

Gabrielle Scola Dutra
Etyane Goulart Soares
Charlise Paula Colet Gimenez
(Orgs.)

CONFLITO, FRATERNIDADE e DIREITO VIVO



A concretização dos Direitos Humanos
na Sociedade Cosmopolita



As transformações das últimas décadas tornaram o mundo muito mais complexo e interdependente. Isto significa que, concretamente, os problemas ganharam uma nova dimensão e, em muitos casos, passaram a ter feições globais. Assim, a vida humana adquiriu novos contornos e foram relativizados os conceitos de soberania e de fronteiras nacionais. Este fato produziu um crescimento exponencial das conexões planetárias e, em consequência, gerou laços transversais que perpassam toda a vida em sociedades. O resultado foi uma ruptura com o passado e a conformação de uma nova e complexa realidade. A compreensão desta nova realidade é um dos grandes desafios do momento atual. Daí, portanto, a necessidade de novas formulações teóricas. Entre estas novas formulações, tem um espaço importante as chamadas teorias do cosmopolitismo. A defesa das teorias cosmopolitas deve ser feita a partir do chamado cosmopolitismo empírico-analítico (nova condição fática do mundo) e, em hipótese alguma, de um cosmopolitismo normativo (e homogeneizante). Isto significa que as teorias cosmopolitas devem ser, necessariamente, pluralistas e estarem abertas para a diversidade das culturas e para a legitimidade da singularidade de ser diferente. Este é, um dos grandes desafios do Século 21. É que o processo de metamorfose do mundo processado nas últimas décadas é já fato real e as tentativas de formulação teórico-compreensivas deste acontecimento ainda estão dando os primeiros passos. Mas, é importante registrar que extraordinários exemplos podem ser encontrados nas diversas regiões do mundo e nas diferentes áreas do conhecimento. O presente livro – Conflito, Fraternidade e Direito Vivo – é um grão de areia neste imenso universo. Mas, é uma contribuição fundamental para o início do debate sobre o tema e suas implicações.

Gilmar Antonio Bedin

Doutor em Direito do Estado (UFSC)

Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito da URI e da UNIJIÚ



Conflito, fraternidade e direito vivo

Conflito, Fraternidade e Direito Vivo

A concretização dos Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita

Organizadoras

Gabrielle Scola Dutra

Etyane Goulart Soares

Charlise Paula Colet Gimenez



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Carole Kümmecke - <https://www.conceptualeditora.com/>

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR) https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

DUTRA, Gabrielle Scola; SOARES, Etyane Goulart; GIMENEZ, Charlise Paula Colet (Orgs.)

Conflito, fraternidade e direito vivo: a concretização dos Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita [recurso eletrônico] / Gabrielle Scola Dutra; Etyane Goulart Soares; Charlise Paula Colet Gimenez (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2021.

230 p.

ISBN - 978-65-5917-209-2

DOI - 10.22350/9786559172092

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Direitos Humanos; 2. Sociedade Cosmopolita; 3. Fraternidade; 4. Estado; 5. Brasil; I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Sumário

Prefácio **9**

Gilmar Antonio Bedin

Apresentação **12**

Gabrielle Scola Dutra
Etyane Goulart Soares
Charlise Paula Colet Gimenez

1 **18**

A disseminação da pandemia COVID-19 e suas implicações no direito à saúde: conflitos sanitários e humanitários analisados sob as lentes da metateoria do direito fraterno

Evandro Luís Sippert
Janaína Machado Sturza

2 **39**

La pandemia del COVID-19 y el conflicto entre la fraternidad y los derechos humanos

Mariella Bernasconi

3 **50**

O discurso de ódio na sociedade da informação: uma análise sob a lupa da dignidade e da fraternidade

Rafael Khalil Coltro
Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti

4 **73**

Fechamento das fronteiras no Mercosul como medida de contenção à disseminação da COVID-19

Sandra Regina Martini
Marceli Tomé Martins
Moara Curubeto Lona de Miranda

5 **88**

Acesso à justiça e efetivação de direitos sociais: a importância dos processos coletivos

João Paulo Kulczynski Forster
Camila MousquerBuralde
José Eduardo Aidikaitis Previdelli

6

105

Intervenções de agentes públicos em tempos de pandemia: limites na atuação do Estado em respeito aos Direitos Humanos e Fundamentais

Robyson Danilo Carneiro
Valter Foletto Santin

7

126

Os movimentos sociais enquanto caminho(s) para a legitimação democrática de políticas migratórias contra-hegemônicas a partir da Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017)

Diego Guilherme Rotta
José Francisco Dias da Costa Lyra

8

151

Direitos políticos e princípio da participação na constituição do Estado do Rio Grande do Sul: avanços e retrocessos

Janaína Rigo Santin

9

176

Conflitos criminais e a justiça restaurativa sob a perspectiva do princípio da dignidade humana

Ana Paula Faria Felipe

10

193

Gênero, direitos humanos e saneamento básico

Carmen Hein de Campos
Rosane Hein de Campos

11

209

O reconhecimento do direito à saúde como bem comum da humanidade pela dimensão ecológica da fraternidade

Gabrielle Scola Dutra
Janaína Machado Sturza
Charlise Paula Colet Gimenez

Prefácio

*Gilmar Antonio Bedin*¹

As transformações das últimas décadas tornaram o mundo muito mais complexo e interdependente. Isto significa que, concretamente, os problemas ganharam uma nova dimensão e, em muitos casos, passaram a ter feições globais. Assim, a vida humana adquiriu novos contornos e foram relativizados os conceitos de soberania e de fronteiras nacionais. Este fato produziu um crescimento exponencial das conexões planetárias e, em consequência, gerou laços transversais que perpassam toda a vida em sociedades. O resultado foi uma ruptura com o passado e a conformação de uma nova e complexa realidade.

A compreensão desta nova realidade é um dos grandes desafios do momento atual. É que as antigas formas de pensar a sociedade não conseguem compreender a atual metamorfose do mundo (Ulrich Beck) e nem conseguem ter a criatividade necessária para pensar o novo. Daí, portanto, a necessidade de novas formulações teóricas. Entre estas novas formulações, tem um espaço importante as chamadas teorias do cosmopolitismo. Porque esta singularidade? Por que talvez estas sejam as formulações teóricas que melhor compreendam as profundas transformações ocorridas e que possuem uma conformação cada vez mais unitária, ainda que extremamente diversificada e desigual.

A identificação desta unidade da vida planetária é fundamental para a compreensão da realidade atual e para a elaboração de reflexões abrangentes sobre o mundo globalizado. É que o mundo atual, por um lado, se

¹ Doutor em Direito do Estado (UFSC). Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito da URI e da UNIJUÍ

caracteriza pela existência de fronteiras territoriais relativizadas e soberanias estatais fragilizadas e, por outro, pela formação de um sistema de governança em escala mundial. Por isto, é um momento histórico em que se faz necessário a reimaginação dos conceitos de nação, de nacionalidade e, em especial, de cidadania (antes vinculada a ideia de um Estado e de um território). O que temos hoje são processos globais e normas e práticas transnacionais.

Além disso, é possível identificar cotidianamente a existência de temas que perpassam as diversas regiões do mundo e problemas que somente podem ser equacionados de forma coletiva (por exemplo, a pandemia da Covid-19). Este fato reduz as distâncias e testemunha o início de uma verdadeira convivência do diverso num único espaço. Desta forma, os diversos grupos humanos passam a se influenciar reciprocamente e a trocar experiência em uma escala nunca antes experimentada pela humanidade. O resultado é que a civilização humana passa a estar integrada num único espaço de vivência coletiva e tudo o que cada ser humano faz pode ter impacto na vida de todos os outros seres humanos (mesmo que fisicamente, às vezes, estejam a milhares de quilômetros de distância). Isto dá início a formação de uma consciência sobre o novo lugar que cada um de nós ocupa no mundo e reforça a ruptura dos vínculos e das identidades nacionais.

Este fato permite que os seres humanos se reconheçam como membros ativos do mundo e amplia a ideia de uma cidadania mundial possa se tornar uma experiência real no futuro. De fato, as novas condições da vida humana permitem que toda e qualquer pessoa possa se considerar cidadão do mundo ou, ainda, afirmar que sua pátria é o Planeta. Isto fortalece a ideia de que todos ser humano tem obrigações morais com o restante do mundo e que a proteção dos direitos humanos precisa ter um alcance global. Tudo isto interconecta os acontecimentos de forma global e torna as

culturas interdependentes, impulsionando a solução de problemas a partir de outras formas de ver o mundo.

A transformação em questão, tem, claro, muitas implicações desafiadoras. Talvez a mais importante seja o fortalecimento, em muitos contextos, da postura de rejeição do outro e, em consequência, o aumento da intolerância e dos conflitos culturais. Este é, de fato, um desafio imenso. Por isso, a defesa das teorias cosmopolitas deve ser feita a partir do chamado cosmopolitismo empírico-analítico (nova condição fática do mundo) e, em hipótese alguma, de um cosmopolitismo normativo (e homogeneizante). Isto significa que as teorias cosmopolitas devem ser necessariamente pluralistas e estarem abertas para a diversidade das culturas e para a legitimidade da singularidade de ser diferente.

Este é, como já dissemos, um dos grandes desafios do Século 21. É que o processo de metamorfose do mundo processado nas últimas décadas é já fato real e as tentativas de formulação teórico-compreensivas deste acontecimento ainda estão dando os primeiros passos. Mas, é importante registrar que extraordinários exemplos podem ser encontrados nas diversas regiões do mundo e nas diferentes áreas do conhecimento. O presente livro - *Conflito, Fraternidade e Direito Vivo* - é um grão de areia neste imenso universo. Mas, é uma contribuição fundamental para o início do debate sobre o tema e suas implicações. Por isso, as organizadoras da obra merecem o justo reconhecimento de todos e os participantes os parabéns por aceitarem o desafio. Boa leitura.

Apresentação

*Gabrielle Scola Dutra
Etyane Goulart Soares
Charlise Paula Colet Gimenez*

“Os Direitos Humanos são aqueles direitos que somente podem ser ameaçados pela própria-humanidade, mas que não podem encontrar vigor, também aqui, senão graças à própria humanidade”¹

A Metateoria do Direito Fraternal, elaborada pelo jurista italiano Eligio Resta na década de 90, aposta no resgate da fraternidade, um dos pressupostos da Revolução Francesa (tríade: Liberdade, Igualdade e Fraternidade), na (des)medida que propõe “um modelo convencional de Direito, “jurado conjuntamente” entre irmãos, e não imposto, como se diz, pelo “pai senhor da guerra”. Jurado conjuntamente, mas não produto de um “conluio”.² Ao ser escorraçada para as masmorras das grandes revoluções, trancafiada nos porões das terríveis ditaduras, e torturada no pau de arara nos períodos escravocratas, a fraternidade foi descartada do cenário social. É necessário resgatá-la, fazê-la regra e pô-la em prática como um projeto político concreto em prol do mundo real.

Sob a perspectiva de Resta, a fraternidade apresenta-se como uma aposta, uma possibilidade e um desafio. De acordo com o contexto histórico e civilizacional, a “prima pobre” retorna no tempo presente pois se evidencia como imprescindível para a (res)significação de um novo horizonte de vida e de responsabilização pela humanidade. O conteúdo vital

¹ RESTA, Eligio. **O direito fraterno [recurso eletrônico]**. 2ª Edição. Tradução de: Bernardo Baccon Gehlen, Fabiana Marion Spengler e Sandra Regina Martini. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2020.

² RESTA, Eligio. **O direito fraterno [recurso eletrônico]**. 2ª Edição. Tradução de: Bernardo Baccon Gehlen, Fabiana Marion Spengler e Sandra Regina Martini. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2020.

excede as dimensões do Direito, “e um bom modelo de convivência jurídica deve evitar colonizar sempre e a todo custo a intimidade, deixando espaço à “soberania” de cada um sobre si mesmo: não a soberania centralizante de um Estado, de uma maioria, de um poder de governo, mas aquela dissipada de cada um sobre a própria vida”.³

Assim, a ideia de *diritto vivente* “indica que há uma vida do direito a distanciar o olhar de sua frieza notarial. Vivente é também vital, animado”⁴. Destarte, a fraternidade é “uma proposta frágil, infundada, que aposta sem impor, que arrisca cada desilusão, mas que vale a pena cultivar: vive de esperas cognitivas, e não de arrogâncias normativas”⁵.

Do mesmo modo, “trata-se de um modelo de Direito que abandona a fronteira fechada da cidadania e olha em direção à nova forma de cosmopolitismo que não o dos mercados, mas da universalidade dos Direitos Humanos que vai impondo ao egoísmo dos “lobos artificiais” ou dos poderes informais que à sua sombra governam e decidem”.⁶ Por isso, a obra que ora se apresenta tem o escopo de produzir intersecções entre o conflito, a fraternidade e o direito vivo (*diritto vivente*), no sentido de desenvolver, numa dimensão ecológica, reflexões críticas sobre a temática da complexa (não)concretização dos Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita.

Inicia-se com a produção científica denominada “A disseminação da pandemia COVID-19 e suas implicações no Direito à Saúde: conflitos sanitários e humanitários analisados sob as lentes da Metateoria do Direito

³ RESTA, Eligio. **O direito fraterno [recurso eletrônico]**. 2ª Edição. Tradução de: Bernardo Baccon Gehlen, Fabiana Marion Spengler e Sandra Regina Martini. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2020.

⁴ RESTA, Eligio. **Diritto vivente**. Roma-Bari: Editori Laterza, 2008.

⁵ RESTA, Eligio. **O direito fraterno [recurso eletrônico]**. 2ª Edição. Tradução de: Bernardo Baccon Gehlen, Fabiana Marion Spengler e Sandra Regina Martini. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2020.

⁶ RESTA, Eligio. **O direito fraterno [recurso eletrônico]**. 2ª Edição. Tradução de: Bernardo Baccon Gehlen, Fabiana Marion Spengler e Sandra Regina Martini. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2020.

Fraterno” de Evandro Luís Sippert e Janaína Machado Sturza, tendo como ponto central, observar as implicações no direito à saúde, em virtude da disseminação da pandemia do Covid-19, em um contexto de conflitos e crise global em caráter sanitário e humanitário.

O capítulo de Mariella Bernasconi dedica-se ao tema “la pandemia del COVID-19 y el conflicto entre la Fraternidad y los Derechos Humanos”. Nesse sentido, apresenta as definições sobre a fraternidade e os direitos humanos para produzir uma análise acerca da importância do resgate da fraternidade e da preocupação pelos direitos humanos, principalmente, em um contexto de pandemia COVID-19 que assola toda a humanidade.

Na sequência, o capítulo “O Discurso de Ódio na Sociedade da Informação: Uma análise sob a lupa da Dignidade e da Fraternidade”, de Rafael Khalil Coltro e Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti, pretende demonstrar como o princípio da Dignidade da Pessoa Humana pode exercer um papel crucial na identificação de até onde pode chegar a liberdade de expressão, sem que ela deixe de exercer seu papel no funcionamento de um Estado Democrático de Direito e passe a ser utilizada como instrumento de coesão grupal e manipulação popular em detrimento de violações de Direitos Fundamentais de terceiros.

Posteriormente, o capítulo “Fechamento das fronteiras no MERCOSUL como medida de contenção à disseminação da COVID-19”, de Sandra Regina Martini, Marcell Tomé Martins e Moara Curubeto Lona de Miranda, dedica-se à abordagem das consequências do fechamento de fronteiras que se deu por conta da disseminação do coronavírus na integração do bloco econômico MERCOSUL.

João Paulo Kulczynski Forster, Camila Mousquer Buralde e José Eduardo Aidikaitis Previdelli apresentam o trabalho “Acesso à Justiça e efetivação de Direitos Sociais: a importância dos processos coletivos”, cujo

objetivo é analisar as ações coletivas como mecanismos processuais de asseguuração dos direitos fundamentais sociais. Do mesmo modo, busca-se a apresentação de alguns dos mecanismos processuais disponíveis para tal finalidade, bem como suas justificativas teóricas e práticas. Estabelecidas essas premissas, passa-se ao exame dos direitos sociais e sua titularidade, de forma a adequar a proteção coletiva daqueles.

Os autores Robyson Danilo Carneiro e Valter Foletto Santin, em seu capítulo “Intervenções de agentes públicos em tempos de Pandemia: limites na atuação do Estado em respeito aos Direitos Humanos e Fundamentais”, destacam uma análise a respeito dos limites de atuação do Estado no cotidiano dos membros da sociedade, visando um controle voltado para a preservação da saúde pública e conseqüentemente da vida das pessoas, especialmente durante período de pandemia ou anormal.

No âmbito da mobilidade humana internacional pelos fluxos migratórios, Diego Guilherme Rotta e José Francisco Dias da Costa Lyra, no capítulo “Os movimentos sociais enquanto caminho(s) para a legitimação democrática de políticas migratórias contra-hegemônicas a partir da Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017)”, realizam com aporte no método analítico, com a apresentação de referenciais teóricos sobre os temas de migrações, políticas migratórias, democracia e movimentos sociais e, também, no método dialético, mediante a análise da dimensão da historicidade, da totalidade, a interação dos fenômenos, da contradição e transformação, possibilitando uma interpretação contextualizada com e com maior dinamicidade da realidade.

Na sequência, Janaína Rigo Santin, por meio do capítulo “Direitos Políticos e Princípio da Participação na Constituição do Estado do Rio Grande do Sul: avanços e retrocessos”, tem o escopo de analisar a Constituição Estadual do Rio Grande do Sul, com foco nos direitos políticos e no princípio da participação. Igualmente, o artigo visa demonstrar que para

concretizar plenamente os ideais da Constituição Estadual Riograndense será preciso desenvolver uma sociedade participativa, na qual a cidadania deve ir além de apenas fazer a tradicional escolha subjetiva de seus representantes nas esferas do poder no momento das eleições, mas ser ouvida na tomada das decisões que envolvam seus interesses individuais, coletivos e metasindividuais.

Ana Paula Faria Felipe a partir do trabalho “Conflitos criminais e a Justiça Restaurativa sob a perspectiva do Princípio da Dignidade Humana” propõe a abordagem de um dos caminhos da cultura de paz: a justiça restaurativa. A análise deste meio consensual de administração de conflitos, como uma justiça fraterna, se dará na perspectiva dos conflitos penais e tem como pilar o princípio da dignidade humana.

Posteriormente, o capítulo “Gênero, Direitos Humanos e Saneamento Básico” de Carmen Hein de Campos e Rosane Hein de Campos, o qual estuda como a ausência de saneamento básico impacta as relações de gênero/raça, e é uma violação dos direitos humanos e um dos instrumentos deliberados de manutenção do racismo e sexismo estruturais. Trata-se de uma política institucional deliberada iniciada durante a ditadura cívico-militar, que promove o direito à saúde e a um meio ambiente saudável, atingindo de modo desproporcional as mulheres negras.

Finaliza-se a obra com o texto “O reconhecimento do direito à saúde como bem comum da humanidade pela dimensão ecológica da Fraternidade”, de Gabrielle Scola Dutra, Janaína Machado Sturza e Charlise Paula Colet Gimenez. O estudo tem por escopo analisar os contornos multifacetados da Transpandemia COVID-19 a nível global, igualmente, abordar o colapso do sistema de saúde no Brasil e a imprescindibilidade de reconhecer o direito à saúde como bem comum da humanidade pela Metateoria do Direito Fraternal desenvolvida pelo jurista italiano Eligio Resta.

Diante disso, as pesquisas aqui apresentadas propõem a produção de intersecções entre o conflito, a fraternidade e o direito vivo, no sentido de virem de encontro com a aposta de desvelar o paradoxo limite/possibilidade de evidenciar novas formas de efetivação dos direitos humanos numa dimensão cosmopolita.

Gratidão a todos os autores, destacando-se que esses assumem a total responsabilidade pelo conteúdo de seus textos. Ótima Leitura!

Maio de 2021 – Pandemia Covid-19.

A disseminação da pandemia COVID-19 e suas implicações no direito à saúde: conflitos sanitários e humanitários analisados sob as lentes da metateoria do direito fraterno ¹

Evandro Luís Sippert ²
Janaína Machado Sturza ³

Introdução

Na sociedade contemporânea, a saúde pode ser considerada como um bem comum⁴ a todos, como um direito fundamental social⁵ necessário à

¹ Excerto do artigo A pandemia covid-19 como um inimigo invisível e silencioso: o direito à saúde em tempos de sobrevivência. Publicado na revista Prim@ Facie: Revista do PPGCJ, UFPB, n.º 42, vol. 19, Quadrimestral 3, set.-dez., 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/issue/view/2501>

² Doutorando e Mestre em Direito, linha de concentração em Direitos Humanos, pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ, Bacharel em Direito pela Universidade de Cruz Alta/RS - UNICRUZ, Graduado em História pela PUC/RS, Pós-Graduação em Gestão das Tecnologias da Informação e da Comunicação em Educação - MBA pela PUC/RS, Pós-Graduação em Docência do Ensino Superior pela UFRJ, Advogado.

³ Pós doutora em Direito pela Unisinos. Doutora em Direito pela Universidade de Roma Tre/Itália. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Especialista em Demandas Sociais e Políticas Públicas também pela UNISC. Professora na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI, lecionando na graduação em Direito e no Programa de pós-graduação em Direito - mestrado e doutorado. Integrante da Rede Iberoamericana de Direito Sanitário. Integrante do Comitê Gestor da Rede de Pesquisa em Direitos Humanos e Políticas Públicas. Integrante do grupo de pesquisa Biopolítica e Direitos Humanos (CNPq). Pesquisadora Gaúcha FAPERGS – PqG Edital 05/2019. Email: janasturza@hotmail.com

⁴ Para a definição de bens comuns, cita-se MELO, Osvaldo Ferreira de. Dicionário de Direito Político. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 12: Bem-Comum: Diz-se dos fatores propiciados pelo Estado com vistas ao bem-estar coletivo, formando o patrimônio social e configurando o objetivo máximo da Nação. Valor organizador da coletividade que caracteriza seu estado ou sua condição. A ordem social justa. O mesmo que interesse público. Oportunas também são as palavras de SILVA, De Plácido e. Vocabulário jurídico. Edição Universitária. Volume I. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 304-305: O sentido de bens comuns pode ser tido em duas acepções perfeitamente distintas. Pode ser entendido no sentido de bens inapropriáveis, isto é, que não são suscetíveis de um apoderamento por parte da pessoa, a fim de que os particularize em proveito ou utilidade própria. Serão os bens comuns a todos (res omnium communes) ou *communia, omnium*, na linguagem romana. Mas, para os distinguir da outra espécie, dos bens comuns apropriados, também se dizem, no primeiro sentido, bens de uso público, para indicar que são bens de uso de todos os habitantes de um lugar. São bens que se dizem públicos, justamente, porque, mesmo quando apreensíveis, não estão no comércio, não podendo, assim, ser objeto de apropriação ou ocupação pelo particular. No segundo sentido, bens comuns designam os bens que são possuídos em comunhão: tem dois ou mais titulares, pertencem a todos eles em comunidade.

⁵Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

manutenção da vida. Entretanto, o reconhecimento de sua eficácia é um forte argumento colocado em discussão nos dias atuais, principalmente em relação aos “direitos sociais e as externalidades que não podem ser internalizadas na avaliação da saúde enquanto bem econômico” (DALLARI, 1987, p. 15).

É possível afirmar-se que a saúde – ou em outros termos, o direito à saúde, representa uma importante prerrogativa à vida do homem, ao mesmo tempo em que, nas muitas situações da vida diária, acaba sendo ameaçada. A saúde é primordial ao ser humano que, na sua individualidade – ou mesmo em situações de vivências coletivas, necessita de uma garantia a este direito essencial à sua sobrevivência, uma vez que em sociedades “ditas democráticas”, as dificuldades residem em permitir a manutenção da saúde em um mundo no qual os riscos também são globalizados e, muitas vezes invisíveis e silenciosos, tal qual a pandemia do COVID-19.

Nesse contexto, percebe-se que a pandemia denominada de COVID-19 e reconhecida como tal no dia 11 de março de 2020 pela Organização Mundial da Saúde (OMS), atingiu bruscamente a saúde e, por consequência, a vida de milhares de pessoas por todo o mundo.

Assim, pois, analisar as implicações no direito à saúde, em virtude da disseminação da pandemia do Covid-19, em um contexto de conflitos e crise global em caráter sanitário e humanitário, apresenta-se como objetivo central deste artigo. Nesta perspectiva, o estudo ora proposto constitui-se em uma revisão bibliográfica, baseada no método dedutivo e utilizando-se, como alternativa de análise, da metateoria do direito fraterno, defendida e idealizada pelo prof. italiano Eligio Resta. Esta alternativa de análise desvela-se a partir das consequências da pandemia, desencadeadas por um inimigo invisível e silencioso que está impondo de

forma implacável uma necessária ressignificação da vida e, quiçá, da humanidade.

Portanto, mais do que nunca se faz necessário e premente um direito que inclui, fundado num pacto entre irmãos, no qual o outro precisa ser visto como sendo parte do EU, pois a ideia do outro como irmão não suporta delimitações territoriais, nem outras delimitações e, desta forma, desvela-se de forma insofismável repensar o acesso ao direito à saúde, especialmente sob o olhar da metateoria do direito fraterno.

I- A pandemia do COVID-19: um inimigo invisível e silencioso

Vive-se atualmente na era da informação, por isso, os fatos e acontecimentos, influenciados pelos meios de comunicação, das mídias e redes sociais, se espalham rapidamente em todo o mundo, numa escala nunca antes vista, o que por vezes acaba trazendo medo e pânico nas pessoas. Além dos fatos e notícias, esta nova doença também se alastrou de forma avassaladora, por todo o mundo, evidenciando o quanto as pessoas continuam vulneráveis, pois apesar dos avanços tecnológicos e científicos do nosso tempo, a falta de saúde afeta toda a ordem mundial, social e econômica.

O surgimento e propagação de um vírus, denominado, segundo Wu *et al.* (2020) de Covid-19, doença do coronavírus 19 ou patógeno SARS-CoV-2, está produzindo consequências substanciais e grandes repercussões de ordem social e econômica em muitos países do mundo. Tal fato fez com que a Organização Mundial da Saúde caracterizasse a doença como uma pandemia, com a finalidade de orientar os países a envolver os governos e toda a sociedade, por meio de uma estratégia integral e combinada para prevenir as infecções decorrentes do coronavírus, salvar vidas e minimizar os impactos (OPAS/OMS, 2020).

Não é uma “prerrogativa” de nosso tempo o enfrentamento de crises de epidemias, pestes e outras catástrofes. Os coronavírus parecem emergir periodicamente em humanos, principalmente devido à alta prevalência e vasta distribuição de coronavírus, à ampla diversidade genética e à frequente recombinação de seus genomas, e ao aumento das atividades de interface humano-animal. Animais selvagens e morcegos são considerados como os hospedeiros reservatórios naturais e desempenham um papel crucial na transmissão de vários vírus, incluindo Ebola, Nipah, Coronavírus e outros (WU, *et al.* 2020, p. 1-3).

O Covid-19 teria surgido na China, onde, segundo WU *et al.* 2020, p. 2, desde dezembro de 2019 múltiplos casos de pneumonia inexplicáveis foram sucessivamente relatados em alguns hospitais, com histórico de exposição ao grande mercado de frutos do mar na cidade de Wuhan, na província de Hubei, China, confirmando-se ser uma infecção respiratória aguda causada por um novo coronavírus.

Os sintomas do Covid-19 são inespecíficos, sendo que afeta as pessoas e subgrupos potencialmente vulneráveis da população, assim como os idosos e indivíduos com condições crônicas de saúde. A apresentação da doença pode variar desde ausência de sintomas (assintomáticos) à pneumonia severa e morte, não há vacina ou tratamento antiviral para o coronavírus humano e animal. Neste sentido é essencial implementar práticas de controle de infecções por controle de fontes, bloqueio de rotas de transmissão e proteção da população suscetível (WU, *et al.* 2020).

(...) a primeira coisa que devemos aceitar é que a ameaça está aqui para ficar. Mesmo que esta onda recue, ela reaparecerá em formas novas, talvez até mais perigosas. Por esta razão, podemos esperar que as epidemias virais afetem as nossas interações mais básicas com pessoas e objetos ao nosso redor, incluindo o nosso próprio corpo: evitar tocar em coisas que possam estar (invisivelmente) contaminadas, não nos apoiarmos em corrimões, não nos

sentarmos em banheiros ou bancadas públicas, evitar abraçar ou apertar a mão das pessoas. Talvez até nos tornemos mais cuidadosos com nossos gestos espontâneos: não tocar nosso nariz ou esfregar os olhos (Žižek, 2020, p. 46).

Ante ao surto da doença que se propaga de forma incontrolável, com as medidas restritivas adotadas, todos estão submetidos a um controle social sem precedentes, mas absolutamente convictos de que de alguma forma superar-se-á esta crise, porém quão altos serão os sacrifícios, já que se está perdendo ou abrindo mão de garantias básicas, de direitos fundamentais arduamente conseguidos em muitos momentos históricos. Porém, “não só somos controlados pelo Estado ou outras instituições similares, como também devemos aprender a controlar e disciplinar-nos a nós mesmos. Talvez só a realidade virtual seja considerada segura e só será permitido mover-se livremente nas ilhas pertencentes aos bilionários” (Žižek, 2020, p. 46).

O atual modelo globalizado também traz implicações nas relações sociais e no surgimento de novas demandas, se faz necessário uma ressignificação do Estado, das políticas públicas e do direito, com o objetivo de atender as reivindicações da sociedade. A humanidade não pode estar ao arbítrio de um mercado desprovido de qualquer princípio moral, baseado no lucro a qualquer custo, sem preocupação com os direitos humanos e com a dignidade da pessoa humana, principalmente dos segmentos das populações mais pauperizados (SIPPERT, 2017).

A sociedade é marcada pelo consumismo, por uma cultura que valoriza o *ter*, a qual Baumann (2000, p. 90) define com sendo aquela que “[...] é orientada pela sedução, por desejos sempre crescentes e querereres voláteis – não mais por regularização normativa. [...] se baseia na comparação universal – e o céu é o limite. [...]”. Porém, esta forma de vida traz consequências da exploração predatória sem a preocupação com o

meio ambiente, na qual a sociedade é feita refém e que o mercado exige cada vez mais, sendo que isso corrobora com a ausência completa de “[...] sustentabilidade de nosso modo de produção, distribuição e consumo de bens e serviços. Não são poucos os analistas do estado da Terra que advertem: “ou mudamos de padrão de relacionamento com a Terra ou vamos ao encontro do pior” (BOFF, 2003, p. 43).

Portanto, chega-se num ponto de inflexão, no qual padrões adotados precisam ser ressignificados, ou coloca-se em risco a vida das pessoas e o futuro do planeta. A crise no mercado mundial será inevitável devido à globalização e todas as suas nuances, terá sérias consequências na economia, atingindo principalmente a classe mais pobre, que já sofre com o atual modelo de mercado, porém, com certeza o sistema capitalista irá se reinventar, sendo que cada vida perdida para o coronavírus, as quais não estão podendo nem serem choradas, não poderão jamais serem recuperadas.

Quando um país é atacado por uma determinada epidemia, deve estar disposto a compartilhar honestamente as informações sobre o surto, sem medo de uma catástrofe econômica, ao passo que os outros países devem ser capazes de confiar naquela informação, dispondo-se a estender uma mão amiga em vez de deixar a vítima no ostracismo (HARARI, 2020, p. 7).

Diante disso, observa-se uma dicotomia na atuação do Estado, que se dá entre salvar vidas ou socorrer o mercado. Porém, quando esta escolha for realizada sob o viés econômico, traz também, inevitavelmente, consequências trágicas principalmente para as populações mais vulneráveis. Neste contexto social e político, se faz imperioso ter um diálogo fraterno, pois o direito fundamentado na fraternidade como sendo um direito proposto por todos e para todos desvela-se em um grande

mecanismo de promoção e efetivação dos direitos humanos e, em especial neste momento, da saúde como um direito.

II- A saúde no cenário de conflitos da pandemia: uma necessária quebra de paradigmas

A propagação do Covid-19 potencializou os problemas, em um período multifacetado e complexo, pelo qual a humanidade atravessa. A pandemia do coronavírus está mudando e vai mudar ainda mais a vida de todos. Isso nos obriga a repensar a política e a economia e a refletir sobre o nosso presente, o nosso passado e o nosso futuro (FERRAJOLI, 2020, p. 8). Tal situação, também está e continuará fazendo ingerência no sistema do direito e também no sistema de saúde.

Deste modo, é oportuno repensar o contexto no qual está inserido o direito à saúde junto à sociedade, por meio da metateoria do Direito Fraternal. A fraternidade supera o egoísmo vigente na sociedade cosmopolita, possibilitando uma transformação social, construindo uma sociedade fundada na igualdade e na dignidade (STURZA; MARTINI, 2019). Uma das metas do Direito Fraternal, é “fazer refletir sobre a responsabilidade de cada um que compartilha o caráter de humanidade” (GIMENEZ; FINK, 2019, p. 217). Pois,

O direito à saúde, sob a perspectiva da metateoria do Direito Fraternal, deve ser pensado como acesso aos serviços de saúde e bem comum de toda a humanidade, haja vista que a fraternidade vai ao encontro do bom e harmônico convívio com os outros; é um direito que é para todos e aceito e/ou proposto por todos (GIMENEZ; FINK, 2019, p. 217).

Assim, para enfrentar as consequências da pandemia, não bastam apenas regras e sanções, é necessário que seja compartilhado por todos a plena consciência que se faz necessário para proteger a sua saúde e a sua vida e a dos outros (FERRAJOLI, 2020). Saúde é “um dos principais

componentes da vida, seja como pressuposto indispensável para sua existência, seja como elemento agregado à sua qualidade. Assim, a saúde se conecta ao direito à vida” (SCHWARTZ, 2001, p. 52). Na doutrina de Sousa (2015), o direito à vida é o mais fundamental e importante de todos os direitos, pois a partir da vida e uma vida saudável, é que se pode exigir a efetivação de todos os direitos fundamentais.

O conceito de saúde como um marco referencial está no preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS), que é uma agência especializada da Organização das Nações Unidas (ONU) voltada para a saúde, a qual dispõe que “A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade” (OMS/WHO, 1946). Destaca-se que para ter acesso à saúde e uma boa e eficaz consecução dos serviços sanitários é necessária uma cooperação entre os indivíduos e os Estados, como bem prevê a Constituição da Organização Mundial da Saúde, pois, somente com o gozo do melhor estado de saúde é que se torna possível atingir os direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social.

O direito à saúde também se encontra positivado em outro importante documento, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), a qual é um marco significativo na história dos direitos humanos, pois foi elaborada com o intuito de estabelecer a proteção universal a estes direitos. É no seu artigo XXV, 1, que a Declaração Universal dos Direitos do Homem faz referência ao direito à saúde e bem-estar.

No Brasil, a Carta Magna de 1988 seguiu a concepção do Estado de bem-estar social, trazendo o Estado como o grande provedor de direitos básicos, como por exemplo saúde e educação. Portanto, o direito à saúde, no ordenamento jurídico brasileiro, tem embasamento de ordem constitucional, como um direito de todos e dever do Estado, a quem cabe

a obrigação de garantir a melhor prestação sanitária, por meio de políticas públicas adequadas e eficientes. Preceitua o art. 194 da Constituição Federal que é de responsabilidade do Estado, juntamente com toda a sociedade, assegurar a saúde da população. Este marco regulatório mostra-se de fundamental importância, principalmente neste momento de pandemia, pois “Ao infectar indistintamente, qualquer pessoa, o coronavírus expôs o valor inestimável da saúde pública e a necessidade de seu caráter universalista e gratuito” (FERRAJOLI, 2020, p. 9).

Para que o Estado possa atingir o objetivo de permitir o direito à saúde, existem muitos óbices a serem superados, alguns dos quais são construções históricas, que necessitam de uma ressignificação da sociedade. Existem outros empecilhos, porém, que são imposições do modelo econômico vigente, que privilegia a capitalização em detrimento de atender de forma satisfatória e que também impedem a consecução de tais objetivos, e, em relação a saúde, com preferência ao sistema privado, voltado essencialmente para o lucro em detrimento da saúde pública (FERRAJOLI, 2020).

Assim, são várias questões que impedem a efetivação do direito fundamental a saúde e suas implicações na consecução da saúde, pois o modelo econômico brasileiro traz como consequência uma grande concentração de renda e falta de infraestrutura básica. Com a exclusão de alguns segmentos sociais de um nível de qualidade de vida satisfatório, os quais sofrem com problemas de saúde, em virtude das precárias condições sanitárias e ambientais a que estão submetidos, as quais são propiciadoras de doenças, levam a uma sobrecarga do setor de saúde com pacientes acometidos de doenças que poderiam na grande maioria dos casos, serem evitadas (RIBEIRO, 2004).

Desta forma, além da falta do acesso à saúde ou a sua disponibilização precária, que por si só já seria suficiente para não permitir ao cidadão a

sua dignidade, a pandemia do coronavírus veio a agravar as terríveis condições a que as populações de mais baixa renda estão expostas. Essa situação se intensifica com a falta de outras prestações sociais fundamentais, tais como falta de alimentação e de nutrição adequada, que possibilite uma vida saudável e um sistema imunológico com baixa ou nenhuma incidência de doenças.

Além disso, há também a falta de habitação e saneamento básico, para evitar a proliferação de doenças e também dos agentes causadores, bem como a uma higienização adequada. Assim, nesta sociedade marcada pela desigualdade social, há um contrassenso entre aquelas pessoas que tem que ficar em casa na “quarentena”, em situação de isolamento social, sem nem ao menos ter as mínimas condições nas residências onde moram em detrimento a quem tem boa situação econômica e social. Sendo que,

(...) estas medidas sejam estabelecidas por normas gerais e abstratas, aumentam e dramatizam as desigualdades: entre os que podem ficar em casa e os que são obrigados a ir trabalhar, entre os que têm casa e os que não têm, entre os que têm grandes casas com jardins ou terraços e os que são obrigados a viver num quarto, entre os que estão sós e entre os pobres e os que vivem com as suas famílias (FERRAJOLI, 2020, p. 9).

O Covid-19 pode alcançar a todos, sua forma invisível de se propagar não escolhe classe social, condição econômica ou qualquer outro tipo de estratificação. “De repente a epidemia do coronavírus, com a sua carga diária de mortos e infectados, colocou os cuidados de saúde no centro das preocupações de todos” (FERRAJOLI, 2020, p. 9). Porém, as piores consequências ou as dificuldades de acesso a um tratamento adequado sempre afetam os mais pobres e também aquelas pessoas vulneráveis. As consequências sobre a saúde, “distribuem-se de maneira diferente segundo os indivíduos, regiões e grupos sociais e relacionam-se com a

pobreza, com o modelo de produção e reprodução social, cultura e organização territorial, e com o nível educacional” (VILLARDI, 2015, p. 22).

Assim, deve(riam) ser (re)consideradas a racionalidade das decisões, como uma nova forma de enfrentar os problemas da sociedade, baseado na valorização da vida humana. Sendo assim, necessário seria que a Organização Mundial da Saúde fosse uma verdadeira instituição de garantia global, com poderes principalmente para dispor de meios econômicos necessários para enfrentar a crise com medidas racionais e adequadas, as quais não poderiam ficar condicionadas por interesses políticos ou econômicos contingentes em cada país, mas sim, propiciar a garantia da vida de todos os seres humanos simplesmente por serem humanos (FERRAJOLI, 2020).

Denota-se que a OMS atua de forma deliberativa nas suas orientações, sendo que cada país adota uma medida, ou deixa de adotar as medidas, muitas vezes influenciados por discussões ideológicas partidárias ultrapassadas e que não tem ou não deveriam ter o menor sentido, diante de toda a crise instalada. Para Ferrajoli (2020), a partir dessa tragédia do coronavírus, é possível que possa nascer uma consciência geral que leve em consideração o nosso destino comum, baseada em um sistema comum de garantia dos nossos direitos e da nossa convivência, a qual deve ser sempre pacífica e solidária.

Portanto, a crise sem precedentes causada pela pandemia do coronavírus, que afeta os mercados econômicos mundiais, os Governos e os indivíduos, principalmente os mais pobres e os grupos de risco, faz repensar o modelo e os valores da sociedade, bem como faz refletir a “(...) a falta de instituições de garantias globais adequadas, que deveriam ter sido introduzidas para instituir as muitas cartas internacionais dos direitos humanos” (FERRAJOLI, 2020, não paginado).

Quais serão as consequências da pandemia, que tipo de pessoas nos tornaremos, ou como vai ser o mundo, como serão as relações das pessoas umas com as outras, bem como o sistema econômico, após o Covid-19? Dentre os muitos efeitos que podem advir desta crise sem precedentes, certamente haverá “depois de anos de ódio, de racismo e de sectarismos – de um senso extraordinário e inesperado de solidariedade entre as pessoas e entre os povos” (FERRAJOLI, 2020, não paginado). Com efeito, espera-se que se desenvolva um senso de solidariedade entre as pessoas, pois toda crise também é uma oportunidade. Espera-se que a epidemia atual ajude a humanidade a perceber o grave perigo que representa a desunião global (HARARI, 2020).

Conforme destaca Harari (2020), neste momento de crise, a luta crucial ocorre dentro da própria humanidade. Se essa epidemia resultar em maior desunião e desconfiança entre os seres humanos, será mais difícil combater este inimigo invisível. Porém, se a epidemia resultar em uma cooperação global de todos os países, será uma vitória não apenas contra o coronavírus, mas contra todos os patógenos futuros. Assim, portanto “Xenofobia, isolacionismo e desconfiança agora caracterizam a maior parte do sistema internacional. Sem confiança e solidariedade global, não seremos capazes de parar a epidemia de coronavírus, e provavelmente veremos mais dessas epidemias no futuro” (HARARI, 2020, não paginado).

Impende neste momento, ante toda a angústia, a necessidade de resignificação da sociedade, trazer a baila a metateoria do direito fraterno como sendo um pacto entre iguais, de identidade comum, numa sociedade que busca a concretização do direito como uma forma de respeito e reconhecimento. Pois,

(...) a fraternidade apresenta-se como um caminho para a consolidação dos direitos fundamentais, pois o resgate deste pressuposto iluminista, ao mesmo tempo em que traz novos desafios, recupera a velha ideia de ver o outro como um outro EU; mais do que isso, a fraternidade está fundada na lei da amizade, no compartilhar, no pactuar (STURZA; MARTINI, 2019, p. 41).

Resta (2004), aduz que o direito fraterno é direito jurado em conjunto, num olhar voltado ao futuro, onde homens e mulheres fazem um pacto no qual se “decide compartilhar” regras mínimas de sobrevivência, livre da tirania e da inimizade. Assim tem-se que a possibilidade da fraternidade e da solidariedade mostram-se como uma importante alternativa na análise das consequências da saúde das pessoas em época de pandemia, pois é “uma aposta no processo de transformação social. Neste processo, o direito à saúde é um tema que ultrapassa as fronteiras de todos os tipos, pois a ideia do outro como irmão não suporta delimitações territoriais, nem outras delimitações” (STURZA; MARTINI, 2019, p. 40).

A aposta no pressuposto da fraternidade acontece porquê, através dele, é possível superar a inimizade e as diversas formas de guerra que se mascaram na sociedade global. Assim, a fraternidade retorna com força diante da crise do Estado-nação e da necessidade de solidificar uma sociedade cosmopolita, na qual a humanidade é ameaçada somente pela própria humanidade (STURZA; MARTINI, 2019, p. 45).

Assim, ter e dispor de saúde são condições essenciais para uma boa qualidade de vida. Sem estas, torna-se improvável que o indivíduo tenha uma vida digna e possa exercer a sua cidadania de forma plena, com condições de efetivar a (re)construção dos direitos humanos numa sociedade cada vez mais globalizada e sectária. Desta forma, a relação do direito à saúde com o conceito de fraternidade ressignifica “o egoísmo vigente nesta sociedade cosmopolita, na qual a possibilidade de transformação social é

concreta, assim como são concretos os desafios para a construção de uma sociedade fundada no respeito ao outro como um outro EU” (STURZA; MARTINI, 2019, p. 77).

Segundo Jaborandy (2016, p. 57), “a fraternidade propõe-se a restaurar a esfera ética na vida pública e conscientizar os indivíduos da responsabilidade que possuem pelos outros e, conseqüentemente, pelo bem da comunidade”, principalmente neste momento, de pandemia do Covid-19, como forma de garantia e alternativa eficaz para a e efetivação do direito à saúde.

Nesse sentido, a proteção e o acesso ao direito à saúde são pressupostos para que o ser humano (eu e o outro) possa/mos ter uma vida digna. Portanto, a efetivação dos direitos humanos e fundamentais reivindica uma transformação social no sentido de que as pessoas possam viver sem sofrer discriminação ou qualquer tipo de violência, com respeito ao outro, tolerância e aceitando a suas diferenças. Tal pressuposto é necessário para que todos possam viver de forma livre e plena, bem como coexistir de forma pacífica e harmoniosa.

A fraternidade reconstrói, desse modo, o sentido universal da experiência humana nas relações políticas e sociais uma vez que “remete à ideia de um “outro” que não sou eu nem minha esfera social, mas o “diferente” diante do qual tenho deveres e responsabilidades, e não somente direitos a opor”. Ao postular o reconhecimento do outro, o enraizamento do indivíduo na comunidade, a responsabilidade individual e estatal, o princípio da fraternidade completa a teoria dos direitos fundamentais, em face da suplantação de construções identitárias de forte raiz liberal para a realização da alteridade (JABORANDY, 2016, p. 66).

Assim sendo, o direito à saúde necessita ultrapassar todos os tipos de fronteiras e obstáculos, sendo que as pessoas que diretamente ou indiretamente estão sendo afetadas pela pandemia do Covid-19 precisam ser

vistas como sendo parte do EU, pois a ideia do outro como irmão não suporta delimitações territoriais, nem outras delimitações, se coadunando com os princípios do direito fraterno.

A metateoria do direito fraterno pressupõe o desvelamento de paradoxos, que levam a questionamentos, de qual a função da fraternidade na sociedade cosmopolita, que é fundamental para entender o que significa o direito fraterno, suas possibilidades e suas limitações na efetivação dos direitos humanos, necessitando-se, por vezes, de uma ruptura de paradigmas de certos modelos existentes, pois principalmente no Brasil verifica-se que as atrocidades em função de direitos fundamentais ocorreram e ocorrem ainda de forma sistemática.

Para Resta *apud* Sturza e Martini (2019), a fraternidade referida na revolução iluminista continua inédita e não resolvida em relação à igualdade e à liberdade, e retorna agora vinculada à ideia de globalização e à necessária ruptura de fronteiras, na qual a condição de dependência de tudo e de todos é cada dia mais evidente. Resta (2004) afirma que o direito fraterno trata de um “modelo de direito que abandona o confinamento da cidadania e olha para a forma nova de cosmopolitismo que não são os mercados, mas a obrigatoriedade universalista de respeitar os direitos humanos” (RESTA, 2004, p. 135).

Justamente por isso torna-se imprescindível a análise da atual conjuntura e seus impactos na saúde das pessoas, no viés do direito fraterno. Entretanto, eles só fazem sentido em uma sociedade que tenha a percepção de que somos um único povo, que a pandemia está afetando todo o gênero humano, sem distinção de nacionalidade e riqueza, com a plena consciência da nossa interdependência, da nossa fragilidade, bem como do nosso destino comum (FERRAJOLI, 2020).

Considerações finais

A disseminação da pandemia do vírus Covid-19 mostra o quanto as pessoas e a própria sociedade continuam vulneráveis, pois apesar dos avanços tecnológicos e científicos do nosso tempo, a falta de saúde está afetando toda a ordem mundial, social e econômica, atingindo todos os segmentos da humanidade, porém de forma implacável aos mais pobres e desassistidos.

Nesse contexto, surge a necessidade premente de um direito que inclui a todos, fundado num pacto entre irmãos, tal qual nos coloca Eligio Resta (2004). Assim sendo, desvela-se de forma insofismável, a utilização da metateoria do direito fraterno, sobretudo repensando o direito à saúde em tempos de crise. Pois, apesar dos avanços tecnológicos e científicos do nosso tempo, a falta de saúde afeta toda a ordem mundial, social e econômica – e, mais uma vez, a saúde reafirma-se como um direito humano fundamental a todos.

O novo coronavírus é um inimigo invisível e silencioso, sendo que ainda não existe o desenvolvimento de uma vacina e nem a descoberta de medicamentos que sejam eficientes no tratamento da doença, em que pese todo o esforço da ciência neste sentido. Porém algumas medidas são estritamente necessárias de serem adotadas, sendo que uma das principais medidas é o isolamento social das pessoas, uma medida restritiva que pode vir afetar demasiadamente a ordem econômica.

Ocorre que o Covid-19 está causando milhares de mortes, produzindo consequências substanciais e grandes repercussões de ordem social e econômica em praticamente todos os países do mundo, principalmente nas populações que historicamente já sofrem, evidenciando que está prestes a ocorrer uma tragédia sem precedentes se medidas corretas não forem adotadas principalmente pelos governos.

