



ATÂTÔT

REVISTA INTERDISCIPLINAR
DE DIREITOS HUMANOS

JAN/JUN V.2 N.2 (2021)
ISSN 2675-9292



Universidade
Estadual de Goiás



ATÂTÔT | publicação semestral | Anápolis | v. 2, n. 2 | p. 1-132 | junho, 2021.



UNIVERSIDADE ESTADUAL DE GOIÁS

Reitor

Prof. Dr. Valter Campos

Diretor Instituto de Ciências Sociais Aplicadas

Prof. Dr. Rodrigo Messias

EXPEDIENTE

Contato

Prof. Dr. Ulisses Terto Neto
CEAR – Centro de Ensino e Aprendizagem em
Rede Universidade Estadual de Goiás (UEG)
Rod. BR-153, Quadra Área, Km 99, S/n - Distrito
Agro-Industrial de Anápolis (D A I A), Anápolis -
GO, 75132-903, Brasil
Tels. +55 (62) 3328 1410
E-mail: ulisses.terto.neto@ueg.br

Revisão

Editoria

Capa, Produção Gráfica e Diagramação

Me. André Roberto Custódio Neves (FIC/UFG)

EQUIPE EDITORIAL

Editor

Prof. Dr. Ulisses Terto Neto (CEAR/UEG-Anápolis)

Conselho Editorial

Profa. Dra. Marta de Paiva Macêdo (UEG-Morrinhos)
Prof. Dr. Fabrício Wantoil Lima (UEG-Palmeiras de Goiás)
Prof. Dr. Ulisses Terto Neto (CEAR/UEG-Anápolis)

Os artigos são de responsabilidade exclusiva dos(as) autores(as).

É permitida sua reprodução, total ou parcial, desde que seja citada a fonte.

Atâtôt - Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos da UEG – Vol. 2, n. 2 (2021)
– Anápolis: UEG, 2021.

Semestral

ISSN

1. Direitos Humanos – Periódico. I. Brasil, Universidade Estadual de Goiás.



3

Editorial

5

Apresentação

Artigos

7

Including Citizens Who Do Not 'Fit': On Some Contradictions of Liberal Antidiscrimination Discourses

Juliane Solf & Marek Szilvasi

27

El Derecho Penal Internacional en Defensa de los Derechos Humanos: Mirando de Nuevo a la Punta del Iceberg

Luis Emmanuel Barbosa da Cunha

42

Por uma Abordagem Interdisciplinar do Contrato Social Moderno: Políticas Fiscais, Desigualdades Raciais e os Direitos Humanos

Flavio Batista do Nascimento & Philippe Anatole Gonçalves Tolentino

61

Interdependência dos Direitos Humanos e Direito à Saúde Pública no Brasil

Carolina Lima Gonçalves

83

Direito e Exceção: A Violência Estrutural do Controle Penal

Antônio Leonardo Amorim & André Luiz de Resende Júnior

97

A Justiça Social na Perspectiva de Hayek

Ana Paula de Castro Neves, Luciano Rodrigues Castro & Wagner de Campos Sanz

107

Direito Fundamental à Vida: Direito à Saúde como Princípio da Dignidade Humana

Rebeca de Magalhães Melo & Teresinha de Jesus Araújo Magalhães Nogueira

Resenha

125

Direitos Humanos, Violência e o Paradigma do Campo: Uma Recepção Crítica Construída a partir da Obra Arendtiana

Laura Mallman Marcht

130

Normas para publicação



APRESENTAÇÃO

A Atâtôt – Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos da UEG é uma publicação acadêmica semestral de responsabilidade da Universidade Estadual de Goiás. Seu objetivo é abrir espaços interdisciplinares para publicação de artigos, ensaios, resenhas e outros textos acadêmicos sobre o tema geral dos direitos humanos, com foco em temas relacionados a democracia, questões constitucionais e lutas sociais por direitos.

Em sua segunda edição de junho de 2021, a Atâtôt – Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos da UEG apresenta discussões sobre os direitos humanos numa perspectiva crítica, trazendo visões sobre o direito a ter direitos do povo Romani, o Direito Penal Internacional, o contrato social moderno, a interdependência dos direitos humanos, a violência estrutural do controle penal, a justiça social sob Hayek, e o direito à saúde.

O primeiro artigo, “Incluindo Cidadãos(ãs) Que Não ‘Se Encaixam’: Sobre Algumas Contradições dos Discursos Anti-discriminação Liberais”, da Profa. Dra. Juliane Solf (University of Hildersheim, Alemanha) e do Dr. Marek Szilvasi (pesquisador independente, Alemanha), analisa as dimensões inclusivas da tradição liberal de antidiscriminação que se baseia no reforço das liberdades civis e políticas e em instituições públicas neutras, onde cada membro da sociedade é relevante como portador de direitos e deveres sob a égide do Estado Democrático de Direito, para argumentar que a contradição entre essas instituições liberais baseadas na cidadania e no mercado corrompe gradualmente o processo de igualar os detentores de direitos e resulta no povo Romani sendo empurrado ainda mais para as margens da sociedade.

O segundo artigo, “Direito Penal Internacional em Defesa dos Direitos Humanos: Olhando Novamente para a Ponta do Iceberg”, do Prof. Dr. Luis Emmanuel Barbosa da Cunha (PPGD-UFPE), realiza uma reflexão sobre o papel do Direito Penal Internacional e da Corte Penal Internacional para a promoção e proteção dos direitos humanos.

O terceiro artigo, “Por uma Abordagem Interdisciplinar do Contrato Social Moderno: Políticas Fiscais, Desigualdades Raciais e os Direitos Humanos”, do Prof. Me. Flavio Batista do Nascimento (Faculdade Sensu) e do Prof. Me. Philippe Anatole Gonçalves Tolentino (Direito/Faculdade Sensu), identifica como raça e as políticas fiscais tangenciam o aspecto da materilização dos direitos humanos e das desigualdades raciais no contrato social moderno.

O quarto artigo, “Interdependência dos Direitos Humanos e Direito à Saúde Pública no Brasil”, da Profa. Me. Carolina Lima Gonçalves (Faculdade Sensu), investiga em que medida o reconhecimento da interdependência entre os Direitos Humanos impacta na efetivação do direito à saúde pública no Brasil.



O quinto artigo, “Direito e Exceção: A Violência Estrutural do Controle Penal”, do Prof. Me. Antônio Leonardo Amorim (UFJ e UNEMAT) e do acadêmico de Direito André Luiz de Resende Júnior (UFJ) busca, a partir de uma perspectiva da economia política da pena, evidenciar uma operacionalização dos modos de controle penal no centro e nas margens do capital.

O sexto artigo, “A Justiça Social na Perspectiva de Hayek”, da Profa. Me. Ana Paula de Castro Neves (doutoranda do PPGIDH-UFG), do Prof. Me. Luciano Rodrigues Castro (doutorando do PPGIDH-UFG) e do Prof. Dr. Wagner de Campos Sanz (Faculdade de Filosofia/UFG), desenvolve um estudo da abordagem crítica de Friedrich August von Hayek, desde a denominação até a aplicação da Justiça Social.

O sétimo artigo, “Direito Fundamental à Vida: Direito à Saúde como Princípio da Dignidade Humana”, da mestrande Rebeca de Magalhães Melo (IESB) e da Profa. Dra. Teresinha de Jesus Araújo Magalhães Nogueira (UFPI e UnB), desenvolve uma análise jurídica acerca do que leva o direito à judicialização da saúde no Brasil.

Há, por fim, uma resenha do livro *As Origens do Totalitarismo* de Hannah Arendt, “Direitos Humanos, Violência e o Paradigma do Campo: Uma Recepção Crítica Construída a partir da Obra Arendtiana”, da lavra da mestrande em direitos humanos Laura Mallman Marcht (UNIJUI).

Anápolis/GO, 30 de junho de 2021.



EDITORIAL

ATÂTÔT - REVISTA INTERDISCIPLINAR DE DIREITOS HUMANOS NO CONTEXTO DE LUTAS SOCIAIS E POLÍTICAS PELO DIREITO A TER DIREITOS

Prof. Dr. Ulisses Terto Neto

Editor da Atâtôt - Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos da UEG

As constantes violações aos direitos humanos, agravadas pela crise sanitária mundial decorrente da pandemia Covid-19 (RAMSARI, 2020; LEBRET, 2020), intensificaram as lutas sociais e políticas pelo ‘direito a ter direitos’ (KMAK, 2020; PLEYERS, 2020; MOHAR, 2020; SMITH, 2020), expressão cunhada por Hannah Arendt em sua análise crítica da situação das pessoas apátridas depois da Segunda Guerra Mundial (KESBY, 2012; ARENDT, 2013).

Em qualquer das interpretações do termo ‘direito a ter direitos’ que se adote – seja como uso do poder para implementar direitos, como leis e instituições ou como atividades de detentores de direitos –, há um chamamento para o desenvolvimento de lutas sociais e políticas por acesso efetivo aos direitos (INGRAM, 2008; TERTO NETO, 2018). E, nesse contexto, tem-se como salutar as atividades desenvolvidas por defensores(as) dos direitos humanos em suas lutas por acesso a bens e dignidade, sobretudo na resistência ao regime híbrido de Bolsonaro e às ameaças fascistas e negacionistas ao Estado Democrático de Direito (FLORES, 2009; TERTO NETO, 2020; CAPONI, 2020).

É assim, num contexto de crise sanitária mundial decorrente da pandemia Covid-19, autoritarismo social, populismo, violações de direitos humanos, e de resistência ao neofascismo brasileiro ameaçador do Estado Democrático de Direito, que ocorre o lançamento da segunda edição de junho de 2021 da Atâtôt – Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos da UEG.

Fiel ao seu objetivo de abrir espaços interdisciplinares para publicação de artigos, ensaios, resenhas e outros textos acadêmicos sobre o tema geral dos direitos humanos, com foco em tópicos relacionados à democracia, questões constitucionais e lutas sociais por direitos, a Atâtôt segue fazendo jus ao significado atribuído ao termo *atâtôt* no universo *kayapó*, qual seja: “direito e/ou justiça”. Isto porque ela se insere, deliberadamente, no campo das resistências às ameaças à democracia e aos direitos humanos, de forma a contribuir para a construção de uma nova cidadania com a realização de justiça social na sociedade brasileira.



Bibliografia

- CAPONI, Sandra. 2020. "Covid-19 no Brasil: entre o negacionismo e a razão neoliberal". *ESTUDOS AVANÇADOS*, 34 (99), pp. 209-223. (doi: 10.1590/s0103-4014.2020.3499.013)
- DAGNINO, E. 1998. "Culture, Citizenship, and Democracy: Changing Discourses and Practices of the Latin American Left." In *Culture of Politics, Politics of Culture: Re-visioning Latin American Social Movements*, edited by S. E. Alvarez, E. Dagnino, and A. Escobar, 33-63. London: Westview Press.
- FLORES, Joaquin Herrera. A (Re) invenção dos direitos humanos. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2009.
- GRAMSCI, Antônio. 2004. *Escritos políticos (volume I)*. São Paulo: Civilização Brasileira.
- INGRAM, James D. 2008. "What is a 'Right to Have Rights'? Three Images of the Politics of Human Rights". *American Political Science Review*, Vol. 102, N. 4, pp. 401-416.
- KESBY, A. (2012-01-12). The Right to Have Rights: Citizenship, Humanity, and International Law. : Oxford University Press. Retrieved 13 Jul. 2021, from <https://oxford.universitypressscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199600823.001.0001/acprof-9780199600823>.
- KMAK, Magdalena (2020): The right to have rights of undocumented migrants: inadequacy and rigidity of legal categories of migrants and minorities in international law of human rights, *The International Journal of Human Rights*, DOI: 10.1080/13642987.2020.1716740
- LEBRET, Audrey. 2020. "COVID-19 pandemic and derogation to human rights". *Journal of Law and the Biosciences*, Volume 7, Issue 1, p. 1-15, January-June 2020 (<https://doi.org/10.1093/jlb/ljaa015>).
- MOHAR, Yariv. 2020. "Human rights amid covid-19: from struggle to orchestration of trade-offs". *Interface: a journal for and about social movements*, Volume 12 (1): 367 – 370 (July 2020), pp. 367-370.
- PLEYERS, Geoffrey. 2020: "The Pandemic is a battlefield. Social movements in the COVID-19 lockdown". *Journal of Civil Society*, Latest Articles, DOI: 10.1080/17448689.2020.1794398, pp. 1-18.
- RAMSARI, Atefeh. 2020. 'The Rise of the COVID-19 pandemic and the decline of global citizenship'. In RYAN, J. Michael, *Global Pandemic, Societal Responses, Ideological Solutions* (London: Routledge, 2020).
- SMITH, Jackie. 2020. "Responding to coronavirus pandemic: human rights movement-building to transform global capitalismo". *Interface: a journal for and about social movements*, Volume 12 (1): 367 – 370 (July 2020), pp. 1-8.
- TERTO NETO, Ulisses. 2018. *Protecting Human Rights Defenders: A legal and socio-political analysis of Brazil*. New York: Palgrave Macmillan.
- TERTO NETO, Ulisses. 2020. "Bolsonaro, Populism and the Fascist Threat: The Role of Human Rights Defenders in Protecting Brazilian Democracy". *Kairos: A Journal of Critical Symposium* 5(1): 1-20.



**Including Citizens Who Do Not ‘Fit’
On Some Contradictions of Liberal Antidiscrimination Discourses**

**Incluindo Cidadãos(ãs) Que Não ‘Se Encaixam’
Sobre Algumas Contradições dos Discursos Anti-discriminação Liberais**

Juliane Solf

(PhD, University of Hildersheim, Germany)

E-mail: juliane.solf@gmail.com

Marek Szilvasi

(PhD, Independent Researcher, Germany)

E-mail: szilmar@gmail.com

Abstract

This article analyzes inclusive dimensions of the liberal antidiscrimination tradition that is grounded in the reinforcement of civil and political liberties and in neutral public institutions, where each member of society is relevant as a rights- and duty-bearer under the umbrella of the rule of law. Drawing on our experience with the inclusion of Romani people, the largest ethnic minority group in Europe, we examine the challenges of the liberal inclusion discourse when finding its realization in hierarchically stratified European societies. Circumscribed by *laissez-faire* markets and politics, they let vast socio-economic inequalities and cultural stereotypes prevail practically untouched. We argue that the contradiction between these citizenship-based and market-based liberal institutions gradually corrupt the process of equalizing right-holders and results in Roma to be pushed even further to the margins of society. The inclusion policies recognize this contradiction of formal equality as they are made for those who fail ‘to fit in’ and those who do not ‘count’ yet. We point out that many Roma do not effectively experience the promise of citizenship since Roma inclusion policies do not fully grant them the status of those who have the right to have rights.

Keywords: Citizenship; Liberal Antidiscrimination Tradition; Romani people; Inclusion.

Sumário

Este artigo analisa as dimensões inclusivas da tradição liberal de antidiscriminação que se baseia no reforço das liberdades civis e políticas e em instituições públicas neutras, onde cada membro da sociedade é relevante como portador de direitos e deveres sob a égide do Estado Democrático de Direito. Com base em nossa experiência com a inclusão do povo Romani, o maior grupo de minoria étnica na Europa, examinamos os desafios do discurso da inclusão liberal ao encontrar sua realização em sociedades europeias hierarquicamente estratificadas. Circunscritos por mercados e políticas *laissez-faire*, eles permitem que vastas desigualdades socioeconômicas e estereótipos culturais prevaleçam praticamente intocados. Argumentamos que a contradição entre essas instituições liberais baseadas na cidadania e no mercado corrompe gradualmente o processo de igualar os detentores de direitos e os resultados em Roma para serem empurrados ainda mais para as margens da sociedade. As políticas de inclusão reconhecem esta contradição de igualdade formal, pois são feitas para aqueles que não "se encaixam" e aqueles que ainda não "contam". Salientamos que muitos do povo Romani não experimentam efetivamente a promessa da cidadania, uma vez que as políticas de inclusão do povo Romani não lhes conferem plenamente o estatuto de quem tem direito a ter direitos.

Palavras-chave: Cidadania; Tradição Liberal de Antidiscriminação; Povo Romani; Inclusão.

Recebido em: 30/05/2021

Aceito em: 10/06/2021



1. Introduction

The situation that many racialized and ethnic minorities experience combines inequalities, discrimination and denials of civil and political rights, cultural identity and minority rights, and socio-economic justice in (re-)distributing welfare resources. Inclusion policies designed to fight these phenomena are articulated in three inclusion discourses: liberal non-discrimination with a dominant value of liberty, multiculturalism with a dominant value of tolerance, and social justice with a dominant value of equality. Loosely employing the vocabulary of the French Revolution, there are three components of citizenship: *‘Liberté, Égalité, et Fraternité’*. An emphasis on individual freedoms leads inclusion policy-makers to concentrate on liberal antidiscrimination discourses; an emphasis on brotherhood, which puts forward the values of community and blood and soil connections, is the starting point for multicultural inclusion discourses; and finally, the dominant perspective of distributive equality employs not only formal rights and community bounds, but also socio-economic welfare and redistribution mechanisms.

Despite sharing the objective, each of these discourses makes a preference for a different societal system from the outset. The liberal antidiscrimination discourse claims priority for civil and political systems, the multicultural discourse starts with culture, and the socio-economic discourse bases all its inclusion policies on socio-economic welfare integration. Sometimes they can complement each other in promoting substantial equality, whereas at other times, politics of inclusion can reinforce existing inequalities of another. These domains are closely connected with each other and burden one another reciprocally – in the sense that better solutions for the problems of one domain can increase the problems of another.

We found our analysis in the paper on our long-term professional and advocacy engagements with the European inclusion policies for Romani people.¹ Since 1990s, various packages of European inclusion policies are in place to secure equal and effective enjoyment of their citizenship rights to currently excluded Roma. These policies offer implicit solutions, each one organizing the relationship between civil, political, economic, social and cultural policies differently. Critics, however, emphasize those Roma inclusion policy packages, which apply inclusion discourses concurrently, are not as compatible as policy makers would wish and contain contradictions.

In this paper, we analyze the liberal antidiscrimination discourse of inclusion while looking at some of its contradictions. The liberal antidiscrimination discourse on inclusion focuses predominantly on problems of missing legal and institutional recognition and political

¹ Roma people are the largest ethnic minority group in Europe, for more information, see: <https://www.opensocietyfoundations.org/voices/gypsies-roma-travellers-animated-history> access 10 April 2021.



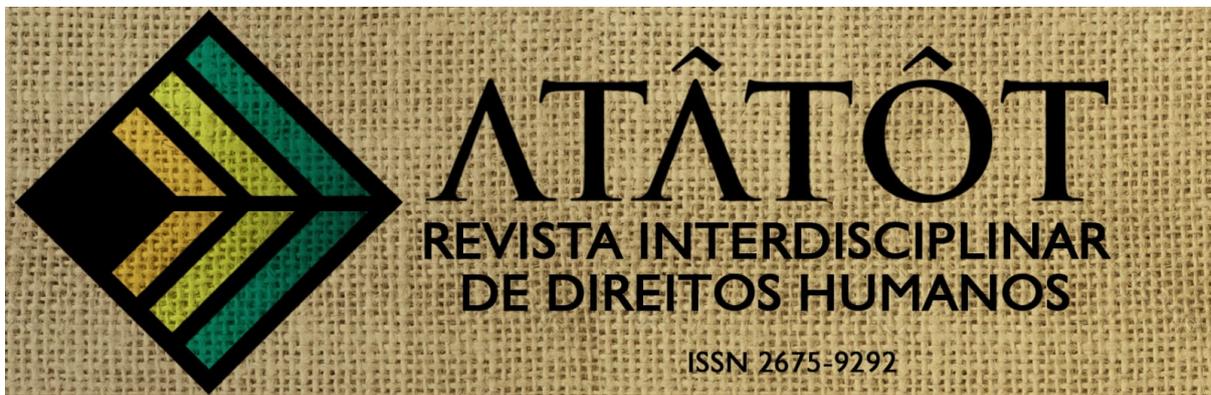
disenfranchisement of underprivileged groups. We will initially outline some main pillars of the liberal theory of society that accentuate the neutral character of public institutions. The design of public institutions in this perspective is founded on individual legal recognition and impersonal rule of law. Secondly, we will enlist and analyze some of the main concepts of liberal political theory. Finally, we will examine some of the contradictions that are entailed within these inclusion policies mainly related to the recognition and rights of the citizens. Inspired by Offe's (1984) definition of the concept of contradiction, we examine the contradiction of inclusion policies defined as an emergent functional discrepancy, or 'lack of fit', between the economic, cultural and political spheres of citizenship.

Liberal antidiscrimination laws and policies became common standards of international politics in the 1950s. Since then we have experienced their intensive proliferation and diffusion into the institutional social organization of Western societies (Koppelman 1996, Douzinas 2008, Kapur 2009, Pogge 2007). The antidiscrimination legal principles of civil and political recognition shape the character of the public institutions of liberal democracies and legitimize social practices. The claims made in the name of antidiscrimination, meanwhile, cover areas as diverse as the character of working relations and regimes of international politics.

2. Individual and Property Rights

The liberal theory of inclusion is individualistically oriented. The concept of individual rights can be traced back to English legal guarantees for private property in the 11th century (Alexander 2006). It is also built on the premises of individual agency and mutual non-interference and it presupposes the notion of individual legal persons - right-bearers (Habermas 1998). As the objective system of universal rights, the rule of law provides the frame for casual social interactions among individuals enjoying rights. In liberal thought, only the individual right-bearer can actualize civil and political rights. Liberal rights are allocated to each individual. Liberal inclusion policies thus focus on protecting these original domains of rights-holders against their mutual interference or against unwarranted state interventions. Therefore, it is the legal and political competence of individual members of ethnic minorities, which should be safeguarded by inclusion policies.

In liberal societies, the concept of individual rights represents the fundamental organizational principle of social relations as well as the basis for any adequate mutual recognition and self-respect. According to Williams (1991, in: Somers and Roberts 2008, 399), "rights imply a respect that places one in the referential range of self and others, that elevates one's status from human body to social being." Rights are thus markers of interpersonal recognition. It is only through having rights that one can be recognized as an equal in liberal



society. Moreover, the process of self-recognition is entirely dependent on the mediating role of rights. Feinberg (in: Shue 1996, 14) claims that:

Legal claims-rights are indispensably valuable possessions. A world without claim-rights, no matter how full of benevolence and devotion to duty, would suffer an immense moral impoverishment. A person would no longer hope for decent treatment from others [...]. A claim-right, on the other hand, can be urged, pressed, or rightly demanded against other persons.

One should thus not hope for stable and impartial institutions beyond the right-claiming universe. Rights, defined as the source of social recognition, are localized in the center of social relations. Altogether, as Taylor (1996, 16) maintains, rights “are attributed to individuals prior to society”. The ability to claim rights thus indicates a threshold of civil recognition and political participation. Yet, not every rights-bearing subject is in a position to make those claims to rights. Thus focusing on the articulation of rights as claims to recognition pertains to the rights of those who have the legal status of citizenship, but find it difficult to access the rights that this status provides. While citizenship promises autonomy, equality and the right to make claims to rights to its citizens, it simultaneously marginalizes and subjugates those who fail ‘to fit in’.

Liberal perspectives on claiming rights draw mainly on ideas asserting that citizens are individuals whose primary concern lies not in the realization of a common good, but in the realization of their interests and passions (Espada, 2000). Modern, liberal notions of citizenship are intimately tied to the development of the liberal state with its rights-based focus. With the development of a money economy and a strong emphasis on the promotion of individual liberties, as well as a government that required very little participation, the rights to claim rights in other words citizenship, took on a different meaning, one that emphasized liberty instead of participation. The grounding idea was that citizens were guided by private interests and passions, instead of common politics and public good alone. Van Leeuwen (2010) suggests that, according to the liberal perspective, public space does not possess any moral supremacy since political power comes into being through the voluntary decisions of rational people. Taking a closer look at the liberal theory of rights, we encounter a definition of rights as enforceable individual choices or enforceable individual interests. Those who take one of these strands argue that the right-bearer is either a rational agent capable of making choices, or a person that has universally communicable interests worthy of enforced protection. These assumptions of descriptive equality based on reasonable choices or communicable interests do not automatically mean that all people are considered the same. They are equal based on the mutual comprehensibility of choices they make or fundamental interests they pursue. Rights thus allow us to exercise control over the articulation and execution of our choices and interests. Nevertheless, conceptualized either as reasonable choices or as communicable interests, rights represent predications and extensions of individual selves. Rights are the legal recognition of individual will, desires or interests.



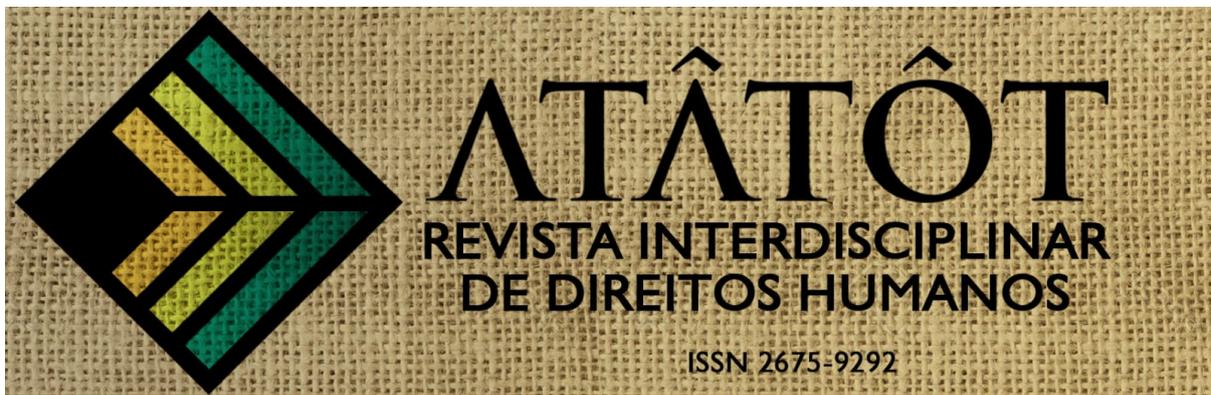
As Locke and Hobbes postulated, there has to be a profitable, predictable, safe and reasonable exchange for individual right-bearers to voluntarily start collaborating and developing an institutional environment for this collaboration. Liberal citizens need to sit down and agree on a social contract, which would guarantee the conditions of collaboration and security. Citizens in liberal theory are equal parties to a contract and the rule of law is the principal materialization of the conditions of this contract. The relationship between liberal citizens is strictly reciprocal, as they owe to each other the same respect and autonomy of freedoms (Sommers 2008). This relationship is the contractual foundation stone on which lies the liberal theory analysis of what exactly citizens owe to each other. In addition, the citizenship of those who for some reason are unable to meet their contractual obligations is often questioned and sometimes their civil and political rights can be restricted, such as in the case of US prisoners who are automatically disenfranchised after conviction. Yet, several scholars (Frazer and Lacey 1993, Pateman 1989a, Coole 1993) have argued that liberal perspectives on citizenship were non-universal, hierarchical and most citizens were excluded. From liberal perspectives, however, citizens enjoy passive liberty that is enshrined in law. In other words, of interest was not so much participation, but an undisturbed individual.

The narrowing of the content possibilities to individual rights is an important moment in the development of the liberal inclusion discourse. It makes a significant difference whether the rule concerning the preservation of life is laid down in the formulation “it is wrong to kill”, which address everybody equally, or as the claim: “I have a right to life”. Charles Taylor (1996, 18) emphasizes that:

...the two formulations are not equivalent in all respects, because in the latter case the immunity or liberty is considered *the property of someone* [my emphasis]. It is no longer just an element of the law that stands over and between us equally.

The latter formulation gives the individual subject some control over the rule. The fact of having freedoms and immunities turns into an entitlement to claim and to defend one’s rights. The rule is not solely an articulation of an objective legal order or of a universal moral obligation by which we all are bound, but an expression of individual subjective will. The mutation of transcendental and objective natural law to subjective rights creates a multiplicity of fragmented individual identities and personal spheres, which do not overlap.

The claims for inclusion and belonging that we have witnessed – especially in the last three decades – in Western nation-states are not new, but are a recurrent, if not fundamental aspect of democratic or democratizing polities (Isin and Turner 2002). In the process, the two aforementioned conventional perspectives on citizenship have become increasingly entangled with the development of modern democracies. As democracy and political participation have been institutionalized within the boundaries of a nation-state, in modern democracies the principle of being a citizen seems to imply that through membership the citizen is included in a national community, in which the citizen acquires some fundamental civil, political, social and economic rights and obligations whilst simultaneously retaining his/her autonomy in regards to certain claims and choices. This autonomy is reflected in rights and implies



recognition of political agency. So it is the right of citizens to make claims to rights that differentiates citizenship from mere subjecthood. Yet, this claim making is also further complicated by who is recognized as citizen. Yet here we want to highlight a paradox that modern democracies have had to contend with, and for which republican and liberal perspectives on citizenship seem increasingly inadequate.

In the past few decades, Western nation states have experienced a trend toward the formation of new claims for inclusion and belonging, with previously excluded groups increasingly framing their struggles in the language of rights and recognition. For the replacement of the idea of the objective (a-personal) law with rights as individual attributes of the subject can result in significant difficulties in establishing a community (Douzinas 2000). It is then a question of the highest importance of how to develop inclusion policies in this individualized public space where social bounds are created because of subjective interests. However, according to Douzinas (2000) the accent on individual right-bearers and a right-claiming universe raises important concerns about social cohesion. In liberal societies, relations with others are based either on self-interests or on legal obligations. Liberal citizens, as right-bearers emancipated from history, religion, culture and ethics, found themselves situated in a vacuous universe of no moral proximity and apathy. Perry (2011), however, argues that there are substantive moral, cultural and religious commitments and loyalties outside the legal system that cannot be easily set aside without losing an important part of self-identity. Perry also argues that these commitments trouble liberal theories. It is therefore possible that liberal inclusion policy, centered on the regime of individual rights, will experience difficulties in addressing the needs of excluded minorities such as European Roma, as it lacks the concepts of belonging to a community and of asserting collective identities (Habermas 1998, Perry 2011). The situation of Roma in Europe challenges the given structures of inclusion within the existing liberal democratic framework of the nation-state, and thus, necessitates a different conception of citizenship that recognizes when, for instance, Roma enact themselves as citizens. Without a developed notion of belonging to a single group organized around social or cultural identities, the only inclusion policies possible are those from which others can equally benefit. In the next section we will focus on how liberal theory conceptualizes commonly shared public institutions without evoking these non-legal and civic identities.

3. Neutrality of Public Institutions

Liberal societies subordinate the execution of power to the impersonal rule of law. Apart from the daily execution of power, law and rights are asserted on a self-referential base without ties to any external system (Dworkin 1981, Rawls 1971, 1996, Habermas 1998).²

² Jeremy Bentham argued that “right, the substantive right, is the child of law: from real laws come real rights; but from imaginary laws, from laws of nature, fancied and invented by poets, rhetoricians, and dealers in moral and intellectual poisons, come imaginary rights, a bastard brood of monsters, gorgons and chimaeras dire. And thus it is that from legal rights, the offspring of law, and friends of peace,



Liberal theory obliges the state and the law to treat all individuals with equal recognition and respect and this entails treating all individuals in the same way. Liberal theorists emphasize that state institutions should uphold their neutrality with regard to social and ethno-cultural diversity of citizens, and public institutions should be disentangled as much as possible from this diversity (Rawls 1971, 1996, Habermas 1998, Barry 2001, Joppke 2003). The neutrality of state institutions is essential for the functioning of liberal institutions, which would be otherwise paralyzed by the recognition of social and cultural diversity (Bell: in Offe 1992). The organization of liberal societies refuses to officially allocate social positions in line with social class, ethnicity, gender or family background (Barry 2001, Rawls 1996). In this regard, Perry (2011) mentions a controversy when a priest, while rejecting being viewed as a citizen, refused to answer the court's interrogation by referring to his pastoral duties. The priest in this case wanted to be treated by public institutions as a priest instead of a citizen. Other counsellors such as doctors, law enforcement, journalists, or solicitors can experience similar conflicts of roles, which can potentially violate the equality of right-bearers. In order to organize a society in which members enjoy equal legal recognition, *vis-à-vis* each other as well as in front of state institutions, diversity based on different individual, social, and cultural characteristics has to be eliminated.

Pursuing the goal of the neutrality of public institutions, Rawls's theory of political liberalism (1996) developed a conception of "overlapping consensus". According to his conception, various groups, while holding incompatible cultural, religious, metaphysical and gender views, can come to an agreement and work out common neutral legal and political norms which would guide their social interactions. We can all discover common legal and political norms by conceptualizing the "original position", in which, while standing behind a "veil of ignorance", we deliberately abstract from the knowledge of our social attributes and elaborate only our rational competence. The veil filters out the knowledge of our personal ends and purposes tied to our social lives (Perry 2011). The legitimacy of commonly shared neutral institutions could have as many sources as social, cultural and philosophical perspectives that people share. We should all agree on norms but we can disagree on why they are the right norms, as many people will interpret them in light of their own history, social status and culture. The universal (applying to everyone) legal and political norms organizing the public sphere would overlap with the multiplicity and diversity of our particular identities. It is clear that Rawls and other liberal theorists consider differences of nationality, social status, ethnicity, gender and religion as something accidental and secondary; as "features relating to social position, native endowment, and historical accident, as well as to the contents of persons' determinate conception of the good, are irrelevant, politically speaking" (Rawls 1996, 79). The role of personal identity attributes is simply to justify the existence of overlapping legal and political norms.

come antilegal rights, the moral enemies of law, the subverters of government, and the assassins of security" (Bentham 1843, quoted in: Sommers and Roberts 2008, 396).

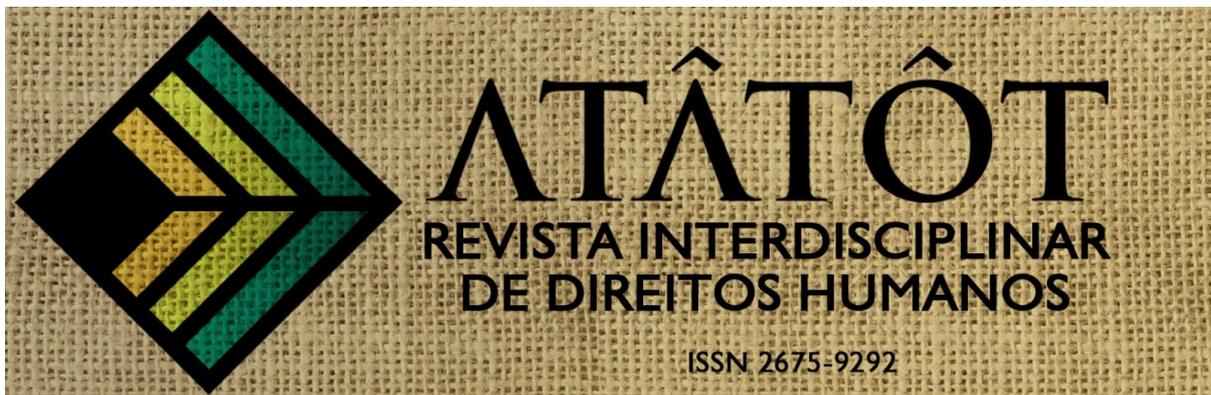


Hence, in liberal theory, difference is recognized, respected and conceptualized when publically neutralized and secured for private articulation only. The differences of culture, gender, religion and social status do not gain public (civil and political) currency, but are set aside and tolerated to unfold in the domain of private associations (Perry 2011). Difference is deliberately omitted from the reach of liberal state institutions and framed by the private context of interpersonal tolerance and permissibility; for example, the case of early marriages which is justified by reference to cultural background, which the liberal legal system - with a strict division of childhood and adulthood - considers an illegal deviation. Conversely, according to Joppke (2001), liberal states attempt to keep their public sphere limited to as few features of the dominant culture as possible. He writes that, “what they in most cases do require is a mere adoption of official language(s) in the public as well as dual commitment to democracy and pluralism” (2001, 436). Ethnic minorities and immigrants should be able to learn the officially recognized local language and at the same time (although this condition is equivocal and very often inadequately defined) respect the constitutional principle of democratic governance and commit to tolerance of other cultures, even when they contradict their own convictions. Hence, while the state places almost no cultural impositions on their national minorities or newly arrived entrants, the need to grant them a particular cultural recognition is also not urgent. Joppke (2001, 436) further argues that:

If one takes the nationalizing practices of states as variables rather than parameter, one sees that in contemporary liberal states there is very little that these states expect of and impose on their newcomers, even at the point of acquiring citizenship. If this is the case, it is not clear why these states should concede minority rights in return for their (very minimal) cultural impositions.

As contemporary nation-states make their procedures of acquiring citizenship easier, multicultural policies and minority rights are not necessary for securing equal treatment for all individuals. The minimal imposition of the officially recognized state language is justified with reference to its function as an operator of social cohesion and state organization. Joppke (2001, 437) concludes that, “if minority rights are compensation for states’ strong nationalizing practices, the weakening of these nationalizing practices removes the case for (this type of) minority rights.” Yet, nowadays it is acknowledged that equality and difference are not opposite but interdependent strategies, such that political equality rests upon the recognition of difference, which in turn implies the recognition of equal value of these differences (Bock and James, 1992).

Liberal theory operates with a vaguely circumscribed number of common human characteristics and conceptions of ‘the good and the right’. However, it is not that liberal theory postulates the neutrality of institutions, requiring them to hold an agnostic account of the best set of values. A “comprehensive conception of the good” is a complex package of values that integrates all that is valuable in private and public life (Rawls 1999). It does not mean that liberal theory of neutral public space forbids citizens from asserting their own conception of the good. What it forbids is to privilege one form of life at the expense of others (Habermas

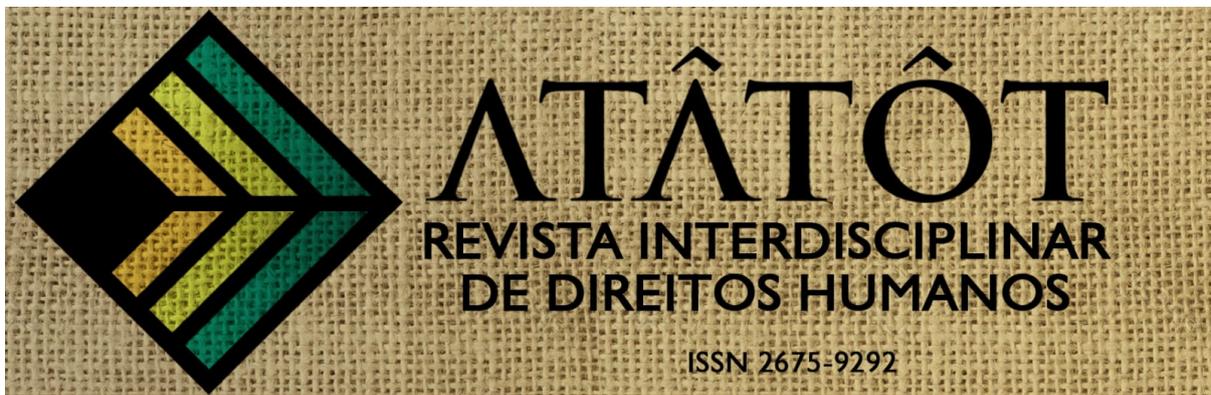


1998). Conceptualized accordingly, liberal axioms can also be in accord with the presupposition of social, cultural and political neutrality of liberal institutions as they all embody the liberal set of values. It is under this perspective that the *modus operandi* of liberal institutions is to protect the rule of law instead of perfecting citizens.

The premise, which is presumed all reasonable individuals share, provides unproblematic grounds for formal public institutions to treat everybody fairly and equally. It is fair to say that liberalism does not presuppose a single set of values, because it claims compatibility with all of those, which prioritize rational reasoning. In this regard, it denies the neutrality of indifference and puts forward institutions condemning favoritism. However, referring to the neutral character of institutions can sometimes slip into powerful bracketing of different worldviews and oppression of minorities in the name of reason (Perry 2011). At the same time, the assumption of the ideal of the civic public as impartial and universal has been challenged. While impartiality is proclaimed, some citizens, i.e. ethnic minorities, the poor, non-whites, non-Christian, etc., remain invisible in the depoliticized spheres of the everyday struggles that mostly take place at the privacy of the home. Young (1985) asserts that the ideal of the civic public as expressing the general interest, the impartial point of view of reason, itself results in exclusion. In this conceptualization homogeneity of citizens is imagined so that those who do not fit the model of the rational citizen who can transcend body and sentiment are excluded. The distinction between the private and the public in political theory assumes homogeneity that necessitates the exclusion of many individuals and groups, particularly women and racialized groups like Roma, culturally identified with the body, wildness, irrationality (Young, 1985), and for instance, everyday life.

The original status quo which liberal theory presumes is the situation of universal formal equality. This optimal situation, by which any violation of rights is weighted, is a genuine moment when we all enjoy the same legal recognition but not necessarily the same conditions of housing, education, healthcare, nutrition, employment or access to social services. There is a dialectic between inclusion and equality inherent to the *de jure* and *de facto* situation. As Anatole France (2006) put it: “the *law*, in its majestic equality, forbids the rich as well as the poor to sleep *under* bridges, to beg in the streets, and to steal bread”. The community of right-bearers is congregated on the ground of shared legal aspirations. It is presumed that we all want to claim the same rights and we all share the same horizons of expectations and aspirations. Differences coming from birth, ethnicity or social status, however, lead to different claimants expressing different expectations. It is not the same when the law forbids the rich and the poor to live on the street, just as it is not the same when migrants have an equal right to travel, since they very often have no other choice due to eruption of conflicts, ethnic discrimination, religious persecution, poverty, land grab and evictions and extreme weather. Those not directly affected by the law forbidding sleeping under bridges can fulfil this obligation easily.

Thus, by strictly focusing on formal civil and political equality, the liberal antidiscrimination discourse has difficulties in dealing with those who have had no other choice



but to sleep under the bridge or leave a country due to racism, discrimination or poverty. Legal equality in this case does not deprive minorities of some eccentric habit but of an ultimate existential site, and it creates further obstacles to their struggle to survive. People trapped by their social, cultural, and religious attachments find it hard to pursue liberal ways of abstracting from them (Perry 2011). For instance, citizens identified ‘as belonging to Romani minorities have only limited access to the most fundamental citizenship rights, although these rights have been de jure granted to them’ (Sardelic, 2015, 159). Thus, while Roma are citizens in the de jure sense, they do not seem to be recognized as citizens - this tension is captured with the term ‘citizen outsiders’ (Solf, 2018). Confronted by empirical findings on growing inequalities and stagnating poverty, the urgent question arises whether a decent standard of living can follow merely from individual legal recognition. Some critics emphasize that solutions based on liberal theory are inadequate and shortsighted for closing eyes to social inequalities and cultural difference.

While there may be abstract equality amongst citizens, in concrete reality of power relations, citizens are still divided into various hierarchies of deserving versus non-deserving, normal versus pathological, white versus black, and so on. So it is this focus on the actual practices by which citizens are governed that distinguishes critical approaches to citizenship and for which citizen outsiders is then not an impossible proposition but actual description of how power is exercised (Solf, 2018). Solf (2018) also highlights that what is for instance distinctive about Roma is not that they are the only citizen outsiders, but that they have taken up a right (in this case freedom of movement) that they legally have, but that they are socially denied. In that sense, it is necessary to consider their (transnational) mobility not only as a social practice but also as a political terrain on which the limits of (European) citizenship are both contested and negotiated (Aradau 2008).

4. Franchise, Political Equality and Participation

The concept of citizenship - understood as the practice of participation and recognition of claims - had the difficult task of integrating popular and legal rule by connecting political participation and rights with membership of a given political community. Citizenship as practiced in Western democracies is a product of the interconnected processes of state building, the emergence of commercial and industrial society, and the construction of a national consciousness (Anderson 1983, Hobsbawm 1990). Yet, universality of citizenship assumed that laws and rules apply to all citizens in the same way, ignoring the existing inequalities amongst them. Participation and the political dimension of citizenship are rendered extremely important, and being denied the ability to participate in one’s political community contradicts the very basis of every liberal democratic nation-state. With the notion of participation, we refer to the ability to participate fully in economic, social, political and cultural life, as well as the process leading to and sustaining such a state. Access to political participation is an



essential element of the liberal antidiscrimination inclusion discourse (Oxhorn 2006, Rostas 2013, McGarry 2010). This discourse accentuates exactly this political dimension of exclusion, through which racialized and ethnic minorities have been systematically disenfranchised and deprived of full-fledged membership in political communities.

Inclusion policies tailored to enhancing the political standing prioritize improving the access to the institutions of representative democracy, such as the right to vote and to stand for public office. Such inclusion policies aim to correct exclusion by promoting non-discriminatory access to civil and political rights, thereby allowing members of ethnic minorities to represent their people and their interests. These policies are designed to enhance individual competence in legal and political agency, which safeguards rights-bearers in their equal access to public institutions and enables them to compete fairly with others in the political process. Discrimination is seen as a violation of civil and political rights in a situation when particular individuals are deprived of their equal legal recognition, or when other individuals or state institutions intervene with their rights by limiting or denying their political engagement. What we mean here, in a broad sense, by political participation is an interaction among peers granting them authority, freedom, dignity and the possibility to flourish in a symmetric sense and under the accountable system of power, which Anderson (2011) described as the ability to appear in public without shame (Anderson 2011). People are included politically when they stand in equality with one another. In the case of the liberal equality of opportunity, however, mutual social relations are substituted with beneficial expectations on the side of self-interest-pursuing and prudent individuals.

Although the design and allocation of civil and political rights follows a strictly individualistic pattern, and these rights can only be asserted and defended in courts, the field of political participation presupposes collective actors, who aspire for collective goals and goods (Habermas 1998). The individual recognition of human rights-bearer is subsequent to their membership in a community, and without this membership it would not be possible to assert rights (Arendt 1979, Agamben 1998, Benhabib 2002, 2006, Fine 2007, 2009, Douzinas 2000, 2008). This is the twist in liberal theory; inalienable individual rights are further conditioned by membership in a political community. Political participation is meaningful insofar as it happens within a circumscribed political community. Absence or exclusion from the political community is therefore devastating for civil and political recognition (Perry 2011). Sommers (2008, 69) outlines that, in our contemporary societies, “there are some people who are excluded from all political entities, for whom citizenship is nothing but an exclusionary hard line of demarcation.” In this regard, Arendt (1979, 300) convincingly pointed out that stripping European Jews of their citizenship rights and making them effectively stateless revealed that “the world found nothing sacred” beyond the identity of right-bearers: “[A] man who is nothing but a man has lost the very qualities which make it possible for other to treat him as a fellow man.”

Also, the situation of Roma in the EU, who apart from a small minority, hold citizenship, challenge Arendt's understanding of having the 'right to have rights', which Arendt



saw protected as long as a person holds citizenship. Paradoxically having citizenship of an EU Member State seems to put Roma into an even more vulnerable and precarious situation since they have the right to move freely but are not recognized in their claims to the right to live a life protected from discrimination. Social recognition of people is firmly tied to the ability to claim rights. Following this reasoning, we can re-voke Arendt's argument that rights emerge through inclusion in a political community – "a place in the world which makes opinions significant and actions effective" (Arendt 1979, 296).

Relating the complexities of recognition to the importance of participation, it seems increasingly evident that certain groups, for example, migrants, refugees or Roma, lack recognition and remain unrecognized in their claim making (Van Baar, 2012). Disenfranchised and separated from her community, how can an individual right-bearer realize her rights? Without taking part in a political community, the liberal project of universalization of individual rights remains incomplete (Habermas 1998). Those inclusion policies targeting the problems with political disenfranchisement thus have to consider the shift from the individual to the collective level of claims. Dealing with group claims, however, represents a certain complication for liberal theory, as it requires considerations of precisely those particularities of social identity from which the liberal theory aspires to withdraw (Habermas 1998).

What is at play here is an anxiety that collective political rights could lead to the defense of a group's oppression of its individual members. Individual rights could often stay unanswered or even be violated by rights attributed to groups, thereby denying an individual member the possibility of questioning her own community and culture. This reservation regarding collective (socio-economic and cultural) rights is also relevant when examining another liberal institution, the minimal state, and its practice of refraining from interference in the private sphere. We discuss this in the next section.

