercício da liberdade religiosa tornou-se premente apenas com a ocorrência da Reforma Protestante e com a construção teórica do humanismo, ambos no século XVI, ainda que se saiba ter havido inúmeros acontecimentos históricos anteriores de relevante importância religiosa. Com base no contexto político e filosófico da época, Abraham Barrero Ortega (2000, p. 104) afirma que o inconformismo político e religioso serviu de base às novas relações Estado-Igreja, aliado aos argumentos a favor da liberdade (tolerância) religiosa. Apenas a partir da segunda metade do século XVII a defesa da liberdade religiosa tentou fundamentar a liberdade de maneira metafísica: racionalidade humana, direito inato ou direito natural prévio a toda instância política (ORTEGA, 2000, p. 106).

John Locke (2002), que foi o principal teórico da liberdade civil e da tolerância religiosa nesse período, defendeu três direitos cuja validade seria anterior à formação do Estado: *vida, propriedade e liberdade*. Para ele, os seres humanos seriam iguais por natureza e a Igreja “é uma sociedade livre de homens, reunidos entre si por iniciativa própria para o culto público de Deus, de tal modo que acreditam que será aceitável pela Divindade para a salvação de suas al-

mas”, considerando-a como uma sociedade livre e voluntária, com o inerente direito de se autorregulamentar, sem envolver-se com “bens civis ou terrenos” (LOCKE, 2002, p. 6-8). Essa forma de trabalhar o conteúdo da liberdade era conforme à ideia de dignidade humana, pois o respeito ao próximo impedia a interferência em suas escolhas livres. Assim, cada pessoa poderia decidir por si a crença e a prática de sua religião (ORTEGA, 2000, p. 107-109).

Hoje em dia liberdade e tolerância são tratadas separadamente. Isso se explica, ao que parece, pelo fato de o atributo da liberdade ter adquirido uma maior importância frente ao aspecto religioso do direito. De fato, a tolerância era pensada, no passado, geralmente dentro de um esquema em que uma religião dominante acomodava algumas minorias religiosas sem que houvesse uma preocupação de efetiva igualdade. Hoje, tolerância significa a aceitação de concepções intelectuais diversas (*broad mindedness*), a acomodação da diversidade, a habilidade de lidar com as ambiguidades e a postura em relação a distintas concepções de mundo. De forma que a tolerância deve ser considerada a partir de um viés de “política de Estado” para que se garanta a liberdade de crença religiosa (BIELEFELDT *et al.*, 2017, p. 5-9).

A liberdade *lato sensu*, por sua vez, foi objeto de vários estudos filosóficos e jurídicos, muito além do espectro religioso. Isaiah Berlin (2002, p. 229-236) escreve sobre os dois sentidos políticos da liberdade: o primeiro é a possibilidade de atuação do homem sem interferência deliberada de outro (estar livre de algo ou alguém); o segundo é desejo do indivíduo ser seu próprio senhor, de comandar suas escolhas, de ser sujeito e não objeto (estar livre para algo) (BERLIN, 2002, p. 236-240). São liberdade e independência pessoais constituem a autonomia – visão do humanismo liberal, moral e político, cuja versão *a priori*

é uma forma de individualismo protestante secularizado, em que o lugar de Deus foi assumido pela concepção da vida racional e o lugar da alma individual que se esforça para unir-se com Deus é substituído pela concepção do indivíduo dotado de razão, esforçando-se para ser governado pela razão e tão-somente pela razão, e a não depender de nada que pudesse desviá-lo ou enganá-lo cativando sua natureza irracional. (BERLIN, 2002, p. 243)

Deriva desse raciocínio várias possibilidades de interpretação da liberdade de crença religiosa – o que comprova a dificuldade em se afirmar qual (is) dela (s) estaria (m) acolhida (s) nas declarações de direitos. Para Paul Ricoeur, três possibilidades podem ser destacadas.