As dúvidas e angústias são recorrentes neste momento, já que existe a possibilidade de isolar-se e evitar a propagação do vírus – salvando vidas, mas em contrapartida tem-se o mercado financeiro que também está pedindo socorro. A saúde, mais do que nunca, é uma preocupação de todos, remetendo constantemente ao pensamento (e dúvida!) sobre quem viverá e quem morrerá durante esta pandemia. E por fim, resta ainda uma grande preocupação acerca das garantias e direitos fundamentais, que são construções históricas e indisponíveis, essenciais a vida de todos. Estas e tantas outras preocupações fazem-se presentes diuturnamente nesta situação pandêmica, reforçando a importância de repensar o modelo anacrônico de sociedade, bem como o momento disruptivo que virá após o Covid-19.

De acordo com a história da humanidade, sempre houveram epidemias e doenças contagiosas, que se espalharam causando muitos danos para a humanidade, porém, sempre marcaram rupturas significativas na sociedade, sendo que também foram oportunidade para a sociedade poder se reinventar e se ressignificar.

Portanto, a ruptura de paradigmas, a ressignificação de valores, serão significativas e inevitáveis na sociedade atual, necessitando, a sociedade, o direito e a saúde, serem repensadas. Nesse contexto, surge a necessidade premente de um direito que inclui, fundado num pacto entre irmãos, assim sendo, desvela-se de forma insofismável o estudo da metateoria do direito fraterno, sobretudo repensando o direito à saúde.

Assim, na perspectiva da metateoria do direito fraterno, como sendo um pacto entre iguais, de identidade comum, que busca a concretização do direito como uma forma de respeito e reconhecimento, de forma universal, faz repensar a sociedade e o direito à saúde, os quais estão sendo implacavelmente assolados pela pandemia do Covid-19, como possibilidade de ressignificação da dogmática jurídica e social posta, visando

sempre a união de ideias e de ações, que se perfectibilizam em um bem viver em comunidade.

Referências

- BAUMANN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.
- BOFF, Leonardo. **Ecologia e Espiritualidade**. In: TRIGUEIRO, André. (Org.). **Meio Ambiente do Século 21**. Rio de Janeiro: Sextante, 2003.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 13 abr. 20.
- DALLARI, Sueli Gandolfi. **A saúde do brasileiro**. São Paulo Paulo: Editora Moderna, 1987.
- DUDH. **Declaração Universal dos Direitos do Homem** (1948). Disponível em: <http://www.ghente.org/doc_juridicos/decdirhumanos.htm>. Acesso em: 11 abr. 2020
- FERRAJOLI, Luigi. **O vírus põe a globalização de joelhos**. 2020. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/597204-0-virus-poe-a-globalizacao-de-joelhos-artigo-de-luigi-ferrajoli>>. Acesso em: 11 abr. 2020.
- FERRAJOLI, Luigi. **O que nos ensina o Coronavírus?** Revista Direitos Humanos e Democracia, Editora Unijuí, Ano 8, n. 15, p. 7-11, Jan./Jun. 2020. Traduzido por: Doglas Cesar Lucas. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2020.15.7-11>>. Acesso em: 28 jun. 2020.
- GIMENEZ, Charlise Paula Colet; FINK, Lígia Daiane. **O direito humano fundamental à saúde no Brasil na perspectiva do direito fraterno**. In: MARTINI, Sandra Regina; STURZA, Janaína Machado; FINCO, Matteo. **Direito à Saúde: Ponte para a Cidadania - O MOVIMENTO ENTRE OS SABERES - A transdisciplinaridade e o direito: Volume XII**. 1. ed. Porto Alegre / RS: Evangraf, 2019.

RESTA, Eligio. **O Direito Fraterno**. Trad. Sandra Regina Martini Vial (coordenação). Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

RIBEIRO, Helena. Saúde Pública e meio ambiente: evolução do conhecimento e da prática, alguns aspectos éticos. **Saúde e Sociedade**, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 70-80, abr. 2004. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0104-12902004000100008>>. Acesso em: 11 abr. 2020.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde: efetivação de uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

STURZA, Janaína Machado; MARTINI, Sandra Regina. **Direitos Humanos: saúde e fraternidade - O MOVIMENTO ENTRE OS SABERES - A transdisciplinaridade e o direito: Volume XI**. 1. ed. Porto Alegre / RS: Evangraf, 2019.

SOUSA, Simone Letícia Severo e. **Direito à saúde e políticas públicas: do ressarcimento entre os gestores públicos e privados da saúde**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Edição Universitária. Volume I. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

SIPPERT, Evandro Luis. **O Direito Fundamental à Saúde: a (in)sustentabilidade e a função do Estado garantidor em face das demandas sanitárias**. Dissertação (Dissertação em Direito). Unijuí. Ijuí. p. 143. 2017. Disponível em: <<http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/6288>>. Acesso em: 08 ago. 2020.

VILLARDI, Juliana Wotzasek Rulli. **A vigilância em saúde ambiental no Brasil – uma reflexão sobre seu modelo de atuação: necessidades e perspectivas**. 2015. 108 f. Tese (Doutorado em Ciências)– Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca, Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2015.

WU, Di; WU, Tiantian; LIU, Qun; YANG, Zhicong; et al. **The SARS-CoV-2 outbreak: what we know**. International Journal of Infectious Diseases. Published online March 12,

2020. Traduzido por: Flávia Renata Ropelatto Pires e Sofia Mitsue Ishie. Disponível em: <<http://www.toledo.ufpr.br/portal/wp-content/uploads/2020/03/O-surto-da-SARS-CoV-2-o-que-no%CC%81s-sabemos.pdf>> Acesso em: 11 abr. 2020.

ŽIŽEK, Slavoj. **Um golpe como “KILL BILL” no capitalismo.** In: DAVIS, Mike, *et al*: **Coronavírus e a luta de classes.** Terra sem Amos: Brasil, 2020.

La pandemia del COVID-19 y el conflicto entre la fraternidad y los derechos humanos

*Mariella Bernasconi*¹

Introdução

Abordaremos en el presente artículo las definiciones de Fraternidad y Derechos Humanos. Para luego adentrarnos en un breve análisis acerca de la situación actual en nuestra sociedad respecto de estos valores que se han visto perjudicados por la pandemia mundial del COVID-19. Nos hemos vistos sorprendidos ante una situación inesperada que ha cambiado nuestras vidas y la normalidad de la misma. Si la pandemia finaliza no seremos

¹ Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, Abogada, egresada en el año 1991 de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Montevideo Uruguay. Carrera Docente iniciada en el año 1992 en la Facultad de Derecho referida, Profesora Adjunta desde 1994 hasta la fecha de las siguientes asignaturas: Técnica Forense I, II y III ; Consultorio Jurídico de la Facultad de Derecho – Udelar – Edificio Central y del Consultorio Barrial “Las Acacias” , Secretaria del Instituto de Técnica Forense Período 2016-2018, Encargada de Núcleo Temático de Relaciones de Consumo -Defensa del Consumidor en Consultorio Jurídico (Edificio Central) desde 2012 y desde 2016 a 2018 del módulo práctico de la Opcional Relaciones de Consumo y desde 2019 de la Opcional Teórica – Práctica de Relaciones de Consumo , Asistente de Cátedra durante el receso en el Consultorio Jurídico de la Facultad de Derecho – Udelar – Edificio Central desde el año 2002 al 2018 , Talleres de Derecho Procesal, Curso de Actividad Integrativa de Investigación y Extensión. Expositora y Panelista en las Jornadas de Enseñanza de Derecho de la Facultad de Derecho de la ciudad de Buenos Aires – República Argentina - UBA – desde el 2012 . Expositora, participante y ponente en las Jornadas de Relaciones de Consumo organizadas por el Centro de Relaciones de Consumo. Expositora, participante y ponente, en las Jornadas de Técnica Forense, en las Jornadas del Consultorio Jurídico de la ciudad de Salto (CENUR) 2017 y en las Jornadas del Consultorio Jurídico de la ciudad Paysandú 2015,2016 y 2017. Expositora en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Procesal 2019.Moderadora en CONPEDI 2016 realizado en la Facultad de Derecho – Udelar, Expositora en las Jornadas EXTENDER 2015 realizadas en la Facultad de Derecho – Udelar. Expositora, participante y ponente en las Jornadas del Area Socio Jurídica Años 2013, 2014. Autora de artículos publicados en la Revista de Técnica Forense, Anuario del Área Socio Jurídica Años 2013 y 2014. En el libro de ponencias de las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Procesal celebradas en Setiembre 2019 en Minas- Lavalleja – Uruguay. Investigación publicada por la FCU sobre la Formación Práctica del Estudiante de Abogacía en la Facultad de Derecho – Udelar – Año 2014. Expositora en talleres prácticos de arrendamientos y propiedad horizontal en la Asociación de Rematadores y Tasadores del Uruguay 2011 a 2018. Profesora Técnica – Especialidad Administración y Servicios-egresada del INET en el año 2002 - Universidad Tecnológica del Uruguay (UTU). Abogada Asesora y consultora de Inmobiliarias y administraciones de propiedades y gastos comunes en materia de arrendamientos, contratos y propiedad horizontal. Especialidad en el ejercicio de la abogacía en materia civil y familia. Investigación jurídica publicada sobre la formación práctica del estudiante de Abogacía. Autora de artículos publicados en Libros (Obras colectivas) nacionales e internacionales, en Revistas Jurídicas nacionales e internacionales y en Revistas Académicas de la Facultad de Derecho Udelar, Uruguay(Revista de Técnica Forense) e internacionales.

los mismos, ya no lo somos, el ser humano es social por naturaleza, ha cambiado en algunos casos su conducta retrocediendo y repercutiendo en la evolución de la especie humana.

El COVID-19 despertó actitudes muy positivas, solidarias, fraternales, pero también el odio entre los semejantes, la intolerancia, falta de empatía y solidaridad fueron protagonistas y lo siguen siendo en las sociedades desde que desembarcó este virus mortal que se ha cobrado varias vidas y lo sigue haciendo, hasta que la vacuna logre que disminuya el contagio y augurando que elimine el virus, situación que no se dará, por tanto, deberemos convivir con el COVID19 en el futuro.

Desenvolvimento

Corresponde recordar los conceptos de fraternidad y de derechos humanos y a partir de ellos analizar la situación actual respecto a ellos. La fraternidad se define como el afecto y confianza propia de hermanos o de personas que se tratan como hermanos. El término fraternidad, sinónimo de hermandad como hermanos y, por extensión, de amistad o de camaradería. La fraternidad está integrada por la unión y la solidaridad, pero que tiene que ver más con una buena relación entre todos, con muestras de respeto, empatía y solidaridad. Como se sabe es un término derivado del latín *frater*, que significa hermano, por esta razón la fraternidad significa parentesco entre hermanos o hermandad. La fraternidad universal entonces implicaría la existencia de una buena relación entre los hombres, desarrollándose una unión de afecto propia de hermanos de sangre y los mismos son correspondidos.

Por tanto, sería el lazo que une a los hombres basado en el respeto a la dignidad humana, la igualdad de los derechos de todos los seres humanos y la solidaridad de unos para con los otros, la empatía entre los humanos. Por ello sería un valor que es universal, pero atraviesa a toda la

humanidad, su sentido transversal entre los seres humanos hace que nos consideremos hermanos, siendo solidarios, respetuosos y empáticos con los otros. Como concepto filosófico, la fraternidad está vinculada a los ideales promovidos por la Revolución Francesa en 1789, basada en la búsqueda de la libertad, igualdad y fraternidad. La ONU resolvió fijar el 4 de Febrero como fecha para celebrar el Día Internacional de la Fraternidad.²

El pasado 4 de Febrero de 2021 se celebró por primera vez el Día Internacional de la Fraternidad Humana y el Secretario General de la ONU³ expresó una frase que engloba el compromiso internacional, social de todo los seres humanos : “Comprometámonos a hacer mayores esfuerzos por promover la tolerancia, el entendimiento y el diálogos culturales y religiosos”. “Existe una profunda preocupación por los actos que constituyen una apología del odio religioso que socavan el espíritu de tolerancia y el respeto de la diversidad, especialmente en un momento en que el mundo se enfrenta a la crisis sin precedentes ocasionada por la pandemia de enfermedad por coronavirus (COVID-19), que exige una respuesta mundial basada en la unidad, la solidaridad y la cooperación entre los estados.

En estos momentos, necesitamos la valiosa aportación que hacen las personas de todas las religiones o creencias a la humanidad, así como la contribución que el diálogo entre todos los grupos religiosos puede aportar para que se conozcan y se comprendan mejor los valores comunes compartidos por toda la humanidad.” ... “Es fundamental también generar una mayor conciencia sobre las diferentes culturas y religiones o creencias y sobre el papel de la educación en la promoción de la tolerancia. Esto implica la aceptación y el respeto de la diversidad religiosa y cultural por

² Resolución Nro.75/2020 de la Asamblea General de la ONU, diciembre 2020.

³ Guiterres, Antonio – Fragmento discurso el Día Internacional de la Fraternidad Humana. Asamblea General de ONU. 4 de febrero de 2021.

parte de la opinión pública, especialmente con respecto a las expresiones religiosas.

Asimismo, la educación, en particular en la escuela, debe contribuir de manera significativa a promover la tolerancia y eliminar la discriminación basada en la religión o las creencias.”³ Son la tolerancia, la tradición pluralista, el respeto mutuo y la diversidad de religiones y creencias las que promueven la fraternidad humana. Por tanto, son necesarias actividades que promuevan el diálogo entre religiones y culturas para aumentar la paz y la estabilidad social, el respeto por la diversidad y el respeto mutuo, y para crear, a nivel mundial y también regional, nacional y local, un entorno que propicie la paz y la comprensión mutua.” Debió la ONU convocar a todos los líderes religiosos para que se entablara un dialogo interconfesional y destacar los principios y valores que integran el documento suscrito por dichos líderes⁴.

Realmente impacta que la ONU deba recurrir a los líderes religiosos para que los seres humanos de todas las religiones tomen conciencia de que el mundo se ha tornado cada vez más violento, menos solidario e intolerante respecto a la convivencia entre los humanos. Es doloroso porque estamos en el Siglo XXI y aún padecemos actitudes y conductas de odio, violencia, intolerancia, racismo, que deberán haber sido erradicados ya que el mundo ha padecido pestes, guerras que diezmaron poblaciones y naciones enteras y que sin embargo se reconstruyeron y siguieron adelante.

Pero la naturaleza del hombre es imprescindible, el libre albedrío que todos poseemos en muchos casos se utiliza para violentar situaciones, segregar poblaciones por su raza, religión o tradición. Provoca en quienes practicamos la empatía y la solidaridad un sentimiento de vergüenza

⁴ Documento sobre la fraternidad humana para la paz mundial y la convivencia" del año 2019.

ajena, de tristeza y de impotencia. No cambia más el ser humano pensamos cuando vemos las tragedias naturales, el querer vivir en otro planeta porque la Tierra no es cuidada como corresponde, el violentar a las mujeres que luchan desde todos los ámbitos para ser reconocidas en sus profesiones u oficios, como los hombres que todos los días trabajan al igual que las mujeres para salir adelante y mantener una familia.

La pandemia provocó un incremento de estas situaciones, del racismo, de la violencia de género, abuso infantil, segregación de refugiados, etc. El confinamiento hizo que algunos tomaran conciencia de cómo estábamos viviendo y que no volveremos a esa normalidad. Se destacan conductas de solidaridad y empatía en todo el mundo pero viene de las personas que eran así antes del COVID-19, los demás los intolerantes han aumentado su falta de solidaridad y empatía y siguen provocando dolor a otras personas y el egoísmo reina en las sociedades, no importa el prójimo que hace tiempo es el próximo y nada más.

La fraternidad tal como es definida y como se advierte que debe ser valorizada una vez más sigue esperando que los seres humanos comprendan que vivir en sociedad es querer al otro como uno se quiere y alentar a los líderes políticos a que sus países sigan desarrollándose, acortando las brechas de desigualdad que siguen agrandándose, como la pobreza y el hambre. Auguramos que algún día suceda pero que no sea tarde cuando ello ocurra para nuestro planeta y por ende para todos los ciudadanos que practican la fraternidad todos los días. Sigue vigente la frase "**El hombre es un lobo para el hombre**" (en latín, homo homini lupus) utilizada por el filósofo inglés del siglo XVIII Thomas Hobbes en su obra⁵ para referirse a que el estado natural del hombre lo lleva a una la lucha continua contra su prójimo. Aunque no coincidimos in totum se ajusta a como el mundo

⁵ El Leviatán (1651)

viene sufriendo cuando la naturaleza nos brinda todo y cuando convivir no es tan difícil si se reza el amor por el prójimo y se practica la solidaridad y la empatía.

Respecto de los **derechos humanos**, que tienen mucha relación con este conflicto que se ha acrecentado con la pandemia mundial y la incertidumbre que protagoniza las vidas de todos nosotros, se definen como las normas que reconocen y protegen la dignidad de todos los seres humanos. Estos derechos rigen la manera en que los individuos viven en sociedad y se relacionan entre sí, al igual que sus relaciones con el Estado y las obligaciones del Estado hacia ellos. Los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Son interrelacionados, interdependientes e indivisibles.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas proclamada en la resolución de fecha 10 de Diciembre de 1948 en París en la Asamblea General de la ONU⁶. Realiza la enumeración de los treinta derechos , amerita enunciarlos a continuación sucintamente sin desarrollar su contenido para no extendernos pero para analizar el conflicto existente que venimos relacionando

1. Todos Hemos Nacido Libres e Iguales.
2. No Discrimines.
3. El Derecho a la Vida.
4. Ninguna Esclavitud.
5. Ninguna Tortura.
6. Tienes Derechos Sin Importar a Donde Vayas.
7. Todos Somos Iguales Ante la Ley.
8. La Ley Protege tus Derechos Humanos.
9. Ninguna Detención Injusta.
10. El Derecho a un Juicio.
11. Somos Siempre Inocentes hasta que se Pruebe lo Contrario.
12. El Derecho a la Intimidad.
13. Libertad de Movimiento.
14. Derecho de Buscar un Lugar

⁶ Versión simplificada de los 30 Artículos de la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas se ha creado en especial para gente joven. Web de la ONU.

Seguro en Donde Vivir. 15. El Derecho a una Nacionalidad. 16. Matrimonio y Familia. 17. El Derecho a tus Propias Posesiones. 18. Libertad de Pensamiento. 19. Libertad de Expresión. 20. El Derecho a Reunirse en Público. 21. El Derecho a la Democracia. 22. Seguridad Social. 23. Los Derechos de los Trabajadores. 24. El Derecho a Jugar. 25. Comida y Alojamiento para Todos. 26. El Derecho a la Educación. 27. Derechos de Autor. 28. Un Mundo Justo y Libre. 29. Responsabilidad. 30. Nadie Puede Arrebatarte tus Derechos Humanos.

Cuantos derechos debimos renunciar durante esta pandemia, el confinamiento para evitar el contagio nos prohibió reunirnos con familiares y amigos. La educación se vió afectada porque los centros educativos pasaron dictar clases virtuales. La salud también y en especial la mental, la depresión fue y es protagonista por esa falta de intercambio entre pares. El hombre es un animal social, el ser humano socializa no está acostumbrado a aislarse, es difícil adaptarse a estas normalidades que carecen de notas de normalidad. Lo derechos humanos no pueden ser vulnerados, deben ser respetados por los Estados y los habitantes de cada país para convivir en sociedad debe respetar el derecho humano del otro de su compañero de trabajo, de su colega, de su compañero de estudios, de su pareja, de su familia, de su profesor, de su jefe, etc.

La sociedad está en conflicto por las conductas de quienes la integran, los seres humanos, la pandemia potenció estas conductas y los derechos humanos son vulnerados diariamente, a nadie le importa la persona, el otros, sólo pieza en su realidad. El consumismo ha provocado la necesidad de poseer objetos que sin los cuales se puede vivir, el internet que es una herramienta que todos utilizamos y que podría ser maravillosas las consecuencias al utilizarla, es todo lo contrario, existen los hackers que estafan a los ciudadanos clonando tarjetas, la desaparición de adolescentes, el chat con desconocidos, etc.

El celular cuyo uso permite que ya no se dialogue en una mesa cuando se esta cenando o almorzando, o cuando se va hacia el trabajo en transporte público y aún manejando ya que por el Bluetooth pueden comunicarse igual. La juventud actual no puede vivir sin el último modelo de celular, hay crisis de autoridad familiar, ya que se les permite que vivan las 24 horas con un celular, ¿es el derecho humano de la libertad?, no es así. La libertad es un valor máximo que nos permite desarrollar nuestras aptitudes, nuestros talentos y virtudes, pero no convertirnos en seres aislados prendidos a un celular y viviendo en función de ese aparatito tecnológico.

La pandemia ha provocado crisis económicas, hay desempleo en todo el mundo, ha obligado a quienes desarrollaban un comercio o reconvertirse, caso del turismo o agencias de viaje, compañías de aviación, etc.; porque no puede desarrollar esa actividad por la pandemia. La vulneración de los derechos humanos y la falta de fraternidad ha provocado un conflicto que quizás tarde mucho tiempo en recomponer algún lazo que permita el respeto de los derechos humanos por parte de los Estados y de los seres humanos.

No es fácil vivir en estos tiempos, pero tampoco difícil, apelar al cumplimiento y el respeto de los derechos humanos de todos los seres humanos va a sanar a las sociedades de a poco. Quizás el volver a una normalidad que no será la anterior, pueda facilitar que los seres humanos y los países respeten los derechos humanos que garantizan la vida en sociedad tanta sangre derramada en defensa de ellos para proclamarlos y establecerlos en leyes no puede desconocerse, no debe desconocerse.

Considerações finais

El impacto de la pandemia provocada por el COVID19 afectó la convivencia entre los seres humanos, hay un conflicto que crece cada día más.

Se destaca no sólo a nivel global sino en las familias, en el trabajo, en la salud, en la educación, en la crianza de los niños y el desarrollo de los adolescentes. Entre pares a cualquier nivel y estrato social no importa si son adinerados o pobres, es lamentable expresar esto, pero es lo que se advierte en el diario vivir. La competencia es feroz tanto a nivel de amistades, como de colegas en cualquier profesión, entre estudiantes y familiares.

El consumismo genera ansiedad por poseer objetos que son muy costosos y que si no existieran no serían comprados. Recuerdo cuando éramos estudiantes de abogacía que un profesor de derecho internacional público nos expresó que la declaración de derechos humanos de la ONU no era vinculante, sino que sólo declarativa, no obligaba a los estados partes. Quedamos sorprendidos. Preguntamos ¿que era entonces?, un compilado de buenos deseos le expresamos al profesor quien abrió un debate muy interesante y fundamental para nuestra formación universitaria.

Debate que sigue vigente hasta la actualidad, los Estados están obligados por sus Constituciones, por sus leyes, no sólo por la ONU, a respetar los derechos humanos, por los pactos internacionales y multilaterales, pero en los hechos no sucede, el reflejo de dicha vulnerabilidad que viene de muchos estados hacia sus habitantes provoca que los habitantes de esos estados no convivan en paz y armonía y en fraternidad con el otro.

Hay un constante conflicto mundial, a nivel social que aumentó con la pandemia, falta mucho para que todo vuelva a una cierta normalidad, auguramos que así sea porque nuestra Tierra necesita paz, porque los seres humanos deben vivir en paz, con armonía, fraternidad y que sus derechos humanos sean respetados, con trabajo, salud y mucha empatía y solidaridad. El conflicto de valores que existe es muy grave por tanto debemos seguir luchando para desde nuestros ámbitos por la fraternidad, empatía y solidaridad.

Que los derechos humanos se respeten en todas las situaciones, las más pequeñas en el entorno familiar o laboral, así como en el ámbito de la educación y en la sociedad ya arribando a lo macro que los seres humanos se vuelvan a empoderar de estos derechos básicos y fundamentales para convivir en sociedad, porque así se desarrolla un país y su gente.

Las futuras generaciones tienen una carga importante que será un obstáculo para desarrollarse por tanto debemos desde ahora hacer hincapié en la convivencia en sociedad con fraternidad y respetando los derechos humanos para que el conflicto se vaya reduciendo o minimizándose a medida que reivindicamos estos derechos por los cuales se luchó desde la revolución francesa y se han venido menospreciando por muchos estados y seres humanos quitándoles el valor que ellos representan.

Referências

Resoluciones

Resolución Nro.75/2020 de la Asamblea General de la ONU diciembre 2020. Asamblea General de ONU. 4 de febrero de 2021.

Documento sobre la fraternidad humana para la paz mundial y la convivencia" del año 2019.

Web

Versión simplificada de los 30 Artículos de la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas se ha creado en especial para gente joven. Web de la ONU.

Libros

El leviatán – Thomas Hobbes.

Agradecimientos

Agradezco haber sido invitada una vez más a integrar la obra colectiva CONFLICTO, FRATERNIDADE E DIREITO VIVO: A EFETIVACAO DOS DIEREITOS HUMNAOS NA SOCIEDADE COSMOPOLITA, donde se plasmará el intercambio interdisciplinario cuyo resultado descuento será muy enriquecedor para todos nosotros. Corresponde un agradecimiento especial a la Profesora Doctora en Derecho Charlise Colet Giménez, con quien compartimos en el rol de moderadoras de una mesa de ponencias, en el evento CONPEDI celebrado en Montevideo en el año 2016 sobre Formas de Solución de Conflictos, que dejó una experiencia muy fructífera y provocó un intercambio entre colegas del América del Sur que hasta hoy forma parte de nuestras referencias académicas y su reconocimiento hacia mi actividad académica y profesional. En esta oportunidad el agradecimiento lo realizo a la Profesora Gabrielle Scola Dutra, quien me envió la invitación, a ellas dos y a todos quienes integraran esta obra colectiva.

O discurso de ódio na sociedade da informação: uma análise sob a lupa da dignidade e da fraternidade

*Rafael Khalil Coltro*¹
*Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti*²

Introdução

Os Direitos Humanos, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais, apenas fazem sentido quando compreendidos no contexto da intersubjetividade que marca as relações humanas. Dessa forma, não é à toa que se tem cada vez mais discutido o caráter relacional do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana com os Direitos Fundamentais. Uma vez cientes de que o Princípio da Dignidade Humana é considerado como o “espírito” dos Direitos Fundamentais, é possível gerar-se uma linha de raciocínio capaz de nortear os Estados Democráticos na resolução de conflitos (cada vez mais frequentes) entre os mais diferentes Direitos Fundamentais, como o conflito trazido à baila no presente artigo, que se refere à antinomia que se observa entre a proteção integral do Direito Fundamental da liberdade de expressão, e a possibilidade da eventual relativização desta garantia fundamental em certas hipóteses, onde seja possível que o discurso encontre-se revestido de caráter ofensivo, com potencial de atingir outros Direitos Fundamentais, como a dignidade, a honra ou a personalidade. Esse tipo de discurso é conhecido

¹ Mestre em Direito pelas Faculdades Metropolitanas Unidas -SP. Especialista em Direito Penal e Criminologia pela PUC-RS. Membro da Comissão de Direito Penal da OAB/SP. Advogado. E-mail: rkcoltro@gmail.com

² Doutora pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Professora da Graduação em Direito e do Mestrado em Direito da Sociedade da Informação das Faculdades Metropolitanas Unidas FMU em São Paulo. E-mail: aelwc@terra.com.br

por *hate speech*, ou discurso de ódio, e encontra, como principal característica, a afronta a Direitos Fundamentais inerentes aos seres humanos.

Através de um estudo bibliográfico e doutrinário, pretende-se demonstrar que, muito embora existam concepções antagônicas acerca do tema (antagonismo este, que resta evidente ao analisar-se as diferentes abordagens acerca da problemática mundo afora, em especial, a trazida por Winfried Brugger, que opõe as políticas de Estados Unidos e Alemanha), a imposição de limites para a liberdade de expressão vêm se tornando uma prática na maioria dos países do mundo, ainda mais nos tempos atuais, onde a informação ganhou uma velocidade de locomoção e alcance que antes seria inimaginável, graças ao advindo do que se conveniou chamar de Sociedade da Informação, que trouxe, entre outras mudanças, a Revolução Tecnológica, e em especial, a internet, que propiciou, principalmente através das redes sociais, um poder que, antes restrito à poucos, atualmente está ao alcance de grande parte dos cidadãos.

Ademais, pretende-se demonstrar que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, se entendido em seu conceito, pode exercer um papel crucial na identificação de até onde pode chegar a liberdade de expressão, sem que a mesma deixe de exercer seu papel no funcionamento de um Estado Democrático de Direito e passe a ser utilizada como instrumento de coesão grupal e manipulação popular em detrimento de violações de Direitos Fundamentais de terceiros.

I- Os direitos humanos, a fraternidade e o princípio da dignidade humana

Há bastante tempo, os seres humanos já detêm a consciência de que são naturalmente possuidores de direitos e liberdades fundamentais. Nesse sentido, é possível identificar, desde a antiguidade, a busca das mais diversas maneiras de se resguardar direitos e garantias dos indivíduos, como nota-se, por exemplo, da chamada “Lei das Doze Tábuas”, que se

mostra como um conjunto de normas promulgadas no Império Romano por volta de 450 A.C, visando estabelecer maior igualdade de direitos entre as diversas classes sociais que faziam parte da sociedade à época, buscando-se vedar, ou ao menos diminuir a beligerância privada (CARRILHO, 2008, p.17), muito comum àquela época.

Ocorre que, mesmo que tais pensamentos relacionados com o que conhecemos hoje por Direitos Humanos se mostrem perceptíveis há bastante tempo, é cediço que os valores das sociedades antigas eram profundamente diferentes dos atuais, portanto, o cuidado com os Direitos Humanos àquela época era totalmente diferente do que hodiernamente se observa. Nesse sentido explica Bilder (1992, p.3) dizendo que, embora a ideia de que os direitos e liberdades fundamentais são inerentes aos seres humanos, a concepção atual acerca de Direitos Humanos, como objeto próprio de uma regulação internacional, é bastante recente para os padrões históricos.

A concepção de Direitos Humanos que se têm hoje, decorre de uma longa construção histórica, onde gradualmente foram sendo acrescentados direitos que hoje são consagrados como fundamentais. Foi somente após as atrocidades vivenciadas pela humanidade após a deflagração da 2^a Guerra Mundial, época na qual imperava a lógica geral de destruição de seres humanos, tidos como descartáveis pelas forças beligerantes, que emergiu a necessidade de realmente alicerçar os valores dos Direitos Humanos na forma do paradigma ético capaz de orientar toda a ordem internacional que conhecemos hoje.

A partir de então, uma série de tratados internacionais foram elaborados, pautados por um novo campo do Direito, que passou a ser denominado “Direito Internacional dos Direitos Humanos”, que trouxe uma concepção inédita acerca da importância dos direitos humanos e dos institutos capazes de assegurar tais direitos e liberdades. Nesse sentido,

Piovesan (2012, p.42), explica que “O Direito Internacional dos Direitos Humanos surge em decorrência da Segunda Guerra Mundial” e que “parte dessas violações poderia ser prevenida, se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse”. E neste recente (em termos históricos) cenário, fortaleceu-se a ideia de que a proteção dos direitos humanos não deveria ser limitada aos estados individualmente, pois se trata de um tema de interesse internacional, dando origem a duas importantes consequências, oportunamente observadas por Piovesan (2012, p.43), que seriam:

1ª: A revisão da noção tradicional de soberania absoluta do Estado, que passa a sofrer um processo de relativização, na medida em que são admitidas intervenções no plano nacional, em prol da proteção dos direitos humanos, isto é, permitem-se formas de monitoramento e responsabilização internacional, quando direitos humanos forem violados;

2ª: A cristalização da ideia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de Direito.

Dessa forma, inspirada nestas concepções, surgiu então, no período pós-guerra, um novo pensamento acerca de direitos e garantias que deveriam ser inerentes a todos os seres humanos. Em 1945, surgiu a ideia entre os estados, que se encontravam abalados pela matança ocasionada pela guerra, de criar uma das mais importantes organizações intergovernamentais da história: a Organização das Nações Unidas. Logo depois, em 1948, foi elaborada a Declaração Universal dos Direitos Humanos³, fortificando, a partir de então, uma ideia relacionada com a existência de uma ética universal, consagrando valores inerentes a todos os seres humanos,

³ <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acesso em: 08 de mar. de 2020.

sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza⁴.

Ademais, além de ressaltar a universalidade dos direitos humanos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos resalta também a indivisibilidade de tais direitos. Isso porque, ineditamente, os chamados direitos civis e políticos são conjugados juntamente com os direitos econômicos, sociais e culturais, combinando os direitos individuais, atualmente conhecidos como os direitos humanos de primeira geração, e os direitos sociais, hoje tidos como os direitos humanos de segunda geração.

Além disso, adotou-se o entendimento de que uma geração de direitos⁵ não substitui a outra, mas sim interage com a anterior, resultando em uma cumulação, e conseqüente fortalecimento, dos direitos humanos anteriormente consagrados, resultando em uma esfera indivisível (PIOVESAN, 2012, p.46). Assim, a partir da aprovação da Declaração Universal de 1948, e da adoção de seus princípios e convenções, começaram a se desenvolver inúmeros tratados internacionais voltados para a proteção de direitos fundamentais, que passaram a ser amplamente ratificados pela comunidade internacional, refletindo o consenso entre a maioria das nações acerca de temas centrais aos direitos humanos.

A maior parte das nações do mundo vêm se mostrando nitidamente tendentes à ratificação sistemática da maioria dos principais tratados internacionais. Por exemplo, até janeiro de 2020, o Pacto Internacional de

⁴ Nesse sentido dispõe o Art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos: 1 - Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

⁵ Espiel (1988, p. 328-332) explica sobre conhecido o critério de diferenciação das Gerações dos Direitos Humanos, elaborada pelo jurista francês Karel Vasak, mencionando que os direitos de primeira geração correspondem aos direitos civis e políticos, que traduzem o valor de liberdade; os direitos de segunda geração, por sua vez, estão atrelados aos direitos sociais, econômicos e sociais, como o direito ao trabalho e a educação, equivalendo-se ao valor da igualdade; já os de terceira geração correspondem ao direito ao desenvolvimento, direito à paz e à livre determinação, que correspondem ao valor da solidariedade.

Direitos Civis e Políticos contava com 173 Estados-Partes, a Convenção Internacional para Eliminação de Todas as formas de discriminação racial contava com 182 e a Convenção para Eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, com 189⁶.

Cumprе ressaltar que após a declaração de 1948, passa-se também a dar especial importância para a fraternidade entre os seres humanos. Como explica Carla Vieira Vaz (2017, p.854), o conceito, embora tenha sido mais explorado no decorrer da Revolução Francesa de 1789 e na Revolução Norte-Americana de 1776, passa, a partir de 1948, a figurar claramente como uma das prioridades da matéria dos Direitos Humanos, sendo inclusive citado no artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que diz que “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”.

Salienta Vial (2006, p.119) que a fraternidade tem o significado de “compartilhar, de pacto entre iguais, de identidade comum, de mediação”. Tratando-se da aplicação da fraternidade no direito, ressaltam Sturza e Martini (2016, p. 995) que o termo “fraternidade” não é contemporâneo, sabe-se, como dito acima, que foi, em especial, com a Revolução Francesa que o tema passou a ter mais destaque, tornando-se, inclusive, objeto de estudo de vários filósofos e sociólogos, influenciando, certamente, o embasamento e surgimento do Direito Fraternal, tão bem delineado e defendido por Eligio Resta, como um direito que “é para todos e que é aceito e/ou proposto por todos” (STURZA e MARTINI, 2016, p. 995).

Ainda sobre a fraternidade, bastante pertinentes os ensinamentos de Ayres Britto, que discorre sobre o tema do seguinte modo:

⁶ Status of Ratifications of the Principal International Human Rights Treaties. Disponível em: <https://indicators.ohchr.org/>. acesso 14 de março de 2020.

Efetivamente, se considerarmos a evolução histórica do Constitucionalismo, podemos facilmente ajuizar que ele foi liberal, inicialmente, e depois social. Chagando, nos dias presentes, à etapa fraternal da sua existência. Desde que entendamos por Constitucionalismo Fraternal esta fase em que as Constituições incorporam às franquias liberais e sociais de cada povo soberano a dimensão da Fraternidade; isto é, a dimensão das ações estatais afirmativas, que são atividades assecuratórias da abertura de oportunidades para os segmentos sociais historicamente desfavorecidos, como, por exemplo, os negros, os deficientes físicos e as mulheres (para além, portanto, da mera proibição de preconceitos). De par com isso, o constitucionalismo fraternal alcança a dimensão da luta pela afirmação do valor do Desenvolvimento, do Meio Ambiente ecologicamente equilibrado, da Democracia e até de certos aspectos do urbanismo como direitos fundamentais. Tudo na perspectiva de se fazer da interação humana uma verdadeira comunidade. Isto é, uma comunhão de vida, pela consciência de que, estando todos em um mesmo barco, não têm como escapar da mesma sorte ou destino histórico. (...) Se a vida em sociedade é uma vida plural, pois o fato é que ninguém é cópia fiel de ninguém, então que esse pluralismo do mais largo espectro seja plenamente aceito. Mais até que plenamente aceito, que ele seja cabalmente experimentado e proclamado como valor absoluto. E nisso é que se exprime o núcleo de uma sociedade fraterna, pois uma das maiores violências que se pode cometer contra seres humanos é negar suas individualizadas preferências estéticas, ideológicas, profissionais, religiosas, partidárias, geográficas, sexuais, culinárias, etc. Assim como não se pode recusar a ninguém o direito de experimentar o Desenvolvimento enquanto situação de compatibilidade entre a riqueza do País e a riqueza do povo. Autosustentadamente ou sem dependência externa.” (BRITTO, 2003, p. 216-217).

Desta forma, a Fraternidade não pode ser confundida com Caridade e Assistencialismo porque se trata da expressão máxima da dignidade da pessoa humana de forma igualitária na obtenção de condições de viver em harmonia efetivando direitos fundamentais (VAZ, 2017, p.855).

Verifica-se, portanto, e cada vez mais, a consolidação no âmbito internacional de um sistema normativo entrelaçado e consideravelmente

uniforme de tratados e convenções, que visa a proteção dos Direitos Humanos e o combate a determinadas violações destes direitos padronizados.

Ao lado deste sistema normativo global, surgiram também (em especial na Europa, América e África) os sistemas normativos regionais de proteção aos Direitos Humanos, que buscam internalizar os direitos consagrados no plano internacional em seus ordenamentos jurídicos próprios, funcionando de forma complementar aos sistemas globais, fortificando e majorando a proteção dos Direitos Humanos nos países em que eles passam a vigorar (CANÇADO TRINDADE, 1993, p.53).

No Brasil, especialmente a partir da redemocratização e da promulgação da Constituição Federal de 88, a ordem normativa detém notório caráter protetivo aos Direitos Humanos, tanto pela adesão do país à maior parte dos tratados e convenções internacionais de proteção aos Direitos Humanos, quanto pelo sistema normativo implantado no país, que, após a promulgação da referida carta magna, consagrou o primado do respeito aos Direitos Humanos como paradigma propugnado para a ordem internacional, sendo a atenção dispendida à temática tamanha, que à luz desse regime normativo, diferentemente dos demais tratados internacionais que se sujeitam a uma determinada sistemática para aprovação e incorporação legislativa em nível infraconstitucional, os tratados internacionais ratificados que versem sobre Direitos Humanos passaram a ser incorporados automaticamente pelo ordenamento jurídico brasileiro, com o *status* de norma constitucional.

Esses direitos foram positivados no ordenamento pátrio na forma de Direitos Fundamentais, encontrando-se explicitados na Constituição Federal, em sua maioria, no Título II da carta magna “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, em especial, no art. 5º pode-se vislumbrar a maioria dos Direitos Individuais e Coletivos, e no art. 6º os Direitos Sociais, os quais,

ao menos em tese, possuem prioridade no que se refere ao reconhecimento e aplicação na sociedade. De toda forma, além de positivar os direitos fundamentais no texto normativo, a Constituição Federal impõe a observância de um princípio geral adotado com o intuito de fortalecer e reconhecer os direitos humanos: o Princípio da Dignidade Humana.

Como mencionado, a dignidade do ser humano já era observada desde a antiguidade, mas foi a partir do Iluminismo que a noção de dignidade da pessoa humana ganhou uma dimensão mais racional e passou a irradiar efeitos jurídicos, sobretudo por influência do pensamento de Immanuel Kant (CASTANHO DE CARVALHO, 2009, p.25).

Após a segunda guerra mundial, este princípio ganhou valor ainda mais notório e destacado. Basta observar que, já no preâmbulo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 48, denota-se a importância da observância do que conceituaram por dignidade⁷, e que tal preceito é inerente aos seres humanos sem distinção, devendo reger a lógica das relações sociais, leia-se:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo (...). Considerando que as Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e valor da pessoa humana (...).

Também na Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, é possível notar a regência do princípio da dignidade humana como norte desejável para uma vida adequada em sociedade, em especial, no art. 5, que versa sobre o direito à manutenção da integridade física, psíquica e moral dos indivíduos; o art. 6, que versa sobre a proibição de escravidão e

⁷O conceito que se refere ao utilizar a palavra “dignidade”, vem do latim *dignitas*, e representa algo de valor intrínseco, prestígio, mérito.

servidão; e o 11, que menciona que toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.

Como explica Ferrajoli (2011, p. 104), a dignidade da pessoa humana, considerada como qualidade ou valor interior absoluto de cada ser humano, é o que fundamenta os direitos à liberdade, à afirmação, à tutela e à valorização de todas as diferenças de identidade; os direitos sociais à sobrevivência (direitos à saúde e à instrução aos direitos à subsistência e à previdência) e os direitos à redução das desigualdades nas condições da vida (discriminações referentes ao caráter econômico ou social).

Neste mesmo sentido, Sarlet (2001, p. 60) estabelece, com muita propriedade que:

A dignidade é a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que garantem a pessoa contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano.

O Brasil, como país signatário destas e outras convenções, adotou a aplicação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como um dos princípios regentes de seu ordenamento jurídico pátrio, e não somente nas questões mais flagrantemente carentes de sua aplicação, como as descritas no art. 5º e 6º da constituição brasileira. Na verdade, como explica Ana Paula de Barcellos (2002, p.103), o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana passa a ser analisada de forma a ser considerado mais importante fundamento da República Brasileira Federativa do Brasil e para o funcionamento do Estado Democrático de Direito, e necessita, desta forma, ser considerado como valor-fonte axiológica do Direito.

Prova disto é o que se extrai de diversos artigos constitucionais que dispõe acerca dos princípios constitucionais que devem reger a sociedade,

como no art. 1º, III da Constituição, que consagra a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, o art. 3º, IV, que coloca como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor e quaisquer outras formas de discriminação, e o art. 170, que menciona que a ordem econômica deve ser fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, e ter por fim assegurar a todos existência digna.

Desta forma, é inegável que o Princípio da Dignidade Humana foi adotado (implícita e explicitamente) como fundamento máximo no ordenamento jurídico brasileiro, e detém vital importância para a manutenção do atual Estado Democrático de Direito, despontando como um princípio capaz de direcionar a forma de aplicação dos direitos fundamentais consolidados na Constituição Federal brasileira.

II- Os limites para o direito fundamental da liberdade de expressão: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como um paradigma norteante para a identificação do *Hate Speech*.

Atualmente, existe uma ideia bastante difundida nos meios acadêmicos, acerca do fato de que a maioria das sociedades humanas encontram-se inseridas em frequentes e impactantes mudanças estruturais e movimentos de mudanças culturais políticas, econômicas e jurídicas, ocasionados por um novo ciclo histórico atravessado pela humanidade pelas recentes inovações tecnológicas trazidas por este ciclo, que estão se mostrando capazes de dissolver as fronteiras entre telecomunicações e os meios de comunicação até então existentes de uma forma inimaginavelmente veloz e revolucionária.

Diante de tamanha velocidade de mudança nas formas das relações sociais, indubitavelmente, o legislador permanece sempre um passo atrás na tutela das novas modalidades de relações sociais que surgem diariamente, em velocidade antes inimaginável. Mudanças sociais que antes

levariam décadas para se efetivarem, e assim dariam tempo ao Estado para realizar uma tutela jurídica de maneira mais efetiva em relação as mesmas, agora se dão em questão de meses, semanas, dias e até horas.

Entretanto, o problema incorre no fato de que muitas dessas novas condutas humanas decorrem de interesses que nem sempre encontram respaldo nos direitos e garantias fundamentais consagrados em nossas constituições, guardando relação em muitos casos com interesses políticos, econômicos, pessoais ou até mesmo criminosos. E pior, existem determinadas situações em que o que se observa é um aparente conflito de direitos fundamentais, como no caso que será discutido a seguir:

Ao analisar-se o art. 5º, IX da Constituição Federal, é possível depreender que a Carta Magna garante o direito à livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença. Tal garantia fundamental, conhecida como direito à liberdade de expressão, pode ser considerada como um dos mais importantes direitos presentes na constituição, uma vez que sua garantia pressupõe a concretização da dignidade do indivíduo, além de possibilitar a plena efetivação do Estado democrático de Direito.

Pela perspectiva da democracia, é crucial que se exista a liberdade de expressão, para que assim o cidadão possua voz, e, a partir dessa garantia, é assegurada a possibilidade de manifestação do seu pensamento, seja ele político ou ideológico, além da oportunidade, conjugado com outros direitos, da participação no debate político, exercendo, assim, a sua cidadania.

Entretanto, nem sempre o exercício desta garantia é algo abnóxio. Observa-se que, com o advindo da Sociedade da Informação e da massificação dos meios de comunicação, principalmente com o surgimento da internet e das redes sociais, o poder de comunicação implementou-se ainda mais do que nas épocas passadas, tornando-se cada vez mais rápido,

efetivo e abrangente. Contudo, como explica Fuller (2014, p. 136), essa liberdade de comunicação exacerbada gerou uma inequívoca diminuição da qualidade da informação disponível, bem como, operou a redução do sentido comunicacional no que tange a interação intersubjetiva pessoal.

Sobre o assunto, explica Gilberto Barbosa Salgado (2007, p. 219), observando acerca da mudança na forma de produção de informação:

Na busca incessante e neurastênica da novidade, e no medo de levar ‘furos’ ou ‘barrigada’, estão algumas comprovações do *fenômeno da convergência*: as redações passam a trocar informações ou repetir notícias através daquelas geradas instantaneamente nos blogs, sites, agências, ou mesmo em outras mídias, iguais ou correlatas, mas também nas diferenciadas quanto à forma de veiculação, causando reforços exagerados de temas(..)

Dessa forma, em face da grande quantidade de informação disponível, e que em grande parte possui um baixíssimo valor qualitativo, acabam por ser frequentemente deflagradas condutas de comunicações midiáticas, sem a avaliação valorativa e consentânea com a realidade, caracterizando-se como condutas que refletem simples reproduções sem benefícios à sociedade e até mesmo, abusivas e direcionadas ao discurso da intolerância (FULLER, 2014, p. 136).

Tais discursos, quando revestidos de excepcional intolerância e de um fator dissociativo em face de indivíduos ou grupos, pode ser considerado o que se denomina por *Hate Speech*, ou “Discurso de Ódio”. Esse tipo de discurso, consoante definição de Brugger (2007, p. 180), é aquele que se compõe de “palavras que tendem a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião”, entre outros atributos, tendo “a capacidade de instigar violência, ódio ou discriminação contra tais indivíduos ou grupos, muitas vezes rebaixando-os à um *status* de coisa, desumanizando-os.

Nessas situações, o indivíduo, ao exercer seu direito fundamental à livre expressão para justificar seu *animus* de proferir falas ou discursos que se enquadrem com o conceito de discurso de ódio, extrapola o bem jurídico tutelado pela norma garantidora da liberdade de expressão. Isso porque, como já mencionado, o princípio regente de todos os direitos humanos e fundamentais, incluindo o da liberdade de expressão, é o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Nesse sentido, explicam Cavalcanti e Ferreira, ao dizerem que o discurso de ódio atinge também os direitos de personalidade⁸ do indivíduo alvo, ou seja, trata-se de uma violação ao “direito subjetivo que detém a pessoa de defender o direito à vida, à integridade, à liberdade, à sociabilidade, à reputação ou honra, à imagem, à privacidade (...)” (CAVALCANTI e FERREIRA, 2018, p. 32).

Assim, ao se violar os direitos de personalidade dos indivíduos, viola-se, também, o princípio da fraternidade e da dignidade. Exercer um discurso que atente contra a dignidade de um ser humano, portanto, parece ser completamente avesso ao princípio da dignidade, princípio este norteador do Estado Democrático de Direito. Portanto, mostra-se necessário estabelecer um conceito de discurso do ódio, para que fique claro quando se trata apenas da manifestação do pensamento, e que pode ser expressado com base no direito à liberdade de expressão, e quando ela ultrapassa o seu limite, configurando então, o discurso do ódio, que atenta contra a dignidade.