5. Non-interference and Minimal State

Liberal antidiscrimination discourse is designed to eliminate any arbitrary infringement of the civil and political rights of individual citizens by governments or statistical majorities. It is argued that social, economic, and cultural rights require positive action and a certain form of state intervention to secure their implementation. Positive action and state intervention, however, infringe on the autonomy of individual right-bearers (Buchanan 2005). Therefore, put as plainly as possible, liberal theory circumscribes (human) rights as negative rights. Negative rights by definition aim at the elimination of obstacles to individual freedom. Negative freedom thus means the absence of these obstacles, which itself then enables the free development of personal capacities for active public engagement. By contrast, positive rights are organized around the notion of freedoms which count on the presence of control and institutions (Berlin [1969] 2004).



Accordingly, there is a debate over what institutions should do: should they merely prevent existing exclusion or should they additionally create and maintain certain sets of positive practices aimed at including individuals and groups. For liberal theorists, any right is a right of a single individual against another individual or the state. This individual rights structure allows a transparent economy of rights according to which, for every claim-right held by a particular individual, there is a correlative duty of another individual (Hohfeld 1919, Oneill 2005). Any individual duty can mean an obligation to actively fulfil the rights of others or it could merely mean a passive obligation to do no harm. Liberal theory suggests that the correlative duty or the obligation generated by a rights-claim should be guided by the principle of non-interference. It argues that duties allocated to rights-bearers are exclusively negative. In the simplest terms, in such cases, avoiding harm takes priority over actively helping (Lichtenberg 2010).

According to classical liberal theory, every individual and public authority has a negative duty to prevent human rights violations by exercising restraint from interfering with the protected conduct and protected domains of every other individual (Lichtenberg 2010). Individuals are expected to refrain from violating the rights of others. Supporting human rights regimes thus requires self-restraint from individuals as well as authorities. The most pro-active public action expected is a restoration of conditions, which secure equal access to universal enjoyment of rights. In what has been said so far, the duties that are correlative to human rights claims are formulated as a general obligation not to harm others by denying them their civil and political recognition. Even the problem of poverty is conceptualized negatively and approached from the point of view of formal equality, seen as everybody's right to be free from the restraints of poverty. This violates individual liberty by depriving people of their right to be free from poverty.

Positive duties are characterized as open-ended, limited, imperfect and intrusive, since it is not plausible to hold people responsible for not rendering aid to all those who need it (Pogge 2007). While being a mere bystander and not actively supporting inclusion through fighting for equal civil recognition, I cannot be held responsible, for I am not making anybody worse off. Thus, ceasing to actively engage in alleviating the socio-economic conditions of others does not mean that I am violating their human rights (Lichtenberg 2010, 557-563). My responsibility to secure the human rights of others is guided by the principle of not doing wrong (killing, raping, and robbing). Overall, my obligation to fulfil the human rights of others is met when I make sure that my conduct does not make anybody else worse off. Harming is worse than not helping.

Pogge's solution for the question of inclusion responsibilities brings something new to the debate on negative and positive duties, although he insists on remaining within the liberal tradition of negative duties (Pogge 2002, 2007). His argument against the clear-cut distinction between negative and positive duties is based on combining Article 25 of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR), which introduces a right to a standard of living for everyone, with Article 28, which guarantees a social and international order where human



rights can be fully realized.³ Instead of following the standard interpretation of the responsibility not to violate the human rights of others, according to Pogge (2002, 71), the fundamental responsibility of liberal individuals is to include people in the civil and political order, “to work for an institutional order and public culture that ensure that all members of society have a secure access to the objects of their human rights”. This argument still focuses on securing legal access to civil and political rights, as explicated in the notion of negative duties.

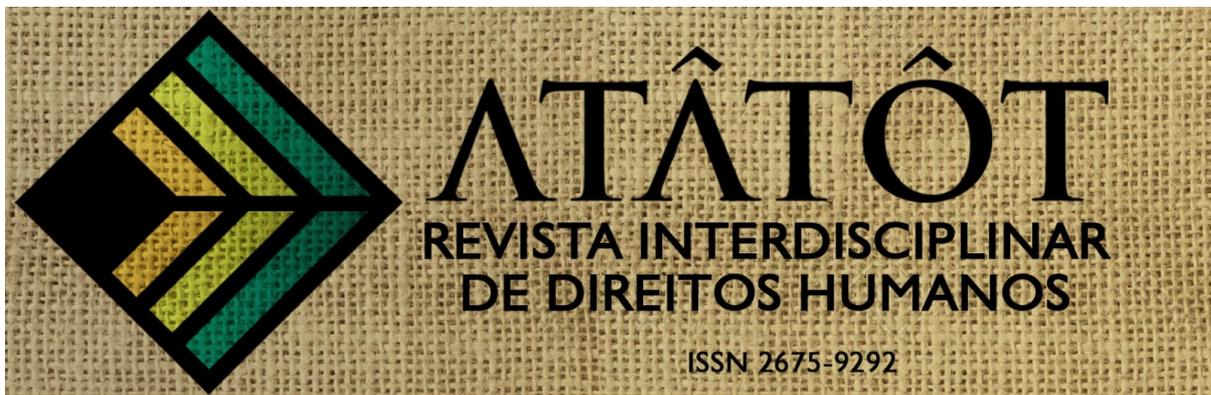
However, what is new is the accent on the engagement in actively structuring institutions and social systems in which one is living. Pogge (2002, 72) emphasizes that, “I would be violating this [negative] duty if, through my participation, I helped sustain a social order in which such access is not secured”. What is concisely argued is that the violation of the human rights of others caused by maintaining institutions, which has an exclusive and coercive potential. It is not enough to refrain myself from interfering in the domains of other right-bearers when the social order in which we live generates exclusionary and unequal conditions for them. Even if refraining fully from conduct that violates the human rights of my cohabitants, I also have an extended responsibility for the institutions, which produce another form of exclusion. Thus, in order to truly advocate the liberal position, I must extend the radius of my correlative duties and actively work against (or compensate for) the exclusionary potential of (civil and political) institutions in my own society. Accordingly, this breaks from the classical liberal argument that civil and political rights require only restraint from claims, which might interfere with others, and introduces a new front of liberal inclusion policy processes. Liberal citizens should pro-actively engage in ensuring that all those living in their society are included and do not endure conditions of civil and political mis-recognition.

Pogge (2002, 64) further argues that human rights should predominantly address governments and other official power holders: “Human rights postulates are addressed, in the first instance at least, to those who occupy positions of authority within society (or other comparable social system)”. In his later book, Pogge (2007, 17) circumscribes his institutional understanding of correlative duties, which urge inclusive public policies, by claiming that one should not “foreseeably and avoidably deprive others of their livelihood”. However, many of our ordinary economic actions go beyond our ability to foresee and control their consequences. Therefore, Pogge (2007, 24-25) argues that negative duties should also incorporate a compensating element:

Human agents may participate in imposing social institutions only if they are also willing to help ensure that the human rights of those subjected to these institutions are fulfilled insofar as this is reasonably possible.

On the one hand, Pogge’s institutional understanding of injustice remains strictly phrased in the language of liberal negative duties, as not helping to uphold exclusionary

³ UDHR Articles 25 and 28, available at: <http://www.un.org/en/documents/udhr/index.shtml#a25>, (accessed: June 3, 2013), access 10 April 2021.



institutions of one's own society. However, on the other hand, it expands the possibility to claim duties to support inclusion even when we are not aware of our individual contribution to the situation of the excluded.

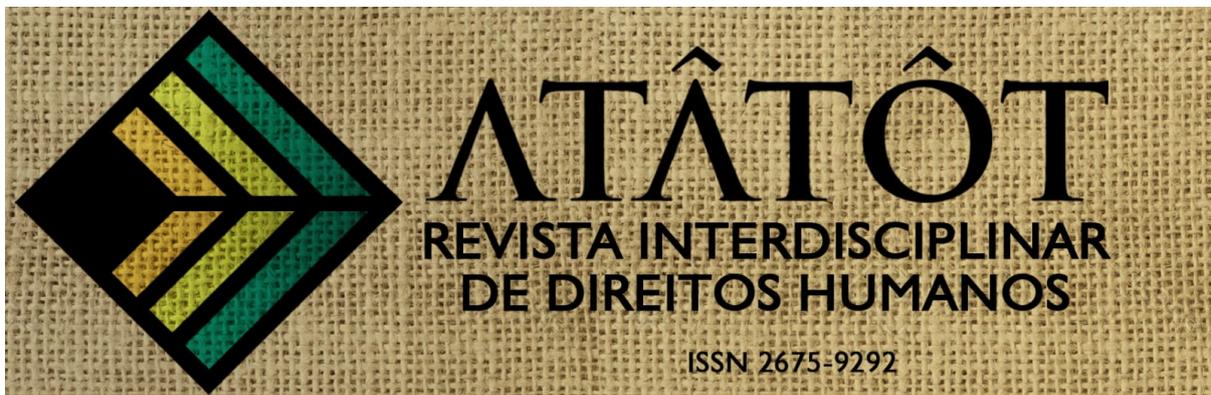
An especially thorny issue for the analysis of inclusion discourses is the liberal insistence on minimal state interventions in the social formation. In such a context, it is challenging to speak about developing inclusion policies while the function of public policies as such is put in question. The complementary part to the claims for a minimal state is an accent on active citizenship and personal responsibilities for membership and active participation in society (Amstrong 2006, Wacquant 2009). Instead of state interventions on behalf of its citizens, the liberal discourse of active citizenship considers public engagement to be the obligation of individual citizens. There are two consequences of understanding public space in this way: citizens are expected to support each other - well-off active citizens should assist excluded people; and excluded people are expected to mobilize their potential and fully engage with public institutions, mainly by participating in the labor market.

6. Conclusion

This article analyzed theoretical insights into some of the contradictions of liberal antidiscrimination discursive tradition. It advocates inclusion policies grounded in the reinforcement of civil and political liberties and in neutral public institutions, where each member of society is relevant as a rights- and duty-bearer under the umbrella of the rule of law. Liberal inclusion policies thus bestow legal and political competences to each individual right-bearer in an equal way. These policies defend the equal legal and political recognition of every individual irrespective of their socio-economic, ethnic, gender, religious, and sexual identities and assumes no cultural impositions on newcomers.

Rights-based inclusion measures, by definition, cannot but follow a universal and equal citizenship frame. In this frame, lawmakers treat all potential recipients of their inclusion measures as equal rights-holders; as subjects who emerged from the process of abstracting from highly particular social, economic and cultural identities. The principle of the rule of law was developed as the superior instrument for the abolition of the privileges and inequalities tied to social, economic and cultural inequalities and to make all right-holders equal before the law. This formal equality, however, finds its realization in a hierarchically stratified society. This stratification is due the role of exactly those social, economic and cultural features which the citizenship frame has attempted to eliminate.

Critics point out the strictly formal and abstract character of inclusion objectives, behind which vast socio-economic inequalities and cultural stereotypes prevail practically untouched, as these objectives are circumscribed by *laissez-faire* markets and politics, which usually lack an inclusive dimension (Holston 2009, Anderson 2011, Balibar 2010). Yet, the



situation of many minority groups in Europe goes well beyond exclusion and discrimination. Although these groups live within the political communities of nation-states and hold EU citizenship, they are often pushed to the margins of society.

Beyond dealing with equal and non-discriminatory opportunities to access, labor market mechanisms are considered a matter of the private sphere where public authorities should not robustly intervene. Liberal antidiscrimination approaches to inclusion thus engage with creating a greater number of non-discriminatory opportunities for excluded minorities to enter the labor market and providing some requalification to enhance their competitive potential. The contradiction between these citizenship-based and market-based components of the liberal inclusion discourse is captured by Sommers (2008a, 69), who states that “citizenship entails reciprocal but *non-equivalent* rights and obligations between *equal* citizens; contracts entail market exchange of *equivalent* goods or services between *unequal* market actors.” The liberal *laissez-faire* economy singles out property and capital owners and this selection also has to do with the above-mentioned social and cultural features.

Property and capital-based socio-economic inequalities gradually corrupt the process of equalizing right-holders and, as Esping-Andersen (1990, 11) foresaw: “as these generate sharpened conflicts, the liberal state will be forced to shed its ideals of freedom and neutrality, and come to the defense of the propertied classes.” The ultimate consequence of the contradiction between civil and political equality among rights-holders, and socio-economic inequalities among property and capital owners and the rest of society, is that one absorbs the other and adopts its logic (Sen and Dreze 2008). The distribution of civil and political rights thus appears to be conditional on contractual labor market integration, which further generates people who are excluded from civil and political institutions and for whom citizenship becomes nothing but an exclusionary hard line of demarcation.

We have demonstrated that the liberal inclusion draws on conventional conceptions of citizenship, according to which all citizens, if not substantially equal, are at least equally recognized as rights-claiming subjects with relatively equal access to mechanisms through which those rights claims can be made.

The promise of citizenship – i.e. that it serves as a guarantor of access to rights, or in other words, is a status that guarantees the right to have rights – is not effectively experienced by many Roma and other minority groups in Europe and elsewhere, since they are not granted the status of those who have the right to have rights. We also discussed that Arendt suggests that freedom consists in acting, which in turn is dependent on speech. For Arendt, the sources of agency and equality are the polity and community. As long as political speaking and claiming are only recognized in public spaces, most minority groups will remain unrecognized as political subjects and rights claimants.

However, if we understand politics as moments when those who do not ‘count’ make claims to be counted, minority groups would be recognized as political, and indeed, as enacting citizenship. For Arendt, human rights derive from citizenship, just as the right to have rights



becomes also a right of citizenship. We argue that it is necessary to move beyond such conceptualization. The situation of Roma and other minority groups demonstrates that citizenship status neither guarantees access to the right to have rights, nor equality nor the autonomy to make claims. Inclusion policies are in the end made for those who fail ‘to fit in’.

7. Bibliography

AGAMBEN, G. (1998) *Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life*, Stanford: Stanford University Press.

AMSTRONG, Ch. (2006) *Rethinking Equality: The Challenges of Equal Citizenship*, Manchester: Manchester University Press.

ANDERSON, B. (1983) *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, London, Verso.

ANDERSON, E. (2011) *Egalitarianism: a Program for Reconstructing its History*, unpublished paper.

ARADAU, C., HUYSMANS, J. and SQUIRE, V. (2008), *Mobile acts of European citizenship: towards a mobility turn in European citizenship studies*. FP7 research paper, Enacting European Citizenship, Milton Keynes, The Open University,

ARENDT, H. ([1951]1979) *The Origins of Totalitarianism*, New York: Harcourt Brace.

BALIBAR, E. (2010) “Introduction”, in: Sigona, N. & Trehan, N. (eds) (2010), *Romani Politics in Contemporary Europe: Poverty, Ethnic Mobilization, and the Neoliberal Order*, London: Palgrave MacMillan.

BARRY, B. (2001) *Culture and Equality*, Cambridge: Cambridge Polity Press.

BENHABIB, S. (2002) *The Claims of Culture: Equality and Diversity in the Global Era*, Princeton: Princeton University Press.

————— (2006) *Another Cosmopolitanism*, Oxford: Oxford University Press.

BERLIN, I. ([1969] 2004) *Four Essays on Liberty*, Oxford: Oxford University Press.

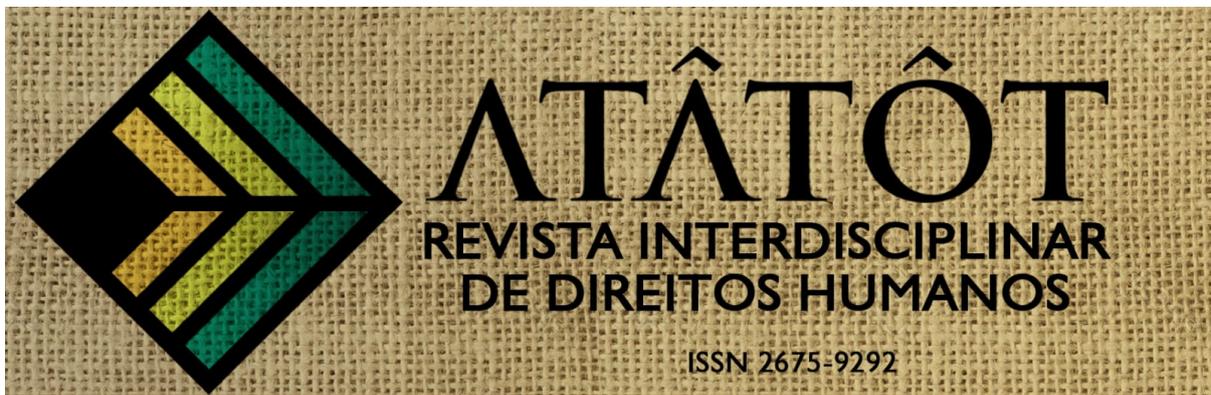
BOCK G. and JAMES, S. (eds.) (1992) *Beyond Equality and Difference. Citizenship, feminist politics and female subjectivity*, London, Routledge.

BUCHANAN, A (2005) Equality and Human Rights, in: *Politics, Philosophy, Economy 4/2005*, pp. 69 – 90.

COOLE, D. (1993) *Women in Political Theory*, Hemel Hempstead, Harvester Wheatsheaf.



-
- DOUZINAS, C. (2000) *The End of Human Rights*, London: Hart Publishing.
- (2007), *Human Rights and Empire: The Political Philosophy of Cosmopolitanism*, London: Routledge.
- DWORKIN, R. (1981) “What is Equality? Part 2: Equality of Resources”, in: *Philosophy and Public Affairs* 10/4, pp. 283-345.
- ESPADA, J. C., PLATRNER, M. F., & WOLFSON, A. (2000), *The liberal tradition in focus: Problems and new perspectives*, Lanham, Md: Lexington Books.
- ESPING-ANDERSEN, G. (1990) *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Princeton: Princeton University Press.
- FINE, R. (2007) *Cosmopolitanism*, London: Routledge.
- (2009) “Cosmopolitanism and Human Rights: Radicalism in a Global Age”, in: *Metaphilosophy*, 1/40, pp. 8-23.
- FRANCE, A. ([1894] 2006) *The Red Lilly*, available at: <http://gutenberg.readingroo.ms/3/9/2/3922/3922-h/3922-h.htm>, (accessed: February 14, 2013).
- FRAZER, E. and LACEY, N. (1993) *The Politics of Community*, Hemel Hempstead, Harvester Wheatsheaf.
- HABERMAS, J. (1998) *The Inclusion of the Other: Studies in Political Theory*, Massachusetts: The MIT Press.
- HOBBSAWM, E. (1990) *Nations and Nationalism Since 1780*, Cambridge, Cambridge University Press.
- HOHFELD, W. N (1919) *The System of Fundamental Legal Concepts*, available at: http://en.wikisource.org/wiki/The_Hohfeld_System_of_Fundamental_Legal_Concepts, (accessed: December 7, 2012).
- HOLSTON, J. (2009) *Insurgent Citizenship: Disjunctions of Democracy and Modernity in Brazil*, Princeton: Princeton University Press.
- ISIN, E. and TURNER, B. (2002) *Handbook of Citizenship Studies*, London, Sage.
- JOPPKE, Ch. (2003) *The retreat of multiculturalism in the liberal state*, Russel Sage Foundation, working paper no. 203.
- KAPUR, R. (2011) “Human Rights in 21th Century: Take a Walk on the Dark Side”, in: Rathore and Cistelecan (eds.) *Wronging Rights*, New Delhi: Routledge, pp. 21-60.
- KOPPELMAN, A. (1996) *Antidiscrimination Law and Social Equality*, New Haven: Yale University Press.



- LICHTENBERG, J. (2010) “Negative Duties, Positive Duties, and the ‘New Harms’”, *Ethics*, 120, pp. 557-78.
- McGARRY, A. (2010) *Who Speaks for Roma?: Political Representation of a Transnational Minority Community*, London: Bloomsbury Academic.
- OFFE, C. (1984) *Contradictions of the Welfare State*, London: Hutchinson & Co.
- (1992) “A Non-Productivist Design for Social Policies”, in: VAN PARIJS, P. (ed) *Arguing for Basic Income: Ethical Foundation for a Radical Reform*, London: Verso, pp. 61-78.
- O’NEIL, O. (2005) “The Dark Side of Human Rights”, in: *International Affairs* 2/81, pp. 427-439.
- OXHORN, P. (2006) “Conceptualizing Civil Society from the Bottom Up: A Political Economy Perspective”, in: Feiberg R. *et. All* (eds.), *Civil Society and Democracy in Latin America*, NY: Palgrave/McMillan, pp. 59-78
- PATEMAN, C. (1989) ‘Feminist Critiques of the Public/Private Dichotomy, in: *ibid.*, *The Disorder of Women Democracy, Feminism and Political Theory*, Cambridge, Polity Press.
- PERRY, J. (2011) *The Pretenses of Loyalty: Locke, Liberal Theory, and American Political Theory*, Oxford: Oxford University Press
- POGGE, T. (2007) *Freedom from Poverty as a Human Right: Who Owes What to the Very Poor?* Oxford: Oxford University Pre
- RAWLS, J. (1971) *Theory of Justice*, Cambridge: Harvard University Press.
- (1996) *Political Liberalism*, New York: Columbia University Press.
- ROSTAS, J. (2013) “Roma Participation: From Manipulation to Citizen Control”, in: *Challenges of Representation: Voices on Roma Politics, Power and Participation*, Roma Rights Journal, 2012, pp.3-8.
- SARDELIC, J. (2015) ‘Romani Minorities and Uneven Citizenship Access in the Post-Yugoslav Space’, *Ethnopolitics*, Vol 14, no. 2, pp. 159 – 179.
- SEN, A. DREZE, J. (2008) *India: Development and Participation*, Oxford: Oxford University Press
- SHUE, H. ([1980] 1996) *Basic Rights: Subsistence, Affluence and US Foreign Policy*, Princeton: Princeton University Press.
- SOLF, J. (2018) *Citizen Outsiders: How the Struggles of Romanian Roma in London challenge the conception of citizenship*, Milton Keynes: Open University.
- SOMERS, M. R. (2008a) *Genealogies of Citizenship: Markets, Statelessness, and the Right to Have Rights*, Cambridge: Cambridge University Press.



SOMERS, M. R. & Ch. N. J. ROBERTS (2008b) “Towards a New Sociology of Rights: A Genealogy of “Buried Bodies” of Citizenship and Human Rights”, in: *Annual Review of Law and Social Science* 4/2008, pp. 385-425.

TAYLOR, Ch. (1996) “A World Consensus on Human Rights”, in: *Dissent*, Summer 1996, pp. 15-21.

Van BAAR, H. (2011) *The European Roma: Minority Representation, Memory and the Limits of Transnational Governmentality*, Amsterdam: F & N Eigen Beheer.

Van LEEUWEN, B. (2010). Dealing with Urban Diversity: Promises and Challenges of City Life for Intercultural Citizenship. *Political Theory*, 38(5), 631-657.

WACQUANT, L. (2009) *Punishing the Poor: The Neoliberal Government of Social Insecurity*, London: Duke University Press.

YOUNG, I.M. (1985) ‘Impartiality and the Civic Public: Some Implications of Feminist Critiques of Moral and Political Theory’, *Praxis International*, Issue 4, pp. 381-401.



International Criminal Law in Defense of Human Rights Looking Again at the Tip of the Iceberg

El Derecho Penal Internacional en Defensa de los Derechos Humanos Mirando de Nuevo a la Punta del Iceberg

Luis Emmanuel Barbosa da Cunha

(Doutor/PPGD-UFPE, Pesquisador do Moinho Jurídico/UFPE, Professor da Faculdade Damas, Brasil)

E-mail: luis.bcunha@ufpe.br

Abstract

The challenges of human rights in the 21st century also come from a perspective based on international criminal law and the permanent International Criminal Court (ICC), as outcome of the 1998 Treaty of Rome. On the side of international criminal law, the principle of human dignity is the political ballast that lends content to internationally criminalized conduct. The International Criminal Court is the jurisdictional expression of this new branch of law. How can international criminal law contribute to the promotion and protection of human rights? It is a question of resuming a reflection made at the beginning of the 21st century. For this purpose, the bibliography and the first acts from the ICC are taken as a reference.

Keywords: Human Dignity; international protection; ICC.

Resumen

Los desafíos de los derechos humanos en el siglo XXI también incluyen una perspectiva basada en el derecho penal internacional y la Corte Penal Internacional permanente (CPI), fruto del Tratado de Roma de 1998. Del lado el derecho penal internacional, porque en principio de derechos humanos la dignidad es el lastre político que da contenido a las conductas criminalizadas internacionalmente. La Corte Penal Internacional es la expresión jurisdiccional de esta nueva rama del derecho. ¿Cómo puede contribuir el derecho penal internacional a la promoción y protección de los derechos humanos? Se trata de retomar una reflexión realizada a principios del siglo XXI. Para ello se toma como referencia la bibliografía y los primeros actos de la CPI.

Palabras-clave: Dignidad Humana; Protección Internacional; CPI.

Recebido em: 30/03/2021

Aceito em: 28/05/2021



1. Introdução

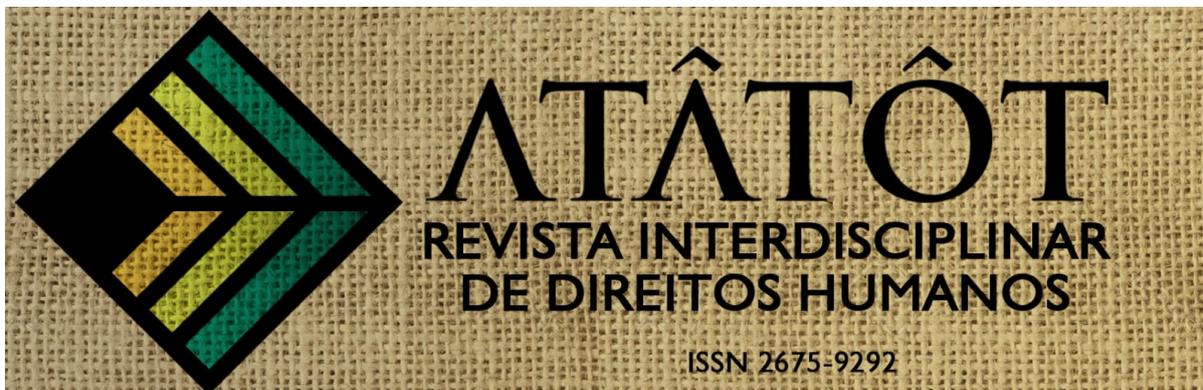
El siglo XXI ha surgido lleno de nuevas perspectivas para la sociedad internacional y para el movimiento de derechos humanos. Perspectivas positivas basadas en los bloques político-económicos, en los aspectos intrarregionales e interregionales, que han estimulado las relaciones internacionales, al mismo tiempo, las han perfeccionado, a pesar de los ataques al multilateralismo que se han producido más recientemente.

Por otro lado, la aprensión se apodera de los debates a la hora de reformar la Carta de las Naciones Unidas (ONU), la política antiterrorista, la energía atómica y otros temas controvertidos. La pandemia del COVID-19 ha paralizado esta agenda internacional. Aun así, la reforma de la Carta de la ONU tiene un sello de urgencia, especialmente en lo que respecta al Consejo de Seguridad. El objetivo es aumentar la representatividad de la sociedad internacional en el Órgano y disminuir la influencia de los cinco poderosos que tienen el poder de veto. Bueno, es posible, todo lo es, pero probablemente no todo lo es. ¿Sería también el caso pensar en un territorio internacional neutral para la sede de la ONU o ya es demasiado?

Los bloques político-económicos se establecen hoy como el medio de supervivencia de los países en el escenario económico establecido tras el fin de la bipolarización provocada por la guerra fría. Es una práctica comercial de países relacionados. Todos los participantes del bloque se unen para impulsar sus economías, complementando sus productos y favoreciéndolos con tarifas más ventajosas en relación a los productos de los países no participantes. La economía global pareció superar las estrategias económico-comerciales aislacionistas, sin embargo las acciones “trumpianas”, BREXIT, la desatención internacional en relación al proyecto de la OMS COVAX (estrategia internacional de vacunación contra COVID-19) muestran que la falta de un punto de retorno a el aislacionismo puede existir de hecho.

El ataque a las torres gemelas el 11 de septiembre de 2001 en Nueva York desató una persecución generalizada e irresponsable de “terroristas”, el terrorismo, que, hasta el día de hoy, nadie sabe exactamente qué es, quién lo practica y qué es. La acción estadounidense en violación de los principios de autodeterminación de los pueblos y la soberanía política de otros Estados ha logrado, de hecho, sumar más inseguridad y menos diálogo a las relaciones internacionales, en definitiva, pocos resultados satisfactorios para el mantenimiento de la paz mundial.

La energía atómica sigue siendo el centro de atención, después de todo, la bomba atómica sigue siendo el mayor elemento de disuasión y destrucción jamás concebido por los seres humanos. En poco más de setenta años, la tecnología atómica ya no se limita a los líderes



de los polos de la Guerra Fría. Como resultado, después de la deconstrucción de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, el acceso al conocimiento atómico se volvió menos difícil o, quién sabe, más fácil.

Actualmente, la sociedad internacional está expuesta al fuego cruzado entre dos discursos, ambos poco fiables. Por un lado, los nuevos dueños de la tecnología, que piden el uso pacífico de la energía atómica; por el otro, Estados Unidos apuntando a “terroristas” atómicos a todas partes. En el medio, como si no supieras nada, están Rusia y China vendiendo armas y tecnología.

A pesar de la diversidad temática, todas igualmente interesantes y provocadoras, este artículo se presta a una introducción analítica más específica en el contexto y en las perspectivas esperadas, en esta época del siglo XXI, para el derecho penal internacional y para la Corte Penal Internacional (CPI), en la medida de su influencia en relación con el movimiento internacional de derechos humanos.

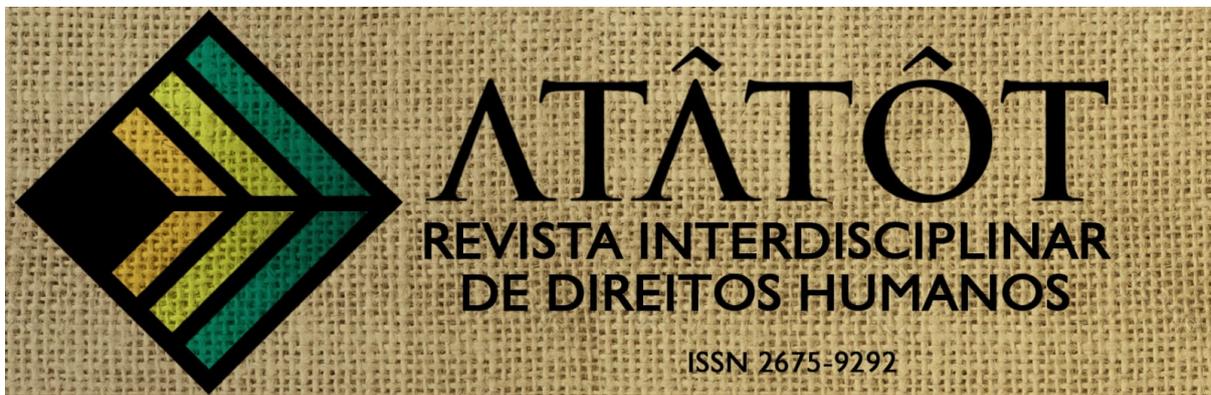
El derecho penal internacional se consolida como una rama específica del derecho, una rama autónoma del derecho internacional, desde la creación de la Corte Penal Internacional. Como tal, debe haber un apoyo académico y científico, desarrollando una teoría general del derecho penal internacional similar a la existente para el derecho penal y el derecho internacional.

Sin embargo, es importante no perder de vista la relación entre el derecho penal internacional y su aspecto político, es decir, el principio de la dignidad humana, siendo este el vínculo entre el positivismo jurídico y el movimiento internacional de derechos humanos.

La propia Corte Penal Internacional se enfrenta a una serie de retos dispuestos a probarla hasta el agotamiento. En un primer momento, la consolidación política de la CPI, libre de intervenciones estatales paralelas diseñadas solo para debilitarla políticamente con la posibilidad de sacar de su jurisdicción a nacionales de estados no miembros del Tratado de Roma de 1998.

Además, es necesaria la definición de un rito o procedimiento, así como debatir la clasificación de conductas como el narcotráfico internacional y el terrorismo, insertándose como un mecanismo para frenar la violencia de género, sin mencionar la eficiencia esperada en la protección de las leyes internacionales, bienes en tiempos de escasez de agua dulce y petróleo.

Este trabajo está dispuesto a proponer reflexiones. De hecho, todo trabajo científico es reflexivo, ya que parte de un análisis controlado de la información para llegar a una verdad. Sin embargo, las reflexiones que aquí se proponen no giran necesariamente en torno a una hipótesis para ser probada o rechazada al final. Se ocupa de la percepción de un operador del derecho sobre elementos relevantes para su objeto de estudio, percepción que estira para ser ciencia sociológica, antropológica o política. Huyendo de toda la previsibilidad que proporciona la norma jurídica, ¿cómo ve un operador de la ley su objeto y contexto?



Así, el trabajo se centra en dos hitos, primero: el derecho penal internacional, en la expresión material y formal de esta nueva rama; segundo: la CPI, como órgano judicial internacional encargado de ser un apoyo más para proteger los derechos humanos internacionales.

2. El Derecho Penal Internacional

A mediados de la década de 1950, la doctrina actual distinguía el derecho penal internacional del derecho penal internacional. Este último era el encargado de regular el fenómeno extraterritorial del derecho penal intraestatal, es decir, la legislación penal de cada Estado con repercusiones más allá de su territorio. Si bien eso reguló la relación del derecho penal desde la estructura del derecho internacional, la internacionalización utópica del derecho penal según el parámetro disponible para ese momento histórico (RIPOLLÉS, 1955, p.20).

En el momento de constitución y vigencia de una Corte Penal Internacional permanente, esta diferenciación en el orden en que se presentaron los términos parece superada. El sesgo extraterritorial del derecho penal intraestatal difícilmente es internacional. A lo sumo, se restringe a las relaciones internacionales restringidas únicamente a la extradición. Esto no conduce a la existencia de una rama del derecho autónoma (CUNHA, 2007, pp.126-127).

Por otro lado, el derecho penal internacional es *“el conjunto de todas las normas del derecho internacional que establecen consecuencias legales y penales. Es una combinación de los principios del Derecho Penal y del Derecho Internacional”* (AMBOS, 2005, p.01). Surge así una nueva rama del derecho. En consecuencia, una práctica académica, junto con una difusión del conocimiento científico, comienzan a construirse en torno a ella.

Primer desafío para el derecho penal internacional a principios del siglo XXI: consolidarse académica y científicamente. Las universidades, las facultades de derecho, los cursos de posgrado deben sensibilizarse ante este nuevo contexto internacional.

El período de la guerra fría impidió cualquier avance en las discusiones sobre una corte penal internacional permanente y suficientemente imparcial e independiente de injerencias externas. Si bien la sociedad internacional estaba bipolarizada entre capitalistas y comunistas, mientras no se resolvió esta lucha de brazos, no hubo un ambiente político permisivo para las discusiones, por lo que, naturalmente, la academia no se interesó más en el tema.

Sin embargo, en la actualidad, hay espacio para debates concretos sobre la responsabilidad penal internacional de la persona humana, en consecuencia sobre los elementos del crimen internacional, sobre la ejecución de sentencias penales internacionales condenatorias, sobre la imprescriptibilidad de la conducta, en definitiva hay una vasta campo para académicos e investigadores. La investigación merece todo tipo de estímulos.



En esta línea científico-académica, es necesario desarrollar una criminología internacional, ciencia específicamente orientada al conocimiento de los detalles técnicos relacionados con la explicación de los hechos y circunstancias relacionados con los tipos previstos de acuerdo con las necesidades y particularidades de esta nueva rama del derecho.

De la misma manera que hoy se constituye una ciencia del derecho penal internacional, también lo es el papel de un criminalista internacional.

Naturalmente, la actividad jurídica ante la CPI desarrollará la carrera del abogado penalista internacional. De hecho, la CPI ya cuenta con una lista de abogados debidamente autorizados para defender sus derechos ante la Corte, profesionales con más de diez años de experiencia en derecho penal y familiarizados con el estatus previsto en el Tratado de Roma de 1998.

El segundo desafío es tener repercusiones en la teoría general del derecho internacional. La responsabilidad internacional tiene ahora dos aspectos bien definidos. Se trata de una responsabilidad internacional colectiva, en la que los Estados y Organismos Internacionales, como expresión de un colectivo, son sancionados por violar las normas legales internacionales, incluidas las violaciones a los derechos humanos. Por otro lado, está el sesgo de la rendición de cuentas individual, la responsabilidad penal internacional de la persona humana por la violación de las normas jurídico-penales-internacionales.

En este sentido, la terminología utilizada sobre la delincuencia internacional merece una revisión. Según la teoría clásica del derecho internacional público, el delito internacional es cualquier acto ilícito de derecho internacional que no se ajusta al concepto de crimen internacional. A su vez, el crimen internacional es un acto ilícito erga omnes, es decir, es un acto ilícito que atenta contra intereses fundamentales de la sociedad internacional, y está vinculado a la idea de orden público, por lo que puede ser cuestionado por cualquier miembro de la sociedad internacional.

En el momento de la Corte Penal Internacional permanente, el crimen internacional tiene un marco penal y no penal, ambos bien definidos. Los tribunales penales internacionales *ad hoc* del siglo XX aplicaron las normas del derecho internacional de forma indiscriminada a las personas físicas (principio de responsabilidad internacional individual), sumadas a las sanciones típicas del derecho penal, independientemente de la clasificación previa y las sanciones preestablecidas.

Ciertamente, el derecho penal es responsable de la aplicación de la violencia legalizada, la reacción a la violencia ilegal empleada por el agente. El crimen, como acto típico y antijurídica, está, por regla general, implicado en violencia física o moral, afectando la integridad corporal o moral respectivamente. En efecto, la pena, como reacción a este primer acto, es la privación de libertad, la restricción de derechos y el acto de cosechar la vida, por lo tanto, acto también ontológicamente violento, aunque esté justificado por la ley.



En estos términos, la expresión del crimen internacional debe quedar restringida al contexto penal, dada la particular conceptualización del crimen como la conducta típica y antijurídica. Los demás delitos internacionales no penales, antes denominados delitos y crímenes internacionales, deben asumir la expresión de un delito internacional, o la violación de una disposición internacional o, menos aún, asumirse como un delito civil internacional en comparación con los términos del derecho interno, cuya estructura ya ha abordado la diferenciación entre infracciones penales y no penales, como la violación de normas civiles, comerciales y de consumo, por ejemplo.

Si el derecho penal internacional es capaz de promover un cambio en la teoría general del derecho internacional, nada más razonable que pensar en una teoría general del derecho penal internacional, que se desarrollará como ya existe para el derecho penal. La difusión académica y científica de la nueva rama del derecho vinculada a decisiones interlocutorias o similares, sentencias y ejecuciones penales de órdenes de la CPI ya brindan un amplio abanico de contenidos de investigación. ¿Cómo será la suspensión, la libertad condicional, la sanción, el hábeas corpus, el régimen penal, la revisión penal, la legítima defensa, la persecución penal, la fuente formal, en esta rama penal internacional, finalmente, cómo se desarrollarán los institutos del derecho penal internacional?

Todo esto concierne a una teoría general, cuyo contenido se ha construido desde Nuremberg. Los tribunales de Nuremberg, Tokio, la ex Yugoslavia, Ruanda y el híbrido de Sierra Leona son vulnerables a todos los argumentos legales en contra su creación: imponer tribunales penales a personas bajo el derecho internacional sin el consentimiento adecuado al acto internacional, considerando que la conducta se basa en normas consuetudinarias. La regla como delito, haciendo retroactiva la regla para llegar a hechos pasados, abusando de la interpretación del artículo 29 de la Carta de la ONU que autoriza al Consejo de Seguridad, en el uso de sus facultades, a crear órganos auxiliares y no tribunales penales. Sin embargo, no es necesario profundizar aquí sobre estos tribunales y su sesgo de legitimidad y legalidad. Por otro lado, los debates en torno a la conducta, los bienes jurídicos a proteger, los institutos de derecho penal y el derecho internacional, todo ello hecho desde Nuremberg ya apunta a un contexto histórico que, en cierto modo, favorece el desarrollo de una teoría del derecho penal internacional.

El tercer desafío se centra en el sesgo político. El derecho penal internacional no debe perder de vista el principio de dignidad humana. Este principio da apoyo político a la rama, o más bien, da contenido a la clasificación penal.

El derecho penal es la manifestación de las características del sistema político y social del Estado (BUSTOS RAMÍREZ, 1987, p.584-585). Esto significa afirmar la existencia de un doble aspecto en el discurso penal: el dogmático y el político. La falta de armonía entre estos dos aspectos permite disociar el autismo legal de los hechos concretos (BRANDÃO, 2006, p.10). A partir de esta relación simbiótica, es posible hablar del principio de insignificancia,



por ejemplo. En efecto, la dogmática sin una tutela política definida da lugar a discursos populistas y oportunistas.

La dogmática da tecnicismo al discurso político, así como, simultáneamente, el discurso político llena sustancialmente a la dogmática. Como afirma Zaffaroni, la alienación técnica del político combinada con la alienación política del técnico posibilita “(...) un vacío que permite la forma técnica de cualquier discurso político” (ZAFFARONI, 2005, p.77).

Así, el dogmático se calibra en función del tipo penal, es decir, del modelo de conducta considerado delictivo. El político, a su vez, encaja en movimientos de carácter ideológico. Allí se percibe el discurso a favor de los derechos humanos y la dignidad de la persona humana, por ejemplo. ¿Por qué debería protegerse la protección de un determinado activo? En este paso, el bien jurídico es la concreción de esta ideología que da contenido a la conducta tipificada y antijurídica. Determina para qué protegerse, por qué debe protegerse y por qué una sanción. El bien jurídico es la conexión entre la teoría del delito y la realidad social (CARVALHO, 1992, p. 35).

El paradigma adoptado después de la Segunda Guerra Mundial de defensa de la persona humana, una persona con derechos mínimos a ser respetados, difundió otro paradigma en las relaciones sociales: el principio de dignidad humana. De hecho, este principio es un corolario del discurso de protección a la persona humana.

Este discurso comenzó a construirse a fines del siglo XVIII, época de arbitrariedad en la aplicación de la pena, en consecuencia, la tortura sometida al condenado (léase cualquiera en desgracia ante el déspota) fue ilimitada. El individuo fue llevado parcial o totalmente desnudo a la plaza pública, donde fue golpeado y humillado con los medios más horribles posibles, finalmente desmembrado o incinerado (FOUCAULT, 2005, p.09). Actitudes semejantes de crueldad sólo provocaron un sentimiento de venganza por parte del pueblo en relación a su déspota esculpido en forma de desafío: el que hoy derrama sangre ajena, mañana tendrá su derramamiento (FOUCAULT, 2005, p. 63).

El principio de dignidad humana trae consigo una serie de derechos y libertades necesarios para el desarrollo de la persona humana. Individualmente, la persona humana tiene su propio contenido moral (cualidades y defectos, bueno, malo, altruista, egoísta, admirable, deplorable, religioso, ateo), así como sus propias expresiones físicas (alto, bajo, gordo, delgado, hombre, mujer). Este contexto no cambia. El principio de la dignidad humana no se ocupa de esto. Sin embargo, este principio está interesado en establecer un estándar axiológico insustituible inherente a la persona humana, sean cuales sean sus características morales o físicas. (CUNHA, 2007, p.45).

Sin embargo, la individualidad de la persona no es algo que se reduzca a la visión aislada de la persona. Hay otra perspectiva de la persona humana en una colectividad. Por un lado, una visión ilustrada de la persona humana como un ser aislado; por otro, una visión



colectiva que ve a la persona como parte de una forma de vida autopercebida desde un colectivo como son los pueblos tradicionales.

Por lo tanto, mirar solo a la individualidad en sí misma como un pilar para el titular de los derechos es poco y puede tener una hegemonía cultural asfixiante. Esto implicaría transformar la universalidad de los derechos humanos en universalismo interpretativo. Y esa sería una forma de que la CPI se imponga selectivamente, reproduciendo en ella argumentos legítimos de cuestionamiento impuestos en tribunales ad hoc anteriores.

Si la comunidad reconoce un cierto valor a la persona humana, entonces ese valor no puede ser mitigado por las actitudes sinvergüenzas perpetradas por esa persona. El castigo es limitado, no puede violar la dignidad, no puede violar ese valor (RABENHORST, 2001, pp.40-41).

3. La Corte Penal Internacional

La batalla por establecer un consenso entre las diversas propuestas presentadas durante las negociaciones entre los plenipotenciarios, consecuentemente, la celebración del Tratado de Roma de 1998, además de depositar las ratificaciones mínimas necesarias para su vigencia, no fue sin duda la batalla más difícil en torno a la Corte Criminal Internacional. Muchos otros desafíos han puesto a prueba a la corte en los primeros años del siglo XXI.

El primero está relacionado con la consolidación política de la Corte. La legitimidad de la CPI solo quedará definitivamente establecida cuanto mayor sea el número de Estados adheridos al Tratado de Roma de 1998. En la actualidad, ciento veintitrés Estados ya se han expresado expresamente sobre el compromiso adquirido en dicho acto internacional, ratificando eso¹.

Sin embargo, a pesar del número significativo de Estados miembros, la jurisdicción de la CPI aún no es capaz de llegar a una buena parte de la población mundial, y mucho menos capaz de llegar a los Estados beligerantes y las mayores potencias nucleares existentes.

Es la ausencia de Estados Unidos, Israel, Rusia, India y China. Entre estos cinco, hay tres miembros permanentes del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, por lo tanto con poder de veto sobre decisiones relacionadas con conflictos que amenacen el orden internacional.

Empezando por los dos últimos. Solo en India y China, estos dos albergan alrededor de dos mil quinientos millones de personas, aproximadamente el cuarenta por ciento de la

¹ Información en el sitio web de ICC. Disponible: https://asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/Pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.aspx Acceso: 30 de marzo de 2021.



población mundial. China emerge como sucesora de Estados Unidos en términos de una nueva potencia hegemónica en un período de tiempo muy corto, además de contar con una fuerza militar con un gran contingente disponible y alta tecnología propia. A su vez, India es una potencia nuclear y vive en un estado constante de tensión con Pakistán debido a la región de Cachemira.

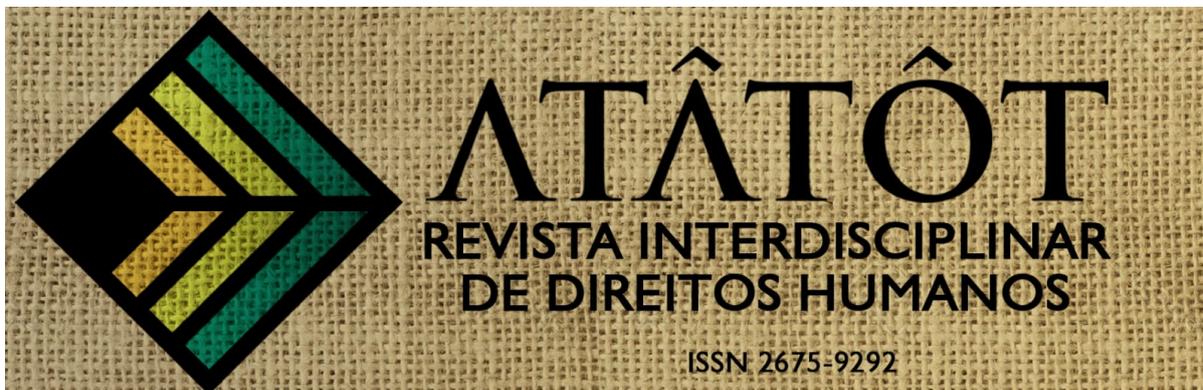
Rusia, por su parte, posee uno de los arsenales de armas nucleares más grandes del mundo. A pesar de los desperdicios generados poco después de la disolución de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, obviamente no se ha perdido todo el conocimiento producido. Por el contrario, la introducción del pensamiento capitalista en las mentes antiguamente socialistas ha dado lugar a la percepción del valor comercial de todo el conocimiento generado. Y así, Rusia vende tecnología nuclear a Irán, así como ha vendido, vende y venderá a cualquiera que pueda pagar el precio de venta.