A primeira seria a liberdade de crença religiosa como sendo a *liberdade como um ato de fé*, espécie de crença, caso particular do poder geral de escolha e de opinião (RICOEUR, 1969, p. 393). Ligada à liberdade de consciência, sem com ela se confundir (MIRANDA, 2014, p. 13). A segunda interpretação refere-se à *liberdade de expressar uma religião específica*, espécie do direito de expressão sem interferência estatal, fundada no reconhecimento mútuo das livres vontades existentes no interior de uma sociedade politicamente organizada, em que a religião é grandeza cultural e também um poder público conhecido, em que a reivindicação da sua liberdade será mais legítima desde que a religião não seja sua exclusiva beneficiária (RICOEUR, 1969, p. 393). Se a primeira tem dimensão individual, esta possui dimensão coletiva, e ambas seriam as mais aceitas no campo jurídico.

A terceira e última possibilidade interpretativa seria a *qualidade de liberdade que pertence ao fenômeno religioso como tal*, na medida em que o próprio fenômeno religioso existe apenas no processo histórico de interpretação e da reinterpretção da fala que o gera. É a interpretação da liberdade conforme a interpretação da ressurreição em termos de promessa e esperança (RICOEUR, 1969, p. 393-395).

Emmanuel Lévinas (2002, p.131-133) afirma que a liberdade de crença religiosa pertence ao rol dos direitos humanos originais. Razão por que é um direito irrevogável e inalienável, *a priori*, parâmetro de avaliação ética das leis quanto à sua legitimidade, pois “*mais legítimos que qualquer legislação, mais justos que qualquer justificção*”, sendo, portanto, a medida do direito e de sua ética, não importando o quão complexa seja sua aplicação aos fenômenos jurídicos.

Logo, foi desse quadro histórico que derivou todo o arcabouço argumentativo que permeia o discurso político atual, em que os Direitos Humanos são o *eixo principal*, surgidos com as declarações resultantes das Revoluções Americana e Francesa, acontecidas no final do século XVIII e que estão hoje concretizados nas declarações

de direitos modernas que vieram à tona ao longo do século XX, a justificar o papel hoje exercido pela liberdade de crença religiosa.

Para Flávia Piovesan, antes do advento da Organização das Nações Unidas – ONU, que inicia a fase de consolidação da internacionalização dos direitos humanos, podem ser citados como precedentes históricos desta moderna sistemática de proteção internacional de direitos humanos (a) o Direito Humanitário, aplicável a conflitos armados internacionais, em regra; (b) a Liga das Nações, organismo criado após a Primeira Guerra Mundial, cuja Convenção de 1920 continha previsões genéricas acerca dos direitos humanos; e (c) a Organização Internacional do Trabalho – OIT, voltada à proteção dos direitos dos trabalhadores (PIOVESAN, 2012, p. 177-183)<sup>5</sup>.

O mais importante documento de direitos da comunidade internacional – a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, proclamada pelas Nações Unidas – foi elaborado ainda sob o impacto do final da Segunda Guerra Mundial e com a opinião pública sob o impacto das notícias de horror do Holocausto cometido pelo Nazismo, com todas as violações de direitos perpetradas pelo Terceiro Reich. A Declaração tinha a pretensão de universalidade e de positividade, ou seja, de efetiva aplicabilidade, uma vez que outras declarações de direitos já haviam sido elaboradas e não foram suficientes para conter a barbárie nazista.

Em seguida, vimos outros documentos relativos à proteção dos direitos humanos aflorarem, podendo-se mencionar o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966, os quais foram considerados como a concretização de uma segunda etapa do processo de institucionalização dos direitos humanos em caráter universal, objetivando conferir um tratamento mais acurado aos direitos humanos integrantes da Declaração de 1948, além de integrar outros mais ao catálogo. Fábio Konder Comparato afirma que o mecanismo de sanção à violação destes direitos – parte daquilo que seria a terceira etapa – cuidava tão somente dos direitos civis e políticos, e assim mesmo sem que se pudesse ter uma atua-

---

5. Contudo, como bem aponta Fernanda Frizzo Bragato (2011, p. 14-15), houve um pioneirismo latino-americano em relação à Declaração de 1948 porque a Declaração Americana sobre os Direitos e Deveres do Homem foi proclamada oito meses antes.