⁸Sobre os direitos de personalidade, bastante perspicaz a conceituação trazida por Carlos Alberto Bittar (2003, p.11), que menciona que se tratam de “prerrogativas de toda pessoa humana pela sua própria condição, referentes aos seus atributos essenciais em suas emanadas e prolongamentos, são direitos absolutos, implicam num dever geral de abstenção para a sua defesa e salvaguarda, são indisponíveis, intransmissíveis, irrenunciáveis e de difícil estima pecuniária. outrossim, são inatos (originários), absolutos, extrapatrimoniais, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis erga omnes(...)”

Claro que na realidade, a dicotomia se revela bem mais complexa do que parece. É cediço que o Estado não pode, e nem deve exercer sua tutela de forma a reduzir a discussão a uma situação em que o discurso de ódio é “sempre tutelado” ou “nunca tutelado”. Como explica Fuller (2014, p.163), as antinomias devem ser “resolvidas casuisticamente” e “pelo princípio da proporcionalidade também denominado razoabilidade em face dos interesses/direitos em questão”.

A autora acima mencionada cita Barbara Svalov (2011, p.70) que, por sua vez, afirma que a solução encontrada nas situações que ocorrer o embate entre o direito à informação e os direitos de personalidade, entre os quais destacamos o direito à vida, o direito à honra, o direito à intimidade, o direito à vida privada e o direito à imagem, será conferida ao legislador a atribuição para realizar a ponderação dos bens envolvidos, com o fim de sacrificar o mínimo possível os direitos em questão.

Além disso, como explica Ingo Sarlet (2019, p.1209), numa perspectiva coletiva, quando o ódio é destilado contra determinados grupos sociais, o impacto perverso acarreta também em uma espécie de “efeito difuso”, porquanto toda e qualquer ofensa é, em geral, destinada a provocar o desgaste dos laços de pertencimento social. Ou seja, além de afrontar os direitos de personalidade pertencentes ao indivíduo alvo do discurso de forma individual, a conduta agride também um bem jurídico público, pois sua propagação “acirra sectarismos, instila a divisão social, gera níveis preocupantes de instabilidade política e mesmo representa, cada vez mais, ameaças concretas para a democracia. Para tanto, basta lançar um olhar sobre o avanço dos extremismos e radicalizações sociais e políticas em todo Mundo (...)” (SARLET, 2019, p. 1209).

Ocorre que, na prática, ao exercer-se uma visão panorâmica acerca de como os Estados de Direitos esclarecidos mundo afora lidam com a

questão do paradigma entre Liberdade de Expressão e *Hate Speech*, é possível notar que diferentes interpretações sobre a temática vêm sendo aplicadas. Nesta comparação mundial, pode-se dividir dois grupos de Estados, que definem posições claras a favor e contra o discurso de ódio (BRUGGER, 2002, p.117).

Segundo Brugger (2007, p.180), a linha interpretativa mais favorável ao discurso de ódio encontra seu principal representante no direito constitucional dos EUA, que quase sempre tutela o *HateSpeech*, mesmo se esse discurso atentar para com a dignidade, honra ou igualdade dos atacados ou para com a paz pública, como forma de proteção da liberdade de expressão individual. Em contrapartida, o autor menciona que os Estados-Membros do Conselho da Europa, em especial a Alemanha, bem como o Direito Internacional Público, identifica no discurso de ódio (*Hate Speech*) muito mais o ódio do que o discurso em si, explicando que afrontaria diretamente a dignidade humana, a honra, a igualdade e a paz pública.

Ou seja, segundo Brugger (2007, p.184), geralmente, nos EUA a liberdade de expressão é o direito prioritário diante de outros interesses e valores constitucionais e, violar a “*freedom of speech*”⁹ significa violar o “*preferred right*”¹⁰, e mesmo que soe afrontoso e acarrete custos consideráveis para a dignidade humana. Em contrapartida, a regra na Alemanha e em grande parte da Europa é reconhecer a proteção da dignidade humana com prioridade à liberdade de expressão, sendo que, nos casos em que a dignidade ou os direitos de personalidade são flagrantemente violados, a liberdade de expressão passa para o segundo plano. Assim, verifica-se a existência de modos diversos de tratamento do tema.

⁹ Do Inglês: Liberdade de Expressão.

¹⁰Do Inglês: Direito Preferido.

Considerações finais

Os Direitos Humanos, na acepção atual, adquirida após a segunda guerra mundial, encontram-se bastante enraizados na maioria dos ordenamentos jurídicos mundo afora. Com o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o reconhecimento das garantias trazidas por esta (e outras) convenção, se tornou um requisito praticamente obrigatório para o funcionamento pleno de um Estado Democrático de Direito. Tais direitos e garantias passaram a ser incorporados pelas nações, e vêm sendo postulados mediante a referência de um princípio utilizado como norte para a estruturação dessas garantias fundamentais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Ou seja, a observância desse princípio é crucial para o cumprimento do que propõem os tratados internacionais voltados para a defesa dos direitos humanos, assim como, para a manutenção dos direitos fundamentais positivados nas constituições. Mais recentemente, com o advento da chamada Era da Informação (ou Sociedade da Informação), passou-se a observar uma série de mudanças no padrão de vida da humanidade, ocasionadas, especialmente, por uma série de inovações tecnológicas (como por exemplo a internet), que causaram drásticas mudanças sociais, econômicas e culturais na maioria das sociedades humanas.

Uma das mais relevantes mudanças foi o aumento substancial na capacidade dos indivíduos de divulgar e propagar informações e opiniões, sejam elas fundamentadas ou não. Essa situação, entretanto, vem se mostrando uma verdadeira faca de dois gumes, uma vez que por um lado, ocorreu uma grande concretização do direito fundamental da liberdade de expressão, permitindo, inclusive, maior participação política de camadas da população que antes não tinham quaisquer condições de expressar seus anseios a não ser através de um intermediário, que geralmente era a

grande mídia; Por outro lado, esse aumento desgovernado na possibilidade de expressar-se vem resultando em diversas manifestações notoriamente agressivas, envoltas em discursos imbuídos de sentimento de ódio e são direcionados contra determinados indivíduos, fundadas unicamente no fato destes “alvos” pertencerem a um determinado grupo social em situação de vulnerabilidade. Como explicado, normalmente, esses discursos são proferidos buscando reduzir direitos e manipular a opinião pública contra um determinado grupo, amparando-se em critérios de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição humana que os tornem diferentes ou vulneráveis em determinado contexto de determinada sociedade.

Notadamente, esse tipo de discurso vem sendo alvo de muitas críticas e até mesmo de criminalização, a exemplo da Alemanha, país que já teve uma oportunidade nada agradável de sentir os impactos de uma manipulação popular por meio de discurso de ódio. E como foi demonstrado, o entendimento aplicado na Alemanha não é igual no mundo todo, encontrando sua versão antônima nos EUA, onde o discurso de ódio é de certa forma tolerado com maior facilidade, sob o fundamento de garantido direito fundamental da liberdade de expressão.

Ocorre que, soa incoerente a tolerância do discurso de ódio em um Estado Democrático de Direito, uma vez que os direitos humanos e os direitos fundamentais seguem o princípio geral da dignidade da pessoa humana e da fraternidade, os quais, como observado, são cabalmente violados pela prática do discurso revestido de ódio.

Uma vez que tais princípios (dignidade e fraternidade) devem nortear os ordenamentos jurídicos que decidiram por aplicar as normas internacionais de proteção dos Direitos Humanos, como tolerar um discurso que notadamente distingue um ser humano do outro com base em

critérios de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição inerente à natureza humana?

Na realidade, ao menos no Brasil, o discurso de ódio vem mostrando-se um injusto (porém eficaz) instrumento de manipulação popular, que viola o princípio da dignidade da pessoa humana, e que vem sendo utilizado para diversos fins, em especial, para gerar coesão social, as custas de nítidas ameaças à manutenção das garantias fundamentais de minorias ou grupos socialmente vulneráveis. Isso pois, como explica Dunker (2017, p. 179), para gerar coesão, é preciso nomear sem ambiguidade quem somos “nós” e quem são “eles”, desta forma as diferenças internas de uma determinada sociedade diminuiria, ou seja, “junto-me ao outro, solidarizo-me com o outro (amigo), com o objetivo maior de odiar um terceiro (inimigo)”. Dessa forma, a não ser para atingir interesses escusos de determinados grupos sociais, a relativização da garantia fundamental da liberdade de expressão pode (e deve) ser relativizada, mas somente nos casos em que a utilização deste sagrado preceito fundamental restar por ser distorcida para atentar contra a dignidade humana.

Isso justifica-se pelo fato de que todos os direitos humanos devem ser regidos pelo princípio da dignidade da pessoa humana, e um discurso que busca danificar a dignidade de outros seres humanos em prol de interesses escusos ou particulares de um determinado cidadão ou grupo, em nada pode acrescentar para o bom funcionamento do Estado Democrático ou para a paz social.

Sabe-se que relativizar preceitos fundamentais é sempre arriscado, mas é preciso aprender com a história e com os erros do passado, como o faz a Alemanha e grande parte do continente Europeu.

Ou seja, muito embora essencial para o desenvolver de um Estado Democrático de Direito, a liberdade de expressão encontra limites em uma

sociedade justa, haja vista que a liberdade de discurso deve ser protegida como bem sagrado somente até o momento em que a mesma seja tão exacerbada ao ponto de que o discurso proferido pelo orador viole o que preceitua o princípio da dignidade da pessoa humana. Nestes casos, caberá ao legislador ponderar acerca de até onde pode chegar o exercício da liberdade de expressão, sendo que, para isso, a observância contínua do referido Princípio da dignidade da pessoa humana vem se mostrando uma medida de peculiar importância para ponderar de maneira justa e democrática os limites para o direito fundamental de expressar-se.

Diante da situação vivenciada hoje em dia, onde a capacidade de produção de informação é praticamente generalizada, sem quaisquer tipos de limitação qualitativa acerca da informação que será difundida, mostra-se imperiosa a necessidade dos Estados Democráticos de legislarem acerca de quais são os limites que um cidadão poderá expressar sua opinião, sem que viole outros preceitos fundamentais garantidos pelas constituições democráticas e pelos tratados internacionais, ponderando sempre para que o direito fundamental da liberdade de expressão possa ser exercido sem afrontar o que preceitua o princípio da dignidade de pessoa.

E tal situação deve ser debatida e aprofundada no Brasil o quanto antes. Não convém aguardar inerte e testar o potencial de dissimulação da verdade que detém o discurso de ódio, ainda mais nos tempos atuais, onde a tecnologia e a internet propiciam um potencial de disseminação inimaginável aos indivíduos e seus discursos, sejam eles construtivos ou destrutivos. Se nas décadas de 30 e 40, os instrumentos de propagação de discurso de ódio já se mostraram suficientemente capazes de deixar máculas eternas na história da humanidade, certamente, com as tecnologias de propagação de informações atuais, o discurso de ódio, se não devidamente tutelado, pode se mostrar ainda mais perigoso.

Referências

- BARCELOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. Atualidade do Conceito Sociedade da Informação para a pesquisa jurídica. *In*: PAESANI, Liliana Minardi (coord.). **O Direito na Sociedade da Informação**. São Paulo: Atlas, 2007.
- BILDER, Richard B. A Overview of international human rights law. *In*: HANNUM, Hurst. **Guide to international human rights practice**. 2 ed. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1992.
- BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- BROWN, James Alexander Campbell. **Técnicas de persuasão - Da propaganda à lavagem cerebral**. 2. ed. Rio de Janeiro: ZaharEditores, 1971.
- BRUGGER, Winfried. **Constitutional Treatment of Hate Speech**. *In*: Eibe Riedel. Stocktaking in German Public Law. 2002.
- BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso de ódio? Uma controvérsia entre Alemanha e os EUA. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. *In*: Arquivos do Ministério da Justiça. *In*: PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CARRILHO, Cristino. **Manual de História dos Sistemas Jurídicos**. 1 ed. São Paulo: Elsevier, 2008.

CASTANHO DE CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti. **Processo Penal e Constituição. Princípios Constitucionais**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley; FERREIRA, Flavia Alves de Jesus. A vulnerabilidade da criança, adolescente, jovem e idoso e o dever de cuidado do Estado: as relações de consumo realizadas pela internet e sua relação com a sociedade da informação. In: **XXVII Congresso Nacional do CONPEDI**. Porto Alegre, 2018.

DUNKER, Cristian Ingo Lenz. **O ódio como afeto político**. Disponível em: <https://blogdaboitempo.com.br/2015/05/06/o-odio-como-afeto-politico/>. Acesso em: 04 de mai. de 2020.

ESPIEL, Hector Gross. **Estudios sobre derechos humanos**. Madrid: Civitas, 1988.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos Direitos e dos bens fundamentais**. Tradução Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior e Sérgio Cademortori, 2011, Livraria do Advogado: Porto Alegre.

FULLER, Greice Patrícia. **O Direito Criminal Difuso, a dignidade da pessoa humana e a mídia na Sociedade da Informação**. In: Anais do VII Congresso Brasileiro da Sociedade da Informação – Regulação da Mídia na Sociedade da Informação: São Paulo, 2014, p. 131-141.

MALHEIRO, Emerson. **Curso de Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Liberdade De Expressão e o problema da regulação do Discurso do Ódio nas mídias sociais. **Revista Estudos Institucionais**, v. 5, n. 3, p. 1207-1233, set./dez., 2019.

SALGADO, Gilberto Barbosa. Esfera midiática na América Latina: uma interpretação com as categorias habermasianas. In: SOUZA, Jessé; MATTOS, Patrícia (org). **Teoria crítica no século XXI**. São Paulo: Annablume, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SLAVOV, Bárbara. Direito à informação e a proteção dos direitos da personalidade. In: GOZZO, Debora (Coord). **Informação e direitos fundamentais: a eficácia horizontal das normas constitucionais**. São Paulo:Saraiva, 2011.

STURZA, Janaína Machado e MARTINI, Sandra Regina. As Dimensões da Sociedade através da Metateoria do Direito Fraternal: um espaço para a análise do direito à saúde. **Revista de Sociologia, Antropologia e Cultura Jurídica**. Curitiba. Jul/dez 2016.

VAZ, Carla Vieira. A fraternidade como mecanismo de transformação social. **Revista de Artigos do 1º Simpósio sobre Constitucionalismo, Democracia e Estado de Direito**, v. 1, n. 1, jan. 2017.

VIAL, Sandra Regina Martini. Direito fraternal na sociedade cosmopolita. **RIPE – Revista Do Instituto de Pesquisa e Estudos de Bauru**. Jul/dez de 2006.

Fechamento das fronteiras no Mercosul como medida de contenção à disseminação da COVID-19

*Sandra Regina Martini*¹
*Marceli Tomé Martins*²
*Moara Curubeto Lona de Miranda*³

Introdução

A China, localizada no continente asiático e um dos países com a economia mais expressiva do mundo, foi palco inicial, em 2019, de uma doença até então misteriosa, identificada como uma “pneumonia de causa desconhecida”, com o seu primeiro caso registrado no dia 08 de dezembro, em Wuhan. Foi, em 30 de janeiro de 2020, declarada como Emergência de Saúde Pública de Interesse Internacional (ESPII) pela Organização Mundial da Saúde (OMS) e, posteriormente, em 11 de março, como pandemia.

Uma das premissas de um mundo globalizado é a livre circulação de pessoas pelo globo, seja a turismo, a trabalho, a estudo, ou a outras atividades. Os países, em sua maioria, não são mais isolados em suas fronteiras geográficas ou políticas, e a cooperação mundial, principalmente econômica, faz com que pessoas e mercadorias de todo o mundo estejam em toda a parte, vetor dominante para a rápida propagação do vírus em todos os continentes.

¹ Especialista em Saúde Pública (Sanitarista), Mestre em Educação, Doutora e Pós doutora em Direito, Professora na UNIRITTER-RS, Professora Visitante na UFMS-MS, Professora Colaboradora na UFRGS-RS, Pesquisadora Gaúcha-FAPERGS, Pesquisadora Produtividade CNPq.

² Graduanda de Ciências Jurídicas e Sociais na UFRGS, vinculada no Projeto de Pesquisa “A Atenção Básica em Saúde nas Zonas de Fronteiras do Mercosul”, liderado pela Profa. Sandra Regina Martini. Contato: marcelitome Martins5@gmail.com.

³ Graduanda de Ciências Jurídicas e Sociais na UFRGS, membro do Grupo de Assessoria a Imigrantes e Refugiados (GAIRE), vinculada no Projeto de Pesquisa “A Atenção Básica em Saúde nas Zonas de Fronteiras do Mercosul”, liderado pela Profa. Sandra Regina Martini. Contato: moaracurubeto@gmail.com.

A pandemia interrompeu a crescente lógica da integração econômica mundial e da desfronteirização: em vez de uma abertura de fronteiras cada vez maior, ela impôs o fechamento das mesmas para que a disseminação do vírus fosse contida. Os países de todo o mundo, tendo em vista que o vírus não respeita limites geográficos ou ideologias, logo foram registrando seus primeiros casos e estabelecendo medidas de contenção.

Frente ao fechamento de fronteiras que se deu por conta da disseminação do coronavírus, este capítulo busca abordar a temática e suas consequências na integração do bloco econômico MERCOSUL.

I- Fechamento das fronteiras e suas justificativas

A Organização Internacional da Migração (OIM) define fronteira como “linha que separa as zonas terrestres ou marítimas entre os Estados” (OIM, 2009), ou seja, trata-se da delimitação de territórios, os limites de ações nacionais de cada Estado. Porém,

[...] as fronteiras não podem ser apenas encaradas como marcos divisórios construídos, que representam limites e estabelecem divisões. [...] Elas também induzem a pensar na passagem, na comunicação, no diálogo e no intercâmbio. Figurando um trânsito não apenas de lugar, mas de situações ou época, assim como de população, esta dimensão aponta para uma nova reflexão: a de que, pelo contato e permeabilidade, a fronteira é sobretudo híbrida e mestiça. (PESAVENTO, 2002, p. 36)

Uma das primeiras medidas de contenção da disseminação da COVID-19 adotadas pelos mais diversos Estados do mundo foi o fechamento de suas fronteiras, o que implica na locomoção territorial, aérea e marítima dentro e fora dos limites territoriais, assim como afeta a circulação de pessoas vindas de outros países. Fechar as fronteiras é, para o fim

ao qual se trata, achar soluções concretas para retomar a economia sem comprometer vidas e esgotar os sistemas de saúde. Assim,

A pandemia como fato real é um problema fronteiriço. No caso do Sars-COV-2, esse vírus entrou no Brasil por um terminal aeroportuário, instalou-se em cidades com maior relação com o exterior e rapidamente penetrou pelo território. [...] Não pressupõe o fechamento das fronteiras, mas o controle seletivo do que passa por elas; um fechamento seria um ato extremo de isolamento do país, mas necessário em alguns casos para não agudizar o sistema de saúde. (IPEA, 2020, p. 33)

Ao longo de fevereiro e março, o vírus já estava presente nos Estados membros do MERCOSUL - no Brasil no dia 26 de fevereiro, na Argentina em 03 de março, no Paraguai no dia 07 de março e no Uruguai em 13 de março (MARTINI; MARTINS; MIRANDA; TRINDADE, 2020). Posterior a isso, os países foram individualmente publicando os seus planos de ação com medidas de contenção ao vírus, como distanciamento social, fechamento de escolas e proibição de eventos. Como meio de impedir que pessoas infectadas atravessassem aos países limítrofes, estes também optaram por ações fronteiriças.

O MERCOSUL, enquanto bloco econômico que visa uma integração regional em diversos setores econômicos e sociais, deve incentivar a tomada de medidas em busca de conter o avanço da pandemia em suas fronteiras. No dia 18 de março de 2020, houve a “Declaração dos Presidentes do Mercosul sobre coordenação regional para a contenção e mitigação do coronavírus e seu impacto”, na qual não foi acordada uma medida conjunta em relação às fronteiras, apenas “3. Notificar outros Estados Partes das medidas que foram ou serão adotadas na fronteira. Os Ministérios das Relações Exteriores podem estabelecer um sistema de compilação, organização e divulgação” (MERCOSUL, 2020).

No Brasil, as fronteiras terrestres foram as primeiras a serem restringidas, inaugurando a medida em 18 de março de 2020 com a Venezuela, no dia seguinte, com a Argentina, Bolívia, Colômbia, Guiana, Guiana Francesa, Peru, Suriname e Paraguai e, por fim, no dia 22 de março com o Uruguai, última a ser fechada. Já em relação às fronteiras aéreas, em 24 de março de 2020 suspendeu a entrada por trinta dias de estrangeiros provenientes da China, Islândia, Noruega, Suíça, Grã Bretanha, Irlanda do Norte, Austrália, Japão, Malásia, Coreia e UE, mas, no dia 27 de março, a medida passa a valer para todos os estrangeiros. E, sobre a fronteira marítima, a partir de 26 de março de 2020 foi suspensa a entrada de todos os estrangeiros pelos portos (IPEA, 2020, p. 31). Sobre o alastramento do vírus nas fronteiras brasileiras.

A Argentina, país que registrou a primeira morte por coronavírus na América Latina, não aderiu à lógica brasileira de fechar gradativamente as fronteiras e, na mesma medida tomada no dia 16 de março, fechou totalmente, exceto para argentinos e estrangeiros residentes. Mas, só em 26 de março, fechando a todos. (IPEA, 2020, p. 31). A providência foi anunciada pelo presidente Alberto Fernández em entrevista coletiva, afirmando que "o coronavírus não vem apenas da Europa e está começando a afetar os países vizinhos e a nós mesmos" (AGÊNCIA BRASIL, 2020).

Quanto ao Paraguai, o país anunciou o fechamento parcial das fronteiras terrestres para estrangeiros no dia 16 de março de 2020, restringindo a passagem na Ponte Internacional da Amizade, uma das principais entradas e saídas do país ao Brasil, no dia 18 de março. Mas, restringindo totalmente os limites terrestres no dia 24 de março. Já em relação às fronteiras aéreas, no dia 28 de março foi anunciado o fechamento total (IPEA, 2020, p. 31). Em maio, o presidente Mário Abdo Benitez, quanto às fronteiras com o Brasil, declarou:

É algo que nos preocupa muito, mas nós decidimos defender a vida dos paraguaios e compatriotas e sabemos que o Brasil, não é culpa nossa, é uma realidade, é uma grande ameaça a propagação do coronavírus [...] queremos abrir antes do possível, mas não vamos fazer, até que possa haver uma garantia ao nosso povo de que não vai haver uma propagação. (G1, 2020)

Já o Uruguai, o país fechou primeiramente as suas fronteiras terrestres com a Argentina, no dia 17 de março de 2020. Quanto ao Brasil, por conta do histórico pessoal de colaboração entre ambos os países, acordaram o fechamento de suas fronteiras a partir do dia 22 de março. Em relação às fronteiras aéreas, a partir de 15 de março ficaram suspensos os voos da Europa. Mas, em 24 de março, o governo decidiu pela proibição da entrada de estrangeiros por todas as fronteiras (IPEA, 2020, p. 31).

Assim, fechar as fronteiras como medida de contenção do coronavírus foi uma medida tomada por diversos países, mesmo aqueles que possuem proximidade para além da territorial, como é o caso dos Estados Partes do MERCOSUL. Apesar de o bloco ter como objetivo a integração regional em aspectos econômicos e sociais, uma situação extraordinária como a pandemia fez os governos optarem pelo fechamento e controle das áreas limítrofes.

II- Cidades fronteiriças

Cidades fronteiriças são municípios que tocam a linha de fronteira internacional, isto é, com área total ou parcialmente localizada na faixa de fronteira (IBGE, 2019). Assim, faz parte da noção geográfica que nos remete a duas questões: cidades de fronteira são o espaço de convergência entre a rigidez da fronteira institucionalizada e a flexibilidade das práticas socioespaciais dos fluxos (pessoas, capitais e mercadorias) (CAMPOS, 2015, p. 393).

Em tempos pandêmicos, as cidades de fronteira devem ser visualizadas e medidas devem ser tomadas conjuntamente pelos países. Nesse sentido, tão logo a pandemia chegou na América do Sul, o MERCOSUL, na declaração conjunta dos presidentes do Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai em 18 de março de 2020, comprometeu-se em:

2. Levar em consideração as especificidades das comunidades residentes nas zonas de fronteira, no processo de concepção e execução das medidas aplicáveis à circulação de bens, serviços e pessoas, de forma a reduzir o seu impacto nas referidas comunidades. (MERCOSUL, 2020)

Também, ao longo do ano, os Estados Partes reuniram-se exclusivamente por meio de videoconferência, tendo em vista as restrições impostas pela pandemia. Na ocasião da última Cúpula de Presidentes do MERCOSUL, em 16 de dezembro de 2020, os chefes de Estado

REAFIRMARAM seu compromisso com uma coordenação eficiente e permanente para conter o avanço do coronavírus, principalmente em zonas de fronteira, a fim de mitigar suas consequências sanitárias, econômicas e sociais e fortalecer a integração regional, em linha com o acordado na “Declaração de Presidentes do MERCOSUL sobre coordenação regional para a contenção e a mitigação do coronavírus e seu impacto”, adotada em 18 de março de 2020. (MERCOSUL, 2020)

Nas regiões fronteiriças, observa-se uma maior mobilidade humana, uma vez que são zonas com influência de políticas públicas de mais de um governo. Por vezes, os habitantes dessas regiões atravessam a fronteira em busca do serviço público mais adequado para atender suas necessidades, em especial em se tratando de direito à saúde: “As disparidades nas organizações e funcionalidades dos sistemas de saúde nos países limítrofes

umentam a passagem de usuários para o território brasileiro” (FEITOSA, T. V. N; MARTINS, W.; JAQUEIRA, M., 2020).

Antes mesmo da pandemia do Sars-CoV-2, já existia uma cooperação sanitária onde a população cruzava a fronteira com o objetivo de ter acesso ao direito humano fundamental à saúde. Contudo, a rápida transmissão da COVID-19, especialmente nestas regiões limítrofes onde há concentração do fluxo migratório, também aumenta o risco de um possível colapso do sistema de saúde local. Para se evitar tal risco, uma das primeiras medidas a ser tomada frente à pandemia foi o fechamento e controle de fronteiras, o que em princípio pode parecer como ataque à liberdade de locomoção dos habitantes - especialmente aqueles que realizam migração pendular -, mas que, na realidade, serve como forma de conter o vírus.

Cabe destacar que migração e saúde são Direitos Humanos fundamentais, e como já apontado, há casos em que para se ter acesso a um, é exercido o outro. Entretanto, no atual contexto pandêmico onde o coronavírus não se restringe às fronteiras estatais, são as medidas tomadas pelo governo que irão barrar - ou não - a disseminação da enfermidade. Mesmo que a população obedeça rigorosamente as orientações de prevenção da Organização Mundial da Saúde, são necessárias ações estatais que façam o controle dos cidadãos, especialmente nas zonas fronteiriças onde o sistema de saúde já é sobrecarregado e há grande trânsito de pessoas. Assim, ao considerar as políticas públicas em fronteiras do MERCOSUL,

É necessário e urgente pensar em políticas de saúde através ações intergovernamentais e uma participação mais ativa dos Ministérios de Saúde dos países fronteiriços para discutir e implementar medidas de migração e saúde, pois a falta de articulação de política migratória e de saúde expõe estes sujeitos a uma precarização de suas vidas, a precarização da condição humana em um contexto de pandemia e a necessidade urgente do acesso à saúde. (FEITOSA, T.; MARTINS, W.; JAQUEIRA, M., 2020, p. 38).

O que se observa em regiões transfronteiriças é que, por se tratarem de áreas onde ocorre o trânsito constante de bens e pessoas, a estrutura social dessas localidades depende da possibilidade de atravessar a fronteira. A medida de fechar a fronteira para contenção da COVID-19 impactou diretamente os sistemas sociais locais, tanto em aspectos sanitários, uma vez que a migração para fins de saúde foi dificultada, quanto em aspectos econômicos.

As cidades fronteiriças são regiões onde se centralizam o fluxo de insumos e pessoas, e são de extrema importância para países que possuem acordos em comum, como é o caso dos Estados Partes do MERCOSUL. As políticas públicas em regiões limítrofes nem sempre são as mais adequadas, entretanto, a medida de fechamento de fronteira, apesar de atingir diretamente a população local e a estrutura econômica e social da região, foi uma ação comum entre os países para evitar um sobrecarregamento do sistema de saúde, além de ser uma das formas de conter a circulação do vírus entre os municípios e até mesmo entre os Estados.

III- Efetividade da medida

Pensar no fechamento de fronteiras como contenção da disseminação do coronavírus isoladamente e sem coordenação é, em tempos de emergência sanitária, agravar problemas sociais e econômicos. Assim, deve ser associado a testagem em massa, distanciamento social, isolamento, dentre outras medidas sanitárias. Mas, principalmente, sendo uma questão de saúde pública, a melhor e mais promissora resposta ao vírus é investir em ciência e no melhoramento dos sistemas de saúde, na universalização da vacina e na valorização dos profissionais da saúde e pesquisadores. Para isso, a vida deve ser priorizada nas agendas dos governos.

Percebe-se que, ao contrário do esperado na integração regional, a qual pressupõe alinhamentos e medidas conjuntas, o MERCOSUL teve diversos acordos e declarações por conta da pandemia, mas no que tange o fechamento de fronteiras, apenas Brasil e Uruguai uniram-se para resolver a questão, por conta das suas fronteiras simbólicas e de histórica cooperação. Também, quanto ao fechamento de aeroportos e via marítima, tendo em vista a importação de casos à América do Sul no início da pandemia, os países resistiram e demoraram a pensar na medida.

Os países devem regular em especial e conjuntamente as comunidades fronteiriças, principalmente tendo em vista o alto risco de mobilidade da contaminação pelos países, que possuem sistemas de saúde, mesmo diversos, em geral precários. Também, a diminuição drástica do fluxo de pessoas afetou os municípios de fronteira, muitos dependentes economicamente desta mobilidade humana. Assim,

Em faixas de fronteira verifica-se que os sistemas locais de proteção social devem ser observados em duas dimensões: o lado organizativo da prestação de serviços e ações oferecidos, e a demanda de uma população que não é unicamente residente no espaço local, mas transita por ambos lados da fronteira. Este trânsito expressa uma realidade a ser enfrentada pelos gestores, de onde se origina a exigência de cooperação entre os sistemas dos países limítrofes. Assim, a cooperação envolve a transferência, o movimento ou a mudança entre indivíduos, serviços e recursos (GLINOS, 2011). Entretanto, a cooperação é bastante assimétrica, influenciada pela discricionariedade dos gestores, e pode reduzir, ou até mesmo anular, a possibilidade de atendimento aos usuários não nacionais ou não residentes em determinado espaço. (ISM, 2018, p. 20)

A fraternidade, como instrumento de harmonia entre as pessoas e as nações, deve estar, explícita ou implicitamente, na cooperação entre os países para conter o coronavírus. Vocábulo aqui entendido como um

rompimento do egoísmo inerente às nações (RESTA, 2004), para a priorização do diálogo e no valor absoluto da dignidade da pessoa humana. A metateoria do Direito Fraternal, por ter seu centro de observação nos Direitos Humanos, pauta-se no bem comum e na construção de um mundo onde todos gozam de forma igual a condição de seres humanos.

A pandemia demonstrou e continua a demonstrar que a lógica individualista de uma nação não produz benefícios, as medidas de contenção associadas ao fechamento de fronteiras devem visualizar todos os segmentos da sociedade e das nações com relações humanas e econômicas. Assim, evidencia “claramente a interdependência de ações governamentais que deveriam ser tomadas, impondo-se o princípio da cooperação jurídica internacional como solução derivada dos princípios da fraternidade e da solidariedade social, [...], para se obter o real sentido de integração na busca de resultados satisfatórios e erradicação da doença o mais rapidamente possível (LISBOA, 2020, p. 73).

Assim, se enxerga que o fechamento de fronteiras como medida de contenção da COVID-19 possui efetividade quanto ao objetivo central da ação. Apesar de existir pronunciamentos oficiais do MERCOSUL, os Estados Partes tomaram a medida como tentativa de proteger a população e barrar o vírus em suas fronteiras de forma também autônoma.

Considerações finais

O coronavírus vem alterando as estruturas sociais e econômicas do mundo e, para além disso, coloca em pauta diversos tópicos dos direitos humanos. Para conter uma pandemia, é imprescindível a ação governamental, com medidas coerentes e salubres que priorizem a vida humana.

O fechamento de fronteiras como medida de contenção do vírus, inicialmente, pode parecer um ataque às liberdades individuais e ao direito

de ir e vir de habitantes de regiões limítrofes. Entretanto, restringir a circulação de pessoas significa a diminuição de contágio e, conseqüentemente, uma preservação do sistema de saúde da região, que já carecia de maiores políticas públicas antes mesmo da disseminação do vírus.

Assim, mesmo que determinado em diferentes períodos pelos Estados Partes do MERCOSUL, o fechamento de fronteiras é um ato de fraternidade em meio a um cenário calamitoso que todos vêm enfrentando. Cabe, contudo, ressaltar que não deve ser a única ação tomada pelos governos, e, para além disso, é dever de todo cidadão obedecer às normas e orientações de prevenção para que possamos superar a pandemia do coronavírus.

Referências

BRASIL. Diário Oficial da União. **Portaria Nº 255, de 22 de maio de 2020**. 22 maio de 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-255-de-22-de-maio-de-2020-258114133>. Acesso em: 1 mar. 2021.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Municípios da faixa de fronteira**. 2019. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/geociencias/organizacao-do-territorio/estrutura-territorial/24073-municipios-da-faixa-de-fronteira.html?=&t=sobre>. Acesso em: 01 mar. 2021.

BRASIL. **Lei 13.445/2017, Lei de Migração**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm. Acesso em: 28 fev. 2021.

BRASIL. Ministério da Economia. Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (IPEA). **Pandemia e Fronteiras Brasileiras: Análise da evolução da COVID-19 e Proposições**. Diretoria de Estudos e Políticas Regionais: Nota Técnica Nº 16, maio 2020. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=35600. Acesso em: 01 mar. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. **O que é coronavírus?** 2020. Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br/linha-do-tempo/#fev2020>. Acesso em: 27 fev. 2021.

BRASIL. Universidade Aberta do Sistema Único de Saúde. **Organização Mundial de Saúde declara pandemia do novo Coronavírus.** 11 mar. 2020. Disponível em: <https://www.unasus.gov.br/noticia/organizacao-mundial-de-saude-declara-pandemia-de-coronavirus>. Acesso em: 27 fev. 2021.

CAMPOS, H. Á. Cidades em fronteira: discussão sobre seus múltiplos significados. 1º **Colóquio internacional de história cultural da cidade:** Sandra Jatahy Pesavento, 2015. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/gthistoriaculturals/27CDHelenizaAvilaCampos.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2021.

COMO cada país da América Latina está combatendo o coronavírus. BBC News, 13 mar. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-51892686>. Acesso em: 27 fev. 2021.

CORONAVÍRUS: Paraguai fecha Ponte da Amizade, em Foz do Iguaçu. **G1**, 18 mar. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/pr/oeste-sudoeste/noticia/2020/03/18/coronavirus-paraguai-fecha-ponte-da-amizade-em-foz-do-iguacu.ghtml>. Acesso em: 01 mar. 2021.

ESTRANGEIROS que têm Cartão SUS em Foz do Iguaçu são fiscalizados. **G1**. 03 ago. 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/pr/oeste-sudoeste/noticia/2015/08/estrangeiros-que-tem-cartao-sus-em-foz-do-iguacu-sao-fiscalizados.html>. Acesso em: 01 mar. 2021.

FEITOSA, T. V. N; MARTINS, W.; JAQUEIRA, M. **O Acesso à Saúde em Região Fronteira:** A Tríplice Fronteira Argentina, Brasil e Paraguai em Meio à Pandemia do Coronavírus. Boletim De Conjuntura. , v. 4, n. 11, p. 28-41, 2020. Disponível em: <https://revista.ufrb.br/boca/article/view/Feitosaaetal/3151>. Acesso em: 28 fev. 2021.

FREITAS, R. Presidente do Paraguai diz que Brasil é 'grande ameaça a propagação do coronavírus' e descarta reabrir fronteiras. **G1**, 13 maio 2020. Disponível em:

<https://g1.globo.com/ms/mato-grosso-do-sul/noticia/2020/05/13/presidente-do-paraguai-diz-que-brasil-e-grande-ameaca-a-propagacao-do-coronavirus-e-descarta-reabrir-fronteiras.ghtml>. Acesso em: 01 mar. 2021.

GARRISON, C; BIANCHI, W. Argentina fecha fronteiras por 15 dias para combater coronavírus. **AgênciaBrasil**, 16 mar. 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2020-03/argentina-fecha-fronteiras-por-15-dias-para-combater-coronavirus>. Acesso em: 01 mar. 2021.

LIMA, B. Operação Covid-19 mobiliza mais de 34 mil militares, diz ministro da Defesa. **Correio Braziliense**, 22 set. 2020. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/brasil/2020/09/4876975-20-voltas-no-planeta-em-logistica.html>. Acesso em: 1 mar. 2021.

MARTINI, S. R.; STURZA, J. M.; GIMENEZ, C. P. C. (org.). **O Direito à Saúde frente à pandemia COVID-19: da crise sanitária à crise humanitária no MERCOSUL**. Porto Alegre: Evangraf, 2020.

MERCOSUL. **Declaração dos Presidentes do Mercosul sobre coordenação regional para a contenção e mitigação do coronavírus e seu impacto**. 18 mar. 2020. Disponível em: <https://www.mercosur.int/documento/declaracion-de-los-presidentes-del-mercosur-covid19/>. Acesso em: 27 fev. 2021.

MERCOSUL. **Comunicado Conjunto dos Presidentes dos Estados Partes do Mercosul**. 02 jun. 2020. Disponível em: https://documentos.mercosur.int/simfiles/comunicados/79722_ATTQ7YL7.pdf. Acesso em: 27 fev. 2021.

MERCOSUL. **Declaração de Assunção da Reunião de Altas Autoridades em Direitos Humanos do MERCOSUL sobre a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos em uma pandemia de Covid-19**. 05 jun. 2020. Disponível em: <https://www.ippdh.mercosur.int/pt-br/declaracao-de-assuncao-da-reuniao-de-altas-autoridades-em-direitos-humanos-do-mercosul-sobre-a-promocao-e-protecao-dos-direitos-humanos-em-uma-pandemia-de-covid-19/>. Acesso em: 27 fev. 2021.

MERCOSUL. **Comunicado Conjunto de Presidentes dos Estados Partes e Associados**

do Mercosul. 16 dez. 2020. Disponível em: https://documentos.mercosur.int/simfiles/comunicados/82547_COMUNICADO%20CONJUNTO%20DE%20LOS%20ESTADOS%20PARTES%20E%20ASOCIADOS-PT.pdf. Acesso em: 27 jan. 2021.

MERCOSUL. **Comunicado Conjunto dos Presidentes dos Estados Partes do Mercosul**

e da Bolívia. 16 dez. 2020. Disponível em: https://documentos.mercosur.int/simfiles/comunicados/82546_ComunicadoPresidentes%20ESTADOS%20PARTES%20MERCOSUL%20e%20Bolivia_PT.pdf. Acesso em: 27 jan. 2021.

MERCOSUL. Instituto Social do MERCOSUL. **Cidadania Social no MERCOSUL:** Acesso a serviços sociais em regiões de fronteira. Cidadania em fronteira, parte 2. ISM: Assunção, 2018.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** 1948. Disponível em:

<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 1 mar. 2021.

ONU. 73ª Assembleia Mundial da Saúde. **Intervenção do Presidente Mario Abdo**

Benítez. 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=pyBGj3VgBK4>. Acesso em: 02 mar. 2021.

PACHI, P. Mobilidade Humana e Coronavírus: A fronteira social do confinamento e o

direito à cidade. **Migrações em Debate**, 17 jul. 2020. Disponível em: <https://museudaimigracao.org.br/blog/migracoes-em-debate/mobilidade-humana-e-coronavirus-a-fronteira-social-do-confinamento-e-o-direito-a-cidade>.

Acesso em: 28 fev. 2021.

PESAVENTO, Sandra J. Além das fronteiras. In: MARTINS, Maria H. **Fronteiras Culturais**

– Brasil, Uruguai, Argentina. Porto Alegre: Ateliê Liberal/PMPA/Centro de Estudos de Literatura e Psicanálise, 2002.

SOUZA, E. SUS e atendimento a estrangeiros não residentes. **JUSBRASIL**, 2017. Disponível em: <https://ericmsouza.jusbrasil.com.br/artigos/419536464/sus-e-atendimento-a-estrangeiros-nao-residentes>. Acesso em: 1 mar. 2021.

SILVA-SOBRINHO, R.A.; ZILLY, A.; SILVA, R. M. M.; ARCOVERDE, M. A. M.; DESCHUTTER, E.J.; PALHA, P. F.; BERNARDI, A. S. Enfrentamento da COVID-19 em região de fronteira internacional: saúde e economia. **Revista Latino-Americana de Enfermagem**, 2021. DOI: <https://doi.org/10.1590/1518-8345-4659-3398>. Acesso em: 28 fev. 2021.

Acesso à justiça e efetivação de direitos sociais: a importância dos processos coletivos

João Paulo Kulczynski Forster¹
Camila MousquerBuralde²
José Eduardo Aidikaitis Previdelli³

Introdução

Examinando as normas estabelecidas pela Constituição Federal, constata-se especial proteção aos direitos fundamentais individuais, sociais, políticos, difusos e coletivos. Nesta perspectiva, o sistema de direitos fundamentais se apresenta como núcleo base do ordenamento jurídico, irradiando seus efeitos para as normas infraconstitucionais, no caso do presente estudo, as processuais civis. Referidos direitos foram estabelecidos pelo constituinte originário em sintonia com pactos e convenções internacionais de direitos humanos - reconhecidos a todas as pessoas independentemente de raça, cor, sexo, religião ou condição econômica - agregando aos direitos processuais positivados *status* de direito humano.

Dentre estes direitos humanos processuais, apresenta especial relevo o acesso à justiça. Sob tal panorama, a proposta do artigo é de, estabelecida

¹ Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS (2015). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS (2011). Pós-Graduado em Direito Empresarial com ênfase em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas - FGV/RS (2006). Professor do Programa em Pós-Graduação *Stricto Sensu* (Mestrado) em Direitos Humanos do UniRitter - Laureate International Universities. Professor convidado de cursos de Pós-Graduação *Lato Sensu*. Professor de Graduação em Direito nas disciplinas de Direito Processual Civil do UniRitter. Sócio de Forster Advogados Associados. jpforster@gmail.com

² Mestra em Direitos Humanos pela UniRitter. Pós-graduada em Direito Imobiliário pela UniRitter e Processo Civil pelo IDC. Professora convidada de cursos de Pós-Graduação *Lato Sensu*. Advogada. camila.mousquer@gmail.com

³ Mestre em Direitos Humanos pelo Centro Universitário Ritter dos Reis - UniRitter (2018). Pós-Graduado em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Ritter dos Reis - UniRitter (2016). Pós-Graduado em Formação Pedagógica de Professores pelas Faculdades QI (2015). Professor convidado de cursos de Pós-Graduação *Lato Sensu*. Assessor de Desembargador no TJRS. edprevidelli@gmail.com

a existência e estrutura deste direito processual, analisar as ações coletivas como mecanismos processuais de asseguarção dos direitos fundamentais sociais.

Para essa finalidade, após o estabelecimento das premissas iniciais supracitadas, apresentam-se a tutela coletiva de direitos. Neste Norte, será buscada a apresentação de alguns dos mecanismos processuais disponíveis para tal finalidade, bem como suas justificativas teóricas e práticas. Estabelecidas essas premissas, passa-se ao exame dos direitos sociais e sua titularidade, de forma a adequar a proteção coletiva daqueles.

O artigo é elaborado com base na revisão bibliográfica nacional e estrangeira, bem como lastreado em textos Convencionais, Constitucionais e infraconstitucionais, além de jurisprudência acerca do tema.

I- O acesso à justiça enquanto direito humano

Ao contemplar direitos e garantias fundamentais a Constituição Federal acabou constitucionalizando direitos materiais e processuais, alterando drasticamente o modo de interpretação das normas infraconstitucionais. A lei perde sua prerrogativa de centralidade e passa a exigir para sua validade a conformidade com as normas constitucionais.

Esta supremacia encontra seu alicerce teórico na previsão de impossibilidade da lei excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça ao direito, consagrando não apenas a garantia de inafastabilidade da jurisdição (acesso à justiça), mas o direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada (acesso à ordem jurídica justa) (WATANABE, 2019, p. 3).

Com a superação do modelo liberal, calcado no individualismo/patrimonialismo, o direito passou a tutelar bens jurídicos de caráter extrapatrimonial, tais como: direitos da personalidade, do consumidor, do meio ambiente, exigindo a revisão de conceitos e institutos processuais

clássicos, passando a reconhecer direitos e deveres estatais, assim como, de comunidades e associações.

Assim, o acesso à justiça se apresenta como um dos direitos mais básicos dos seres humanos, garantidor do exercício da cidadania. Sua importância atrelada à complexidade de efetivar sua aplicação foram às molas propulsoras de um estudo detalhado realizado pelos juristas Mauro Cappelletti e Bryant Garth, que com o auxílio de outros pesquisadores coordenaram o denominado “Projeto Florença de Acesso à Justiça”⁴ (TEODORO, 2013, p. 10-11).

O Projeto Florença se propôs a analisar o acesso à justiça não apenas numa perspectiva de um direito social fundamental, mas sim como ponto central da moderna processualística, obstinados em demonstrar que o acesso à justiça se constitui no direito humano mais básico, alicerce de um sistema jurídico moderno e igualitário⁵.

Sob o enfoque da efetividade os autores identificam que o “despertar” do acesso à justiça emerge em três fases, as quais se desenvolvem numa sequência cronológica através de “ondas” numa “tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo” (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 31).

4 O estudo foi desenvolvido entre os anos de 1973 a 1978 e tinha o objetivo de investigar sistemas judiciais de diversos países e seus resultados foram compilados em oito tomos e publicados em Milão, intitulados “Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective – A General Report” (TEODORO, 2013, p. 10-11).

⁵ “Esta constitucionalización de los principios, reglas e instituciones básicas del derecho procesal refleja una transformación todavía más tremenda de la naturaleza e intereses tradicionales del estudio del procedimiento civil; en realidad, esto aún es más exacto para el proceso penal, un campo que algunos estudiosos han considerado que en la actualidad pertenece completamente al área del derecho constitucional.³⁷ Sería necesario mencionar que la constitucionalización del derecho procesal, o al menos de parte de él, ha introducido en nuestra rama del derecho - como también en el rol de los jueces, de los practicantes y de los investigadores- todas las consecuencias de largo alcance del pluralismo de las fuentes legales. Todas las normas, reglas y principios procesales, deben ser “medidas contra” *lax superior* -la “*verfassungsmassige Ordnung*” consu catálogo de derechos fundamentales-. Las provisiones de este orden legal superior son, por supuesto, en general, normas sobrevaloradas, más vagas y “políticas” que las normas técnicas que prevalecen en el derecho procesal. De esta forma, el moderno constitucionalismo, este desarrollo legal y político más importante de nuestra época, penetra y afecta a toda la esfera de la actividad procesal, con todas las implicancias extensas de tal fenómeno, incluyendo una clase de interpretación legal inevitablemente más creativa, y más responsable política y moralmente”. (CAPPELLETTI, 1991, p. 7).

Para o presente artigo, a segunda onda renovatória será o abjeto de análise, pois representativa dos direitos denominados de transindividuais ou metaindividuais⁶. Caracterizados pela existência de uma pluralidade de sujeitos com interesses comuns em relação a um mesmo bem jurídico, sendo que a satisfação de um deles, necessariamente importa na satisfação dos demais. Em verdade, trata-se de uma relação jurídica plurissubjetiva, haja vista estarem presentes vários sujeitos no mesmo polo processual, ligados por interesses convergentes. (CUNHA, 1995, p. 225).

Para Teori Albino Zavascki (2008, p. 24) esse “subsistema do processo coletivo” ocupa um lugar de destaque no processo civil brasileiro, uma vez que possui como objetivo a tutela de direitos coletivos e a tutela coletiva de direitos, os quais podem ser alcançados por meio de “instrumentos próprios” e fundados em “princípios e regras próprios”.

Em âmbito nacional, a Constituição inseriu no sistema vigente “o direito processual coletivo comum brasileiro como um novo ramo do direito processual” conforme se depreende da análise de alguns de seus dispositivos, a saber: o artigo 1º, que institui o Estado Democrático de Direito; o art. 5º, XXXV, que retira a limitação de garantia do acesso à justiça apenas para proteção individual de direitos e; o art. 129, III, que institui como função institucional do Ministério Público a promoção da Ação Civil Pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. (ALMEIDA, 2003, p. 266).