El territorio del Estado de Israel, por otro lado, está incrustado en una región árabe. Como resultado, Israel vive en una inestabilidad rutinaria con los países árabes circundantes. La falta de definición sobre el reconocimiento de un Estado palestino y sobre el área de Jerusalén perpetúa todo un ciclo de violencia. Debido a la preponderancia militar en la región, toda acción israelí acaba siendo cuestionada por los excesos. Por un lado, aviones de combate, tanques y ametralladoras; por el otro, piedras, cohetes y viejos fusiles soviéticos. Es imposible ver un equilibrio de fuerzas allí. Dado que Israel es un aliado estadounidense y no miembro del Tratado de Roma de 1998, el Consejo de Seguridad nunca, en este estado de cosas, podrá provocar a la CPI por ningún acto israelí, dado el poder de veto de Estados Unidos.

Finalmente, el más controvertido. Estados Unidos fue pionero en un aplauso desmoralizador. La manifestación de la voluntad de un Estado en relación a un tratado internacional se divide en dos momentos: en regla, uno dentro de la competencia de un órgano del Poder Ejecutivo, es decir, la firma; y otro que corresponde a la competencia del Legislativo, la ratificación. Esta es una regla común para los Estados, cuya organización política se basa en la tripartición de poderes.

Durante las negociaciones sobre el contenido del Tratado de Roma en 1998, en la reunión de Plenipotenciarios, Estados Unidos firmó un borrador del tratado dando pleno apoyo a una versión de un tribunal débil y meramente formal, más uno de esos tribunales penales internacionales que nunca pongas fin a tus juicios. Sin embargo, cuando esa versión pierde frente a la versión actual que se está votando, Estados Unidos vota en contra. Como si este acto fuera poco, Estados Unidos comenzó a suscribir tratados bilaterales con algunos Estados, estableciendo un compromiso de no entregar a ciudadanos estadounidenses a la jurisdicción de la CPI.

Este posicionamiento estadounidense es bastante imprudente basado en la expectativa de que la CPI fuera lanzada como la gran organización internacional para la protección de los derechos humanos en el juzgamiento de criminales de guerra y los grandes genocidios. En la



medida en que se establezcan medios de debilitamiento político de tal organismo, esta actitud va en contra de los parámetros establecidos por la sociedad internacional.

Además del fortalecimiento político de la CPI, aún quedan algunos problemas legales por enfrentar. El primero se refería al rito, al procedimiento. A medida que aumentó el número de casos en trámite, se creó y consolidó el procedimiento, desde la orden de arresto (la primera de Al Bashir²) hasta la primera condena (la de Lubanga³) en 2012.

Además, la situación internacional apunta a algunas conductas aún por tipificar ante la potencial inestabilidad que ya generan para la sociedad internacional. Se trata de terrorismo y narcotráfico internacional.

El terrorismo forma parte de una paranoia internacional en la actualidad. Quienes utilizan los aeropuertos internacionales viven con un miedo permanente. Dada la repercusión del tema, identificar al terrorista no parece ser algo fácil, sin embargo si conceptualizar el acto o intentar conceptualizarlo resulta nada fácil. Algunos incluso defienden la existencia del terrorismo de Estado. Muchas dudas, poco consenso y un miedo generalizado y abrumador.

El tráfico internacional de estupefacientes, en cambio, ya ha pasado por un debate previo durante las negociaciones de Roma en 1998, dejando la profundización de los debates y la consiguiente tipificación para un momento posterior. La acción cooperativa de las fuerzas policiales de los países, debidamente interconectadas por la acción de la Interpol (Policía Internacional), ya da un indicio de uniformidad en el combate o, al menos, apunta a una uniformidad preambular.

Sin ahondar en los discursos acalorados por la despenalización o por el recrudescimiento de la represión, un hecho cierto es la inestabilidad social provocada por el narcotráfico internacional. El tráfico es una práctica que puede considerarse compleja, es decir, la ilegalidad siempre se juega en conjunto con el tráfico internacional de armas y el blanqueo de capitales, por ejemplo. La repercusión en Estados Unidos de las acciones de los cárteles colombianos y la acción en la triple frontera (Brasil-Argentina-Paraguay), utilizando aeropuertos en Brasil para transportar sustancias estupefacientes paraguayas hacia Europa son demostraciones de lo bien organizado que está el tráfico internacional, sin fronteras y amenaza los pedidos realizados.

En relación a una deuda histórica, no se puede perder de vista la violencia de género. Es necesario definir la medida de intervención y contribución de la CPI sobre la violencia contra la mujer, principalmente en relación con el delito de violación. No es una circunstancia más de la guerra o una simple satisfacción brutal de la lujuria, sino que, de hecho, es una

² Omar Hassan Ahmad Al Bashir, primero orden de arresto en 2009. Disponible: <https://www.icc-cpi.int/darfur/albashir>. Acceso 30 de marzo de 2021.

³ Thomas Lubanga Dyllo República Democrática del Congo, condenado a 12 años de prisión por crímenes de guerra. Disponible: <https://www.icc-cpi.int/drc/lubanga>. Acceso em 30 de marzo de 2021 Ya existe sentencia dictada contra Ahmad Al Faqi Al Mahdi (2012), Jean-Pierre Bemba Gombo y otros (2016) y Germain Katanga (2014).



práctica que tiene como objetivo llegar al enemigo combatiente de manera incisiva, restando un privilegio muy personal. De hecho, la mujer aparece como un trofeo entre los beligerantes.

La violencia sexual contra la mujer no es solo un acto cruel hacia el ser humano, es un acto simbólico de denigración del derecho sobre una cultura machista bien asentada y alabada por excelencia. En ese sentido, los islamistas consideran la mayor cantidad de mujeres que un hombre puede casar y mantener como un signo de riqueza. Por otro lado, Occidente, a pesar de toda la predicación monógama, se jacta del hombre de muchos amantes, seducido por una solemnidad bien refinada.

La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada mediante la Resolución núm. 34/180 de la Asamblea General de Naciones Unidas, destaca que la discriminación contra la mujer es una violación del principio de dignidad humana, además de materializar un obstáculo para el bienestar de la familia, la sociedad, el país y la humanidad.

Si bien el instrumento de las Naciones Unidas tiene un contenido más político y completo, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos presenta un tratado diseñado específicamente para combatir la discriminación contra las mujeres en territorio estadounidense. Se atiende a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, la Convención de Belém do Pará de 1994. Este instrumento es más incisivo en su texto, declarando expresamente el derecho de las mujeres a vivir libres de cualquier violencia, incluyendo esta lista incluye el abuso sexual perpetrado por cualquier miembro de la familia, convivencia, comunidad o Estado. Finalmente, reconoce la dignidad de la mujer que la coloca en plena igualdad en relación con la figura masculina.

Ya existe una superación en lo que respecta al procedimiento judicial, pero la ampliación de la lista de tipos penales internacionales y el ejercicio interpretativo que buscan, cada vez más, el sustento de contenido en otros instrumentos para entender que el sistema de protección a la Humanidad dignidad de manera amplia y no como una construcción inicial de la CPI. La jurisdicción sobre derechos humanos no es una novedad de la CPI y es válido aprovechar la experiencia de los tribunales internacionales (europeos, interamericanos y africanos) para ampliar el alcance de la interpretación.

El pluralismo es un paradigma a buscar. Plural en el sentido de la idea de pluralismo jurídico. El pluralismo como expresión del III ciclo de reformas constitucionales en América Latina, entre 2005 y 2009, con reconocimiento constitucional de jurisdicciones tribales locales como los pueblos indígenas, dentro de la misma jerarquía que la jurisdicción estatal (YRIGOEN FAJARDO, 2009, p. 12-31). Esto sucede con miras a superar la visión centralizada en el estado legalista (PEREIRA, 2002, p. 43). El pluralismo legal desafía al formalismo estatal como la única fuente de derecho. Otros actores no estatales tienen habilidades similares, como los movimientos sociales (WOLKMER, 2001, p. 46). Evidentemente, no habría un pluralismo jurídico tan capilarizado, pero ese es un paradigma, ciertamente lo es.



En cuanto a otros dos eventos futuros que probablemente serán inquietantes en el orden internacional, son la escasez de agua dulce y el agotamiento de las reservas de petróleo. La escasez de agua dulce puede conducir a una intensificación de las relaciones internacionales, principalmente en la protección de algunas fuentes estratégicas, entre ellas: la Amazonia en el tramo fronterizo Brasil-Perú-Venezuela. Cuestiones territoriales, amenazas a la soberanía, todo ello genera enfrentamientos, conflictos, excesos, crímenes de guerra en las formas previstas en el Estatuto de la CPI. Por otro lado, el agotamiento de las reservas de petróleo resulta ser un desafío en un tema estratégico: la nueva fuente mundial de energía. El petróleo ha sido la principal fuente de energía del mundo durante más de cien años. En ese momento, el desarrollo tecnológico era mucho mayor que en los milenios de existencia del ser humano. En esta perspectiva, el etanol aparece como la gran esperanza. Y esto exige grandes espacios para plantar. Las energías eólica y solar demandan espacios territoriales con fuerte capacidad de producción. ¿Podría esto implicar neocolonialismo? Toda colonización es un acto de sumisión ideológica por parte del colonizado. La experiencia de la colonización en América resultó en un verdadero genocidio indígena y el movimiento esclavista de personas en África.

Vale la pena señalar que la colonialidad todavía existe en muchas estructuras sociales. La colonialidad implica la naturalización de las relaciones de hegemonía cultural traídas por la modernidad. Eurocentrismo sobre todas las demás formas de identidades sociales y geoculturales, sobre la subordinación de la naturaleza y el control de la propiedad de los recursos productivos (QUIJANO, 2007, p.94).

Finalmente, ¿podemos esperar una regionalización de la CPI? La CPI como persona de derecho internacional que puede celebrar tratados. Si un espacio regional como el Mercosur, ante la constante complejización de su conducta, decide criminalizar ciertas conductas que le son caras, en particular, la conducta en torno a la cláusula democrática. ¿Sería factible crear un tribunal similar a la CPI o celebrar un tratado para reconocer la jurisdicción de la CPI sobre tal conducta determinada? En el caso de la Unión Europea, ¿podría criminalizarse de manera similar el comportamiento amenazante de las bases comunitarias?

Hablando de regionalización, la actuación de la CPI hasta entonces ha estado muy regionalizada. En cuanto a los casos judiciales en trámite y con condena, básicamente, del continente africano, norte y centro, treinta casos⁴. Investigaciones en curso, básicamente, situaciones en África, una de Afganistán y otra de Georgia, catorce investigaciones⁵. En cuanto a las investigaciones preliminares, cuando aún no se ha iniciado una investigación formal, hay casos de América Latina, África, Europa del Este (Ucrania) y Asia (Corea del Norte), trece preinvestigaciones⁶.

Puntos para la reflexión.

⁴ Disponible: <https://www.icc-cpi.int/Pages/cases.aspx>. Acceso 30 de marzo de 2021.

⁵ Disponible: <https://www.icc-cpi.int/pages/situation.aspx>. Acceso 30 de marzo de 2021.

⁶ Disponible: <https://www.icc-cpi.int/pages/pe.aspx>. Acceso 30 de marzo de 2021.



4. Consideraciones Finales

Como se planteó al principio, este trabajo no estaba dispuesto a establecer una hipótesis para ratificarlo o rechazarlo al final del análisis. Por el contrario, la disposición fue ver qué es relevante para el derecho penal internacional y para la CPI, lo que no se limita directamente al contenido de la norma jurídica.

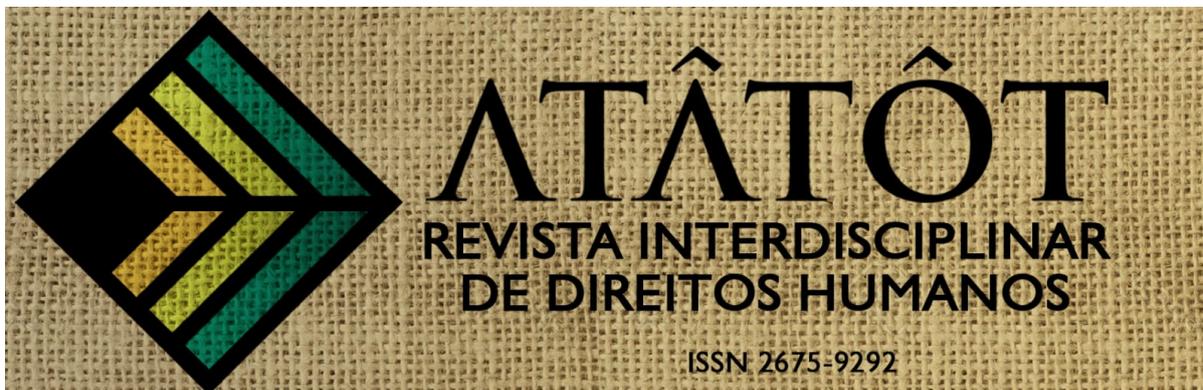
La relación entre el derecho penal internacional y la CPI con el movimiento internacional de derechos humanos es muy estrecha. Toda dogmática y toda instrumentalización procesal no puede ni debe dejar de centrarse en los derechos humanos. Si bien el derecho penal internacional protege los activos legales con base en la conducta previamente definida, la CPI se ubica en la jurisdicción específica, imparcial y libre de injerencias directas aplicadas a otros tribunales.

La internacionalización del derecho penal es muy reciente, por lo que es un campo de estudio e investigación atractivo porque aún está abierto a la construcción de nuevos institutos y nuevas instituciones, sin olvidar la recepción de principios penales-internacionales compatibles entre sí. De ahí que la ciencia del derecho penal internacional, la criminología internacional, el criminalista internacional, todos los campos del conocimiento relacionados con esta nueva faceta del derecho penal estén disponibles para la contribución de los pensadores interesados.

La situación de la CPI parece ser más espinosa que la de su respectivo derecho sustantivo o material. Los hechos de relevancia internacional, los actuales y los del futuro muy cercano, representan un desafío a la existencia de la Corte. Las previsiones jurisdiccionales esperadas de los cuatro primeros casos (República Democrática del Congo, República Centroafricana, Sudán (Darfur) y Uganda) son sin duda paradigmáticas, pero el paradigma que surge de ellos es más procedimental, de saber cómo se comportó el rito en el caso concreto, que se puede cambiar, mantener o mejorar.

La verdadera prueba de la CPI, y en consecuencia de la sociedad internacional, será poder enjuiciar y perseguir a los criminales nacionales de los Estados que violan reiteradamente los derechos humanos. Casualmente, los cinco Estados no miembros del Tratado de Roma de 1998 están en esa infame lista.

Además, la tipificación de la conducta del tráfico ilícito de drogas y el terrorismo, además de los posibles conflictos provocados por la escasez de agua dulce y el agotamiento de las reservas naturales de petróleo, apuntan a un contexto internacional lleno de conductas inestabilizadoras. Cómo será posible afrontar todo esto sin volver a épocas anteriores de consolidación del principio de dignidad humana es lo que se pregunta.



5. Bibliografia

AMBOS, Kai. A Construção de uma Parte Geral do Direito Penal Internacional. In: AMBOS, Kai; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo (Organizadores). **Tribunal Penal Internacional: possibilidades e desafios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Control Social y Derecho Penal*. Barcelona: PPU, 1987.

BRANDÃO, Cláudio. Significado político constitucional do direito penal. In: **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v.5, n.19, pp.65-79, 2005.

CARVALHO, Márcia Domelita Lima de. **Fundamentação constitucional do direito penal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992.

CORTE PENAL INTERNACIONAL. **Lista de casos em trâmite**. Corte Penal Internacional, 2021. Disponível: <https://www.icc-cpi.int/Pages/cases.aspx>. Acesso 30 de março de 2021.

_____. **Lista de situações em investigação**. Corte Penal Internacional, 2021. Disponível: <https://www.icc-cpi.int/pages/situation.aspx>. Acesso 30 de março de 2021.

_____. **Lista de pré-investigações**. Corte Penal Internacional, 2021. Disponível: <https://www.icc-cpi.int/pages/pe.aspx>. Acesso 30 de março de 2021.

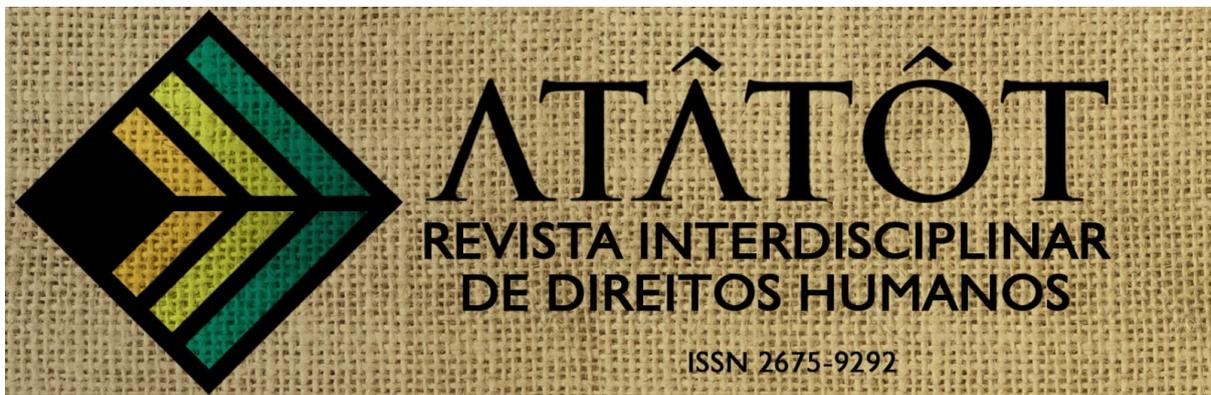
CUNHA, Luis Emmanuel Barbosa da. **Tribunal Penal Internacional: a constituição de uma instituição supranacional e permanente para processar e para julgar crimes tipificados em acordos internacionais**. 2007. (Direito Internacional Público) Recife: Dissertação de Mestrado – UFPE, 2007.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalhete. 30ª edição. Petrópolis: Vozes, 2005.

PEREIRA, Deborah M. Duprat de Britto. O Estado pluriétnico. In: BARROSO-HOFFMANN, Maria; LIMA, Antonio Carlos de Souza. (Orgs.). **Além da tutela: bases para uma nova política indigenista III**. Rio de Janeiro: LACED, 2002.

QUIJANO, Anibal. *Colonialidad del Poder e Clasificación Social*. In: CASTRO-GOMEZ, Santiago; GROSGOUEL, Ramón. *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos y Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2007.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade Humana e Moralidade Democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.



RIPOLLÉS, Antonio Quintano. *Tratado de derecho penal internacional y internacional penal*. Madrid: Consello Superior de Investigaciones Cientificas, 1955.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito**. 3ª edição. São Paulo: Editora Alfa Ômega, 2001.

YRIGOEN FAJARDO, Raquel Z. *El pluralismo jurídico en al historia constitucional latino americana: de la sujeción a la descolonización*. Seminário pluralismo jurídico e multiculturalismo. Brasília: ESMUPE, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *En torno de la cuestión penal*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2005.



Por uma Abordagem Interdisciplinar do Contrato Social Moderno Políticas Fiscais, Desigualdades Raciais e os Direitos Humanos

For an Interdisciplinary Approach to the Modern Social Contract Tax Policies, Racial Inequalities and Human Rights

Flavio Batista do Nascimento

(Professor da Faculdade Sensu, Mestre e Doutorando em Direitos Humanos/PPGIDH-UFG, Brasil)

E-mail: flavio.bdn@gmail.com

Philippe Anatole Gonçalves Tolentino

(Professor de Direito da Faculdade Sensu, Mestre em Direitos Humanos/PPGIDH-UFG, Brasil)

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-5227-6680> / E-mail: philipe43@gmail.com

Resumo

O presente artigo pretende identificar como raça e as políticas fiscais tangenciam o aspecto da materialização dos direitos humanos e das desigualdades raciais no contrato social moderno. Para isso utilizará da interdisciplinaridade do campo de estudo da nova sociologia fiscal, a qual sugere que são as políticas fiscais dotam o aparato estatal de recursos, definem como estes serão gastos e distribuem seu ônus para todo o conjunto da sociedade. É por meio do imposto que se expressa e mantém o compromisso entre os contribuintes e o fisco, em última instância, entre os indivíduos e o Estado. Sem imposto não há propriedade e muito menos representação. Contudo, só essa abordagem não é suficiente, assim lançamos mão da categoria da raça e sua dimensão política, econômica nas relações de poder e da produção da subjetividade, que aponta a emergência do racismo como fenômeno processual e histórico. Não é produto do comportamento dos indivíduos, na verdade, sua dinâmica produz os indivíduos, e suas subjetividades são atravessadas pelas condições raciais. De tal sorte que sistema tributário não pode ser neutro quanto às dimensões políticas das desigualdades raciais. Como acontecimento moderno, os direitos humanos não passa incólume diante das transformações no seio das definições orçamentárias e das desigualdades raciais, ao contrário, sua emergência só é possível dado às condições socioeconômicas deste processo.

Palavras-chave: Racismo; Sociologia; Política; Fiscal.

Abstract

This article intends to identify how race and fiscal policies affect the aspect of the materialization of human rights and racial inequalities in the modern social contract. For this, it will use the interdisciplinarity of the field of study of the new fiscal sociology, which suggests that fiscal policies provide the state apparatus with resources, define how these will be spent and distribute their burden to the whole of society. It is through the tax that the commitment between taxpayers and the tax authorities is expressed and maintained, in the last instance, between individuals and the State. Without tax there is no property and much less representation. However, this approach alone is not enough, so we make use of the category of race and its political, economic dimension in power relations and the production of subjectivity, which points to the emergence of racism as a procedural and historical phenomenon. It is not a product of the behavior of individuals, in fact, its dynamics produce individuals, and their subjectivities are crossed by racial conditions. In such a way that the tax system cannot be neutral as to the political dimensions of racial inequalities. As a modern event, human rights will not remain unscathed in the face of changes that have taken place within budget definitions and racial inequalities, on the contrary, their emergence is only possible given the socioeconomic conditions of this process.

Keywords: Racism; Sociology; Policy; Tax.

Recebido em: 20/04/2021

1. Introdução

O aspecto interdisciplinar da sociologia fiscal e estudos críticos da raça podem jogar luz sobre o espectro da materialização dos direitos humanos e as desigualdades raciais. Para além das particularidades teóricas dos direitos humanos, do Estado e dos estudos críticos a respeito da raça, as finanças públicas podem ser o fio narrativo de suas relações. No intuito de analisar a relação entre direitos humanos, Estado e dilemas raciais, percorremos o itinerário teórico a respeito do campo interdisciplinar conhecido como nova sociologia fiscal. Apesar de suas análises, ainda situarem no norte global, mais precisamente nos Estados Unidos, sua capacidade de romper fronteiras teóricas podem ser úteis para compreender as desigualdades que ainda nos afligem. Na tentativa de investigarmos essa lacuna foi imperativo trilhar os caminhos tortuosos da raça ao explorar as dificuldades das teorias ocidentais de explicar o mundo contemporâneo.

Para tanto, na primeira parte do artigo, apresentamos o esforço do campo investigativo da nova sociologia fiscal e como sua abordagem das políticas fiscais moldam as relações sociais, e como pode ser ponto de partida para compreender as questões da modernidade. Na segunda parte, exploramos raça como categoria primária da modernidade, o estado, a sexualidade, as relações de trabalho e a produção da subjetividade são afetados por ela. Na medida em que a raça está enraizada no movimento da sociedade capitalista, sua tecnologia se expressa objetiva e subjetivamente.

Na terceira parte, a constituição e a configuração dos Estados modernos e a formulação de direitos, passam pelas operações fiscais e os conflitos distributivos inerentes à montagem do aparato fiscal. Aqueles que puderam resistir a esta cobrança ou modificá-la, foram forjando uma compreensão de si como cidadão, ao passo que configuravam os mecanismos sociais que garantiam determinados privilégios e o próprio poder limitou-se aos detentores da propriedade que tivessem a possibilidade de gerar recursos.

2. Sociologia Fiscal: Do Silenciamento ao Renascimento

Rudolph Goldscheid e Joseph A. Schumpeter foram os primeiros a traçarem estudos preocupados com as políticas fiscais. Os dois autores austríacos foram os pioneiros de uma perspectiva relevante para a compreensão das sociedades modernas, o papel das finanças públicas e seus efeitos na sociedade.



Coube à Goldscheid introduzir a possibilidade de compreender a história, a partir da sua dimensão fiscal, mas foi Schumpeter quem viu as finanças públicas como uma chave importante para investigar vários aspectos da sociedade.

Essa abordagem influenciou decisivamente os estudos sociológicos nas finanças públicas, estavam lançadas as bases de um campo de estudo que passa pela redescoberta da tributação na atualidade; a sociologia fiscal. Suas investigações se atêm a relação entre tributação, estado e sociedade. Nessa perspectiva o imposto não se limita ao seu aspecto econômico, é tratado como fenômeno político e tem papel importante na construção na sociedade. Foi o impacto da primeira guerra mundial nas finanças públicas e suas consequências sociais e econômicas que chamou atenção dos autores austríacos para o que chamaram de ‘Estado Tributário’.

Quando as luzes da Europa se apagaram com a Primeira Guerra Mundial, Goldscheid (1917) e Schumpeter (1918), considerados “fundadores”¹ da sociologia fiscal, investigaram a crise do modelo tributário do estado e os impactos nas finanças públicas. Sua abordagem resgatou a importância dos impostos como recursos centrais para formação do estado na Europa Ocidental, seu desenvolvimento foi organizado a partir da necessidade de custear suas atividades.

Com efeito, foi elaborada toda uma burocracia para definir suas despesas e receitas, as quais seriam produzidas a partir da arrecadação de determinados impostos cobrados do conjunto da sociedade. Essa possibilidade de definir os mecanismos de tributação seria a principal característica do estado moderno, a sua capacidade de decidir o esqueleto tributário.

Essa definição estava amparada na longa trajetória da formação dos estados modernos nacionais na Europa, a estrutura tributária do estado apareceu com função financeira para equilibrar suas despesas e receitas, ao longo de tempo foi construindo o seu caráter “intervencionista” e inserindo-se em todas as camadas do tecido social².

Estava lançado uma questão inquietante, completamente diferente das investigações clássicas em ciências sociais; compreender as relações de tributação, seu impacto nas finanças públicas e seus efeitos no conjunto da sociedade. A proposta de Goldscheid e Schumpeter foram feitas no calor das mudanças ocorridas no início do agitado século XX, envolto em duas grandes guerras, convivendo com a emergência dos Bolcheviques, a crise econômica de 1929, Hitler e o *New Deal*, parecia ter outras preocupações³.

Com efeito, essa agenda de pesquisa não chegou a se institucionalizar, nem mesmo ganhou aspectos de subdisciplina no currículo das ciências sociais. A departamentalização das ciências sociais também incorreu em dificuldades para a sociologia fiscal. Esse fenômeno não

1 Ver em: Leroy, Marc. Tax Sociology. Socio Political Issues for a Dialogue with Economists », *Socio-logos* [En ligne], 3 | 2008, mis en ligne le 21 février 2016, consulté le 03 mai 2019. url: <http://journals.openedition.org/socio-logos/2073>. p.2.

2 Ibidem, 2008, p.10.

3 Para um debate mais profundo sobre estes momentos cruciais, em relação à revolução Russa e os Bolcheviques ver: Segrillo, Angelo. *Historiografia da revolução russa: antigas e novas abordagens* em Projeto História nº 41. 64 Dezembro de 2010. No que diz respeito à crise de 1929 ver: Rauchway, Eric. *The Great Depression & the New Deal A Very Short Introduction*. Oxford University, 2008. Em relação à época nazista e a ascensão de Hitler ver: EVANS, Richard J. *A chegada do terceiro reich*. Editora Planeta do Brasil, 13 de fev. de 2013.



se restringiu às ciências sociais, é na verdade uma resposta à necessidade de aplicação prática das teorias com o objetivo de solucionar problemas vividos pela sociedade.

A extrema compartimentalização resultou no distanciamento entre as diferentes áreas do conhecimento e reduziu a capacidade multidisciplinar de análise⁴. Os efeitos desse processo se fizeram sentir quando a primazia da perspectiva econômica se sobrepôs às condições sociológicas. A sociologia fiscal, desenvolvida na Itália, é um bom exemplo quando se limitaram ao aspecto econômico do fenômeno fiscal; é certo que havia atenção à formação do poder político, mas inspirados por Pareto estavam preocupados com o equilíbrio social⁵.

Há quem afirme que essa necessidade de análise a partir do prisma fiscal não era necessária com o desenvolvimento das pesquisas econômicas e sua preocupação com as finanças públicas. Já no século XVIII, a economia era ensinada no velho mundo no contexto das ciências camérgicas, que, por sua vez, relacionavam o pensamento econômico e uma ampla abordagem de política social com o estado e suas instituições.

O objetivo era construir as condições econômicas e institucionais para desenvolver a riqueza das nações. Foi o rápido crescimento das ciências sociais no século XX e a compartimentalização dessas perspectivas que resultaram no distanciamento do aspecto social e cultural das análises de finanças públicas⁶. Neste cenário o apelo feito por Goldscheid e Schumpeter foi silenciando.

De acordo com Martin, Mehrotra e Prasad (2009), a agenda da sociologia fiscal, durante a maior parte do século XX, centrou suas preocupações na parte sintomática das políticas fiscais e funcionou como mera evidência útil para medir variados fenômenos modernos. Quando o consenso do pós guerra, em torno das ideias Keynesianas, se materializou no Estado forte e sua intervenção em todas as dimensões da vida social, as políticas fiscais foram aceitas sem muitas objeções (LEROY, 2010).

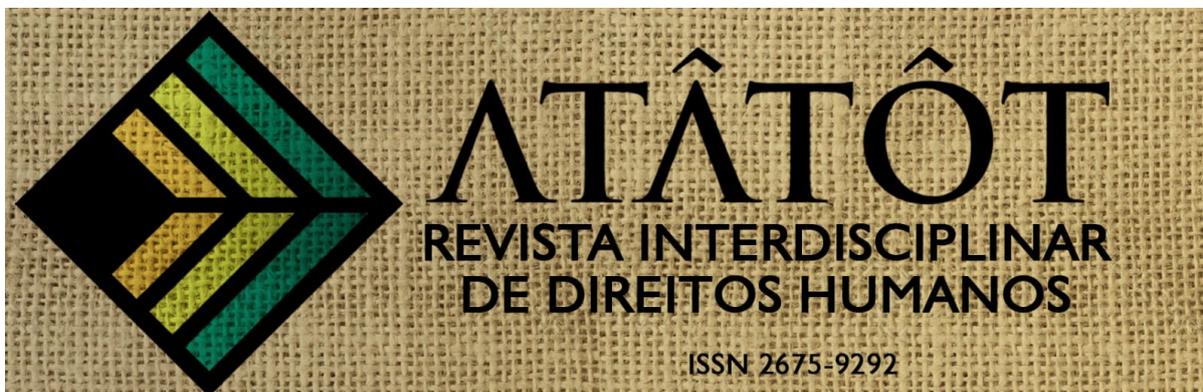
No âmbito acadêmico a sociologia fiscal perde espaço para as investigações preocupadas com o comportamento do contribuinte diante do aumento dos impostos. As políticas de tributação eram encaradas como mera regulação da capacidade de investimento do Estado e sua dimensão política foi deixada de lado. O silêncio sobre os impactos das políticas fiscais se rompeu completamente nos anos 1970 diante da crise do Welfare State e os choques do petróleo.

As perturbações econômicas com altas taxas de inflação, a crescente dívida pública, baixa taxa de crescimento, a dificuldade cada vez mais crescente do financiamento do Estado reacenderam as inquietações com o papel das políticas de tributação. O estado intervencionista

4 In: Marcellino, Nelson Carvalho. *Departamentalização e Unidade das Ciências Sociais*; p.101-108. In: Marcellino, Nelson Carvalho (org). *Introdução Às Ciências Sociais*. 15 ed. Campinas, São Paulo: Editora Papirus; 2006, p. 128.

5 Foi Pareto que abriu caminho para a fiscalidade na Itália, suas investigações asseveraram que ciência financeira é resultado de uma ação não racional à serviço de uma elite dominante, nesse sentido, sua teoria das elites é inseparável de uma perspectiva econômica. In: McClure, Michael. *The Paretian school and Italian fiscal sociology*. Palgrave Macmillan, 2007.

6 Ver in: Backhaus J.G. *Fiscal Sociology: What For?* 2005. In: Backhaus J.G., Wagner R.E. (eds) *Handbook of Public Finance*. Springer, Boston, MA. p.521-523.



e planejado era criticado e a sua forma de atuação com o manejo das políticas fiscais era visto como irresponsável, e tratado como causa da recessão.

Emergia nesse contexto a proposta ‘neoliberal’, com a diminuição da presença do estado, limitado às atividades de política fiscal e monetária para gerar um ambiente confiável e por meio de uma reforma institucional profunda, incentivar os agentes econômicos. Havia ambiente propício para repensar a função das políticas tributárias, em outras palavras, “reduções de impostos sobre os rendimentos mais altos e sobre as rendas”⁷.

É neste cenário que muitos pesquisadores renovaram seu interesse pela tributação e seus impactos. As mudanças pelas quais passavam as finanças públicas não se limitou às ciências sociais, tanto na economia, preocupados com as constantes mudanças nos ramos industriais (GRANOVETTER, 1985), quanto historiadores preocupados com a maneira com que os recursos são distribuídos em determinada sociedade, sua estrutura de governo e a configuração de determinado regime político (TILLY, 1984 e 2009).

A sociologia fiscal renasce como campo de estudo multidisciplinar, que se debruça sobre os aspectos da tributação, sua dimensão social, cultural, política e cultural. Ainda não chegou a se institucionalizar, e mesmo alguns estudos empreendidos a partir da abordagem do prisma fiscal não reivindicam essa denominação. Esse retorno das preocupações quanto às políticas fiscais, permitiu o surgimento de uma série de estudos em outras áreas, que utilizaram dessa premissa para aprofundar as análises de várias questões da modernidade que ainda nos afligem.

É justamente a miríade de estudos empreendidos a partir dessa preocupação que Martin, Mehrotra e Prasad (2009) acreditam firmar bases para um campo de investigação, no qual as relações de tributação estão no centro do processo histórico, esta nova possibilidade de agenda de pesquisa recebeu o seguinte nome: nova sociologia fiscal. O que há de atual nesse novo campo de investigação é sua capacidade teórica e metodológica para mensurar os desdobramentos sociais para além dos sintomas e implicações conjunturais, em outras palavras, não é apenas os sintomas que interessam, mas também as causas.

É assim que o imposto como uma expressão da tributação, figura não na forma de uma simples taxa ou troca por algo particular, ao contrário, ele é uma incumbência estipulada pela máquina pública, que conta com a participação de determinadas forças sociais as quais expressam seus interesses a partir da engrenagem das finanças públicas, utilizando os impostos e incumbindo a máquina estatal de força para impor um determinado projeto político⁸.

Segundo, Martin, Mehrotra e Prasad (2009) a tributação ainda pode estabelecer uma ampla relação entre o indivíduo e o governo, por meio deste último com o Estado e ainda determina uma relação dinâmica entre o sujeito e o aparelho estatal, na qual sempre existirá um potencial conflitivo. Como recursos que podem ser trocados pelo Estado, a percepção que

7 In: Anderson, Perry. *Balanco do neoliberalismo*. In: Sader, E., Gentili, P. Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998. p.10-11.

8 Ibidem, 2009. p.3 Tradução livre.



os impostos retornam para a sociedade em forma de serviços públicos, a tributação tem longo alcance e impacta diretamente o tecido social.

Todavia, dado a fragmentação dos estudos sobre finanças públicas e a departamentalização da ciência, os pesquisadores foram atraídos apenas pelo aspecto reflexivo da tributação, assim, durante boa parte do século XX as investigações estiveram limitadas aos aspectos dos sintomas. Na esteira da potencialidade dos estudos da fiscalidade, a política fiscal tem se transformado numa das formas mais importantes de determinar propriedade, quer seja na mensuração dos lucros empresariais, quer seja nas aquisições individuais das pessoas, as duas razões explicam bem a aquisição de patrimônio.

A tributação segue sendo ponto central não apenas da sobrevivência do Estado, bem como a maneira pela qual o capitalismo tem se sustentando e enfrentando as crises cíclicas⁹. Outra dimensão importante que interessa os estudos de fiscalidade é o impacto dessas políticas para além do mero gasto, mas também a influência que a arrecadação afeta as diferentes esferas da vida em sociedade. É este cenário que tem animado o interesse sobre a fiscalidade e suas influências nas instituições, na construção do Estado, na vida social do indivíduo e constitui tema de avanços consideráveis sobre como o tecido social é transformado pela realização das políticas fiscais na sociedade moderna¹⁰. É por meio do imposto que admitimos política e formalmente nossas obrigações, com a máquina pública e com a comunidade.

A nova sociologia fiscal contém um bom roteiro para desvendar o caminho tortuoso da construção estatal, mas só essa abordagem não é suficiente. Como acontecimento moderno, a proclamação de direitos não passou incólume diante dos conflitos distributivos, ao contrário, sua emergência só é possível dado às condições socioeconômicas deste processo. Contudo, a fiscalidade é apenas uma dimensão da constituição do Estado, é necessário lançar mão de uma outra categoria, a raça, para captar o fenômeno moderno e suas implicações nas desigualdades que nos afligem.

3. A Raça como Categoria Primária da Modernidade

9 Neste cenário os Estados têm optado por diminuir as despesas e mantendo o equilíbrio nas contas públicas e garantir ambiente propício para o crescimento econômico, através das mudanças legislativas o que nas palavras de Blyth será entendida como “austeridade”. In: Blyth, Mark. *Austerity: the history of a dangerous idea*. New York: Oxford University Press, 2013. p. 22., Cf. Para Streeck & Schäfer (2013) o atual momento de crise diminui a margem de manobra do Estado e amarra qualquer projeto político eleitoral, e ameaça à democracia. Ver in: Schäfer, Armin & Streeck, Wolfgang. *Introduction: Politics in age of Austerity*. In: Schäfer, Armin & Streeck, Wolfgang (Org.). *Politics in the age of austerity*. Cambridge: Polity Press, 2013. p. 1, Cf. Estaríamos diante de uma crise no regime democrático, o processo de escolha eleitoral estaria limitado à sua forma, o seu conteúdo decisório estaria longe da eleição, as definições orçamentárias fugiram ao controle dos eleitores. Ver in: Crouch, Colin. *Post-Democracy*. Cambridge: Polity press, 2004. p. 14.

10 Para Mccaffery (2009) as políticas fiscais afetam uma série de dimensões da vida, não se restringem só a determinações de pagar ou não impostos, os preconceitos e o considerado “normal” também se expressam na construção do aparato fiscal de um estado. Ver in: Mccaffery, Edward. *Where's the Sex in Fiscal Sociology?: Taxation and Gender in Comparative Perspective*. In: Martin, Isaac; Mehrotra, Ajay; Prasad, Monica (eds). *The New Fiscal Sociology: Taxation in Comparative and Historical Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 261-236, Cf. Já Della Porta (2015), observa a fiscalidade como crise de legitimidade caracterizada por uma queda da confiança nas instituições democráticas e, podem levar à uma tendência para a rebelião ou para a passividade dos povos, esta última, resultado da sensação de que a participação não será capaz de provocar mudanças efetivas. Ver in: Della Porta, Donatella. *Social movements in times of austerity: bringing capitalism back into protest analysis*. Cambridge: Polity press, 2015.



A emergência da cidadania foi delineada pelas lentes europeias, o resultado foi o pretenso universalismo que figura nos vários documentos morais e políticos que marcam a modernidade. Tal universalismo foi consolidado como fruto das tradições religiosas monoteístas que influenciaram o imaginário europeu, além de garantir legitimidade ideológica para a configuração de uma economia mundial capitalista. É com base nessa concepção que o pensamento ilustrado admitiu a igualdade moral e dos direitos humanos relacionados à natureza humana¹¹.

Quando a revolução haitiana e a magnitude de seu projeto, sua reivindicação de liberdade e igualdade universais -bases fundamentais da Revolução Francesa- afirmou que a tirania a liberdade não seria tolerada e por isso o poder foi tomado¹². Os sonhos revolucionários dos Haitianos evidenciou os limites do projeto liberal-iluminista; nem todos os homens eram iguais e alguns não eram reconhecidos como seres humanos.¹³ Esse é o contexto que a raça emerge como categoria basilar na aparente contradição; universalismo da razão e o colonialismo. A classificação dos seres humanos não se restringiu aos aspectos filosóficos da diferença, mas como tecnologia europeia da dominação no espaço não-europeus¹⁴.

Nesse sentido, a raça pode ser analisada como categoria primária da modernidade, sentido da relação de poder assimétrico entre os europeus e os indígenas, com significados socio-históricos que se altera ao longo do tempo (Quijano, 1992, 1998, 2000, 2005; Wallerstein; 1992; Mills, 1997; Mbembe, 2018; Almeida, 2019; Fanon, 2008; Mignolo, 2007; Goldberg, 2000). A partir dela garante-se legitimidade para a hierarquização e violência, bem como o controle dos corpos e a exploração do trabalho¹⁵. É sobre os escombros do que resultou desse encontro violento entre conquistados e conquistadores que florescerá uma nova dinâmica de controle e classificação social; “com a formação da América se estabelece uma categoria mental nova, a ideia de raça”¹⁶. Com efeito, a própria delimitação de quem será o sujeito, aquele que terá acesso aos mecanismos do funcionamento dessa formação social, consequentemente, tem como referencial a raça na sua delimitação.

Esse é o pano de fundo que produziu o racismo científico; o homem como objeto científico podia ser compreendido pelas características biológicas e climáticas, a raça estava, portanto, subjacente às diferenças morais e psicológicas. Desse modo, a relação entre a tecnologia racial e o colonialismo produziu o racismo moderno, mesmo com o advento do fim

11 Balibar, Etienne; Wallerstein, Immanuel. *Race, Class and Nation: ambiguous identity*. Londres, Reino Unido: Verso, 2010. p. 29-31.

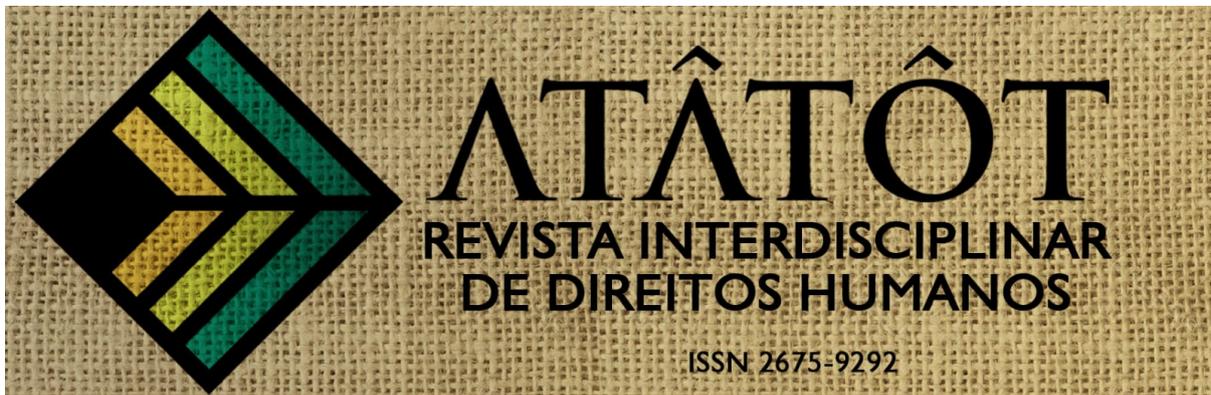
12 Sobre a Revolução Haitiana ver: JAMES, C. R. L. Os jacobinos negros. São Paulo: Boitempo, 2000

13 LOSURDO, Domenico. *Contra-história do liberalismo*. São Paulo: Ideias & Letras, 2006; colocar aquela referência sobre o Haiti

14 DUSSEL, Enrique. 1492 O Encobrimento do Outro (A origem do “mito da modernidade”) trad. Jaime A. Clasen. Editora vozes, Petrópolis, RJ, Brasil, 199; QUIJANO, Aníbal. WALLERSTEIN, Immanuel (1992). Americanity as a Concept or the Americas in the Modern World-System, *International Social Science Journal*, 134, November, UNESCO/ERES.

15 Quijano, Aníbal. *Colonialidade do poder, Eurocentrismo e América Latina*. in: A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Edgardo Lander (org). Colección Sur Sur, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. setembro 2005. p. 117-129

16 Idem. *Raza*; ‘*Emia*’ y ‘*Nación*’ en *Mariátegui: Cuestiones Abiertas*. in: Quijano, Aníbal. *Cuestiones y horizontes*. Antología esencial, De la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder., Buenos Aires, CLACSO, 2014, p 758.



da escravidão como regime, a opressão colonial se manteve respalda na defesa ideológica da suposta inferioridade natural capineada pela teorias biológicas e de raça pseudocientífica¹⁷.

Historicamente, a raça tem operado em duas dimensões que se complementam e interlaçam no mundo social; como característica biológica e étnico-cultural¹⁸. Apesar do esforço da antropologia, no século XX, de demonstrar que não existe nada no mundo social que corresponda aos ditames da raça, eventos como o Apartheid e o genocídio nazista explicitam o uso da raça como elemento político para naturalizar desigualdades, segregação e genocídio.¹⁹

A política “como um projeto de autonomia e a realização de um acordo de em uma coletividade”²⁰, tem no contrato social a expressão do seu acordo, fundamentado moral e epistemologicamente baseado na universalidade em trono da raça branca como critério de pertencimento e normalidade, consquentemente, aqueles que fogem a tal crivo estão excluídos²¹. Tal acordo forjado a partir das contribuições teóricas sobre a dimensão política, filosófica e moral nas obras de Hobbes, Rousseau e Kant, os quais tratavam do universo das relações brancas²².

A raça não aparece na análise das tradições liberais por ser “convencional” tratar de um mundo sem ela, também, implica em não tratar dos privilégios que o sistema político construiu para os brancos²³. Caso os liberais realmente se atentassem para o fenômeno da raça, não poderiam limitar-se às contradições desse processo histórico, mas, ao mesmo tempo, considerar os aspectos que moldaram sua “matriz conceitual convencional”²⁴. Com efeito, a defesa da escravidão como uma expressão da liberdade do indivíduo, os limites censitários para a democracia, a luta contra o sufrágio universal, a consolidação de uma teoria da superioridade da raça ariana deveria ser atenuada na história do liberalismo²⁵. Como relação social, o racismo se expressa como tecnologia de poder e se reproduz sistematicamente nas engrenagens da sociedade contemporânea capitalista.

A lógica da reprodução do capitalismo deu às condições de ser homem, ser mulher e ser negro, expressões vinculadas à divisão social do trabalho, às implicações e peculiaridades de gênero e às mazelas do racismo²⁶. Todo esse arranjo formatou a condição e a realização desses sujeitos no interior da sociabilidade capitalista²⁷ que determinou as formas e o

17 WOOD, Ellen Meiksins. *Democracia contra o capitalismo: a renovação do materialismo histórico*. Tradução: Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2011, p. 230.

18 Almeida, Sílvio Luiz de. *O que é racismo estrutural?* São Paulo: Sueli Carneiro. Pólen, 2019. (Feminismos Plurais/Coordenação de Djamilia Ribeiro), p.21-22.

19 Idem, p. 22

20 MBEMBE, Achille. *Necropolítica*. São Paulo, 2018, p. 9.

21 Mills, Charles. *The Racial Contract*. Nova York: Cornell University, 1997

22 Mills, Charles W. *The Racial Contract*. Nova York, Cornell University Press.p. 41-91.

23 Ibidem, 1997, p. 122.

24 Ibidem, 1997, p. 123.

25 Losurdo, Domenico. *Contra-história do liberalismo*. São Paulo, Ideias e Letras, 2006.

26 Balibar, Etienne; Wallerstein, Immanuel. *Race, Class and Nation: ambiguous identity*. Londres, Reino Unido: Verso, 2010, p. 4.

27 A sociabilidade capitalista educa para o trabalho e para a vida, o trabalhador não se integra exclusivamente à função do mundo da produção como mero executor, também, sua própria identidade estará suscetível à estas relações. In: Marx, Karl. *O Capital: crítica da economia política*. São Paulo: Boitempo, 2013. Livro. 1. p. 577-586.



funcionamento das instituições e impactou a construção do imaginário dos indivíduos além de influenciar o cotidiano, no qual a práxis racista se expressa²⁸.