ção com efetivo “poder de polícia” por parte da ONU no caso de violação – porquanto o Estado-parte acusado deveria reconhecer expressamente a competência do Comitê de Direitos Humanos. A própria elaboração do documento em duas partes confirma o que falamos: ele foi o resultado de negociações havidas entre as potências ocidentais – que tinham o interesse em apenas reconhecer as liberdades individuais clássicas – e os países do bloco comunista e da África – com a intenção de dar maior importância aos direitos sociais e econômicos. Apenas o primeiro grupo de direitos seria fiscalizado, porquanto os direitos do segundo, por dependerem de implementação de políticas públicas, teriam que ser concretizados de forma progressiva (COMPARATO, 2003, p. 167-168).

Essas três declarações formam a Carta Internacional de Direitos Humanos, que inaugura o sistema global de direitos, ao lado de outros sistemas protetivos regionais (europeu, interamericano e africano) e de outros tratados firmados posteriormente, que foram cada vez mais incorporando ou detalhando direitos no guarda-chuva de proteção internacional (BRAGATO; WILLIG, 2015, p. 181).

O tratamento à liberdade de crença religiosa não diferiu, no aspecto internacional, do que já vinha sendo aplicado por conta das declarações de direitos do século XVIII. Antes da Declaração de 1948, pouco há que se destacar. No Tratado de Versalhes (cuja primeira parte criava a Liga das Nações) encontram-se poucas menções à liberdade de consciência e de religião, com destaque para a manutenção do funcionamento das missões religiosas cristãs mantidas por pessoas ou sociedades alemãs.

Assim, as declarações do século XVIII tratam da liberdade de crença religiosa, mas a colocando como mais uma dentre as várias liberdades existentes, sem que seja possível afirmar uma diferença de qualidade. Como visto, esta subcategorização foi apenas uma das diversas consequências da luta empreendida pelos intelectuais e classes dominantes, em um movimento iniciado com a Reforma Protestante e o Renascimento cujo ápice ocorre na segunda metade daquele século, de não mais considerar a religião como um elemento fundamental e determinante tanto da pessoa quanto do Estado. O homem racional foi colocado como centro de referência do sistema filosófico. A laicização do Estado se tornou o modelo político final a ser alcançado.

Nos Estados Unidos, ela ocupa posição de destaque no ordenamento jurídico ante sua previsão na *Bill of Rights*, gozando de proteção legislativa específica. Em França, ao contrário, a previsão da liberdade religiosa na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão é lacônica, derivada por analogia da liberdade de expressão que deve ser protegida (ZUCCA, 2015, p. 388-389).

O que se constata na crescente presença da proteção da liberdade religiosa em indagações ético-filosóficas e em diferentes ordenamentos jurídicos nacionais, que repercutem a legislação internacional, é que há um fundamento ético-filosófico comum a diferentes culturas quando se trata das questões da liberdade religiosa. Trata-se de considerar que os direitos humanos, por sua universalidade conceitual, expressem um mesmo valor moral.