A ampliação dos legitimados para a defesa dos interesses coletivos, também foi objeto de preocupação, sendo consagrado nos artigos artigo 5º, XXI e artigo 8º, III do mesmo diploma legal a legitimação das

⁶ Relacionados à vida, ao meio ambiente, ao consumidor, ao idoso, à criança e ao adolescente, tendo como norma condutora a dignidade da pessoa humana. Os direitos metaindividuais, ou coletivos em sentido amplo, podem ser entendidos como o gênero, do qual fazem parte os direitos difusos, os coletivos em sentido estrito e os individuais homogêneos, conforme previsão na Lei 8.078/1990, artigo 81, parágrafo único, incisos I, II e III do Código de Defesa do Consumidor e na Lei 7.347/1985, artigo 1º, inciso IV, e 21 da Lei da Ação Civil Pública.

associações de classe e das entidades sindicais para defenderem os interesses de seus associados e filiados. Possibilitou, ainda, a impetração do mandado de segurança na modalidade coletiva, via substituição processual, nos termos do artigo 5º, LXX. No que pertenci ao controle de constitucionalidade o legislador amplia o rol de legitimados no controle concentrado, matem o controle de constitucionalidade difuso e cria a ação declaratória de constitucionalidade. (ZAVASCKI, 2008, p.16).

Na esfera infraconstitucional a publicação da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor que, conjuntamente, formaram o microsistema processual de tutela dos interesses de massa, são representativos desta onda de renovação processual⁷. (WATANABE, 2019, p. 263).

Por fim, com a entrada em vigor da Lei nº 13.105, que instituiu o Código de Processo Civil Brasileiro, a dinâmica estabelecida para as demandas coletivas sofre algumas alterações com a criação de instrumentos voltados a disciplinar demandas repetitivas, tais como: o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e o julgamento dos Recursos Extraordinário e Especial, com reflexos nos processos individuais e coletivos.

Compatibilizar essas mudanças e garantir o efetivo acesso à justiça nesta modalidade de defesa de direitos passa a ser um dos grandes desafios da doutrina e da jurisprudência nacional, buscando acomodar estes novos instrumentos às normas já existentes para a tutela desses direitos.

II- A técnica da tutela coletiva

O ordenamento jurídico brasileiro, mesmo antes da Constituição de 1988, já assegurava aos jurisdicionados a possibilidade de utilização de

⁷ Cumpre referir que a Lei 4717, que instituiu a Lei da Ação Popular, por muito tempo foi entendida como um instrumento moderno para tutelar direitos metaindividuais. Todavia, este mecanismo tornou-se insuficiente, em razão da restrição em relação a legitimidade ativa (art. 1º); a não isenção de custas (art. 10); de seu caráter exclusivamente repressivo (art. 1º) e seu restrito rol de direitos metaindividuais a serem protegidos (art. 1º, §1º).

ações coletivas na tutela dos direitos. A Ação Civil Pública, instituída pela Lei 7.347/85, pode ser proposta por diversos legitimados, dentre os quais se destacam o Ministério Público e a Defensoria Pública, sem exclusão de outros entes, em particular de associações, desde que atendidos alguns requisitos (art. 5º da Lei). Com a edição da Lei 8.078/90, se tornou mais adequada a nomenclatura de ‘ações coletivas’ para indicar aquelas demandas propostas por associações. (MAZZILI, 2011, P. 74).

Desde então, mais do que a edição de nova legislação específica, uma nova compreensão do instrumento processual – e de sua finalidade – têm trazido impacto à compreensão do tema. Como bem referem OSNA e ARENHART (2019, p. 18), há de se reconhecer a ‘dilatação funcional’ do processo civil, que de muito transbordou as lides individuais para as quais fora historicamente concebido. Tudo porque a “atual noção de resolução de litígios não possa ser a mesma que em outro período ditou a construção teórica da matéria” (Idem, p. 19). No entanto, não se trata de fazer ‘tábula rasa’ dos mecanismos existentes, mas sim de renovar e ampliar os institutos jurídicos tradicionais que já não são mais capazes de conterem a explicação para o fenômeno da coletivização das demandas.

Tudo na mesma mão da evolução da sociedade, evidentemente. Afinal, a massificação das relações sociais só poderia resultar (além de outros problemas) em uma questão jurídica a ser resolvida pelo Direito, possivelmente dentro do Poder Judiciário. Enquanto não se viabilizam outras formas de solução coletiva de conflitos além daquelas existentes, os juízes desempenharão um papel fundamental nessa transição. Como bem salientam AUGUSTO e ANDREA (2016):

[...] tem-se um novo papel para as Ações Coletivas, em especial as Ações Cíveis Públicas, ao se tornarem protagonistas no embate pela conquista de direitos

constitucionalmente garantidos, mas inacessíveis ou com regulamentações legislativas inexistentes. Assim, será por meio destas que a coletividade buscará soluções para a falta de creches, por exemplo, ou a falta de saneamento público em determinada localidade.

A morosidade legislativa ou omissão do Executivo, associadas à massificação mencionada, levam a prejuízos de ordem coletiva facilmente perceptíveis, mas de difícil solução. Identifica-se a área da saúde como particularmente problemática, já que o tema é de grande complexidade e as políticas públicas desenvolvidas não conseguem responder às necessidades dos cidadãos na mesma velocidade em que elas surgem. O mandado de segurança coletivo já foi utilizado em algumas oportunidades para requerer a dispensação de medicamentos, como se verifica do julgamento do Recurso em Mandado de Segurança nº 36.159/RJ, julgado monocraticamente no Superior Tribunal de Justiça em 2018. Naquela demanda, se pleiteava o fornecimento do medicamento Bosentana (TRACLEER), sem registro na ANVISA. Como não fora comprovado, por meio de prova pré-constituída, de que outros medicamentos fornecidos pelo Sistema Único de Saúde - SUS não poderiam ser prescritos aos associados da Recorrente, o direito líquido e certo não foi reconhecido. Não se trata, no caso, de uma limitação da ação coletiva em si, mas uma característica própria do remédio empregado, o mandado de segurança.

A ação Popular também é outra ação de feição coletiva, por conta de seus efeitos. Ainda na questão da saúde, por exemplo, em 2018 foi ajuizada Ação Popular perante a Justiça Federal do Distrito Federal com o objetivo de suspender os direitos de laboratório sobre o Sofosbuvir, fármaco utilizado com alta eficácia para tratamento da Hepatite C. Mantendo o foco na saúde, também há notícia, conforme iniciativa da do Observatório Brasileiro de IRDRs (mantido pela USP), de que há diversos Incidentes de

Resolução de Demandas Repetitivas admitidos que envolvem o tema dos medicamentos. Ou seja, a existência de questão de direito de forma repetida em diversas demandas acabou levando à instauração desses incidentes por todo o país, envolvendo fornecimento de medicamentos.

Esses mecanismos possuem, em comum, além de uma valiosa economia processual,⁸ a almejada e necessária igualdade decisória para todos os atingidos pela decisão. Afinal, em se tratando de direitos sociais, a serem exercidos em igualdade de condições (p. ex., dois pacientes que necessitem o fornecimento de um mesmo medicamento, para a mesma doença) revela-se impensável que um jurisdicionado obtenha a tutela de seu direito enquanto outro, não.

Como o legislador é omissor e, até o momento, não foi capaz de editar corpo legislativo sob a forma de código para o desenvolvimento de um processo coletivo, essa tarefa cabe à doutrina e ao Judiciário, dentro de certos limites. É que não se pode afastar dos remédios coletivos a possibilidade de adaptabilidade procedimental, ou seja, de que o próprio magistrado, valendo-se do disposto no art. 139, do CPC/15, possa atuar de forma a minimizar essa omissão. Afinal, todo e qualquer direito material necessita de tutela adequada e efetiva, a ser projetada pelo legislador ou entregue pelo juiz (DIDIER, 2010, p. 13). Essa adequação produz igualmente a necessidade de adaptação do procedimento a fim de que se atendam às necessidades do direito material. Em outras palavras, o princípio da adaptabilidade procedimental transborda o processo civil e se vê

⁸ Vale lembrar, na linha da lição de Marco Félix Jobim (2018, p. 167), de que talvez seja mais adequado entender a economia processual mencionada como um reflexo da indispensável eficiência a ser adotada no âmbito da Administração Pública. E que, ainda que os IRDRs não possam propriamente serem inseridos dentro do conjunto de ações coletivas, trata-se de técnica processual alinhada à necessária eficiência.

passível de aplicação no processo trabalhista, penal, tributário, dentre outros, bem como no processo administrativo, legislativo ou arbitral (GAJARDONI, SOUZA, 2016, p. 170).

Por isso foi tão importante o julgamento do *habeas corpus* nº 143.641, impetrado sob a modalidade coletiva pela Defensoria Pública da União perante Supremo Tribunal Federal. Como registrou o Ministro Ricardo Lewandowski naquele julgamento, “na sociedade contemporânea, burocratizada e massificada, as lesões a direitos, cada vez mais, assumem um caráter coletivo, sendo conveniente, inclusive por razões de política judiciária, disponibilizar-se um remédio expedito e efetivo para a proteção dos segmentos por elas atingidos, usualmente desprovidos de mecanismos de defesa céleres e adequados”. Ou seja, ainda que a legislação não regulamentasse ou sequer previsse o *habeas corpus* coletivo, isto não era motivo bastante para que o tema não foi examinado, dada a sua relevância.

III- A tutela coletiva dos direitos sociais

A adequada compreensão da eficácia da tutela coletiva dos sociais exige, ainda que breve, prévia contextualização desses. Certamente não há qualquer pretensão de esgotamento da questão em linhas restritas, mas apenas de lançar luzes sobre o tema.

O catálogo de direitos sociais apresenta um amplo rol de direitos humanos e fundamentais, assim considerados de acordo com o plano de sua positivação: nacional ou internacional (LUÑO, 2007). São direitos segunda geração ou dimensão (BÜHRING, 2015, p. 57), que concretizam a liberdade por conferir condições materiais para o seu exercício. Destes direitos decorre dupla prestação: uma positiva, a ser proporcionada pelo Estado, de forma direta ou indireta (SILVA, 2006, p. 286) e, também, uma negativa, ou defensiva, que tem a função de proibir intervenções indevidas (SARLET, 2012, p. 553).

Os direitos sociais gozam de uma característica específica dentre os direitos fundamentais, a partir do princípio constitucional implícito da proibição (ou vedação) ao retrocesso social. Este princípio, que ganhou amplitude no estudo do direito constitucional brasileiro, constitui direito subjetivo contra qualquer atividade Estatal (BÜHRING, 2015, p. 60), em todos os seus Poderes, que resulte na supressão ou redução do âmbito de proteção dos direitos sociais já assegurados⁹.

O Preâmbulo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - promulgada no plano nacional brasileiro pelo Decreto nº 678/92 - reafirma a necessidade de assegurar o gozo dos direitos sociais, dentre outros, como condição para “ser realizado o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria”. Ainda, prevê um compromisso dos Estados-membros da implementação progressiva de mecanismos para a plena efetividade dos direitos sociais estabelecidos na Carta da Organização dos Estados Americanos¹⁰.

Por sua vez, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - internalizado no Brasil pelo Decreto nº 591/92 - reforça os direitos sociais como *conditio sine qua non* para a efetivação do “ideal do ser humano livre, liberto do temor e da miséria”, em seu Preâmbulo. Sob

⁹ Para melhor compreender a questão, vale observar a lição do, agora Ministro do STF, Luís Roberto Barroso (2001, p. 158-159) no sentido de que “[...] por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido. Nessa ordem de ideias, uma lei posterior não pode extinguir um direito ou garantia, especialmente os de cunho social, sob pena de promover um retrocesso, abolindo um direito fundado na Constituição. O que se veda é o ataque à efetividade da norma, que foi alcançado a partir de sua regulamentação. Assim, por exemplo, se o legislador infraconstitucional deu concretude a uma norma programática ou tornou viável o exercício de um direito que dependia de sua intermediação, não poderá simplesmente revogar o ato legislativo, fazendo a situação voltar ao estado de omissão legislativa anterior.”

¹⁰ O artigo 45 da aludida Carta enuncia como direitos sociais o bem-estar material e desenvolvimento espiritual (alínea a); o trabalho digno e protegido (alíneas b e c); sistemas de produção e funcionamento de setores público e privado em atenção aos interesses das comunidades (alíneas d e e); integração da comunidade nacional (alínea f); reconhecimento da importância de “organizações tais como os sindicatos, as cooperativas e as associações culturais, profissionais, de negócios, vicinais e comunais” para o desenvolvimento (alínea g); bem como desenvolvimento de previdência social (alínea h) e assistência legal (alínea i).

tal enfoque, os Estado signatários comprometeram-se a assegurar os direitos sociais previstos no pacto (artigo 3º), tais como direito ao trabalho (artigos 6º e 7º); direito de associação sindical e seu exercício (artigo 8º); previdência social (artigo 9º); proteção à família, maternidade e infância (artigo 10); direito à saúde (artigo 12); e educação (artigo 13).

No plano interno, a Constituição Federal de 1988 arrola como direitos sociais¹¹, em seu artigo 6º, “a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. A esta previsão, somam-se os direitos específicos dos trabalhadores (artigo 7º) e de associação (artigo 8º), além daqueles previstos de forma implícita no caderno constitucional. (SARLET, 2012, p. 549).

Importante analisar – como fundamento para relacionar com a tutela coletiva dos direitos – a titularidade dos direitos sociais estabelecidos nos pactos internacionais e no texto constitucional. E a questão não é pacífica! Enquanto parcela da doutrina defende a existência de uma titularidade social como regra, e a individual de forma residual (LINS, 2013, p. 151), outros esgrimam pela titularidade individual, com possibilidade concomitante de exercício coletivo. (SARLET, 2015).

Não podemos desconsiderar que a tutela individual dos direitos sociais - de forma residual ou primária, conforme a corrente a que se filie – ainda é a preponderante na realidade nacional. Tal situação resulta no abarrotamento do Poder Judiciário de demandas muitas vezes repetitivas em busca de um mesmo objeto vinculado à concretização de determinado

¹¹ Para José Afonso da Silva (2006, p. 287), os direitos sociais podem ser agrupados em seis classes distintas: “(a) direitos sociais relativos ao trabalhador; (b) direitos sociais relativos à seguridade [...]; (c) direitos sociais relativos à educação e cultura; (d) direitos sociais relativos à moradia; (e) direitos sociais relativos à família, crianças, adolescentes e idoso; (f) direitos sociais relativos ao meio ambiente.

direito social. Isso ocorre quiçá por ausência de organização social, por inércia dos legitimados para a propositura das demandas coletivas ou mesmo pela ainda incipiente utilização de ações estruturais¹². Todavia, a linha condutora do presente estudo nos encaminha para limitar a análise da tutela coletiva de tais direitos.

Os direitos humanos e fundamentais de natureza social, considerando a indeterminação dos titulares, pode ser considerado como direito difuso. (CANELA JÚNIOR, 2009, p. 112). Vale observar que, segundo a disciplina dos direitos coletivos estabelecida no artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, são direitos difusos “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato” (inciso I).

Definidos sob tal jaez, a tutela coletiva é a mais apta para efetivar os direitos sociais. (CANELA JÚNIOR, 2009, p. 112). Isso em razão da amplitude dos beneficiários de uma única demanda - veja-se, por exemplo, a busca de atendimento ao pleito de moradia digna formulado por um grupo inteiro de pessoas - atendendo a uma noção de igualdade pelo processo (ABREU, 2015) em conjunto com a racionalização do processo. (MARISCO; ALVES, 2014, p. 98).

Essa tutela coletiva pode - e deve - se valer de todos os mecanismos processuais anteriormente observados, como forma de assegurar o atendimento igualitário dos integrantes da sociedade. Ao contrário, a manutenção da preponderante tutela individual resulta na absorção da demanda pelo judiciário, sem a sua efetiva solução como um todo. (CANELA JÚNIOR, 2009, p. 115), ainda podendo resultar em tratamentos díspares a

¹² Sobre o tema, recomenda-se ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Felix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodium, 2017.

sujeitos em situações análogas, nas quais pretendem a tutela do mesmo direito.

Considerações finais

Ainda em tempos de grande desenvolvimento dos meios adequados de resolução dos conflitos, o Poder Judiciário, em matéria de tutela dos direitos sociais, segue sendo relevante ‘porta’, pelas características próprias desses direitos. Nessa quadra, o acesso à justiça ganha feição muito mais complexa, considerando-se a necessidade de que seja atrelado à indispensável igualdade, não apenas de acessar o Judiciário, mas de se obter decisão efetivamente justa para todos que o acessam.

A massificação das relações acaba por levar milhões de pessoas ao Judiciário em temas que envolvem direitos sociais. Educação, saúde, trabalho, enfim, atingem a todos os indivíduos em maior ou menor medida, em todas as etapas da vida. Portanto, a fim de oferecer tutela a esses direitos, faz-se indispensável que existam meios adequados para tanto. As ações coletivas podem possuir enquadramentos e nomenclaturas variadas, mas, em apertada síntese, quebram o paradigma tradicional do processo civil e reclamam por uma visão diferenciada desse fenômeno, a fim de que não se deixe de oferecer tutela a direitos por questões de cunho formalmente pernicioso.

Referências

- ABREU, Rafael Sirangelo de. **Igualdade e processo**: posições processuais equilibradas e unidade do direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro**. Um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARROSO, Luis Roberto Direito Constitucional e a efetividade das normas. 5. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

BRASIL. **Constituição Federal**, de 05 de outubro de 1988. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 mai. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 591**, de 06 de julho de 1992. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais., de 19 de dezembro de 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/do591.htm. Acesso em: 10 mai. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 678**, de 08 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/do678.htm. Acesso em: 10 mai. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm. Acesso em: 21 mai. 2020.

BÜHRING, Márcia Andrea. Direito Social: proibição de retrocesso e dever de progressão. **Direito & Justiça**. v. 41, n. 1, p. 56-73, jan.-jun. 2015. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/viewFile/18175/12667>. Acesso em: 19 mai. 2020.

CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo**: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo poder judiciário. 2009. 151 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-03062011-114104/publico/Arquivo_completo_pdf.pdf. Acesso em: 21 maio 2020.

CAPPELLETTI, Mauro. O acesso dos consumidores à justiça. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 62, p. 205-220, abr./jun. 1991.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.

CUNHA, Alcides A. Munhoz da. Evolução das ações coletivas no Brasil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 77, 224-235, jan./mar. 1995.

GOMES NETO, José Mário Wanderley. **O acesso à justiça em Mauro Cappelletti**: análise teórica desta concepção como 'movimento' de transformação das estruturas do processo civil brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Das ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos. In: **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentados pelos autores do anteprojeto. 8. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004

LINS, Liana Cirne. Da titularidade à co-titularidade dos direitos fundamentais sociais: pressuposto à adequação procedimental da sua tutela. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**. v. 33 n. 1 (2013): jan./jun. 2013. p. 147-163. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/872/849>. Acesso em: 19 mai. 2020.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Tecnos, 2007.

MARISCO, Francelle Moreira; ALVES, Jaime Leônidas Miranda. O novo Código de Processo Civil e a Tutela Coletiva: possível resposta à questão dos Direitos Sociais. **Arquivo Jurídico**. v. 1, n. 7, p. 89-95, Jul./Dez. de 2014. Disponível em: <https://revistas.ufpi.br/index.php/raj/article/download/3345/1911>. Acesso em: 19 mai. 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Carta da Organização dos Estados Americanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/q.Carta.OEA.htm>. Acesso em: 19 mai. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Cap. 3.14. p. 541-570.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde**. Disponível em: <https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/305-artigos-mai-2015/7129-a-titularidade-simultaneamente-individual-e-transindividual-dos-direitos-sociais-analisada-a-luz-do-exemplo-do-direito-a-protecao-e-promocao-da-saude-1>. Acesso em: 20 mai. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

TEODORO, Warlen Soares. **Acesso à justiça no paradigma de estado democrático de direito**. 2013. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3f85a33edd5813b5>. Acesso em: 12 set 2019.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coords.). **Participação e processo**. São Paulo: RT, 1988.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa**: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.16-18.

MAZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 24. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

ARENHART, Sérgio Cruz, OSNA, Gustavo. **Curso de Processo Civil Coletivo**. São Paulo: RT, 2019.

AUGUSTO, Marcela Vaz, ANDREA, GianfrancoFaggin Mastro. Ações coletivas como instrumento de concretização de políticas públicas: o caso do ativismo judicial dialógico no TJSP. *In Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 97, set./out. 2016.

JOBIM, Marco Félix. **As funções da eficiência no processo civil brasileiro**. São Paulo: RT, 2018.

DIDIER JR, Fredie. Sobre Dois Importantes (e Esquecidos) Princípios do Processo: Adequação e Adaptabilidade do Procedimento. 2010. Disponível em: http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/fredie%20didier_3_-%20formatado.pdf. Acesso em 20.03.2020.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca, SOUZA, Maurício Bearzotti de. Os Princípios da Adequação, da Adaptabilidade Procedimental e de Flexibilização Procedimental pelo Juiz no Novo CPC. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, Vol. 82, nº 3, jul./set. 2016.

Intervenções de agentes públicos em tempos de pandemia: limites na atuação do Estado em respeito aos Direitos Humanos e Fundamentais

*Robyson Danilo Carneiro*¹
*Valter Foletto Santin*²

Introdução

O presente estudo tem por objetivo realizar uma análise a respeito dos limites de atuação do Estado no cotidiano dos membros da sociedade, visando um controle voltado para a preservação da saúde pública e consequentemente da vida das pessoas, especialmente durante período de pandemia ou anormal.

No final do ano de 2019 uma nova doença surgiu na cidade Wuhan, na China, a COVID-19, fazendo-se presente em todo o mundo desde o final do primeiro trimestre de 2020, tornando-se uma pandemia global, com diversos reflexos no modo de vida das pessoas, limitando a liberdade de locomoção e causando um caos na saúde pública de diversos países.

Pelos dados científicos, a COVID-19 é produzida pelo coronavírus SARS-CoV-2 (Síndrome Respiratória Aguda Grave coronavírus 2). Os coronavírus (CoVs) produzem doenças respiratórias, resfriado comum e doenças mais raras e graves, de grande risco à saúde humana (Organização Mundial da Saúde, 2020a e 2020b).

¹ Mestre em Ciência Jurídica (UENP, Jacarezinho, Paraná, Brasil), Especialista em Direitos Humanos e Cidadania pela UEPG, Bacharel em Direito pela Faculdade Estácio de Curitiba. Participante do Grupo de Pesquisas (GT) Políticas públicas e efetivação dos direitos sociais (UENP, Jacarezinho). E-mail: robysondanilo@hotmail.com.

² Professor da graduação e dos programas de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP, Jacarezinho, Paraná, Brasil). Doutor em Direito (Universidade de São Paulo - USP). Pós-doutor pelo programa do *Ius Gentium Conimbrigae* (Coimbra, Portugal). Líder do Grupo de pesquisa Políticas públicas e efetivação dos direitos sociais (UENP). Procurador de Justiça em São Paulo. E-mail: santin@uenp.edu.br.

A Pandemia COVID-19 alterou a vida das pessoas em termos mundiais, pelo risco de contaminação e de consequências graves à saúde, até risco de morte. A Organização Mundial de Saúde (2020b) rotulou como pandemia, obrigando medidas e atos governamentais para proteção mundial e interna da saúde pública. Os números de contaminados e mortos são crescentes, atingindo milhões de pessoas, em momento em que as vacinas e medicamentos se encontram em fase de estudos específicos e de aprovação em órgãos reguladores nacionais, e até pela demora de vacinação em massa pelas vacinas já aprovadas.

No Brasil não foi diferente, sendo que os picos de contaminação alcançaram números alarmantes, com quedas e novas evoluções durante a análise de doze meses (março de 2020 a março de 2021), trazendo bastante dificuldade na área da saúde pública, fazendo-se necessário uma rigorosa intervenção por parte dos gestores públicos na política do “distanciamento social”.

Os impactos da pandemia de Covid-19 nas relações sociais, na economia e nos sistemas de saúde de muitos países, ademais, têm sido diuturnamente divulgados nos meios de comunicação nacionais e internacionais.

Diversas normas têm sido expedidas e utilizadas para isso, em âmbito municipal, estadual e federal, com a aplicação de notificações/multas, restrições de direitos para pessoas físicas e jurídicas (perda de alvarás para empresas, entre outras), visando o cumprimento das medidas orientadas pela Organização Mundial da Saúde.

Em alguns casos a intervenção parte para a esfera penal com a aplicação dos artigos 268 e 330 do Código Penal, voltados para condutas que venham a infringir as determinações do poder público para impedir o contágio de doenças e da desobediência a ordem legal, respectivamente, condutas puníveis com penas de detenção (privação de liberdade).

A questão de conflitos de direitos e liberdades, além da hierarquia de normas e princípios traz à baila bastante polêmica, sendo necessária reflexão sobre quais seriam os limites da atuação estatal em um momento de grande impacto na saúde global.

No caso em tela, a discussão principal tem foco no conflito existente entre a liberdade de locomoção, trabalho e lazer individual e a proteção da vida sob um viés coletivo, com o objetivo de limitar a propagação do vírus.

A pesquisa foi desenvolvida utilizando o método de abordagem indutivo-dedutivo, o procedimento comparativo, a técnica de documentação indireta e, principalmente, a pesquisa bibliográfica em legislações e publicações periódicas.

I- Direitos humanos e fundamentais

Flavia Piovesan (2019, p. 71) afirma que “não há direitos humanos sem democracia, tampouco democracia sem direitos humanos”, tal concepção permite se verificar a importância deste instituto no desenvolvimento de um Estado contemporâneo preocupado com o bem-estar dos membros de sua comunidade.

Trata-se de extrema importância o entendimento a respeito de uma concepção básica do que seriam os direitos humanos, já que não há uma definição única ou perfeita sobre o tema, alguns posicionamentos se tornam capitais dentro de uma aceção do conceito de direitos humanos (CARNEIRO; SANTIN, 2020, p. 97). André de Carvalho Ramos entende os direitos humanos como um conjunto de direitos para uma vida humana pautada nos princípios da liberdade, igualdade e dignidade. essenciais para uma vida digna (RAMOS, 2014, p. 24).

Os direitos fundamentais e direitos humanos são conceitos próximos, aqueles reconhecidos na Carta Magna de um Estado e estes em

avenças nas relações internacionais (SANTIN, 2019, p. 140; BREGA FILHO, 2007, p. 70; CASADO FILHO, 2012, p. 19).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos trouxe como uma das suas principais preocupações a positivação dos direitos mínimos dos seres humanos em âmbito internacional, complementando os propósitos das Nações Unidas em relação à proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais de todos os indivíduos, tratando-se de instrumento considerado o “marco normativo fundamental” do sistema protetivo das Nações Unidas (MAZZUOLI, 2019, p. 1341). Porém, destaque-se que vários outros textos normativos vêm surgindo em complemento à Declaração Universal de Direitos Humanos, formando um aparato legal de proteção que deve ser respeitado, em especial por parte das nações signatárias.

No Brasil o texto Constitucional visa garantir os direitos da pessoa em detrimento do Estado. Tal entendimento traz à luz a ideia de que o Estado existe para o indivíduo e não o contrário. A pessoa não pode ser instrumentalizada, mantendo seu valor intrínseco, impossibilitando sua submissão a qualquer tratamento indigno, em razão de seu status social, seus atos heroicos ou hediondos (SARMENTO, 2016, p. 76). O Estado, portanto, deve atuar em prol dos indivíduos, resguardando seus direitos, tratando-os com dignidade, cabendo restrição somente em situação excepcional, em detrimento da busca pelo bem comum, respeitando sempre sua condição de pessoa humana.

Interessante salientar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) prevê em seu texto (artigo XXIX), que poderá ocorrer ponderação ou conflito entre direitos, determinado que toda pessoa tem deveres para com a comunidade e estará sujeita às limitações de direitos, para assegurar os direitos dos outros e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática (RAMOS, 2019, p. 37). Por óbvio que este conflito poderá ser vivenciado

em relação aos direitos fundamentais (em âmbito interno), devendo ser analisado, em último caso, pelo Tribunal Constitucional, para que se verifique qual direito deve prevalecer, permitindo-se a limitação ou mitigação de determinado direito em prol dos demais membros da sociedade.

II- A saúde pública em uma pandemia

Não se resta dúvidas de que em tempos de uma pandemia como a da COVID/19, a saúde pública alcança dimensão mundial, exigindo intervenções universalizadas, não apenas de algum país e seus entes. A formação de uma sociedade realmente cosmopolita adquire reais contornos neste crítico e infeliz momento de contágio mundial.

Em outros tempos, esta disseminação ficaria reduzida apenas em nível de continentes próximos (Peste negra), ou ocorreria de forma mais lenta e limitada (Gripe espanhola), algo que não se percebeu no caso da COVID-19.

A própria Declaração dos Direitos Humanos previu o direito do ser humano à vida (artigo 3º) e ao padrão de vida mínimo, “capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis” (artigo 25, 1), com destaque para a saúde.

A prestação de saúde, juntamente com a educação e com a segurança pública, trata-se de item que justifica a própria existência do Estado, sendo que políticas públicas e programas voltados para a melhoria deste tripé, se mostram como uma demonstração de preocupação com a dignidade e qualidade de vida das pessoas (DEGRAF; SANTIN; COSTA, 2020, p. 37). A efetivação destas ações deve ser internalizada nos Estados-nações, por intermédio de textos normativos voltados para efetivação de melhorias nestes campos.

A Constituição Federal do Brasil apresenta a partir do artigo 196 o direito à saúde, como “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos” (BRASIL, 1988), considerado de relevância pública (artigo 197 da Carta Magna). Tal intervenção deve ser executada de forma direta, ou ainda, através de terceiros. As medidas serão adotadas, portanto, sempre que houver necessidade, visando a redução dos riscos de proliferação de doenças, através de controle a ser realizado pelos gestores, em conformidade com as circunstâncias que se apresentarem para cada caso.

A Lei nº 8.080 de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, apresenta em seu artigo 2º, que: “A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício” (BRASIL, 1990).

Dentre as medidas que devem ser adotadas, tanto a Constituição Federal, quanto a norma infraconstitucional, preveem que o Sistema Único de Saúde (SUS) deve realizar a chamada “vigilância epidemiológica” (artigo 200, II da CF/88 e artigo 6º, I, b, da lei 8.080/1990), definida no § 2º da lei ordinária “um conjunto de ações que proporcionam o conhecimento, a detecção ou prevenção de qualquer mudança nos fatores determinantes e condicionantes de saúde individual ou coletiva, com a finalidade de recomendar e adotar as medidas de prevenção e controle das doenças ou agravos” (BRASIL, 1990). A adoção destas ações vai variar conforme orientações dos especialistas, com o objetivo de controlar, reduzindo e prevenindo a incidência de doenças que venham a assolar os indivíduos de cada comunidade.

Importante destacar neste estudo o papel da Organização Mundial da Saúde (OMS), ente multilateral, visando melhorar a saúde e a qualidade de vida de suas populações. As recomendações/orientações desta agência servem como base no enfrentamento destes tipos de situações, servindo

muitas vezes como um alicerce para a elaboração de normas voltadas para o controle destes males.

No caso da COVID-19 têm sido redigidos no Brasil, diversos decretos, portarias, entre outros, com aplicação em âmbito federal, estadual e municipal, conforme competência, vinculando os membros das comunidades à obediência. Um exemplo destas normas aprovadas em caráter emergencial, foi a Lei nº 13.979/2020, que dispõe sobre medidas para enfrentamento à pandemia do coronavírus, responsável pelo surto mundial a partir do final do ano de 2019.

Dentre as ações indicadas pela OMS e conseqüentemente pela OPAS, o distanciamento/afastamento social, com o objetivo de conter a proliferação do vírus entre as pessoas, trata-se, talvez, do tema “mais polêmico”, sendo alvo de grande resistência no Brasil, em especial por conta das questões econômicas (FERRARI; CUNHA, 2020). Porém, tal procedimento tem sido orientado em todo o mundo, trazendo melhora em relação a esta contenção da evolução da pandemia, quando adotada de forma regular.

Este conjunto de ações tem status de política pública no âmbito da saúde, pois está dotado dos dois elementos considerados fundamentais para constituir este tipo de instrumento: a intencionalidade pública e a resposta a um problema público, tratando-se de medida desenvolvida visando o tratamento e a resolução de um problema entendido como relevante para a coletividade (SECCHI, 2013, p. 2), neste caso, o controle da proliferação da COVID-19.

III- Limites aceitáveis de intervenção do Estado durante pandemia

A título de exemplificação de normas que vêm sendo expedidas e aplicadas visando minimizar a evolução da pandemia da COVID-19 no Brasil, apresenta-se o Decreto Estadual nº 6983, publicado em 26 de fevereiro de 2021, no Estado do Paraná. Este dispositivo apresenta diversas medidas

restritivas de caráter obrigatório e emergencial, sujeitando quem vier a descumpri-lo às sanções administrativas e penais pertinentes. Dentre as diversas disposições previstas, o artigo 2º do decreto, “institui, no período das 20 horas às 5 horas, diariamente, restrição provisória de circulação em espaços e vias públicas” (PARANÁ, 2021), excetuando-se a circulação de pessoas e veículos em razão de serviços e atividades essenciais, discriminadas estas no presente texto normativo. O artigo 3º traz a proibição de “comercialização e o consumo de bebidas alcoólicas em espaços de uso público ou coletivo no período das 20 horas às 5 horas, diariamente, estendendo-se a vedação para quaisquer estabelecimentos comerciais” (PARANÁ, 2021), competindo à Secretaria de Estado da Segurança Pública - SESP, por intermédio, principalmente, da Polícia Militar do Estado do Paraná, em cooperação com as guardas municipais, nos municípios em que houverem, a intensificação de fiscalização, visando o integral cumprimento das medidas.

A fiscalização por parte dos agentes de segurança pública pode ocorrer em conjunto com outros órgãos, visando a aplicação das diversas sanções em âmbito administrativo, sendo as notificações e consequentes multas as mais comuns.

No caso da aplicação de sanções pecuniárias não nos parece inicialmente haver maiores problemas, até porque, o processo costuma permitir a devida refutação por parte do “suposto infrator”, que pode ser pessoa física ou jurídica, recaindo o prejuízo somente quando esgotadas as possibilidades de recursos. Os valores costumam ser mais elevados para pessoas jurídicas, em especial no caso de reincidência.

Porém, em diversos casos, faz-se uso pelos agentes de polícia da aplicação de normas em âmbito penal, destacando-se dois tipos penais principais, que costumeiramente têm sido utilizados, “a desobediência” e

a “Infração de medida sanitária preventiva”, ambos previstos no Código Penal Brasileiro.

A conduta de “Infração de medida sanitária preventiva” está prevista no Artigo 268 da normativa penal, com a seguinte descrição: “Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa”, trazendo previsão de pena de detenção, de um mês a um ano, e multa. O dispositivo legal se encontra no Título VIII, que trata dos crimes praticados contra a saúde pública, Capítulo III, direcionado aos delitos que venham a ser cometidos por particulares (BRASIL, 1940). A localização do tipo penal no ordenamento jurídico demonstra a intenção do legislador quando da criação do dispositivo (CARNEIRO; SANTIN, 2020, p. 176), que neste caso, visa proteger a saúde de toda a sociedade frente às adversidades sanitárias que possam vir a prejudicar o convívio social.

Este tipo penal não é aplicado de forma recorrente em épocas comuns, porém, em tempos de pandemia, tornou-se uma ferramenta na tentativa de coibir as ações contrárias ao controle da proliferação da doença.

O termo infringir, utilizado no texto legal, traz o sentido de violar, desrespeitar, ignorar, descumprir a determinação oriunda do Poder Público, podendo ser praticada por qualquer pessoa em detrimento da sociedade, tendo como objetivo a proteção da incolumidade pública, consubstanciada, especificamente neste caso, na saúde pública. Destaque-se ainda, que o delito pode ser praticado tanto de forma comissiva, fazendo-se algo contrário à ordem emanada pelo Poder Público, como de forma omissiva, deixando-se de cumprir as determinações (GRECO, 2015, p. 113-115).

Trata-se de lei penal em branco, pois o preceito primário da lei penal depende de complementação, podendo esta ser por outra lei (lei penal em

branco homogênea ou lato sensu) ou por algum outro ato administrativo (lei penal em branco heterogênea ou stricto sensu), permitindo-se o complemento, portanto, por leis, decretos, portarias, resoluções etc. Por óbvio que o responsável pela determinação deverá ter competência para tal, constando do rol de suas atribuições legais. A ordem deve ter cunho imperativo ou obrigatório, excluindo-se simples conselhos ou advertências (MASSON, 2015, p. 307). Desta forma, as orientações, por exemplo da OMS, não permitiriam a utilização deste tipo penal, pois não se afiguram como determinações, tratando-se de meros direcionamentos ou pareceres.

No Código Penal a conduta de desobediência, aplicada de forma mais constante pelos agentes de polícia em épocas de normalidade, está tipificada no Artigo 330, com seguinte texto: “Desobedecer a ordem legal de funcionário público”, cuja previsão é de pena de detenção, de quinze dias a seis meses, e multa. O dispositivo legal se encontra no Título XI, que trata dos crimes praticados contra a administração pública, Capítulo II, direcionado aos delitos que venham a ser cometidos por particulares (BRASIL, 1940).

O verbo desobedecer, traz como significado: deixar de atender, não cumprir a ordem legal de funcionário público, fazendo, ou deixando de fazer alguma coisa imposta por lei. A ordem emanada deve ser formal e materialmente legal, bem como o funcionário público que a dispensa deve ter atribuições legais para tal. Da mesma forma, não se poderia cogitar a prática deste crime por pessoa que não tinha obrigação de cumprir a determinação legal (GRECO, 2015, p. 529).

Analisando os dispositivos legais e avaliando o momento de pandemia vivenciado no Brasil (e no mundo), algumas questões devem ser trazidas para a discussão.

No exemplo de violação do já mencionado Decreto Estadual 6983/PR, por exemplo em relação à proibição de circulação em espaços e vias públicas no período compreendido entre 20 horas e 5 horas, como funcionaria esta intervenção de maneira proporcional? No caso concreto várias questões deveriam ser analisadas. Inicialmente, os agentes públicos precisariam pensar nos riscos para os envolvidos neste tipo de situação: autor da conduta, agentes de polícia administrativa e judiciária, demais pessoas. A condução de pessoas a uma delegacia de polícia, por exemplo, para lavratura de termo circunstanciado (cabível em qualquer dos tipos penais, em virtude da baixa pena atribuída às condutas), ou para a lavratura do flagrante delito, não estaria expondo os envolvidos, inclusive os agentes públicos a um risco maior? Será que uma medida de caráter administrativo não se demonstraria muito mais eficaz e segura para todos em tempos de pandemia global?

Destaque-se que a utilização da justiça criminal possui importante papel na sociedade, tratando-se de “um mal necessário” (ROXIN, 2006, p. 2), que auxilia no gerenciamento social, na conservação dos bens, direitos e liberdades. Porém, tratar o direito penal como único, ou principal meio de controle social e de conflitos, não se demonstra aceitável, invertendo a excepcionalidade que deve pautar sua aplicação (CARNEIRO; SANTIN, 2020, p. 268).

Da mesma forma, Juarez Cirino dos Santos entende que “a proteção de bens jurídicos realizada pelo Direito Penal é de natureza subsidiária e fragmentária”, não havendo um direcionamento para a proteção de todos os bens jurídicos definidos pela Constituição da República, limitando-se aqueles que foram selecionados para proteção em âmbito penal (2014, p. 5-6).

Ainda nesse sentido, vale ressaltar o entendimento de Luiz Roberto Ungaretti de Godoy, que compreende o Direito Penal, como um mecanismo de controle social subsidiário, utilizado equivocadamente em alguns casos, como uma solução para todas as celeumas políticas, éticas e sociais da sociedade globalizada, e como se fosse uma “máquina”, criada para garantir a paz e o bem-estar do indivíduo. A utilização desarrazoada deste, torna-se um meio desproporcional, transformando-se em uma grande fonte de injustiças e fracassos (GODOY, 2011, p. 17)

O Direito Penal moderno se estende, e passa a ser utilizado para proteger os bens jurídicos de forma extrema, direcionando-se a tutelar interesses que não lhe cabem, trazendo “soluções” inadequadas, postulando uma condição de medida *prima ratio*, a partir da utilização de “conceitos desestruturadores e anômalos, reproduzindo um Direito Penal simbólico, ao mesmo tempo em que punitivista/repressivista” (GIMENEZ; SPENGLER, 2018, p. 247).

A intervenção estatal voltada a limitar o exercício dos direitos individuais em benefício da segurança coletiva, trata-se de conceito adotado no direito brasileiro, intitulado Poder de Polícia, que pode se resumir como a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público, o qual diz respeito aos mais variados setores da sociedade, como, por exemplo, no caso da “segurança, moral, saúde, meio ambiente, defesa do consumidor, patrimônio cultural, propriedade”, decorrendo daí a divisão existente na polícia administrativa em vários ramos: “polícia de segurança, das florestas, das águas, de trânsito, sanitária etc” (DI PIETRO, 2014, p. 124).

Dentro do estudo do Direito Administrativo costuma-se apontar como atributos do poder de polícia a discricionariedade, a autoexecutoriedade e a coercibilidade. A autoexecutoriedade seria a possibilidade de

Administração Pública, a partir de seus próprios meios, executar suas decisões, sem a necessidade de recorrer ao Poder Judiciário (DI PIETRO, 2014, p. 126). No caso em estudo, a execução das medidas pelos agentes vinculados ao Estado se trataria de conduta aceitável, portanto, desde que respeitados os princípios da administração pública.

A coercibilidade seria a imposição coativa, forçada das medidas, admitindo o uso de força física para seu cumprimento, não restando ao particular a faculdade em submeter-se ao ato. Desta forma, havendo a necessidade, em caso de oposição por parte do infrator, a força física poderá ser aplicada, o que não estaria legalizando a utilização da violência desnecessária ou desproporcional à resistência, caracterizando excesso e abuso de poder e sujeitando a autoridade que venha a extrapolar da força na execução da medida, às devidas responsabilizações (MEIRELLES; BURLE FILHO, 2016, p. 161). Este atributo seria utilizado, aplicando-se as ações de forma mais incisiva somente nas excepcionalidades, para que se permitisse a imposição das determinações legais.

Já a discricionariedade traduz-se na livre escolha pelo agente da Administração Pública, com a devida observação da oportunidade e da conveniência, em exercer o poder de polícia. Desta forma, entende-se que “desde que o ato de polícia administrativa se contenha nos limites legais e a autoridade se mantenha na faixa de opção que lhe é atribuída, a discricionariedade é legítima” (MEIRELLES; BURLE FILHO, 2016, p. 159).

Ao se conceituar o poder de polícia como faculdade discricionária não se está reconhecendo à Administração qualquer poder arbitrário. Discricionariedade não se confunde com arbitrariedade. Discricionariedade trata-se da liberdade de agir dentro dos limites legais; arbitrariedade é ação fora da lei, com abuso ou desvio de poder. O ato discricionário, quando se atém aos critérios legais, se perfaz legítimo e válido; o ato arbitrário será sempre ilegítimo e inválido; eivado de nulidade, portanto (MEIRELLES; BURLE

FILHO, 2016, p. 159). A discricionariedade permitiria que se optasse pela medida mais adequada, dentre às opções legalmente disponíveis.

A proteção dos direitos individuais traz a necessidade de se limitar o poder de polícia a partir da observação das seguintes regras: necessidade, proporcionalidade e eficácia. A regra da necessidade indica que a medida só deve ser adotada com objetivo de evitar reais ou prováveis ameaças de violação do interesse público. Já a proporcionalidade exprime a exigência de uma relação entre a limitação ao direito individual e o prejuízo que venha a ser evitado. A regra da eficácia encontra amparo no sentido de que a adoção da medida precisa ser adequada para impedir a ocorrência do dano ao interesse público. Por este motivo, os meios diretos de coação só devem ser utilizados quando não haja outro meio eficaz para alcançar-se o mesmo objetivo, não sendo válidos quando desproporcionais, desarrazoados ou excessivos em relação ao interesse protegido pela lei (DI PIETRO, 2014, p. 130).

Ora, no caso trazido para discussão, ao se verificar a necessidade de intervenção dos agentes públicos, realmente a imposição da medida nos parece cabível, pois em uma pandemia, onde existem orientações pelos órgãos de saúde para o afastamento social, realmente a ameaça ou risco de contaminação existe. Por óbvio que a eficácia também se demonstraria visível, pois a imposição tem exatamente o objetivo de manter as pessoas mais afastadas possível, evitando o trânsito e contato entre elas. Já no caso da proporcionalidade, necessário ao se ponderar as providências que venham a ser adotadas pelo poder público, não se consegue concluir que a utilização do direito penal se trata de melhor ferramenta, pois nesse caso a limitação ao direito individual traria um significativo reflexo para o suposto infrator e o prejuízo evitado sequer poderia ser confirmado em situação normal.

A utilização do princípio da proporcionalidade é uma boa prática, por carregar consigo uma forte relação com as noções de justiça, equidade, isonomia, moderação, prudência, além de traduzir a ideia de que o Estado de Direito é o Estado do não arbítrio, (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 234).

Luís Roberto Barroso entende que a utilização do princípio da proporcionalidade ocorrerá como instrumento de ponderação entre valores constitucionais contrapostos, incluindo-se as colisões de direitos humanos e fundamentais e as colisões entre estes e os interesses coletivos gerais (BARROSO, 2015, p. 294).

Destaque-se ainda, que se trata de entendimento consolidado o fato de que não existem direitos absolutos, nem mesmo no rol de direitos fundamentais, podendo haver mitigação, afastamento ou destituição destes, conforme o caso concreto, e de forma excepcional. Esta absolutez cega a direitos inviabilizaria o convívio social (CARNEIRO; SANTIN, 2020, p. 176).

Nesta ótica, é importante atentar para a possibilidade de aplicação dos dispositivos penais em caso de excepcional necessidade, com limites para utilização da norma criminal.

A limitação não se inseriria na conduta de prevaricação por parte do agente público (artigo 319 do Código Penal), que trata do “não cumprimento pelo funcionário público das obrigações que lhe são inerentes, em razão de ser guiado por interesses ou sentimentos próprios” (MASSON, 2015, p. 679), algo que não se estaria adotando, apenas se exigindo que a intervenção se utilizasse da medida mais adequada, sem ser arbitrária ou violar de maneira desnecessária o direito do indivíduo e sua dignidade, a partir da observação da oportunidade e da conveniência.

A própria Declaração Universal dos Direitos Humanos coíbe intromissão arbitrária em diversos momentos, destacando-se o artigo 9º,

“ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado” e o artigo 12º, “ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques a sua honra e reputação” (ONU, 1948).

A condução de alguém a um departamento policial por conta das violações relacionadas às normas, leis, decretos, etc., pertinentes ao controle da pandemia, deve ocorrer apenas em último caso, devendo-se evoluir, ao nosso entender, da seguinte forma: orientação verbal, advertência verbal, medida de cunho administrativo (sanção pecuniária, por exemplo), para somente então, se adotar as medidas de aplicação dos tipos penais de “desobediência” e “Infração de medida sanitária preventiva”, conforme a situação, mantendo o direito penal na condição de *ultimus ratio*, servindo apenas, quando as demais intervenções forem insuficientes.

Importante ressaltar que no caso concreto, a indicação de que alguém incorreu em algum dos tipos penais deverá se fazer de forma objetiva e clara, pois a aplicação de ambos em virtude de apenas uma conduta de “não obediência” não se perfaz adequado. Por óbvio que na verificação de condutas criminosas distintas se torna plausível a ampliação da atribuição criminosa.

Saliente-se ainda, que a condução de alguém em momento de pandemia, em flagrante delito por crime ou contravenção penal, deve ser realizada com todos os cuidados, em conformidade com as orientações dos órgãos de saúde, visando a proteção dos agentes públicos, “supostos autores” e demais envolvidos, evitando-se o contato físico, dentro dos limites técnicos, em resguardo à segurança de todos, com a maior celeridade possível, especialmente quando se tratar de termo circunstanciado, em razão da simplicidade do procedimento.

Em momentos como o atual deve a Administração Pública agir em conformidade com os dispositivos constitucionais, em especial, com respeito aos princípios que norteiam o desenvolvimento de suas atividades, atribuindo aos membros da sociedade sua posição central, com o devido respeito aos seus direitos humanos e fundamentais, conforme se vislumbra em um estado de direito democrático, utilizando-se da alteridade como base para estas intervenções.

Considerações finais

A discussão em relação ao tema em específico trata-se de questão bastante atual, devendo ser alvo de extensa reflexão, principalmente por parte dos gestores e agentes do estado, com o propósito de que sejam vedados resultados diversos dos objetivos que fundamentam a implementação destas ações pelo Poder Público.

Há necessidade de adoção de medidas voltadas à contenção da proliferação da pandemia da COVID-19 em todo o mundo, restando aos órgãos da Administração Pública a implementação de ações voltadas para a prevenção e a erradicação da doença, porém estas devem sempre estar pautadas e alicerçadas nas normativas de proteção aos direitos humanos e fundamentais, resguardando a condição central para a pessoa, não sendo aceitável qualquer tipo de instrumentalização desta circunstância.