Nesse sentido, o racismo é um fenômeno processual e histórico, não é produto do comportamento dos indivíduos, ao contrário, sua dinâmica produz os indivíduos e suas subjetividades são atravessadas por esse mecanismo. A literatura que analisa o Estado sobre o prisma da ética limitam-se aos aspectos institucionais ou jurídicos do fenômeno estatal, não captam os detalhes da relação entre raça e política. Com efeito, tais elaborações teóricas não conseguem explicar a segregação racial nos EUA, a experiência da Alemanha Nazista, o Apartheid na África do Sul e a persistência do racismo em lugares que a legislação condena suas práticas, como no Brasil²⁹.

O Estado não pode ser compreendido somente como resultado do contrato social, vontade expressa em termos democrático ou o meramente a ferramenta de excelência da opressão de classe. Tais definições não captam a materialidade do Estado, pois esta se expressa como um complexo de relações sociais indissociável do próprio movimento da economia³⁰. Compreender o Estado a partir das relações de força e suas especificidades do poder, significa, levar em conta o aparato social para além do seu complexo normativo; antes de sua produção há uma disputa em torno de seu conteúdo.

No capitalismo o Estado garante a manutenção da ordem, a igualdade formais e da liberdade, protege propriedade privada e assegura o cumprimento dos contratos³¹, e o poder já não é exercido diretamente pelos grandes proprietários ou por membros exclusivos de uma determinada classe, mas mediado pelo Estado³². Esta capacidade de estar supostamente acima da sociedade lhe confere dimensão de organizador do bom funcionamento das diferentes redes do tecido social.

Com efeito, o colonialismo, o regime escravocrata, nem capitalismo ou mesmo a Alemanha Nazista e o Apartheid sul-africano, poderiam ter existido sem o desenho do Estado e suas instituições. A construção de tal aparato não seria possível sem o direito, categorizando, classificando e moldando as identidades nacionais por meio das legislações sobre cidadania. Por muito tempo houve um silêncio acerca da relação entre a história do estado e as questões

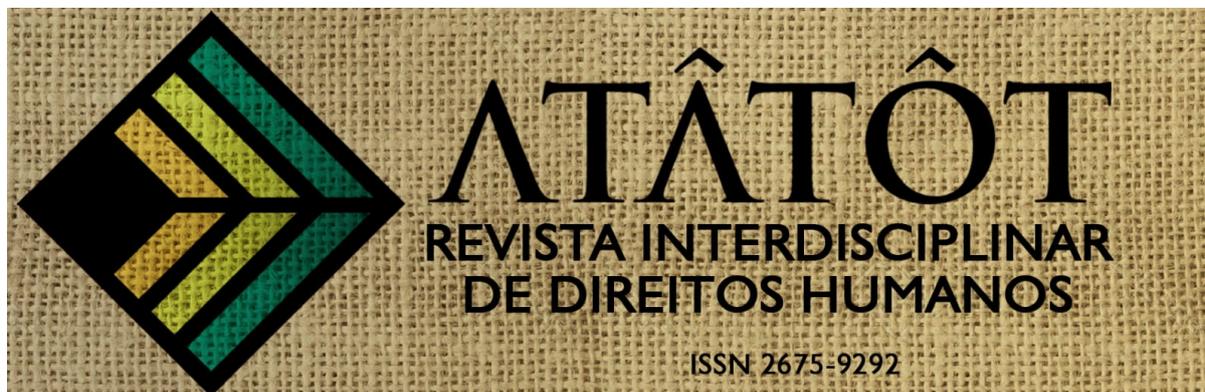
28 Almeida, Sílvio Luiz de. *O que é racismo estrutural?* São Paulo: Sueli Carneiro. Pólen, 2019. (Feminismos Plurais/Coordenação de Djamilia Ribeiro). p.172-176.

29 Almeida, Sílvio Luiz de. *O que é racismo estrutural?* São Paulo: Sueli Carneiro. Pólen, 2019. (Feminismos Plurais/Coordenação de Djamilia Ribeiro). p.57

30 Para Joachim Hirsch o Estado é “condensação material de uma relação social de força”. In: HIRSCH, Joachim. *Teoria materialista do Estado*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 37.

31 Idem, p.61-70

32 Offe (1972) salienta que o Estado é mediador dos interesses das elites, identificando mecanismos que permitem a perpetuação de seus interesses, dividindo-os em pelos menos quatro níveis, a saber: 1) nível da estrutura; 2) nível da ideologia; 3) nível processual ou processo e; 4) nível repressivo ou repressão. Nesse sentido, as ações estatais mediam os interesses conflitantes em uma dada sociedade, ao mesmo tempo que cria mecanismos que impedem ocorrências anti-sistêmicas. A síntese desses conflitos seria, portanto, codificado como norma (legislação) e garantido pelo aparato burocrático e repressivo do estado, criando assim as condições para que as relações entre os cidadãos se desenvolvam de acordo com os interesses prevalentes nessa mediação. In: Offe, Claus. *Dominação de classes e o sistema político – sobre a seletividade das instituições políticas*. In: Problemas estruturais do Estado capitalista. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1972, p. 140-177.



raciais, consequentemente, as pesquisas sobre as dimensões culturais da raça e do racismo evitaram tratar o tema³³.

As condições socio-políticas e ideológicas para o funcionamento dos regimes utilizaram o racismo como tecnologia de poder e a raça como referência do seu conteúdo social, assim, o Estado Moderno só encontrou duas opções para materializar suas funções: Estado racista ou Estado racial³⁴. A diferença reside na operatividade da norma, o primeiro fixa os racialmente concebidos como pré-modernos e naturalmente incapazes de progresso; o segundo constitui a ilusão de uma suposta homogeneidade por meio do multiculturalismo e assimilação, assim os procedimentos de classificação social excluiu e inclui ao mesmo tempo os grupos e indivíduos racializados³⁵.

Apesar desse avanço fundamental, quanto à compreensão da raça no interior do funcionamento das sociedades modernas, da manutenção desse padrão de poder e do próprio exercício da soberania, por meio das técnicas atravessadas pelo racismo, a questão, a saber, é como o exercício do racismo se sustenta. Embora o Estado seja o lugar onde os mecanismos estruturais relacionam a raça à experiência cotidiana, afirmar que todos os estados são raciais, não necessariamente, nos conduz à uma melhor análise da criação das desigualdades e identidades raciais³⁶, é preciso compreender quais são os mecanismos sociais racializados que atuam, quando do ponto de vista normativo, as dimensões de raça desapareceram.

4. A Interdisciplinaridade da Nova Sociologia Fiscal e os Direitos Humanos

A perspectiva analítica da sociologia fiscal pode nos oferecer uma nova abordagem da atuação das desigualdades raciais mesmo com os avanços do Estado democrático de direito, como essas iniquidades ainda persistem e qual é o mecanismo que permite essa engrenagem desigual se propagar. É com essa abordagem que queremos analisar como a emergência do Estado moderno está relacionada com o fenômeno da tributação, qual o papel que as políticas tiveram na configuração da estrutura estatal e na própria elaboração dos direitos fundamentais.

Nas raízes da sociologia fiscal poderemos encontrar as implicações das relações de tributação e o Estado moderno e as desigualdade raciais. Contudo, as análises do fenômeno da fiscalidade até aqui se concentram no norte global e no seu componente econômico. É este raciocínio que sintetiza Tavares (2017), ao adotar a premissa teórica da sociologia fiscal na tentativa de esclarecer um amplo conjunto de inquietações associadas ao contexto histórico contemporâneo, em particular no Brasil³⁷. Assim, seria possível observar duas lacunas na

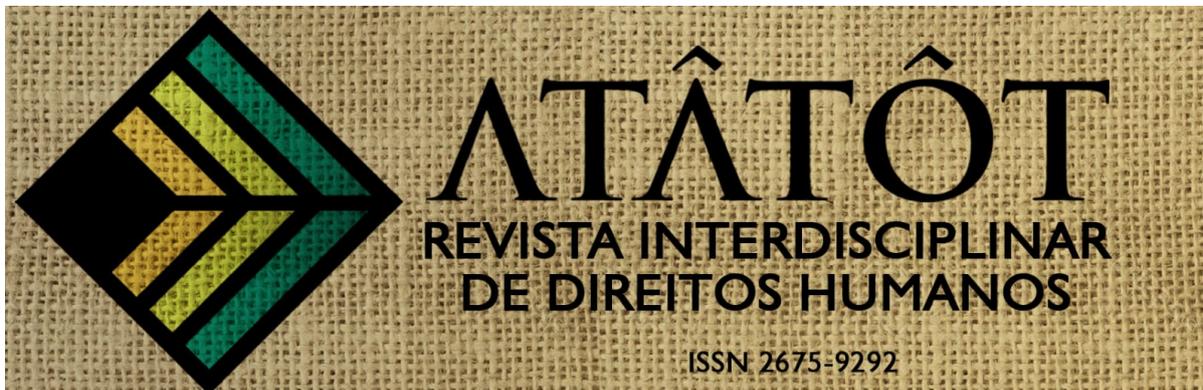
33 GOLDBERG, David Theo. *The Racial State*. Oxford: Blackwell, 2002. p. 2

34 Idem, p.98-132.

35 OMI, Michael; WINANT, Howard. *Racial Formation in the United States: From the 1960s to the 1990s*. Nova York: Routledge, 1995.

36 James Dr And Redding K. *Theories of race and the state*. In: Alford R, Hicks A and Schwartz MA (eds) *The Handbook of Political Sociology*. New York, NY: Cambridge University Press, 2005, pp.193-194.

37 Diante da nova configuração do regime fiscal no Brasil, cuja tramitação foi rápida, sua constitucionalidade pode ser questionada e sua duração ser longa – estão previstos vinte anos para a duração da arquitetura fiscal –. Tavares (2017) acredita que a partir deste caso é possível sugerir o potencial



esteira da emergência dos estudos de sociologia fiscal no século XXI: a) ausência dessa abordagem no sul global, b) os estudos sobre a política, a cultura e os conflitos sociais sobre o prisma fiscal ainda são tímidos.

Apesar do avanço importante que Miguel Angel Centeno apontou ao analisar a construção dos Estados latino-americanos, onde é possível notar que, ao contrário do que ocorrera na Europa, os conflitos militares não foram acompanhados por aumento da capacidade fiscal estatal. Com efeito, decidiu-se por aprofundar privilégios de determinados setores, em detrimento da sonegação para outros, como forma para garantir a estabilidade política; esses grupos controlavam boa parte da capacidade produtiva dos Estados latinos e estavam inseridos em boa parte dos postos chaves da administração estatal.

Os créditos que foram adquiridos via dívida da máquina pública eram, em boa parte, garantidos graças às articulações destes setores e sua presença comercial, esses fatores permitiram o financiamento das atividades estatais sem necessariamente ampliar a capacidade de arrecadação³⁸. A fiscalidade é um bom roteiro para desvendar o caminho tortuoso da construção estatal, mas só essa abordagem não é suficiente. Embora seja possível encontrar uma ampla agenda de pesquisa que relaciona desenvolvimento, tributação e orçamento nos países pobres, o eixo articulador ainda se concentra nas consequências econômicas.

As políticas fiscais tem função significativa no mundo contemporâneo, pois as finanças públicas podem ser um caminho para entender o funcionamento da sociedade e sua relação com Estado. A nova sociologia fiscal e seu aspecto multidisciplinar, ao debruçar-se sobre os aspectos da tributação do contrato social da modernidade, expõem a maneira como a instituição da democracia, a constituição dos direitos e a subjetividade dos sujeitos de direitos também são afetados pelas políticas fiscais. (MARTIN, MEHROTRA E PRASAD, 2009). Como acontecimento moderno, a proclamação dos direitos humanos não passou incólume diante das transformações ocorridas no seio das relações de produção, ao contrário, sua emergência só é possível dado às condições socioeconômicas deste processo.

Ao mesmo tempo que se apresenta como instrumento de consolidação de determinado grupo, na medida que fornece conteúdo axiológico para as normas que comparam uma série de mecanismos infraconstitucionais. Assim, é fundamental nos ater às metamorfoses provocadas pelas políticas fiscais, justamente pelo papel que a fiscalidade assume ao definir o contrato social coletivamente aceito. É nele que está inserido a relação entre o indivíduo e o estado, os conflitos dos diferentes grupos que compõe o tecido social, e as desigualdades que socialmente aceitamos. No mundo moderno, a tributação é o contrato social³⁹.

da sociologia fiscal no Brasil ao permitir uma conexão entre essa subdisciplina e as pesquisas de tipo público. A sociologia fiscal seria um campo de estudo capaz de elucidar as inquietações relacionadas às implicações sociais, culturais, políticas e econômicas do novo regime fiscal brasileiro. In: Tavares, F.M.M: *A nova sociologia fiscal: contribuições de um estudo de caso de tipo público para uma promissora subdisciplina na sociologia brasileira*. In: Revista Sociedade e Estado – Volume 34, Número 3, setembro/dezembro 2019.

38 Miguel Angel Centeno. *Blood and Debt: war and taxation in nineteenth-century Latin America*. American Journal of Sociology, v. 102, n. 06. The University of Chicago Press, 1997, p. 1565-1605

39 In: Martin, Isaac; Mehrotra, Ajay; Prasad, Monica; *The thunder of history: the origins and development of the new fiscal sociology*. In: MARTIN, Isaac; MEHROTRA, Ajay; PRASAD, Monica (eds). *The New Fiscal Sociology: Taxation in Comparative and Historical Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 17. tradução livre.



A análise das condições fiscais e da exigibilidade dos direitos conduzem e obrigam a uma visão muito mais ampla do bem público, tal raciocínio também encontra respaldo em Schumpeter, para quem as finanças públicas se constituem um dos melhores lugares para se iniciar uma investigação da sociedade. Nesse sentido, as dimensões de raça, deveres dos indivíduos frente a sociedade, a legitimidade dos Estados, a alocação de recursos públicos e privados, a reprodução de desigualdades de classe, raça e gênero – tudo isso passa pela questão da tributação⁴⁰.

Por esse ângulo, a fiscalidade foi fundamental para construir cidadania, o cidadão paga tributo e, como consequência, o Estado se democratiza e o binômio constitutivo do liberalismo democrático composto por direitos fundamentais e democracia passa a girar metabolizado pela tributação (SCHUMPETER, 1917; ELIAS, 1930; GOLDSCHIED, 1958). Democracia e direitos humanos, a partir do contrato da modernidade, são tributários da dimensão fiscal do Estado.

A distribuição de recursos entre os membros de uma dada sociedade, promovida pelo Estado, ou mesmo a alocação da capacidade estatal em um sentido ou outro, nos sugere a atuação de grupos de interesse, mesmo que escamoteados pela técnica, sendo as políticas fiscais expressão e instrumento para ampliar e garantir seus direitos. Apesar da estrutura fiscal moldar o Estado, este, por sua vez, no contexto dos conflitos, aparecerá como mediador dos interesses contidos no seio da sociedade e as normas constitucionais serão a materialização dessa mediação⁴¹.

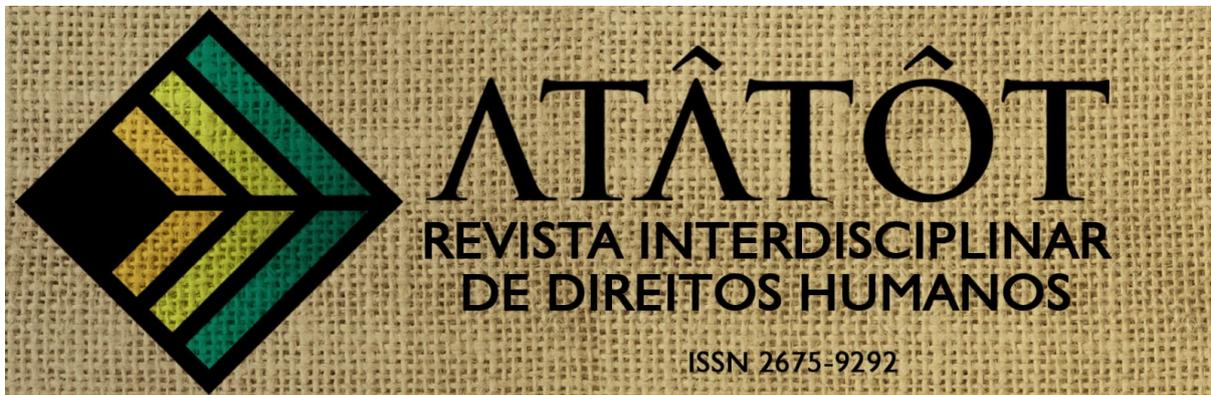
Ocorre que, o afastamento cada vez maior entre o formalismo constitucional e o efetivo gozo material dos direitos fundamentais, expressões positivadas dos direitos humanos, é o diagnóstico das debilidades enfrentadas na construção teórica e prática desses direitos (TERTO NETO, 2017, p. 215 – 252).

Por meio da leitura da tributação é possível descobrir quais são as forças sociais que ali atuaram, como atuaram e quais foram os ganhos e perdas dos atores sociais envolvidos direta e indiretamente na produção da estrutura orçamentária do Estado. Como a análise da fiscalidade ainda se restringe ao norte global e, como não captou outra dimensão da modernidade e sua expressão na América Latina, há poucos estudos sobre essa porção do planeta relacionadas às abordagens da nova sociologia fiscal.

O que não poderá ser resolvido simplesmente com a transposição desses conceitos, a afirmação da presença das políticas fiscais e da raça no cerne da consolidação estatal, significa dizer que esses fenômenos não se materializam de forma homogênea. Apesar da raça não se restringir à América Latina, em terras americanas, possui papel central na hierarquização social, no processo de escravidão e no desenvolvimento de um padrão de poder que acampanhou a formação dos Estados nacionais latino-americanos. A discussão sobre a

40 In: *The Thunder of History: The Origins and Development of the New Fiscal Sociology*. In: Martin, Isaac; Mehrotra, Ajay; Prasad, Monica (eds). *The New Fiscal Sociology: Taxation in Comparative and Historical Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 1.

41 In: Offe, Claus. *Dominação de classes e o sistema político – sobre a seletividade das instituições políticas*. In: *Problemas estruturais do Estado capitalista*. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1972, p. 140-177.



constituição da Estados modernos na América Latina passa, necessariamente, por uma crítica da realização da raça e de sua concepção.

Como as finanças públicas que definem os rumos do orçamento do Estado e suas formas de tributação não se encerram na arrecadação de fundos para os cofres públicos bem como, determinam quais são os compromissos sociais, ampliam a relação de pertencimento à comunidade política e moldam os mecanismos possíveis de exercício da cidadania. A abordagem das políticas fiscais exige uma compreensão interdisciplinar sobre o bem público e a aplicabilidade do direito.

A base do poder e da própria distribuição de riqueza está na capacidade de conceder proteção legal à sua propriedade, ao mesmo tempo, garantir o direito privado de utilizar a máquina pública⁴². Tal engrenagem requer definições dos objetivos estatais que passam pelas finanças públicas ao deliberar acerca das políticas fiscais de tributação e orçamento para financiar as ações do Estado. Assegurar propriedade exige arranjo institucional amplo para os contratos; proteção de marcas; regulação dos bancos; a coerção como mecanismo de proteção; a montagem de um aparato de justiça criminal; assegurar seu funcionamento com funcionários públicos; todo esse aparato custa dinheiro. Nesse sentido podemos afirmar: não há propriedade sem imposto. (Homes & Sunstein, 2000; Pistor, 2019; Tilly, 1999).

É o que Goldscheid elucida ao percorrer outra trajetória da história fiscal e as transformações que moldaram o Estado; de uma estrutura forte e rica na idade média para aos poucos perder força, propriedade, riqueza e seguir políticas econômicas com objetivo de fortalecer sua estrutura tributária para garantir o pagamento das dívidas que contraiu para assegurar seu funcionamento. Sua frase provocativa é uma síntese oportuna das possibilidades analíticas feitas a partir das lentes fiscais; “diga-me como e de onde você obtém sua receita, e eu lhe direi como deve ser suas despesas”, o contrário também se aplica, “diga-me como gasta seu dinheiro e lhe direi como deve ser sua a receita”⁴³. Sua abordagem está centrada na falta de fundamento sociológico para o problema das finanças públicas, isso seria reflexo da complexidade entre a relação dos gastos públicos e as condições sociais que a determinaram. As raízes da emergência do Estado estariam ligadas à sua necessidade de gerar receita para custear suas atividades, inclusive, aquelas ligadas à defesa de sua dimensão territorial. Quando o capitalismo emergiu em sua dinâmica financeira, apropriou-se da dimensão pública do Estado para ampliar o seu poder e os lucros, assim a capacidade estatal se exauriu.

Isso não se deu de forma automática, ao contrário, foi demasiadamente lento, e tal processo também está ligado à gênese dos direitos democráticos fundamentais. No momento em que os parlamentos⁴⁴ surgiram os proprietários adquiriram direito de controlar a tributação

42 Katharina Pistor. In: *The Code of Capital How the Law Creates Wealth and Inequality*. Princeton University Press, 2019.

43 In: Goldscheid, Rudolph. *A Sociological approach to problems of public finance*. In: MUSGRAVE, Richard; PEACOCK, Alan. *Classics in the Theory of Public Finance*. London: Macmillan, 1958, p. 202 tradução livre.

44 Charles Tilly na leitura do *Treatise of Civil Government* de Locke tem uma frase enfática que resume bem esse momento: sem tributação não é representação. Para Tilly (2009) Locke delimita a legitimidade da relação entre governantes e governados, em última instância, na propriedade e no consentimento dos governados. Para viabilizar esse vínculo foi necessário constituir uma legislatura (parlamento), este falaria em nome do povo, nesse caso, em nome dos proprietários. Tal conexão só foi possível dado a troca entre a proteção oferecida pelos governantes e os recursos



e, consequentemente, o orçamento público e a maneira pela qual se constituirá a cobrança dos impostos, ao controlar esses mecanismos eles adquirem as ferramentas necessárias para tomar o poder público da capacidade de definir as funções estatais⁴⁵.

A primeira vista as duas premissas parecem negar uma à outra, a tributação como produto da produção eurocêntrica que tem nos conflitos fiscais o cerne da emergência do Estado moderno, enquanto a segunda assevera que a constituição do Estado está centrado na raça, descoloca a compreensão eurocêntrica da própria modernidade. O problema aqui não se trata de uma interação direta entre o racismo e o sistema tributário, mas o cerne da questão encontra-se nas relações de poder.

De tal sorte que tais narrativas sobre Estado tensionam a produção do sujeito do direito; o sistema tributário não pode ser neutro diante dos efeitos políticos e históricos da raça, pois, pode favorecer a produção de desigualdades raciais. Ademais, o desenho da capacidade contributiva não pode limitar-se à critérios econômicos porque seus efeitos atravessam todo o tecido social. Apesar de ser central para a operação do Estado e na relação com seus cidadãos, o sistema tributário é um aspecto da consolidação da propriedade, da representação política, ou seja, o sistema tributário relaciona-se com outras determinantes da sociedade.

A raça no continente latinoamericano não só fundamentou as relações sociais ao produzir repressão sistemática das ideias, crenças, corpos, simbolismos e conhecimento, sobretudo moldou a imagem mistificada dos dominadores e até captou alguns dominados dentro dessa lógica de poder⁴⁶. Ela definiu as engrenagens de poder, da lógica do Estado, suas fronteiras, sua sociabilidade e as subjetividades dos sujeitos a partir dos mecanismos sociais da estrutura estatal.

A raça foi importante para os últimos 500 anos de história, não só por ser categoria primária para processos fundamentais da modernidade, como também foi central para o desenvolvimento de conceitos atrelados à identidade, à limitação das fronteiras e delimitar o sentimento de nacionalismo, reconfigurando o capitalismo e moldando os aspectos culturais⁴⁷. Analisar como os mecanismos de determinado Estado operam para construir desigualdades raciais pode fornecer melhores condições teóricas que abordam profundamente seu processo.⁴⁸

Embora exista consenso sobre a conexão entre raça e política, há ainda muito a ser feito para compreender a maneira como esses mecanismos funcionam afinal a construção da raça não é o único fator de construção de desigualdades⁴⁹. Como a política é fundamental para a

entregues pelos governados. In: Tilly, Charles *Foreword*. In: Martin, Isaac; Mehrotra, Ajay; Prasad, Monica (Eds). *The New Fiscal Sociology: Taxation In Comparative And Historical Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

45 Embora uma parte da literatura entenda a lógica da representação como uma condição de fraqueza do Estado, há estudos que demonstram o contrário; a representação surgiu onde o Estado já era forte. Antes de ser direito a possibilidade de representação era uma obrigação legal, tornou-se ao longo do tempo princípio norteador das instituições. In: Boucoyannis, Deborah. *No taxation of elites, no representation: State capacity and the origins of representation*. *Politics & Society*, v. 43, n. 03. 2015, pp. 303-332.

46 Quijano, Anibal. *Colonialidad y modernidad/razionalidad*. Perú Indígena, Lima, v.12, n.29, p.11-20, 1992.

47 Omi M and Winant H. in: *Racial formation in the United States*. New York, NY: Routledge, 2015.

48 JAMES DR and REDDING K. *Theories of race and the state*. In: Alford R, Hicks A and Schwartz MA (eds) *The Handbook of Political Sociology*. New York, NY: Cambridge University Press, 2005, pp.186.

49 *Ibidem*, 2015, p. 198.



formulação da raça⁵⁰, a leitura da própria consolidação do Estado e seu papel, via produção das políticas fiscais, do orçamento e da operação da raça a partir da utilização dela nos mecanismos das relações de poder, podem teoricamente mostrar a tensão dessa engrenagem na formulação da subjetividade do sujeito de direito.

A abordagem da produção das desigualdades e identidades raciais dentro de um Estado marcado pela produção da raça como fator determinante da sua construção, como o Brasil, pode fornecer capacidade analítica para compreender como, mesmo quando a era dos direitos civis apagaram o teor racial das leis, ainda assim, as iniquidades sociais têm afetado boa parte da população afrodescendentes.

Como a complexidade da estrutura tributária está carregada de sentido ideológico não escrito, fruto do imaginário forjado na raça como referência (Quijano, 2000; Mills, 1997, Mbembe, 2018, Almeida, 2019), tudo isso passa pelo funcionamento institucional do Estado (James; Redding, 2005). As estruturas mantiveram as lógicas racistas, não como uma mera continuidade da raça, mas porque passaram por outro mecanismo e se transformaram ao longo do tempo (Bloch, 1953). Portanto, é possível que tal engrenagem contribua com a desigualdade raciais e sociais, isso implica na própria materialização dos direitos humanos como produto histórico que não está incólume a tais relações.

O que há de universal no Estado é seu intenso conflito entre aqueles que possuem poder e riquezas e aos que resistem à extração de recursos. As mudanças na esfera das políticas fiscais não ocorrem sem tensões, “a resistência ao imposto é onipresente na história humana, assim como a evasão fiscal é inseparável da história dos tributos”⁵¹. O aumento da extração de recursos implica na descentralização do processo de tomada de poder e se relaciona com o crescente movimento de negar clivagens sociais de origem cívica, divina ou hereditária.

5. Considerações Finais

A grande contribuição das narrativas apresentadas é resgatar a história do Estado moderno por meio do fenômeno da fiscalidade e das dimensões sócio-histórica da raça, tais relações nos ajudariam a analisar os processos históricos despido de qualquer ideologia. Existe uma centralidade das finanças públicas, na configuração dos estados modernos nacionais e dos próprios direitos fundamentais.

A partir dessa leitura foi possível abordar as contradições inerentes às transformações ocorridas na elaboração do direito, na constituição da representação política e na configuração do que entendermos por dimensão pública do Estado. No entanto, há uma urgência em

50 Ibidem, 2015, p. 197.

51 Idem. 2003, p.144.



investigar os limites de sua abordagem no sul global, notadamente, no Brasil. Sua particularidade pode nos exigir mais cuidado metodológico.

Contudo, a possibilidade de analisar as dimensões tributárias dos direitos humanos e sua realização, não deve se restringir à sua dimensão material, mas sim buscar a construção de uma abordagem crítica de sua concepção e formação em face dos dilemas das desigualdades sociais e raciais presentes na contemporaneidade brasileira.

6. Bibliografia

ABREU, G, Alice. **Tax Counts: Bringing money-Law To Laterit**. In: Infanti, Anthony, C; Crawford, Bridget, J. (eds). *Critical Tax Theory An Introduction* Cambridge: Cambridge University Press, 2009, pp.109-116.

ALMEIDA, Sílvio Luiz de. **O que é racismo estrutural?** São Paulo: Sueli Carneiro. Pólen, 2019. (Feminismos Plurais/Coordenação de Djamila Ribeiro)

BACKHAUS J.G. **Fiscal Sociology: What For?** In: Backhaus J.G., Wagner R.E. (eds) *Handbook of Public Finance*. Springer, Boston, MA, 2005, pp.521-523.

BALIBAR, Etienne; WALLERSTEIN, Immanuel. **Race, Class and Nation: ambiguous identity**. Londres, Reino Unido: Verso, 2010.

BOUCOYANNIS, Deborah. **No taxation of elites, no representation: State capacity and the origins of representation**. *Politics & Society*, v. 43, n. 03. 2015, pp. 303-332

BLYTH, Mark. **Austerity: the history of a dangerous idea**. New York: Oxford University Press, 2013.

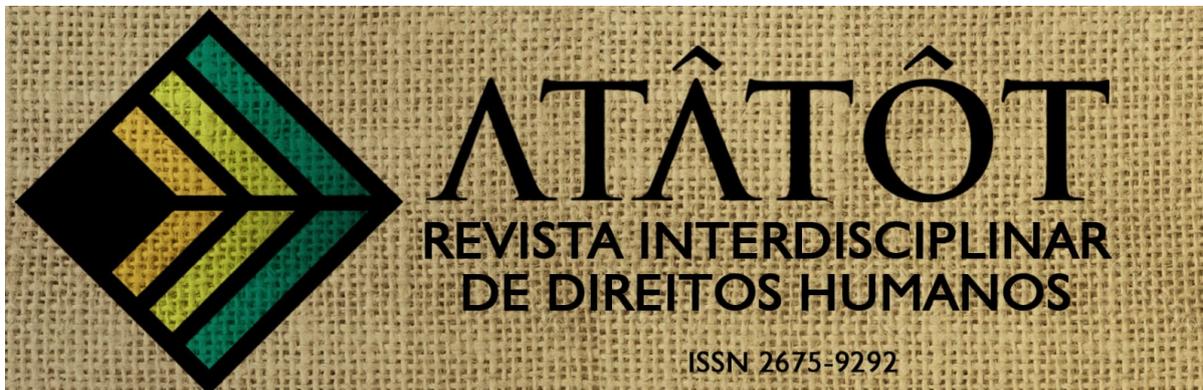
CENTENO, Miguel Angel. **“Blood and Debt: war and taxation in nineteenth-century Latin America”**. In *American Journal of Sociology*, v. 102, n. 06. The University of Chicago Press, 1997, pp. 1565-1605.

CROUCH, Colin. **Post-Democracy**. Cambridge: Polity press, 2004.

DELLA PORTA, Donatella. **Social movements in times of austerity: bringing capitalism back into protest analysis**. Cambridge: Polity press, 2015.

DU BOIS W, E, B. **Black Reconstruction in America, 1860–1880**. New York, NY: Atheneum. 1935/2013. Digitized by the Internet Archive.

DUSSEL, Enrique. **1492 O Encobrimento do Outro (A origem do “mito da modernidade)** trad. Jaime A. Clasen. Editora vozes, Petrópolis, RJ, Brasil, 1993



EINHORN RL. **American Taxation, American Slavery**. Chicago, IL: University of Chicago Press. 2006.

ELIAS, Norbert. **O processo civilizador. Vol II: Formação do estado e civilização**. Ed. Jorge Zahar. 1993

EVANS, Richard J. **A chegada do terceiro reich**. Editora Planeta do Brasil, 13 de fev. de 2013.

FANON, Frantz. **Pele negra, máscaras brancas**. Salvador: EDUFBA, 2008

FINKELMAN, Paul. **The Founders and Slavery: Little Ventured, Little Gained**. In: Yale Journal of Law & the Humanities. Vol.13. 2001

FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito Tributário nos Estados Unidos**. São Paulo: Lex Editora, 2004.

GOLDSCHIED, Rudolph. **A Sociological approach to problems of public finance**. In: MUSGRAVE, Richard; PEACOCK, Alan. *Classics in the Theory of Public Finance*. London: Macmillan, 1958

GRANOVETTER, M. **Economic action and social structure: the problem of embeddedness**. *American Journal of Sociology*, v. 91, n. 3, p. 481-510, 1985.

HOLMES, Stephen And SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. Editora norton: ny, 2000.

JAMES DR and REDDING K. **Theories of race and the state**. In: Alford R, Hicks A and Schwartz MA (eds) *The Handbook of Political Sociology*. New York, NY: Cambridge University Press, 2005.

LEROY, Marc. **Tax Sociology. Sociopolitical Issues for a Dialogue with Economists**. In: *Socio-logos* [En ligne], 3 | 2008, mis en ligne le 21 février 2016, consulté le 03 mai 2019. url: <http://journals.openedition.org/socio-logos/2073>.

LOSURDO, Domenico. **Contra-história do liberalismo**. São Paulo, Ideias e Letras, 2006.

MARTIN, Isaac; MEHROTRA, Ajay; PRASAD, Monica; **The thunder of history: the origins and development of the new fiscal sociology**. In: Martin, Isaac; Mehrotra, Ajay; Prasad, Monica (eds). *The New Fiscal Sociology: Taxation in Comparative and Historical Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

MARTIN, Isaac; PRASAD, Monica; **Taxes and Fiscal Sociology**. In: *Annual Review of Sociology*, Vol. 40, pp. 331-345, 2014.

MARCELLINO, Nelson Carvalho. **Departamentalização e Unidade das Ciências Sociais**. In: Marcelino, Nelson Carvalho (org). *Introdução Às Ciências Sociais*. 15 ed. Campinas, São Paulo: Editora Papirus; 2006.



MBEMBE, Achille. **Necropolítica**. Madrid, Ed. Melusia, 2011.

_____. **Crítica da razão negra**. Ed. Antígona, Trad, Marta Lança, 2017.

MILLS, Charles W. **The Racial Contract**. New York, Cornell University Press, 1997

MIGNOLO, Walter D. **The darker side of western modernity: global futures, decolonial options**. Duke University, 2017.

MCCAFFERY, Edward. **Where's the Sex in Fiscal Sociology?: Taxation and Gender in Comparative Perspective**. In: Martin, Isaac; Mehrotra, Ajay; Prasad, Monica (eds). *The New Fiscal Sociology: Taxation in Comparative and Historical Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

OFFE, Clauss. **Dominação de classes e o sistema político – sobre a seletividade das instituições políticas**. In: *Problemas estruturais do Estado capitalista*. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1972.

OMI M and WINANT H. **Racial formation in the United States**. New York, NY: Routledge, 2015.

PISTOR, Katharina. **The code of capital how the law creates wealth and inequality**. Princeton University Press, 2019.

QUIJANO, Aníbal. **Colonialidad y modernidad/racionalidad**. *Perú Indígena*, Lima, v. 13, n. 29, 1992, pp.11-20.

_____. **Colonialidade do poder, Eurocentrismo e América Latina**. in: *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. Edgardo Lander (org). Colección Sur Sur, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. setembro 2005.

_____. **“Raza”, ‘Etnia’ y ‘Nación’ en Mariátegui: Cuestiones Abiertas**. in: QUIJANO, Aníbal. *Cuestiones y horizontes. Antología esencial, De la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder.*, Buenos Aires, CLACSO, 2014.

_____.; WALLERSTEIN, Immanuel (1992). **Americanity as a Concept or the Americas in the Modern World-System**, *International Social Science Journal*, 134, November, UNESCO/ERES.

SCHÄFER, Armin & STREECK, Wolfgang. **Introduction: Politics in age of Austerity**. In: Schäfer, Armin & Streeck, Wolfgang (Org.). *Politics in the age of austerity*. Cambridge: Polity Press, 2013.

SCHUMPETER, Joseph. **The Crisis of The Tax State**. In: Swedberg, Richard (Org.). *The economics and sociology of capitalism*. Princeton: Princeton University Press, 1991

TAVARES, F.M.M: **A nova sociologia fiscal: contribuições de um estudo de caso de tipo público para uma promissora subdisciplina na sociologia brasileira**. In: *Revista Sociedade e Estado – Volume 34, Número 3, Setembro/Dezembro 2019*



TILLY, Charles. **Big Structures, Large Processes, Huge Comparisons**. The Russell Sage Foundation, 1984.

_____. **Coerção, Capital e estados europeus**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1996

_____. **Foreword**. In: Martin, Isaac; Mehrotra, Ajay; Prasad, Monica (Eds). *The New Fiscal Sociology: Taxation In Comparative And Historical Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

_____. **Extraction and Democracy**. In: Martin, Isaac; Mehrotra, Ajay; Prasad, Monica (Eds). *The New Fiscal Sociology: Taxation In Comparative And Historical Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

VISENTINI, Paulo; RIBEIRO, Luiz Dario; PEREIRA, Analúcia Danile-vicz. **Breve história da África**. Porto Alegre: Leitura XXI, 2007

RAUCHWAY, Eric. **The great depression & the new deal a very short introduction**. Oxford University, 2008

TERTO NETO, Ulisses Pereira. **From Military Authoritarian Rule to Constitutional Democracy: an overview of the politics of human rights through the brazilian re-democratisation**. *Revista de Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 22, n. 3. Curitiba, 2017. p. 215-252.

WACQUANT, Loic. **Forjando o estado neoliberal: trabalho social, regime prisional e insegurança social** in: Batista, Vera Malaguti (org). *Loic Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

WOOD, Ellen Meiksins. **Democracia contra o capitalismo: a renovação do materialismo histórico**. Tradução: Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2011



Interdependência dos Direitos Humanos e Direito à Saúde Pública no Brasil

Interdependence of Human Rights and the Right to Public Health in Brazil

Carolina Lima Gonçalves

(Professora da Faculdade Sensu, Mestra em Direitos Humanos/PPGIDH-UFG, Brasil)

E-mail: carolina.lima.goncalves@hotmail.com

Resumo

O presente artigo investiga em que medida o reconhecimento da interdependência entre os Direitos Humanos impacta na efetivação do direito à saúde pública no Brasil. Para tanto parte-se da identificação e análise das principais características da Teoria das dimensões dos Direitos Humanos, com ênfase na dicotomia adotada para categorizar os direitos, também denominada de concepção canônica ou *standart*, cuja construção se funda na suposta distinção natural entre direitos civis, negativos e liberais frente aos direitos econômicos, positivos e prestacionais. Em seguida, inicia-se um exame da relação entre Estado e Direitos Humanos, uma vez que é no âmbito daquele que a luta pela efetividade de tais direitos se agudiza, perpassando pela orçamentação pública como instrumento de efetivação de direitos humano-fundamentais. Por fim, passa-se ao exame da tutela do direito à saúde pública no Brasil a fim de verificar se de fato a ideia de evolução progressiva, linear e expansiva dos Direitos Humanos se concretiza.

Palavras-chave: Direitos Sociais; Direito à Saúde; Direitos Humanos; Orçamento Público.

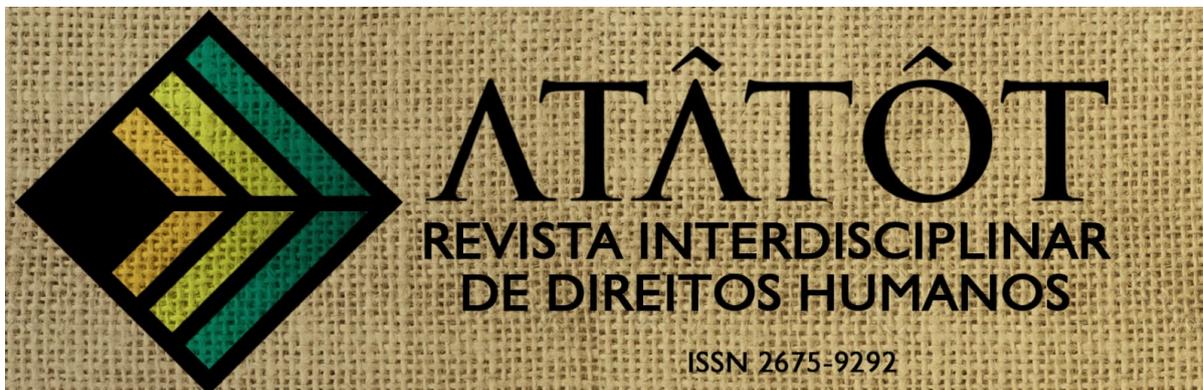
Abstract

This article investigates to what extent the recognition of the interdependence between Human Rights impacts the realization of the right to public health in Brazil. Therefore, it starts with the identification and analysis of the main characteristics of the Theory of the Dimensions of Human Rights, with emphasis on the dichotomy adopted to categorize rights, also called the canonical or standard conception, whose construction is based on the supposed natural distinction between civil rights, negative and liberal rights against economic, positive and benefiting rights. Then, an examination of the relationship between the State and Human Rights begins, since it is in the context of the latter that the struggle for the effectiveness of such rights becomes more acute, passing through public budgeting as an instrument for the realization of fundamental human rights. Finally, the protection of the right to public health in Brazil is examined in order to verify whether the idea of progressive, linear and expansive evolution of Human Rights actually materializes.

Keywords: Social Rights; Rght to Health; Human Rights; Public Budget.

Recebido em: 10/05/2021

Acceto em: 20/06/2021



1. Introdução

De início cumpre enfatizar que o presente trabalho não ignora a relevância da discussão acerca da universalidade dos Direitos Humanos¹. Tema instigante e profundamente investigado por diversos autores das mais diversas áreas do conhecimento, isto é, juristas, filósofos, sociólogos e antropólogos, os quais vêm travando rico debate sobre o caráter universal dos Direitos Humanos frente às questões regionais e culturais².

Contudo, o objetivo do presente texto é propor o exame das estruturas teóricas e normativas que se relacionam com a efetividade dos Direitos Humanos na órbita interna dos Estados. Em verdade, aqui, ainda, mais especificamente pretende-se compreender em que medida o reconhecimento da interdependência dos Direitos Humanos afeta a efetividade do direito à saúde pública no Estado Brasileiro.

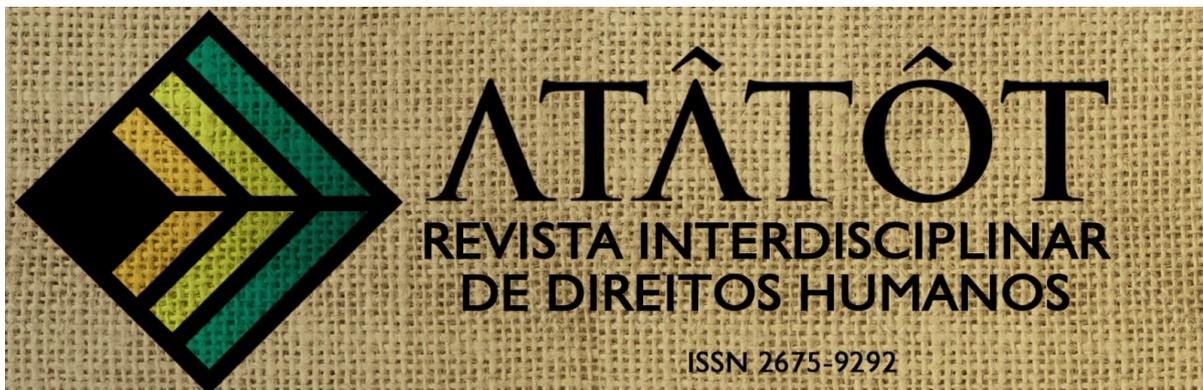
Para tanto parte-se da análise da perspectiva teórica das dimensões (ou gerações) dos Direitos Humanos, a qual propôs a categorização atomista de tais direitos, e que defende a distinção natural entre direitos civis, negativos e liberais frente aos direitos econômicos, positivos e prestacionais. Perspectiva que fora amplamente divulgada por Bobbio (2004) e por sua vez, objeto de crítica veemente por diversos autores, dentre eles Rabossi (1993).

Com efeito, partindo da premissa proposta por Hannah Arendt (1989) de que a manutenção de vínculo jurídico com um Estado impacta na proteção e efetividade dos Direitos Humanos, tanto no âmbito interno quanto internacional, buscamos examinar de que modo a atuação dos Estados, com ênfase nas políticas orçamentárias promovem a efetividade dos Direitos Humanos em seu próprio território. Desse modo, acolhemos as ideias de Schumpeter (1991) que propõe o exame das sociedades por meio das lentes da tributação e orçamentação a fim de descortinar as escolhas de reconhecimento intersubjetivo sancionadas por via estatal por meio das Constituições, conforme Habermas (2002) e Taylor (2000).

Assim, analisamos o direito à saúde pública no Brasil a fim de verificar - no que tange especificamente as regulamentações orçamentárias (ótica normativa e fiscal) - a adequação das políticas estatais brasileiras de promoção de Direitos Humanos à teoria das dimensões (perspectiva teórica). Com vistas a perquirir em que medida o reconhecimento da interdependência dos Direitos Humanos corrobora com a efetividade dos mesmos na órbita interna dos Estados.

¹ Nesse sentido, importa mencionar que o art. 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados - no Brasil promulgada por meio do Decreto nº [7.030, de 14 de dezembro de 2009](#) - expressamente prevê que, em regra, os Estados que anuem a Tratados internacionais não podem invocar disposições jurídicas internas com vistas a justificar o descumprimento do acordo internacional dantes firmado.

² A título de exemplo cumpre referenciar importante texto de Baldi (2018) no qual o autor que desenvolveu fortes críticas a denominada versão hegemônica dos Direitos humanos, por meio da análise do secularismo, propondo o exame crítico dos Direitos Humanos sob uma perspectiva descolonial. Segundo o autor, embora haja uma disseminação da defesa da ideia de universalidade e interdependência há uma ênfase maior a certos direitos em detrimento de outros.



2. Concepção Canônica dos Direitos Humanos

De início cumpre asseverar que os direitos não são um dado da natureza, mas sim advindos da conjuntura sócio-cultural das sociedades, portanto, criação humana, de modo que toda a classificação corresponde à eleição de critérios distintivos decorrente da perspectiva vigente à época de sua elaboração.

Isso dito, tem-se que o presente trabalho objetiva examinar em que medida a perspectiva teórica que defende a distinção na essência entre direitos civis e econômicos corrobora para a mitigação da efetividade do direito social à saúde³.

Nesse passo, convém esclarecer que conforme Rabossi (1993, p.45) entende-se por concepção canônica de direitos humanos aquela que distingue essencialmente dos direitos civis dos direitos econômicos. Desde já ressaltamos que Rabossi, 1993 sistematiza tal concepção na medida em que constrói críticas contundentes a mesma, ou seja, o autor não concorda com a teoria que fora amplamente disseminada, pelos motivos que serão analisados nas linhas seguintes.