Charles Taylor (2007, p. 505ss), por exemplo, sustenta que na moderna cultura política liberal os direitos humanos representam “um autêntico desenvolvimento do evangelho”. Argumenta Taylor que, ao contrário do que se poderia afirmar, existe um fundamento moral para os direitos humanos. De fato, a constatação de que todos os seres humanos têm uma dignidade inerente que é inviolável torna-se problemática para muitos filósofos e juristas. Na verdade, não somente problemática, mas quase impossível de ser compreendida, pois a ideia de dignidade humana, como categoria universal a ser definida por um construto ético-filosófico, entra em conflito com uma das mais importantes convicções intelectuais da modernidade, chamada por Bernard Williams de “pensamento de Nietzsche”: “Não somente Deus não existe, como não existe qualquer ordem metafísica de qualquer tipo” (WILLIAMS, 1990, p. 45-46). E, assim, concluímos que a resposta racional para o desafio existente na cultura contemporânea encontra-se na constatação de que se encontra no fundamento moral dos direitos humanos o patamar sobre o qual podemos conviver como seres livres em respeito à dignidade inerente a todos os membros da comunidade humana. Como escreve Perry (2007, p. 7-14), os fundamentos da moral explicam como não resultam de mandamentos divinos, mas tem o seu significado no fato de que são os únicos meios que na pluralidade de crenças religiosas podem assegurar o aperfeiçoamento humano.

## Referências

BARRETTO, V. Ética e Direitos Humanos: aporias preliminares. In: TORRES, R. L. (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARRETTO, V. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. 2 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

BERLIN, I. Dois conceitos de liberdade. In: HARDY, H.; HAUSHEER, R. (Orgs.). *Estudos sobre a humanidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 226-272.

BERMAN, H. *Faith and Order: there conciliation of law and religion*. Michigan: Emory University, 2000.

BIELEFELDT, H. *Filosofia dos direitos humanos*. São Leopoldo: UNISINOS, 2000.

BIELEFELDT, H.; GHANEA, N.; WIENER, M. *Freedom of religion or belief – an international law commentary*. Oxford: Oxford University Press., 2017.

BRAGATO, F. Contribuições teóricas latino-americanas para a universalização dos direitos humanos. *Revista Jurídica da Presidência*, 13 (99): 11-31, 2011.

BRAGATO, F.; WILLIG, J. A (des)construção do direito internacional dos direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, 39 (2): 177-197, 2015.

COMPARATO, F. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3 ed., São Paulo, : Saraiva, 2003.

DURKHEIM, E. *As Formas Elementares da Vida Religiosa – o Sistema Totêmico da Austrália*. 1 ed., São Paulo, : Martins Fontes, 1996.

ELIADE, M. *Tratado de história das religiões*. 3 ed., São Paulo: Martins Fontes, 2008.

ERIKSON, E. *Childhood and Society*. New York: Norton & Company, 1963.

FERNANDEZ, E. *Teoria de la justicia y derechos humanos*. 2ª reimpr., Madrid: Editorial Debate, 1991.

GEERTZ, C. *A interpretação das culturas*. 1 ed., Rio de Janeiro: LTC, 2008.

HABERMAS, J. *Era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HUNT, L. *A invenção dos direitos humanos – uma história*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

LÉVI-STRAUSS, C. *Antropologia estrutural dois*. 4 ed., Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1993.

LÉVINAS, E. *Fuera del sujeto*. Madrid: Caparrós Editores, 2002.

LOCKE, J. *Segundo tratado sobre o governo civil*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

LUÑO, A. P. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

MIRANDA, J. Estado, liberdade religiosa e laicidade. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, 7 (1): p. 1-22, 2014.

ORTEGA, A. B. Origen y actuación de la libertad religiosa. *Derecho Y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas*, V (9): p. 93-121, 2000.

PERRY, M. J. *Towards a Theory of Human Rights*. Religion, Law, Courts. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

PIOVESAN, F. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

RICOEUR, P. *Les conflits des interprétations: essais d'herméneutique*. Paris: Éditions du Seuil, 1969.

TAYLOR, Charles. *A Secular Age*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2007.

VILLEY, M. *O direito e os direitos humanos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

WILLIAMS, Bernard. Republican and Galilean. *New York Review of Books*, Nov. 8, 1990.

ZUCCA, L. Freedom of religion in a secular world. In: CRUFT, R.; LIAO, S. M.; RENZO, M. *Philosophical Foundations of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 388-406. Disponível em: <https://ssrn.com>. Acesso em: 25/05/2020.