A aplicação dos tipos penais de “desobediência” e “infração de medida sanitária preventiva” em caso de recorrentes descumprimentos da norma se perfaz aceitável, porém, outras ações em âmbito administrativo devem anteceder tal prática, em especial por conta dos riscos a que podem estar sendo submetidos todos os envolvidos, sobretudo, em virtude do momento vivenciado na saúde mundial.

Em casos de excepcionalidade, a medida deverá ser aplicada com respeito a todas as orientações de acolhimento à saúde, resguardando-se a

proteção aos agentes do Estado e demais pessoas envolvidas, pois em caso contrário a intervenção não se justificaria, a suposta prevenção se dispersaria em detrimento do desenvolvimento das ações voltadas para a aplicação da norma criminal.

Por fim, saliente-se que o controle da pandemia realmente traz a necessidade de ações positivas, de orientação e convencimento em relação à adoção de condutas efetivas por parte de todos os membros da comunidade, podendo o estado valer-se de todas as ferramentas disponíveis na preservação da saúde pública, ações que devem ser reguladas e adotadas com respeito ao direito de todos, sendo dosadas em conformidade com a necessidade condizente à condição democrática do Brasil contemporâneo, em proporcionalidade e razoabilidade.

Referências

BRASIL. **Código Penal**. 1940. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: q. Acesso em: 7 mar. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 7 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 6 mar. 2021.

BREGA FILHO, Vladimir. Federalização das violações de direitos humanos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 44, n. 175, jul./set. 2007, p. 67-79. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/140957/Ril175%20-%20Vladimir%20B%20Filho.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 6 mar. 2021.

CARNEIRO, Robyson Danilo; SANTIN, Valter Foletto. Controle de convencionalidade do crime de desacato pelos tribunais superiores no Brasil. In: Érika Leahy (Org.). **Hard**

cases, controle de convencionalidade e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Curitiba: Instituto Memória, 2020, p. 158-179

CARNEIRO, Robyson Danilo; SANTIN, Valter Foletto. Direitos Humanos no âmbito das Polícias Militares: enfrentando o antagonismo através da educação. In: **I Encontro Virtual do Conpedi**. Florianópolis. Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann; Armando Albuquerque de Oliveira (Coord.). Florianópolis: Conpedi, 2020, p. 91-110. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/olpbq8uq/ro22fnsg/Pm3kbd27sdqiSLk8.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2021.

CARNEIRO, Robyson Danilo; SANTIN, Valter Foletto. Tratamento desigual como mecanismo de inconstitucionalização de tipificação penal, pela análise do Recurso Extraordinário 755-565. In: Ane Elise Brandalise; Érika Leahy; Letícia Maria Rutkowski Salles (Org.). **Controle de constitucionalidade e direitos humanos**. Curitiba: Instituto Memória, 2020, p. 282-299.

CASADO FILHO, Napoleão. **Direitos humanos e fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

DEGRAF, Guilherme; SANTIN, Valter Foletto; COSTA, Ilton Garcia da. Direitos Humanos no âmbito das Polícias Militares: enfrentando o antagonismo através da educação. **Revista de Movimentos Sociais e Conflitos**. ISSN: 2525-9830. Encontro Virtual. v. 6, nº 2, p. 21-41, jul/dez. 2020. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistamovimentosociais/article/view/7168>. Acesso em: 12 mar. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed., São Paulo: Atlas, 2014.

FERRARI, Andrés; CUNHA, André Moreira. **A pandemia de Covid-19 e o isolamento social: saúde versus economia**. UFRGS, 2020. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/coronavirus/base/artigo-a-pandemia-de-covid-19-e-o-isolamento-social-saude-versus-economia/>. Acesso em: 5 mar. 2021.

GIMENEZ, Charlise Paula Colet; SPENGLER, Fabiana Marion. A justiça restaurativa como instrumento de fortalecimento da cultura de paz: uma nova perspectiva para a execução das medidas socioeducativas no Brasil. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, nº 1, 2018, p. 243-259. Disponível em:

<https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/1214/458>.

Acesso em: 7 mar. 2021.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial, volume IV**. 11. ed., Niterói: Impetus, 2015.

GODOY, Luiz Roberto Ungaretti de. **Crime organizado e seu tratamento jurídico**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado. Parte especial, v. 3**. 5. ed., São Paulo: Método, 2015.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 12. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed., São Paulo: Malheiros, 2016.

ONU – Organização das Nações Unidas [United Nations]. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 6 mar. 2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (World Health Organization - WHO). 2020a. **Origem da SARS-CoV-2**. Ed. 26 mar 2020. Disponível em: <https://www.who.int/health-topics/coronavirus/who-recommendations-to-reduce-risk-of-transmission-of-emerging-pathogens-from-animals-to-humans-in-live-animal-markets>. Acesso em: 10 mar 2021

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (World Health Organization - WHO). 2020b. **WHO-convened Global Study of the Origins of SARS-CoV-2 Terms of References for the China Part**. Ed. 31 jul 2020. Disponível em: <https://www.who.int/publications/m/item/who-convened-global-study-of-the-origins-of-sars-cov-2>.

Acesso em: 10 mar 2021

PARANÁ. **Decreto nº 6983 de 26 de fevereiro de 2021**. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=410089>. Acesso em 6 mar. 2021.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 9. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

ROXIN, Claus. **Estudos do direito penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SANTIN, Valter Foletto. Serviço público e direitos humanos. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto-SP, a. XXIV, v. 28, n. 2, p. 134-153, mai/ago. 2019. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/1332/1300>. Acesso em: 14 mar. 2021.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: Parte geral**. 6. ed., Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Forum, 2016.

SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas: conceitos, esquemas de análises, casos práticos**. 2. ed., São Paulo: Cengage Learning, 2013.

Os movimentos sociais enquanto caminho(s) para a legitimação democrática de políticas migratórias contra-hegemônicas a partir da Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017)

*Diego Guilherme Rotta*¹
*José Francisco Dias da Costa Lyra*²

Introdução

A relação das pessoas com a mobilidade, a ocupação do espaço e o pertencimento constituem uma gama de fenômenos biológicos, sociais e políticos intimamente conectados à condição, à historicidade e ao desenvolvimento da civilização. Em suas dinâmicas contemporâneas, o processo migratório internacional é amplamente complexo e reflete em todas as estruturas da sociedade global. A mobilidade internacional de pessoas afeta e é potencializada pela sua relação com o livre trânsito de mercadorias, capital, ideias, serviços e pessoas, característicos dos processos de globalização; pelas desgraças e catástrofes advindas das forças da natureza, como os desequilíbrios ambientais e as crises pandêmicas; pelos constantes conflitos armados e políticos; por atos de terrorismo e pelas constantes crises do sistema econômico capitalista.

¹ Mestre em Direito (URI). Doutorando (bolsista CAPES/PROSUC) em Direito no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), campus Santo Ângelo. Graduado em Direito. Membro do grupo de pesquisa registrado no CNPq “Tutela dos Direitos e sua Efetividade”, vinculado à linha II (Políticas de Cidadania e Resolução de Conflitos), do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI Santo Ângelo/RS. E-mail: dg_rotta@hotmail.com. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-1333-0028>.

² Doutor em Direito pela UNISINOS/RS. Mestre em Desenvolvimento, Cidadania e Gestão pela UNIJUÍ/RS. Professor do Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI Santo Ângelo/RS. Coordenador do Grupo de Pesquisa registrado no CNPq “Tutela dos Direitos e sua Efetividade”. Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul/TJRS. E-mail: jfdclyra@tjrs.jus.br. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-1952-3365>.

Nesse cenário global que cumula as incertezas, inseguranças e manifestações de ódio e medo em relação ao outro, ao não pertencente à comunidade – que alimentam diretamente a criação de muros e barreiras físicas e legais no acolhimento e integração dos migrantes em novos espaços e sociedades –, os movimentos sociais colocam-se como importantes espaços de ação coletiva para a reivindicação e materialização de novos direitos, alinhando o próprio Estado, enquanto um grande movimento social, às novas demandas de grupos minoritários.

Para aprofundar os caminhos mostrados na introdução, a presente pesquisa realiza-se com aporte no método analítico, com a apresentação de referenciais teóricos sobre os temas de migrações, políticas migratórias, democracia e movimentos sociais e, também, no método dialético, mediante a análise da dimensão da historicidade, da totalidade, a interação dos fenômenos, da contradição e transformação, possibilitando uma interpretação contextualizada com e com maior dinamicidade da realidade. No tocante aos procedimentos metodológicos, empregou-se a pesquisa bibliográfica e documental, devidamente explorada a partir da técnica da análise de conteúdo, com a organização do material colhido (pré-análise), o estudo dos referenciais teóricos colhidos (descrição analítica) e a relação do material referencial com as variáveis, totalidade e contexto dos temas analisados (interpretação referencial).

A fim de melhor desenvolver o problema objeto deste ensaio, o trabalho será dividido em dois capítulos. Em um primeiro momento, discutir-se-á alguns aspectos relevantes à elaboração das políticas migratórias a partir de uma análise de funcionalidade do fenômeno migratório, bem como a importância dos movimentos sociais na busca da materialização da proteção dos direitos e garantias das pessoas em situação de migração. Em uma segunda etapa, considerando o contexto e os agentes envolvidos

no processo de construção da Lei de Migração (Lei n.º 13.445/2017), pretende-se destacar o caráter contra-hegemônico de referido instrumento legal e sua legitimação democrática, possibilitando, a proteção dos migrantes enquanto sujeitos de direito devidamente integrados no corpo político da sociedade brasileira.

I- Movimentos sociais, ação coletiva e luta por novos direitos na sociedade complexa: superação da lógica de funcionalidade do migrante na elaboração das políticas migratórias?

A movimentação de pessoas para “romper com as amarras” dos espaços em que se encontram e buscar melhores condições de vida consiste uma dinâmica intrínseca na história da humanidade (CAVARZERE, 1995), tornando-se, ainda mais relevante, a partir da predominância de uma relação sedentária e fechada com a territorialidade (DELEUZE e GUATTARI, 2005), balizada em propriedades, muros e fronteiras. Relação essa que “constrói, ao longo da história da civilização humana, as principais formas de organizações, como a cidade, o feudo, o estado” (ROTTA, 2018, p. 29). Com a Paz de Vestfália, em 1648, o Estado-nação soberano passa a ser o principal ator político nas relações internacionais e a dinâmica migratória, antes dependente dos acordos, alianças e condições financeiras pessoais, adentra um cenário de “imposição de mecanismos políticos de controle migratórios, enquanto exercício do poder de soberania de cada estado” (MOSES, 2013; ROTTA, 2018, p. 11).

Contudo, é a partir da Primeira e da Segunda Guerra Mundiais (1914-1918 e 1939-1945) que o fenômeno migratório ganhou novas e peculiares características. De um lado, visualizou-se um crescente número de pessoas, em situação de deslocamento forçado ou voluntário, fugindo da devastação provocada pela guerra ou da perda de conexão com seus respectivos Estados-nação (e conseqüentemente dos seus direitos). De outro,

desenvolveu-se uma estrutura de limitação da mobilidade humana, a partir da securitização das políticas migratórias. Como resultado, o cenário das migrações passa por uma etapa de complexificação, emergindo contingentes expressivos de pessoas refugiadas, apátridas, sem destino ou em busca de melhores condições de vida, que passam a gravitar entre as fronteiras dos estados, sem conseguir integrar-se em qualquer corpo político, ficando relegadas a um estado de natureza.

Paradoxalmente, após a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945, e o compromisso moral solidificado em uma estrutura de proteção internacional dos direitos humanos, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, seguida por outros tratados internacionais, bem como pela materialização de tribunais penais e cortes regionais para a punição de crimes atentatórios e lesivos aos direitos humanos, o cenário de exclusão dos “estrangeiros” e securitização da mobilidade humana ainda se manteve. O medo do estrangeiro, do outro enquanto causa de insegurança e sofrimento (FREUD, 2011) permanece.

Como herança das duas grandes guerras e da polarização ideológica, a Guerra Fria, marca nova etapa de políticas de controle de migrações, pautadas num esquema de segurança nacional e proteção ideológica, considerando os “estrangeiros” como seres subversivos à integridade política e interesses nacionais dos Estados-nação. (ROTTA, 2018, p. 12). Com o final da Guerra Fria (1991), a reestruturação política da antiga União Soviética e das Alemanhas Oriental e Ocidental inaugura a possibilidade de fuga dos regimes totalitários, complexificando a mobilidade internacional com um novo e massivo fluxo de migrantes, refugiados e apátridas.

Mesmo adentrando o Século XXI, a polarização ideológica e manutenção do medo como ferramenta de guerra intensifica-se com o cenário de potencialização dos fluxos migratórios em função da globalização e suas tecnologias de transporte, das crises econômicas e sanitária (COVID-19),

dos desastres ambientais e dos atentados terroristas que marcam uma ruptura internacional com os sonhos de integração e cosmopolitismo, retornando às comunidades e Estados-nação fechados em si mesmos.

Os movimentos internacionais de pessoas estão em processo de infinita complexificação, com constante redirecionamento dos fluxos para países em desenvolvimento, constituindo uma dinâmica intrínseca ao processo de globalização (CASTLES, DE HAAS e MILLER, 2014, p. 11-14). Nesse sentido, “o caráter global da migração internacional traz como resultado a convivência e coabitação entre pessoas de contextos físicos e culturais cada vez mais diversos” (CASTLES, DE HAAS e MILLER, 2014, p. 340), criando uma *superdiversidade* (VERTOVEC *apud* SANTOS e LUCAS, 2019), um conjunto de diferentes atravessamentos ou choques interculturais.

Tamanha é a complexidade do fenômeno migratório em suas atuais dinâmicas que, diante da análise de diferentes matrizes teóricas do fenômeno migratório aplicadas, principalmente, a partir do início do século XX, Stephen Castles, Hein de Haas e Mark J. Miller (2014, p. 25-27, tradução nossa) desenvolvem o conceito de *processo migratório* para retratar o complexo conjunto de fenômenos não isolados, “de fatores e interações que levam à migração e influenciam seu curso”, com variação no tempo e espaço, que acompanha toda a vida do migrante (e das gerações futuras), bem como das pessoas à sua volta. Trata-se de uma experiência, uma ação coletiva originada na mudança social e que também afeta toda a sociedade, por um período indeterminado de tempo, seja nos espaços de saída de pessoas ou nos locais que recebem os migrantes (*idem*).

A par das dinâmicas de complexidade do movimento (voluntário ou forçado) de pessoas dentro ou através das fronteiras dos Estados-nação – por vezes incentivado ou sofrendo pouco ou nenhum controle e, por outras, perpassando por paradigmas securitários de “limitação da

mobilidade humana, sobretudo no período entre a Primeira e (pós) Segunda Guerra Mundiais e pós-Guerra Fria –, dos interesses políticos e da reação popular, as políticas migratórias, enquanto formas de “administrar as migrações” (MÁRMORA, 2004, p. 17, tradução nossa) ou “conjunto de medidas adotadas por determinado Estado para controlar o fluxo de pessoas através de suas fronteiras, bem como a permanência dos estrangeiros” (MORAES, 2016, p. 24), são estruturadas por cada corpo político a partir de suas prerrogativas de soberania.

Debruçar-se em análise sobre as políticas migratórias e os projetos de poder de determinado Estado permite perceber a *funcionalidade* empregada ou construída aos migrantes pelos grupos de poder em determinado corpo político. De acordo com Lélío Mármora (2004, p. 49), o processo de “demonização” dos migrantes “é funcional para os grupúsculos fundamentalistas que necessitam corporizar seus ódios”, cumprindo (“em algumas sociedades” o “fantasma” dos migrantes, um papel duplo de “inimigo externo” – valendo-se da lógica de sofrimento ante a convivência com o *Outro*, com o desconhecido ou diferente (FREUD, 2011) – perante o qual os membros de um grupo ou de uma nação deveriam se unir (juntar forças para a proteção) e, ao mesmo tempo, um “bode emissário” das desgraças internas que não podem ser resolvidas (MÁRMORA, 2004, p. 49, tradução nossa).

Mesmo que se tenha presente que tanto as visões otimistas quanto as visões pessimistas sobre migração e desenvolvimento (principalmente no caso de migrações motivadas pela busca de empregos, a partir do envio de rendas a países de origem) sejam perigosas (CASTLES, DE HAAS e MILLER, 2014), sustenta-se que a demonização da figura do migrante visualizada na funcionalidade das migrações (MÁRMORA, 2004) deve ser combatida.

Contudo, observa-se um processo de massificação da propaganda estatal ou de discursos apaixonantes de lideranças políticas populistas, em que formas preconceituosas e excludentes de “finalidade” dos migrantes, bem como de implementação governamental de políticas migratórias excludentes convergem para a manutenção e popularização de plataformas políticas de governo que desviam a atenção das demais desgraças e inseguranças da modernidade para a eleição de um inimigo comum (MÁRMORA, 2004; BAUMAN, 2017a e 2017b). Igualmente, o tratamento humanitário do processo migratório é altamente prejudicado diante da retomada de uma nostalgia delirante, de um retorno à segurança do útero, ao primeiro amor do Estado-nação fortificado e fechado, chamada por Zygmunt Bauman de *retrotopia* (BAUMAN, 2017b).

São esses devaneios típicos de um círculo vicioso visualizado em formas de administração securitária³ do processo migratório e de retomada da popularidade de políticas populistas e conservadoras que institucionalizam o medo ao estrangeiro e, realizam o último papel de união de todos – em uma paixão coletiva e delirante à figura carismática de um líder populista (LACLAU, 2013) – a partir da materialização do ódio, exclusão e violência sobre as minorias, sobre os não pertencentes. Nesse solo arenoso, em um clima desprovido de esperança de fartas chuvas, os movimentos sociais, a partir de ações coletivas ou sociais, colocam-se como os poucos entes a lançar as sementes e cultivar as possibilidades de novos direitos em prol da proteção de grupos minoritários, como os migrantes.

³ A ideia de securitização apreende determinada área de estudos ou de políticas no campo da seguridade, possibilitando, a partir de uma retórica da ameaça existencial, a criação de figuras de inimigos ou grandes ameaças e, posteriormente, a aplicação de “medidas fora dos procedimentos formais e estabelecidos da política” (KARYOTIS, 2007, p. 3, tradução nossa). O modelo de securitização também é uma forma teórico-prática de gestão das diferenças e diversidades, “para criminalizar e penalizar diferenças, para controlar o outro, o outro-diferente, o outro-diferente vulnerável”, representando no migrante, não estrando restrito a um problema unicamente penal ou de ordem policial (SANTOS; LUCAS, 2019, p. 197).

Dando ênfase na identidade coletiva (a partir de um enfoque psicossocial), Melucci entende a ação social como um conjunto de práticas que envolvem ao mesmo tempo um certo número de indivíduos ou grupos com “características morfológicas similares em contiguidade de tempo e espaço, implicando um campo de relacionamentos sociais” e a capacidade de dar sentido ao que estão fazendo (GOHN, 1997, p. 153-163). O surgimento de ações coletivas está historicamente associado a crises no sistema ou em seus aspectos, sendo encarado como uma patologia social (MELUCCI, 2001, p. 33-36). Portanto, uma ação coletiva é típica de um espaço de desequilíbrio, de um desconforto, como o observado no tocante ao tratamento internacional do migrante, mesmo que os movimentos *pró-migrantes* sejam encarados com desdém.

Uma ação coletiva resulta de “objetivos, recursos e limites”, de uma “orientação finalizada que se constrói por meio de relações sociais no interior de um campo de oportunidades e vínculos”, combinando ordens de ação em três vetores interdependentes e tensionados entre si: a) com relação aos fins da ação (“o sentido que a ação tem para o ator”); b) aos meios (“possibilidades e aos limites da ação”) e c) “às relações com o ambiente” (“campo no qual a ação se realiza”)(MELUCCI, 2001, p. 46)⁴. Para Melucci (2001, p 33-36), quando a ação coletiva mobiliza um “ator coletivo, definido por uma solidariedade específica, que luta contra um adversário para a apropriação e o controle de recursos valorizados por ambos”, tem-se um movimento social⁵, manifestado pela “ruptura dos

⁴ Em um momento de abundância e facilidades tecnológicas de comunicação e propagação da informação, as próprias ações coletivas, as formas de mobilizações e atuação, alteram suas dinâmicas, passando para a atuação em redes (GOHN, 2013), fenômeno analisado pelas teorias de redes, que analisam a criação de redes sociais de migração (CASTLES; DE HAAS e MILLER, 2014).

⁵ Ao falar de Melucci, Maria da Glória Gohn (1997, p. 155) afirma que movimento social “é uma construção analítica e não um objeto empírico ou um fenômeno observável”.

limites de compatibilidade do sistema dentro da qual a ação mesma se situa” (idem)⁶.

A partir dos conceitos elaborados por Alberto Melucci (2001, p. 41-42), analisando as condutas apresentadas nos movimentos sociais de migrantes e pró-migrantes (como os que vieram a conduzir à elaboração da Lei de Migração, o que será analisado no próximo capítulo), pode-se dizer que estes são *movimentos reivindicativos*, eis que o “conflito e a ruptura das regras ocorrem no interior de um sistema organizativo, caracterizado por papéis e funções”, mais precisamente no interior dos ordenamentos jurídicos dos Estados-nação, e *movimentos políticos*, eis que exprimem uma necessidade de ruptura dos limites do sistema político vigente, uma luta pela ampliação da possibilidade de os migrantes participarem das tomadas de decisões da sociedade, chocando-se “contra o desequilíbrio do jogo político que privilegia sempre certos interesses sobre outros”⁷.

A partir da ação coletiva e desses espaços de luta e reivindicação, torna-se imperioso o próprio repensar do Estado, a transformação do contrato social. Em um compromisso que antecede a estruturação de uma dinâmica contra-hegemônica de direitos humanos – refletida diretamente nos projetos de emancipação das pessoas e construção da cidadania – a ser analisada posteriormente, não se busca necessariamente, a idealização de uma “concepção transnacional ou que requeira a completa desistência do estado” (ROTTA, 2018, p. 119).

Almeja-se a reelaboração dos votos do contrato social, atualmente colonizado por uma “contratualização liberal individualista, moldada na

⁶ Contudo, importa referir que para que uma ação coletiva seja considerada um movimento social, a simples existência de um conflito ou de ruptura dos limites de compatibilidade do sistema de referência não caracterizam a existência de um movimento social (MELUCCI, 2001, p. 33-36).

⁷ A terceira categoria elaborada por Melucci (2001, p. 42) é a de *movimento antagonista*, que é “uma ação coletiva portadora de um conflito que atinge a produção de recursos de uma sociedade” e que “Luta não só contra o modo pelo qual os recursos são produzidos, mas coloca em questões os objetivos da produção social e a direção do desenvolvimento”.

ideia do contrato de direito civil entre indivíduos, e não na ideia do contrato social entre agregações coletivas de interesses sociais divergentes” (SANTOS, 1999, p. 44). Essa “nova forma de contrato” não apresenta o conflito e a luta enquanto elementos estruturais e impõe a passividade dos contratantes a “condições supostamente universais” (idem).

A “crise da contratualização” é observada na “predominância estrutural dos processos de exclusão sobre os processos de inclusão”, a partir de formas contraditórias, quais sejam: a) o *pós-contratualismo*, “processo pelo qual grupos e interesses sociais até agora incluídos no contrato social são dele excluídos sem qualquer perspectiva de regresso”; e b) o *pré-contratualismo*, que consiste no “bloqueamento do acesso à cidadania por parte de grupos sociais que anteriormente se consideravam candidatos à cidadania e tinham expectativa fundada de a ela aceder” (SANTOS, 1999, p. 45). Dentro da análise da “ilusão do antiestatismo”, Boaventura de Sousa Santos e Marilena Chaui (2014, pos. 513) convidam à reflexão da própria estrutura estatal enquanto agente de atuação *positiva* e não simplesmente *negativa*, bem como de instância fiscalizadora do pacto social entabulado.

Isso porque, a partir do momento em que os interesses privados se sobrepõem aos públicos, utilizando-se da máquina estatal e de suas prerrogativas soberanas para massificar e homogeneizar as novas demandas sociais surgidas a partir da diferença, das minorias, impedem a renovação demandada pelas minorias, deixando transparente a necessidade de reconstrução do pacto social. Esta é uma das dinâmicas de luta e reivindicação observadas nos novos movimentos sociais da era das redes sociais de internet que, mesmo não necessariamente se convertendo em partidos políticos, propriamente ditos, nascem, de forma autônoma, nas redes simultaneamente locais e globais, ocupando os espaços públicos a

partir da indignação com a putrefação das democracias nos Estados nacionais e a superlativação de interesses privados ou de grandes grupos econômicos (CASTELLS, 2017). São movimentos que partem de um intenso descontentamento com a “moldura institucional democrática do Estado de Direito”, sobretudo quando “democratiza ou fortalece o próprio capitalismo” (ZIZEK, 2012, p. 22).

Nesse sentido, dentro da concepção de “ilusão do antiestatismo”, o estado deve ser repensado como “novíssimo movimento social” (SANTOS, 1999, p. 66-74), possibilitando a inclusão das novas demandas apresentadas pelas minorias sociais, dentre as quais situa-se as demandas dos *estrangeiros*, dos migrantes e, de forma a potencializar e ampliar o espectro de inclusão cidadã nos moldes defendidos por Hannah Arendt (2012), enquanto um grande direito a ter direitos a partir da inclusão um determinado corpo político.

II- A Lei de Migração enquanto instrumento contra-hegemônico de direitos humanos: em busca da legitimação democrática das políticas migratórias brasileiras

O processo de construção e formação do Estado brasileiro “enquanto país ‘descoberto’ e colonizado, possui enraizada em sua história e constituição da população a participação de diferentes fluxos migratórios de ‘estrangeiros’”, com ingressos ora expressivos, ora incipientes de pessoas migrantes na integração de seu corpo político (ROTTA, 2018, p. 122).

As mudanças de interesses nacionais e visões políticas dos grupos dominantes, bem como a respectiva alteração de modelos diversos de administração do fenômeno migratório, em consonância com o cenário internacional, apresentam fases de: a) colonização, “com a criação de políticas e programas de incentivo à entrada e ocupação de território pelos migrantes (forçados e ‘livres’)”; b) restrição, “com fortes tendências eugênicas, da entrada de pessoas visando a construção de uma república dotada

de uma nação culturalmente homogênea”, que mais tarde é combinada com os interesses nacionais de “políticas de segurança (Doutrina de Segurança Nacional), tratando o fenômeno e a pessoa migrante dentro do espectro criminal”; e c) “após um período de redemocratização do Estado brasileiro (CRFB/1988) e manutenção de um desalinhamento da legislação migratória com os preceitos daquele”, os esforços de mobilização social e governamental “vertem na criação de um diploma legal alinhado ao novo contexto migratório e pautado na estrutura de direitos humanos vigente (Lei de Migração)” (ROTTA e NUNES, 2019: 169-170).

Rompendo com o anterior tratamento *crimigratório* das migrações (MORAES, 2016), a sanção, em 24 de maio de 2017, da Lei n.º 13.445 (Lei de Migração) tem-se a inauguração de “um novo modelo de ‘funcionalidade’ aos migrantes, moldando a administração do fenômeno migratório a partir da lógica da estrutura internacional de direitos humanos e do Estado Democrático de Direito”, que quebra o tratamento securitário antes estabelecido, deixando de adotar o termo “estrangeiro” como nomenclatura legal, estabelecendo princípios e direitos à administração das migrações (Artigo 3º e incisos) e um conjunto de direitos e garantias às pessoas migrantes (Artigo 4º) (ROTTA, 2018; ROTTA; ROTTA E SANTOS, 2019, p.11)⁸.

A carga de princípios e diretrizes, objetivos, direitos e garantias asseguradas na nova Lei de Migração promove o alinhamento da legislação e das políticas migratórias brasileiras ao estabelecido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e nos tratados de direitos humanos

⁸ Importa ressaltar que “os avanços conquistados nas políticas migratórias e no arcabouço legal decorrente, passam a ser colocados em risco a partir da ascensão, nas eleições gerais de 2018, ao governo federal brasileiro”, que trouxe à estrutura política uma “aliança de forças identificadas com o ideário neoconservador” (ROTTA; ROTTA E SANTOS, 2019, p.11). A partir de tal momento, uma série de manifestações dos membros do governo e de suas estruturas sinaliza o rompimento com a busca de proteção dos direitos humanos das minorias, inclusive dos migrantes, diante da retirada brasileira do Pacto Global para Migração Segura, Ordenada e Regular (“*Global Compact for safe, orderly and regular migration*”) (idem).

de que o Brasil é signatário, cumprindo o objetivo implementado pela Comissão de Especialistas responsável pela elaboração do Anteprojeto de lei. Referido panorama reflete a concepção de arendtiana de cidadania (ARENDDT, 2012), enquanto o “único” ou “o grande direito” a ser concedido a partir do pertencimento/integração ao pacto social em determinado espaço, comunidade ou estrutura política. A partir desse pertencimento e tratamento enquanto sujeito de direitos a pessoa terá a possibilidade de gozo dos direitos legalmente fixados e estendidos aos pactuantes, afastando o estado de exceção, de anomia jurídica, característico da Lei n.º 6.815/1980 (Estatuto do Estrangeiro).

Adicionalmente, a Lei de Migração atende a uma lógica pós-abissal, contra-hegemônica dos direitos humanos, que reflete a estrutura existente a partir da “hermenêutica de suspeita”, de críticas sobre sua materialização, resgatando a humanidade como elemento identificador e a emancipação das pessoas como fator basilar, de modo a repensar o pacto social e estender as “tramas de libertação” e a inserção dos seres humanos “no circuito de reprodução e de manutenção da vida” (SANTOS e CHAÚÍ, 2014; SÁNCHEZ RUBIO, 2010; GALLARDO *apud* SÁNCHEZ RUBIO, 2010).

A partir de um posicionamento anti-hegemônico/contra-hegemônico, que promove o circular processo de pensamento e “despensamento”, de construção e desconstrução do “solidamente pensado”, resgata-se o “potencial emancipador dos Direitos Humanos”, de “reconstrução pluri-cultural de um discurso dos Direitos Humanos” (WARAT, 2003, p. 113). Dessa forma, viabiliza-se a passagem dos migrantes enquanto “subhumanos”, simples “objetos de discursos de direitos humanos”, para sujeitos de direitos, aptos à integração enquanto cidadãos em um determinado corpo político (SANTOS e CHAÚÍ, 2014).

Além do caráter contra-hegemônico, entende-se que a Lei de Migração goza de um espectro de um processo de dupla legitimação

democrática, tanto no conjunto de atos de sua elaboração quanto na sua implantação no ordenamento jurídico. Tal reflexão pode ser pautada a partir da obra de Jürgen Habermas que apresenta uma nova forma de compreender o estado de direito e suas relações democráticas em uma sociedade contemporânea complexa. Tomando elementos das concepções liberais e republicanas de democracia e direito, a teoria do discurso realiza uma integração conceitual na ideia de um “procedimento ideal de deliberação e de tomada de decisões” oferecendo suporte para a discussão sobre a legitimação democrática das normas de direito (HABERMAS, 1995 e 1997).

Nesse modelo teórico, o direito representa a estrutura *médium* (meio) entre o “mundo dos fatos/mundo da vida” e o “mundo dos sistemas”, devendo regulamentar e controlar as expectativas das relações de poder e manter a ordem social, a partir de um conjunto normativo gestado em um espaço de democracia pautada no agir comunicativo (HABERMAS, 1997).

O agir comunicativo, “orientado para o entendimento mútuo” é marcado pela: a) “orientação para o entendimento mútuo”, em que os “atores tratam de harmonizar internamente seus planos de ação e de só perseguir suas respectivas metas sob a condição de um *acordo* existente ou a se negociar sobre a situação e as consequências esperadas”; b) “o entendimento mútuo enquanto mecanismo da coordenação de ações”, a partir do qual “os atos do entendimento mútuo, que vincular os planos de ação dos diferentes participantes e reúnem as ações dirigidas para objetivos numa conexão interativa, não precisam de sua parte ser reduzidos ao agir teleológico; c) existência de uma “situação de ação e situação de fala”, em que, a partir do agir comunicativo, “os agentes assumem alternadamente os *papéis comunicacionais* de falantes, destinatários e pessoas presentes”; d)

o agir comunicativo é um processo circular em que o mundo da vida fornece o contexto e os recursos para o entendimento mútuo e é por ele transformado, sendo o agente iniciador e produto dessa dinâmica; e) possibilita o “processo de entendimento mútuo entre o mundo e o mundo da vida”; e f) os atos de fala são marcados por enunciados presumivelmente verdadeiros, corretos e sinceros; e g) a relação e interação entre diferentes papéis comunicacionais e perspectivas de falantes nos processo de escolha em face do mundo objetivo, social e subjetivo (HABERMAS, 1989, p. 164-172).

A teoria do agir comunicativo, enquanto dimensão ou materialização da democracia, aplicada à produção e reprodução do direito, busca assimilar as tensões entre a facticidade e a validade, sendo que tão somente mediante a união dos participantes/cidadãos em torno de suas ações de fala, da constatação de dissensos e da realização de um processo de negociação dos interesses envolvidos (em uma espécie de “autodeterminação organizada”) são incorporadas as dimensões de racionalidade e moralidade que garantem legitimidade ao direito produzido (HABERMAS, 1997, p. 25, 36, 54, 191, 208). É a “ação orientada para o entendimento, e, em última instância, portanto, da própria estrutura da comunicação linguística” que fundamenta a validade do conteúdo normativo produzido (HABERMAS, 1995, p. 46).

Mediante o agir comunicativo, a democracia coloca-se como “mecanismo para a produção do direito legítimo”, “núcleo de um *sistema* de direitos”, sendo, ao mesmo tempo, em um processo circular, constituidor do direito legítimo (e dos direitos fundamentais em seu código de direito) e também do próprio princípio da democracia (HABERMAS, 1997, p. 158). Por essa razão, o próprio processo legislativo, o processo de constituição do direito, para ser legítimo, torna imprescindível o agir comunicativo, a participação dialógica equitativa entre as partes interessadas e atingidas

pela norma para que, em uma “rede complexa de processos de entendimento e de práticas de negociação”, cheguem, a partir da ponderação e discernimento de fins coletivos, a um “consenso não-coercitivo” (HABERMAS, p. 198-202, 208 e 255).

A legitimação democrática do direito garante estágio superior, indo além da legitimação alcançada pelo processo legislativo previsto nos Artigos 59 a 69 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, eis que, com a participação dialógica, a negociação consensual entre os interessados e interesses envolvidos, há possibilidade de manutenção de um ambiente com menor nível de frustrações e maior aceitação e, consequentemente, de maior purificação e/ou diminuição da complexidade no subsistema do Direito.

Em primeira instância, evidencia-se a legitimação democrática da nova legislação migratória no seu processo legislativo, com a oitiva e representação dos interesses da sociedade e, mesmo que indiretamente, dos próprios migrantes, sujeitos à legislação migratória. Enquanto Projeto de Lei n.º 288/2013 (Senado Federal) e Projeto de Lei n.º 2.516/2015 (Câmara dos Deputados), tem-se a formação de uma Comissão de Especialistas para a elaboração do “Anteprojeto de Lei de Migrações e Promoção dos Direitos dos Migrantes no Brasil” (integrada por professores universitários, membros do Ministério Público, juristas, cientistas políticos, e especialistas em direitos humanos, direito constitucional e direito internacional) que realizou estudos da legislação migratória pátria, de outros países e de tratados internacionais, contando, ainda, com a escuta de outros especialistas, de órgãos governamentais e da sociedade civil.

Além da participação social nos projetos de Lei, a etapa preparatória representada pela realização (entre 30 de maio e 1º de junho de 2014) da

1ª COMIGRAR⁹ marcou o reforço da “participação social nas políticas públicas, já iniciada pela representação da sociedade civil em órgãos governamentais deliberativos como o CNIg e o CONARE” tendo ainda promovido “a ampliação do debate sobre migrações no país, contribuindo para identificar obstáculos e restrições de direitos enfrentados pela população migrante.” (CLARO, FAUTH JÚNIOR, 2015, p. 99). A troca de conhecimentos e proposições de membros da sociedade civil e ONGs em grupos de pesquisa e estudos foi posteriormente reconhecida pela Comissão de Especialistas (KENICKE, 2016, p. 136; SCHWINN e COSTA, 2015, p. 11)

Apesar da realização de uma série de alterações no texto do anteprojeto, a partir das discussões no processo legislativo e nos vetos presidenciais, a elaboração da Lei de Migração forneceu o espaço para a realização de uma série de audiências públicas com órgãos e servidores públicos que tratam diretamente do fenômeno, acadêmicos e pesquisadores de áreas relacionadas ao processo migratório e às políticas migratórias e, sobretudo, com instituições da sociedade civil militantes dos direitos das pessoas migrantes (MORAES, 2016, p. 303).

Em um segundo grau, com a revogação do Estatuto do Estrangeiro, deixa de vigorar a norma que vedava ao migrante admitido no território nacional a participação em eventos ou instituições e o exercício de atividades de cunho político, e também obstava o então chamado “estrangeiro” de tomar parte, direta ou indiretamente, nos negócios públicos do Brasil (Art. 107, *caput* e incisos e Art. 125, inciso XI, ambos da Lei n.º 6.815/1980).

⁹ De acordo com Carolina de Abreu Batista Claro e Sady Sidney Fauth Júnior (2015, p. 82-83)

A 1ª COMIGRAR foi convocada pelo Ministério da Justiça (MJ), por meio da Secretaria Nacional de Justiça (SNJ) e do Departamento de Estrangeiros (DEEST), a partir da Portaria Interministerial nº 898, de 28 de maio de 2014, organizada em conjunto com o Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) e o Ministério das Relações Exteriores (MRE) e realizada em parceria com a Organização Internacional para Migrações (OIM) e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). (p. 82-83)

Consequentemente, diante da aplicação do princípio da legalidade, instaurado no Art. 5º, incisos II e XXXIX da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e no Art. 1º do Decreto-Lei n.º 2.848/1940 (Código Penal), em não sendo reproduzido o dispositivo que tipificava a conduta mencionada anteriormente, dá-se a despenalização da atividade política por parte do migrante, passando esse a ter o direito de integrar e tomar parte nos espaços públicos de diálogo e decisão. Ainda, a partir do referido processo de despenalização, deu-se o alcance do direito constitucional de reunião e associação aos migrantes, desde que para fins lícitos (Art. 4º, incisos VI e VII, da Lei n.º 13.445/2017), dentro das mesmas condições ofertadas aos brasileiros de nacionalidade originária (Art. 5º, inciso XVII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988). Anteriormente, eventual associação de migrantes era limitada às atividades tidas como “não proibidas” (Art. 108 do Estatuto do Estrangeiro).

Apesar de não ter sido concebido, efetivamente, o direito à participação no sistema político democrático brasileiro (exercício da cidadania ativa ou passiva, nos moldes do Art. 14, *caput*, incisos e parágrafos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988), promove-se a qualificação política da pessoa migrante enquanto sujeito apto à participação ativa nos espaços públicos de discussão, promovendo o diálogo social na formulação na execução e na avaliação de políticas migratórias e a participação cidadã do migrante (Art. 3º, inciso XIII, da Lei de Migração) seja mediante a realização ou participação em eventos e instituições de cunho político, seja a partir da constituição de reuniões ou associações entre seus pares.

Considerando a natureza sociável do ser humano, que o “arrasta”, institutivamente, às estruturas de associação política (ARISTÓTELES), a participação dos migrantes nos espaços públicos de discussão e decisão dialógica, nos espaços de trabalho e ação, bem como de (re)formulação do

pacto social, desnudando-se e formatando sua identidade perante o reconhecimento de suas atividades pelos seus pares, perfaz a condição humana da *vita activa* (ARENDDT, 1997) e contribui ao processo de legitimação das políticas migratórias estabelecidas pelo governo ante a sua pessoa.

É esse processo de agência do migrante a partir de sua integração e efetiva participação enquanto sujeito de direitos (e capaz de atuar nas decisões da sociedade) em um determinado corpo político que confirma o caráter contra-hegemônico da Lei de Migração e oportuniza a dupla legitimação das políticas migratórias no cenário brasileiro, inserindo, ainda, o migrante enquanto ator na própria dinâmica dos movimentos sociais.

Considerações finais

Portanto, em um palco internacional de incertezas e inseguranças, bem como de retomada dos fundamentalismos e tribalismos nacionalistas retrópicos, a administração do processo migratório e a condição da pessoa em situação de migração encontram-se presos à terrível e extremamente volátil dinâmica de tratamento funcionalista das políticas migratórias dos Estados-nação soberanos. Almejando seja a civilização pautada pelo resgate e manutenção da humanidade e do tratamento humano das pessoas migrantes, os movimentos sociais colocam-se como importante estrutura de ação coletiva, reflexão, e reestruturação dos pactos sociais dos Estados-nação soberanos para a reivindicação e materialização de novos direitos de grupos minoritários tipicamente excluídos dos corpos políticos.

Compreende-se que é justamente esse o processo de reflexão e reestruturação, potencializado pelos movimentos sociais, que viabilizou a criação da Lei de Migração (Lei n.º 13.445/2017), que, partindo de um pensamento contra-hegemônico de direitos humanos, garante potência ao migrante para a sua emancipação a partir da colocação enquanto sujeito

de direitos em um determinado corpo político e viabiliza a sua participação no processo de legitimação das políticas migratórias que o afetam e governam.

Referências

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Antissemitismo, imperialismo, totalitarismo. Tradução: Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. Tradução: Robert Raposo. Posfácio: Celso Lafer. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

ARISTÓTELES. **Política**. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=6486>. Acesso em: 20 out. 2018.

BAUMAN, Zygmunt. **Retrotopia**. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2017b.

BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Tradução: Luiz Antero Reto e Augusto Pinheiro. Lisboa: Edições 70, 1979.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

BRASIL. **Lei n.º 6.815**, de 19 de agosto de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6815.htm>. Acesso em: 3 mar. 2021.

BRASIL. **Lei n.º 13.445**, de 24 de maio de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm>. Acesso em: 3 mar. 2021.

CASTELLS, Manuel. **Redes de Indignação e Esperança: Movimentos Sociais a era da internet**. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

CASTLES, Stephen; DE HAAS, Hein; MILLER, Mark J. **The age of migration**: international population movements in the modern world. Fifth edition. New York: The Guilford Press, 2014.

CAVARZERE, Thelma Thais. **Direito internacional da pessoa humana**: a circulação internacional de pessoas. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

CLARO, Carolina de Abreu Batista; FAUTH JÚNIOR, Sady Sidney. O processo participativo na elaboração e na consolidação da política migratória brasileira. *In*: VASCONCELOS, Ana Maria Nogales; BOTEGA, Tuíla (orgs). **Política migratória e o paradoxo da globalização** [recurso eletrônico]. Porto Alegre: EDIPUCRS, Brasília: CSEM, 2015, p. 75-103.

COMIGRAR – Conferência Nacional sobre Migrações e Refúgio. **Caderno de propostas pós etapa nacional**. 1ª Conferência Nacional sobre Migrações e Refúgio, 30, 31 de maio e 1º de junho de 2014, São Paulo – SP. Disponível em: <http://www.participa.br/articles/public/0007/6551/COMIGRAR_Caderno_de_Proposta_PosEtapaNacional.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2017.

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Felix. **A thousand plateaus**: capitalism and schizophrenia. Tradução e introdução: Brian Massumi. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2005.

FREUD, Sigmund. **O mal-estar na civilização**. Versão e-book. São Paulo: Editora Schwarcz Ltda., 2011.

GOHN, Maria da Glória. **Teoria dos movimentos sociais**. Paradigmas clássicos e contemporâneos. São Paulo: Edições Loyola, 1997.

GOHN, Maria da Glória. *Novas Teorias dos Movimentos Sociais*. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2010.

GOHN, Maria da Glória. **Movimentos sociais e redes de mobilizações civis no Brasil contemporâneo**. Edição do Kindle. Petrópolis/RJ: Vozes, 2013.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Vol. 1 e Vol. 2. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução: Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jürgen. O conceito de poder de Hannah Arendt. In: FREITAG, Barbara; ROUANET, Sérgio Paulo (Org.); FERNANDES, Florestan (Coord.). **Habermas**. Sociologia. 3. ed. São Paulo: Editora Ática S.A., 1993, p. 100-118 (Reproduzido de HABERMAS, J. Hannah Arendts begriff der macht. *Merkur*, n. 371, dez. 1976, p. 946-60).

HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. **Lua Nova** [online]. 1995, n.36, pp.39-53. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So102-64451995000200003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 20 out. 2018.

HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa, I**. Racionalidad da la acción y racionalización social. Traducción: Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus Humanidades, Grupo Santillana de Ediciones, S.A; 1999.

HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa, II**. Crítica de la razón funcionalista. Taurus Humanidades, Grupo Santillana de Ediciones, S.A; 1992.

IOM. **World Migration Report 2020**. 2019. Disponível em: < https://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr_2020.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2021.

KARYOTIS, Georgios. European migration policy in the aftermath of September 11. In: **Innovation: The European Journal of Social Science Research**, v. 20, n. 1, p. 1-17, 2007.

KENICKE, Pedro Henrique Galotti. **O estatuto do estrangeiro e a lei de migrações**: entre a doutrina da segurança nacional e o desenvolvimento humano. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2016.

LACLAU, Ernesto. **A razão populista**. Tradução: Carlos Eugênio Marcondes de Moura. São Paulo: Três Estrelas, 2013.

MÁRMORA, Lelio. **Las políticas de migraciones internacionales**. Edición actualizada. Prólogo de Alfredo Eric Calcagno. Buenos Aires: Paidós, 2004.

MELUCCI, Alberto. **A invenção do presente**. Movimentos sociais nas sociedades complexas. Tradução: Maria do Carmo Alves do Bomfim. Petrópolis: Vozes, 2001.

MORAES, Ana Luiza Zago de. **Crimigração**: a relação entre política migratória e política criminal no Brasil. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais, Porto Alegre, 2016.

MOSES, Jonathon W. **International Migration**. Globalization's Last Frontier. Versão e-book. New York, Zed Books Ltd, 2013.

PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de. **Metodologia do trabalho científico**: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico. 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

ROTTA, Diego Guilherme. **O migrante no contexto da política migratória brasileira**: perspectivas de acesso à cidadania em um cenário de (re)fechamento de fronteiras. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, Mestrado e Doutorado, Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Campus Santo Ângelo/RS, 2018.

ROTTA, Diego Guilherme; NUNES, Péricles Stehmann. Evoluções e retrocessos: perspectivas históricas das políticas migratórias do Brasil Colônia à República Federativa do Brasil. In: FILPO, K.; LEAL, P. et al (org.). **Direitos Humanos e Sociedade**. Rio de Janeiro: Grupo Multifoco, pp. 158-173.

ROTTA, Diego; ROTTA, Edegar; SANTOS, André Leonardo Copetti. "A ascensão do neo-conservadorismo no Brasil e seus influxos nas políticas migratórias". **Artigo** apresentado no **"SIMPOSIO IBEROAMERICANO DE COMERCIO**

INTERNACIONAL DESARROLLO E INTEGRACIÓN REGIONAL DE LA RED CIDIR en el marco del VI Congreso de Contabilidad, Marketing y Empresa”, realizado nos dias 07, 08 e 09 de novembro de 2019, no campus da UNAE (Universidad Autónoma de Encarnación), em Encarnación, Paraguai.

ROTTA, Diego G; SANTOS, André Leonardo Copetti Santos. Movimentos sociais e a Lei de Migração (Lei n.º 13.445/2017) na sociedade complexa: caminhos para a legitimação democrática de políticas migratórias contra-hegemônicas no ordenamento jurídico brasileiro. Resumo apresentado no GP 25: Direito e Imigração, do **XI Congresso Internacional da ABraSD - Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito**, realizado, em ambiente virtual, no período de 19/10/2020 à 23/10/2020.

SÁNCHEZ RUBIO, David. **Fazendo e desfazendo direitos humanos**. Tradução: Clovis Gorcevski. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2010.

SANTOS, André Leonardo Copetti; ROTTA, Diego Guilherme. A construção das políticas migratórias nas sociedades complexas: a volatilidade da funcionalidade do fenômeno migratório em um cenário de securitização internacional. In: SANTOS, André Leonardo Copetti; GIMENEZ, Charlise Paula Colet (org.). **Anais da VII Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos**. Santo Ângelo: FuRI, 2019, p. 214-219. Disponível em: < http://san.uri.br/sites/site_novo/wp-content/uploads/2019/12/VII-mostra-de-trabalhos-cient%C3%ADficos-.pdf>. Acesso em: 09 dez. 2019.

SANTOS, André Leonardo Copetti; LUCAS, Doglas Cesar. **A (in)diferença no direito**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

SANTOS, Boaventura de S; CHAUI, Marilena. **Direitos humanos, democracia e desenvolvimento**. Versão e-book. São Paulo: Cortez, 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum**: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. 8 ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Reinventar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo. In: HELLER, Agnes *et al.* **A crise dos paradigmas em ciências**

sociais e os desafios para o século XXI. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999, p. 33-75.