Ademais, cumpre ressaltar que há autores que embora reconheçam a categorização dos direitos humanos em gerações, em razão do contexto histórico que corroborou com sua concepção, ressaltam que distinção não significa, necessariamente, oposição. Nesse sentido, discorre Perez Luño, 1991, p.205:

La distinción, que no necesariamente oposición, entre ambas generaciones de derechos se hace patente cuando se considera que mientras en la **primera** los derechos humanos vienen considerados como derechos de defensa (**Abwehrrechte**) de las libertades del individuo, que exigen la autolimitación y la no injerencia de los poderes públicos en la esfera privada y se tutelan por su mera actitud pasiva y de vigilancia en términos de policía administrativa; en la **segunda**, correspondiente a los derechos económicos, sociales y culturales, se traducen en derechos de participación (Teilhaberechte), que requieren una política activa de los poderes públicos encaminada a garantizar su

³ Embora num primeiro momento pareça irrelevante o debate acerca da distinção natural ou não dos direitos humanos, é visível que a mesma apresenta consequências práticas, sobretudo, no que concerne a exigência de seu cumprimento. Como bem alerta Habermas, 2002, p. 230 que “*Apenas diante de um tribunal e no âmbito de um discurso jurídico é que se trata imediatamente de direitos individuais cobráveis através de ação judicial*”. No que concerne o direito à saúde, por exemplo, tem-se que o mesmo está inserido no art. 6º do Capítulo II – Dos direitos sociais, da Constituição Federal brasileira de 1988. Ocorre que, o art. 60 da mesma Constituição, em seu parágrafo 4º, dispõe matérias que, sequer, serão objeto de deliberação, dentre elas o inciso IV prevê os direitos e garantias individuais, os quais sob a perspectiva normativa expressa não se confundem com direitos sociais. Contudo, o Supremo Tribunal Federal brasileiro vem fazendo uma interpretação alargada do conteúdo de “direitos e garantias individuais”, como se viu dos julgamentos do [RE 587.008](#), rel. min. Dias Toffoli, j. 2-2-2011, P, *DJE* de 6-5-2011, Tema 107.] Vide [ADI 939](#), rel. min. Sydney Sanches, j. 15-12-1993, P, *DJ* de 18-3-1994, no qual ficou firmado que: o poder constituinte derivado não é ilimitado, visto que se submete ao processo consignado no art. 60, §§ 2º e 3º, da CF, bem assim aos limites materiais, circunstanciais e temporais dos §§ 1º, 4º e 5º do aludido artigo. A anterioridade da norma tributária, quando essa é gravosa, representa uma das garantias fundamentais do contribuinte, traduzindo uma limitação ao poder impositivo do Estado. Ou seja, se até a anterioridade tributária é salvaguardada como garantia fundamental, entende-se que o direito social à saúde também o seja.



ejercicio, y se realizan a través de las técnicas jurídicas de las prestaciones y los servicios públicos. (grifos no original)

Com efeito, é comezinha a diferenciação de tais direitos sob uma perspectiva atomista, a qual fora bastante difundida por Bobbio (2004, p. 8) para quem os direitos podiam ser segregados em quatro dimensões de acordo com as reivindicações históricas, assim:

As primeiras, correspondem os direitos de liberdade, ou um não-agir do Estado; aos segundos, os direitos sociais, ou uma ação positiva do Estado. Embora as exigências de direitos possam estar dispostas cronologicamente em diversas fases ou gerações, suas espécies são sempre — com relação aos poderes constituídos, apenas duas: ou impedir os malefícios de tais poderes ou obter seus benefícios. Nos direitos de terceira e de quarta geração, podem existir direitos tanto de uma quanto de outra espécie.

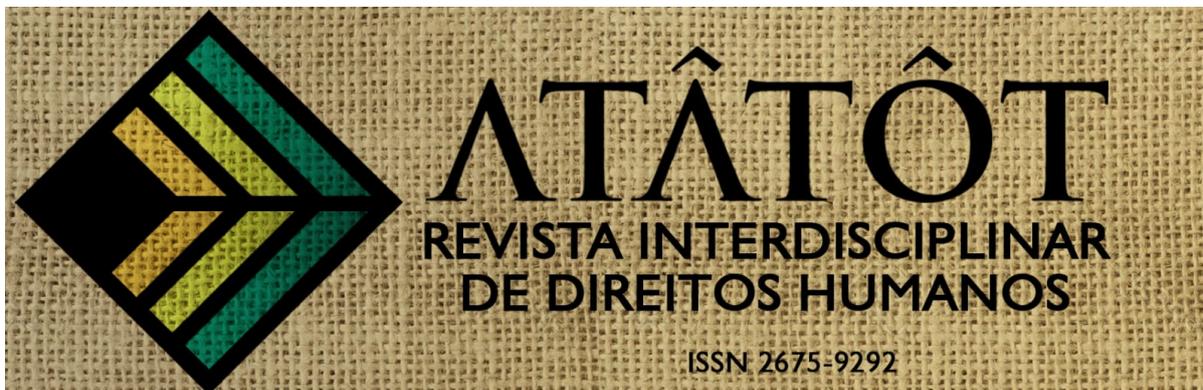
Segundo tal categorização é possível proceder ao exame dos direitos humanos centrando em quatro vieses, conforme sistematiza Ramos (2016, p. 29): a) direito - pretensão; b) direito-liberdade; c) direito-poder; d) direito-imunidade afirma-se, respectivamente, que há direitos humanos que materializam a possibilidade de exigir uma prestação de um terceiro, geralmente do Estado, sendo estes os chamados prestacionais. Por outro lado, há direitos humanos que consubstanciam um direito de não interferência de terceiros, com ênfase novamente na figura do Estado, isto é, tal categoria de direito gera em outro polo uma ausência de direitos, direitos de liberdade. Já o direito como poder seria aquele direito que quando exercido imputa uma sujeição a quem se dirige. E por fim, o direito-imunidade consiste na possibilidade conferida a uma pessoa de agir sem que terceiro possa imputar consequências a essa ação.

Nesse passo, ao discorrer sobre a história do processo de afirmação dos Direitos Humanos Lafer (2004, p. 14) distingue quatro fases. Uma. A positivação. Duas. Generalização. Três. Especificação. Quatro. Internacionalização. Propomos o exame da Teoria criada com base na etapa da positivação dos Direitos Humanos. Para tanto importa mencionar que, segundo Lafer (2004, p. 14) *“a positivação é, em síntese, a conversão da aspiração em prol dos direitos humanos em direito positivo”*.

Desse modo, Lafer (2004, p. 14) discorre que a positivação dos direitos humanos se deu em convergência com o reconhecimento da importância da graduação hierárquica do valor dos direitos humanos, razão pela qual tais valores foram gradualmente inseridos nas Constituições dos Estados de direito, passando a ser esta inserção uma das características do próprio modelo de Estado de direito.

Sob essa perspectiva Lafer (2004, p. 14) afirma, com base na teoria difundida por Bobbio (2004), que a etapa da positivação se distingue em três gerações. Sendo a primeira geração galgada em direitos civis e político; a segunda geração direitos econômicos sociais e culturais, e a terceira geração direitos de titularidade coletiva (solidariedade por exemplo).

Ou seja, ao tratar sobre a história do processo de afirmação dos direitos humanos Lafer (2004, p. 18) distingue a normatização no âmbito interno dos Estados, o que denomina de etapa



da positivação, da normatização na seara internacional que corresponde a etapa da internacionalização, a ver:

Observo que o primeiro momento dos direitos humanos no plano internacional foi distinto do que se verificou no plano interno e não é a expressão de uma preocupação com o futuro da espécie na lógica de um direito cosmopolita, Kantianamente atento a uma razão abrangente da humanidade. A sua “fonte material” obedeceu a lógica política da agenda internacionalista. Esta, por sua vez, não foi a das agendas internas, acima descritas, no sumário da etapa da positivação.

Aqui cumpre ressaltar que a análise da etapa da positivação, nos termos em que efetuada por Lafer (2004, p. 15) parte “(...) de uma política de Direito historicamente promovida e irradiada pela Declaração de Direitos da Revolução Americana e Francesa”.

Isto é, de acordo com Lafer (2004, p.15) a positivação dos direitos humanos deu-se, inicialmente, pelos Estados quando inseriram o valor dos direitos humanos em suas Constituições, o que ocorreu primeiro na Revolução Americana e Francesa e, posteriormente, houve a positivação de tais valores no âmbito internacional.

No que tange a normatização em órbita internacional convém ressaltar que há evidente distinção nesse processo, uma vez que a Carta Internacional de Direitos Humanos de 1948 culminou na elaboração de dois documentos distintos, quais sejam, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e seu protocolo adicional, e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

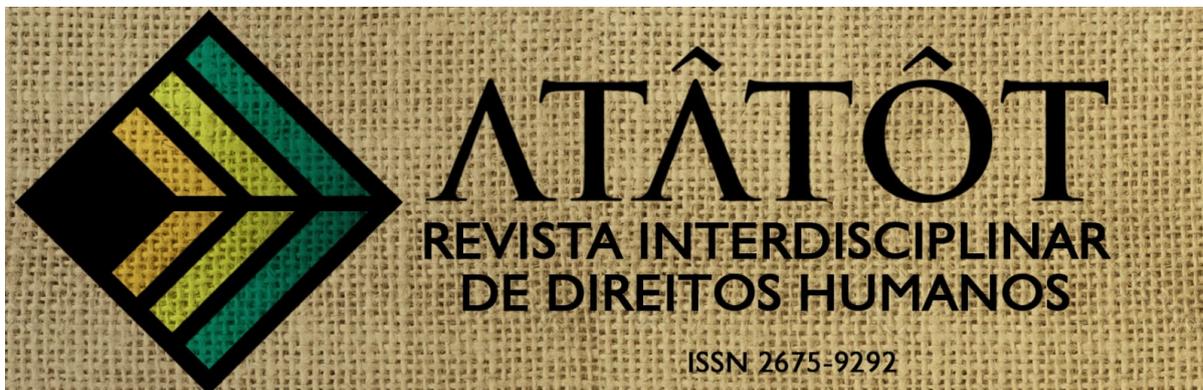
Contudo, é preciso reconhecer que como bem alerta Lafer (2004, p. 21) “no plano internacional, a positivação dos direitos econômicos e sociais antecede a dos direitos civis e políticos”, uma vez que:

Um dos desdobramentos jurídicos do Pós-primeira Guerra Mundial e da criação da Sociedade das Nações, foi a OIT – a Organização Internacional do Trabalho – uma organização especializada, voltada para a padronização e harmonização em nível adequado, das condições de trabalho, mediante a negociação e a celebração de convenções internacionais.

Nesse sentido é verdadeira a afirmação de Perez Luño (1991, p. 217), para quem:

Conviene advertir, al enfilar el último tramo de estas relexiones, que las generaciones de derechos humanos no entrañan un proceso meramente cronológico y lineal. En el curso de su trayectoria se producen constantes avances, retrocesos y contradicciones que configuran ese despliegue como un proceso dialéctico. No debe escapar tampoco a la consideración de esta problemática que las generaciones de derechos humanos no implican la sustitución global de un catálogo de derechos por otro; en ocasiones, se traduce en la aparición de nuevos derechos como respuesta a nuevas necesidades históricas, mientras que, otras veces, suponen la redimensión o redefinición de derechos anteriores para adaptarlos a los nuevos contextos en que deben ser aplicados.

Nessa toada, algumas questões se impõem: a) é possível sustentar a ideia de positivação uniforme dos valores dos direitos humanos nas Constituições dos Estados, seguindo o modelo



das gerações descritas por Bobbio (2004), com base no que ocorreu nos Estados Unidos e em França, alijada de qualquer exame das questões culturais e do momento histórico em que se encontravam imersos os demais Estados? b) em que medida a teoria da distinção natural entre direitos prestacionais e não-prestacionais advinda da classificação dos direitos humanos em dimensões corrobora com a (in) efetividade do direito social à saúde no Brasil? c) qual a relevância em sustentar uma perspectiva progressista da proteção dos direitos humanos, baseada, tão somente, na positivação de certos direitos como a liberdade ainda que despido de total efetividade, como no caso da Constituição brasileira de 1824⁴, isto é, mantendo o real processo de luta pelo reconhecimento afastado dos holofotes .

Para compreender em que medida a concepção canônica dos direitos humanos fundamentais afeta a efetividade dos direitos, tradicionalmente, denominados sociais/prestacionais, e dado os fins deste trabalho, a examinar a especificamente as influências dessa teoria na efetividade do direito à saúde, importa observar que como concepção canônica entende-se a perspectiva amplamente disseminada de dicotomia natural dos direitos humanos em direitos civis e não prestacionais (negativos) e direitos econômicos e prestacionais (positivos) (Rabossi, 1993, p. 45).

Aqui importa elencar as principais características da concepção canônica nos termos em que descrita por Rabossi, 1993, p. 45, a ver:

- a. los derechos humanos son distintos, *por naturaleza*, de los derechos canônicos (sic) (los derechos políticos suelen ser ubicados junto a los derechos civiles, pero, em definitiva, su *status* es similar al de los derechos econômicos);
- b. que sean distintos por naturaleza que tiene sobre los derechos econômicos una primacia conceptual, legal y práctica; y ello implica, a su vez, que los derechos civiles son verdaderos *derechos* humanos, derechos humanos *auténticos*;
- c. la violación de los derechos humanos civile genera la responsabilidad internacional de los Estados; por consiguiente, denunciar y poner coto a su violación es la función primordial y excluyente de los órganos de control jurisdiccional universales y regionales, de los órganos jurisdiccionales nacionales, de los organismos no gubernamentales y, em geral, de la opinión pública nacional e internacional;
- d. se sigue de lo anterior que em um sentido estricto de ‘violación de los derechos humanos’, no hay violaciones de los llamados ‘ derechos econômicos’ (ni tampoco em principio, de los derechos políticos); lo que hay son situaciones em la que um número variable de personas vê insatisfechas ciertas necesidades, o no goza de determinados bienes, o no puede acceder a cierta condición, etc; la solución de tales casos puede correr por cuenta del Estado (em la medida de SUS posibilidades) y /o de entidades nacionales o internacionales motivadas por principios humanitários o caritativos.

⁴ O art. 179 da Constituição Política do Império do Brazil previa em seu *caput* a inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, contudo tão somente em 1888 a escravidão fora, burocraticamente e formalmente, abolida do Brasil, por meio da Lei nº 3.353, de 13 de maio de 1888.



Isso dito, dentre todos os cânones e dogmas que lastreiam a concepção canônica (tradicional, *standart*, hegemônica) de direitos humanos sistematizados e criticados por Rabossi (1993) o presente trabalho se atem em analisar os seguintes: a) distinção essencial e natural entre os tipos de direitos humanos embasados na suposta genealogia que os distinguem em gerações (dimensões) numa perspectiva progressiva; b) alegada distinção entre direitos humanos que não custam para serem efetivados e, portanto, são direitos humanos por excelência (ex. liberdade e propriedade) frente a direitos humanos que exigem prestação do Estado, na medida de sua possibilidade, portanto de efetividade não imediata, mas progressiva.

Assim, Rabossi, 1993, p. 48, passa a descrever o esboço histórico e o panorama ideológico responsáveis pela distinção em dois tipos essencialmente dicotômicos de direitos humanos. Para tanto Rabossi explica porque a Carta Internacional de Direitos Humanos de 1948 culminou na elaboração de dois documentos distintos, quais sejam, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e seu protocolo adicional, e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, esclarecendo que logo após o término da Segunda Guerra Mundial havia um enfrentamento entre o Leste e o Oeste do ocidente. Assim, o autor ressalta que havia um verdadeiro paralelismo entre tais lados:

Para el “Oeste”, los derechos humanos civiles eran prioritários: su goce era considerado una condición necesaria para la vigencia efectiva de otros derechos humanos, y su efectivización suponía regímenes político-económicos liberales. Para el “Este”, em cambio, la prioridad correspondía a los derechos humanos económicos: su goce era considerado la condición necesaria para la vigencia efectiva de otros derechos, y su efectivización requería regímenes político-económicos colectivistas. (Rabossi, 1993, p. 48)

Nesse desiderato, enfatizando a perspectiva ideológica quando do surgimento da positivação distinta dos direitos humanos no plano internacional, segregados em categorias Rabossi (1993, p. 50) defende que tal postura teve efeitos importante. Uma vez que, incentivou a ideia de que a distinção entre tais direitos advêm da realidade, isto é, disseminou-se a perspectiva de que tais direitos são, naturalmente, distintos, ao passo em que consolidou a ideia de que a sobreposição⁵ de um tipo de direito sobre os demais corresponde a razões teóricas. Bem como, embasou a teoria de que o gozo dos direitos civis é passível de ser garantido enquanto que o gozo dos direitos econômicos (sociais) é meramente desejável, estando

⁵ Segundo Rabossi a concepção canônica de direitos humanos sustenta que em razão dos direitos civis serem passíveis de efetivação são os verdadeiros direitos humanos, enquanto que os direitos econômicos e sociais dependem das condições de efetivação de cada Estado, portanto não podem ser cobrados no âmbito internacional. Desse modo, para a concepção canônica, os direitos civis, classicamente, denominados de primeira dimensão (geração) se sobrepõem, naturalmente e essencialmente, aos direitos sociais e econômicos. Nesse sentido, chama atenção o disposto no Artigo 2º, item 1. do do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi adotado pela XXI Sessão da Assembléia-Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966, inserido no direito brasileiro por meio do Decreto no 591, de 6 de julho de 1992, que determina: Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas. Isto é, os direitos sociais e econômicos podem ser efetivados de maneira progressiva (não imediata) e na medida das possibilidades de cada Estado parte.



vinculado e dependentes de profundas alterações na estrutura sócio-econômica dos Estados. Nesse sentido, Rabossi, 1993, p. 50 enfatiza que:

Em suma, la división fortaleció en los foros institucionales (formales y no formales) técnicos, políticos y académicos una distinción teórica y práctica hasta discutible, que há tenido efectos contundentes em cuanto a la manera de conceptualizar los derechos humanos y la forma de encarar sus violaciones.

Com efeito, Rabossi, 1993, p. 53, explica que essa concepção canônica dos direitos humanos, originária da positivação em apartado no âmbito internacional dos direitos civis e políticos de um lado e de outro dos direitos econômicos, sociais e culturais pautou a distinção dos direitos humanos entre direitos positivos e direitos negativos.

Nessa esteira, ante o sentido polissêmico dos termos positivos e negativo enfatiza Flávio Galdino (2005, p. 151) que:

A dicotomia positivo/negativo diz respeito a duas situações interligadas, a saber: (i) a necessidade ou não de prestação estatal (em caso negativo ter-se-ia mera omissão) para consecução de direitos fundamentais, de modo que a expressão direitos *positivos* refere-se em especial, a direitos que demandam prestação estatal para sua efetivação e, (ii) em estreita correlação, os custos que essas prestações ocasionam para o Estado, de forma que positividade refere-se também a dispêndio de recursos.

A fim de aclarar com mais veemência a distinção entre direitos positivos e negativos dos direitos humano-fundamentais importa recobrar o exemplo de Galdino (2005, p. 152):

Na primeira das acepções, positivo, e negativo são expressões empregadas para qualificar o dever correlato ao direito em questão, sobre saber se se trata de uma prestação *facere* ou *non facere, in casu*, a cargo do Estado, que via de regra ocupa o polo passivo da relação jurídica que tem como objeto um direito fundamental. A não-turbação da propriedade privada constitui um *non facere*, uma obrigação negativa, ao passo que a entrega de merenda escolar a crianças cujas famílias não podem arcar com os custos respectivos configura um *facere*, uma obrigação positiva. Assim sendo, a omissão não gera custos para o Estado, ao passo que as prestações relativas aos deveres positivos ocasionam despesas.

Ocorre que, Rabossi, (1993, p. 53) chama atenção para a impropriedade de eleição de tal critério como elemento definidor e diferenciador dos direitos humanos, haja vista que “ los derechos de la personalidad y los derechos económicos suele exhibir, a la vez, aspectos positivos y aspectos negativos”. Ou seja, Rabossi sustenta que por vezes é impossível efetivar direitos de personalidade sem ter efetivado anteriormente ações positivas relevantes, bem como garantir os direitos econômicos requer assegurar a não interferência de certos agentes.

Ou seja, a distinção clássica dos direitos humano-fundamentais como prestacionais (positivos) e não-prestacionais (negativos) englobam a ideia de que os direitos humano-fundamentais envolvem as relações jurídicas dos particulares frente ao Estado, bem como consideram o aspecto do custo do agir estatal e se alicerçam no discurso da genealogia e evolução da positivação dos direitos humanos no âmbito internacional.



A fim de refutar a concepção canônica dos direitos humanos e descortinar as questões ideológicas nas quais tal teoria se alicerça Rabossi (1993, p. 46), examina a positivação dos direitos humanos no âmbito internacional demonstrando as origens da ideia de que violar direitos humanos relacionados à subsistência não pode ser compreendido com um grave passível de punição dos Estados, vejamos:

La concepción canónica encuentra apoyo en el sistema normativo internacional; tiene un claro origen ideológico y se escuda en argumentos técnicos que exhiben un grado de sofisticación nada depreciable. Um conjunto de “fuentes” tan peculiar há producido efectos importantes: La concepción canónica está prepupuestada en la teorización *estándar* de los derechos humanos y es um *esteriotipo* recurrente, no solo em los âmbitos especializados, sino em la manera “popular” de visualizar y valorar los derechos humanos.

Por sua vez, Galdino, (2005, p. 163), ressalta o impacto da distinção entre direitos humano-fundamentais positivos e negativos em razão de tal dicotomia orientar duas concepções tanto no âmbito teórico quanto na seara prática, qual seja “(i) *no plano teórico, o da formulação de uma linha evolutiva dos Estados contemporâneos, do Liberal ao Social; e (ii) no plano prático, da distribuição de recursos escassos em relação ao atendimento de direitos fundamentais.*”

Insta mencionar, que tanto Rabossi, 1993 por meio do exame da genealogia da positividade normativa dos direitos humanos na seara internacional, quanto Galdino, 2005 quando da análise dos discursos erigidos sob a dicotomia entre direitos fundamentais negativos e positivos convergem para a mitigação das teorias que corroboram para menor efetividade dos direitos sociais.

Em síntese, enquanto Rabossi, 1993 revela os estereótipos e ideologias que albergam a impossibilidade de exigência de cumprimento dos direitos básicos de subsistência e conseqüente punição do Estado violador, Galdino⁶, 2005 denuncia que em verdade todos os direitos custam, pois todos em alguma medida exigem uma atuação do Estado a fim de garantir sua efetividade, não sendo tal exigência, portanto, uma peculiaridade real (natural) dos direitos sociais.

Ademais, Galdino, 2005, p. 234, vai além e descortina a retórica da falácia do exaurimento dos recursos orçamentários, denunciando que tal discurso visa alicerçar escolhas políticas que objetivam não tutelar efetivamente direitos fundamentais, a ver:

Deveras, ao dizer-se que o orçamento público não pode suportar determinada despesa, *in casu*, destinada a efetivação de direitos fundamentais, e tendo como parâmetro a noção de custos como óbices, quer-se necessariamente designar *um* orçamento determinado. Isso porque os recursos públicos são captados em caráter permanente – a captação não cessa nunca, de forma que, a rigor, nunca são completamente exauridos. Assim sendo, nada obstará a que um outro orçamento posterior assumisse a despesa

⁶ P ara alcançar tal empreitada o autor se vale das análises perpetradas por HOLMES, Stephen & SUSTEIN, Cass R. The Cost of rights: Why liberty depends on taxes. New York: Norton, 1999.



em questão. Sem embargo dessa possibilidade muitos autores argumentam que esse meio - a exaustão da capacidade orçamentária - constitui um meio de frustrar a proteção dos direitos fundamentais. - O que usualmente frustra a efetivação de tal ou qual direito reconhecido como fundamental não é a exaustão de um determinado orçamento, mas sim a opção política (justa ou injusta, sindicável judicialmente ou não) de não se gastar dinheiro com aquele mesmo "direito".

Isto é, tanto Rabossi (1993) quanto Galdino (2005) rechaçam a ideia de que há direitos humano-fundamentais naturalmente distintos, sendo que uns não exigem prestações estatais para sua plena aplicação, portanto são os direitos humanos autênticos, enquanto outros por dependerem de uma conduta positiva dos Estados (ação) encontram-se a mercê das possibilidades econômicas para sua prestação.

Assim, é possível afirmar que o ponto de chegada de Galdino (2005, p. 234) ao afirmar que em verdade o argumento estatal de ausência de recursos constitui uma escolha política de com quais direitos o dinheiro público deve ser gasto é um dos pontos de partida da sociologia fiscal, uma vez que como sustentam Martin, Mehrotra e Prasad (2009, p. 1):

Os sociólogos sabem que quase todos os assuntos que lhes dizem respeito - as obrigações do indivíduo para com a sociedade; os poderes e legitimidade do estado; a alocação de recursos públicos e privados; o surgimento da administração burocrática; a reprodução das desigualdades de classe, raça e gênero -passa pela tributação. (tradução nossa)

Em razão disso nas linhas abaixo analisaremos a promoção do direito social à saúde pública no Brasil, por meio das lentes do orçamento público. A fim de verificar se há uma efetivação progressiva de tal direito, de acordo com a concepção canônica dos direitos humanos (perspectiva teórica), e nos termos em que prescrito no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966, inserido no direito brasileiro por meio do Decreto no 591, de 6 de julho de 1992 (perspectiva normativa).

3. Estado e Direitos Humanos: A Interdependência dos Direitos Humanos

A relevância do Estado para tutelar a efetividade dos direitos humanos é visível em Arendt, 1989, ainda que esta não se debruce sobre os direitos econômicos e sociais, como o direito à saúde, e que a mesma se atenha mais detidamente a questão judaica.

Contudo, Arendt, 1989, destaca a importância de manter um vínculo jurídico com uma nação, a fim de que haja uma tutela no âmbito internacional mesmo que os direitos humanos sejam desrespeitados na órbita interna do Estado.

Nesse sentido, assevera Arendt, 1989, p. 250:



Só conseguimos perceber a existência de um direito de ter direitos (e isto significa viver numa estrutura onde se é julgado pelas ações e opiniões) e de um direito de pertencer a algum tipo de comunidade organizada, quando surgiram milhões de pessoas que haviam perdido esses direitos e não podiam recuperá-los devido à nova situação política global.

Ademais, Arendt critica a fragilidade da ideia abstrata de indivíduo dotado de direitos humanos, isto é, fundamentar os direitos humanos em sua própria dignidade, e, portanto, individualidade, de modo desconexo com a ordem social a que pertence instaura um paradoxo. Assim, segundo Arendt, 1989, p. 253 “*o mundo não viu nada de sagrado na abstrata nudez de ser unicamente humano*”.

Há aqui afinidade e convergência entre as ideias apresentadas por Arendt, 1989 e Habermas, 2002, no que concerne a necessidade de produção de igualdade como meio de proporcionar o respeito à dignidade, uma vez que aquela defende que:

Não nascemos iguais; tornamo-nos iguais como membro de um grupo por força da nossa decisão de nos garantirmos direitos reciprocamente iguais. Nossa vida política baseia-se na suposição de que podemos produzir igualdade através da organização, porque o homem pode agir sobre o mundo comum e mudá-lo e construí-lo juntamente com os seus iguais, e somente com os seus iguais. (Arendt, 1989, p. 255)

Nessa toada, Habermas, 2002, p. 234, explica que não há que se falar em oposição e inconciliabilidade entre autonomia privada e pública, ou seja para o autor há, em verdade, uma equiprocendência entre ambas, dada a concatenação interna entre as autonomias. Portanto, faz-se necessário o enfoque que atribua “*(...) aos portadores dos direitos subjetivos uma identidade concebida de maneira intersubjetiva*”, pois apenas assim a partir dessa concatenação interna entre autonomia privada e pública, e da compreensão de que não é possível aos sujeitos privados desfrutar das liberdades subjetivas enquanto não definirem, como integrantes do Estado de direito e atores numa democracia quais são os critérios pelos quais se realizará a igualdade material.

Ou seja, há uma aproximação entre o que é sustentado por Arendt, 1989 e por Habermas, 2002, p. 290, a ver:

As liberdades de ação individuais do sujeito privado e a autonomia pública do cidadão ligado ao Estado possibilitam-se reciprocamente. É a serviços dessa convicção que se põe a ideia de que as pessoas do direito só podem ser autônoma à medida que lhes seja permitido, no exercício de seus direitos civis, compreender-se como autores dos direitos aos quais devem prestar obediência, e justamente deles.

Assim, a dignidade apresenta algumas perspectivas de autonomia. Uma. Atinente a igualdade de autonomia para dispor as regras que dirigem sua própria vida⁷. Duas. Relacionada

⁷ Como explica de maneira clara e sucinta Habermas (2002, p. 290), esta autodeterminação em sentido Kantiano relaciona-se com a ideia de que cada pessoa determine e siga as normas que ela própria define para si.



à soberania popular, direitos à comunicação e participação a fim de que o cidadão possa se auto-organizar em comunidade.

No mesmo sentido, ao examinar o desenvolvimento do conceito de dignidade Rosas, 2013, p. 174 afirma que na modernidade houve uma extensão da dignidade. Contudo, ressalta que esta extensão em si não é suficiente, alertando que:

(...) o reconhecimento de que todos os seres humanos têm dignidade, como uma propriedade moral de base, e são merecedoras de igual respeito, deixa no entanto em aberto a consideração de outros aspectos da igualdade e de demonstração de respeito, nomeadamente em relação à distribuição de bem-estar, recursos, bens sociais primários ou capacidades (ou seja, qualquer métrica da igualdade num sentido mais substantivo). A distribuição mais adequada de qualquer uma destas métricas igualitária não fica resolvida nem sequer endereçada pela ideia de dignidade como igualdade básica e igual respeito. Em qualquer dos casos, à dignidade igual é uma poderosa noção social e política e funciona em oposição, ou contraposição, face à desigualdade de base pré-moderna (2013, p 176)

Ou seja, Rosas, 2013 argumenta que a dignidade sem a busca pela igualdade, sobretudo em relação à distribuição de bem-estar, não se mostra apta e suficiente à alcançar o sentido mais substantivo de igualdade (igualdade material). Não bastando, portanto, a ideia de dignidade com o sentido de igual respeito à autonomia privada.

O que nos faz, retomar à afirmação enfatiza Habermas, 2002, p. 231, de que “*as injustas condições sociais de vida da sociedade capitalista devem ser compensadas com a distribuição mais justa dos bens coletivo*”.

Desse modo, tem-se que: a) dignidade é autonomia privada para decidir quais regras dirigem a própria vida; b) dignidade é autonomia pública, ou seja condição de participação na vida política, como cidadão para construir intersubjetivamente, no exercício do *status* político as normas de auto-organização em uma comunidade; c) dignidade é a distribuição mais justa e igualitária dos bens produzidos em sociedade.

Assim, Habermas, 2002, p.229 esclarece que o papel das Constituições modernas é justamente o de elencar quais foram as decisões, leia-se, os direitos, que os cidadãos, jurisconsortes livres e iguais, decidiram se impor mutuamente, de maneira intersubjetiva, vejamos:

As constituições modernas devem-se a uma ideia advinda do direito racional, segundo a qual os cidadãos, por decisão própria, se ligam a uma comunidade de jurisconsortes livre e iguais. A constituição faz valer exatamente os direitos que os cidadãos precisam reconhecer mutuamente, caso queiram regular de maneira legítima seu convívio com os meios do direito positivo. Aí já estão pressupostos os conceitos do direito subjetivo e da pessoa do direito enquanto indivíduo portador de direitos. Embora o direito moderno fundamente relações de reconhecimento intersubjetivo sancionada por via estatal, os direitos que daí decorrem asseguram a integridade dos respectivos sujeitos em particular, potencialmente violável. Em última instância, trata-se de defesa dessas pessoas individuais do direito, mesmo quando a integridade do indivíduo – seja no



direito, seja na moral – dependa da estrutura intacta das relações de reconhecimento mútuo.

Retomando a digressão histórica perpetrada por Rabossi, 1993, explica porque a Carta Internacional de Direitos Humanos de 1948 culminou na elaboração de dois documentos distintos, quais sejam, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e seu protocolo adicional, e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, esclarecendo que logo após o término da Segunda Guerra Mundial havia um enfrentamento entre o Leste e o Oeste do ocidente.

No mesmo sentido Habermas, 2002, p. 294, esclarece que o paradigma jurídico liberal dominante encobre a coesão interna entre Estado de direito e democracia. Assim, tece críticas à concepção jurídica liberal dominante, esclarecendo a perspectiva do Estado social surgiu para se contrapor aquela, bem como explica que só é possível alcançar a justiça social por meio de poder juridicamente, vejamos:

Essa “sociedade de direito privado” é feita sob medida em relação à autonomia dos sujeitos do direito, que, no papel de integrantes do mercado, procuram realizar de forma mais ou menos racional os próprios projetos de vida. Vincula-se a isso a expectativa normativa de que se possa alcançar a justiça social pela garantia de um *status* jurídico negativo como esse, ou seja, pela delimitação de esferas de liberdade individuais. O modelo do Estado social desenvolveu-se a partir de uma crítica consistente a essa suposição. A contestação que se faz é evidente: se a liberdade do “poder ter e poder adquirir” deve garantir justiça social, então é preciso haver uma igualdade do “poder juridicamente”.

Assim, entendemos que não basta a afirmação de que a proteção à dignidade humana advém pelo simples fato de ser humano, pois com a mera afirmação de proteção em abstrato do ser humano o mesmo não se encontra protegido, uma vez que o vínculo jurídico com Estado impacta na tutela da dignidade, por meio da defesa dos direitos humanos, tanto no âmbito interno do Estado quanto na órbita internacional.

Ademais, dignidade não quer dizer, tão somente autodeterminação, mas também possibilidade de participação social, como cidadão, decidindo as normas intersubjetivamente, exercendo o *status* político.

Além disso, não é possível efetivar a proteção da dignidade sem perpassar pela igualdade, tanto igualdade de respeito pela autonomia privada, quanto igualdade no que concerne ao acesso a bens e direitos fundamentais produzidos em sociedade.

Desse modo, revela-se que só é possível o pleno gozo da proteção a dignidade humana a partir do reconhecimento da interdependência e inseparabilidade de todos os direitos humanos. A fim de aclarar ainda mais tal afirmação nos valeremos do termo utilizado por Habermas, 2002, para tratar da coesão interna entre direitos humanos e democracia, qual seja, equiprimordialidade, o qual pode ser transportado para o exame dos direitos humanos em si,



isto é, há uma verdadeira equiprimordialidade entre os direitos humanos, classicamente, segregados entre direitos civis e econômicos (em uma perspectiva atomista em gerações).

É exatamente nesse sentido que o Preâmbulo do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966, e inserido no direito brasileiro por meio do Decreto no 591, de 6 de julho de 1992 dispõe:

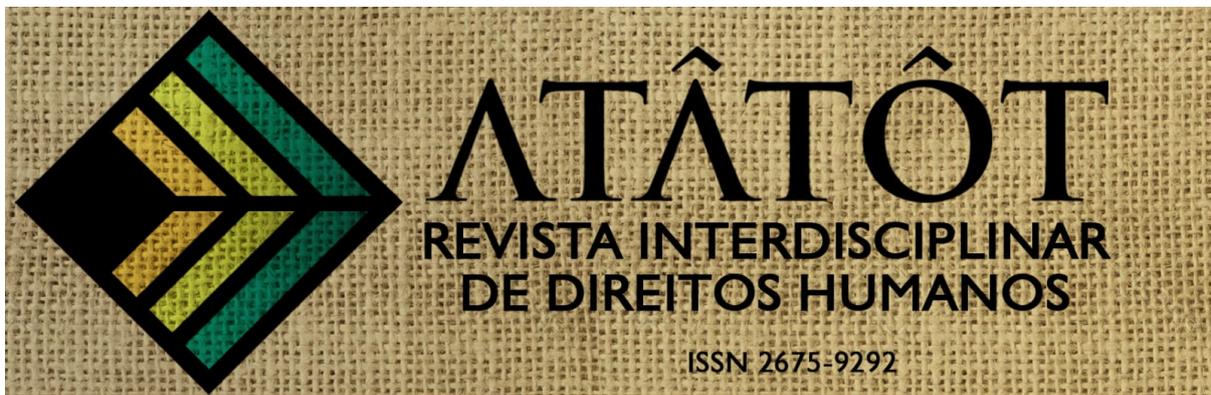
Reconhecendo que, em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos do Homem. O ideal do ser humano livre, liberto do temor e da miséria. Não pode ser realizado a menos que se criem condições que permitam a cada um gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, assim como de seus direitos civis e políticos Considerando que a Carta das Nações Unidas impõe aos Estados a obrigação de promover o respeito universal e efetivo dos direitos e das liberdades do homem, Compreendendo que o indivíduo, por ter deveres para com seus semelhantes e para com a coletividade a que pertence, tem a obrigação de lutar pela promoção e observância dos direitos reconhecidos no presente Pacto.

Ante ao reconhecimento da interdependência entre os direitos humanos a fim de alcançar a proteção da dignidade humana, passamos à análise da efetividade do direito social à saúde pública no Brasil, por meio das lentes do orçamento público que lhe é direcionado.

4. Orçamento Público como Instrumento de Análise da Efetivação do Direito à Saúde Pública no Brasil

O porquê da escolha da fiscalidade, isto é, tributação e orçamentação como lente para observar a efetividade do direito à saúde pública no Brasil retoma às razões, baseadas em diversos autores, apresentadas por Martin, Mehrotra e Prasad (2009, p. 2), que aqui podem ser sistematizadas, dentre outras, em: a) os dados sobre receitas (e despesas) são abundantes; b) os registros fiscais estão entre os primeiros sobreviventes registros escritos; c) tributação estabelece um das relações mais amplamente e persistentemente experimentadas que os indivíduos têm com o seu governo; d) Porque a ordem social depende do estado, e o estado depende dos recursos fornecidos pela tributação, essa relação pode ser renegociada, mas não será eliminada; e) os recursos extraídos por meio da tributação tornam possíveis as ações estatais. Convém ressaltar que todos os argumentos atinentes à tributação mantêm identidade ou aproximação com o gasto público, isto é, a orçamentação⁸.

⁸ A análise da sociedade por meio das escolhas fiscais é defendida por Schumpeter, 1991. Este autor atribui a Goldscheid o mérito de ter sido o primeiro a enfatizar a relevância do aspecto fiscal no exame das sociedades. Assim, para Schumpeter, 1991 o aspecto da política fiscal do Estado tem grande impacto no desenvolvimento da economia e conseqüentemente é um instrumento apto a fornecer uma ótica para a compreensão da sociedade, haja vista que a partir da observação da política fiscal de um Estado é possível compreender toda a forma de vida de uma sociedade - inclusive aspectos culturais.



Assim, passaremos ao estudo da normatização do direito humano-fundamental à saúde pública, e em seguida faremos a análise da adequação perspectiva teoria canônica que sustenta a progressividade dos direitos sociais ao Brasil, por meio das disposições orçamentarias.

Em breve digressão acerca da positivação dos direitos humano-fundamentais no direito constitucional brasileiro, verifica-se que a Constituição Imperial de 1824 trazia, um amplo rol de direitos chamados individuais, habitualmente classificados como de primeira geração, inserto no art. 179, contendo 35 incisos, contudo, os mesmos tinham pouco ou nenhuma efetividade social, basta lembrar que a escravidão só fora formalmente abolida em 1888.

Por sua vez a Constituição Republicana de 1891, tampouco trouxe acréscimos aos direitos humano-fundamentais, embora os direitos políticos tenham sido concedidos aos cidadãos brasileiros maiores de 21 anos, foram excluídos os analfabetos, os mendigos, os praças militares e os integrantes de ordens religiosas que impusessem renúncia à liberdade individual (art. 70).

Desse modo, embora tenha havido positivação de direitos humano-fundamentais nas primeiras Constituições brasileiras, tal normatização não significou de fato, sequer minimamente, efetividade e tutela dos direitos ali erigidos.

A Constituição de 1934 alterou sensivelmente a tutela dos direitos humano-fundamentais no Brasil, haja vista que a mesma, elencava um amplo rol de direitos e garantias individuais, as quais incluíam as tradicionais liberdades civis, e pela primeira vez no Brasil, o mandado de segurança (art. 113, nº 33) e a ação popular (art. 113, nº 38).

Além disso, na Constituição de 1934 não só o direito de propriedade foi garantido como não mais poderia “ser exercido contra o interesse social ou coletivo” (art. 113, XVII): chegando ao nosso Direito a ideia de função social da propriedade. De modo que é possível afirmar que tão somente em 1934, com os direitos sociais, inicia-se a efetiva tutela dos direitos humano-fundamentais no constitucionalismo brasileiro. Haja vista, que além da positivação a Constituição de 1934 passa a prever instrumentos jurídicos com vistas a garantir a efetividade dos direitos tutelados.

Desse modo, verifica-se que a primeira geração de direitos humano-fundamentais constitucionalmente assegurados no Brasil tratou teve como conteúdo os chamados direitos sociais, os quais conforme a categorização clássica se encontram na segunda geração.

Por sua vez, a Constituição de 1937 demonstra a inadequação da teoria geracional e progressista à realidade brasileira, haja vista que embora tal Constituição tutelasse direitos sociais, retroagiu no que toca os chamados direitos individuais. Por exemplo, ao passo que trazia a admissibilidade de pena de morte em diversas situações que tangenciavam o crime político (art. 13), e a previsão de censura prévia da imprensa e de outros meios de comunicação (art. 15, alínea “a”), mantinha os direitos trabalhistas (art. 137) previstos anteriormente na Constituição de 1934.



Nesse sentido, com espanto comenta Flávio Galdino, 2005, p. 173 que:

Após a revolução de 1930, notadamente a partir de 1937, ocorre curioso fenômeno. Em um Estado totalitário, em que a representação política não passava de fachada, e em que os direitos individuais não eram tutelados, floresceram os direitos sociais - em verdade, se for o caso, a primeira geração brasileira de direitos fundamentais.

Desse modo, sustenta-se que não há que se falar em aplicação da teoria das gerações dos direitos humano-fundamentais à realidade brasileira. Tanto em razão da tutela efetiva ter se iniciado com os direitos sociais e não com os direitos liberais, quanto pela visível ausência de evolução progressiva, haja vista que o breve escorço histórico das constituições brasileiras releva movimentos ora de avanço ora de retrocesso.

No que tange, especificamente, o direito à saúde, em que pese a Constituição Federal de 1946 atribuisse competência à União para legislar sobre a proteção à saúde (art. 5, XV, b), tal direito só com a Constituição Federal de 1988 o direito à saúde foi expressamente previsto como direito social (art. 6º). Além disso, passou-se a prevê, na Constituição de 1988, a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para cuidar da saúde, bem como previu em diversos artigos, dentre eles o art. 167, garantias para o custeio da saúde pública.

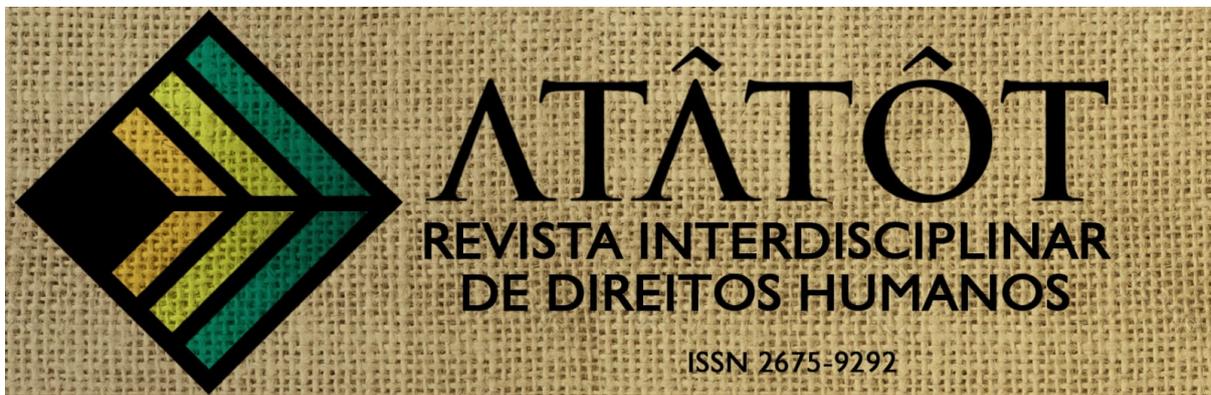
Aqui importa observar que dada à conformação constitucional do direito à saúde o mesmo se revela como um excelente instrumento para aferição da efetividade da cidadania, nos termos em que possibilita evidenciar as tensões entre Estado democrático e economia capitalista, como bem registra Fleury (2012, p. 159):

Ainda que o direito moderno traga implícita a utopia democrática da igualdade, como nos ensina Gramsci em Maquiavel (1980), a cidadania, como status jurídico e político a ser consolidado em cada situação concreta, é também o espaço de lutas pela democratização da esfera pública e do Estado. Ao assumir a saúde como direito universal de cidadania, sem requisitos de contribuição prévia ou prova de incapacidade, o seu exercício passa a depender das necessidades dos indivíduos e das condições asseguradas pelo Estado para que o direito na lei se transforme em direito em exercício. Estas condições dependem das relações entre as forças sociais presentes na conjuntura.

Nesse sentido, no que tange, especificamente, o direito à saúde pública, verifica-se que a Constituição Federal brasileira de 1988, ora em vigor, delinea como deve se efetivar o direito à saúde pública, o que de logo demonstra o interesse em proteger tal direito.

Assim, para alcançar os objetivos elencados pela Constituição da República, há diversos dispositivos que dispõe do orçamento público destinado à saúde, de modo a tutelá-lo e garantir a sua máxima efetividade. Portanto, qualquer alteração normativa relacionada a esse direito fundamental é de extrema importância, vez que pode significar o alcance do programa delineado pelo Poder Constituinte Originário para o sucesso, ou sua total inocuidade.

Desse modo, o Sistema Único de Saúde, por meio do qual o direito público à saúde é efetivado no Brasil possui desde a sua estruturação constitucional previsão de receitas.



Contudo, tal regime de captação de recursos foi alterado pela a emenda constitucional nº 86 de 2015 que trouxe o chamado orçamento impositivo; e a emenda constitucional nº 95 de 2016 que instituiu o novo regime fiscal.

Os institutos acima mencionados modificaram substancialmente os dispositivos constitucionais que versam sobre o orçamento público, sobretudo, aqueles destinados à promoção da saúde.

Nesse desiderato, verifica-se que as atuais alterações na moldura constitucional atinentes ao custeio do direito humano-fundamental à saúde pública – implementadas por meio das emendas constitucionais nº 86 de 2015 e nº 95 de 2016⁹ - retratam o ínfimo interesse político atual do estado brasileiro de garantir o gasto mínimo material em saúde pública, bem como revelam a impropriedade de utilização da teoria geracional dos direitos fundamentais à realidade brasileira, haja vista que é visível a ausência de tutela progressiva, uma vez que as emendas constitucionais acima mencionadas demonstram profunda retroação.

No mesmo sentido, para além da análise técnico-jurídica, convém questionar se as Emendas Constitucionais, ora em comento, possuem legitimidade, nos termos em que conceituada por Habermas, 2002, p. 242, uma vez que para este:

É bem verdade que o direito positivo só exige comportamentos *legais*; no entanto, ele precisa ser *legítimo*: embora dê margem aos motivos da obediência jurídica, deve ser constituído de maneira que também possa ser cumprido a qualquer momento por seus destinatários, pelos simples respeito à lei. Uma ordem jurídica é legítima quando assegura por igual a autonomia de todos os cidadãos. E os cidadãos só são autônomos quando destinatários do direito podem ao mesmo tempo entender-se a si mesmos como autores do direito. E tais autores só são livres enquanto participantes de processos legislativos regrados de tal maneira e cumpridos sob tais formas de comunicação que todos possam supor que as regras firmadas desse modo mereçam concordância geral e motivada pela razão. Do ponto de vista normativo, não há Estado de direito sem democracia. Por outro lado, como o próprio processo democrático precisa ser institucionalizado juridicamente, o princípio da soberania dos povos exige, ao inverso, o respeito a direitos fundamentais sem os quais simplesmente não pode haver um direito legítimo: em primeira linha o direito a liberdades de ação subjetivas iguais, que por sua vez pressupõe uma defesa jurídica individual e abrangente.

⁹ Os aspectos mais austeros das emendas constitucionais mencionadas são: Após a vigência da Emenda Constitucional nº 86 de 2015, o limite mínimo corresponde a 15% da receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro da União. Ademais, com a emenda nº95 de 2016 o orçamento da saúde, apenas, será corrigido monetariamente de acordo com a variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo- IPCA ou de outro índice que vier a substituí-lo. Logo, nos exercícios posteriores a 2017 não haverá nova deliberação acerca do incremento da receita destinada ao custeio da saúde, ainda que haja aumento da receita, mas tão somente a correção monetária daquela outrora definida. O IPCA – Índice de Preços ao Consumidor Amplo é o indicador oficial do Governo Federal para medição das metas inflacionárias, disponibilizado pelo IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Além disso, a emenda nº95 de 2016 a receita atribuída à União oriunda da participação no resultado ou da compensação financeira pela exploração de petróleo e gás passará a integrar o percentual mínimo constitucionalmente definido. Ou seja, a partir da vigência da emenda constitucional nº 86 de 2015, tal parcela deixará de ser um incremento à receita destinada à promoção da saúde para compor a receita básica. Por fim, importa mencionas que o art. 1º da Emenda Constitucional nº 95 de 2016, que traz o novo regime fiscal, impõe que as normatizações ali erigidas vigorarão por vinte exercícios financeiros, leia-se por vinte anos.