SCHWINN, Simone Andre; COSTA, Marli Marlene Moraes da. Migrações contemporâneas: O Brasil e as políticas públicas para migrantes. Análise a partir do projeto de lei 288/2013. *In: XI Seminário Nacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea*, 2015.

WARAT, Luis Alberto. **Educação, Direitos Humanos, Cidadania e Exclusão Social:** fundamentos preliminares para uma tentativa de refundação. Livro de Domínio Público, out. 2003. Disponível em: <http://dominiopublico.mec.gov.br/pesquisa/DetailO-braForm.do?select_action=&co_obra=18585>. Acesso em: 20 out. 2018.

ŽIŽEK, Slavoj. *O violento silêncio de um começo.* *In:* HARVEY, David, et. al. **OCCUPY:** Movimentos de Protesto que tomaram as ruas. Tradução: João Alexandre Peschanski, et. al. São Paulo: Boitempo, Carta Maior, 2012, p. 15-25.

Direitos políticos e princípio da participação na constituição do Estado do Rio Grande do Sul: avanços e retrocessos

*Janaína Rigo Santin*¹

Introdução

Quando se analisa o princípio da participação no regime jurídico administrativo brasileiro, pode-se afirmar que a Constituição Estadual do Rio Grande do Sul foi muito além da Constituição Federal Brasileira no detalhamento dos direitos políticos e na participação da população na formação das tutelas jurídicas e políticas estaduais, já que positivou o princípio da participação como um dos princípios do regime jurídico-administrativo, em seu artigo 19, que assim dispõe:

Art. 19. **A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes do Estado e dos municípios**, visando à promoção do bem público e à prestação de serviços à comunidade e aos indivíduos que a compõem, **observará os princípios** da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da publicidade, da legitimidade, **da participação**, da razoabilidade, da economicidade, da motivação, **da transparência** e o seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 79, de 23/07/20) (grifo nosso).

Dessa forma, no Brasil e, em especial no Rio Grande do Sul, o controle social e a participação popular devem estar além das ideologias e

¹ Pós Doutora em Direito Administrativo pela Universidade de Lisboa, Portugal, com apoio CAPES. Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Advogada e Professora Titular II da Universidade de Passo Fundo. Docente permanente do Programa de Mestrado em Direito e do Doutorado e Mestrado em História da Universidade de Passo Fundo/RS. Professora colaboradora dos cursos de Mestrado da Universidade Agostinho Neto, em Luanda, Angola-África. Colaboradora do PPGD/UCS. Endereço eletrônico: janainars@upf.br.

inclinações partidárias. São imposições do ordenamento jurídico, em especial do seu constitucionalismo. Procura-se com mecanismos consensuais de formação das tutelas jurídicas e políticas superar uma democracia meramente formal, permeando os mecanismos de representatividade aos de democracia direta. E é inegável o incremento que a participação popular e o consensualismo realizam na efetividade do controle da máquina estatal, otimizando a aplicação dos recursos e alargando de maneira considerável o acesso dos cidadãos, tanto individual quanto coletivamente considerados, aos órgãos administrativos deliberativos e consultivos. Trata-se de uma participação intensa da cidadania na gestão da coisa pública, tanto no âmbito do controle social como também na participação prévia na definição das políticas públicas a serem adotadas por seus representantes, num misto de democracia representativa e democracia participativa.

A pesquisa abordará a Constituição Estadual do Rio Grande do Sul, com foco nos direitos políticos e no princípio da participação. Dessa forma, pelo método dedutivo, o artigo visa demonstrar que para concretizar plenamente os ideais da Constituição Estadual Riograndense será preciso desenvolver uma sociedade participativa, na qual a cidadania deve ir além de apenas fazer a tradicional escolha subjetiva de seus representantes nas esferas do poder no momento das eleições, mas ser ouvida na tomada das decisões que envolvam seus interesses individuais, coletivos e metasindivíduos.

I- Participação e consensualismo

Na complexidade social da atualidade, Jürgen Habermas sugere a adoção de uma nova maneira de legitimação, obtida mediante o procedimento democrático, reforçando-se as formas comunicativas e de participação dos cidadãos na gestão da coisa pública. Dar azo aos "fluxos

comunicativos e pelas influências públicas que procedem da sociedade civil e da esfera pública política, os quais são transformados em poder comunicativo pelos processos democráticos". (HABERMAS, 1997b, p. 186)

Almeja-se não a superação dos mecanismos de representação tradicionais, mas conjugá-los com a sociedade civil no processo de tomada das decisões. Um procedimento democrático de formulação das decisões jurídicas e políticas, capaz de proporcionar aos cidadãos resolver, em conjunto aos representantes políticos, os seus problemas da melhor maneira possível,

No paradigma procedimentalista do direito, a esfera pública é tida como a ante-sala do complexo parlamentar e como a periferia que *inclui* o centro político, no qual se originam os impulsos: ela exerce influência sobre o estoque de argumentos normativos, porém sem a intenção de conquistar partes do sistema político. Através dos canais de eleições gerais e de formas de participação específicas, as diferentes formas de opinião pública convertem-se em poder comunicativo, o qual exerce um duplo efeito: a) de autorização sobre o legislador, e b) de legitimação sobre a administração reguladora; ao passo que a crítica do direito, mobilizada publicamente, impõe obrigações de fundamentação mais rigorosas a uma justiça engajada no desenvolvimento do direito (HABERMAS, 1997b, p. 187).

Para Agustín Gordillo, o mérito de ouvir os administrados, consumidores e interessados em geral constitui um critério de sabedoria política, já que o governo depende da aprovação dos governados. Traz, portanto, as seguintes vantagens: a) mostra-se uma garantia objetiva de razoabilidade, dificultando a produção de atos ilegítimos; b) um mecanismo idôneo de formação de consenso perante a opinião pública a respeito da conveniência ou não de um ato ou obra estatal, o que diminui o risco de possíveis erros nas decisões sobre a condução das políticas públicas; c) uma garantia de transparência dos procedimentos estatais, moralizando e dificultando

operações corruptas dentro da máquina administrativa; d) um facilitador da eficácia das ações públicas pela vinculação dos indivíduos pelas decisões autogestionadas; e) um elemento de democratização do poder, já que a democracia não é um mero modo de designação do poder, mas em especial um modo de exercício do poder e, por fim; f) é um modo de participação dos cidadãos no poder público, algo fomentado nas normas e princípios políticos constitucionais e supranacionais (GORDILLO, 1998, p.XI-8; XI-9).

Com certeza, ao Estado e à sociedade política caberá a tarefa de tomar decisões de caráter geral que afetem ou comprometam a totalidade da sociedade. Porém, sem prejuízo de sua identidade sistêmica, poderá articular-se com a sociedade civil num sistema político mais amplo, constituído por relações de competência, conflito e cooperação entre os poderes do Estado e os poderes sociais na busca de formulação das decisões imperativas e nos programas de ação estatal (GARCÍA-PELAYO, 1996, p. 197-204).

Mediante a decisão consensual, obtida pela participação dos cidadãos interessados e das organizações da sociedade civil, haverá a eleição consciente entre duas ou mais opções, o que reduzirá a margem de incerteza que permeia as decisões administrativas e facilitará a efetividade da ordem legal e das políticas públicas, afastando a tomada de decisões autoritárias e unilaterais pelos organismos estatais. Essa redução da incerteza e do autoritarismo estatal ocorre porque há vários participantes na decisão, representados pelas organizações da sociedade civil, as quais, em conjunto com os órgãos estatais competentes, chegam de modo consciente a um acordo sobre ela. Diminuem-se, assim, a resistência social a decisões já tomadas e a implementação de políticas públicas desencontradas aos interesses da população. Ou seja, é preciso atender às demandas e fazer participar da decisão aqueles que exercem o controle sobre ela, para que,

mediante o acordo das organizações participantes do consenso, seja reduzida a área de incerteza que reveste a decisão e a ação estatais, diminuindo-se, por consequência, a indeterminação sobre os resultados da ação, que será vinculatória para toda a esfera social. Mostra-se, portanto, uma alternativa diferente de ação ao sistema político e estatal em um mundo altamente complexo e plural (GARCÍA-PELAYO, 1996, p. 204-207).

Dessa forma, com vistas a atingir este ideal de uma gestão administrativa consensual, a Constituição Estadual do Rio Grande do Sul previu no regime jurídico-administrativo estadual a inserção do princípio participativo de maneira expressa, visando assim aliar a representação tradicional e a participação da sociedade civil nos mecanismos de poder.

A consensualidade no Rio Grande do Sul poderá ser exercida em âmbito dos três poderes estatais (Legislativo, Executivo e Judiciário). No Poder Legislativo salienta-se os mecanismos constitucionais de participação direta como o plebiscito, referendo e iniciativa popular, previstos no seu artigo 22. Tais mecanismos tem uma tônica especial na Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, eis que a consulta prévia mediante plebiscito é obrigatória para a venda de estatais, como se pode observar nos artigos 22, § 2 e 5.²

E ainda, há a previsão pelo artigo 177 § 5º da Constituição Estadual da obrigatoriedade da “participação das entidades comunitárias legalmente constituídas na definição do plano diretor e das diretrizes gerais de

² Art. 22. Dependem de lei específica, mediante aprovação por maioria absoluta dos membros da Assembléia Legislativa: (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 2, de 30/04/92) I - a criação, extinção, fusão, incorporação ou cisão de qualquer entidade da administração indireta; II - a alienação do controle acionário de sociedade de economia mista. [...] § 2.º Especialmente no caso das Sociedades de Economia Mista Banco do Estado do Rio Grande do Sul S.A. e Companhia Riograndense de Saneamento a alienação ou transferência do seu controle acionário, bem como a sua extinção, fusão, incorporação ou cisão **dependerá de consulta popular, sob a forma de plebiscito.** (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 31, de 18/06/02) [...] § 5.º A alienação ou transferência do controle acionário, bem como a extinção, fusão, incorporação ou cisão da Companhia de Processamento de Dados do Estado do Rio Grande do Sul - PROCERGS -, **dependerá de manifestação favorável da população, sob forma de plebiscito.** (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 47, de 16/12/04).

ocupação do território, bem como na elaboração e implementação dos planos, programas e projetos que lhe sejam concernentes”. Ou seja, sabe-se que, de regra, as leis ordinárias são iniciadas com o projeto de lei, que vai para a discussão, emendas e aprovação pelo poder legislativo, para após retornar ao executivo para sanção ou veto e posterior promulgação e publicação. Entretanto, a Constituição Estadual do Rio Grande do Sul prevê que nas leis urbanísticas, antes de sua aprovação definitiva pelo Legislativo e Executivo municipal, será necessário também que se façam audiências públicas e consultas populares. Objetiva-se proporcionar a participação tanto dos cidadãos quanto das entidades comunitárias legalmente constituídas no processo de elaboração e implementação dos planos diretores e demais programas e projetos urbanísticos, sob pena de serem declarados nulos, por inconstitucionalidade decorrente de vício formal no seu processo legislativo. Este assunto será melhor aprofundado no próximo item deste artigo.

Por sua vez, no Poder Executivo estadual, a administração consensual e participativa está presente quando são usadas “formas alternativas consensuais de coordenação de ações, por cooperação e por colaboração” (MOREIRA NETO, 2001, p. 41-42). Trata-se aqui, em especial, da participação deliberativa e/ou consultiva da população em conselhos municipais e estaduais, como se pode observar nos artigos 19, § 2.º da Constituição Estadual do Rio Grande do Sul: “A ação político-administrativa do Estado será acompanhada e avaliada, através de mecanismos estáveis, por Conselhos Populares, na forma da lei”. Tais conselhos estão previstos em inúmeras pastas do Governo Estadual, e serão mais bem abordados no item a seguir. E ainda, inovou-se com a inserção do seu § 3.º, o qual assim dispõe: “Cabe à administração pública, na forma da lei, gerenciar a documentação governamental, desenvolver plataformas digitais e adotar as providências para franquear sua consulta a quem dela necessite, bem

como realizar os procedimentos administrativos com ampla transparência.” (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 79, de 23/07/20).

Por fim, no Poder Judiciário, o modelo consensual e participativo pode ser adotado também para a solução dos conflitos entre partes, como ocorre no Tribunal do Júri (em que membros da sociedade civil integram o conselho de jurados) e também nos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lein.º 9.099/95), cuja origem passou necessariamente pelo Rio Grande do Sul em 1982, por iniciativa da Associação dos Juízes do Estado do Rio Grande do Sul (AJURIS), do magistrado Luiz Antônio Corte Real e do desembargador Antonio Guilherme Tanger Jardim, então juiz de direito da comarca de Rio Grande.³

Os Juizados Especiais Cíveis são uma instância da justiça estadual responsável pelo julgamento das causas de menor valor econômico (até quarenta salários-mínimos), que contam com a atuação direta de cidadãos na condução e julgamento de processos, que são os juízes leigos (advogados com mais de cinco anos de experiência) e os conciliadores (advogados, bacharéis e alunos das Faculdades de Direito, bem como pessoas da sociedade civil em geral). Orientam-se por critérios de oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade (art. 2.º da Lei n.º 9.099/95).

Da mesma forma, os Juizados Especiais Criminais também prevêem mecanismos consensuais e participativos de decisão. São competentes para julgar crimes de menor potencial ofensivo (artigo 61 da Lei 9.099/95), como as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

³O sucesso da experiência motivou a instalação de outros juizados em diversas comarcas do Estado, regulamentados posteriormente pela Lei Estadual n. 8.124/86. A iniciativa logo se espalhou por outros estados brasileiros, tendo Lei Federal n. 7.244, de 07.11.84 introduzido o Juizado de Pequenas Causas Cíveis em todo o Brasil, em caráter facultativo ao autor para causas patrimoniais de pequeno valor (SCHELEDER; SANTIN, 2012, p. 12508-12538).

Para conciliação, julgamento e execução das infrações penais de sua competência admite-se a presença de um juiz togado ou um juiz togado e um leigo, a ser recrutado entre advogados com mais de cinco anos de experiência (art. 6o da Lei n.º 9.099/95). Assim, enfatiza-se o uso da democracia participativa também no Judiciário estadual, onde tanto nos Juizados Especiais Cíveis como nos Criminais abre-se espaço para que os cidadãos assumam tarefas dantes exclusivas e reservadas à magistratura. (SANTIN, 2007). Essa ideia da consensualidade no Poder Judiciário tomou grande força com o Novo Código de Processo Civil e as novas formas alternativas de solução dos conflitos, como a conciliação⁴, a mediação⁵ e a arbitragem⁶.

Porém, apesar dos mecanismos acima indicados de democracia participativa no Legislativo, Executivo e Judiciário, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2001, p. 41-42) salienta que é no campo do Executivo e da Administração Pública que haverá maiores condições de desenvolvimento da participação popular no exercício do poder e, por sua vez, da execução de maneiras consensuais de gestão, tanto como método de tomada de decisões como operacional. Além de proporcionar maior legitimação das decisões públicas e dos atos administrativos, a participação da cidadania na gestão administrativa possibilitará decisões governamentais afinadas aos anseios da população, unindo e potencializando a criatividade e operatividade dos entes da constelação social e estatal, tendo em vista o caráter dialógico por que essas deverão ser tomadas.

Decisões compartilhadas entre a estrutura administrativa e a sociedade civil contribuirão para um aprimoramento da governabilidade, propiciarão maiores freios contra o abuso; favorecerão o cumprimento e

⁴ Para maior aprofundamento sobre a conciliação e o princípio da oralidade no judiciário, ver (SANTIN, 2007).

⁵ Para um aprofundamento sobre as noções de mediação, ver (WARAT, 2001); (WARAT, 1998) e (MORAIS, 1999).

⁶ Para um aprofundamento sobre as noções de arbitragem, em especial a arbitragem administrativa, ver (GORDILLO, 1998) e (MORAIS, 1999).

a efetividade das políticas públicas, por haver maior empenho e menor resistências na sua execução por parte da população diretamente afetada pelas decisões; proporcionarão a tomada da decisão mais sábia e prudente; desenvolverão a responsabilidade das pessoas no cumprimento dos normativos legais e decisões administrativas, por serem coautoras no seu processo de formulação. Todas essas vantagens, por certo, contribuirão de modo sensível para um aumento de eficiência na ação estatal e otimização da aplicação do dinheiro público (MOREIRA NETO, 2001, p. 15-27).

Porém, salvo melhor juízo, apesar das evidentes disposições constitucionais do Estado do Rio Grande do Sul para o princípio da participação e o consensualismo, é preciso cuidado com a recente inclinação das políticas de governo em estabelecer que a Administração consensual será alcançada a partir dos processos de desregulamentação e privatização do setor público. Esta parece ser a tendência que se observa atualmente no Estado do Rio Grande do Sul, quando se retiram da Constituição Estadual dispositivos de participação popular como, por exemplo, a exigência do plebiscito prévio para a venda de estatais.⁷ Esse enfraquecimento do princípio da participação também pode ser percebido com a alteração do artigo 9 da Constituição Estadual pelo poder constituinte reformador, a qual retirou a exigência de plebiscito para emancipação de municípios.⁸

⁷ Nesse caso menciona-se a alteração pelo poder constituinte reformador estadual de parágrafos deste artigo 22, como a Emenda Constitucional n.º 77, de 8/05/19, que revogou seu parágrafo quarto, retirando a exigência de consulta plebiscitária para a privatização das Companhia Estadual de Energia Elétrica - CEEE, Companhia Rio-grandense de Mineração - CRM, Companhia de Gás do Estado do Rio Grande do Sul - SULGÁS e Companhia Estadual de Silos e Armazéns - CESA.

⁸Redação revogada: Art. 9.º A criação, incorporação, fusão ou desmembramento de Municípios preservarão a continuidade e a unidade histórico-cultural do ambiente urbano, far-se-ão por lei estadual, no período entre dezoito e seis meses anteriores às eleições para Prefeito, observados os requisitos estabelecidos em lei complementar, e **dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações diretamente interessadas.** (grifo nosso)Redação atual: Art. 9.º A criação, incorporação, fusão ou desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual. (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 20, de 05/11/97) (Vide Lei Complementar n.º 13,587/10).

De acordo com o Diogo Moreira Neto, "o importante não é chegar-se a um Estado grande, pequeno ou médio, ainda porque este conceito variará de País para País, mas a um Estado suficiente". (2001, p. 40). Há que se ter cautela e atenção para impedir que a concepção de administração consensual venha a ser utilizada com erros ou desvirtuamentos, no intuito de justificar o alheamento do Estado do exercício das funções para as quais ele foi destinado. Enfim, deve-se adotar com ressalvas o modelo de consensualismo proposto por alguns autores e, inclusive, por governantes, em especial em países de carência educacional ou pouco interesse político por parte de seus cidadãos.

Não é possível entregar à iniciativa privada e ao mercado a totalidade da condução de políticas públicas vitais ao desenvolvimento social e à promoção da igualdade material. Não é possível, também, abandonar a maior conquista do Estado de direito, que é o constitucionalismo, o princípio da legalidade, por sua vez, a existência do regime jurídico de direito administrativo nas questões que digam respeito ao interesse público. É mister partir dos princípios constitucionais para se construir "uma teoria que afirme o direito de participação popular na esfera administrativa, ao lado de outros mecanismos burocráticos de controle do poder público, como objeto capaz de radicalizar a liberdade" (SCHIER, 2002, p. 168).

O enfoque a ser dado deverá ser no sentido de refundar democraticamente tanto a Administração Pública quanto a sociedade civil, proporcionando a participação dos cidadãos no exercício do Poder de maneira engajada e consciente, colaborando com o processo decisório. Compatibilizar legalidade com eficiência e democracia sem prescindir: a) do Estado, na prestação dos serviços públicos essenciais; b) dos mecanismos de controle formais; c) da legalidade e d) do regime jurídico de direito administrativo.

II- O princípio da participação na constituição estadual do Rio Grande do Sul

No que tange ao estudo do princípio da participação e o consensualismo, buscar-se-á aqui detalhar os dispositivos constitucionais presentes na Constituição do Estado do Rio Grande do Sul. Desde o seu preâmbulo nota-se a adoção de um regime de governo democrático, a ser exercido mediante formas representativas e participativas.⁹

Ao trabalhar com o título I – Dos Princípios Fundamentais, em seu art. 1.º, a Constituição Estadual do Rio Grande do Sul adota os mesmos princípios fundamentais e direitos individuais, coletivos, sociais e políticos universalmente consagrados pela Magna Carta de 1988. Já o seu art. 2.º dispõe que a soberania popular será exercida mediante sufrágio universal, voto direto, secreto e de igual valor e ainda mediante as manifestações diretas do plebiscito (consulta prévia à população estadual, necessário para a venda de estatais rio-grandenses, conforme artigo 22 da Constituição Estadual), referendo (consulta posterior à edição de uma lei estadual, a qual vai ratificá-la ou não, previsto no artigo 69 da Constituição Estadual¹⁰) e a possibilidade de um projeto de lei ser proposto na Assembleia Legislativa estadual pela iniciativa popular (tratado no artigo 68da Constituição Estadual¹¹).

⁹ “Nós, representantes do povo Rio-Grandense, com os poderes constituintes outorgados pela Constituição da República Federativa do Brasil, voltados para a construção de uma sociedade fundada nos princípios da soberania popular, da liberdade, da igualdade, da ética e do pleno exercício da cidadania, em que o trabalho seja fonte de definição das relações sociais e econômicas, e a prática da democracia seja real e constante, em formas representativas e participativas, afirmando nosso compromisso com a unidade nacional, a autonomia política e administrativa, a integração dos povos latino-americanos e os elevados valores da tradição gaúcha, promulgamos, sob a proteção de Deus, esta Constituição do Estado do Rio Grande do Sul.”

¹⁰ Art. 69. A Assembleia Legislativa e as Câmaras Municipais, no âmbito de suas competências, poderão promover consultas referendárias e plebiscitárias sobre atos, autorizações ou concessões do Poder Executivo e sobre matéria legislativa sancionada ou vetada. (Vide Lei n.º 9.207/91)

¹¹ Art. 68. A iniciativa popular no processo legislativo será exercida mediante a apresentação de: I - projeto de lei; II - proposta de emenda constitucional; III - emenda a projeto de lei orçamentária, de lei de diretrizes orçamentárias e de lei de plano plurianual, conforme disciplinado no art. 152, § 6.º. § 1.º A iniciativa popular, nos casos dos incisos I e II, será tomada por, no mínimo, um por cento do eleitorado que tenha votado nas últimas eleições gerais do Estado, distribuído, no mínimo, em um décimo dos Municípios, com não menos de meio por cento dos eleitores de cada um deles. § 2.º Recebido o requerimento, a Assembleia Legislativa verificará o cumprimento dos requisitos previstos no § 1.º, dando-lhe tramitação idêntica à dos demais projetos. § 3.º Os projetos de iniciativa popular, quando rejeitados

Observa-se também o art. 23, o qual possibilita a todos o acesso à informação administrativa, repetindo dispositivos constitucionais. No art. 25 determina-se que as empresas sob controle estatal e fundações públicas deverão ter na sua diretoria, no mínimo, um representante dos empregados. Ao tratar das funções e atribuições do Ministério Público, a Carta Estadual rio-grandense, em seu art. 111, V incumbe ao *parquet*, nos termos de lei complementar, "receber petições, reclamações e representações de qualquer pessoa por desrespeito aos direitos assegurados na Constituição Federal, nesta Constituição e nas leis".

Dessa forma, a consensualidade e a participação popular na formulação das políticas públicas do Poder Executivo tanto em âmbito estadual quanto municipal são o grande diferencial no exercício dos direitos políticos no Estado do Rio Grande do Sul. Para quase todas as áreas de atuação do poder executivo a Constituição estadual prevê que seja assessorado por um Conselho Gestor, órgão composto de forma paritária por membros da sociedade civil e da sociedade política, com caráter consultivo ou deliberativo. Exemplifica-se esta atuação dos conselhos nas seguintes áreas: a) no art. 126 possibilita-se a participação da sociedade civil em Conselhos de Defesa e Segurança da Comunidade nos assuntos atinentes à segurança pública estadual; b) com relação ao direito à educação, a Constituição Estadual prevê que a política de ensino deverá embasar-se na democracia e no respeito aos direitos humanos (art. 196), primando pela gestão democrática do ensino público (art. 197, VI e Lei n.º 10.576/95). Deverá ser instalado um Conselho Estadual de Educação (art. 207), além dos Conselhos de Educação Municipais (artigo 216, § 4.º), com poderes consultivos, fiscalizadores, normativos e deliberativos, compostos em grande parte por

pela Assembleia Legislativa, serão submetidos a referendo popular se, no prazo de cento e vinte dias, dez por cento do eleitorado que tenha votado nas últimas eleições gerais do Estado o requerer. § 4.º Os resultados das consultas referendárias serão promulgados pelo Presidente da Assembleia Legislativa.

membros indicados pela comunidade escolar. Por sua vez, as escolas públicas deverão estar à disposição da comunidade e também contarão com Conselhos Escolares constituídos pelos diretores da escola e por representantes da comunidade escolar (art. 213); c) no que tange à cultura, também haverá um Conselho Estadual de Cultura para atingir a gestão democrática da política cultural (art. 225), devendo ser composto por representantes das entidades culturais; d) já a política estadual de ciência e tecnologia estará destinada a órgão específico criado por lei (Lei estadual n.10.534/95), o qual terá a forma de um conselho gestor e, em conjunto com a sociedade política, deverá conter representação de segmentos da comunidade científica e dos cidadãos (art. 235); e) para a comunicação social a Carta estadual possibilita amplo acesso dos meios de comunicação social estatais aos partidos políticos, sindicatos, organizações profissionais, comunitárias, culturais e ambientais defensoras dos direitos humanos e da liberdade de expressão e informação social (art. 239), estabelecendo no seu artigo 238 § único da instalação do Conselho Estadual de Comunicação Social; e) e para a definição de políticas e programas de assistência social e proteção da criança, adolescente, jovem, idoso, portadores de deficiência e/ou necessidades especiais possibilita-se a participação e entidades da sociedade civil (art. 260), destinando-se a coordenação, acompanhamento e fiscalização de tais programas a conselhos comunitários compostos também por segmentos da sociedade civil organizada (art. 260, parágrafo 1.º). E no seu parágrafo 2.º institui o Conselho Estadual do Idoso, o Conselho Estadual da Juventude e o Conselho Estadual da Criança e do Adolescente, como órgãos que auxiliam o poder executivo na formulação das políticas públicas específicas de cada pasta.

Já no que tange à saúde, o art. 242, IV determina que as ações e serviços públicos de saúde deverão observar a "participação, com poder

decisório, das entidades populares representativas dos usuários e trabalhadores da saúde, na formulação, gestão, controle e fiscalização das políticas de saúde". Trata-se de norma que vai ao encontro da Lei Federal 8.080/90, que dispõe sobre a gestão participativa e descentralizada do Sistema Único de Saúde.

Por sua vez, na política estadual de habitação, a Constituição Estadual do Rio Grande do Sul estabelece que ela deverá estar articulada com as comunidades organizadas (art. 173).

Já quanto à segurança social, o art. 190 dispõe que "A Segurança Social é garantida por um conjunto de ações do Estado, dos Municípios e da sociedade, destinadas a tornar efetivos os direitos ao trabalho, à educação, à alimentação, à cultura, ao desporto, ao lazer, à saúde, à habitação e à assistência social, assegurados ao indivíduo pela Constituição Federal, guardadas as peculiaridades locais". Assim, tais ações de garantia de direitos sociais devem ser responsabilidade não só do Estado, mas dos Municípios e da própria sociedade civil.

A política de defesa do consumidor, por sua vez, deverá ser planejada e executada pelo Poder Público, sempre com a "participação de entidades representativas do consumidor, de empresários e trabalhadores" (art. 267).

No que tange à política de desenvolvimento estadual e regional, a Constituição Estadual rio-grandense, em seu art. 167, determina que a definição das "diretrizes gerais, regionais e setoriais da política de desenvolvimento caberá a órgão específico, com representação paritária do Governo do Estado e da sociedade civil". E o artigo 168 garante o acesso aos cidadãos de informações sobre "qualidade de vida, meio ambiente, condições de serviços e atividades econômicas e sociais, bem como a participação popular no processo decisório".

Ao tratar sobre finanças públicas, o art. 146 da Constituição Estadual do Rio Grande do Sul remete o assunto à lei complementar, devendo esta observar os princípios constitucionais e de lei complementar federal (aqui relembram-se os princípios e as regras dispostos na Lei Complementar n.º 101/2000, em especial seu capítulo relativo ao princípio da transparência da gestão fiscal, nos artigos 48 a 59). Salienta-se a positivação da exigência, na forma da lei, da participação popular na elaboração das peças orçamentárias (art. 149, parágrafo 4.º da Constituição Estadual), assim dispondo: "os orçamentos anuais, de execução obrigatória, compatibilizados com o plano plurianual, elaborados com participação popular na forma da lei, e em conformidade com a lei de diretrizes orçamentárias, serão os seguintes: (...)." E ainda há a possibilidade, pelo art. 152, parágrafo 6.º da Constituição Estadual de serem "apresentadas emendas populares aos projetos de lei do plano plurianual, de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, desde que firmadas por, no mínimo, quinhentos eleitores ou encaminhadas por duas entidades representativas da sociedade". Note-se no seguinte parágrafo 7.º a obrigatoriedade de plena divulgação à cidadania das leis orçamentárias, franqueando-as ao público trinta dias antes de sua submissão ao plenário. Tais dispositivos visam ao controle social na gestão fiscal do ente público ou poder, aliando-o ao princípio da participação popular e ao princípio transparência, possibilitando à cidadania, individual ou coletivamente organizada, controlar os atos contrários à legalidade ou ao interesse público. Nesse sentido, afirma Juarez Freitas que

temos, desde que bem interpretados, vários instrumentos disponíveis viabilizadores da intensificação do processo de controle social, que permite o mencionado amadurecimento crítico da sociedade, ou seja, a conquista de sua maioria cívica, habilitada a aproximar Estado e Sociedade, tornando, assim, o aparato estatal um servidor dos propósitos superiores da sociedade civil,

para a qual o Estado existe como institucionalização das condições de paz, progresso, moralidade e justiça (2001, p. 13-26).

Por fim, ao tratar da política urbana, a Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, em seu art. 177, aponta a necessidade de participação das entidades comunitárias na formulação do Plano Diretor Municipal e das diretrizes gerais de ocupação do território Municipal:

Art. 177. Os planos diretores, obrigatórios para as cidades com população de mais de vinte mil habitantes e para todos os Municípios integrantes da região metropolitana e das aglomerações urbanas, além de contemplar os aspectos de interesse local, de respeitar a vocação ecológica, o meio ambiente e o patrimônio cultural, serão compatibilizados com as diretrizes do planejamento do desenvolvimento regional. (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 44, de 16/06/04) (...)

§ 5.º Os Municípios assegurarão a participação das entidades comunitárias legalmente constituídas na definição do plano diretor e das diretrizes gerais de ocupação do território, bem como na elaboração e implementação dos planos, programas e projetos que lhe sejam concernentes.

O dispositivo constitucional supra, em especial no seu parágrafo 5.º, é destinado a atender ao mandamento constitucional federal disposto no artigo 29, XII¹², o qual prevê a efetiva participação das entidades locais no planejamento municipal. Dessa forma, no planejamento urbanístico dos municípios integrantes do Estado do Rio Grande do Sul exige-se, como elemento obrigatório, o consensualismo e a participação popular. Para tanto, não basta a mera publicidade das leis e atos administrativos dessa natureza, mas em efetivo assegurar a participação – mediante audiências

¹² Art. 29 - O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:(...)XII - cooperação das associações representativas no planejamento municipal.

públicas – de entidades comunitárias legalmente constituídas para a elaboração do plano diretor, diretrizes gerais de ocupação do território, bem como para a elaboração e execução dos planos, programas e projetos a eles concernentes. Nesse sentido, observa-se que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul vem atendendo a esses dispositivos constitucionais, declarando a inconstitucionalidade formal de planos diretores e de suas posteriores alterações que não contemplem o princípio da participação popular, conforme arestos abaixo relacionados:

ADI. LEI MUNICIPAL. REGULARIZAÇÃO DE EDIFICAÇÕES. FALTA DE PARTICIPAÇÃO DE ENTIDADES COMUNITÁRIAS. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. É inconstitucional a Lei Complementar nº 333-2006 do Município de Santa Cruz do Sul que versa sobre matéria típica de plano diretor ou de lei que fixa diretrizes do território. Trâmite sem qualquer consulta popular. Ofensa ao art. 177, § 5º, da Constituição Estadual. Precedentes. JULGADA PROCEDENTE. UNÂNIME. (RIO GRANDE DO SUL, 2007).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MUNICÍPIO DE IMBÉ. TUTELA ANTECIPADA DEFERIDA NA ORIGEM. MANUTENÇÃO. PROJETO DE LEI Nº 25/2017. IRREGULARIDADE. LEI MUNICIPAL Nº 1839/2017. ALTERAÇÃO DO PLANO DIRETOR. REDUÇÃO DA DISTÂNCIA MÍNIMA EXIGIDA ENTRE POSTOS DE GASOLINA E ESTABELECIMENTOS OU ÁREAS DE FREQUÊNCIA INTENSA DE PÚBLICO. NECESSIDADE DE AUDIÊNCIAS PÚBLICAS E DEBATES. AUSÊNCIA DE ESTUDOS DE IMPACTO NA SEGURANÇA E NO MEIO AMBIENTE. 1. A controvérsia cinge-se à regularidade do processo legislativo do PL nº 25/2017 do Município de Imbé, o qual culminou na aprovação da Lei Municipal nº 1.839/2017, que alterou o Plano Diretor do Município, especificamente no que se refere ao art. 138, parágrafos 3º, 4º e 6º, reduzindo a distância mínima exigida entre os postos de abastecimento e estabelecimentos ou áreas de frequência intensa de público foram reduzidas de 100 para 50 metros. 2. De acordo com o Estatuto da Cidade (Lei Federal nº 10.257/2001), o processo de elaboração do Plano Diretor necessita da promoção de audiências

públicas e debates. E, no caso dos autos, tal requisito não restou cabalmente comprovado, visto que as únicas oportunidades de debate da questão foram as duas audiências públicas realizadas com intervalo de apenas dois dias, e apenas 12 dias antes da proposição do Projeto de Lei. 3. Além disso, não foram realizados estudos de impacto na segurança e no meio ambiente, os quais, sabidamente, podem ser requeridos pelo parquet enquanto guardião dos interesses da coletividade, dentre os quais se insere o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto no art. 225, da Constituição Federal. Sendo assim, deve ser mantida a dita decisão que deferiu a antecipação da tutela requerida pelo Ministério Público. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (RIO GRANDE DO SUL, 2018).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL Nº 4.195/2008. MUNICÍPIO DE TORRES. VÍCIO FORMAL. REGULARIZAÇÃO DE OBRAS E EDIFICAÇÕES REALIZADAS EM DESCONFORMIDADE COM O PLANO DIRETOR. AUTORIZAÇÃO AO PODER EXECUTIVO. AUSÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO DA COMUNIDADE. Lei que afronta o art. 177, § 5º, da Constituição Estadual, por autorizar o Poder Executivo a regularizar as obras e edificações realizadas em desconformidade com o plano diretor municipal, sem a participação da comunidade na discussão da matéria. Vício formal. Obrigatoriedade do planejamento participativo. Art. 1º, caput e parágrafo único, e art. 29, inc. XII, ambos da Constituição Federal. Lei declarada inconstitucional. Efeitos ex nunc, com modulação. JULGARAM PROCEDENTE A AÇÃO. UNÂNIME. (RIO GRANDE DO SUL, 2011).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 1.468, DE 31 DE OUTUBRO DE 2001, DO MUNICÍPIO DE HORIZONTINA. ALTERAÇÃO DO PLANO DIRETOR. VÍCIO NO PROCESSO LEGISLATIVO. AUSÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO DA COMUNIDADE. OFENSA AO ART. 177, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL E AO ART. 29, XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. É inconstitucional a Lei nº 1.468/2001, do Município de Horizontina, pois editada sem que promovida a participação comunitária, para deliberação de alteração do Plano Diretor do Município, conforme exige o art. 177, § 5º, da Constituição Estadual e o art. 29, XII, da Constituição Federal. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE, POR MAIORIA (RIO GRANDE DO SUL, 2009).

Nota-se que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul está a trabalhar no sentido de garantir o atendimento dos dispositivos constitucionais concernentes à participação popular, em que pese privilegiar sua aplicação nas questões de direito urbanístico, ou seja, na definição e posteriores modificações do Plano Diretor e do planejamento municipal, a partir da fundamentação constitucional estadual acima posta. Este entendimento é também compartilhado com Tribunais de Justiça de outras unidades da federação brasileira, que também trazem em suas Constituições Estaduais dispositivos semelhantes garantidores da participação popular no direito urbanístico. Veja-se como exemplos os casos abaixo, do Espírito Santo, de São Paulo e de Santa Catarina:

ACÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL - ALTERAÇÃO NO PLANO DIRETOR URBANO MUNICIPAL - AUSÊNCIA DE REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIAS PÚBLICAS - GESTÃO DEMOCRÁTICA DAS CIDADES.

1 - A Constituição do Estado do Espírito Santo prevê a necessária participação popular para a elaboração e alterações posteriores do Plano Diretor Urbano, consoante se infere do art. 231, parágrafo único, inciso IV e art. 236.

2 - A elaboração das políticas de desenvolvimento urbano deverá obedecer às diretrizes da gestão democrática das cidades e contar com a participação ativa da sociedade, seja através dos conselhos municipais, v.g. do Conselho Municipal de Defesa do Meio Ambiente - COMDEMA - ou o Conselho Municipal do Plano Diretor Urbano - CMPDU, seja através da realização das audiências públicas, a fim de atender os anseios da população como um todo.

3 - A Lei nº 2.093/2014 modificou disposições na Lei Municipal nº 1.731/2006 (que dispõe sobre Plano Diretor Urbano), e alterou a ordenação das edificações, sem a realização de consultas públicas.

4 - Representação de inconstitucionalidade julgada procedente, com efeitos extunc. Conclusão. À unanimidade: Julgado procedente o pedido em face de Câmara Municipal de Afonso Cláudio, Município de Afonso Cláudio (ESPÍRITO SANTO, 2017).

Ação direta de inconstitucionalidade - Lei municipal que altera substancialmente a lei que dispõe sobre o Plano Diretor do Município - Necessidade de ser o processo legislativo - tanto o referente à elaboração da Lei do Plano Diretor como daquela que a altera, integrado por estudos técnicos e manifestação das entidades comunitárias, fato que não ocorreu - Audiência do Conselho Municipal de Política Urbana que não supre a exigência da participação popular, caracterizadora de uma democracia participativa - Ação procedente (SÃO PAULO, 2012).

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COMPLEMENTAR N. 144/2008, DO MUNICÍPIO DE ITAJAÍ, QUE ALTEROU O PLANO DIRETOR DE GESTÃO E DESENVOLVIMENTO TERRITORIAL, COM INSTITUIÇÃO DE NORMAS PARA O ZONEAMENTO, PARCELAMENTO E USO DO SOLO URBANO. PROCESSO LEGISLATIVO NÃO SUBMETIDO À PARTICIPAÇÃO POPULAR. EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL. NÃO OBSERVÂNCIA. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. VÍCIO INSANÁVEL. INCONSTITUCIONALIDADE DECRETADA (SANTA CATARINA, 2011).

Dessa forma, percebe-se que a jurisprudência estadual no Brasil vem reconhecendo a nulidade de planos diretores e suas posteriores alterações se não se observar o princípio da consensualidade e da participação popular previstos nas Cartas Estaduais. Porém, é preciso ampliar esta valorização das formas participativas de gestão para as demais áreas acima elencadas, como na questão do direito financeiro e dos orçamentos públicos, bem como para a garantia dos direitos sociais como um todo, bem como atentar para a atuação do poder constituinte reformador, o qual insiste em retirar do texto constitucional estadual importantes mecanismos de participação popular na definição das tutelas jurídicas e políticas estaduais. Trata-se de uma luta diuturna pela defesa da Constituição Estadual e seus princípios, para a qual todos os cidadãos devem estar engajados, a fim de que não haja retrocessos aos mecanismos participativos e consensuais positivados na Carta Estadual.

Considerações finais

Conforme analisado, para garantir os postulados da administração consensual, novos meios de sociabilização precisam ser criados, capazes de integrar e abrir canais para a participação da sociedade civil na condução da coisa pública, eis que já não se pode deixar o sistema (mercado e Estado) alheio às esferas do mundo da vida.¹³

Para efetivamente concretizar o modelo participativo e consensual de administração pública previsto na Constituição Estadual do Rio Grande do Sul é preciso que as gestões administrativas sejam mais colaborativas e passem a contar: a) com os agentes políticos e servidores públicos; b) com a participação popular na gestão e no controle da atividade administrativa; c) com o apoio e a cooperação da iniciativa privada. São caracterizados como métodos inovadores da atual tendência da Administração Pública, definida como "a Era do Direito Administrativo Participativo", a qual conjuga sociedade civil, cidadania e poder estatal (TÁCITO, 1997, p. 6).

Logo, a Administração consensual e participativa é aquela que procura resgatar e reabilitar o indivíduo como administrado e a sociedade civil como protagonista indispensável de um diálogo democrático entre as instituições de representação. A emergência de uma sociedade democrática e participativa, na qual a cidadania quer algo mais, além de apenas fazer a tradicional escolha subjetiva de seus representantes nas esferas do poder no momento das eleições. Quer também ser ouvida na tomada das decisões que envolvam seus interesses individuais, coletivos e metaindividuais.

E nesse sentido, a Constituição Estadual do Rio Grande do Sul é paradigmática, já que amplia os canais institucionais de atuação política da sociedade civil. Ao concretizar seus dispositivos incrementa-se a administração consensual e se promove seus múltiplos interesses, num processo

¹³HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Madrid: Taurus, 1992.

eminentemente dialógico, substituindo-se, sempre que possível, a imperatividade das decisões dos poderes estatais pela consensualidade nas relações entre Estado e sociedade civil, a qual deverá ser atraída a atuar, inclusive, como parceira do Estado (MOREIRA NETO, 2001, p. 11-13; 26).

Nessa feita, por todos os dispositivos acima elencados da Constituição Estadual do Grande do Sul enfatiza-se a necessidade de observância do princípio da participação e do consensualismo em âmbito dos três poderes estaduais: Executivo, Legislativo e Judiciário. Trata-se de norma principiológica do regime jurídico-administrativo estadual e também de regra, positivada em cada situação concreta acima tratada (política urbana, saúde, educação, cultura, direito do consumidor, proteção à criança, adolescente, idoso, política de desenvolvimento estadual e regional etc.).

Concretizar e valorizar a Constituição Estadual do Rio Grande do Sul e seus mecanismos participativos passa a ser uma importante arma da cidadania gaúcha na conquista de um espaço e do direito de ser ouvido pelos governantes, em especial neste momento importante que o país está vivendo, em que muitos dos direitos fundamentais se mostram ameaçados pela adoção de políticas antidemocráticas e centralizadoras, de cortes em gastos sociais e diminuição do Estado como um todo.

Referências

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Promulgada em 5 out. 1988. 33.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça. ADI n. 100160054282, Relator: Desembargador Manoel Alves Rabelo. Órgão julgador: TRIBUNAL PLENO, Data de Julgamento: 16/02/2017, Data da Publicação no Diário: 24/02/2017.

FREITAS, Juarez. O controle social do orçamento público. **Revista Interesse Público**, Sapucaia do Sul, ano 3, n.11, p.13-26, jul./set. 2001.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del Estado contemporáneo**. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**: la defensa del usuario y del administrado. 3.ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998. Tomo 2.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de: Flávio Beno Siebeneichler, v.2, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa**. Madrid: Taurus, 1992.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

RIO GRANDE DO SUL. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Promulgada aos 3 out. 1989. Disponível em: <http://www2.al.rs.gov.br/dal/LinkClick.aspx?fileticket=WQdIfqNoXO4%3d&tabid=3683&mid=5359>. Acesso em 03 dez. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70020527149. Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 12/11/2007. Publicação: Diário da Justiça do dia 21/01/2008.

RIO GRANDE DO SUL. Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70033881541. Relator: Carlos Rafael dos Santos Júnior, Julgado em 13/06/2011.

RIO GRANDE DO SUL. Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70028427466, Relator: Francisco José Moesch, Julgado em 20/07/2009.

RIO GRANDE DO SUL. Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70077234367 (Nº CNJ: 0088648-19.2018.8.21.7000). Relator: Desembargador Ricardo Torres Hermann. Julgado em 26/06/2018.

ROSANVALLON, Pierre. **A crise do estado-providência**. Tradução de: Joel Pimentel de Ulhôa. Brasília: Editora da UnB, 1997.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. ADI n. 2008.064408-8, Relator: Desembargador Vanderlei Romer. Data de Julgamento: 13 de outubro de 2011.

SANTIN, Janaína Rigo. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais: um estudo das Leis 9.099/1995 e 10.259/2001**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

SANTIN, Janaína Rigo. **O Poder Local e a Gestão Administrativa Participativa**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2014.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. ADI nº 0207644-30.2011.8.26.0000, Relator: Desembargador Relator Walter de Almeida Guilherme. Data da Publicação: DJ 21/03/12.

SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati; SANTIN, Janaína Rigo. Os problemas estruturais atuantes como limitadores dos princípios informadores dos Juizados Especiais Cíveis. In: XXI Encontro Nacional do CONPEDI, 2012, Uberlândia. **Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. p. 12508-12538. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7d12b66d3df6af8d>. Acesso em 03 dez. 2018.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A participação popular na administração pública: o direito de reclamação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TÁCITO, Caio. Direito administrativo participativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.209, p.6, jul./set. 1997.

WARAT, Luis Alberto (Org.). **Em nome do acordo**: a mediação no direito. Argentina: ALMED, 1998.

WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001.

Conflitos criminais e a justiça restaurativa sob a perspectiva do princípio da dignidade humana ¹

*Ana Paula Faria Felipe*²

Introdução

A prestação jurisdicional vem se adaptando às novas demandas das sociedades e pode-se dizer que a Resolução 125/2010, editada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), foi um marco inicial para a inserção dos meios consensuais de resolução de conflitos. Em 2015, tivemos a Lei 13.140 (Lei de mediação) e o Novo Código de Processo Civil, ambas as legislações pautadas na pacificação social e no consenso. Em 2016, o CNJ editou a Resolução 225, onde delimitou a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário.

Tem-se, dessa forma, a instituição do Fórum Múltiplas Portas (FMP), como designado pelo Poder Judiciário, que funciona como um “Centro de Justiça” composto por distintas “portas” e não mais o processo judicial como único meio para solucionar as disputas. Esse Sistema Multiportas é fundamentado em uma cultura do diálogo e sob o viés de acesso à justiça, sendo esta considerada uma ordem jurídica justa que seja efetivamente acessível a todos, lhes assegurando não só o direito de ação, mas o acesso

¹ Muitas das reflexões aqui apresentadas, foram desenvolvidas no decorrer das pesquisas durante o doutorado em Direito (PPGD/UNESA), sendo publicadas e apresentadas em eventos acadêmicos. O presente texto é um avanço dessa reflexão como pesquisadora do NEDCPD/UNESA e membro integrante do Observatório de Mediação e Arbitragem do PPGD/UNESA.

² Professora colaboradora no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Estácio de Sá, atuando no Núcleo de Estudos sobre Direito, Cidadania, Processo e Discurso. Pós-Doutoranda, realizando o estágio, como bolsista CAPES, no Programa de Pós-Graduação em Direito da UNESA/RJ. Doutora em Direito pela Universidade Estácio de Sá (RJ). Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense/UFF. Mediadora de Conflitos (Privada e Judicial) e Facilitadora Restaurativa, com experiência e desenvolvimento de pesquisas, especialmente, no âmbito penal e familiar. Membro associada do LSA - Law and Society Association.

a resultados individualizados e socialmente justos aos envolvidos em um conflito.

De pronto, se faz importante compreender que a cultura de paz não é uma cultura livre de conflitos. Eles existem e são inevitáveis nas relações. Contudo, o que se espera, nesta nova cultura, é que a resolução das demandas esteja fundamentada no diálogo, na cooperação, na co-construção.

A cultura consensual introduzida no Judiciário sob o viés de acesso à justiça (sistema pluri-processual) e de pacificação social permeiam o nosso ordenamento jurídico em todos os âmbitos e esferas do Direito. No presente trabalho, abordaremos um dos caminhos da cultura de paz, qual seja, a justiça restaurativa. A análise deste meio consensual de administração de conflitos, como uma justiça fraterna, se dará na perspectiva dos conflitos penais e tem como pilar o princípio da dignidade humana.

I -Breves considerações sobre o conflito criminal

Desde os tempos antigos existem propostas e enfoques sobre os conflitos, sendo considerados inerentes ao ser humano (LEAL & AUB; 2010). Como dispõe MOORE (2010), o conflito se manifesta em todas as relações humanas e em todas as sociedades. Desde o começo da história escrita, há provas da existência de desentendimentos entre familiares, no ambiente de trabalho, entre os grupos étnicos e raciais, entre cidadãos, etc. As soluções procuradas eram (podemos dizer que, na maioria das vezes, ainda são³) aquelas que permitem satisfazer seus interesses.

Na perspectiva de Pesqueira & Aub (2010), as relações entre as pessoas partem da *relação intrapessoal* para refletir nas *relações*

³ A cultura do consenso, por si só, ou pela sua simples inserção no sistema jurídico, não altera/transforma a cultura de uma sociedade. Há que ressaltar a própria formação dos operadores do Direito, cujos cursos de graduação são voltados para a cultura do litígio.

*interpessoais*⁴ que vão se estabelecendo ao longo da vida. A complexidade da natureza humana nos faz seres contraditórios, diferentes uns dos outros, e com uma tendência natural a nos manifestarmos de diversas formas. E dessas manifestações de interesses, valores e princípios surgem as insatisfações, as discordâncias, os conflitos.

De uma forma geral, o conflito envolve expectativas e diferenças de opiniões a partir da percepção de cada um. Cada pessoa tem histórias diferentes, vivências diferentes, entendimentos diferentes. E o conflito se instala a partir da perspectiva pessoal de cada um. O conflito não é positivo nem negativo. O que tornará um conflito destrutivo (abordagem ganha-perde ou negociação posicional⁵) ou construtivo (abordagem ganha-ganha) é a forma de abordá-lo e as consequências da sua administração⁶.

Pontua-se, desde já, que as práticas restaurativas se encontram na abordagem construtiva do conflito.

Trazendo o conflito para o campo do Sistema de Justiça, temos um corpo de regras, leis, códigos que vão sendo aperfeiçoados de acordo com a necessidade, criando direitos e deveres para os membros da sociedade. Nessa perspectiva, os conflitos surgem quando as essas regras são rompidas. Em toda sociedade existem meios institucionalizados através dos quais esses conflitos são administrados (na maioria das vezes, esses

⁴ Nesse sentido, Pesqueira & Aub (2010, P.157) classificam os conflitos como: *Conflito intrapessoal*: do indivíduo com ele mesmo; *Conflito interpessoal*: entre indivíduos; *Conflito intergrupai*: indivíduo e seu grupo; *Conflito intragrupal*: entre grandes grupos.

⁵ A *abordagem ganha-perde*, também denominada de “Soma Zero”, ou seja, uns ganham e outros têm que, necessariamente, perder. Cada uma das partes tenta forçar o outro a alterar a sua posição e não são raras as vezes que a barganha posicional se converte em disputa de vontades. A abordagem ganha-ganha é a defendida pela Escola de Mediação de Harvard cuja denominação é “negociação baseada em princípios ou negociação de méritos. (FISHER; URY & PATTON; 2014)

⁶ Sobre a concepção de conflitos destrutivos e construtivos, DEUTSCH (2010, p.41), dispõe: “Nos extremos, esses termos são fáceis de definir. Assim, um conflito tem claramente consequências destrutivos se seus participantes estão insatisfeitos com as conclusões e sentem, como resultado do conflito, que perderam. Similarmente, um conflito tem consequências construtivas se todos os participantes estão satisfeitos com os efeitos e sentem que, resolvido o conflito, ganharam. Também, na maioria das vezes, um conflito cujos efeitos são satisfatórios para todos os participantes será mais construtivo do que um que seja satisfatório para uns e insatisfatório para outros”.

conflitos são *resolvidos* e não *administrados*) e através dos quais as regras jurídicas são reafirmadas e/ou redefinidas.

Para o Judiciário, os conflitos

não são vistos como um acontecimento comum e próprio da divergência de interesses que ocorre em qualquer sociedade. Pelo contrário, aqui os conflitos são visualizados como ameaçadores da paz social, e a jurisdição, longe de administrá-los, tem a função de pacificar a sociedade, o que pode ter efeito de escamoteá-los e de devolvê-los, sem solução, para a mesma sociedade onde se originaram (LUPETTI BAPTISTA, 2008, p. 48).

Essa concepção do Judiciário sobre o conflito é ainda mais acentuada quando adentramos o Sistema de Justiça Penal⁷. A *justiça retributiva* preocupa-se com o fato, com a culpabilidade e fixação de uma pena, sem analisar as demandas dos envolvidos no delito. A *justiça restaurativa*, por outro lado, verifica as necessidades da vítima (informação, participação, reparação emocional, moral e econômica etc.), mas não negligencia em relação às necessidades da comunidade analisando, também, as do ofensor, sem deixar de trabalhar a responsabilização do mesmo.

II- Conflito criminal na ótica do direito penal e da justiça restaurativa

O Direito Penal é considerado o âmbito do ordenamento jurídico que define as características de ação criminosa, vinculando-lhe uma pena ou

⁷ Sobre o exercício real do poder punitivo e sobre a legislação penal, Zaffaroni (2007) relata que o poder punitivo sempre discriminou os seres humanos, conferindo-lhes um tratamento que não condiz com a condição de pessoa. O poder punitivo, inicialmente europeu, foi se ampliando para outros continentes sob a forma de colonialismo, em seguida, neocolonialismo e a partir do século XX passa a ser exercido como globalização. Essa '*globalização*' foi precedida de uma revolução comunicacional onde permite que se espalhe pelo planeta um discurso único de características autoritárias às quais estimulam o exercício do poder punitivo muito mais repressivo e discriminatório, agora, porém, em escala mundial. Ainda sob a análise de Zaffaroni, o tratamento dado aos "inimigos" da sociedade é próprio do Estado Absoluto e, este, é incompatível com a teoria política do Estado de Direito. Na visão do referido autor, a Idade Média não terminou, pois, a vivenciamos no denominado 'autoritarismo *cool*', onde o inimigo é o mesmo de todo autoritarismo: aqueles que confrontam o discurso dos detentores do poder.

medida de segurança, tendo funções ético-social⁸ e preventiva⁹ (WELZEL, 1970). O delito (ação-crime), na concepção de Francisco de Assis Toledo (1994, p.80) é:

um fato humano que lesa ou expõe a perigo bens jurídicos (jurídico-penalmente) protegidos. Essa definição é, porém, insuficiente para a dogmática penal, que necessita de outra mais analítica (...) a saber: ação típica (tipicidade), ilícita ou antijurídica (ilicitude) e culpável (culpabilidade). O crime, nessa concepção que adotamos é, pois, *ação típica, ilícita e culpável*.¹⁰

O conflito, no âmbito penal, é considerado, portanto, um delito: uma violação da lei (e do Estado). Via de regra¹¹, o Estado é o detentor do processo (ação penal), bem como do poder punitivo (aplicação de sanção).

Por sua vez, a visão restaurativa considera o delito como uma violação de pessoas e de relacionamentos (uma violação das leis sociais/contrato social, que resulta nas leis internacionais e dos Estados). O conflito tem, assim, tanto uma dimensão individual quanto social. Em decorrência deste conflito, há uma ruptura no sistema familiar da vítima e do ofensor e, conseqüentemente, uma ruptura no sistema social.

Sob a perspectiva da Justiça Restaurativa, a composição dos conflitos possui base no direito fraterno, centrado na criação de regras de compartilhamento e de convivência mútua que vão além dos litígios judiciais, determinando formas de inclusão de proteção de direitos fundamentais.

⁸ Conforme dispõe Bitencourt (2008, p.7), “A função ético-social é exercida por meio da proteção dos valores fundamentais da vida social, que deve configurar-se com a proteção dos bens jurídicos”.

⁹ A respeito da função preventiva do Direito Penal, Toledo (1994, p.6) assevera que: “(...) não se pode dizer que essa missão seja exclusiva do direito penal. Pelo menos na luta preventiva contra o crime estão (ou deveriam estar) envolvidos, cada um a seu modo, importantes setores da vida comunitária: família, escola, órgãos assistenciais, sobretudo os de proteção ao menor etc.”.

¹⁰ Para Francisco de Assis Toledo (1994), César Roberto Bitencourt (2008), Juarez Tavares (1980), dentre outros doutrinadores, consideram a punibilidade (sanção penal) uma consequência do crime e não um elemento constitutivo. Compartilho deste entendimento, razão pela qual cito a definição do primeiro autor.

¹¹ Excepcionalmente, a ação penal pode ser proposta pela vítima. Essas exceções (ação penal pública incondicionada) são definidas no Código Penal.

III- Compreendendo a justiça restaurativa no Sistema de Justiça brasileiro

Em 2010, através da Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), instituiu-se a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, cabendo aos Tribunais a criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Resolução de Conflitos. Inicialmente, a referida Resolução não contemplava a hipótese de aplicação de métodos restaurativos ou da implantação dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos no âmbito criminal (Juizados Especiais Criminais e Varas da Infância e Juventude - Lei 8.069/90). Tal oportunidade surgiu no ano de 2013, com a Emenda nº 1 ao Ato Normativo em questão. Mesmo que timidamente, tornou-se escopo do Poder Judiciário Brasileiro a criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos onde se poderia oportunizar a mediação ou qualquer outro processo restaurativo como meio judicial e extrajudicial de resolução de conflitos criminais nos âmbitos das Varas da Infância e Juventude e para os crimes de menor potencial ofensivo (Juizados Especiais Criminais). O texto da Resolução 125/2010 do CNJ foi alterado pela Emenda nº 2, de 08/03/2016, considerando a Lei 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil) e a Lei 13.140/2015 (Lei de Mediação). A partir de então, suprimiu-se da Resolução 125 as expressões “processos restaurativos”, “Juizados Criminais”, “mediação penal”. A Lei de Mediação disciplina ser objeto da mediação os conflitos que versem sobre direitos disponíveis ou indisponíveis que admitam transação. Nesta lei, encontramos as expressões¹² “métodos consensuais de solução de conflitos” e “demais facilitadores da solução

¹² Lei 13.140/2015, Art.6º, incisos II, III e IV, por exemplo. (Art. 6º Para desenvolvimento dessa rede, caberá ao CNJ: II - desenvolver parâmetro curricular e ações voltadas à capacitação em métodos consensuais de solução de conflitos para servidores, mediadores, conciliadores e demais facilitadores da solução consensual de controvérsias, nos termos do art. 167, § 1º do Novo Código de Processo Civil.

consensual de controvérsias” nos permite interpretar estarem incluídos a justiça restaurativa e o facilitador restaurativo.

Em 31 de maio de 2016, o CNJ editou a Resolução 225, que dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário. Este Ato Normativo delineou, no campo teórico, a metodologia a ser implementada nos programas justiça restaurativa no Brasil, disciplinou o seu conceito e os seus princípios norteadores, as atribuições dos Tribunais de Justiça, dentre outras providências.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) define a justiça restaurativa como um conjunto de princípios, métodos, técnicas e atividades cuja finalidade seja a conscientização dos valores relacionais, institucionais e sociais que causam os conflitos, a violência e, conseqüentemente, geram um dano concreto ou abstrato.

Explorando um pouco mais a definição de justiça restaurativa no âmbito penal, pode-se conceitua-la como uma “nova” forma de administrar as demandas criminais através da proposta de promover, entre os protagonistas do delito, iniciativas de diálogo, de respeito, de solidariedade, de inclusão, de cooperação, de responsabilização e de fraternidade. Embora trabalhe, sim, na consciência do delito praticado e na reparação do dano causado às vítimas¹³, as práticas restaurativas não se fixam no terreno da culpa e buscam a renovação de todos aqueles envolvidos no conflito em projeções de futuro para que se sintam preparados para seguirem seus caminhos.

Pode-se ainda dizer que a concepção de justiça restaurativa no âmbito penal compreende que o delito é um comportamento nocivo violando pessoas e relações interpessoais que geram danos à vítima primária, aos

¹³ À designação “vítimas”, consideramos: (1) vítimas diretas: pessoas diretamente afetadas pelo delito; (2) vítimas indiretas ou secundárias: familiares das vítimas e dos ofensores e a comunidade.

familiares da vítima e do ofensor e à comunidade (vítimas secundárias), bem como ao próprio ofensor. Na visão de “comportamento socialmente nocivo” presume-se uma vida social (a vida em sociedade), onde todos os indivíduos estão interligados. Esta concepção encontra suas raízes nas tradições culturais e religiosas, mais especificamente na tradição de alguns povos indígenas e, principalmente, nos princípios judaico-cristãos. Nas escrituras judaicas, a palavra *Shalom* significa viver a vida imerso num sentido de “retas relações” com os outros, com o Criador e com o meio ambiente. Para o povo Maori, a ideia da centralidade dos relacionamentos se expressa pelo termo *Whakapapa*; para os Navajos, *hozho*; para muitos africanos, *Ubuntu*; para o budismo tibetano, *tendrel*. (ZEHR, 2017). Assim, o dano de um é o dano de todos! Isto implica numa visão de Justiça em que o comportamento socialmente nocivo de um dos indivíduos da comunidade demanda a busca pela neutralização do dano causado, bem como pelo restabelecimento de todos os envolvidos: vítimas e ofensor.

Vale lembrar o autor Sica (2007, p.10) quando da conceituação do instituto em questão: “Mais do que uma teoria em formação, a justiça restaurativa é uma prática ou, mais precisamente, um conjunto de práticas em busca de uma teoria. (...)”. Pode-se extrair que a justiça restauradora não se trata de um conceito fechado e suas metodologias não são procedimentos rígidos ou pré-determinados/normatizados. Importa, antes de tudo, que as abordagens ou programas restaurativos estejam projetados para alcançar os princípios fundamentais da justiça restaurativa.

IV- Dignidade humana e justiça restaurativa na administração dos conflitos criminais

Antes de fazermos um breve delineamento sobre a *dignidade humana*, importante situa-la frente aos conceitos de direitos fundamentais e direitos humanos. Para tanto, se faz necessário esclarecer que o presente

trabalho não tem como objetivo analisar conceitos amplos e profundos como 'direitos fundamentais', 'direitos humanos' e 'dignidade humana'.¹⁴ A finalidade é, tão somente, situar tais concepções para adentrar o campo teórico da dignidade humana como pilar de sustentação da justiça restaurativa na administração dos conflitos criminais.

Para muitos autores, direitos fundamentais e direitos humanos são expressões sinônimas, incluindo, ainda, direitos naturais e direitos da liberdade. Contudo, dentro de uma visão constitucional, os direitos fundamentais são o rol de direitos humanos identificados no ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito. Os direitos humanos estão relacionados aos valores de liberdade e igualdade positivados no plano internacional e os direitos fundamentais são direitos humanos consagrados e positivados, no âmbito interno, pela Constituição.

Sobre o tema, esclarece Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p.36):

Em que pese sejam ambos os termos (direitos humanos e direitos fundamentais) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo 'direitos fundamentais' se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão 'direitos humanos' guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

Nesse sentido, os direitos humanos assumem um contexto mais amplo, alcançando declarações e convenções internacionais e direitos

¹⁴ Para fazer um estudo sobre o tema, sugestão de leitura dos autores: DUARTE et al., 2018; DUARTE; LUPETTI BAPTISTA, 2014.

fundamentais volta-se para os direitos regulados juridicamente no âmbito interno do Estado. Destaca-se que a Constituição Federal Brasileira de 1988, ao positivizar os direitos humanos elencando-os como direitos fundamentais, o fez tendo como cerne a dignidade da pessoa humana.

IV.1- Princípio da Dignidade Humana

A construção do conceito de dignidade perpassa vários autores. Contudo, encontramos, em Emmanuel Kant, um dos maiores expoentes na construção filosófica da 'dignidade da pessoa', cuja concepção "parte da autonomia ética do ser humano, considerando esta (a autonomia) como fundamento da dignidade do homem, além de sustentar que o ser humano (o indivíduo) não pode ser tratado - nem por ele próprio - como objeto." (SARLET; 2009, p.213)

A dignidade humana deixou de ter apenas um *status* de princípio moral e passou a ser, também, um estatuto jurídico. Ainda em Kant é que se busca subsídios para a conceituação e fundamentação jurídica do Princípio da dignidade.

Na lição de Vicente Barretto (2013, p.74/75),

O conteúdo do princípio da dignidade humana pode desdobrar-se em duas máximas: não tratar a pessoa humana como simples meio e assegurar as necessidades vitais da pessoa humana. Ambas as máximas deitam suas raízes na teoria moral de Kant e podem servir como bases para justificar a natureza jurídica da dignidade humana. (...)

O princípio da dignidade humana pressupõe também o acesso aos bens espirituais, como a educação e a cultura, e o respeito a "sentimentos propriamente humanos". (...) Sob outro aspecto, o princípio da dignidade humana protege também a pessoa na sua integridade física e mental (...).

Importante ressaltar a dimensão social do princípio da dignidade da pessoa. Se todos são iguais em dignidade e direitos, conforme expresso na

Declaração Universal de 1948, há de se fazer uma análise da dignidade individual de cada um, bem como do ser humano na vida em comunidade (o homem em sua relação com os demais). Desta dimensão intersubjetiva, implica dizer que tal princípio gera direitos e deveres correlatos. Em outras palavras, as relações sociais devem ser reguladas pelo princípio da dignidade humana, que designa "não o ser homem, o indivíduo, mas a humanidade que se encontra em todos os seres humanos." (BARRETO; 2013, p.65).

Na mesma perspectiva, expõe Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p.221-222):

Em verdade, a dignidade da pessoa humana (assim como - na esteira de Hannah Arendt - a própria existência e condição humana), sem prejuízo de sua dimensão ontológica e, de certa forma, justamente em razão de se tratar do valor próprio de cada uma e de todas as pessoas, apenas faz sentido no âmbito da intersubjetividade e da pluralidade. Aliás, também por essa razão é que se impõe o seu reconhecimento e proteção pela ordem jurídica, que deve zelar para que todos recebam igual (já que todos são iguais em dignidade) consideração e respeito por parte do Estado e da comunidade, (...).

Na perspectiva ora apontada, vale consignar a lição de Jurgem Habermas, considerando que a dignidade da pessoa, numa acepção rigorosamente moral e jurídica, encontra-se vinculada à simetria das relações humanas, de tal sorte que a sua intangibilidade resulta justamente das relações interpessoais marcadas pela recíproca consideração e respeito, de tal apenas no âmbito da comunidade da linguagem o ser natural se torna indivíduo e pessoa dotada de racionalidade.

IV.2- Princípio da Dignidade Humana como pilar de sustentação da Justiça Restaurativa na resolução dos conflitos criminais

Como já exposto, a dignidade é inerente ao Homem, independentemente de sua raça, crença, cor, sexo. A consagração normativa de tal princípio legitima o dever de proteção ao indivíduo, pelo Estado, bem

como o dever de respeitá-lo, seja por parte do próprio Estado como da sociedade. E, por sua vez, cada indivíduo, para ter os seus direitos respeitados e protegidos, tem os deveres que lhe são correlatos, bem como deve respeitar o próximo, que são todos aqueles que lhe compartilham o ambiente familiar, do trabalho, da comunidade em que está inserido.

Através da promoção e do cumprimento dos direitos fundamentais pode-se proporcionar o desenvolvimento digno da vida dos seres humanos, da sociedade (visão universal da dignidade humana), enfim, da humanidade. Nesse prisma, temos, na Justiça Restaurativa, mecanismos de resolução e administração de conflitos aptos a instrumentalizar os direitos e garantias consagrados na Constituição Federal de 1988, quando, ambos, possuem como núcleo axiológico, a dignidade humana.

Tal metodologia visa, precipuamente, encurtar a distância entre os envolvidos no conflito através de um diálogo pacífico. São alternativas extrajudicial e judicial de solução de conflitos que tentam restaurar a comunicação entre os indivíduos que estão contrapostos, procurando levá-los à superação do problema que estão vivenciando, sem se distanciar da responsabilização daqueles que infringiram as regras sociais de convivência pacífica.

Durante o procedimento das práticas restaurativas, trabalha-se o empoderamento das partes (*empowerment*). Esta técnica desenvolverá a autonomia da vontade dos envolvidos e a autonomia trabalhará para reconhecer a autonomia do outro, rompendo, assim, com a relação de poder entre os mediados e ajudando-os a respeitar uns aos outros.

Conforme ensina Jorge Pesqueira (2010, p.236), "A autonomia da vontade nos convoca a tratar com dignidade os seres humanos, a não fazer aos outros aquilo que não queremos que os outros façam conosco.". Oportuno registrar que este é um ensinamento de há dois mil anos, quando Jesus Cristo passou pela Terra. Para Hannah Arendt (2007, p.328-329),

embora a importância pela vida já fosse a pedra angular do povo judeu, foi através do cristianismo que a vida do ser humano passou a ser e ter importância. Nas palavras da citada autora,

(...) Talvez resida aí o motivo para o fato indubitável de que somente quando a imortalidade da vida individual passou a ser o credo básico da humanidade ocidental, isto é, somente com o surgimento do cristianismo, a vida na Terra passou também a ser o bem supremo do homem.¹⁵

Se faz necessário que a vida, como bem supremo do homem, seja exercida de forma digna, que seja dada a condição humana aos indivíduos, independentemente de raça, crença, cor e rótulo religioso. E, temos a justiça restaurativa que ‘nasce’ vinculada à movimentos de humanização do sistema penal.

As práticas restaurativas são pautadas na necessidade do respeito mútuo entre as partes, reforçando os sentimentos de solidariedade social e cooperação. Os envolvidos se conscientizam que abordar os conflitos através do diálogo restaurador e da tolerância os fazem gerar condições para relações harmoniosas.

Durante os encontros restaurativos, as partes são trabalhadas para compreender que seus conceitos não são absolutos e, principalmente, que suas verdades não deixam de existir ao entender a verdade do outro. A partir de então, tem-se a chance de estabelecer, na relação interpessoal, a comunicação pacífica, pois, à medida que um indivíduo se coloca no lugar

¹⁵ Para os Cristãos, Jesus foi o maior Mediador que passou pela Terra. É natural que, a partir de então, a visão do mundo se alterasse e os homens mudassem o comportamento e atitudes visando auxiliar o próximo. Embora tenham ficado gravados no mundo os seus milagres, acreditamos que já é tempo de estudá-los e verificarmos o que, verdadeiramente, existe por trás de cada um deles. Importa salientar que, aqui, refiro-me a Jesus como um homem de bem, como muitos outros que passaram pela Terra deixando seus exemplos. Não me refiro aos 'dogmas religiosos', que não é assunto do presente trabalho. Os templos religiosos, embora todos eles tenham a sua beleza, são comandados pelo 'homem', que ainda imperfeito, insere, nas religiões, a vaidade, o orgulho, o poder ... "Ansiosos por conquistar um trono que Jesus jamais construiu, cada homem se dispôs a projetá-Lo no mundo de acordo com seus propósitos, que raramente se ajustam aos ideais de Deus." (ANDRADE, 1999, p. 123).

do outro valorizando-o, aprende-se a respeitá-lo, a compreendê-lo. Os processos que envolvem a justiça restaurativa buscam, antes de firmar um acordo, a alteridade, pois só a partir do momento em que um se coloca no lugar do outro na relação, tem-se a possibilidade de chegar às finalidades deste instituto, como por exemplo, a paz social.

Importante lembrar que tais procedimentos não têm como finalidade primeira o acordo e centram-se nas relações humanas para fomentar o crescimento moral, promover a revalorização e o reconhecimento de cada pessoa.

Numa análise teórica, as práticas restaurativas, dentre elas a mediação, têm como meta fortalecer as qualidades do ser humano para que este desenvolva habilidades específicas que potencializam a condição humana enquanto ser social, bem como, favorecer o desenvolvimento de princípios essenciais como a dignidade, a autonomia da vontade, a corresponsabilidade e a coconstrução de um futuro acordo. Para isso, os envolvidos devem romper com as barreiras impostas por eles mesmos diante do conflito e melhorarem a imagem que têm de si mesmos. Cabe ao facilitador restaurativo ajudar as partes a descobrirem suas qualidades e a compreenderem que serão respeitados quando os mesmos reconhecerem a dignidade humana do (e no) outro.

Considerações finais

Não obstante a discussão doutrinária acerca da relevância jurídica do preâmbulo da Constituição Federal Brasileira, o posicionamento atual do Supremo Tribunal Federal (STF) é no sentido de não constituir uma norma central. Contudo, o Preâmbulo contém a explicitação dos valores que dominam a obra constitucional de 1988 e devem servir de orientação para a correta interpretação e aplicação das normas constitucionais e infraconstitucionais.

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e *comprometida*, na ordem interna e internacional, *com a solução pacífica das controvérsias*, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (...)

O preâmbulo da nossa Carta Magna é, portanto, elemento interpretativo para a compreensão das normas e para a solução dos conflitos de natureza constitucional e infraconstitucional. Toda a nossa Lei Fundamental deve, assim, ser interpretada de forma a estar comprometida com a solução pacífica das controvérsias.

A justiça restaurativa tem como ponto basilar a administração dos conflitos através do diálogo, da cooperação, do respeito à dignidade humana, da solidariedade social. É um instrumento de acesso à justiça (artigo 5º, XXXV da CF/88) apto a produzir a transformação comunicativa, gerando relações com maior cunho de respeitabilidade nas comunidades em que são implantadas reduzindo, assim, o índice de violência.

A administração dos conflitos através das práticas restaurativas, no campo teórico, promove o envolvimento daqueles ligados à demanda, direta e indiretamente, favorecendo o exercício da cidadania, atendendo ao artigo 1º, II da CF/88.

A metodologia da justiça restaurativa se fundamenta no princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 5º, III da CF/88), sendo um instrumento para humanizar a justiça, oferecendo aos envolvidos, um tratamento digno, respeitoso, bem como assegurando a preservação da liberdade de cada um deles e atingindo a finalidade de integração social.

As práticas restaurativas propõem uma alteração de paradigma sendo importante ressaltar que a justiça restaurativa não tem a pretensão de substituir o modelo retributivo. Contudo, é necessária uma redefinição do papel da justiça penal cujo olhar, segundo Zaffaroni (2007), deve estar voltado para o cumprimento da lei concretizado sob a integração social, ampliação dos espaços democráticos, fortalecimento do diálogo, da responsabilização pelos atos praticados e do respeito nas relações interpessoais.

Referências

ANDRADE, Berenice Neide Brandão. **Uma Lembrança que Renasce**. Ívia Corneli. 3 ed. Belo Horizonte: Editora Santa Edwiges, 1999.

_____. MPMG Jurídico – Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Edição Especial Mediação/2012.

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10^a ed.; 2007. Rio de Janeiro: Forense Universitária.

BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. 2. ed. ver. e ampl.; Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

DEUTSCH, M. **A resolução do conflito**. Tradução: Arthur Coimbra de Oliveira. Revisão: Francisco Schertel Mendes In.: AZEVEDO, André Gomma (Org.) Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação, vol. 3. (pp. 29- 52). Brasília: Universidade de Brasília; 2004.

LEAL, Jorge Pesqueira. AUB, Amalia Ortiz. **Mediación Asocitativa Y Cambio Social. El arte de lo possible**. Hemossilio: Universidad de Sonora, 2010.

LUPETTI BAPTISTA, **Os Rituais Judiciários e o Princípio da Oralidade**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 2008.

MOORE, Christopher. **El proceso de mediación: métodos prácticos para La resolución de conflictos**. Buenos Aires: Granica, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal. O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 5ª ed., 10ª tiragem, 2002.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal alemán**. Trad.: Juan Bustos Ramirez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Ed. Jurídica do Chile, 1970.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2ª ed., 2007.

ZHER, Howard. **Trocando as lentes: Um novo foco sobre o crime e a Justiça**. São Paulo: Editora Palas Athena, 2008.

_____. **Justiça Restaurativa**. Tradução: Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2015.

Gênero, direitos humanos e saneamento básico

*Carmen Hein de Campos*¹

*Rosane Hein de Campos*²

Introdução

O Brasil é um dos países mais desiguais do mundo. A desigualdade entre os 10% mais ricos e os 40% mais pobres no Brasil está entre as nove maiores em todo o mundo e desde 2012 a renda real acumulada dos mais ricos aumentou 8,5% e a dos mais pobres caiu 14%, sendo que em períodos de crise, os mais pobres são mais afetados por serem mais vulneráveis (NERI, 2018). Conforme a Pesquisa Nacional de Amostragem de Domicílios (PNAD) de 2019 (IBGE, 2020), 70% das pessoas negras (pretas e pardas) estavam abaixo das linhas da pobreza, fato que afetou mais as mulheres pretas ou pardas, situadas entre os 39,8% dos extremamente pobres e os 38,1% dos pobres. Ademais, 45,2 milhões de pessoas residiam em 14,2 milhões de domicílios com algum tipo de inadequação. Desta população, 13,5 milhões eram de cor ou raça branca e 31,3 milhões pretos ou pardos (IBGE, 2020).

A pandemia do Covid-19 agravou ainda mais a situação das pessoas mais pobres e beneficiou os mais ricos. Segundo a Oxfam (2021), a riqueza dos bilionários, em todo o mundo, aumentou em US\$3,9 trilhões entre 18 de março e 31 de dezembro de 2020 e a possibilidade de morrer de Covid-19 é significativamente maior se a pessoa é negra (OXFAM, 2020, p.15).

¹ Doutora em Ciências Criminais (PUCRS). Professora do Programa de Mestrado em Direitos Humanos e do Curso de Direito, UniRitter.

² Doutora em Engenharia Ambiental (UFSC). Professora do Programa de Mestrado em Engenharia e Desenvolvimento Sustentável da UFES-ES.

Residências inadequadas e sem saneamento básico comprometem a saúde, o bem-estar, o meio-ambiente e o enfrentamento à pandemia, pois questões simples, como lavar as mãos e os alimentos ficam comprometidas. O Brasil ainda é um país com elevadas taxas de ausência de saneamento básico, o que reflete também, a profunda desigualdade entre a população brasileira.

Essas desigualdades sociais estruturais de gênero, raça e classe social no país ameaçam o Estado Democrático de Direito e violam os princípios fundamentais da cidadania e dignidade humana (art. 1º, II, III) e os direitos humanos, e repercutem no cotidiano das mulheres.

A ausência de uma infraestrutura básica, como saneamento e água potável, tem também impacto sobre as relações de gênero e a posição social das mulheres, pois além dos cuidados necessários à saúde decorrentes dessa falta elas não conseguem um trabalho que lhes garanta suficiente autonomia, pois ficam enredadas em afazeres domésticos, como por exemplo, buscar água potável, ferver a água, lavar os alimentos, cuidar das crianças, dentre outros, que demandam tempo. As mulheres realizam 92,2% afazeres domésticos no domicílio dedicando-se, em média, 21,3 horas por semana a esse conjunto de atividades, enquanto que a dedicação dos homens não ultrapassa a 10,9 horas (IBGE, 2019). Com isso, as mulheres assumem responsabilidades cotidianas que são decorrentes da ausência de responsabilização estatal/governamental. Essa omissão do estado em prover uma infraestrutura minimamente adequada sustenta a desigualdade de gênero e afeta o exercício pleno da cidadania feminina.

Este artigo analisa como a ausência de saneamento básico impacta as relações de gênero/raça, é uma violação dos direitos humanos e um dos instrumentos deliberados de manutenção do racismo e sexismo estruturais. Trata-se de uma política institucional deliberada iniciada durante a

ditadura cívico-militar, que promove o direito à saúde e a um meio ambiente saudável, atingindo de modo desproporcional as mulheres negras.

I- A ausência de saneamento como política deliberada desde os anos setenta

Desde a década de noventa, estudos demonstram como a ausência de saneamento afeta a população negra e pobre de modo mais intenso (Fúlvia ROSEMBERG; Regina Pahim PINTO, 1995). Conforme demonstram as autoras, até 1970, as municipalidades ofereciam água e esgotamento sanitário parcamente. Com a formulação do Plano Nacional de Saneamento (PLANASA), em 1971, elaborado no período da ditadura militar, o saneamento passou a ser fornecido pelos estados, obedecendo a lógica da centralização das decisões da auto sustentação financeira do serviço (ROSEMBERG; PINTO, 1995, p. 30) Assim, entre os anos 1970-1980, os investimentos em saneamento estiveram ligados à lógica empresarial, mudando apenas no período eleitoral, como moeda de barganha política. Nesse sentido, o debate sobre o saneamento básico não estava vinculado aos direitos, mas a pretensões econômicas e lógicas eleitorais. A prioridade foi o fornecimento de água, ficando o esgotamento em segundo plano. Foi também o PLANASA que determinou que a região Sudeste fosse priorizada em detrimento das demais regiões. Obedecendo a lógica do mercado, há mais investimento em regiões da população de maior renda, mantendo a população pobre segregada, o que contribui para diminuir o valor do solo urbano (ROSEMBERG; PINTO, 1995, p.31).

Após mais de 30 anos, observa-se que essa lógica não foi superada. Mesmo a Constituição da República (1988) não reverteu a pouca atenção dada ao saneamento básico (esgoto).

Historicamente, a ideia de saneamento se constituiu por meio da materialização de dimensões socioculturais, tecnológicas e de gestão

produzidas e desenvolvidas ao longo das décadas, levando em consideração as relações humanas, visando à proteção da vida e proporcionando saúde e bem-estar à população. Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), saneamento é: “... (...) o conjunto de medidas adotadas em um local para melhorar a vida e a saúde dos habitantes, impedindo que fatores físicos de efeitos nocivos possam prejudicar as pessoas no seu bem-estar físico, mental e social” (OMS/UNICEF, 2020, p.15). No Brasil, o saneamento básico é um direito constitucional e sua definição está contida na Lei nº 11.445/2007, como o “conjunto de serviços, infraestrutura e instalações operacionais de abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana, drenagem urbana, manejo de resíduos sólidos e de águas pluviais” (BRASIL, 2007).

Entretanto, ainda hoje no mundo, milhões de pessoas morrem pela falta de saneamento básico provocadas por doenças relacionadas ao meio-ambiente, como diarreias, cólera, disenteria, hepatite A, leptospirose, dengue, febre tifóide, dentre outras tantas, atingindo principalmente, mulheres, crianças e jovens de até 15 anos de idade. Segundo a Organização das Nações Unidas (ONU) mais de 2 bilhões de pessoas carecem de serviços de saneamento básico no mundo e de acordo com o Relatório Mundial das Nações Unidas sobre Desenvolvimento de Recursos Hídricos de 2019, três em cada 10 pessoas (2,1 bilhões de pessoas ou 2,9% da população mundial) não dispunham de água potável gerenciada de forma segura e 844 milhões de pessoas não possuem nem mesmo o serviço básico de água potável.

No Brasil, esta é uma realidade comprovada, pois cerca de 35 milhões de brasileiros/as não têm acesso à água tratada e mais de 100 milhões não possuem coleta de esgotos. Somente 49,1% dos esgotos são tratados e 39,2% da água potável é perdida nos sistemas de distribuição, trazendo

um prejuízo de mais de R\$ 12,0 bilhões (SNIS, 2019; INSTITUTO TRATA BRASIL, 2020).

No contexto mundial, o Brasil ocupa a 112^a posição, no ranking de saneamento entre 200 países, sendo inferior não somente às médias da América do Norte e da Europa, mas também às de países do Norte da África e Oriente Médio, povos de renda média bem mais baixa que a do Brasil e de países como Equador, Chile, Honduras e Argentina que registraram índices muito superiores aos do Brasil em 2011 (CEBDS, 2018). Vale salientar, que de acordo com o Banco Mundial (2018), durante as diferenças nas fases políticas para promoção do saneamento, o PLANASA e a PNSB (Política Nacional de Saneamento Básico) falharam em elevar o patamar de investimentos no setor, pois ao invés dos investimentos aumentarem ao longo do tempo, encontram-se estagnados, em um patamar inferior às necessidades estimadas no PLANASA. Os investimentos caíram de um patamar de 0,4%, em 1980, para os atuais 0,21% do PIB (BNDS, 2018 apud PNUD, 2020). Assim, constata-se que o saneamento básico não é prioridade de políticas públicas.

Recentemente foi sancionada a Lei 14.026 de 15 de julho de 2020, que atualiza o marco legal do saneamento básico no Brasil, tendo como meta prevista garantir o atendimento de 99% da população com água potável e de 90% com tratamento e coleta de esgoto, até 31 de dezembro de 2033. A expectativa é de que a universalização dos serviços de água e esgoto reduza em até R\$ 1,45 bilhão os custos anuais com saúde (CONFEREDAÇÃO NACIONAL DAS INDÚSTRIAS, 2020). Além de que, a cada R\$ 1,00 investido em saneamento, gere uma economia de R\$ 4,00 com a prevenção de doenças causadas pela falta do serviço, de acordo com a OMS (BRASIL, 2020).

Espera-se que a universalização do acesso ao saneamento básico seja de fato, alcançada em 13 anos, o que irá requerer investimento político e

econômico para cumprir com os mandamentos constitucionais da dignidade humana (art. 1º, III) e da redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170, VII).

II- Saneamento básico como um direito humano

O acesso ao saneamento básico, em especial, à água potável e ao esgotamento sanitário, são direitos humanos reconhecidos há décadas pelas Nações Unidas. Atualmente, em todo o mundo, 40% da população é afetada pela escassez de água e 80% das águas residuárias são devolvidas ao meio ambiente sem tratamento adequado, ou seja, 844 milhões de pessoas carecem de água segura, limpa e disponível.

No Brasil, a Constituição Federal estabelece como objetivos fundamentais da República Federativa (art. 3º) construir uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I); erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (inciso III) e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (IV). Além disso, a ordem econômica tem por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170, caput) e a defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação (VI). No entanto, os dados demonstram que há ainda um enorme caminho a ser percorrido para que de fato, as desigualdades sociais sejam superadas.

O último relatório anual da ONU mostrou que 263 milhões de pessoas precisam gastar mais de 30 minutos por viagem para coletar água de fontes distantes de suas casas e ¼ da população não possui instalações sanitárias básicas, sendo necessária defecação ao ar livre (ONU, 2020), chegando a 15,5 milhões de pessoas na América Latina e Caribe.

À medida que não há investimentos em saneamento básico mais e mais pessoas são contaminadas e doenças vão se alastrando no mundo inteiro de forma arrebatadora. Além de a população sofrer pela falta de saneamento, muitos centros de saúde não possuem instalações básicas para higiene das mãos e para separar e eliminar resíduos de forma segura, levando a vários óbitos e infecções hospitalares em crianças e mulheres (WHO/UNICEF, 2019).

A OMS (2018) estimou que um em cada cinco nascimentos que ocorrem nos quatro países mais pobres do mundo, atinge 17 milhões de mulheres que dão à luz em centros de saúde com suprimentos inadequados de água. Em 2017, mais de 290 mil mulheres perderam a vida devido a complicações durante a gravidez e parto, sendo que a África Subsaariana e o sul da Ásia representam cerca de 80% das mortes maternas e infantis decorreram da ausência de saneamento básico.

No Brasil, de acordo com os dados do Painel de Saneamento de 2018, as internações por doenças associadas à falta de saneamento chegaram a 233.880 casos e 2.180 óbitos. O quadro abaixo apresenta os indicadores de saúde, com as respectivas localidades, internações, óbitos e despesas com internações por doenças associadas à falta de saneamento.

Quadro 1: Indicadores de Saúde, 2018

LOCALIDADE	Internações por doenças associadas à falta de saneamento	Óbitos por doenças associadas à falta de saneamento	Despesas com internações por doenças associadas à falta de saneamento
Região Norte	40.915	207	R\$ 14.216.950,92
Região Nordeste	109.072	743	R\$ 39.455.312,55
Região Sudeste	39.723	93	R\$ 19.253.814,93
Região Sul	24.899	300	R\$ 10.309.807,81
Região Centro-Oeste	19.271	137	R\$ 6.977.201,31
BRASIL	233.880	2.180	R\$ 90.213.087,52

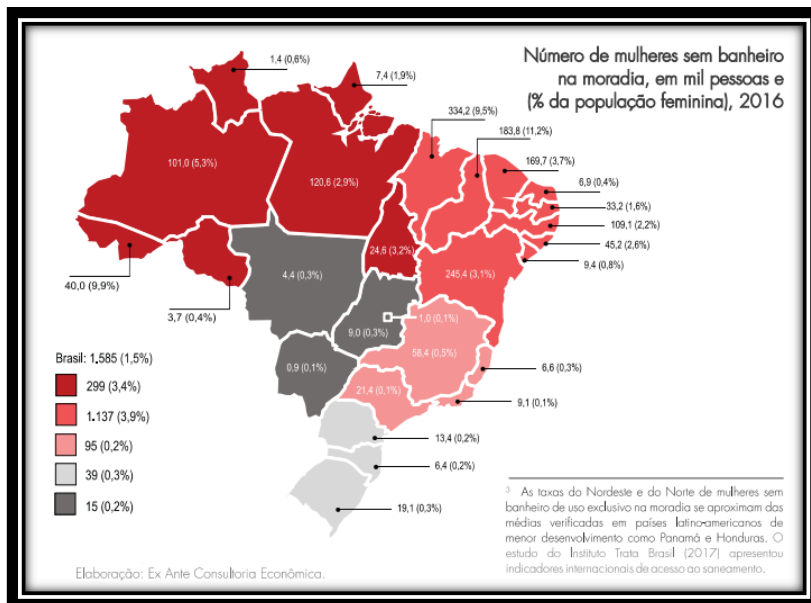
Fonte: Webinar Covid-19 e ODS 6, 2020 (Trata Brasil).

Verifica-se que a região nordeste do Brasil é a mais afetada em termos de internações e óbitos por doenças associadas à falta de saneamento com 109.072 internações e 743 óbitos, resultando em 46,6% dos casos no nosso país e 43,7% dos recursos gastos com a saúde por conta dessas internações. Importante ressaltar que 25,8% da população no nordeste não têm acesso à água potável e 72,0% não tem coleta de esgoto. Por outro lado, a 2ª região mais afetada por internações e óbitos é a região norte, abaixo da região nordeste, porém ela apresenta percentuais maiores da população sem acesso à água potável e sem coleta e tratamento de esgoto com 43% e 89,5%, respectivamente (SNIS, 2018). A região nordeste é a que apresenta também maior porcentagem de mortes associadas à ausência de saneamento em contraste com a região sudeste. Esses dados retratam a política instituída desde a década de setenta de priorizar a região sudeste e sul.

Estudo apresentado pela BRK Ambiental, em parceria com o Instituto Trata Brasil (2018), revelou que 27 milhões de mulheres no nosso país não têm acesso à infraestrutura sanitária e saneamento (uma em cada quatro). Já os dados apresentados no estudo, coletados pela PNAD (IBGE, 2017), mostraram que 15,2 milhões de mulheres declararam não receber água em suas residências e essa carência se concentrava na população mais jovem (0 a 14 anos), de menor escolaridade e nas classes de renda mais pobres.

Outro dado importante revelado pelo PNAD (IBGE, 2018) é quanto às instalações sanitárias e para banho de uso exclusivo de moradores, indicando que 2,8% da população brasileira compartilham seus banheiros com outros domicílios e chega a 8,5% entre a população com rendimento domiciliar per capita inferior a US\$ 5,50 PPC (paridade de poder de compra) por dia. Dentre a população feminina 1,6 milhões de mulheres declararam não possuir banheiro em casa (Figura 1).

Figura 1: Mapa de número de mulheres sem banheiro na moradia, em mil pessoas (% população feminina).



Fonte: IBGE, 2017 apud BRK Ambiental, 2018.

Os dados ilustrados na Figura 1 indicam que 3,4% da população feminina, sem banheiro em suas residências, concentram-se na região norte; 3,9% na região nordeste; 0,2% na região sudeste; 0,3% na região sul e 0,2% na região centro-oeste. Isso pode ser uma das explicações do maior índice de internações no nordeste frente à região norte, apresentada no quadro 1.

As principais doenças decorrentes da ausência de saneamento básico que afetam as mulheres no Brasil são as gastrointestinais infecciosas, como diarreias e vômitos. Registros de ocorrência mostraram 7,9 milhões de casos, sendo que destes 3,6 milhões de mulheres ficaram acamadas. Dos registros feitos pelo sistema único de saúde (SUS), cinco mil mulheres morreram por infecções associadas à falta de saneamento básico (BRK

AMBIENTAL, 2018). Desse modo, revela-se que os efeitos sociais da opção política dos militares de beneficiar o sudeste permanecem até hoje.

No entanto, a perspectiva do saneamento visando prevenção à saúde se dirige à qualidade de vida e ao bem-estar da população, às políticas públicas saudáveis, aos ambientes favoráveis à saúde e ao empoderamento da sociedade. Diante desse contexto, a ONU por meio dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), tem lançado desafios mundiais para minimizar os impactos negativos sobre vários aspectos. Em especial, atenção para os objetivos 5 e 6, que tratam, respectivamente, o de alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas e, assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e saneamento para todos. Sabemos que não são desafios fáceis de cumprir, mas um esforço em conjunto é necessário, uma vez que as metas deverão ser atingidas até 2030.

O ODS 6 visa garantir uma gestão disponível e sustentável da água e saneamento para todos e inclui metas para o acesso universal à água potável, saneamento e higiene para todos até 2030 (metas 6.1 e 6.2). O termo universal implica todas as configurações, incluindo residências, escolas, instalações de saúde, locais de trabalho e locais públicos, e para todos implica serviços adequados para mulheres, homens, meninas e meninos de todas as idades, incluindo pessoas vivendo com deficiência.

III- Racismo e sexismo como obstáculos estruturais para a cidadania

A população mais atingida pela ausência de saneamento encontra-se, em sua maioria, nas regiões de grandes aglomerações em centros urbanos e de difícil acesso, como em comunidades carentes e, em áreas rurais, onde não existe qualquer tipo de infraestrutura em saneamento.

Pesquisas realizadas no Brasil e no mundo demonstraram que a falta de água, por exemplo, atinge de maneira mais intensa a vida das mulheres

do que as dos homens, uma vez que as mulheres desempenham três vezes mais trabalhos não remunerados como doméstico ou de cuidados, estando, portanto, em contato direto com água contaminada e dejetos humanos, facilitando doenças ocupacionais, resultante do inadequado acesso de água potável, esgotamento sanitário e à higiene (ONU, 2020).

O descaso do poder público e/ou privado com o saneamento básico desrespeita a sociedade como um todo e ao não assegurar às pessoas um ambiente saudável, seja em sua dimensão física, social, econômica, política e cultural, contribui para doenças e conduz a geração de impactos negativos tanto sobre o ambiente quanto sobre a saúde e qualidade de vida. Seguindo esta linha, estudos recentes, como os apresentados pelo relatório BRK Ambiental (2018) sobre o saneamento e a desigualdade de gênero nos serviços de acesso à água potável e de coleta de esgoto, mostraram impactos negativos de maneira significativa na vida das mulheres tanto na saúde, segurança, moradia adequada, educação e alimentação, sendo inclusive maiores do que na vida de crianças e adolescentes.

No Brasil, segundo dados do IBGE (2019) e da BRK (2018), as mulheres autodeclaradas pobres, pretas e pardas são as mais afetadas pela falta de saneamento básico. A Tabela 1 ilustra alguns dados.

Tabela 1 - Dados da população feminina, sem acesso a saneamento básico, no Brasil.

Por domicílios ¹	Residentes em domicílios com restrição ao acesso ao saneamento básico ¹	Sem acesso à água ²	Sem acesso à coleta de esgoto ²
Branças	26,9%	8,9%	17,9%
Pretas ou Pardas	43,5%	N.C	N.C
Só Pretas	N.C	15,7%	24,3%
Só Pardas	N.C	17,5%	33,0%
Indígenas	N.C	10,6%	40,9%
Amarelas	N.C	7,7 ⁰	11,0%

Fonte: IBGE, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínuos, 2018.

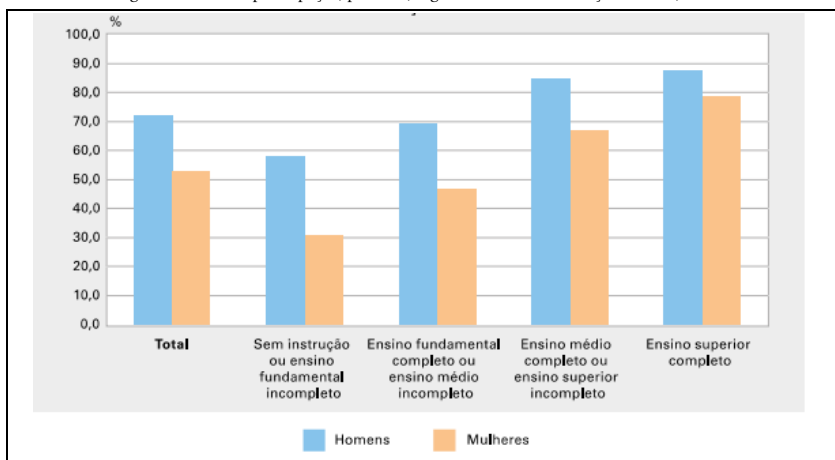
² BRK, 2018, dados de 2016.