Ou seja, será que as Emendas Constitucionais 86/2015 e 95/2016 assegura a igual autonomia de todos os cidadãos? É possível afirmar que tais emendas exprimem a concordância de todos os cidadãos? Será que os cidadãos brasileiros se sentem destinatários e concomitantemente autores de tais emendas? Em razão dos limites do presente trabalho essas indagação não serão mais profundamente elaboradas, contudo reconhecemos aqui a importância das mesmas.

Além disso, urge observar que como bem registra Pinto (2017, p. 23) analisar as regulamentações orçamentárias que definem o gasto mínimo em saúde impõe ter em conta os postulados constitucionais da máxima eficácia dos direitos fundamentais, da qual erigem a progressividade e a vedação ao retrocesso, sob pena de total descrédito e mácula aos ditames constitucionais que definem o custeio de tal direito

Assim, a mezinha teorização a respeito do custo dos direitos sociais, ditos prestacionais, - um dos pilares da teoria canônica (geracional) dos direitos fundamentais - corrobora com políticas públicas que realizam cortes das alocações orçamentárias para tais direitos. Ou seja, a teoria da suposta gratuidade de certos direitos lastreia a orçamentação austera para a saúde pública brasileira.

5. Considerações Finais

No presente trabalho observou-se que a análise do orçamento estatal permite verificar a opção ideológica adotada, na qual costumeiramente se contrapõem dois valores: liberdade e igualdade, ambos relacionados à dignidade.

Ou seja, duas lógicas demonstram-se contrapostas: a) a lógica do mercado – na qual o indivíduo acessa os bens em função de sua posição no mercado, quanto melhor o *locus* ocupado mais bens; b) a lógica da cidadania – para acessar os direitos basta cidadania, e aqui os direitos sociais são elementos de pertencimento.

Nesse desiderato, pode-se afirmar que de acordo com a dignidade material, ou seja, aquela que não se limita à autonomia, dignidade implica intangibilidade de certas condições de existência. Aqui os direitos ditos sociais, com ênfase no direito à saúde pública, ganha relevância.

Ademais, o presente estudo demonstrou que a teoria canônica (geracional) dos direitos humano-fundamentais é inadequada à realidade brasileira, haja vista que o discurso de tutela linear e expansiva dos direitos humanos não se sustenta frente o breve esboço histórico das constituições brasileiras o qual releva movimentos ora de avanço ora de retrocesso. No que concerne, especificamente, o direito à saúde o mesmo se encontra em grave retrocesso perpetrado pelas emendas constitucionais supramencionadas.



Por fim, importa ressaltar que os direitos são instrumentos contra a vulnerabilidade humana, portanto, a falta de efetividade dos direitos sociais, perpetrada por políticas orçamentárias de austeridade, tende a maximizar tal vulnerabilidade. Assim, a teoria geracional que dissemina a suposta distinção natural de direitos humano-fundamentais entre gratuitos e vultosos tão somente corrobora com tal fragilização.

Ante ao que fora exposto sustenta-se que não há que se falar em superioridade teórica, histórica, nem tampouco ontológica dos direitos ditos não prestacionais. Ademais, como se viu todos os direitos implicam prestações (custos), razão pela qual a efetividade de certos direitos em detrimento de outros denota tão somente certa concepção política e jamais uma necessária ascendência de certos direitos.

Nesse desiderato, verifica-se que as atuais alterações na moldura constitucional atinentes ao custeio do direito humano-fundamental à saúde pública – implementadas por meio das emendas constitucionais nº 86 de 2015 e nº 95 de 2016 - retratam o ínfimo interesse político atual do estado brasileiro de garantir o gasto mínimo material em saúde pública.

Assim, a comezinha teorização a respeito do custo dos direitos sociais, ditos prestacionais, corrobora com políticas públicas que realizam cortes das alocações orçamentárias para tais direitos. Ou seja, a teoria da suposta gratuidade de certos direitos lastreia a orçamentação rígida para a saúde pública brasileira.

6. Bibliografia

ARENDDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Cia das letras, 1989.

BALDI, César Augusto. Secularismo, Islã e o “muçulmano”. No texto: p. 139-152. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/1077>> acesso em: 01 de dezembro de 2018.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. RDE. *Revista de Direito do Estado*, v. 21, p. 123-160, 2011.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos* / Norberto Bobbio; tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. — Nova ed. — Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. — 7ª reimpressão.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> acesso em: março de 2017.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br>>. Acesso em março de 2017.



Cançado Trindade Questiona a Tese de "Gerações de Direitos Humanos" de Norberto Bobbio. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_bob.htm> acesso em: 30 de setembro de 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, Direito constitucional. 6. Ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. Curso de Teoria Geral do Direito: o construtivismo lógico-semântico. São Paulo: Noeses, 2009.

COELHO, Saulo de Oliveira. Reconhecimento, Experiência e Historicidade: considerações para uma compreensão dos Direitos Humano-Fundamentais como (in) variáveis principiológicas do Direito nas sociedades democráticas contemporâneas. In: SOBREIA; FARIAS; OLIVEIRA JR. Filosofia do Direito. Florianópolis: Conpedi/FUNJAB, 2012, p. 289-310.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Editora JusPodivm, 2008.

FLEURY, Sonia. Desigualdades Injustas: o contradireito a saúde. *Psicologia e Sociedade* (Impresso), v. 23, p. 45-52, 2011.

FLEURY, Sonia. Direitos sociais e restrições financeiras: escolhas trágicas sobre universalização. *Ciência e Saúde Coletiva* (Impresso), v. 16, p. 2686-2688, 2011

FLEURY, Sonia. Judicialização pode salvar o SUS. *Saúde em Debate*, v. 36, p. 159-161, 2012.

FLEURY, Sonia. OUVÉRY, A. L. M. O sistema único de saúde brasileiro? Desafios da gestão em rede. *Revista Portuguesa e Brasileira de Gestão* (Rio de Janeiro), v. 11, p. 74, 2012.

FLEURY, Sonia. Welfare State in Latin America: reforms, innovations and exhaustion'. *Cadernos de Saude Publica*, v. 33, p. ISSN 0102-311X, 2017.

GALDINO, Flávio. Introdução à teoria dos custos dos direitos: os direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005.

HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro. São Paulo: Loyola, 2002.

HOLMES, Stephen & SUSTEIN, Cass R. *The Cost of rights: Why liberty depends on taxes*. New York: Norton, 1999. IDEA - International Institute for Democracy and Electoral Assistance. *Voter Turnout since 1945: a global report*. Estocolmo: Idea, 2002.

HOLMES, Stephen, SUSTEIN, Cass Robert, *El costo de los derechos: Por qué la libertad depende de los impuestos*, tr. esp., Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2011, Presentación, Introducción.



LAFER, Celso. A internacionalização dos direitos humanos: o desafio do direito a ter direitos. In: AGUIAR, Odílio; PINHEIRO, Celso; FRANKLIN, Karen. (orgs) Filosofia e direitos humanos. Fortaleza: UFC, 2006.

MARTIN, Isac William. MEHOTRA, Ajay K. Mehrotra. PRASAD, Monica. The New Fiscal Sociology: Taxation in Comparative and Historical Perspective. Cambridge: 2009.

O' CONNOR, James. Usa: A Crise do Estado Capitalista. Tradução de João Maia. São Paulo: Paz e Terra, 1977.

OFFE, Claus & RONGE, Volker. Dominação de Classe e Sistema Político. Sobre a Seletividade das Instituições Políticas. In: OFFE, Claus. Problemas Estruturais do Estado Capitalista. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. p. 122-139.

OFFE, Claus. Problemas Estruturais do Estado Capitalista. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

PECES – BARBA MARTÍNEZ, Gregório, *Curso de derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín oficial del Estado, Madrid, 1995, PP. 145 – 199.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Las generaciones de derechos fundamentales*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, 10, 1991, pp. 203- 217.

PINO, Giorgio, “Diritti sociali. Per una critica di alcuni luoghi comuni”, *Ragion pratica*, XLVII, 2, 2016, pp. 495-517.

PINTO, Élica Graziane. Um microssistema de tutela do custeio dos direitos sociais nos protege. Contas à Vista. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em 10.12.2016.

PIOVESAN, Flavia. Direitos sociais, econômicos e culturais e os direitos civis e políticos. *Sur, Rev. Int. direitos human.* [online].2004, vol. 1, n. 1, pp. 20-47. ISSN 1806-6445. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1806-64452004000100003>> acesso em 10.12.2016.

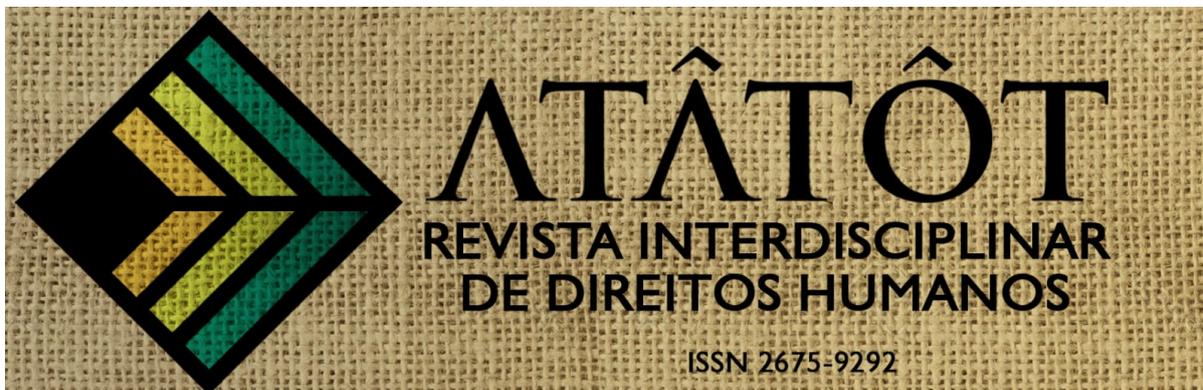
RABOSSI, E., “Los derechos humanos básicos y los errores de la concepción canónica”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, XVIII, 1, 1993, pp. 45-73.

RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos. 3 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016.

ROSAS, João Cardoso. Dignidade, direitos e democracia. In: COSTA, Marta Nunes (org.) Democracia, direitos humanos e justiça Global. Famacião: Húmus, 2013. p. 185-186.

SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. O Sistema Único de Saúde e suas diretrizes constitucionais. 2 ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2012.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Daniel Sarmento. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. Belo horizonte: Fórum, 2012.



SOUZA, Cláudio Pereira de; Daniel Sarmiento. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

TAYLOR, Charles. Argumentos filosóficos. São Paulo: Loyola, 2000.



**Derecho y Excepción:
La Violencia Estructural en el Control Penal**

**Direito e Exceção:
A Violência Estrutural do Controle Penal**

Antônio Leonardo Amorim

(Mestre em Direitos Humanos pela UFMS e professor da UFJ e da UNEMAT, Brasil)

E-mail: amorimdireito.sete@hotmail.com

André Luiz de Resende Júnior

(Acadêmico de Direito pela UFJ, Brasil)

E-mail: andreluiz25a@gmail.com

Resumen

Este artículo parte de una mirada crítica a la modernidad que pretende resaltar el papel de la violencia estructural que la constituyó en el Estado de Derecho Democrático. Se busca mostrar, a partir de una lectura que parte de la economía política de la pena, la operacionalización de los métodos de control penal en el centro y en los márgenes de la capital. Por tanto, se parte de una metodología dialéctica para resaltar las insuficiencias de las lecturas que entienden la modernidad como un fenómeno emancipatorio y desvelan las contradicciones del movimiento real de control penal moderno que se estructura a partir de una violencia estructural y organizada. En base a eso, se busca comprender cómo se desarrollan los procesos de mediación del capital con las instituciones de control criminal. Finalmente, analiza cómo el derecho opera en conjunto con la excepción de sí mismo para constituir una excepción permanente a las clases subordinadas.

Palabras-clave: Control Penal; Derecho de excepción; Mediaciones; Violencia estructural.

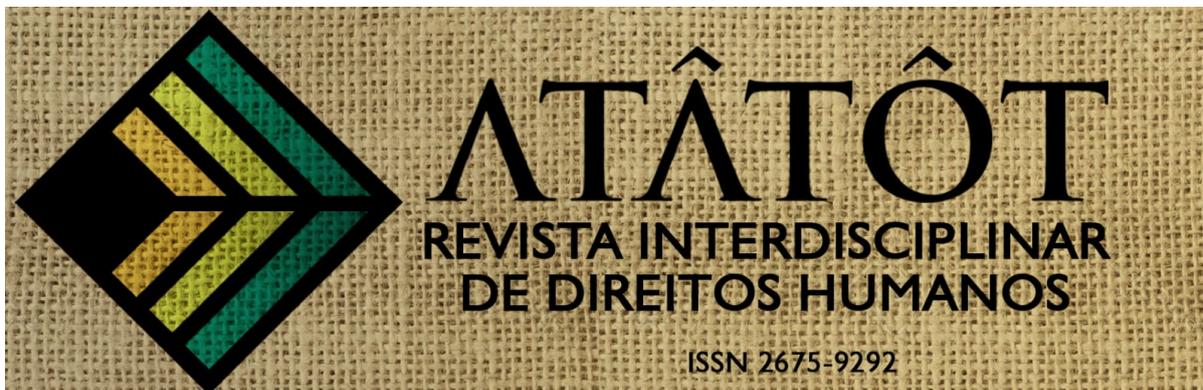
Sumário

O presente artigo parte de uma visão crítica da modernidade que visa assinalar a respeito do papel da violência estrutural que a constituiu no Estado Democrático de Direito. Busca-se evidenciar, a partir de uma leitura que parte da economia política da pena, a operacionalização dos modos de controle penal no centro e nas margens do capital. Logo, parte-se de uma metodologia dialéctica para evidenciar as insuficiências das leituras que entendem a modernidade enquanto fenómeno emancipatório e desvelar as contradições do movimento real do controle penal moderno o qual se estrutura a partir de uma violência que lhe é estrutural e organizado. A partir disso, visa-se compreender como se dão os processos de mediações do capital com as instituições de controle penal. Por fim, analisa-se como o direito opera conjuntamente com a exceção de si de modo a constituir uma exceção permanente as classes subalternas.

Palavras-chave: Controle Penal; Direito de Exceção; Mediações; Violência Estrutural.

Recebido em: 23/03/2021

Aceito em: 10/06/2021



1. Introdução

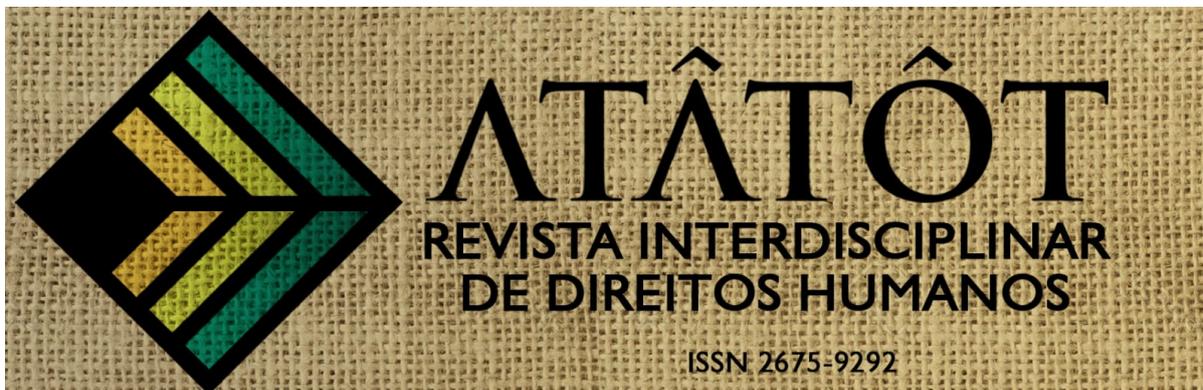
Pensar a modernidade a partir do pensamento benjaminiano é vê-la, pelo olhar dos vencidos da história, como um movimento de expansão da barbárie. Walter Benjamin (1987) pensa esse processo como uma tempestade destrutiva que impele a humanidade ao futuro. Essa tempestade é nomeada de progresso (LÖWY, 2018). Dessa forma, as relações modernas, bem como o direito, não se constituíram de modo emancipatório como as leituras tradicionais fazem parecer. A modernidade surge enquanto um processo de encobrimento do Outro que não deixou espaço a um verdadeiro processo de reconhecimento e construção mútuo (DUSSEL, 1994).

Nessa trilha, indaga-se sobre o movimento de dialética entre o direito e a exceção. Para tanto, se utiliza-se de uma metodologia dialética que coloca em movimento uma análise que visa explicitar as contradições do real em busca de superá-lo. Em outras palavras, trata-se de fazer a crítica da normatividade jurídica moderna e demonstrar como essa gerou as possibilidades para um direito que é instrumento, majoritariamente, da perpetuação de um regime de exceção contra a maior parte dos indivíduos que se manifesta de modo mais explícito no controle penal. Para tanto, a presente pesquisa divide-se em três momentos.

O primeiro deles marca a tentativa de explicitar como se constituem e se naturalizam os processos de violência inerentes a formação do direito como o é na sociedade capitalista. Para tanto utiliza-se da categoria de violência mítica de Benjamin (1986) com vistas a analisar como ela é intrinsecamente vinculada ao direito em égide. Abre-se espaço, assim, para o diálogo com uma noção de violência naturalizada que permeia as instituições costumeiramente (ŽIŽEK, 2014).

Posteriormente, pretende-se compreender como se configuram as mediações entre as instituições de controle penal em relação ao sistema sociometabólico do capital. Para isso, a noção de mediações de segunda ordem parece central para operacionalizar as instituições carcerárias, as instituições policiais, e as políticas criminais. Essas instituições entrelaçam-se de modo a perpetuar a um regime de exceção que deixa em segundo plano as vidas humanas em prol de um controle sócio-penal que visa manter a expansão descontrolada do capital que desumaniza os sujeitos (MÉSZÁROS, 2016).

Por fim, sublinha-se a partir das lições de Rusche e Kirchheimer (2008) que o desenvolvimento do capitalismo se exigiu um novo modelo de disciplina, de repressão e de punição que lhe fosse correspondente. Nesse cenário, nos países centrais, surge o cárcere e a pena de prisão como meio de disciplinar as massas pauperizadas para um novo regime de trabalho bem como eliminar os tidos como dispensáveis (MELOSSI; PAVARINI, 2017). Já nos Estados das margens surgem modos particulares de instrumentalização do direito marcados pela exceção que se constitui regra de modo a elevar a violência estrutural níveis qualitativamente maiores (BENITEZ MARTINS, 2018).



2. Direito e Exceção na Modernidade

O filósofo e sociólogo alemão Walter Benjamin em suas teses sobre o conceito de história argumenta que: “A tradição dos oprimidos nos ensina que o ‘estado de exceção’ em que vivemos é na verdade a regra geral” (1987, p. 226). Dessa forma, o autor contribui para a crítica das teorias consensualistas acerca do Estado e do próprio direito. A exceção deixa de ser pensada como um mero acaso ou imperfeição do Estado de direito e passa a ser pensada como uma das faces da dialética que o constitui.

Assim, o pensamento benjaminiano avança no sentido de “em vez de opor a cultura (ou a civilização) e a barbárie como dois pólos que se excluem mutuamente, ou como etapas diferentes da evolução histórica [...] os apresenta dialeticamente como uma unidade contraditória” (LÖWY, 2018, p. 75). Assim, a processualidade que constituiu o moderno só pôde realizar a partir de uma violência estrutural.

Essa perspectiva analítica encontra solo fértil na América Latina onde Enrique Dussel (1994) desvela que a modernidade para além de seu mito de emancipação utilizou-se de sua racionalidade provincial para justificar a violência e a barbárie perpetrada nesta margem do mundo. A modernidade se estruturou a partir de um processo violento de imposição de uma normatividade particular. Esse processo culmina na colonização do Outro, isto é, o não-europeu: “La ‘colonización’ de la vida cotidiana del indio, del esclavo africano poco después, fue el primer proceso ‘europeo’ de ‘modernización’, de civilización, de ‘subsumir’ (o alienar), al Otro como ‘lo Mismo’”¹ (DUSSEL, 1994, p. 49).

A compreensão de Benjamin a esse respeito fica evidente também na IX onde o autor visualiza a imagem do anjo da história que enxerga a catástrofe do moderno, mas não pode descer para impedi-la, pois, o progresso, em forma de tempestade, o impele para o futuro (BENJAMIN, 1987). Há de se notar que “[...] para ideologia conformista, o Progresso é um fenômeno ‘natural’, regido pelas leis da natureza e, como tal, inevitável, irresistível” (LÖWY, 2018, p. 93). Todavia, a visão benjaminiana “[...] sugere uma correspondência entre a modernidade - ou progresso - e a condenação ao inferno” (LÖWY, 2018, p. 93).

Ao pensar a questão da violência que estrutura a base de uma normatividade, Slavoj Žižek (2014) remete ao exemplo do Estado de Israel que segundo o autor é um “Estado que ainda não apagou a ‘violência fundadora’ de suas origens ‘ilegítimas’, recalcando-as para um passado intemporal” (ŽIŽEK, 2014, p. 99). Cabe, porém, lembrar que essa manifestação se torna aparente apenas devido a Israel ser um Estado recente. Dessa forma, “aquilo com que o

¹ "A" colonização "da vida cotidiana dos índios, dos escravos africanos logo depois, foi o primeiro processo" europeu "de" modernização ", da civilização, de" subsumir "(ou alienar) o Outro como" o mesmo " (Tradução nossa).



Estado de Israel nos confronta é simplesmente o passado apagado de todo e qualquer poder de Estado” (ŽIŽEK, 2014, p. 99).

Para Žižek (2014) a violência que funda os Estados modernos acaba por se naturalizar. Constitui-se assim, uma normatividade no qual a violência estrutural é invisibilizada e tida como uma não-violência.

Quando percebemos algo como um ato de violência, sua definição enquanto tal é orientada por um critério que pressupõe o que seria a situação não violenta ‘normal’ - ao passo que a forma mais alta de violência é justamente a imposição desse critério por referência ao qual certas situações passam a ser percebidas como ‘violentas’ (ŽIŽEK, 2014, p. 62).

A primeira função da violência é a de instituir o direito, por conseguinte, quando este direito já se encontra instituído essa servirá para sua manutenção (BENJAMIN, 1986).

Nesse passo, na tese VI, Benjamin (BENJAMIN, 1987) entende que a história tem sido a dominação e espoliação da maior parte da humanidade por aqueles que detém o poder, na nossa época: o capital. Desse modo, “[...] a elite dominante se apropria - pela conquista, ou por outros meios bárbaros - da cultura anterior e integra a seu sistema de dominação social e ideológico” (LÖWY, 2018, p. 79).

Após a instituição do direito estatal por meio da violência fundadora, que servirá para a manutenção da ordem posta, ou seja, longe de abstrações como a “garantia da ordem pública” a função da violência sistêmica é o da perpetuação do próprio Estado e das classes dominantes no poder. Por conseguinte, tem-se que “[...] o interesse do direito em monopolizar o poder diante do indivíduo não se explica pela intenção de garantir os fins jurídicos, mas de garantir o próprio direito” (BENJAMIN, 1986, p. 162). Assim, aqueles que fundam a normatividade, a partir do aparato do Estado, passam a determinar quais seriam os modos tidos como legítimos de violência de modo a perpetuar as relações de opressão.

Nesse passo, Agamben (2019) mostra que Estado de exceção não é a ausência de um Estado de Direito. A exceção convive não é a ausência da norma, mas sim uma zona de indeterminação que convive em seu paralelo. O autoritarismo encontra sua base na reprodução dessa dita excepcionalidade que abre margem a eliminação “de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam tão integráveis ao sistema político. (AGAMBEN, 2019, p. 13).

Em um cenário como esse as normas postas podem não apresentar força para vigorar ao mesmo tempo que outros atos apresentam valor prático de lei. Esse fenômeno normativo passa a ser cada vez mais comum mesmos nos Estados chamados de democráticos (AGAMBEN, 2019):

Esse deslocamento de uma medida provisória e excepcional para uma técnica de governo ameaça transformar radicalmente - e, de fato, já transformou de modo muito perceptível - a estrutura e o sentido da distinção tradicional entre os diversos tipos de



constituição. O estado de exceção apresenta-se, nessa perspectiva, como um patamar de indeterminação entre democracia e o absolutismo (AGAMBEN, 2019, p. 13).

Para Agamben (2019) a operacionalização da exceção não ocorre por um modelo de natureza ditatorial. O Estado de exceção é o momento em que a norma e sua ausência tornam-se cada vez mais turvas, indistinguíveis e indeterminadas: “o estado de exceção marca um patamar onde lógica e práxis se indeterminam e onde uma pura violência sem *logos* pretende realizar um enunciado sem nenhum referencial real (AGAMBEN, 2019, p. 63):

Não existem, primeiro, a vida como dado biológico natural e a anomia como estado de natureza e, depois, sua implicação no direito por meio do estado de exceção. Ao contrário, a própria possibilidade de distinguir entre vida e direito, anomia e nomos, coincide com sua articulação na máquina biopolítica (AGAMBEN, 2019, p. 132).

Esse tipo de operação ideológica que naturaliza a violência estrutural das sociedades que se manifesta pela exceção passa a justificar como mostra Mauro Iasi (2014) que aqueles que sejam assassinados nas favelas, presos a postes ou jogados em caçambas de viaturas sejam desumanizados. Essas práticas que são mobilizadas para o cerceamento da vida de determinados grupos se revertem de segurança pública sobre o falso pretexto de manutenção da ordem.

3. Mediações de Segunda Ordem e Controle Penal

Nesse segundo momento, busca-se compreender como, a partir de uma leitura que coloca a dialética da exceção como central, se constituem as relações entre as mediações que reproduzem o capital com o controle penal. Isto é, como esses dispositivos de controle permitem a perpetuação do atual modelo de sujeição dos seres humanos a ordem em élide.

Após a instituição do Estado por meio meios violentos, surge a necessidade de perpetuá-lo como aparelho ideológico do capital. Nesse passo, o capital pode consolidar o seu controle social por meio daquilo que Mészáros compreende como mediações de segunda ordem (BENITEZ MARTINS, 2011, p.42):

As mediações particulares de segunda ordem sustentam-se reciprocamente, impossibilitando contrabalançar a força alienadora e paralisante de qualquer uma isoladamente enquanto se mantiver intacto o poder de autorregeneração e autoimposição do sistema global (MÉSZÁROS, 2011, p. 180).

Mészáros (2014) entende que não poderia o capital ser hegemônico enquanto modo de organização social sem que existissem mediações para isso. Essas permeiam e estruturam as mais diversas instituições da modernidade para tornar possível a reprodução do sistema sociometabólico do capital que se encontra em constante expansão.



O papel do controle penal nesse processo pode ser melhor revelado a partir das contribuições do criminólogo Alessandro Baratta (2004) o qual defende que o desenvolvimento do capitalismo “[...] presupõe para el sistema capitalista una mayor exigencia de disciplina y de represión con el fin de contener la presión de las masas marginadas”² (BARATTA, 2004, p. 206). Portanto, a norma jurídica enquanto operadora dos processos que envolvem a introyção da disciplina e a expressão da repressão é fundamental para manter as condições para a perpetuação do modelo de gestão social em égide.

Como visto, não é possível compreender o controle penal sem entender onde está submerso, isto é, em quais relações sociais se estrutura. Desse modo, Benitez Martins (2011) explicita que modificações na ordem sociometabólica do capital produzem implicações fundamentais no modo de controle penal exercido pelo Estado.

Conforme Mészáros (2018) o sistema sociometabólico do capital encontra-se em um momento de crise estrutural devido aos limites encontrados por sua expansão descontrolada:

[...] tal crise é estrutural por ser não meramente econômica, mas sim uma crise de humanidade, uma “crise civilizacional”, como outros autores preferem nominar, que ativa elementos destrutivos das mediações sociais da ordem do capital. Para o autor, esta crise estrutural não significa o fencimento do sistema, muito ao contrário, seus mecanismos de reinvenção estão mais ativados que nunca, porém, ao não lograrem deslocar suas contradições com eficiência, podem caminhar para a barbárie, ou não, ou o socialismo é a saída organizada da classe trabalhadora (BENITEZ MARTINS, 2018, p. 77).

Como será visto mais adiante, essa crise pode colocar em movimento processos que aumente consideravelmente a operacionalização explícita da exceção sobre as classes subalternas. Esses processos podem ocorrer por caminhos diferentes e complementares que levam em conta desde o aumento da superexploração da mão de obra até mesmo a eliminação de excedentes de trabalhadores que são tidos como desnecessários a ordem produtiva (BENITEZ MARTINS, 2018).

Nesse passo, Benjamin já lembrava que é “[...] no exercício do poder sobre vida e morte, o próprio direito se fortalece, mais do que qualquer outra forma de fazer cumprir a lei” (BENJAMIN, 1986, p. 167). Isto é, por meio da exceção que o direito dialeticamente demonstra sua força com vistas a manutenção da ordem. Como lembra o autor, é necessário construir análises que deem conta desse fato. É fundamental não se deixar enganar pela ilusão do progresso visto que o desenvolvimento técnico pode ser utilizado para o aumento qualitativo da barbárie (BENJAMIN, 1987).

Nessa trilha, Benjamin (1987) compreende o fascismo como uma tentativa de estabilizar as relações de propriedades vigentes por meio da violência aberta. Mais que uma

² “[...] pressupõe para o sistema capitalista uma maior demanda por disciplina e repressão, a fim de conter a pressão das massas marginalizadas” (Tradução nossa)



pura regressão a um modelo anterior a ordem capitalista, as dinâmicas que o fascismo coloca em movimento visão a perpetuação das bases capitalistas. Para o autor: “As massas têm o direito de exigir a mudança das relações de propriedade; o fascismo permite que elas se expressem, ao mesmo tempo, conservando essas relações” (BENJAMIN, 1987, p. 195).

Ou seja, o autoritarismo, a guerra e o extermínio são possibilidades sempre presentes para a preservação da ordem de produção existente. A barbárie no capital em momentos de crise pode chegar a tal ponto que Benjamin (1987) entende que a alienação possibilita que os oprimidos vejam sua própria destruição com extasiados.

4. Controle Penal Moderno

Para compreender melhor a barbárie colocada em movimento no controle penal passa-se às lições de Rusche e Kirchheimer (2008) os quais entendem que cada sistema de produção possui um sistema de punição o qual deve corresponder às suas relações produtivas. Desse modo, para compreender os modos de punitivos deve-se recorrer a uma análise mais ampla que o próprio sistema penal, pois: “Os diferentes sistemas penais e suas variações estão intimamente relacionados às fases do desenvolvimento econômico” (RUSCHE e KIRCHHEIMER, 2008, p. 23).

Chama-se atenção, porém, que isso não significa dizer que há um princípio de ordem teleológico e etapista que guia os sistemas de punição ao longo da história. Cada sistema punitivo é estruturado tendo em vista as particularidades de sua estruturação material (BENITEZ MARTINS, 2018). Dessa forma, propõe-se a divisão dessa discussão em dois momentos. Ambos visam levantar hipóteses, a partir da economia política da pena, sobre como se operacionaliza o controle social e suas relações com o direito e exceção. Entretanto, o primeiro volta-se para a realidade dos países de centro do capitalismo e o segundo se propõe o desafio de pensar a questão a partir de uma realidade de capitalismo dependente como é o caso brasileiro.

4.1 Controle Penal no Centro

Ao partir dos ensinamentos de Rusche e Kirchheimer, os materialistas italianos Dario Melossi e Massimo Pavarini (2017) buscaram entender como ocorreu historicamente o sistema penal moderno. Os autores creditam ao jurista soviético Pachukanis a descoberta de que a privação de liberdade por um tempo determinado coloca em prática o princípio da equivalência que é basilar a forma do capital. No caso do direito penal, esse se particulariza em retribuição



equivalente. Portanto, “A ideia de privação de um *quantum* de liberdade [...] como hipótese dominante de sanção penal, só pode realizar-se de fato com o advento do sistema capitalista de produção (MELOSSI; PAVARINI, 2017, p. 262).

Nessa trilha, em seus estudos sobre a instituição carcerária e sua relação com a constituição do proletariado europeu desvelam que:

[...] expropriados dos meios de produção e expulsos do campo - o violento processo de acumulação primitiva do capital nos séculos XV e XVI -, os camponeses se concentraram nas cidades, onde a insuficiente absorção de mão-de-obra pela manufatura e a inadaptação à disciplina do trabalho assalariado originaram a formação das massas de desocupados urbanos (CIRINO DOS SANTOS, 2017, p. 5).

Dessa forma, a instituição carcerária, que encontra sua origem nas casas de trabalho européias, possuem um objetivo coercitivo que pretende reafirmar a ordem social burguesa. O cárcere busca em sua primeira fase disciplinar as populações pauperizadas, mesmo que de modo violento, a se tornarem proletários que não coloquem a ordem econômica em perigo (MELOSSI; PAVARINI, 2017).

Nessa trilha, Baratta (2004) entende que ao contrário do entendimento da criminologia clássica de que a prisão teria como finalidade a reinserção do criminoso à sociedade e essa se justificaria pelo princípio do bem e do mal, visão de base contratualista, a instituição carcerária se mostrou, de fato, como um meio de disciplina e controle das classes marginalizadas pela ordem do capital: “[...] la vida en la cárcel, como universo disciplinario, tiene un carácter represivo y uniformante³” (BARATTA, 2004, p. 194).

A tese central defendida aqui é a de que a estruturação do sistema penal ao invés de cumprir sua finalidade professada por seus ideólogos, serve a uma mediação de segunda ordem que possui sua centralidade na ordem sociometabólica do capital. Portanto, contra a pretensa neutralidade e técnica enunciada quanto ao sistema penal, deve ser desvelada a profunda barbárie que o estrutura, nos seguintes termos:

Todo este recorrido histórico nos afasta de uma narrativa romântica, típica da dogmática penal, de que o Iluminismo representou avanços humanitários e que a superação dos suplícios e penas cruéis de forma geral e definição da pena de prisão foram fruto da evolução social (BENITEZ MARTINS, 2018, p. 41).

Ademais, conjuntamente com a função de disciplina e de controle do cárcere na modernidade, esse também se presta a operacionalizar uma zona de exceção que permite a destruição da força de trabalho e da eliminação dos tidos como indesejáveis. Como Žižek (2014) lembra é a violência sistêmica que o capitalismo cria enquanto produto de uma ordem desigual indivíduos que são tidos como excluídos e dispensáveis:

³ [...] exercem efeitos contrários à reeducação e reintegração da pessoa condenada. (BARATTA, 2004, p. 194). Aliado a isso “[...] a vida na prisão, como universo disciplinar, tem caráter represivo e uniforme. (Tradução nossa).



[...] se, no mercado livre, a oferta de trabalho excede a demanda - determinado desemprego elevado e a conseqüente queda do nível salarial -, o “grau de subsistência” no interior da instituição penal tende, automaticamente, a reduzir-se. Ou seja, o cárcere volta a ser local de destruição de força de trabalho (MELOSSI; PAVARINI, 2017, p. 212).

Portanto, em tempos de crise o cárcere é acionado como um mecanismo de exceção que permite a segregação e até mesmo a eliminação de parcelas da população pauperizadas. Cárcere esse que demonstra sua real finalidade por meio da seletividade penal.

Nos países de capitalismo avançado a grande maioria da população carcerária diz respeito aos trabalhadores, principalmente, ao subproletariado que é instrumentalizado enquanto exército industrial de reserva (BARATTA, 2004). Por conseguinte, tem-se que “La misma estadística muestra, por otra parte, que más del 80% de los delitos perseguidos en esos países son delitos contra la propiedad⁴” (BARATTA, 2004, p. 210).

Assim, pode-se aferir que as populações etiquetadas pelo capital enquanto classes perigosas, apesar de determinadas de modo estrutural pelas relações sociais desiguais, são considerados como indivíduos desviantes e defeituosos (CIRINO DOS SANTOS, 2017).

Logo, como lembrou Žižek (2014, p. 142) “Não poderia toda a história da humanidade ser vista como uma normalização crescente da injustiça, trazendo consigo o sofrimento de milhões de seres humanos sem nome e sem rosto?”. Essa indagação reescrita a partir da perspectiva adotada neste trabalho poderia ser: não haveria uma relação refinada entre direito e exceção que opera de modo particular a depender os grupos sociais com que se analisa?

Mauro Iasi (2014) comenta a esse respeito que aquele que não se submete ao Estado e a sua ordem torna-se uma “não pessoa”, é um “bárbaro, um vândalo, um criminoso”. Talvez seja porque aquele que se volta contra o Estado e o direito pode colocar em xeque não apenas a norma que se contrapõe, mas o próprio Estado e o próprio direito. Portanto, torna-se oportuno lembrar a de que a “Possibilidade de que o poder, quando não está nas mãos do respectivo direito, o ameaça, não pelos fins que possa almejar, mas pela própria existência fora da alçada do direito” (BENJAMIN, 1986, p. 162).

4.2 Controle Penal nas Margens

O controle penal realizado em um país de economia dependente como é o caso brasileiro apresenta particularidades próprias. Ruy Mauro Marini (1981) desvendou que devido ao seu histórico colonial a América Latina se estruturou enquanto país exportador de produtos

⁴ "A mesma estatística mostra, por outro lado, que mais de 80% dos crimes processados nesses países são crimes contra a propriedade". (Tradução nossa).



primários para abastecer a indústria europeia de modo que sua economia orbitasse os países de capitalismo avançado.

Devido a este histórico de relações econômicas desiguais os países dependentes, como é o caso brasileiro, passaram a adotar uma maior exploração de mais-valia absoluta, tempo de trabalho excedente representado pela diferença entre o valor produzido em relação a remuneração do trabalhador, para compensar o lucro deficitário se comparado aos países centrais. Esse processo de superexploração do trabalho gerar uma atrofia do consumo interno que resulta na tendência de um grande exército industrial de reserva (MARINI, 1981).

Depreende-se assim a possibilidade de que um maior exército industrial de reserva pode implicar em meios repressivos mais rotineiros com vistas a manter níveis que não gerem problemas a ordem sociometabólica do capital. Dito de outro modo, o cárcere de um país dependente como o Brasil possui uma propensão ainda maior a contenção e eliminação dos indesejáveis pela ordem posta. Portanto, como mostra Benitez Martins (2018) a repressão brasileira alcança outro patamar qualitativo.

Ao recorrer a estruturação histórica nacional Benitez Martins (2018) concebe que o controle penal nacional possui uma raiz genocida que advém desde a colonização. A sociedade brasileira estrutura-se a partir de uma intensa desigualdade que permeia não só a questão social, mas também a racial. Nesse cenário, a linguagem do Estado não é outra que não seja a violência:

Isso significa que a violência é prática política permanente e não episódica, tendo em vista que a manutenção de uma ordem social nesses termos – racista e concentradora de riquezas – só é possível por meio da permanência de instrumentos de repressão continuada (BENITEZ MARTINS, 2018, p. 141).

Junto ao controle social de classe coloca-se também no Brasil o controle social de racializado. Nesse sentido, Góes (2017) entende que os modos de introjeção disciplinar realizados pelo sistema penal nacional sempre foram utilizados para a manutenção da ordem racista. O controle racial impôs a desumanização dos corpos negros os quais são objetos de violências estruturais, inclusive sua fase mais aparente que é o extermínio físico, para assegurar a ordem vigente.

Conforme Góes (2017) é a estruturação racista brasileira que operacionaliza e naturaliza o controle social e, por conseguinte, coloca as populações negras em uma situação de subcidadania. O racismo é fundamento para o caráter genocida do sistema penal brasileiro. Portanto, deve constituir objeto central para uma análise criminológica que vise compreender como se molda a violência sistêmica nessa margem (FLAUZINA, 2006).

Dessa forma, observa-se que a maior parte do exército industrial de reserva brasileiro advém de pessoas negras as quais ocupam os locais de emprego mais precarizados e são objeto maior do desemprego e das crises. Classe e raça se confundem de modo se serem questões fundamentais para a compreensão de punição e da repressão nessa margem.



Essa estruturação social pode encontrar suas raízes na estrutura colonial da qual não houve rupturas radicais das estruturas punitivas no caminho para o capitalismo dependente nacional (DUARTE, 2017). Direito e exceção se harmonizam na realidade brasileiro de modo a colocar em movimento um sistema de controle social, mais visível no âmbito criminal, que serve a perpetuação do capitalismo dependente latino-americano.

Nesse sentido, mais que apenas ser seletivo, o sistema penal produz aqueles que são etiquetados enquanto como criminosos que cabe ao estado, a partir de um paradigma etiológico que legitima uma política criminal de defesa social, neutralizar. Essa concepção jurídica hegemônica, porém, peca em perceber que não há consenso na sociedade de classes que é marcada pelo antagonismo social entre exploradores e explorados (BARATTA, 2004).

Mbembe (2018) chama atenção para o fato que “O processo histórico foi, para grande parte da nossa humanidade, um processo de habituação com à morte do outro” (p. 314, 2018). Esse fato é ainda mais presente em um país de origem colonial. A naturalização da barbárie e paralela ao desenvolvimento do modo de produção capitalista o qual sua expansão descontrolada não se sujeita qualquer limite (MÉSZÁROS, 2014).

Essa barbárie que, na realidade nacional, encontra sua imagem mais visível no genocídio e no cárcere das populações negras pauperizadas as quais não gozam de garantias jurídicas mínimas. Sociedade que aumenta suas desigualdades com o avanço das políticas neoliberais que encontram suas consequências mais perversas na realidade periférica (BENITEZ MARTINS, 2018). Essa nova etapa do capitalismo para Mbembe (2018) é marcada por um mundo que se:

[...] rebalcaniza em torno de enclaves, de muros e de fronteiras cada vez mais militarizadas, onde segue veemente a fúria em arrancar às mulheres seu véu e onde o direito à mobilidade é cada vez mais restrito para inúmeras categorias racialmente tipificadas (MBEMBE, p. 294, 2018).

Os novos condenados da terra são produtos de um controle e seleção de pressupostos raciais conhecidos (MBEMBE, 2018). O controle penal na periferia conjuga um aparente arcaísmo com o melhoramento tecnológico em operacionalização de novos modos de exclusão e morte a serviço da manutenção das desigualdades estruturais (DUARTE, 2017).

5. Considerações Finais

O direito e a exceção, de mesmo modo que a civilização e a barbárie, operam conjuntamente no desenvolvimento do capitalismo na modernidade. Desse modo, pode-se observar que a partir da lente dos povos oprimidos a modernidade significou o avanço desenfreado da barbárie. Por conseguinte, na realidade brasileira não se pode entender a



estruturação do capitalismo dependente nacional sem levar em conta o fato de que nunca se houve uma ruptura radicalizada com as estruturas datadas do período escravista.

Os processos de violência estrutural que permitem a reprodução do modo de produção em égide são naturalizados de modo a serem tidos como critérios de normalidade. A violência serviu tanto para instituir um Estado de Direito que serve, majoritariamente, a interesses das classes dominantes opondo-se aos anseios da maior parte de sua população quanto é instrumento para a manutenção da ordem vigente.

Nesse sentido, o controle social, e destaca-se sua dimensão no âmbito penal, é meio para disciplinar e controlar as classes subalternas. O sistema penal enquanto mediação é fundamental para manter a hegemonia do capital. Essas mediações que o sistema sociometabólico do capital necessita para sua reprodução se alimentam reciprocamente e visam alienar qualquer possibilidade de superação desse modelo.

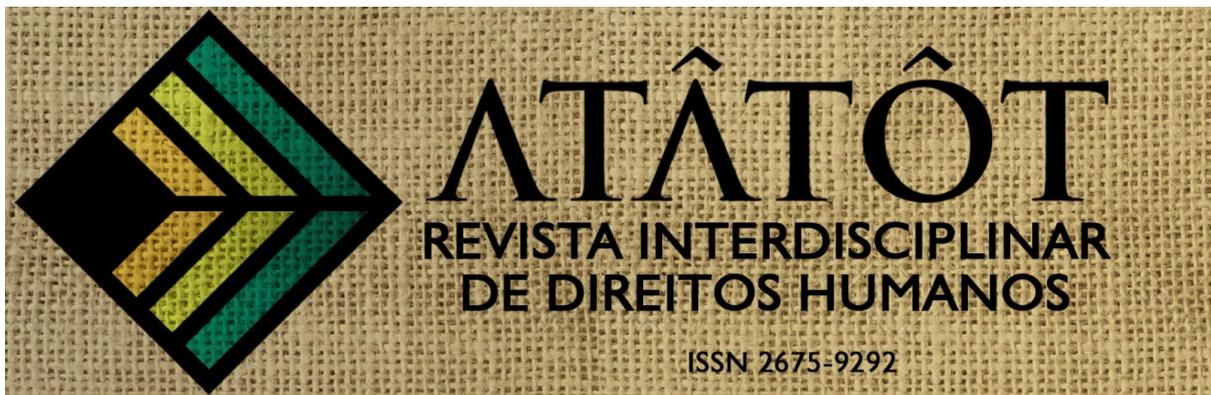
Dessa forma, como foi visto, cada sistema punitivo é marcado por um sistema de produtivo que o sustenta. Ou seja, os sistemas de punição e repressão são produtos das causas materiais que lhe geraram sendo necessário aquele que busca compreendê-los uma análise dessas. Mesmo que o capital tenha se estendido de modo global, cada localidade espacial possui suas particularidades que também devem ser analisadas.

O direito penal moderno surge a partir da generalização da noção de equivalência de modo que a sanção penal fosse um *quantum* de sua liberdade. Para longe das narrativas tradicionais que romantizam esse processo, o surgimento do cárcere na Europa foi meio para disciplinar as populações pauperizadas que foram expulsas de suas terras pelo processo nascente de industrialização.

O cárcere surge enquanto momento de domesticação da classe trabalhadora para que essa não oferecesse perigo aos proprietários do capital. Entretanto, essa não foi a única função do cárcere, também o é utilizado para a eliminação de excedentes populacionais que eram de pouca utilidade a ordem do capital.

A eliminação dos indesejáveis, isto é, o processo de extermínio que ocorre quando há um grande excedente do exército industrial de reserva é latente na realidade brasileira. O país localiza-se em uma região de capitalismo dependente, a América Latina. Dessa forma, há limites estruturais para a expansão de seu mercado interno e de sua industrialização de modo a produzir um grande excedente de pessoas inúteis a ordem produtiva.

A origem dessa realidade pode ser encontrada na estrutura desigual no qual se formou essa margem do mundo. Desigualdades que permeiam não somente classe, mas também raça. Local onde a violência é motor fundamental dos processos de sujeição dos pauperizados e em que o controle penal exprime seus traços mais genocidas. Classe e raça se conjugam de modo ao exército industrial de reserva brasileiro ser formado, majoritariamente, de pessoas negras. Processo que se intensifica durante os períodos de crise onde a exceção, que já é cotidiana,



torna-se um imperativo ainda mais geral. A desigualdade avança, na atual fase neoliberal, e as consequências desse processo são sentidas de modo mais latente em uma realidade que naturaliza o extermínio de seu povo.

6. Bibliografia

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. 2.ed - São Paulo: Boitempo, 2019.

BARATTA, Alessandro. **Criminología crítica y crítica del derecho penal**: introducción a la sociología jurídico-penal. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004.

BENITEZ MARTINS, Carla. **DISTRIBUIR E PUNIR?**: Capitalismo dependente brasileiro, racismo estrutural e encarceramento em massa nos governos do Partido dos Trabalhadores (2003-2016). 2018. 353 f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Sociologia, Universidade Federal de Goiás. Cidade de Goiás, 2018. Disponível em: <<http://repositorio.bc.ufg.br/tede/handle/tede/8995>>. Acesso em: 30 jan. 2020.

BENITEZ MARTINS, Carla. **O (des) controle social do capital**: contribuições para uma análise dialética da criminalização da juventude popular brasileira. 2011. 471 f. Tese (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, 2011. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/95764>>. Acesso em: 28 jan. 2020.

BENJAMIN, Walter. **Documentos de cultura, documentos de barbárie**: escritos escolhidos. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1986.

BENJAMIN, Walter. **Magia e técnica, arte e política**: Ensaio sobre literatura e história da cultura. Tradução: Sergio Paulo Rouanet. 3ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Prefácio. In: **Cárcere e fábrica**: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI -XIX). 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

DUARTE, Evandro. Formação do sistema penal no Brasil: perspectivas criminológicas a partir da crítica à modernidade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, p. 203-235, abr. 2017.

DUSSEL, Enrique. **1492 El encubrimiento del Otro**: Hacia el origen del "mito de la Modernidad". La Paz: Plural Editores, 1994

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão**: o sistema penal e o projeto genocida do Estado Brasileiro. 2006. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2006. Disponível em: <<https://repositorio.unb.br/handle/10482/5117>> Acesso em: 8 jul. 2020.



GÓES, Luciano. *PÁTRIA EXTERMINADORA: O PROJETO GENOCIDA BRASILEIRO*. *Revista Transgressões*, v. 5, n. 1, p. 53-79, 24 maio 2017.

IASI, Mauro. Violência, esta velha parteira: um samba-enredo. In: ŽIŽEK, Slavoj. *Violência*. Seis reflexões laterais. Posfácio. São Paulo: Boitempo, 2014.

LÖWY, Michael. *Walter Benjamin: aviso de incêndio: uma leitura das teses “Sobre o conceito de história”*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2018

MBEMBE, Achille. NECROPOLÍTICA: biopoder soberania estado de exceção política da morte. *Arte & Ensaios*, Rio de Janeiro, ed. 32, p. 151, 30 dez. 2016. Disponível em: <<https://www.procomum.org/wp-content/uploads/2019/04/necropolitica.pdf>> Acesso em: 4 abr. 2020.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI -XIX)*. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

MÉSZÁROS, István. *Para além do capital: rumo a uma teoria da transição*. São Paulo: Boitempo, 2016.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Tradução de Gizlene Neder. 2.ed - Rio de Janeiro: Revan, 2008.

ŽIŽEK, Slavoj. *Violência: seis reflexões laterais*. Tradução Miguel Serras Pereira. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2014.



Social Justice from Hayek's Perspective

A Justiça Social na Perspectiva de Hayek

Ana Paula de Castro Neves

(Doutoranda em Direitos Humanos/PPGIDH-UFG, Brasil)

E-mail: anapaula_castro@discente.ufg.br

Luciano Rodrigues Castro

(Doutorando em Direitos Humanos/PPGIDH-UFG, Brasil)

E-mail: ro.luciano88@gmail.com

Prof. Dr. Wagner de Campos Sanz

(Faculdade de Filosofia da UFG, Brasil)

E-mail: wsanz@ufg.br

Abstract

This article aims to present a study of Friedrich August von Hayek's critical approach, from the denomination to the application of Social Justice. To achieve this goal, we sought, through a descriptive theoretical research, to analyze the way in which Hayek's concepts are articulated through a detailed exposition of his works, above all, on the fundamentals of Social Justice.

Keywords: Justice; Social justice; Friedrich von Hayek.

Resumen

Este artículo tiene como objetivo presentar un estudio del enfoque crítico de Friedrich August von Hayek, desde la denominación hasta la aplicación de la Justicia Social. Para lograr este objetivo, buscarse, a través de una investigación teórica y descriptiva, analizar la forma por medio de la cual se articulan los conceptos de Hayek a través de una exposición detallada de sus trabajos, sobre todo, sobre los fundamentos de la Justicia Social.

Palabras-clave: Justicia; Justicia social; Friedrich von Hayek.

Sumário

Este artigo tem por objetivo apresentar um estudo da abordagem crítica de Friedrich August von Hayek, desde a denominação até a aplicação da Justiça Social. Para alcançar tal intento, buscou-se por meio de uma pesquisa teórica descritiva analisar a forma como se articulam os conceitos de Hayek por meio de uma exposição circunstanciada de suas obras, sobretudo, acerca dos fundamentos da Justiça Social.

Palavras-chave: Justiça; Justiça Social; Friedrich von Hayek.

Recebido em: 27/04/2021

Aceito em: 10/06/2021



1. Introdução

O presente trabalho se propõe a expor as ideias de Friedrich August von Hayek quanto à Justiça Social. O autor, ao iniciar a temática, ressalta que há um abuso da ideia de justiça social, o que “ameaça destruir a concepção de lei que fez dela a salvaguarda da liberdade individual”¹. Segundo Hayek, a ordem de mercado favorece as melhores interações entre os diversos indivíduos, o que aumentaria as chances de uma sociedade possuir à sua disposição bens e serviços. O autor acredita que em um agrupamento de homens livres é vazio o conceito de justiça social. Segundo o pensador neoliberal:

Não há um indivíduo nem um grau organizado de pessoas contra os quais o sofredor teria uma queixa justa, e não há normas concebíveis de conduta individual justas capazes, ao mesmo tempo, de assegurar uma ordem viável e de evitar tais frustrações (HAYEK, 1985, p. 87, vol. II).

Em outras palavras, o autor sustenta que em uma sociedade livre as frustrações são inevitáveis. Se há algo responsável pelas injustiças, isto é a própria dinâmica das interações, quando tolera-se a liberdade individual nas escolhas. Quanto a isso, percebe-se que para Hayek ninguém pode obrigar outrem a fazer com o que os resultados correspondam aos desejos pessoais. Dentro dessa linha de pensamento, Hayek pressupõe que a justiça social, numa ordem social e econômica, não passa de um absurdo. Sua exigência por alguns grupos traduz a imposição de interesses parciais sobre a coletividade, ao conferir benefícios específicos a uma parcela organizada da sociedade, em detrimento do todo². Ademais, Hayek propõe que a expressão justiça social é vazia, e este vazio é responsável por inúmeras decepções dos indivíduos, explicando a incapacidade do Estado moderno em alcançar todas as exigências que lhe são apresentadas.

Diante disso, o presente artigo tem por objetivo apresentar a abordagem de Friedrich August von Hayek da ideia de justiça social, à medida que o autor defende a livre iniciativa e recompensa aos que merecem (HAYEK, 1985, p.94).

2. A Concepção de Hayek sobre a Justiça Social

2.1 O Conceito de Justiça

Friedrich von Hayek³ rejeita a noção de justiça como um atributo inerente às sociedades. A justiça estaria nos meios, não nas consequências – mais especificamente, na

¹ HAYEK. Direito, Legislação e Liberdade. vol. II, p. 80.

² HAYEK. Direito, Legislação e Liberdade. vol. II, p. 82.

³ HAYEK. Direito, Legislação e Liberdade. A Miragem Da Justiça Social. Vol. II, p. 69.



disponibilização de meios que favoreçam interações capazes de produzir os melhores resultados.

A justiça, portanto, não é em absoluto um equilíbrio de interesses particulares em jogo num caso concreto ou mesmo dos interesses de classes determináveis de pessoas; tampouco visa a produzir um estado específico de coisas que seja considerado justo. Ela não se ocupa dos resultados que uma ação particular efetivamente terá. A observância de uma norma de conduta justa terá muitas vezes consequências não pretendidas que, se deliberadamente ocasionadas, seriam consideradas injustas (HAYEK, 1985. p.69, vol. II).

Por essa via, Hayek entende que a justiça é integrada à conduta humana, sendo proveniente de indivíduos capazes de agir. Assim, a justiça não é fundamentada no comando dos governos, e sim alicerçada em interesses individuais. Existiriam, para o autor, condições que não podem ser alteradas, apenas tidas como boas ou más, e no fato de um indivíduo ter nascido com alguma deficiência física, por exemplo, ou de ter sido acometido por alguma doença grave, não haveria injustiça⁴.

Uma vez que somente situações criadas pela vontade humana podem ser chamadas de justas ou injustas, os elementos de uma ordem espontânea não podem ser justos ou injustos: se não é o resultado pretendido ou previsto, da ação de alguém que A tenha muito e B pouco, isso não pode ser chamado de justo ou injusto (HAYEK, 1985. p.38, vol. I).

Em outras palavras, termos como “justo” ou “injusto” só poderiam ser utilizados na medida em que se considera alguém como responsável. Ainda segundo Hayek o termo “justo” só poderia referir-se aos meios e não ao resultado em si⁵. A relevância não estaria no agente, mas, antes, na qualidade do ato – este deveria ser uma escolha deliberada. Para que um indivíduo seja considerado justo, não é necessário apenas que suas ações sejam justas, mas que sejam executadas voluntariamente.

Considerando o exposto acima, nota-se que a concepção de justiça, para Hayek, é um atributo da livre atuação humana, sendo essencialmente procedimental. Daí decorre que todos devem ser iguais e livres perante a lei.

A igualdade possui caráter abstrato e sem destinação específica, favorecendo meios e evitando vinculações finalísticas. Suas propostas estão baseadas num posicionamento que busca evitar coações ilegítimas chanceladas por instâncias legislativas.

De igual modo, a justiça de um ato vai depender da compatibilidade desse ato com um sistema de leis que regem uma comunidade e não apenas uma vontade deliberada do indivíduo em buscar que tal conduta seja justa.

⁴ HAYEK. Direito, Legislação e Liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. Vol. II, p. 36.

⁵ Ibid. p. 37



2.2 As Formas de Justiça

Na obra *A Miragem da Justiça Social* (Direito, Legislação e Liberdade, vol. II), Hayek conceitua e problematiza no capítulo oito termos como: normas de conduta, direito, igualdade, antes de tratar da Justiça Social e sua negação no capítulo nove.

Ao iniciar o tema, Hayek ressalta que a justiça é um atributo da conduta humana, como sendo a principal forma de fundamentação e limitação das leis. O autor tece críticas ao modo como a palavra “justiça⁶” vem sendo empregada e o uso imoderado dessa concepção. Desse modo, Hayek concebe a justiça de duas formas distintas: a primeira, relacionada à conduta dos indivíduos e à ordem social, por meio das regras gerais, denominando de “justiça comutativa”.

A segunda forma, ligada à distribuição de bens entre os indivíduos, é denominada como justiça social ou distributiva. Esta se referiria a um conjunto de valores e operações desvinculadas do desenvolvimento espontâneo da sociedade, efetivada a partir de uma desconsideração pelo saber acumulado ao longo da experiência de um grupo.

2.3 A Justiça e a Lei

Hayek ainda faz uma distinção entre a lei estabelecida pelas autoridades – legislação (*thesis*) – e a lei que surge sem comando (*nómos*). A lei emanada do Legislativo determina unilateralmente a sua aplicabilidade sem interferência do conhecimento do agente ou de seguir alguma preferência⁷. Neste caso, a lei obriga as normas de conduta justa, não estipulando o que um indivíduo pode fazer, mas, apenas o que ele não pode – “elas estabelecem simplesmente os princípios que determinam o domínio protegido de cada um, que ninguém deve invadir.”⁸

Sendo assim, a lei de conduta justa é uma obrigação para todos, permanente, não determinando especificamente a quem se destina, com aplicabilidade a todo membro da ordem social. Afinal, para Hayek, “uma lei de conduta justa não pode ser ‘posta em prática’ ou ‘executada’ da mesma forma que uma instrução.”⁹

As leis gerais (liberais), por outro lado, possuiriam caráter evolutivo e seriam ligadas à experiência cumulativa dos grupos. Haveria, nesta espécie de norma, uma vinculação aos

⁶ HAYEK, Direito, Legislação e Liberdade, vol. II, pp. 79-80.

⁷ HAYEK. Os fundamentos da liberdade. p.165

⁸ HAYEK. Os fundamentos da liberdade. p. 147

⁹ HAYEK. Direito, legislação e liberdade. v.II, p. 48



fins concretos, à resolução de situações cotidianas encaminhadas pelos agentes, quando a garantia da liberdade individual assim favorecesse.

Hayek afasta a competência do Estado legislador em redigir leis que ultrapassem a questão organizacional¹⁰, como também, a competência do Estado em reconhecer a justiça como um direito, seja ele positivado ou oriundo dos costumes¹¹. Desse modo, ao Estado (juiz) caberia apenas aplicar e reconhecer um direito a um caso concreto e ao Estado (legislador) a função de criação das leis¹².

Portanto, consonante ao entendimento de Hayek, os princípios da justiça são as regras que norteiam uma sociedade em busca de uma vida social possível, sendo que tais regras são emanadas de um poder arbitrário, decorrente da evolução dos tempos. Assim, a concepção de justiça para o autor está relacionada como a principal forma de fundamentação e limitação das leis - a justiça é um produto da evolução espontânea e está relacionada ao princípio de tratar todos indivíduos segundo as mesmas leis.¹³

3. A Crítica de Hayek à Justiça Social

3.1 Hayek e o Diálogo com a Experiência Liberal

Antes de adentrar na crítica da Justiça Social feita por Hayek, convém ressaltar que uma das raízes históricas da afirmação da liberdade individual é a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão¹⁴. Esta – fruto dos eventos iniciais da Revolução Francesa – afirmou o homem e seus direitos como valor central da nova ordem que os revolucionários buscavam erigir.

No século seguinte, o liberalismo político (consolidado a partir da segunda metade do século XIX na Europa, quando a reação absolutista se enfraquece) buscou romper com o modelo absolutista, enquanto o liberalismo econômico buscou romper com o sistema mercantil (favorecendo, neste sentido, arranjos políticos que favorecessem os preceitos de livre circulação de mercadorias). Assim, a agenda liberal se consolida no século XIX, fundamentada

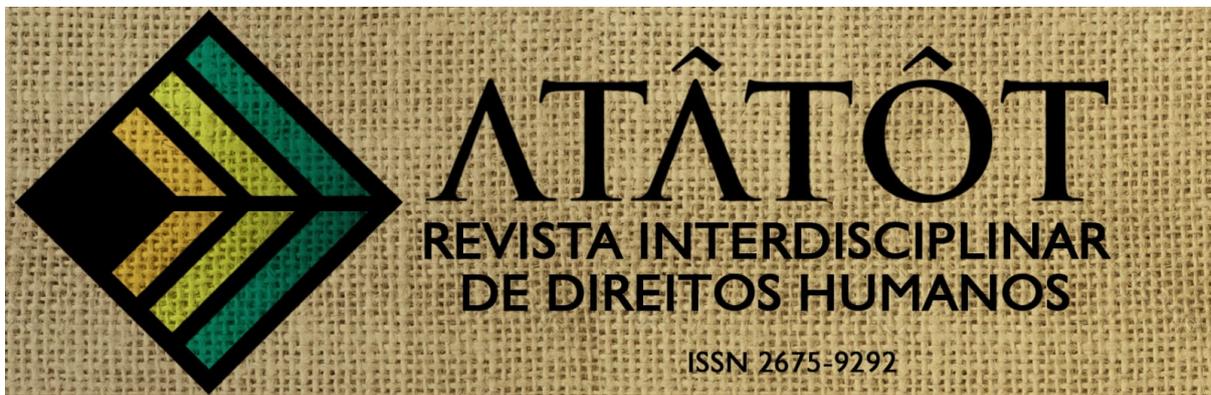
¹⁰ HAYEK. Direito, legislação e liberdade. v.II, p. 151/153

¹¹ HAYEK. Direito, legislação e liberdade. v.II, p. 137/140

¹² Idem

¹³ HAYEK. Direito, Legislação e Liberdade. Vol. II, p. 49.

¹⁴ Disponível em: <<https://glauco1889.jusbrasil.com.br/artigos/825332930/vidas-paralelas-a-declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-e-a-constituicao-federal>> acesso 19 de janeiro de 2021.



na livre concorrência e na livre iniciativa, rejeitando a sujeição da organização econômica aos objetivos sociais.

Embora a Revolução Francesa tenha sido um evento complexo e multifacetado, é possível afirmar que os direitos sociais não possuíam particular relevância para os principais atores do processo, priorizando-se a afirmação e consolidação de direitos políticos e civis. É em diálogo com este passado histórico – passado político e intelectual – que Hayek desenvolverá grande parte de seu pensamento.

3.2 A Justiça Social em Hayek

Neste contexto, no capítulo nove da obra *A Miragem da Justiça Social* (Direito, Legislação e Liberdade, vol. II), Hayek debruçou-se com profundidade sobre a ideia de Justiça Social. E como anteriormente em relação aos conceitos de lei, ordem e liberdade, o autor ressalta um abuso da expressão Justiça Social.

A expressão Justiça Social passou a ser caracterizada como o tratamento que a sociedade dispense aos grupos ou indivíduos mais vulneráveis. Em outras palavras, segundo o autor, o termo “Justiça Social” não seria o que a maioria dos indivíduos supõe (uma boa vontade com os pobres); ao contrário, havia tornado-se uma alusão desonesta que concordaria com exigências feitas sob pressão por grupos que não são capazes de justificar a justiça social concretamente.¹⁵ Neste sentido, Hayek acrescenta que o governo poderia trazer instabilidade à ordem social ao atender determinado grupo e deixar outro sem atendimento:

Na verdade, a fim de assegurar a mesma posição material a pessoas que diferem muito em força, inteligência, habilidade, conhecimento e perseverança, bem como em seu ambiente físico e social, é óbvio que o governo seria obrigado a tratá-las de maneiras muito diferentes para compensar as desvantagens e deficiências que não teria como alterar diretamente (HAYEK, 1985, p. 88, vol. I).

Assim, é possível argumentar que na perspectiva apresentada por Hayek, se o governo procurar proporcionar uma igualdade de benefícios, poderia conseqüentemente gerar desigualdades de posições materiais. Em outras palavras, uma distribuição de riquezas não resultaria necessariamente em uma distribuição justa.

Dentro dessa perspectiva, Hayek ainda ressalta que “a expressão justiça social não pertence à categoria do erro, mas à do absurdo, como a expressão de uma pedra moral”¹⁶. Para ele, sendo a justiça um fenômeno social, ao inserir o adjetivo “social” incorre-se em um pleonasma¹⁷. Esclarece ainda que o termo justiça social não representa um processo, já que se

¹⁵ HAYEK, F.A. von. Direito, legislação e liberdade. v.II. p. 118

¹⁶ HAYEK. Direito, Legislação e Liberdade. Vol. II, p. 99.

¹⁷ HAYEK. Direito, Legislação e Liberdade. Vol. II, p. 99.



trata de um ponto de vista moral imposto ao agrupamento, sem qualquer relação com a expressão da justiça.

Segundo Hayek a expressão social:

Adquiriu gradualmente um significado preponderante de aprovação moral. Quando caiu no uso geral, durante a segunda metade do século passado, pretendia transmitir um apelo às classes ainda dominantes para que se preocupassem mais com o bem-estar dos pobres, muito mais numerosos, cujos interesses não tinham recebido a devida consideração. (...) Isso implicava que os processos sociais deveriam ser deliberadamente dirigidos para resultados específicos e, mediante a personificação da sociedade, representava-a como um sujeito dotado de uma mente consciente, cuja atuação poderia ser norteada por princípios morais. Social tornou-se, cada vez mais, a designação da virtude proeminente, o atributo pelo qual se distinguia o homem bom e o ideal que deveria reger a ação comunal (HAYEK, 1985, p.97-98).

Hayek, portanto, é contra o uso da expressão “Justiça Social”. Esta é caracterizada como uma crença quase religiosa, e a noção seria uma grave ameaça às liberdades individuais da sociedade.

Nesse linha, Hayek entende que “exigir justiça e selecionar algumas pessoas numa tal sociedade como fazendo *jus* a uma parcela específica é evidentemente injusto¹⁸”, ou seja, quando efeitos conjuntos forem aplicados às ações dos indivíduos, violam a margem de liberdade para ação dos indivíduos¹⁹.

Frente a isso, Hayek reconhece que algumas demandas na busca pela justiça social tenham oportunizado algumas modificações na ordem social, e como consequência em alguns casos puderam auxiliar na equidade dos direitos, no entanto, o autor evidencia que é necessário compreender que as reivindicações de justiça social, em relação à destruição de riquezas, de maneira alguma tornou a sociedade mais justa ou diminuiu as diferenças sociais.

O autor ainda argumenta, que enquanto houver desigualdades sociais também haverá ricos e pobres, o que significa que o empenho em praticar a justiça social não resultará no fim da pobreza absoluta, ao contrário, em vários países a pobreza ainda é um grande problema social, e a busca pela justiça social tornou-se um dos maiores entraves à sua eliminação.²⁰

Serviços só podem ter valor para pessoas específicas (ou para uma organização), e um determinado serviço terá valores muito diversos para diferentes membros da mesma sociedade. Vê-los de outro modo é conceber a sociedade não como uma ordem espontânea de homens livres, mas como uma organização cujos membros são todos postos a serviço de uma única hierarquia de fins. Isso seria necessariamente um sistema totalitário, no qual a liberdade pessoal não existiria (HAYEK, 1985, p.95, vol. I).

¹⁸ HAYEK, Direito, Legislação e Liberdade, vol. II, p. 82.

¹⁹ HAYEK, Direito, Legislação e Liberdade, vol. II, p. 80.

²⁰ HAYEK. Os caminhos da servidão. p.112



Desse modo, o autor sustenta que as desigualdades de rendas e riquezas, advindas das desigualdades naturais dos homens, são fundamentais para o bom funcionamento das regras de mercado e representam uma condição fundamental para seu sustento. Uma ordem não espontânea, em que a busca pela justiça social torna-se força aglutinadora, impede que as pessoas cresçam, resultando na destruição dos valores morais tradicionais – a liberdade individual (HAYEK, 1985, p.80, vol. II).

O autor ressalta que a justiça social é invocada na quase totalidade dos debates políticos. A maior relevância estaria no que se refere aos poderes governamentais: “é provável que não existam hoje movimentos políticos profissionais que não apelem, de imediato, para a justiça social em apoio às medidas específicas que advogam”²¹.

Muito se faria, no período em que as obras foram produzidas, em “nome da justiça social, portanto, é não só injusto como também extremamente antissocial no verdadeiro sentido da palavra: significa, nada mais, nada menos, que a proteção de interesses”²². Segundo Hayek, não seria possível planejar uma sociedade ao ponto de estabelecer uma distribuição isonômica das riquezas produzidas por seus membros.

Em suma, a expressão justiça social não poderia ser adotada como base para ações intervencionistas governamentais, pois, fugindo da função do Estado, sob o pretexto de promover a justiça social, interferiria no desenvolvimento natural da ordem espontânea em uma sociedade liberal.

Tem-se que, para o autor, a busca constante pela justiça social não tornou a sociedade mais justa ou mesmo reduziu a insatisfação que a compõem, mas, ao contrário, discorre sobre o perigo da utilização da expressão “justiça social” com o fim de causar emoção moral na sociedade²³.

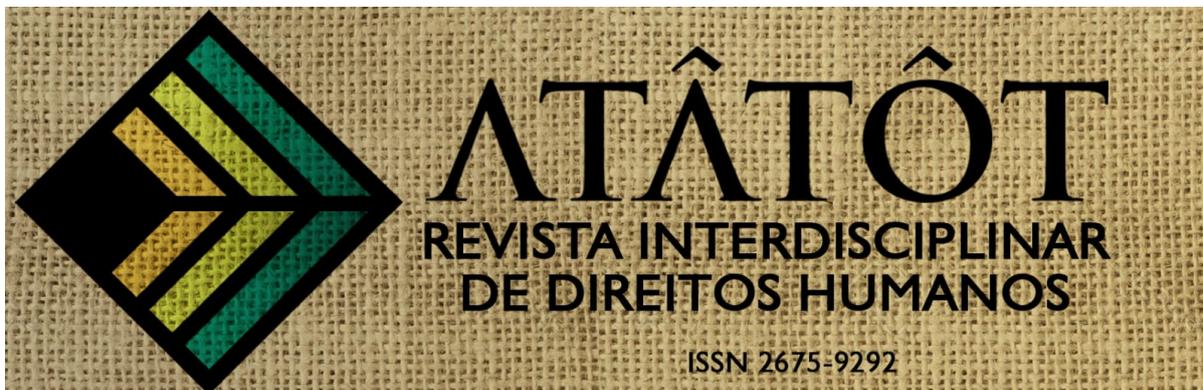
Acrescente-se que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em que o princípio da equidade foi almejado a fim de atingir a justiça social, foi duramente criticado por Hayek. Para o autor, os direitos econômicos e sociais na Declaração de 1948 só poderiam ser expressos em leis opressivas, uma vez que destruiriam a ordem de liberdade à qual tendem os direitos civis tradicionais.

Desse modo, Hayek reprovava a declaração por ter estabelecido uma “democracia ilimitada” que estendia a sua influência as questões econômicas (Hayek, 1981, p. 123 *apud* Supiot, 2014, p. 29).

²¹ Idem

²² HAYEK, Direito, Legislação e Liberdade, vol. II, p. 120.

²³ HAYEK, Direito, Legislação e Liberdade, vol. II, p. 82.



4. Considerações Finais

O que se procurou acentuar no decorrer do artigo foi a crítica da Justiça Social na perspectiva de Hayek, no que concerne ao contexto liberal que sustenta a tese do autor. Para ele, a defesa da justiça social não tem atributos e por esse motivo a mesma vem acompanhada da expressão “social”, perdendo a sua essência de justiça e passando a significar “coisa alguma”.

Frente a isso, Hayek reforça que as tentativas de implantar a justiça social para corrigir as desigualdades sociais podem causar mais injustiças na forma de novos privilégios²⁴. Todas as instituições baseadas na solidariedade procederem da ideia atávica de justiça distributiva – que pode levar a ruína da ordem do mercado, fundada na verdade dos preços e na procura do ganho individual.

A partir desta concepção sobre a justiça social defendida por Hayek, acredita-se que o pensamento liberal sustentado pelo autor se mostra incompatível com a noção de direitos humanos, na medida em que vários direitos humanos caem sob o rol da justiça social, como direito a educação e a saúde. Porém, segundo o austríaco, esse discurso afastaria os verdadeiros fundamentos da liberdade, baseados na livre escolha individual.

5. Bibliografia

ANDERSON, Elizabeth, 2019, **Governo privado: Como os empregadores governam nossas vidas (e por que não falamos sobre isso)**, Princeton, NJ: Princeton University Press.

ARIELY, Daniel, 2010, **Predictably Irrational: The Hidden Forces That Shape Our Decisions**, Nova York: Harper Collins.

BARTELS, Larry, 2008 [2016] **Democracia Desigual: A Economia Política da Nova Era Dourada**, Princeton, NJ: Princeton University Press; segunda edição 2016.

BIEBRICHER, Thomas, 2018, **The Political Theory of Neoliberalism**, Stanford, CA: Stanford University Press.

BUTLER, Eamonn, 1985, **Milton Friedman: A Guide to His Economic Thought**, New York: Universe Books.

²⁴ HAYEK, Direito, Legislação e Liberdade, vol. II, p. 168.



FELD, Lars P., 2014, “Teoria do Federalismo de James Buchanan: Da Equidade Fiscal à Ordem Política Ideal”, **Economia Política Constitucional**, 25 (3): 231–252. doi: 10.1007 / s10602-014-9168-9

FOUCAULT, Michel, 2004 [2010], **Naissance de la biopolitique: cours au Collège de France (1978–1979)**, Paris: Gallimard. Traduzido como *The Birth of Biopolitics*, Graham Burchell (trad.), New York: Picador, 2020

FRASER, Nancy, 2017, “From Progressive Neoliberalism to Trump — and Beyond”, *American Affairs*, 1 (4): 46-64.

HAYEK, Friedrich Auguste. **Hayek na UnB: conferências, comentários e debates de um simpósio internacional realizado de 11 a 12 de maio de 1981**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

_____. **Os fundamentos da liberdade**, trad. Anna Maria Capovilla et al. Brasília: UnB; São Paulo: Visão, 1983.

_____. **O Caminho da Servidão**, trad. Anna Maria Capovilla et al. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1984.

HAYEK, Frederich August von. **Direito, Legislação e Liberdade**. Tradução de Anna Maria Capovilla. São Paulo: Visão, 1985. vol. I, II, III.

_____. 1973–79, **Law Legislation and Liberty**, Chicago: University of Chicago Press.

_____. 1973, **Volume 1: Regras e Ordem**

_____. 1978, **Volume 2: The Mirage of Social Justice**

_____. 1979, **Volume 3: A Ordem Política de um Povo Livre**

MONBIOT, George, 2016, “Neoliberalism: the Ideology at the Root of All Our Problems”, **The Guardian**, 15 de abril de 2016. Disponível: <<https://www.theguardian.com/books/2016/apr/15/neoliberalism-ideology-problem-george-monbiot>> acesso 02 de dezembro de 2020.

ROCHA, Glauco: **Vidas Paralelas: A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão e a Constituição Federal**. Disponível: <<https://glauco1889.jusbrasil.com.br/artigos/825332930/vidas-paralelas-a-declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-e-a-constituicao-federal>> acesso 19 de janeiro de 2021.

SUPIOT, Alain. **Espírito de Filadélfia o a Justiça Social Diante do Mercado Total**. Traduzido por Tânia do Vale Tschiedel. Porto Alegre: Sulina, 2014.



Fundamental Right to Life

Right to Health as a Principle of Human Dignity

Direito Fundamental à Vida

Direito à Saúde como Princípio da Dignidade Humana

Rebeca de Magalhães Melo

(Advogada, Mestranda em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios no IESB, Brasil)

E-mail: rebecamelomagalhaes@gmail.com

Teresinha de Jesus Araújo Magalhães Nogueira

(Doutora pela UFPI, Professora da UFPI em Colaboração Técnica/UnB, Brasil)

E-mail: tfjrknogueira@gmail.com

Abstract

This article analyzes inclusive dimensions of the liberal antidiscrimination tradition that is grounded in the reinforcement of civil and political liberties and in neutral public institutions, where each member of society is relevant as a rights- and duty-bearer under the umbrella of the rule of law. Drawing on our experience with the inclusion of Romani people, the largest ethnic minority group in Europe, we examine the challenges of the liberal inclusion discourse when finding its realization in hierarchically stratified European societies. Circumscribed by *laissez-faire* markets and politics, they let vast socio-economic inequalities and cultural stereotypes prevail practically untouched. We argue that the contradiction between these citizenship-based and market-based liberal institutions gradually corrupt the process of equalizing right-holders and results in Roma to be pushed even further to the margins of society. The inclusion policies recognize this contradiction of formal equality as they are made for those who fail 'to fit in' and those who do not 'count' yet. We point out that many Roma do not effectively experience the promise of citizenship since Roma inclusion policies do not fully grant them the status of those who have the right to have rights.

Keywords: Human Rights; Right to Life; Human Dignity.

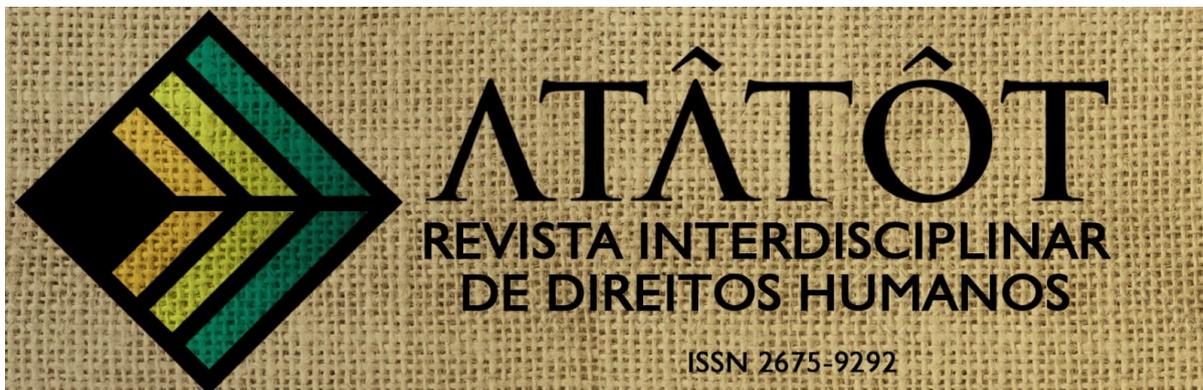
Sumário

Os direitos humanos fundamentam-se no princípio de que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, baseada nessa ideia central, divide os direitos em civis e políticos, e em direitos sociais e econômicos. Objetiva-se analisar a aplicação e a garantia do direito à vida por meio da adequação para a saúde com a intervenção do Judiciário. Questiona-se: o que leva o direito à judicialização da saúde no Brasil? Observa-se que os direitos se completam/inter-relacionam. A dignidade humana pressupõe garantia dos direitos, principalmente no que diz respeito à segurança social, padrão de vida e adequação efetiva para a saúde. Considera-se urgente a garantia do direito à saúde na rede pública e privada, o que se evidencia na necessidade de judicialização devido à falta de prestação de serviços públicos eficientes. Na atualidade, com a epidemia de coronavírus, essa falha na assistência básica é mais evidente e maior o desafio a ser enfrentado. A saúde é uma área sensível, que demanda a implementação de políticas públicas eficientes para que não seja necessária a judicialização.

Palavras-chave: Direitos humanos; Direito à Vida; Dignidade da Pessoa Humana.

Recebido em: 18/02/2021

Aceito em: 10/06/2021



1. Introdução

O direito fundamental à vida é um pilar no qual são construídos todos os demais direitos. A saúde, enquanto um direito profundamente ligado à vida humana, representa inegavelmente uma questão de dignidade – uma questão intrínseca aos direitos humanos. No âmbito de uma sociedade dita civilizada, não é admissível que, em pleno Estado de Direito, o desrespeito ao direito à vida e à saúde continue predominando, e ainda que não sejam direitos efetivados de forma plenamente eficaz.

Para dar início à discussão que se propõe neste estudo, destaca-se um dos princípios que fundamentam os direitos humanos, que se encontram na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), no artigo 3º: “Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”. Objetiva-se analisar essas questões sobre os direitos humanos com foco no papel do Judiciário na aplicação desses direitos e, de forma específica, na garantia do direito à vida por meio da adequação para a saúde. Questiona-se: qual efetivamente é o papel do Judiciário quando atua em questões de saúde por falta de políticas públicas de acesso?

Trata-se de uma pesquisa qualitativa de documentação indireta, fundamentada em Marconi e Lakatos (2006). Procedeu-se a análise de conteúdo seguindo as orientações de Bardin (2011), que a considera como um conjunto de instrumentos de cunho metodológico em constante aperfeiçoamento. Para a autora, a análise de conteúdo constitui-se em um método de categorias que permite a classificação de alguns dados para a construção dos significados das mensagens, buscando uma descrição objetiva e sistemática do conteúdo extraído das fontes investigadas. O documento se constituiu na principal fonte, sendo que se buscou um caso específico na área de Direito.

Chizzotti (1995, p. 102), afirma que o estudo de caso é uma “pesquisa para coleta e registro de dados de um ou vários casos, para organizar um relatório ordenado e crítico ou avaliar analiticamente a experiência com o objetivo de tomar decisões ou propor ação transformadora.” Nesse sentido, este estudo busca lançar um olhar sobre o direito à saúde, no intuito de avaliar analiticamente a experiência vivenciada por uma cliente, a qual resultou em uma tomada de decisão favorável ao caso. Busca-se divulgar este caso na intenção de se proporem ações transformadoras nessa área do direito humano.

2. Direitos Humanos e Saúde

Para realizar a discussão proposta nesta seção, parte-se do princípio de que “Todas as pessoas têm direitos que garantem a **DIGNIDADE** da vida humana, independente de raça,



sexo, nacionalidade, idioma, religião ou qualquer outra condição” (MMFDH, 2019, p. 1, grifo nosso). Nessa inter-relação entre direitos e dignidade humana, buscou-se também discutir a relação entre esses direitos e a construção da cidadania. A dignidade significa “qualidade moral que infunde respeito; consciência do próprio valor; honra, autoridade, nobreza”, sendo também relacionada a amor próprio (DICIONÁRIO ONLINE, 2019). Assim, questiona-se: como manter a dignidade se há negligência na saúde humana? Como ser cidadão se este direito fundamental não é garantido? A garantia aos direitos humanos está na Constituição Federal de 1988:

Art. 6º São direitos sociais 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. [...]

Art. 196. A saúde é 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 e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: [...]

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; [...] (BRASIL, 1988)

A Constituição Federal está para garantir esses direitos, mas pode-se afirmar que o parágrafo II do artigo 198 está sendo legalmente efetivado? Esse e os outros artigos estão sendo negligenciados no Brasil. Na prática, o que ocorre é a necessidade de judicializar o direito à saúde pela falta de prestação de serviços públicos eficientes. Faz-se necessário que o cidadão enfrente uma batalha judicial para garantir o seu direito à saúde e à vida, razão pela qual há, no Judiciário, um enfrentamento entre os princípios fundamentais e a denominada reserva do possível, pois, para cumprir decisões judiciais, há contingência de recursos financeiros que, muitas vezes, deveriam estar previstos em políticas públicas voltadas a área fim.

Essa questão requer uma discussão sobre a cidadania no Brasil, considerada por Carvalho (2008, p. 8-9) como um fenômeno complexo e historicamente definido, o qual envolve várias dimensões que se inter-relacionam, sendo que “algumas podem estar presentes sem as outras”, portanto “Uma cidadania plena, que combine liberdade, participação e igualdade para todos, é um ideal desenvolvido no Ocidente, mas talvez inatingível”. Esse ideal serve de parâmetro para a avaliação da qualidade em cada país



A cidadania está intrinsecamente voltada/constituída pelos direitos humanos. Segundo Marshall (1996) acostumou-se desdobrar a cidadania em direitos civil, político e sociais. Sendo que um cidadão pleno é aquele que fosse titular desses três direitos. Nesse sentido, o autor classificou três tipos de cidadãos: cidadão pleno (apresenta seus direitos garantidos), cidadão incompleto (quando algum direito não é atendido) e não cidadão (não tem nenhum direito garantido).

Esses direitos que constituem o ser enquanto cidadão fazem parte dessa relação com os direitos humanos. A cidadania plena leva à garantia dos direitos humanos e vice-versa. “Os direitos civis são os direitos fundamentais à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante a lei”. Direitos políticos “se referem à participação do cidadão no governo da sociedade. [...] os direitos sociais garantem a participação na riqueza coletiva” (CARVALHO, 2008, p. 9-10). Observa-se que esses direitos são interdependentes, ou seja, um não existe sem o outro. Assim, é necessário que se lute pela cidadania plena na construção da condição humana.

3. A Judicialização da Saúde no Distrito Federal: em Busca da Dignidade Humana

De acordo com Campilongo (2000) e Carvalho (2004), o termo judicialização das políticas é utilizado no meio acadêmico de forma ampla, referindo-se ao direcionamento por meio de ações/demandas ao Judiciário de implementação e/ou controle de políticas públicas do Estado.

Nesse sentido, o foco deste estudo é a judicialização da saúde, mas se observa que há uma judicialização da vida, conforme se destaca na palestra do ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Luís Roberto Barroso, proferida no Seminário Comemorativo dos 75 anos da Justiça do Trabalho e 70 anos do Tribunal Superior do Trabalho (2016, p. 1). Segundo o ministro, o Brasil atravessa “o fenômeno da judicialização da vida” em seu aspecto geral. Isso decorre da passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, também pelo fato de a constitucionalização do direito possibilitar certo protagonismo do Poder Judiciário.

Declara o ministro: "Estou descrevendo uma realidade. [...] Não estou dizendo que é bom ou que é ruim. Muitas vezes eu acho que é bom e algumas vezes acho que é ruim. Há um fenômeno mundial que é a judicialização da vida". Essa judicialização ocorre porque, no Brasil, a Constituição é extremamente abrangente e “cuida de muitos temas [...] de maneira analítica e detalhada”, no entanto não se observa sua efetividade em relação ao direito fundamental à saúde - objeto deste estudo.



O Sistema Único de Saúde (SUS) trabalha sustentado no direito à saúde, presente no artigo 196 da Constituição Federal, citado neste estudo. O SUS fundamenta-se em três pilares: promoção, proteção e recuperação da saúde. Sobre esse tema, a Lei nº 8.080/1990 – conhecida como Lei do SUS, dispõe:

Art.2º - A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

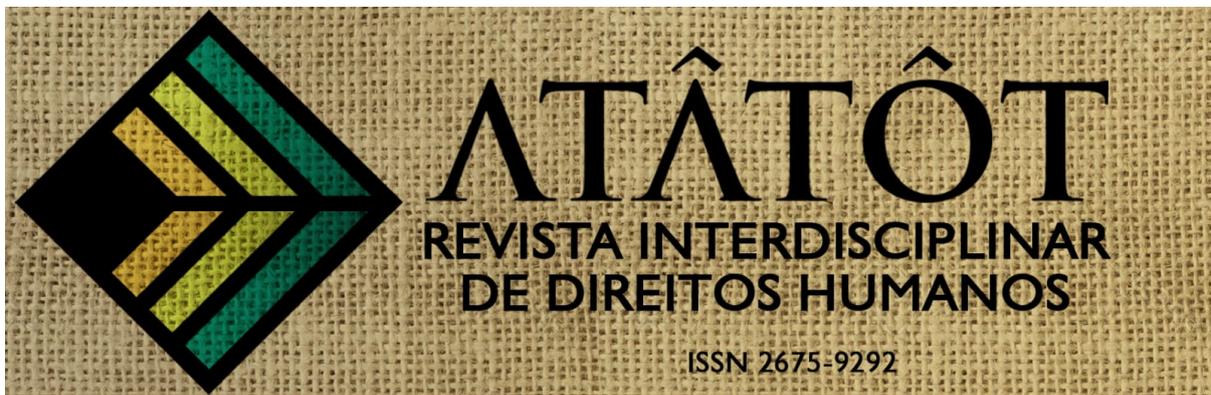
§ 1º - O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1990).

Esse direito, além de ser garantido pela Constituição de 1988, o que garante a todo cidadão ter efetivo atendimento quando recorrer ao sistema público, está presente no art. 2º da Lei do SUS. Apesar disso, pode apresentar-se como um poder delegado às entidades de saúde (hospitais, planos de saúde, entre outras). Prevalece também nas instituições privadas o interesse público, enquanto direito humano, no entanto não se pode negar que, até a atualidade, essas instituições não conseguiram atender aos direitos dos cidadãos, especificamente no que diz respeito ao atendimento público garantido pela Constituição, para uma condição de vida digna. Nesses casos, “Cabe, dessa forma ao Judiciário, como guardião do ordenamento jurídico brasileiro, quando concitado a fazê-lo, zelar para que esses direitos não fiquem esquecidos. Mas essa intervenção não pode ser feita sem critérios”. (REVISTA ONLINE ÂMBITO JURÍDICO, 2013).

A citação aponta ser possível judicializar os direitos humanos, tendo em vista que a Constituição de 1988 – a Carta Magna – apresenta-se com grande abrangência, como citado anteriormente. Estão, nessa Carta, estão previstos os Direitos Humanos Fundamentais, assim, qualquer ameaça à proteção desses direitos pode ser conduzida ao poder Judiciário. Sobre essa questão, coloca-se em dúvida a necessidade da judicialização, que, apesar de ser apresentada como último recurso, poderá causar situações de risco aos direitos de outras pessoas que necessitam da intervenção médica.

Corroborar com esse pensamento a afirmação do ministro Luís Roberto Barroso (2016), supracitada, quanto a ser positiva ou não a judicialização, bem como a fala de uma enfermeira e professora de enfermagem em Brasília, a qual cita, por exemplo, “casos de falta de atendimento por não ter vagas nos hospitais e que muitas vezes pacientes que têm prioridade de atendimento em relação à fila, sobre pacientes que esperam há algum tempo e com maior urgência, serem preterido por alguém que ganha liminar na justiça”.

Um dos efeitos negativos da judicialização é a ofensa ao princípio da igualdade. Na verdade, quem entra com a liminar é atendido, e quem está na fila aguarda, muitas vezes em



maior situação de risco. Considero que é urgente a garantia ao direito fundamental à saúde, para que se evite a judicialização.

Em que pesem as alegações dos gestores públicos de que, ao deferir uma liminar que assegura determinado medicamento a uma parte, está o Judiciário ocasionando gasto público não passível de empenho, pois o sistema SUS está em plena decadência de pessoal e financeiro, ocasionada, sobretudo, pela má gestão. O cenário atual da saúde no Distrito Federal não é favorável ao mais necessitado paciente, o doente, que necessita do direito fundamental à saúde pública. Essas situações levaram a questionar a real efetividade do direito à saúde e o alcance da falta de cumprimento desse princípio.

Nesse contexto de desigualdades de direitos e de falta de efetividade das leis é que se busca refletir sobre a implementação/implantação e a melhoria de políticas em relação a esses direitos e a busca crescente do Poder Judiciário para garanti-los, bem como acesso à assistência em saúde, tendo em vista que, em se está tratando dos direitos presentes na Constituição Brasileira de 1988, necessariamente eles direitos deveriam ser garantidos pelo Estado. Observa-se, pois, que não há atendimento à essência da dignidade humana – o direito à vida. Conforme Diniz, Machado e Penalva (2014, p. X),

Há um crescimento permanente da judicialização nos últimos cinco anos. Verifica-se através dos dados o aumento do número de processos impetrados nos últimos anos, somente os três últimos anos pesquisados contam com 344 (89%). A judicialização da saúde no Distrito Federal é provocada por homens (51%) e mulheres (46%), de recém-nascidos a idosos com 101 anos (aproximadamente metade da população tem 59 anos ou menos), cujo pedido inicial é encaminhado por defensores públicos (95%), com receita médica oriunda de serviços públicos de saúde (85%). Não há evidências de que a judicialização seja um movimento das elites. Praticamente todos os processos (95%) foram conduzidos pela defensoria pública, o que pressupõe a hipossuficiência de recursos. Apenas 4% tiveram condução por um escritório de advocacia privada. Outros tipos de advocacia, como advogados de ONG, escritórios modelo e advocacia do Ministério Público Federal ocorrem apenas esporadicamente. Outro indicador de classe social dos demandantes utilizado em estudos nacionais é o tipo de serviço de saúde de onde parte o pedido médico dos bens e serviços de saúde demandados, avaliado pela origem da receita médica que acompanhou o pedido inicial ao juiz. Mais uma vez as evidências sugerem que a judicialização não é um fenômeno exclusivo das elites. Apenas 9% dos processos parte de pedidos obtidos por meio da medicina privada. Não é possível dizer, no entanto, se esse é um caso de validação das receitas de medicina privada por serviços públicos de saúde para o início do litígio judicial.

Observa-se no estudo acima que, no Distrito Federal, com fundamento na necessidade de acionar o Judiciário para assegurar o direito à saúde, o fenômeno da judicialização atinge a população pobre, que não tem acesso à saúde pública e recorre ao Judiciário para ter atendido o direito mínimo diante da falha na prestação de serviço e de sua ineficiência. Em que pese toda a dedicação com que os profissionais dessa área atuam e o zelo pela prestação de serviço de excelência, muitas vezes ele não é realizado pela falta de estrutura dos hospitais e má gestão.

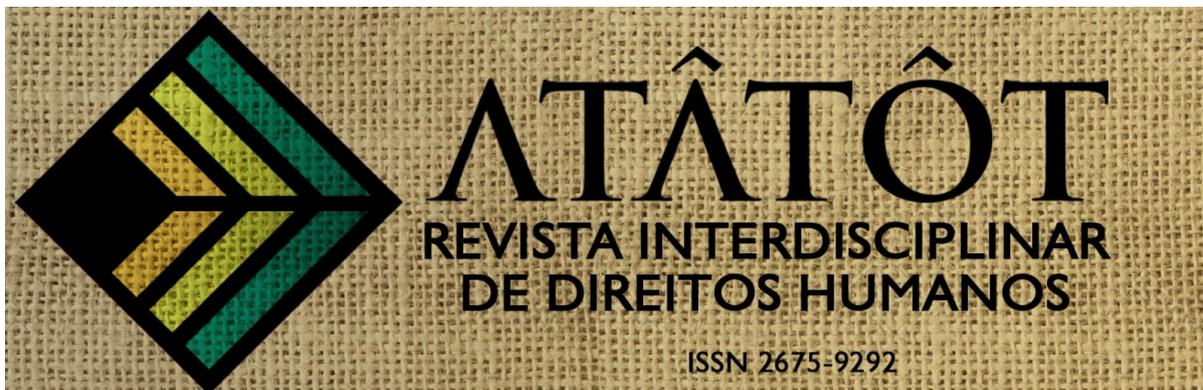


A reserva do possível é um princípio muito utilizado pelos gestores públicos, mas não explica o inexplicável, que é assegurar que o direito fundamental à saúde e, consequentemente, à vida seja respeitado. Imperiosa é a defesa de políticas públicas que assegurem as mínimas garantias de acesso a medicamentos de baixo ou de alto custo. Razoável é que o acesso à saúde pública esteja disponível e que haja respeito aos direitos fundamentais, visto que, na prática, o acesso é restrito, e o direito é desrespeitado, com falta de leitos de UTI e situações de total descaso com o ser humano. Sobre o tema Sarlet e Figueiredo (2007, p. 69) afirmam:

A construção teórica da “reserva do possível” tem, ao que se sabe, origem na Alemanha, especialmente a partir do início dos anos de 1970 ⁶¹. De acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos. A partir disso, a “reserva do possível” (Der Vorbehalt des Möglichen) passou a traduzir (tanto para a doutrina majoritária, quanto para a jurisprudência Constitucional na Alemanha) a idéia de que os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público. Tais noções foram acolhidas e desenvolvidas na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que, desde o paradigmático caso *numerus clausus*, versando sobre o direito de acesso se encontra na dependência da atual disponibilidade de recursos por parte do destinatário da pretensão. Também A. Krell, *Controle judicial dos serviços públicos básicos*, p. 40 e ss., em importante ensaio sobre o tema, aceita esta dependência dos direitos sociais prestacionais da existência de recursos para sua efetivação, sem, contudo, negar-lhes eficácia e efetividade.