N.C = não contabilizado

Apesar dos dados apresentados na Tabela 1 terem sido coletados em anos diferentes, verifica-se que não houve diferença significativa em termos de melhoria no saneamento básico no Brasil, indicando uma melhora de apenas 2% para a população de mulheres pretas e pardas. Vale salientar, que os dados do IBGE incluem a coleta de lixo domiciliar. Portanto, ainda é nítida a diferença entre as mulheres pretas e pardas comparativamente às mulheres brancas, sendo as primeiras, as mais afetadas por falta de saneamento básico. Com relação à instrução, os dados apresentados pela BRK Ambiental (2018) revelaram que as mulheres que não recebem água e não possuem nenhuma instrução totalizam 18,3% da população, frente a 7,5% de mulheres com superior completo. O mesmo se repete com as mulheres sem acesso ao esgotamento sanitário, com 32,6% sem nenhuma instrução e 14,5% com superior completo. A concentração de mulheres sem instrução está em ambientes mais vulneráveis e a predominância é de mulheres negras e pardas.

Outro dado importante apresentado no último relatório do IBGE (2019), e ilustrado na Figura 2, avalia a desigualdade entre os sexos.

Figura 2 - Taxa de participação, por sexo, segundo o nível de instrução - Brasil, 2018.



Fonte: IBGE, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua, 2018.

Nota: Dados consolidados de primeiras entrevistas.

Segundo o relatório, essas desigualdades são atribuídas, dentre outros fatores, à discriminação no mercado de trabalho e à divisão por gênero das atividades e afazeres domésticos e cuidados, dado à falta de políticas públicas para a questão (WORLD...2017apud IBGE, 2019). Pela Figura 2, verifica-se que as desigualdades afetam mais as mulheres sem instrução (faixa de 30%) ou com ensino fundamental incompleto (em torno de 48%) se comparados aos homens na mesma situação, entre 60% e 70%). Essa diferença diminui à medida que aumenta a instrução, porém, a maior escolaridade não é suficiente para proporcionar a similaridade da força de trabalho ou em maiores proporções. A taxa de participação mostrou que as mulheres encontram-se bem abaixo, em termos percentuais, ou seja, os homens com 72% e as mulheres 52,9% (IBGE, 2019).

O Relatório do IBGE (2019) apontou ainda que 92,2% das mulheres realizam afazeres domésticos no domicílio ou em domicílios de parentes frente à 78,2% de homens e que as mulheres dedicavam em média, 21,3 horas por semana a esse conjunto de atividades, enquanto que os homens não ultrapassaram 10,9 horas (IBGE, 2019).

Esses dados demonstram a profundidade do racismo e sexismo estruturais no Brasil e o impacto da ausência de políticas públicas para superar as desigualdades de gênero e raciais.

Com isso, há um déficit democrático e um círculo vicioso e perverso, pois as mulheres, especialmente negras, não tem escolaridade suficiente para aumentarem a renda e terem uma moradia digna e com isso, permanecem em lugares insalubres Assumem diversas tarefas domésticas, o que as impede de aumentarem seus estudos e renda e as torna mais suscetíveis a doenças e enfermidades. A desigualdade estrutural racialmente generifica é desse modo, sustentada na omissão deliberada do estado em não

prover infraestrutura adequada (esgotamento sanitário, água potável e higiene) para melhorar as condições de vida das mulheres negras.

Considerações finais

A ausência de saneamento básico, principalmente em regiões menos favorecidas, constituiu-se em uma política racista estabelecida pelo governo civil-militar nos anos setenta para beneficiar a branquitude e as regiões consideradas mais desenvolvidas do país. A lógica eleitoral (saneamento não se vê) tem sido utilizada para a persistência da omissão dos governantes. A falta de investimento por décadas por parte dos governos em todas as esferas coloca parcela da população brasileira, especialmente mulheres negras e pobres, em condições subumanas de vida.

A ausência, em especial, da água potável e da coleta e tratamento de esgotos, refletem-se em agravamento da saúde de brasileiras e brasileiros e em doenças evitáveis. No entanto, seu impacto é diferenciado sobre a vida das mulheres negras têm implicações diretas no agravamento da saúde e exercício da cidadania.

A ausência de saneamento básico ao atingir de modo desproporcional as mulheres negras no Brasil e que vivem nas regiões norte e nordeste revela uma estratégia perversa de desigualdade social e de racismo generificado. É um círculo perverso que mantém as mulheres negras em condições indignas de vida. Ao não prover uma infraestrutura minimamente adequada, o estado sustenta a desigualdade de gênero e de raça e compromete a democracia.

Referências

BRK AMBIENTAL. **O Saneamento e a Vida da Mulher Brasileira**. EXANTE Consultoria Econômica (Análise produzida por Dr. Fernando Garcia de Freitas e Dra. Ana Lelia Magnabosco). 2018.

CONSELHO EMPRESARIAL BRASILEIRO PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL.
(<https://cebds.org/estudo>)

GOVERNO FEDERAL. Novo Marco do Saneamento é sancionado e garante ganhos para o país. Online: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/transito-e-transportes/2020/07/novo-marco-de-saneamento-e-sancionado-e-garante-avancos-para-o-pais#:~:text=O%20presidente%20da%20Rep%C3%ABlica%2C%20Jair,Marco%20Legal%20do%20Saneamento%20B%C3%A1sico.&text=A%20meta%2C%20com%20o%20marco,31%20de%20dezembro%20de%202023>. [Acesso 07.03.2021].

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). www.ibge.org.br
[Acesso em 06.03.2021].

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Síntese de Indicadores Sociais: Uma Análise das Condições de Vida da População Brasileira**. 2019.

INSTITUTO TRATA BRASIL. **Ranking do Saneamento - Instituto Trata Brasil 2020 (SNIS 2018)**. Online: www.tratabrasil.org.br/saneamento/principais-estatisticas/no-mundo/agua. [Acesso em 06.03.2021].

LEI 11.445 DE 05 DE JANEIRO DE 2007. **Diretrizes Nacional do Saneamento básico**. Brasil. 2007.

LEI 14.026 DE 15 DE JULHO DE 2020. **Marco Legal do Saneamento**. Brasil. 2020.

NERI, Marcelo. FGV- Centro de Políticas sociais. Online: <https://cps.fgv.br/videos/levantamento-qual-foi-o-impacto-da-crise-sobre-pobreza-e-distribuicao-de-renda>
[Acesso em 06.03.2021]

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Relatório Mundial das Nações Unidas sobre Desenvolvimento de Recursos Hídricos 2019 - Não deixar ninguém para trás -Fatos e Dados. Online: <https://nacoesunidas.org/onu/> [acesso em 21/04/2020].

OXFAM. **O vírus da desigualdade: Unindo um mundo dilacerado pelo coronavírus por meio de uma economia justa, igualitária e sustentável.** Relatório. Rio de Janeiro, 2021.

ROSEMBERG, Fúlvia. PINTO, Regina Pahim. Saneamento básico e raça. **Revista Brasileira de Crescimento e Desenvolvimento Humano.** São Paulo, No.5, Vol.1/ 2, p.29-42.

WHO/UNICEF. **State of the World's Sanitation. An urgent call to transform sanitation for better health, environments, economies and societies.** World Health Organization (WHO) and the United Nations Children's Fund (UNICEF), 2020.

WHO/UNICEF. **Wash in Health Care Facilities.** World Health Organization (WHO) and the United Nations Children's Fund (UNICEF), 2019.

O reconhecimento do direito à saúde como bem comum da humanidade pela dimensão ecológica da fraternidade

Gabrielle Scola Dutra¹
Janaina Machado Sturza²
Charlise Paula Colet Gimenez³

Introdução

O primeiro caso de Covid-19, doença provocada pelo novo Coronavírus (Sars-Cov-2), foi registrado no final do ano de 2019, na cidade de Wuhan, província de Hubei na China. Posteriormente, em março de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou estado de pandemia Covid-19, tendo em vista que a doença se alastrou para além do continente asiático, disseminando-se por todo o globo terrestre. Logo, a Transpandemia personifica-se tanto em uma crise sanitária quanto uma crise

¹ Doutoranda em Direitos Humanos pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ (Bolsista CAPES). Mestre em Direitos Especiais pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI, campus Santo Ângelo (Bolsista CAPES/TAXA 2018/2020). Especialista em Filosofia na Contemporaneidade pela URI. Pós-graduanda em Direito Penal e Processual prático contemporâneo pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Membro do grupo de pesquisa: "Tutela dos Direitos e sua efetividade", cadastrado no CNPQ e vinculado ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, Mestrado e Doutorado da URI. Advogada. Membro da Comissão da Mulher (Subseção OAB Santo Ângelo). E-mail: gabriellescoladutra@gmail.com.

² Pós doutora em Direito pela Unisinos. Doutora em Direito pela Universidade de Roma Tre/Itália. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Especialista em Demandas Sociais e Políticas Públicas também pela UNISC. Professora na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUI, lecionando na graduação em Direito e no Programa de pós-graduação em Direito - mestrado e doutorado. Integrante da Rede Iberoamericana de Direito Sanitário. Integrante do Comitê Gestor da Rede de Pesquisa em Direitos Humanos e Políticas Públicas. Integrante do grupo de pesquisa Biopolítica e Direitos Humanos (CNPQ). Pesquisadora Gaúcha FAPERGS - PqG Edital 05/2019. Email: janasturza@hotmail.com.

³ Pós-Doutora em Direito pela UNIRITTER sob a orientação da professora Doutora Sandra Regina Martini. Doutora em Direito e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ. Docente permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito stricto sensu - Mestrado e Doutorado, e Graduação em Direito, todos da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Missões - URI, campus Santo Ângelo. Coordenadora do Curso de Graduação em Direito da URI. Líder do Grupo de Pesquisa "Conflito, Cidadania e Direitos Humanos", registrado no CNPQ. Advogada. Atua no estudo do Crime, Violência, Conflito e Formas de Tratamento de Conflitos - conciliação, mediação, arbitragem e justiça restaurativa. E-mail: charcoletgimenez@gmail.com.

humanitária pois transcende as fronteiras dos Estados-nação e tangencia-se como um fenômeno catastrófico à existência humana. Perante tal hostilidade, um cenário paradoxal projeta-se sob o panorama global, imbuído por sentimentos comuns compartilhados de incerteza pelo dia seguinte, mas também, esperança por dias melhores.

Em razão disso, a humanidade está em constante processo de complexificação, orientada por progressos e atrasos que produzem riscos sistematicamente fomentados durante o percurso civilizacional. Nesse cenário que convulsiona, é imprescindível que se produzam intersecções a respeito da Transpandemia COVID-19 e da problemática da (in)efetivação do direito à saúde, na medida em que há déficits estruturais nos sistemas de saúde globais que se intensificam com a situação pandêmica e beiram o colapso. Outrossim, acontece que são incongruências sanitárias que atingem, mais abruptamente, países periféricos como o Brasil e provocam a maciça violação de direitos fundamentais e, por consequência, impedem que o direito à saúde seja concebido como um bem comum da humanidade.

Foi assim que a caixa de Pandora foi aberta! Segundo a mitologia grega, Pandora foi enviada por Zeus a Epimeteu, ela carregava uma caixa que não deveria ser aberta. A caixa continha todas as desgraças do mundo, entre elas: as doenças do corpo e da alma, mas também a esperança. Pandora não resistiu à curiosidade, ao abrir a caixa, soltou todos os males. Arrependida, fechou a caixa antes que a esperança pudesse ser resgatada. Desde então, a humanidade convive com suas tragédias. Logo, deve-se atrelar o mito grego de Pandora ao termo grego *pharmakon*, o qual pode lhe ser atribuído significados distintos a depender de sua utilização, quais sejam: remédio ou veneno.

Destarte, do mundo mitológico ao mundo real, paradoxos são (des)constituídos, no sentido de que a humanidade é a única responsável

pela sua desumanidade patológica. Doutro modo, compreende-se que é na humanidade e somente a partir dela que é possível transformar cenários catastróficos em ambientes comuns compartilhados que sejam capazes de conceber o direito à saúde como bem comum da humanidade. Em razão disso, a presente pesquisa se detém em abordar a Transpandemia do COVID-19 no Brasil e o direito à saúde como bem comum da humanidade pela Metateoria⁴ do Direito Fraternal. Diante disso, questiona-se: o direito à saúde pode ser concebido como um bem comum da humanidade? É possível analisar a Transpandemia do COVID-19 no Brasil pela Metateoria do Direito Fraternal?

Logo, a presente pesquisa é pautada pelo método dedutivo e instruída por uma análise bibliográfica. Com efeito, desenvolve-se a hipótese de que a efetivação do direito à saúde e sua compreensão como bem comum da humanidade poderá ocorrer a partir da constituição de códigos fraternos, ou seja, há a necessidade de codificar a fraternidade em prol da transformação do mundo real. É preciso resgatá-la da caixa de Pandora! A fraternidade continuou esquecida em comparação à tríade da Revolução Francesa (Liberdade, Igualdade e Fraternidade), a “prima pobre” retorna hoje como desveladora de paradoxos perante a necessidade de pô-la em prática e fazê-la regra.

No contexto brasileiro, compreende-se que a saúde é perfectibilizada pela Constituição Federal promulgada em 1988, como direito fundamental de caráter social. Sobretudo, o cenário Transpandêmico se mostra hostil para a efetivação do direito à saúde no Brasil, na medida em que pela fraternidade é possível personificar seres humanos em amigos da

⁴ Na concepção de Sandra Regina Martini Vial, “pode-se dizer que o Direito Fraternal é uma Metateoria, pois se está diante de uma teoria das teorias, e que propõe uma nova forma de análise do direito atual” (VIAL, 2006, p. 120).

humanidade, aqueles que se preocupam pelo bem comum e que contribuem para a construção de sociedades cosmopolitas. O amigo da humanidade nasce no instante em que há um movimento transicional do modelo de amizade aos domínios da fraternidade. Assim, num primeiro momento analisa-se os contornos da Transpandemia COVID-19 a nível global. Por último, aborda-se o colapso do sistema de saúde no Brasil e a imprescindibilidade de reconhecer o direito à saúde como bem comum da humanidade pela Metateoria do Direito Fraternal desenvolvida pelo jurista italiano Eligio Resta.

I- O fenômeno da transpandemia em operacionalização na sociedade cosmopolita

As epidemias que se dinamizaram/dinamizam ao longo do contexto civilizacional não se perfectibilizam como acontecimentos inéditos, no entanto, suas ascensões sempre provocam uma sensação de espanto generalizado e uma miscelânea de sentimentos comuns compartilhados entre os integrantes do tecido social. Em razão disso, tais conjunturas “obligan a nuestro mundo a empezar de cero como ocurre con las guerras o las revoluciones, pero por alguna razón no permanecen, como estas, en nuestra memoria colectiva” (KRASTEY, 2020, p. 07). No que diz respeito ao século XXI, observa-se que o estado de Transpandemia⁵ do COVID-19 está transformando profundamente o mundo e (re)configurando de forma significativa o horizonte da humanidade.

Por consequência, “el mundo se va a transformar no porque nuestras sociedades quieran cambiar ni porque exista un consenso sobre la dirección del cambio, sino porque ya no podremos volver atrás” (KRASTEY,

⁵ A conjuntura atual do mês de março de 2021 transcende o estado de Pandemia e personifica-se em um estado de Transpandemia do COVID-19, conceito desenvolvido e discutido no âmbito do CEBES pelo vídeo: <https://youtu.be/c9KxMTq5Rr8>; disponível também pelo link: <https://campusvirtual.fiocruz.br/portal/?q=noticia/59701>.

2020, p. 10). A Transpandemia COVID-19 converte-se tanto em uma crise sanitária quanto em uma crise humanitária sem precedentes, na medida em que ressurgem o efeito panóptico⁶ a partir da dinâmica de uma vigilância na saúde pública estabelecida pelo Estado, ou seja, apresenta-se a versão contemporânea do projeto de Bentham. No entanto, “en el panóptico original se pedía a la gente que se desnudara frente al Estado a cambio de protección, en la versión actual es este quien promete utilizar la vigilancia⁷ de la salud pública para proteger a las personas de sí mismas” (KRASTEY, 2020, p. 50).

Do mesmo modo, a Transpandemia é concebida como “un desastre sanitario que se convierte en uno económico, por eso las consecuencias políticas de la crisis son tan increíblemente difíciles de predecir” (KRASTEY, 2020, p. 58). De encontro com tal premissa, o filósofo esloveno Slavoj Žižek interpreta o período em que a civilização se encontra como o anúncio de um novo cenário no qual a humanidade deve refletir e ressignificar sobre o próprio sentido do humano. Por isso, o aludido autor refere que “talvez hoje devamos inverter a [décima primeira tese de Marx sobre Feuerbach](#): no século vinte, tentamos mudar o mundo de maneira rápida demais, e agora chegou a hora de interpretá-lo de uma nova maneira” (ŽIŽEK, 2020, s.p.).

Nesse sentido, Žižek constitui uma interseção entre a realidade da COVID-19 e a produção de um horizonte fantasmático:

Todo o arcabouço a partir do qual nós a percebemos e reagimos a à pandemia é sustentada por diferentes fantasias (sobre a natureza do próprio vírus, sobre

⁶ Sobre o efeito panóptico, Jeremy Bentham designa técnicas de controle e observação a partir de um sistema penitenciário ideal que possibilita ao vigilante observar os prisioneiros sem que eles saibam que estão sendo vigiados.

⁷ A antropóloga argentina Rita Segato refere que “estariamos ingresando en un laboratorio de experimentación a gran escala que permitirá espiar a la población mundial con medios de control digital e inteligencia artificial con nuevas tecnologías infalibles. Todo será informado sobre cada uno de los vivientes y la amenaza de un estado de excepción de magnitud desconocida asolará a la humanidad” (SEGATO, 2020, p. 413).

as causas de seu impacto social e assim por diante). O próprio fato de que a covid-19 quase parou o mundo em um momento no qual muito mais pessoas vinham morrendo de poluição, fome etc, já fornece um claro indício dessa dimensão fantasmática. Temos a tendência de esquecer que há pessoas – refugiados, pessoas presas em meio a uma guerra civil – para as quais a epidemia da covid-19 representa uma preocupação menor, desprezível (ŽIŽEK, 2020, s.p.).

Portanto, diante de um cenário Transpandêmico em operacionalização, observa-se que o sistema capitalista de dispensabilidade de vidas humanas engendra-se de maneira que sacrifica existências em nome do funcionamento do Mercado. A título exemplificativo, Žižek relembra o que aconteceu nos Estados Unidos sob a Presidência de Donald Trump em 2020, ou seja, “à maneira pela qual alguns dos seguidores de Trump exigiram que pessoas maiores de 60 anos de idade deveriam aceitar morrer a fim de sustentar o “*american way of life*” capitalista” (ŽIŽEK, 2020, s.p.). Doutro modo, é imprescindível reconhecer que há tantos outros profissionais que exercem atividades laborais extremamente nocivas às suas existências, os quais arriscam-se rotineiramente em prol das regras do jogo impostas pela lógica mercantil.

A vista disso, o filósofo italiano Giorgio Agamben aludiu que com a pandemia se disseminando por todo o globo terrestre, o Estado de Exceção converteu-se em normalidade. Nas palavras do autor, “o limiar que separa a humanidade da barbárie foi ultrapassado” (AGAMBEN, 2020, p. 23). Nesse enredo, Agamben desenvolve a tese de que a “peste” já existia, inconscientemente, “as condições de vida das pessoas tinham se tornado tais que bastou um sinal repentino para que aparecessem como realmente eram – isto é, intoleráveis, exatamente como uma peste” (AGAMBEN, 2020, p. 18).

Com efeito, “no se puede negar que en la actualidad hemos experimentado lo que de verdad significa vivir en el mismo mundo” (KRASTEY, 2020, p. 61). Ademais, a dimensão da tragédia da COVID-19 convida a humanidade a estabelecer relações sociais a partir do diálogo pelo entendimento de que é preciso resgatar, de forma coletiva, a preocupação e o respeito pela própria espécie e descartar lógicas mercadológicas que produzem vítimas e escancaram o que de mais perverso há na versão mais antissocial do capitalismo, movimentos predatórios de existências. A “guerra de todos contra todos” que se referia Thomas Hobbes na obra *O Leviatã* estiliza qualquer potencialidade de se perfectibilizar um novo horizonte de civilização de vida pautado na preocupação pelo bem comum e na abertura de espaços cosmopolitas (HOBBES, 2020).

Logo, a respeito da fragmentação da fé comum pelo instinto de (sobre)vivência a partir de um individualismo predatório, Agamben defende que num futuro próximo, a tendência da humanidade é que inicie um processo de autoquestionamento⁸ sobre seus modos de vida:

Outra coisa que dá o que pensar é o evidente desmoronamento de toda convicção e fé comum. Seria possível dizer que os homens já não acreditam em mais nada – exceto na nua existência biológica que é preciso salvar a qualquer custo. Porém, sobre o medo de perder a vida pode-se fundar somente uma tirania, somente o monstruoso Leviatã com sua espada em riste (AGAMBEN, 2020, p. 18).

⁸ Para Boaventura de Sousa Santos, “considerar el virus como parte de nuestra contemporaneidad implica tener en cuenta que, si queremos deshacernos de él, tendremos que abandonar parte de lo que más nos seduce en la forma en que vivimos. Tendremos que cambiar muchas de las prácticas, hábitos, lealtades y frutos a los que estamos acostumbrados y que están directamente relacionados con la aparición recurrente y la letalidad creciente del virus. En otras palabras, tendremos que cambiar la matriz contemporánea, asegurándonos de que las poblaciones que más sufren las formas dominantes de contemporaneidad son parte de ella” (SANTOS, 2020, p. 38).

Paradoxalmente, para o cientista político búlgaro Ivan Krastey, o fenômeno da globalização⁹ aliado ao estado de Transpandemia COVID-19, provoca muitas ilusões, entre elas: a ideia equivocada de que “solo las personas que se desplazan son de verdad cosmopolitas, y que solo quienes se sienten como en casa en distintos lugares pueden tener una perspectiva internacional” (KRASTEY, 2020, p. 61). Em decorrência disso, Krastey constata que “es posible que las actuales paradojas de la globalización (o de la desglobalización) empezaran con él. La COVID-19 ha infectado al mundo de cosmopolitismo, al tiempo que ha enemistado a los estados con la globalización” (KRASTEY, 2020, p. 61).

Por conseguinte, o estado de Transpandemia do coronavírus não está limitado à determinismos biológicos ou sustentações da natureza pois “trata-se de uma crise eminentemente social e histórica. A reiterada fragilidade da relação humana com a natureza corresponde a uma parcela pequena dos problemas presentes” (MASCARO, 2020, p. 06). Em suma, a operacionalização da crise fomentada pela COVID-19 está intimamente atrelada ao modelo de relação social fundamentado na tomada dos meios de produção pelos poderosos, ao passo que tal sistema de dominação promove processos de exclusão “da maioria dos seres humanos das condições de sustentar materialmente sua existência, sustento que as classes desprovidas de capital são coagidas a obter mediante estratégias de venda de sua força de trabalho” (MASCARO, 2020, p. 06). Nessa conjuntura, os modos de produção instituídos pelo sistema capitalista personificam-se na própria crise civilizatória do século XXI.

⁹ No pensamento de Anthony Giddens, “a globalização está reestruturando o modo como vivemos, e de uma maneira muito profunda. Ela é conduzida pelo Ocidente, carrega a forte marca do poder político e econômico americano e é extremamente desigual em suas consequências. Mas a globalização não é apenas o domínio do Ocidente sobre os demais; afeta os Estados Unidos tanto quanto outros países” (GIDDENS, 2000, p. 15).

De encontro com tal pensamento, a partir das transformações acarretadas pelo processo globalizante e impostas pela COVID-19, percebe-se que “estamos atravessando um período importante de transição histórica. Além disso, as mudanças que nos afetam não estão confinadas a nenhuma área do globo, estendendo-se quase por toda parte” (GIDDENS, 2000, p. 13). Outrossim, as mutações impostas pela globalização produzem multifacetadas consequências, ao passo que “estamos sendo impelidos rumo a uma ordem global que ninguém compreende plenamente, mas cujos efeitos se fazem sentir sobre todos nós” (GIDDENS, 2000, p. 17).

No início da pandemia, o diretor da Organização Mundial de Saúde, Tedros Adhanom Ghebreyesus já havia alertado para a imprescindibilidade da humanidade em produzir perspectivas cosmopolitas de vivência para combater o vírus:

A maior ameaça diante da qual nos deparamos agora não é o vírus em si, é a falta de liderança e solidariedade a nível global e nacional. Não conseguiremos derrotar essa pandemia se permanecermos divididos enquanto mundo. A pandemia da covid-19 é um teste de solidariedade e liderança globais. O vírus floresce com a divisão, mas é aplacado quando nos unimos (GHEBREYESUS, 2020).

Sobretudo, diante da Transpandemia COVID-19, sabe-se que a face mais perversa da humanidade foi revelada, ela é inumana porque cultua o individualismo e o egoísmo. Entretanto, “é fundamental ter presente a ideia de *pharmakon*, termo grego que pode significar, ao mesmo tempo, remédio e veneno, dependendo da forma como utilizamos a própria técnica” (VIAL, 2006, p. 120). Portanto, se a humanidade é a única responsável por seu caráter (des)humano, é dentro dela que tanto se potencializam dinâmicas transformadoras quanto se (des)velam paradoxos. Nesse sentido, constata-se que é preciso apostar em práticas que resgatem

o conceito de fraternidade com o intuito de combater a perversidade humana impregnada no cerne da sociedade cosmopolita.

Na sociedade cosmopolita, “a possibilidade de transformação social é concreta, assim como são concretos os desafios para a construção de uma sociedade fundada na igualdade e na dignidade, princípios essenciais e sempre necessários” (STURZA; MARTINI, 2016, p. 992). Ademais, instigar práticas fraternas reverbera a perspectiva do respeito aos Direitos Humanos que inclui a pluralidade humana e a cartografia cultural existente no arranjo social. Destarte, “nuestra idea de estos derechos se gestó y se sigue gestando en las múltiples tácticas de resistencia y de supervivencia a sus violaciones” (ZAFFARONI, 2021, s.p.).

Assim sendo, a fraternidade se fundamenta na “não-violência, no amor, no diálogo, no cosmopolitismo, na amizade, no diálogo entre os diferentes dos mais diferentes cantos desse mundo” (VIAL, 2016, p. 123). Dessa maneira, “o Direito Fraternal propõe mediação e pactuação constantes, fundamentais para uma sociedade em transformação como a nossa” (VIAL, 2006, p. 132). Nessa significação, convém analisar como se dá a complexa (in)efetivação do Direito Humano fundamental à saúde no Brasil em tempos Transpandêmicos, haja visto que é essencial reconhecer a saúde como bem comum da humanidade pela Metateoria do Direito Fraternal desenvolvida pelo jurista italiano Eligio Resta.

II – A saúde como bem comum da humanidade: perspectivas de direito fraternal

A observação sobre a dinâmica do novo coronavírus nas sociedades periféricas revela que a situação Transpandêmica pode ser reconhecida como uma lição democrática. A título exemplificativo, na América Latina, “es posible adivinar un terror expectante y apenas entredicho, una verdad pronunciada a medias sobre lo que sabemos puede suceder cuando el virus

finalmente derribe la frontera que blindada la inclusión de la exclusión” (SEGATO, 2020, p. 412). Em decorrência desse cenário catastrófico a periferia do mundo constroi um destino¹⁰ comum humano de caráter deficitário, “debido a la cuarentena, la exclusión penaliza a los que viven rigurosamente al día por su necesidad del ingreso diario, pero no es en su cuadrícula que la peste se ha dejado sentir con más fuerza por ahora” (SEGATO, p. 412).

De encontro a essa narrativa latino-americana, Boaventura de Sousa Santos produz uma reflexão sobre a dinâmica do vírus:

Descubrió nuestros hábitos y la proximidad social en la que vivimos para afectarnos más duramente. Le gusta el aire contaminado con el que hemos estado infestando nuestras ciudades. Aprendió con nosotros la técnica de los drones y, como ellos, es insidioso e impredecible. No sabemos dónde y cuándo ataca. Se comporta como el 1% más rico de la población mundial, un hombre todopoderoso que no depende de los Estados, no conoce fronteras ni límites éticos. Deja leyes y convenciones a los mortales humanos, ahora más letales que antes precisamente por su presencia no deseada. Es tan poco democrático como la sociedad que permite tamaña concentración de riqueza. Al contrario de lo que parece, no ataca indiscriminadamente. Prefiere poblaciones empobrecidas, víctimas del hambre, falta de atención médica, condiciones de vida, protección en el trabajo, discriminación sexual o etnorracial (SANTOS, 2020, p. 38).

Nessa perspectiva, os custos humanos do acontecimento histórico trazido pela Transpandemia são extremos, motivo pelo qual atingem mais abruptamente os indivíduos mais afetados pelas patologias sociais (desigualdade, miséria, pobreza, exclusão, etc.). As “veias abertas da América

¹⁰ Sob a perspectiva de Rita Segato sobre o plano contemporâneo do vírus, “el virus no es otra cosa que justamente un evento del desdoblamiento de este plano, la Historia Natural, la marcha azarosa de la naturaleza, sus desdoblamientos contingentes, su deriva. Los organismos se consolidan, duran y desaparecen. Nuestra especie seguirá ese destino incierto también o, con suerte improbable, tendrá la longevidad de la cucaracha, aunque será difícil, porque la cucaracha se caracteriza por necesitar de poco” (SEGATO, 2020, p. 408).

Latina”¹¹ revelam um contexto arrasado pela tragédia humana, no sentido de que se constata uma maciça violação aos Direitos Humanos. Nesse sentido, o “desemprego, as habitações precárias para suportar quarentenas, as contaminações em transportes públicos lotados e a fragilidade do sistema de saúde são, condições históricas de um modo de produção específico, o capitalismo” (MASCARO, 2020, p. 06).

Logo, a Transpandemia detém um valor ultracontemporâneo¹². Essa significação remete à ideia de que “no podemos entender lo que somos sin entender el virus. La forma en que el virus emerge, se propaga, amenaza y condiciona nuestras vidas es fruto del mismo tiempo que nos hace ser lo que somos” (SANTOS, 2020, p. 37). Do mesmo modo, nessa zona de penumbra projetada pela COVID-19 na América Latina e em outras zonas periféricas ao redor do mundo, os Direitos Humanos estão sob ameaça constante, a chamada por Norberto Bobbio “Era dos direitos” é, da mesma forma, “a era da sua maciça violação e da mais profunda desigualdade” (FERRAJOLI, 2011, p. 525).

Nas palavras de Rita Segato, é preciso que o vírus faça emergir uma nova consciência coletiva capaz de fragmentar modos de acumulação egoísta, principalmente, porque tais lógicas estão cada vez mais produzindo zonas de periferia ao redor do globo terrestre:

Sin un estado que garantice protección y entrega de recursos a los que menos tienen, no será posible continuar la vida. La postura, en este caso es que entenderemos que es necesario colocar la acumulación a disposición de la gente que la necesita para sobrevivir, y los gobernantes serán a futuro llevados a

¹¹ Ver. Obra de Eduardo Galeano intitulada “As veias abertas da América Latina”.

¹² Conforme Boaventura de Sousa Santos alude “el coronavirus es nuestro contemporáneo en el sentido más profundo del término. No es solo porque es simultáneo, es decir, que ocurre en el mismo tiempo lineal que nuestras vidas. Él es nuestro contemporáneo porque comparte con nosotros las contradicciones de nuestro tiempo, el pasado que no ha pasado y el futuro que vendrá o no” (SANTOS, 2020, p. 35).

desobedecer el precepto fundamental en que el capitalismo se apoya (SEGATO, 2020, p. 412).

Inegavelmente, os países periféricos estão sendo brutalmente mais atingidos pela Transpandemia da COVID-19. No que se refere ao Direito Humano fundamental à saúde em sociedades periféricas, mais especificadamente, é imprescindível observar o caso do Brasil, onde o Sistema Único de Saúde (SUS) vem sofrendo um desmonte desde a sua criação em 1990¹³. Na realidade, “o SUS nunca conseguiu ser totalmente público; cada vez mais está sendo desmontado em favor dos negócios privados” (MASCARO, 2020, p. 06). Nesse contexto, a superação de práticas corrosivas capitalistas é um desafio e uma alternativa¹⁴ constante, a qual deve se pautar “contra a fragilidade do sistema da saúde semipúblico e dependente do capital, não só hospitais de campanha, mas a saúde pública universal” (MASCARO, 2020, p. 06).

Segundo a Constituição Federal do Brasil promulgada em 1988, o direito à saúde é concebido como direito fundamental social. Outrossim, a Organização Mundial da Saúde (OMS) ultrapassa a concepção de que a saúde seria tão somente a ausência de doença ou enfermidades ao conceber que a saúde é o mais perfeito estado de bem-estar físico, mental e social que uma pessoa pode deter. De encontro com tais entendimentos, a Carta

¹³ A Lei nº 8.080 do ano de 1990 instituiu o Sistema Único de Saúde (SUS) que é um dos maiores sistemas de saúde públicos do mundo no que concerne à implementação/execução de políticas públicas. Do mesmo modo, o SUS fomenta a democratização do acesso à saúde no Brasil e tem sua dinâmica de funcionamento pautada em certos princípios norteadores, tais como: a universalidade (direito à saúde para todos), a integralidade (atendimento em prol da prevenção, tratamento e reabilitação) e a equidade (atendimento consoante a especificidade do paciente).

¹⁴ Nesse enredo conflitivo, Boaventura de Sousa Santos afirma que “el coronavirus alimenta la vertiente más pesimista de la contemporaneidad y esto debe tenerse en cuenta en el período inmediatamente posterior a la pandemia. Muchas personas no querrán pensar en alternativas a un mundo más libre de virus. Querrán volver a la “normalidad” a toda costa porque están convencidas de que cualquier cambio será para peor. A la narrativa del miedo habrá que contraponer la narrativa de la esperanza. La disputa entre las dos narrativas será decisiva. La forma en que se decida determinará si queremos o no continuar teniendo derecho a un futuro mejor” (SANTOS, 2020, p. 40).

de Ottawa apresentada na Primeira Conferência Internacional sobre Promoção de Saúde no Canadá no ano de 1986 é um relevante documento de intenções que tem o intuito de colaborar com a consolidação de políticas públicas de saúde no âmbito internacional. Por isso, determinou que a paz, a educação, a habitação, a alimentação, a renda, um ecossistema estável, a conservação dos recursos, a justiça social e a equidade são requisitos fundamentais para a saúde.

A vista disso, o artigo 196 do referido diploma constitucional estabelece que a saúde é um direito fundamental social que todos os brasileiros detêm. Do mesmo modo, a saúde é “dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, 1988). Ademais, sabe-se que “as transformações da sociedade atual são maiores do que aquelas que podemos prever e mais profundas e mais rápidas do que em qualquer outro momento histórico” (VIAL, 2015, p. 115).

Portanto, se a saúde é concebida como direito fundamental, ressalta-se que os direitos fundamentais são “aqueles que correspondem à ideia de criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana” (GIMENEZ, 2016, p. 195). Não obstante todo o arsenal jurídico e protetivo relacionado ao direito fundamental à saúde no Brasil, sob a égide de um Estado dito Democrático de Direito, verifica-se que há déficits existentes no sistema de saúde brasileiro, o qual beira um colapso generalizado, principalmente, porque a Transpandemia da COVID-19 o compromete, observa-se que o direito à saúde no país se depara com entraves a sua efetivação.

O colapso do sistema de saúde brasileiro perante a Transpandemia é reconhecido devido à escassez de recursos, quais sejam: a falta de leitos

dentro das Unidades de internação em hospitais e nas Unidades de Tratamento Intensivo (UTI's), ausência de insumos (equipamentos de proteção individuais (EPI's), respiradores (imprescindíveis para a sobrevivência das pessoas que apresentam o quadro mais grave da doença), testes laboratoriais, medicamentos, falta de profissionais e equipes de saúde, entre outras deficiências estruturais. O colapso que prevalece no sistema de saúde brasileiro acarreta na produção de vidas nuas, ou seja, vidas despidas de direitos que são exterminadas sem dó nem piedade a partir de formas cruéis de aniquilamento de existências (AGAMBEN, 2002).

Nessa conjuntura, “a vida nua não está mais confinada a um lugar particular ou em uma categoria definida, mas habita o corpo biológico de cada ser vivente” (AGAMBEN, 2002, p.146). Entretanto, no que se refere à (in)efetivação do direito à saúde no Brasil, “deve-se relativizar a compreensão individualista dos direitos fundamentais sociais, relacionada à justiça comutativa, para incutir a dimensão da fraternidade, de caráter distributivo” (MACHADO; MARTINI, 2018, p. 785). Em outras palavras, o direito à saúde deve ser reconhecido como um bem comum da humanidade perante a sociedade cosmopolita Transpandêmica.

Diante disso, “a visão utilitarista dos direitos fundamentais deve ser afastada para alcançar a sua dimensão fraternal” (MACHADO; MARTINI, 2018, p. 785). Nesse horizonte de violações aos Direitos Humanos e Fundamentais, o jurista italiano Eligio Resta desenvolve a Metateoria do Direito Fraternal, no sentido de que pensar em fraternidade requer pensar na ocorrência da tragédia do humano, ou seja, na busca pela existência de um lugar comum compartilhado entre a pluralidade humana, não basta ser humano, é imprescindível que se tenha humanidade. Para Resta, “os Direitos Humanos são aqueles direitos que somente podem ser ameaçados pela própria-humanidade, mas que não podem encontrar vigor, também aqui, senão graças à própria humanidade” (RESTA, 2004, p. 13).

Não obstante, Resta compreende o Direito fraterno a partir de uma série de pressupostos que fundamentam seu conteúdo universal e cosmopolita:

- a) um direito jurado em conjunto; b) livre de obsessão de identidade; c) voltado para a cidadania e para os direitos humanos; d) um direito cosmopolita; e) não violento; f) contra os poderes; g) inclusivo; h) é a aposta de uma diferença na concepção e relação “amigo e inimigo (RESTA, 2004, p. 19).

No entanto, a saúde não pode ser consolidada somente como “direito de todos e dever do Estado” porque os movimentos da sociedade cosmopolita reverberam a ideia de que no momento histórico em que a civilização transita, há um desgaste da “forma estatal das pertencas fechadas, governadas por um mecanismo ambíguo que inclui os cidadãos, excluindo todos os outros. Mas significa também a época em que vão sendo experimentadas outras formas de convivência política” (RESTA, 2004, p. 12). Por consequência, há que se ter em consideração que o direito é produto da sociedade, haja visto que o direito à saúde deve abandonar a concepção de Estado-Nação e vincular-se aos cosmopolitismos, flertar com à ideia de mundo para então, abarcar a dimensão de bem comum da humanidade tanto em seu cerne fundamental quanto em seu conteúdo fraternal.

Nesse pensamento, tomar o direito à saúde como bem comum pela fraternidade, “significa retornar a velhos conceitos como aqueles da amizade, pactos, acordos, inclusão, em uma palavra: retornar à fraternidade como um código capaz de desvelar paradoxos, inclusive o paradoxo do público do público” (STURZA; MARTINI, 2017, p. 405). Por conseguinte, a fraternidade continuou esquecida em comparação à tríade da Revolução Francesa (Liberdade, Igualdade e Fraternidade), a “prima pobre” retorna hoje como desveladora de paradoxos perante a necessidade de pô-la em

prática e fazê-la regra. Dessa maneira, nota-se que a partir da observação da dinâmica da Transpandemia COVID-19 no Brasil, “as condições de saúde de uma população podem ser um indicador importante de quanto a humanidade é humana ou desumana” (STURZA; MARTINI, 2017, p. 396).

Ademais, pela fraternidade é possível personificar seres humanos em amigos da humanidade, aqueles que se preocupam pelo bem comum e que contribuem para a construção de sociedades cosmopolitas. O amigo da humanidade nasce no instante em que há um movimento transicional do modelo de amizade aos domínios da fraternidade. Por isso, “a fraternidade recoloca em questão a comunhão de pactos entre sujeitos concretos com as suas histórias e as suas diferenças, não com os poderes e as rendas de posições que escondem o egoísmo através da abstração” (RESTA, 2004, p. 16). Sobretudo, a aposta na fraternidade é a urgência do tempo presente para a transformação do mundo real em prol de um futuro próximo.

De encontro com o supracitado, Resta reflete sobre a relevância de conceber a fraternidade como aposta, possibilidade e desafio:

O Direito Fraternal, então, vive da falta de fundamentos, anima-se da fragilidade; procura evitar afirmar que ‘deve’ ser, e que existe uma verdade que o move. Ao contrário, arrisca numa aposta, exatamente como na aposta de Pascal sobre a existência do bem comum: se tivesse existido, o benefício teria sido enormemente maior do que o custo empregado com as próprias contribuições pessoais. No caso em que, ao contrário, não tivesse existido aquilo que se gastou, teria tido um pequeno custo em relação àquilo que se poderia ter ganhado (RESTA, 2004, p. 125).

Logo, é preciso resgatar a fraternidade e incorporá-la em práticas que (res)signifiquem contextos sociais problemáticos para que se constituam novos modos de vida adversos à lógicas corrosivas que povoam cotidianos. A fraternidade deve ser cultuada em benefício da ascensão de horizontes

civilizatórios comuns. Assim sendo, “a fraternidade - que não é compatível com nenhum tipo de soberano, já ela parte do pacto entre iguais e, por isso, é *frater* e não *pater*” (VIAL, 2006, p. 120). Os integrantes da humanidade devem se converter em amigos da humanidade assumindo a preocupação pelo bem comum.

Diante de todo o exposto, o amigo da humanidade é aquele “que toma posição para o bem de todos; nos meandros das palavras, instaura-se um jogo linguístico rico de sentido que coloca em foco a difícil relação entre *parte* e *todo*, entre *particularismo* e *universalismo*” (RESTA, 2004, p. 48). A fraternidade propõe uma convivência humana a partir da produção de um direito vivo. Nessa perspectiva, “o verdadeiro Direito é aquele que pode ser denominado “direito vivo”, que não se prende a doutrinas ou prescrição estatal, acontecendo a partir da “vida concreta das pessoas” e de suas relações entre si e com as mais variadas instituições” (EHRlich, 1986, p. 28).

Considerações Finais

À guisa de conclusão, da produção de patologias sociais às patologias biológicas, a efetivação do direito à saúde no Brasil é uma problemática que precisa ser discutida pelas lentes heurísticas da fraternidade. É possível analisar a Transpandemia do COVID-19 no Brasil pela Metateoria do Direito Fraternal. Portanto, constata-se que a Transpandemia é um paradoxo a ser desvelado pela fraternidade na sociedade cosmopolita porque o cenário transpandêmico em operacionalização deve ser visto como uma oportunidade aproveitada pela humanidade de produzir pactos codificados de forma fraternal para além do Estado-Nação. Pactos que objetivem conceber a complexa efetivação dos Direitos Humanos e fundamentais no mundo real a partir da abertura de ambientes que partilhem da humanidade como lugar comum.

Em suma, quando resgatada, a fraternidade estimula o início de um processo de purificação humana porque dá sentido à ideia de comunidade universal e põe em consideração a lógica de que todos os indivíduos que vivem na sociedade cosmopolita são integrantes da humanidade e merecem viver suas vidas na dignidade humana, sem serem submetidos às perversidades. No intuito de produzir uma significação sobre a crise sanitária e humanitária provocada pela Transpandemia COVID-19 na Sociedade Mundial tem-se a possibilidade da Metateoria do Direito Fraternal de potencializar-se no cenário social em prol de uma humanidade mais humana transformada pela fraternidade.

Nesse sentido, ao observar o caso brasileiro apresentado na presente pesquisa, ressalta-se que o direito à saúde poder ser concebido como um bem comum da humanidade porque a sociedade cosmopolita deve ser um espaço de efetivação de direitos e não de maciças violações. Logo, reporta-se ao Mito Grego de Pandora pois se a humanidade está convivendo com suas tragédias é porque ainda não ousou apostar na fraternidade. Ademais, a esperança da sociedade cosmopolita está dentro dela mesma, do mundo mitológico ao mundo real, é preciso resgatar a fraternidade e fazê-la regra.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: O poder soberano e a vida nua**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

AGAMBEN, Giorgio. **Reflexões sobre a peste: Ensaio em tempos de pandemia**. São Paulo: Boitempo, 2020.

BRASIL. **Constituição Federal Brasileira**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 mar. 2021.

FERRAJOLI, Luigi. Teoria dos Direitos Fundamentais. In: LIMA NETO, Francisco Vieira. SILVESTRE, Gilberto Fachetti. LIMA, Marcellus Polastri. ZAGANELLI, Margareth Vetus. **Temas atuais do direito:** Estudos em homenagem aos 80 anos do curso de direito da Universidade Federal do Espírito Santo. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2011.

GHEBREYESUS, Tedros Adhanom. Pronunciamento sobre a pandemia COVID-19. In: **ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE (OMS)**. 2020.

GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrol:** o que a globalização está fazendo de nós. Rio de Janeiro. 2000.

GIMENEZ, Charlise Paula Colet. O direito fundamental de acesso a uma ordem jurídica justa: a superação do modelo triádico pelos meios complementares de tratamento adequado dos conflitos: Tomo 7. In: GIMENEZ, Charlise Paula Colet. LYRA, José Francisco Dias da Costa. **Diálogo e entendimento:** Direito e multiculturalismo & políticas de cidadania e resoluções de conflito. Campinas, SP: Millennium Editora, 2016. P. 193-206.

EHRlich, Eugen. **Fundamentos da sociologia do direito**. Brasília: UnB, 1986.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2020.

KRSTAY, Ivan. **Ya es mañana?:** Cómo la pandemia cambiará el mundo. Barcelona: Debate. 2020.

MACHADO, Clara. MARTINI, Sandra Regina. Desjudicialização da saúde, diálogos interinstitucionais e participação social: em busca de alternativas para o sistema. In: **Revista Estudos Interinstitucionais**. V. 4. Nº 2. P. 774-796. 2018. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/190>>. Acesso em: 21 mar. 2021.

MASCARO, Alysson Leandro. **Crise e pandemia**. São Paulo: Boitempo, 2020.

RESTA, Eligio. **O Direito Fraterno**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC. Tradução de Sandra Regina Martini. 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. El coronavirus y nuestra contemporaneidad. In: BRINGEL, Breno. PLEYERS, Geoffrey. **Alerta Global: políticas, movimientos sociales y futuros en disputa en tiempos de pandemia**. 1ª Edición. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO; Lima: ALAS, 2020. Disponível em: <<http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20200826014541/Alerta-global.pdf>>.

Acesso em: 21 mar. 2021.

SEGATO, Rita Laura. Todos somos mortales: el coronavirus y la naturaleza abierta de la historia. In: BRINGEL, Breno. PLEYERS, Geoffrey. **Alerta Global: políticas, movimientos sociales y futuros en disputa en tiempos de pandemia**. 1ª Edición. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO; Lima: ALAS, 2020. Disponível em: <<http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20200826014541/Alerta-global.pdf>>.

Acesso em: 21 mar. 2021.

STURZA, Janaína Machado. MARTINI, Sandra Regina. As dimensões da sociedade através da Metateoria do Direito fraterno: um espaço para a análise do direito à saúde. In: **Revista de Sociologia, Antropologia e Cultura Jurídica**. Curitiba. v. 2. n. 2. p.990 – 1008. Jul/Dez. 2016. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/culturajuridica/article/view/1506/pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

STURZA, Janaína Machado. MARTINI, Sandra Regina. O município enquanto espaço de consolidação de direitos: a saúde como bem comum da comunidade. In: **Revista Jurídica UNICURITIBA**. vol. 04, n°. 49, Curitiba, 2017. pp. 393-417. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2364/1444>>.

Acesso em: 21 mar. 2021.

VIAL, Sandra Regina Martini. Construção do sistema social da saúde a partir da teoria sistêmica de Niklas Luhmann. In: **Revista de Direito Sanitário**. São Paulo. V. 16. Nº 1. P. 112-127. Mar./jun. 2015. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/100027/98619>>. Acesso em: 21 mar. 2021.

VIAL, Sandra Regina Martini. Direito fraterno na Sociedade Cosmopolita. In: **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**. Bauru, v. 1. N° 46. P. 119-134. Jul./dez. 2006. Disponível em: < <https://core.ac.uk/download/pdf/79069559.pdf> >. Acesso em: 20 mar. 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Las dos historias de los Derechos Humanos. In: **LA TECLA@ EÑE**. 2021. Disponível em: < https://lateclaenerevista.com/las-dos-historias-de-los-derechos-humanos-por-e-raul-zaffaroni/?fbclid=IwAR2THoFnJrt7wGZUsYc_ub_ApRMCXofDnnzRxoejMVIZm3_OCs9rd5BR8rg >. Acesso em: 20 mar. 2021.

ŽIŽEK, Slavoj. A dialética paralisada da pandemia. 2020. Disponível em: < <https://blogdaboitempo.com.br/2020/07/20/zizek-a-dialetica-paralisada-da-pandemia/> >. Acesso em: 20 mar. 2021.

A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de pesquisa acadêmica/científica das humanidades, sob acesso aberto, produzida em parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil. Conheça nosso catálogo e siga as páginas oficiais nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



www.editorafi.org
contato@editorafi.org