Diniz, Machado e Penalva (2014) entendem que não parece verdadeira a afirmação de que a reserva do possível seja elemento integrante dos direitos fundamentais, como se fosse parte do seu núcleo essencial ou mesmo como se estivesse enquadrada no âmbito do que se convencionou denominar de limites imanentes dos direitos fundamentais. A reserva do possível constitui espécie de limite jurídico complexo e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas situações, como garantia dos direitos fundamentais, como, por exemplo, na hipótese de conflito de direitos, quando se cuidar da invocação – observados os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos fundamentais – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental.

Nas palavras de Sarlet e Figueiredo (2014, p. 69), a reserva do possível “é um elemento que se integra a todos os direitos fundamentais”. Em verdade, o próprio autor – na esteira da doutrina precedente – reconhece na reserva do possível uma condicionante jurídica ou concreta à efetivação dos direitos, de tal sorte que, a despeito da contradição, resulta



claro que o autor vislumbra na reserva do possível um limite fático e jurídico que incide, em princípio, em relação a todos os direitos fundamentais.

Pode-se definir então a reserva do possível como elemento que se integra aos direitos fundamentais no qual os direitos sociais para sua efetivação como prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado. Esse tema toca na gestão dos recursos públicos e na implementação de políticas que atendam à finalidade de assegurar a saúde de qualidade, o que, na teoria, é aplicado mas, na prática, negligenciado.

Para atestar a realidade do Distrito Federal, na seção que segue, tem-se um caso concreto sobre falta de garantia dos direitos.

4. Direito à Saúde como Princípio da Dignidade Humana: um Caso Concreto

Apresenta-se um caso sobre a necessidade de judicialização da vida, referente a um caso concreto sobre os direitos negligenciados por um plano de saúde. Destaca-se depoimento da advogada e a ação contra uma questão de direito não atendido, um desrespeito à Constituição. A fim de não identificar as partes envolvidas, usam-se os termos Advogada (AD), Paciente (PA) e Plano de Saúde Particular (PSP), Administradora do Plano de Saúde (APS), para indicar as partes.

Recentemente na área cível tive que ingressar com ação contra um plano de saúde obtendo uma tutela de urgência, (Número do processo: XXXXXXXXXXXX, Classe judicial: PROCESSO CAUTELAR (XXX), REQUERENTE: PA, Décima Sexta Vara Cível de Brasília), REQUERIDO: PS, pois o referido plano cancelou o contrato da consumidora mesmo estando a consumidora totalmente adimplente. (PARTE - AD)

A advogada descreve o caso em epígrafe (cópia da decisão) sobre sua cliente: uma senhora de 74 anos de idade, com quadro de aneurisma cerebral, que precisava fazer uma cirurgia urgente, mas cujo plano foi cancelado unilateralmente, mesmo com todas as parcelas pagas. O PSP não cumpriu a decisão liminar e também queria obrigar a paciente a custear a cirurgia, afirmando, segundo a PA, “que se escolhesse um médico não credenciado deveria arcar com o custo”. Diante do descumprimento de decisão judicial ao arrepio do Direito e do bom senso, a nobre causídica teve que agir no limite entre o que determina a lei. Nesse caso, o que rege deveria ser o bom senso.

Não é razoável que a vida espere a demora e decaia o próprio direito, para fazer cumprir a dignidade humana. Decisões judiciais são cumpridas para evitar justamente o perecimento do direito, *in casu*, o perigo da demora custa caro, sendo que, no caso em apreço, custa a vida de quem pagou por um plano de saúde particular na fé de utilizar serviços indispensáveis à manutenção da saúde por não confiar na saúde pública, devido à falta de acesso e à precariedade.



No caso em questão, a liminar foi deferida, e a consumidora pôde, com sucesso, realizar a cirurgia, todavia essa não é a regra, pois muitas vezes o consumidor é quem perde o direito à saúde e o direito tutelado é de natureza frágil o que não acompanha a demora na concessão da tutela. Esculpido na Magna Carta, o direito à vida é um direito fundamental ao qual todos os outros direitos são subordinados. Flagrante, no entanto, é o desrespeito à vida, seja na falta de acesso à saúde pública, seja na substituição pelo acesso à saúde privada, que, de modo precário, atende a população que pode custear os serviços. Para ilustrar como uma decisão pode salvar uma vida, *in verbis*:

Trata-se de Ação de Obrigação de Fazer, com pedido de tutela de urgência, ajuizada por “PA” em desfavor de “OS”, todos qualificados no processo. Afirma a parte autora que, há aproximadamente 05 anos, é segurada do plano de saúde oferecido pela parte requerida “OS”, conforme Carteira Nacional de Saúde nº 840194503387008 (id. 53291404).

Sustenta que, em 03/09/2019, foi diagnosticada com aneurisma cerebral, conforme relatório médico acostado ao processo (id. 53291406), sendo indicada a realização de cirurgia para tratamento.

Aduz que, quando solicitou autorização para realização do procedimento, foi informada que seu plano havia sido cancelado.

Alega que, em 09/01/2020, entrou em contato com a 2ª Requerida, a qual lhe informou que todos seus pagamentos estão em dia mas que, por problemas de contabilidade, o plano fora cancelado pela “OS” de modo unilateral.

Narra que se encontra em dia com suas obrigações contratuais e que o cancelamento unilateral não observou a notificação prévia com antecedência de 60 dias.

Por intermédio da petição de id. xxxxx, foi determinada a emenda à inicial para que a autora esclarecesse a relação da pessoa jurídica xxxxxxxx com o plano de saúde xxxxxxxxx; a relação jurídica da autora com a requerida VANPER CONSULTORIA E COBRANÇA [...]; a relação jurídica da autora com a [...], esta última presente na proposta de adesão de id.53291405.

Na oportunidade, foi determinada a intimação da requerida [...] para que informasse a este Juízo o motivo do cancelamento do plano da autora.

Através da petição de id. xxxxxxx, informou a parte autora que adquiriu o plano de saúde de uma corretora particular que compareceu em sua residência, momento no qual assinou a proposta da xxx e que a 2ª Requerida atua na parte de cobrança dos valores repassados ao plano de saúde.

Ato contínuo, peticionou a autora novamente afirmando que entrou em contato com a 1ª Requerida, momento no qual lhe foi informado que o plano foi cancelado em virtude do não pagamento da parcela do mês 11.

Por meio da petição de id. xxxxxxx, juntou a parte autora, ainda, comprovantes de pagamento do plano de saúde em tela.

Por fim, foi anexado ao processo mandado de intimação devidamente cumprido em relação ao requerido [...].

Decido.

A concessão da tutela de urgência exige o cumprimento de dois requisitos cumulativos: probabilidade do direito e risco de dano irreparável.

A gravidade da doença da autora (id. xxxxxxxx) e a iminência da realização de cirurgia necessária e urgente (id. xxxxxxxx) caracterizam claramente o risco de dano irreparável caso a tutela não seja deferida.

O outro requisito – a probabilidade do direito – também está demonstrado.

O vínculo da demandante (beneficiária) com o requerido (operador do plano) está demonstrado pela carteira de id. 53291404 com validade até o ano de 2025.

O documento de id. xxxxxx indica que recusa ao atendimento por hospital conveniado porque o "beneficiário" estaria "cancelado". Embora não haja maiores explicações sobre a causa do cancelamento, como o plano esteve vigente até aquela recusa, é verossímil a alegação da autora de que, por contato telefônico, o demandado teria informado que o motivo seria sua suposta inadimplência (id. xxxxx).

Note-se que verossímil é apenas a suposição de que o motivo que levou ao cancelamento seja uma *incorreta constatação de inadimplência*. A inadimplência em si não é verossímil, pelo contrário.

A autora demonstra que vem pagando as mensalidades pontualmente (vide boletos de id. 53291700 e comprovante de pagamento de id. 53423007). Naqueles boletos, embora o beneficiário (do boleto) seja terceira pessoa (a pessoa jurídica Vanper Consultoria e Cobrança), neles consta que a fatura se refere ao pagamento de plano de saúde. Sobretudo, a demandante sempre pagou seu plano por intermédio dessa pessoa jurídica, nunca tendo qualquer problema na utilização do serviço até a recusa que é causa desta ação. Pode-se presumir, assim, que os pagamentos são direcionados ao demandado.

No mais, mesmo que esse suposto intermediador (Vanper Consultoria) tenha deixado de repassar o pagamento ao demandado, este só poderia cancelar o plano se tivesse notificado a demandante com antecedência.

O plano de saúde do qual a autora é beneficiária é coletivo empresarial (id. 53291404), modalidade regulada pelas normas constantes da Resolução 195/09 da ANS.

Dispõe o art. 17 da referida Resolução que os contratos celebrados nessas circunstâncias podem ser unilateralmente rescindidos, desde que vigentes há pelo menos doze meses e notificada a parte contrária com antecedência mínima de sessenta dias, confira-se:

Art. 17. (...) Parágrafo único. Os contratos de planos privados de assistência à saúde coletivos por adesão ou empresarial somente poderão ser rescindidos imotivadamente após a vigência do período de doze meses e mediante prévia notificação da outra parte com antecedência mínima de sessenta dias.

Observou-se a necessidade de se notificar os beneficiários do plano de saúde coletivo, acerca do cancelamento do respectivo contrato, embora não conste explicitamente

desse art. 17, decorre da boa-fé objetiva conjugada com a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde.

Se a entidade de classe (a quem o art. 17 se refere explicitamente), pessoa jurídica que não sofrerá diretamente as consequências da rescisão, deve ser notificada com antecedência, mesmo em caso de rescisão imotivada, com muito mais razão o beneficiário do plano, ainda mais tratando-se de resolução por sua suposta culpa. A função dessa notificação é simples: permitir que o beneficiário purgue eventual mora ou sane algum outro vício de solução possível.

A mesma argumentação que justifica a aplicação por analogia do art. 17 da Res. 195/09 da ANS justifica a aplicação, também por analogia, do art. 13. parágrafo único, II, da Lei 9.656/98, o qual estabelece prazo de notificação para a suspensão de plano individual em razão da falta de pagamento.

O demandado, embora intimado, não se manifestou sobre o pedido de urgência. Presume-se, assim, que essa notificação prévia não ocorreu. Ou seja, mesmo que *ad argumentandum* suponha-se a inadimplência da autora, a ausência da notificação torna o cancelamento do plano indevido. Consequentemente, o plano deve ser restabelecido.

Ante o exposto, defiro a tutela de urgência para determinar o restabelecimento imediato de plano de saúde identificado pela carteira de beneficiário de id. 53291404, especialmente para autorização e custeio da cirurgia identificada no relatório médico de id. 53291430.

O custeio da cirurgia incluiu todo o necessário para o procedimento, por exemplo, honorários de equipe médica, insumos, materiais cirúrgicos e consultas pré-operatórias.

Uma vez que já houve recusa extra-judicial por parte da ré, a probabilidade de êxito da audiência de conciliação prevista no art. 334 do CPC é remota, razão pela qual deixo de designá-la.

Confiro a esta decisão força de mandado, para fins de intimação do demandado, com urgência, por oficial de justiça, para cumprir a decisão antecipatória de tutela e para apresentar contestação no prazo de 15 dias. Também confiro à decisão força de ofício, a ser apresentado pela própria demandante, caso seja necessário, a qualquer terceiro prestador de serviço conveniado ao demandado que tenha interesse no conhecimento do deferimento da tutela de urgência.

(Número do processo: xxxxxxx, Classe judicial: PROCESSO CAUTELAR (xxx), REQUERENTE: “PA”, Décima Sexta Vara Cível de Brasília), REQUERIDO: “OS”)

Ressalta-se que, no caso concreto, apesar de estar agendada para o dia 22 de janeiro de 2020, a cirurgia só ocorreu 17 de fevereiro de 2020, o que ocasionou multa por descumprimento da determinação judicial. *In verbis*:

“PA” informa que, até a presente data, não conseguiu marcar a cirurgia autorizada liminarmente.

Sustenta que o Plano Réu impõe condições para o cumprimento da liminar, sendo que os materiais para realização da cirurgia foram solicitados sem urgência e com prazo de 10 dias para autorização.

Requer: a) majoração da multa por descumprimento; e b) autorização para que o médico regente [...], em razão de ser profissional de referência nesse tipo de cirurgia, bem como o médico que acompanhou o tratamento.

É o relatório do necessário. Decido.

Este Juízo deferiu a tutela de urgência para determinar o restabelecimento imediato do plano de saúde, especialmente para autorização e custeio da cirurgia indicada no Relatório de Id. n. XXXX e todo o necessário para sua realização, no dia 16/01/2020, consoante Decisão Interlocutória de Id. n. XXXX.

No dia 20/01/2020, diante da informação de descumprimento da decisão, houve fixação de multa diária por descumprimento no valor de R\$ 2.500,00, limitada a R\$ 50.000,00, conforme Decisão Interlocutória de Id. n. XXXXX.

A Ré [...] foi intimada pessoalmente acerca da última Decisão em 21/01/2020 (Id. n. XXXXXX).

Contudo, passados 13 dias da intimação, a Autora informa que a XXXXXXXX insiste em descumprir a ordem judicial, impondo condições para o cumprimento da decisão.

Nesse contexto, majoro a multa diária por descumprimento da decisão que deferiu a tutela de urgência para R\$ R\$ 5.000,00, limitado a R\$ 100.000,00, com incidência a partir da intimação da presente decisão e sem prejuízo da multa já fixada anteriormente.

Por outro lado, indefiro o pedido para que a cirurgia seja realizada pelo médico regente [...].

O procedimento cirúrgico deverá ser realizado por qualquer um dos profissionais especializados que façam parte da rede credenciada do Plano de Saúde Réu.

Tal situação reflete o total descaso dos prestadores de serviço de saúde, sendo que, no caso em apreço, ocorreu descumprimento de decisão judicial, o que obrigou o magistrado a majorar a multa diária, que inicialmente foi fixada em R\$ 2500 (dois mil e quinhentos reais), para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Na situação vivenciada, mais do que receber o valor da multa, o autor gostaria efetivamente de ter seu direito cumprido, ou seja, usufruir da tutela concedida.

De outro giro, não está o consumidor fadado ao infortúnio, visto que há ferramentas de defesa, a exemplo da ação de obrigação de fazer cumulada com a tutela de urgência. Atualmente, há maior consciência dos direitos por parte dos consumidores, que estão mais atuantes no sentido de conhecer as obrigações por parte das prestadoras de saúde, ressaltando-se o papel fiscalizatório da Agência Nacional de Saúde (ANS).

Se, de um lado, está o direito intangível à vida e, do outro, o contrato de saúde, com cláusulas que privilegiam o estipulante, as quais, muitas vezes, escritas com letras miúdas,



deixa de atender aos contratantes, cabe ao poder público estabelecer políticas que possam ser cumpridas com a finalidade de acesso à saúde pública de qualidade. Por outro, cabe a cada cidadão o direito de ação sempre que o seu direito à vida ou à saúde seja ameaçado por circunstâncias como a não cobertura de um contrato ou a negativa de prestação de um serviço médico. É claro: cabe a sensibilidade do juiz quando o que está em risco é a vida de uma pessoa, direito humano fundamental que deve ser respeitado.

5. Judicialização por Causa da Pandemia

Busca-se também analisar, à luz do princípio da dignidade humana, a necessidade de judicialização decorrente da falha na assistência médica por ocasião da pandemia. Segundo a Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS, 2021, p. 1),

A COVID-19 é uma doença infecciosa causada pelo novo coronavírus (SARS-CoV-2) e tem como principais sintomas febre, cansaço e tosse seca. Alguns pacientes podem apresentar dores, congestão nasal, dor de cabeça, conjuntivite, dor de garganta, diarreia, perda de paladar ou olfato, erupção cutânea na pele ou descoloração dos dedos das mãos ou dos pés. Esses sintomas geralmente são leves e começam gradualmente. Algumas pessoas são infectadas, mas apresentam apenas sintomas muito leves.

A maioria das pessoas (cerca de 80%) se recupera da doença sem precisar de tratamento hospitalar. Uma em cada seis pessoas infectadas por COVID-19 fica gravemente doente e desenvolve dificuldade de respirar. As pessoas idosas e as que têm outras condições de saúde como pressão alta, problemas cardíacos e do pulmão, diabetes ou câncer, têm maior risco de ficarem gravemente doentes. No entanto, qualquer pessoa pode pegar a COVID-19 e ficar gravemente doente.

As principais causas de liminares interpostas no Judiciário dizem respeito à falta de leitos de UTI, estando em colapso tanto o Sistema Único de Saúde como a rede privada hospitalar. Para conter o vírus, o isolamento social foi recomendado, situação fora de controle pois o desrespeito é comum, sobretudo entre os mais jovens, ocasionando uma situação de verdadeira calamidade, que demanda políticas públicas como a intensificação da campanha de vacinação, um problema que ultrapassa fronteiras.

Desde o início da campanha de vacinação contra a covid-19, em 19 de janeiro, a Secretaria de Saúde já aplicou 135.013 doses do imunizante em pessoas que não residem no Distrito Federal. Foram 89.947 primeiras doses e 45.066 segundas doses. A maioria dos vacinados são do estado de Goiás, que soma 40.939 vacinados com a D1 e 20.867 D2¹.

¹ Disponível em: genciabrasilia.df.gov.br/2021/06/15/mais-de-135-mil-vacinas-para-moradores-de-outros-estados/



A vacinação é uma política pública que objetiva a prevenção, eficaz na tentativa de controle de uma pandemia que ocasionou o colapso da saúde pública, a crise financeira nas empresas, fechamento de escolas e comércio, situação sem precedentes e que ceifou milhares de vidas. Esperança de vida numa situação de ameaça que evidencia a crise entre ricos e pobres, torna visíveis os invisíveis, como moradores de rua, por exemplo. Com a implementação do auxílio emergencial objetiva o governo assegurar a dignidade de quem perdeu sua ocupação, teve que ficar sem renda e sem condições de sobrevivência.

Retrato dessa situação veiculada no Correio Brasiliense, verifica-se a necessidade de judicialização por causa da grave crise de leitos em que há pouca oferta no sistema único de saúde e nas redes privadas.

O Distrito Federal está há 23 dias com as atividades não essenciais paralisadas e 16 dias sob o toque de recolher. Porém, mesmo com as medidas restritivas, a taxa de transmissão — apesar de estar abaixo de 1, o que indica desaceleração — segue alta, bem como a ocupação de leitos adultos em unidades de terapia intensiva (UTIs), que chegou a 99,45%. Na terça-feira (23/3), a taxa de isolamento social estava em 44,12%, cerca de 21 pontos percentuais menor que a do mesmo dia de 2020, segundo a plataforma In Loco. Mesmo assim, o GDF mantém, por enquanto, a decisão de realizar a reabertura escalonada do comércio na próxima segunda-feira.

Na manhã de terça-feira, por volta das 6h, a rede de saúde pública chegou a 99,45% de ocupação das UTIs adultas para covid-19. Considerando leitos neonatal e pediátricos, o índice estava em 97,66%. Às 16h, o valor era mais baixo, com 93,20% das UTIs ocupadas. Neste mesmo horário, a rede particular operava com 98,10% de ocupação, e a fila por um leito contava com 440 pessoas, sendo que 326 delas estavam com suspeita ou confirmação de infecção pela covid-19.

Portanto, com a sobrecarga do sistema de saúde, deu-se a procura pela Justiça, observando-se a judicialização desse processo no intuito de assegurar o acesso a um leito de UTI, em função do grande aumento dessa demanda. Nos primeiros dezenove dias de março, foram ajuizadas quase seis vezes mais ações por UTI do que em todo mês anterior: 338 contra 60 em fevereiro deste ano. De acordo com o Jornal Correio Brasiliense, “Ações na Justiça por leito de UTI aumentam quase seis vezes em março no DF”.

Para o infectologista Hermes Luz, este cenário de pressão judicial ocorre devido ao momento crítico da pandemia. “Algumas vezes, as famílias optavam por judicializar uma ação, mas, em uma crise sanitária, há uma carência muito grande de leitos de UTI”, ressalta. “O isolamento social não resolve a pandemia, mas faz parte de uma estratégia que inclui várias medidas: a vacinação, o isolamento e as medidas restritivas quando for necessário”, acrescenta.

No aguardo de uma cirurgia de revascularização do miocárdio, no Hospital Regional de Brazlândia (HRBz), Geraldo Alves, 70 anos, está na enfermaria da unidade à espera de um leito de UTI para receber o atendimento adequado. Com obstrução de 98% da artéria esquerda do coração, ele está internado há mais de 90 dias e corre risco de morte. “O hospital só colocou a cirurgia dele na lista de urgência depois que a gente entrou com processo na Defensoria Pública do DF, em 4 de março. O juiz deu prazo



de 15 dias para eles se manifestarem, agendaram a cirurgia para 19 de março, e enviaram o procedimento para o HRBz, que, por sua vez, passou para o Iges. Um defensor encaminhou o pedido de transferência para UTI à Justiça, que deu prazo até 29 de março para a Secretaria de Saúde responder a liminar”, afirma a secretária Keila Nunes Caetano, 39, filha do paciente.

Sem oxigênio no Entorno

Águas Lindas de Goiás sofreu com falta de oxigênio para o tratamento de pacientes com covid-19 na terça-feira (23/3). De acordo com o Secretário de Saúde do DF, Osnei Okumoto, o prefeito do município, Dr. Lucas (Podemos), encaminhou um ofício ao GDF pedindo a doação do insumo. O governo local enviou 32 metros cúbicos, quantidade suficiente para um dia de atendimento no município. Okumoto garantiu que a doação não vai interferir no atendimento aos pacientes do DF. Apesar de cravar que não há riscos de falta de insumos como O₂, o GDF vai publicar, até sexta-feira, um edital para a contratação de cinco usinas que devem ser instaladas na rede pública. De acordo com uma das empresas que fornecem oxigênio, a demanda geral do DF do insumo líquido, na terça, aumentou 119% em comparação com os últimos sete dias. No mesmo período, a demanda apenas da Secretária de Saúde aumentou 19%. (CORREIO BRASILIENSE, 2021, p.1).

Como se observa nessas reportagens, a situação de falta de leitos revela a fragilidade do SUS e da rede privada, onde faltam insumos e profissionais. A situação se revela preocupante, pois o fechamento do comércio ocasiona desemprego, crise financeira também enfrentada pelos comerciantes, sendo a questão da judicialização o pano de fundo da situação. Entre a vida e a morte, o paciente não tem escolha: se não consegue o leito, pode morrer em decorrência da doença e suas complicações são graves, por isso o Judiciário tem enfrentado aumento de ações durante a pandemia, como revelam os dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

A crise sanitária do coronavírus e suas consequências na sociedade e na economia trouxeram desafios jurídicos, sobretudo, na área trabalhista, dos contratos e dos direitos do consumidor. Só de março a agosto de 2020, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) recebeu mais de 16 mil ações relacionadas ao coronavírus. Se a crise pandêmica traz mais ações judiciais, o desafio é possibilitar o acesso à saúde de modo que o cidadão tenha chance de vida, garantindo-lhe o bem maior, mesmo por meio da judicialização.

6. Conclusão

Tratar do tema direitos humanos com ênfase no direito à saúde como direito humano fundamental foi o objetivo deste artigo. A saúde no Distrito Federal é um tema polêmico e atual, pois é do conhecimento geral a crise por que passa a saúde, bem que, embora seja tutelado pela Magna Carta, na prática, se desrespeita o direito à vida e à saúde no tratamento em



hospitais públicos e privados. O caos ocasionado pela pandemia revela uma fragilidade do SUS e a falta de políticas públicas efetivas, sendo que, por outro lado, os esforços em definir metas tangíveis, com destaque para a implementação da vacinação em massa, podem trazer resultados positivos nesse cenário pandêmico.

O caso exemplificado espelha o de muitos consumidores que contratam planos de saúde e, quando mais precisam, têm seus direitos desrespeitados. Evidencia-se que o direito à saúde é urgente e deve ser tratado com prioridade, sobretudo nas decisões liminares no âmbito do Judiciário. A judicialização da saúde reflete a falta de efetividade de políticas públicas eficientes, pois o consumidor só entra com uma ação quando não consegue resolver a questão no âmbito privado, visto que o que está em xeque é o direito fundamental à vida e a dignidade do tratamento dado ao ser humano. Este tem direito à saúde, mas se vê diante do desrespeito a esse direito pelo plano de saúde, o qual sempre tende a protelar a cobertura, a negar a vigência da apólice e a retardar a providência que, no caso, pode salvar uma vida.

A atenção do consumidor deve ser redobrada ao fechar o contrato com as operadoras de saúde, seja por meio de plano coletivo seja por meio de vendedores particulares, devendo o Código de Defesa do Consumidor ser observado, bem como as regras da ANS. Quando o contratante é idoso, o cuidado deve ser redobrado, tendo em vista que, por conta da idade, os valores cobrados muitas vezes são tão exorbitantes, que o contratante tem que rever os valores com ação judicial.

Com relação à reserva do possível, é fundamental considerar que a judicialização na saúde não é uma opção do consumidor, mas uma falta de opção diante do bem maior e do seu direito à vida desrespeitado. Desse modo, não lhe resta outra alternativa, a não ser o direito de ação diante da omissão do Estado ou da falta de bom senso dos planos de saúde que lhe negam coberturas básicas.

Salienta-se a coragem de juízes que, diante da ausência de políticas públicas eficientes na área de saúde, se deparam, em seus gabinetes, com o fundamental direito à vida e com o poder de decisão no caso concreto, entendendo a urgência e demonstrando a verossimilhança do direito, com o deferimento de liminares que trazem esperança para consumidores que tiveram oportunidade de vida graças à presteza da decisão.

Em xeque a necessidade de resguardar o bem maior, que é a vida humana. No caso do leito de UTI, a escolha de quem vai ocupar pode definir quem vai viver e quem vai morrer. Essa escolha é muito difícil, pois se trata de direitos fundamentais equivalentes, sendo que, em igual potencialidade, todos têm direito à vida.

Do ponto de vista dos Direitos Humanos, definir políticas que assegurem leitos suficientes é um desafio a ser enfrentado em tempos difíceis. O enfrentamento da crise determina escolhas pelas quais as autoridades respondem tanto pela ação quanto pela omissão, sendo que essa ação deve ser direcionada para o legítimo interesse público na efetivação dos



programas visando ao combate à pandemia, prevalecendo o princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, quando o cidadão não for atendido no seu direito básico à saúde em caso de omissão do Estado, o Judiciário é um caminho possível quando os outros não conseguem obter a tutela necessária para resguardar o direito à vida. Se ocorrem abusos de direito, esse não é o direito almejado pelo cidadão, que, diante de situações extremas, se socorre do Judiciário a fim de assegurar o seu direito à vida, sem o qual todos os outros perdem o sentido. Nessa perspectiva, no aparente conflito entre o direito individual e o direito coletivo, deve prevalecer o bom senso, pois cada vida humana importa.

7. Referências

BARDIN, L. **Análise de conteúdo**. São Paulo: Edições 70, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf> acesso em: 28 fev. 2021.

BRASIL DEVE FECHAR 2020 COM AUMENTO DE AÇÕES JUDICIAIS. Disponível em: <<https://www.oyst.com.br/2020/12/09/brasil-deve-fechar-2020-com-aumento-de-acoes-judiciais/>> acesso em: 10 jun. 2021.

CARVALHO, J. M. de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 11. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

CARVALHO, E. R. de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamento para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia E Política**, Curitiba, n. 23, p.115-26. 2006.

CAMPILONGO, C. F. **O direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CORREIO BRASILIENSE. **Ações na Justiça por leito de UTI aumentam quase seis vezes em março no DF**. Disponível em: <<https://www.correiobraziliense.com.br/cidades-df/2021/03/4913658-acoes-na-justica-por-leito-de-uti-aumentam-quase-seis-vezes-em-marco-no-df.html>> acesso em: 30 jun. 2021.

DINIZ, Debora; MACHADO, Teresa Robichez de Carvalho; PENALVA, Janaina. A judicialização da saúde no Distrito Federal, Brasil. *Ciência e Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 2, p. 591-598, 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232014000200591&lng=pt&nrm=iso> acesso em 23 fev 2021.

DICIONÁRIO ONLINE. Disponível em: <[https://www.google.com/search?xsrf=ACYBGNQH7OdUWGSa9Ad1trwKQfVazjeEmw%](https://www.google.com/search?xsrf=ACYBGNQH7OdUWGSa9Ad1trwKQfVazjeEmw%>)> acesso em: 10 fev 2021



DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Brasília, 1998. Representação da UNESCO no Brasil. Disponível em: <<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000139423>> acesso em: 7 jan 2021.

MARCONI, M. A.; LAKATOS, E. M. **Metodologia do trabalho científico**: procedimentos básicos, pesquisa bibliografia, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: ZAHAR, 1997. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/999642/mod_resource/content/1/MARSHALL%C%20T.%20H.%20Cidadania-Classe-Social-e-Status.pdf> acesso em: 08 jul 2021.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE (OPAS). Disponível em: <<https://www.paho.org/pt/covid19>> acesso em: 30 jun. 2021.

SARLET, I.; FIGUEIREDO, M. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde. **Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 1, n. 1, p. 171-213, 2007. Disponível em: <<https://doi.org/10.30899/dfj.v1i1.590>> acesso em: 10 fev. 2021.



Human Rights, Violence and the Rural Paradigm A Critical Reception Built from Arendtian Work

Direitos Humanos, Violência e o Paradigma do Campo Uma Recepção Crítica Construída a partir da Obra Arendtiana

Laura Mallman Marcht

(Mestranda em Direitos Humanos/UNIJUI, Brasil)

E-mail: laura.marcht@hotmail.com

Recebido em: 18/02/2021

Aceito em: 10/06/2021

A filósofa judia-alemã Hannah Arendt foi uma das responsáveis, à sua época, pela imigração de jovens judeus para a Palestina durante o Terceiro Reich pela *Youth Aliyah*. Apátrida por aproximadamente duas décadas, refugiou-se em Paris, França, e após, nos EUA durante a Alemanha nazista, tornou-se cidadã americana posteriormente. Por enfrentar catástrofes políticas durante o século XX, buscou uma nova resposta para a ruptura – lacuna que separa o passado e futuro da contemporaneidade – (LAFER, 2008). A fim de entender essa ruptura, Arendt refletiu em suas obras sobre questões como política, autoridade, totalitarismo, condição do trabalho e da mulher como, também, violência (GIACCOIA JUNIOR, 2018). Esta resenha temática, tem como o foco principal, desse modo, as vítimas dessa violência e sobre a figura do campo.

O livro *Origens do totalitarismo* divide-se em três partes: antissemitismo, imperialismo e totalitarismo, respectivamente. Foi uma de suas principais obras e rediscutiu no século XX a “questão judaica”. Arendt indaga: “a teoria que apresenta os judeus como eterno bode expiatório não significa que o bode expiatório poderia também ser qualquer outro grupo?” (ARENDR, 2012, p. 28). E responde que “essa teoria defende a total inocência da vítima. [...] O fato de ter sido ou estar sendo vítima da injustiça e da crueldade não elimina sua corresponsabilidade.” (ARENDR, 2012, p. 28-29). O antissemitismo teve um significado muito mais amplo do que o seu conceito propriamente dito.



A figura do judeu assumia um papel binário: enquanto elemento não nacional, assegurava a paz durante a guerra por questões econômicas; entretanto, no momento em que a guerra se tornava ideológica, judeus se tornavam inúteis do ponto de vista beligerante, logo, inimigos passíveis de aniquilação (ARENDR, 2012). Ainda que Hannah Arendt não discuta em sua obra sobre questões de governabilidade, manifesta como determinados regimes solapam o poder. Ainda, adverte a respeito da imprevisibilidade humana e como a destruição da política pode permitir a incubação do terror totalitário (PIRES, 2015).

Na sobredita obra, a filósofa refere que tanto o antissemitismo moderno quanto o imperialismo anunciam o que está por vir, mas, não explicam por si só, o totalitarismo do século XX (LAFER, 2008). O colonialismo, concomitantemente com a incompatibilidade sistemática gerada pela Revolução Industrial, culminou no imperialismo que deu início a uma “política de expansão por amor à expansão” (ARENDR, 2012, p. 181). Ainda que os homens tenham aprendido – ou não – com o passado, é impossível prever o futuro: rememorar a relevância do período imperialista não quer dizer que o imperialismo deva, necessariamente, desembocar no desastre totalitário (ARENDR, 2012).

A experiência de Hannah Arendt enquanto apátrida possibilitou um repensar dos direitos humanos. Ao perder o vínculo jurídico-político com o Estado, as pessoas que não possuem mais uma comunidade política se encontram à deriva, sem esses direitos (LAFER, 2008). Autores como Norberto Bobbio e Celso Lafer retomaram a importância dos estudos de Arendt no que tange à noção de responsabilidade coletiva uma vez que o horror totalitário é sempre passível de repetição (GIACÓIA JUNIOR, 2018). A autora assemelha o nazismo e o stalinismo enquanto experiências políticas diametralmente opostas, mas que possuem o mesmo núcleo central (GIACÓIA JUNIOR, 2018) de ruptura: o totalitarismo, a inauguração do *tudo é possível*: “o *tudo é possível* levou pessoas a serem tratadas, de *jure* e de *facto*, como supérfluas e descartáveis” (LAFER, 1997, p. 55). Representou, ainda, “uma nova forma de governo que, ao almejar a dominação total através do uso da ideologia e do emprego do terror para promover a ubiquidade do medo, fez do campo de concentração o seu paradigma organizacional.” (LAFER, 1997, p. 57).

O totalitarismo depende, como condição de subsistência da manipulação dos coletivos, da banalização do terror, e, principalmente da massificação da política porque esses três fenômenos causam a perda da faculdade crítica dos homens em um processo de despersonalização (GIACÓIA JUNIOR, 2018). O despovoamento dos países torna possível a criação de campos de extermínio: “somente onde há grandes massas supérfluas que podem ser sacrificadas é que se torna viável o governo totalitário, diferente do movimento totalitário.” (ARENDR, 2012, p. 438). A propaganda e o terror, em uma primeira análise, parecem ter o mesmo objetivo. Entretanto, após a doutrinação amedrontadora instituída por meio da propaganda, resta a violência – que desvela as mentiras utilitárias da primeira e tornam reais as doutrinas ideológicas. A propaganda se constitui em instrumento do totalitarismo, enquanto



o terror é a própria essência desse governo: “o reino do terror atinge a perfeição, nos campos de concentração” (ARENDR, 2012, p. 476).

Desse modo, quando o movimento totalitário se torna um governo, usa da administração de seu Estado para dirigir o movimento. Assim, transforma a teoria do terror em prática, e, tem nos campos de concentração, o laboratório ideal para testar sua pretensão de domínio total (ARENDR, 2012). O vínculo da nacionalidade é o que institui direitos aos homens e quando esses se encontram na condição de refugiados políticos, por exemplo, estão despojados de proteção, logo, vulneráveis à violência (RUIZ, 2011). Por essa razão, a intensificação do fenômeno das migrações e o surgimento, em massa, de um grande número de refugiados e apátridas põe em xeque a tríade *Estado-nação-território*.

Nesse sentido, seria necessário e possível, por meio de uma reconstrução dos direitos humanos em conjunto com a noção de responsabilidade coletiva, evitar novas experiências totalitárias em resgate à noção agostiniana de *amor mundi*. Em 1961, Hannah Arendt é convidada pela revista americana *The New Yorker* para cobrir o julgamento, que aconteceria na Corte Distrital de Jerusalém, Israel, de Otto Adolf Eichmann – acusado de arquitetar a morte de, aproximadamente, seis milhões de judeus. Em 1963, é publicada a primeira versão do livro *Eichmann em Jerusalém*, que causou grandes turbulências na vida particular e profissional da filósofa (como retrata o filme teuto-francês lançado em 2013, *Hannah Arendt*).

Eichmann foi capturado em Buenos Aires em 11 de maio de 1960 e levado para ser julgado pelos crimes: de guerra; contra o povo judeu; contra a humanidade; “entre outros” (ARENDR, 1999). Esse, em entrevista, declarou-se inocente perante a lei – ainda que culpado diante de Deus – porque “para o sistema legal nazista então existente, não fizera nada errado: de que aquelas acusações não constituíam crimes, mas ‘atos de Estado’, sobre os quais nenhum outro Estado tinha jurisdição [...]” (ARENDR, 1999, p. 33). Otto defendeu reiteradamente que estava apenas cumprindo ordens e deveres como qualquer outro bom cidadão, ainda que questionasse os vícios e as virtudes da “obediência cadavérica” (ARENDR, 1999).

Ao citar Kant em sua defesa, Eichmann pareceu ter cometido um ultraje uma vez que a filosofia kantiana se funda na faculdade de juízo dos homens – o que exclui a sua tese de defesa denominada “obediência cadavérica” – e frisou: “O que eu quis dizer com minha menção a Kant foi que o princípio de minha vontade deve ser sempre tal que possa se transformar no princípio de leis gerais” (ARENDR, 1999, p. 153). Ademais, disse ter lido *A Crítica da razão pura* do filósofo e, embora soubesse que estava deixando de viver segundo os princípios kantianos, consolava-se porque não era mais “senhor de seus próprios atos” (ARENDR, 1999, p. 153).

Os nazistas, para a autora, não eram meros nacionalistas. Eichmann, em sua opinião, era apenas mais um burocrata cumprindo ordens. Daí deriva a tese da *banalidade do mal*, criada em contraste com o conceito kantiano de *mal radical* (GIACOIA JUNIOR, 2018). Arendt, também, denunciou em sua obra a participação de Conselhos Judaicos de manter relações

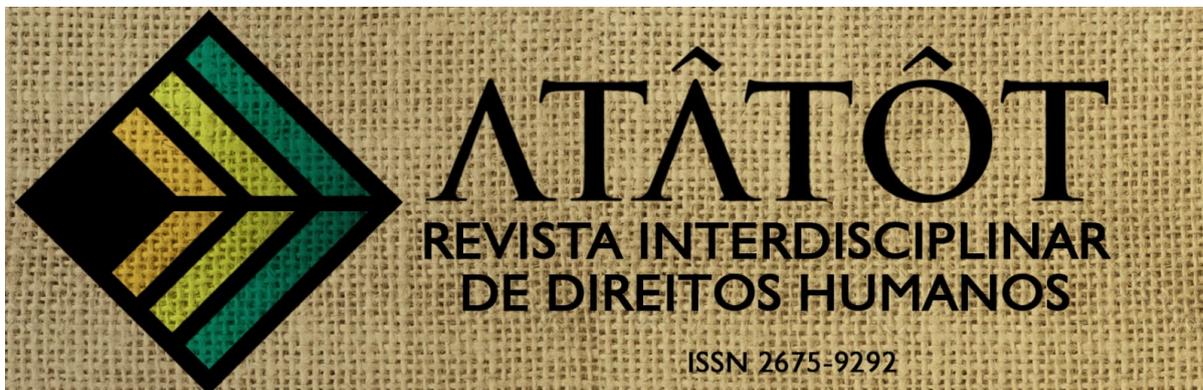


estreitas com nazistas (GIACCOIA JUNIOR, 2018). O entendimento de vários leitores da época era de que a filósofa estaria inocentando Eichmann, bem como responsabilizando o povo judeu pela morte dessas seis milhões de pessoas. Segundo Arendt, o grande pecado do “burocrata” foi pretender escolher com quem cohabitar a terra, terra que ninguém poderia reivindicar exclusividade (PELBART, 2018).

Ainda, em *A condição humana*, a autora propõe uma reconsideração da condição humana a partir das experiências do século XX e dos temores, diante da violência (ARENDDT, 2010). A pluralidade condiciona a ação humana porque há igualdade no fato de que todos são humanos, porém, ninguém jamais será igual ao outro (ARENDDT, 2012). Essa pluralidade se constitui em um requisito vital para o exercício da vida política que leva consigo, a ideia de liberdade humana (PIRES, 2015). Para provar se de fato essa liberdade existe, é necessário que ela se manifeste na esfera pública – onde se estabelecem relações de poder. O nascimento e a morte, a natalidade e a mortalidade, são intimamente relacionadas com a condição mais básica da existência humana (ARENDDT, 2010). O trabalho garante a vida da espécie; o produto da obra – o artefato humano – representa a finitude do tempo do homem; a ação trata de preservar os corpos políticos para lembrar, para relegar à história (ARENDDT, 2010). Esta última é prerrogativa exclusiva do ser humano e “parece justificar plenamente a antiga tradução do *zoon politikon* de Aristóteles como *animal socialis*, que já encontramos em Sêneca e depois, com Tomás de Aquino, tornou-se [...]: “o homem é, por natureza, político, isto é, social”.” (ARENDDT, 2010, p. 27).

Não por acaso que o surgimento da *pólis*, da cidade-Estado, permitiu-se ao homem desenvolver o *bios politikos*, uma “segunda vida”. Foi por meio da ação (*praxis*) e do discurso (*lexis*) que emergiram discussões de natureza humana acerca dos interesses desse modelo de cidade (ARENDDT, 2010). Essa discussão se origina do tempo pré-político no qual se debatia sobre a importância da palavra como orientadora da ação. A organização civil perde seu objetivo quando a violência toma o poder. Conforme o entendimento da filósofa, o terror é um dos meios mais efetivos para efetivar a autodestruição do poder quanto tomado pela violência. Desse modo, “somente a pura violência é muda, e por esse motivo a violência, por si só, jamais pode ter grandeza.” (ARENDDT, 2010, p. 31).

Com efeito, todas as questões da *pólis* eram decididas mediante a persuasão da palavra, logo, os usos da força e da violência se faziam desnecessários. Por essa razão, é possível concluir através da obra da autora que a experiência totalitária é o que demonstra a ruína da liberdade no âmbito da esfera pública. A liberdade, segundo a filósofa, “situa-se no domínio do social, e a força e a violência tornam-se monopólio do governo.” (ARENDDT, 2010, p. 37). E é no campo que o totalitarismo emerge com toda sua força. Diante do exposto, a leitura da obra de Hannah Arendt demonstra-se primordial para aqueles que estudam direitos humanos: para que os horrores do totalitarismo nunca mais se repitam.



Referências

ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

ARENDDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém*. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ARENDDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. *Hannah Arendt por Oswaldo Giacoia Junior*. YouTube: Território Conhecimento, 15 abr. 2018. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=_fzXek7OPo8> acesso em: 23 mar. 2021.

LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt. *In: Estudos Avançados*, v. 11, n. 30, 1997. 55-65 p.

LAFER, Celso. Posfácio. *In: ARENDT, Hannah. Homens em tempos sombrios*. Tradução de Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

PELBART, Peter Pál. *Novos povos onde nem existem*. Palestinos/Judeus/negros/ homens livres etc. Peter Pál Pelbart. YouTube: Laboratório de Sensibilidades. 23 jun. 2018. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Mt838EcjKEI&t=632s>> acesso em: 23 mar. 2021.

PIRES, Cecilia. Arendt e as questões acerca do poder e da violência. *In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Org.); FRANÇA, Leandro Ayres (Org.); RIGON, Bruno Silveira (Org.). Biopolíticas: Estudos sobre política, governamentalidade e violência*. Curitiba: iEA Academia, 2015. 55-67 p.

RUIZ, Castor Mari Martín Bartolomé. O campo como paradigma biopolítico moderno. *Revista do Instituto Humanitas Unisinos (IHU) On-Line*. ed. 372, 2011. Disponível em: <<http://www.ihuonline.unisinos.br/artigo/4063-castor-ruiz-5>> acesso em: 23 mar. 2021.



NORMAS PARA PUBLICAÇÃO

I - POLÍTICA EDITORIAL

A Atâtôt – Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos da UEG é uma publicação acadêmica semestral de responsabilidade da Universidade Estadual de Goiás. Seu objetivo é abrir espaços interdisciplinares para publicação de artigos, ensaios, resenhas e outros textos acadêmicos sobre o tema geral dos direitos humanos, com foco em temas relacionados a democracia, questões constitucionais e lutas sociais por direitos.

II - SUBMISSÕES

A Atâtôt – Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos da UEG aceita textos inéditos nos idiomas português, espanhol e inglês, sob forma de artigo acadêmico de qualquer das áreas do conhecimento científico, desde que façam intersecção com os direitos humanos.

Os textos devem ser apresentados pelo sistema de gerenciamento virtual da Atâtôt – Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos da UEG, nos seguintes parâmetros:

- Apresentação dos Originais:

Os artigos deverão ser apresentados em português, espanhol ou em inglês.

Os artigos deverão ter no mínimo 10 páginas e máximo 25 páginas (incluída a bibliografia) digitadas em formato Word 97-2003 (ou superior), em fonte Times New Roman, tamanho 12, espaço 1,5, itálico no lugar de sublinhado.

As resenhas deverão ter no máximo 4 páginas digitadas. Não deve haver notas de rodapé.

Gráficos e tabelas deverão estar acompanhados das respectivas planilhas originais, com a indicação das unidades em que se expressam os valores, assim como a fonte dos dados apresentados.

As notas devem ser reduzidas ao mínimo e colocadas no pé de página. As notas de rodapé devem ser substantivas, restringindo-se a comentários adicionais e curtos, descartando-se comentários excessivamente extensos ou desnecessários à compreensão geral do texto.



Todos os textos deverão vir acompanhados de resumos em português e espanhol e abstract em inglês.

Os resumos devem ter de 150 a 500 palavras e palavras-chave em número mínimo de três e máximo de cinco.

Os textos devem vir acompanhados dos seguintes dados dos autores: nome, maior titulação acadêmica, vínculo institucional acadêmico ou científico atual, e-mail.

A referências bibliográficas, no final do artigo, deverão ser apresentadas, em ordem alfabética, de acordo com a NBR 6023: 2018.

- Principais parâmetros:

Livro

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

Capítulo de livro

ARENDDT, H. Reflexões sobre Little Rock. In: _____. Responsabilidade e julgamento. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 261-281.

Artigo em revista

ANDREWS, G. R. Democracia racial brasileira 1900-1990: um contraponto americano. Estudos Avançados, v. 11, n. 30, p. 95-115, 1997.

Publicação em meio eletrônico

FERNANDES, F. A Revolução burguesa. Trans/Form/Ação [online]. 1975, v. 2, p. 202-205. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31731975000100012&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 8 out. 2011.

Trabalho apresentado em evento

PRADO, R. A educação no futuro. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DE EDUCAÇÃO, 1, 1997, Curitiba. Anais... Brasília: INEP, 1997. p. 103-106.

- Normas para publicação:



Como parte do processo de submissão, os autores são obrigados a verificar a conformidade da submissão em relação a todos os itens listados a seguir. As submissões que não estiverem de acordo com as normas serão devolvidas aos autores.

1. A Atâtôt – Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos da UEG publica apenas artigos de doutores, mestres e alunos/as regulares de programas de pós-graduação stricto sensu também podem submeter artigos desde que tenham um doutor ou mestre como coautor.
2. O texto segue os padrões de estilo e requisitos bibliográficos descritos em Diretrizes para autores, na seção "Sobre a Revista".
3. A identificação de autoria do trabalho foi removida do arquivo e da opção Propriedades no Word, garantindo desta forma o critério de sigilo da revista, caso submetido para avaliação por pares (ex.: artigos), conforme instruções disponíveis em "Assegurando a avaliação cega por pares".

III - POLÍTICA DE PRIVACIDADE

Os nomes e endereços informados nesta revista serão usados exclusivamente para os serviços prestados por esta publicação, não sendo disponibilizados para outras finalidades ou a terceiros.

30 de junho de 2021.

Editor